ISSN 1123-3036

Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

dicembre 2025

2-3

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria

Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

STEM Mucchi Editore

issn 1123-3036

Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale *open access* di
dottrina, giurisprudenza e documentazione

Promossa da

Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria
Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

con il sostegno di

UNISS
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

anno 71, n. 117 (2-3 2025)

Mucchi Editore

Pubblicazione finanziata con i fondi del "Bando per progetti di ricerca Interdisciplinare – DM 737/2021 risorse 2021 - 2022 (D.R. 688/2023) dell'Università degli studi di Sassari"

Direttore Responsabile: Prof. Fabrizio Fracchia - Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano, Via Röentgen, 1 - 20136 - Milano - tel. 02.583.652.25.

La rivista «Il diritto dell'economia», fondata e diretta dal 1954 al 1987 da Mario Longo, ha continuato la pubblicazione, dal 1987, su iniziativa di Elio Casetta e Gustavo Vignocchi.

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Jugoslavia, 14, 41122, Modena
info@mucchieditore.it
info@pec.mucchieditore.it
www.mucchieditore.it
facebook.com/mucchieditore
X.com/mucchieditore
instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it

Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)
Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Grafica, impaginazione, gestione sito web: STEM Mucchi Editore Srl - Modena
Pubblicato nel mese di dicembre 2025

Comitato di direzione

Carlos Botassi	(Universidad de La Plata - Argentina)
Daniele M. Cananzi	(Università Mediterranea di Reggio Calabria)
Omar Chessa	(Università degli Studi di Sassari)
Andrea Comba	(† Università di Torino)
Daniel Farber	(University of Berkeley)
Vittorio Gasparini Casari	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Guido Greco	(Università Statale - Milano)
Estanislao Garcia Arana	(Università di Granada - Spagna)
Neville Harris	(University of Manchester)
Francesco Manganaro	(Università Mediterranea di Reggio Calabria)
Massimo Occhiena	(Università di Sassari)
Aristide Police	(Università Luiss di Roma)
Michel Prieur	(Université de Limoges)

Comitato scientifico

Laura Ammannati	(Università Statale - Milano)
Sandro Amorosino	(Università La Sapienza - Roma)
Carla Barbati	(Università IULM)
Mario Bertolissi	(Università di Padova)
Cristina Campiglio	(Università di Pavia)
Giovanni Cordini	(Università di Pavia)
Alessandro Crosetti	(Università di Torino)
Gabriella de Giorgi	(Università del Salento)
Marco Dugato	(Università di Bologna)
Rosario Ferrara	(Università di Torino)
Denis Galligan	(University of Oxford)
Carlo E. Gallo	(Università di Torino)
Marco Gestri	(Università di Modena e Reggio E.)
Francesco Marani	(Università di Modena e Reggio E.)
Anna Marzanati	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Morbidelli	(Università La Sapienza - Roma)
Fabio Merusi	(Università di Pisa)
Giuseppe Pericu	(Università degli Studi di Milano)
Ornella Porchia	(Università di Torino)
Pierluigi Portaluri	(Università di Lecce)
Margherita Ramajoli	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Restuccia	(Università di Messina)
Franco Gaetano Scoca	(Università La Sapienza - Roma)
Domenico Siclari †	(Università per stranieri "D. Alighieri" di R. Calabria)
Antonello Tancredi	(Università di Palermo)
Sara Tommasi	(Università del Salento)
Francesco Vetrò	(Università di Parma)

Comitato editoriale

Miriam Allena (pres.)
Giovanni Barozzi Reggiani
Lorenzo Bimbi
Nicola Brignoli
Lorenzo Caruccio
Elisabetta Codazzi
Michela Colapinto
Mariaconcetta D'Arienzo
Letterio Donato
Silia Gardini (deleg. dal Direttore)
Annalaura Giannelli
Rosamaria Iera
Giuseppe La Rosa
Antonietta Lupo
Alberto Marcovecchio
Calogero Micciché
Viviana Molaschi
Saul Monzani
Clara Napolitano
Pasquale Pantalone (deleg. dal Direttore)
Michela Petrachi
Giuseppe Andrea Primerano
Elisabetta Romani
Giuseppe Carlo Ricciardi
Susanna Quadri
Francesco Scalia
Mauro Silvestri
Scilla Vernile (deleg. dal Direttore)
Alice Villari
Patrizia Vipiana
Francesco Zammartino

La pubblicazione di articoli e contributi proposti alla rivista è subordinata alla seguente procedura:

• Il lavoro (non superiore a 10.000 parole) è sottoposto a un esame preliminare da parte della direzione (o di un suo componente delegato), per rilevare la sua attinenza alle caratteristiche ed ai temi propri della rivista, nonché l'eventuale presenza di evidenti e grossolane carenze sotto il profilo scientifico.
• Il successivo referaggio consiste nella sottoposizione del lavoro alla valutazione di due professori ordinari esperti nella materia, italiani o stranieri, scelti dalla direzione nell'ambito di un comitato di referees o, in casi eccezionali, inerenti alla specificità dell'argomento trattato, all'esterno dello stesso. La procedura di referaggio richiede un tempo minimo di almeno due mesi.
• Il sistema di referaggio è quello cieco previsto dalla normativa vigente: lo scritto è inviato in forma anonima a chi deve procedere alla revisione e all'Autore non è comunicato chi procederà alla stessa. Chi effettua la revisione è vincolato a tenere segreto il proprio operato e si impegna a non divulgare l'opera e le relative informazioni e valutazioni, che sono strettamente confidenziali: l'accettazione preventiva di questo vincolo e di questo impegno è precondizione per assumere il compito di referaggio.
• I nomi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati dalla rivista nel corso dell'anno sono pubblicati in apposito elenco nell'ultimo fascicolo dell'annata senza riferimento ai lavori valutati.
• I revisori invieranno alla direzione (o al componente delegato), la proposta finale, che può essere di: accettazione dello scritto per la pubblicazione (eventualmente con un lavoro di editing); accettazione subordinata a modifiche migliorative, sommariamente indicate dal revisore (in questi casi lo scritto è restituito all'autore per le modifiche da apportare); non accettazione dello scritto per la pubblicazione.
• I revisori, nel pieno rispetto delle opinioni degli autori e a prescindere dalla condivisione del merito delle tesi da essi sostenute, dovranno tenere in specifica considerazione l'originalità e l'utilità pratica delle idee espresse nel lavoro, nonché la conoscenza delle fonti pertinenti, la consapevolezza culturale, la consistenza critica del percorso argomentativo e la correttezza formale.
• La direzione della Rivista o almeno quattro membri della stessa (compreso il Direttore responsabile) possono decidere la pubblicazione in deroga di contributi che non abbiano caratteristica di Saggio o con un numero di battute inferiore a 20.000 e, per alcuni lavori specifici (soprattutto considerando le caratteristiche dell'Autore o la loro natura), possono altresì decidere di non procedere alla valutazione anonima, effettuando essi stessi una motivata valutazione del contributo e fornendo apposita giustificazione della deroga. Quest'ultima tipologia di contributi non può superare complessivamente le 40 pagine per numero; i relativi lavori saranno contrassegnati nell'indice dell'annata con un asterisco. Non è sottoposto a referaggio l'eventuale "editoriale" all'inizio del fascicolo.
• Nel caso in cui uno dei componenti del Comitato di direzione intenda pubblicare un proprio lavoro nella Rivista, la procedura sarà gestita interamente da un altro componente delegato del Comitato di direzione, garantendo l'anonimato dei referees.

The publication of articles and contributions in the journal is dependent upon compliance with the following procedure:

• The work (not exceeding 10,000 words) is subject to a preliminary examination on the part of the editors or their delegate to assess its relevance to the journal's characteristics and themes, as well as the possible presence of evident and glaring shortcomings of a scientific nature.
• The subsequent peer review involves submitting the work for review by two full professors (Italian or foreign) who are experts in the relevant field, selected by the editors or their delegate from among a committee of referees or exceptionally from outside the committee, depending on the particular expertise required in relation to the subject matter of the work. The procedure requires at least two months.
• The peer review system is the so-called blind peer review method provided by law: the text is sent to the reviewer in anonymous form and the Author is not told the name of the reviewer. The reviewers are obliged to keep their task confidential and undertake not to divulge the work or the information and evaluations which are considered strictly confidential: prior acceptance of this obligation and undertaking is a necessary condition for accepting the task of carrying out a peer review.
• The names of the referees consulted for assessment of works to be published by the journal during the year are disclosed in a special list in the last issue of the year, without reference to the works reviewed.
• The referees shall send the editors or their delegate the final proposal, which may be: acceptance of the work for publication (possibility after editing); acceptance subject to improvements, indicated in summary form by the referee (in these cases the work shall be sent back to the author in order to make the necessary changes); not to accept the work for publication.
• Referees must also bear in mind the originality and practicality of the ideas expressed in the work, as well as the cultural awareness and critical constancy of the line of argument.
• The Board of Editors or at least four members of the Board of Editors itself (including the Editor-in-chief) may decide to publish contributions even if they are not configured as essays, or with a number of characters below 20,000 and, for a number of specific works (especially considering the characteristics of the Author or their nature), may also decide not to proceed with anonymous assessment, themselves carrying out a motivated evaluation of the contribution and providing a specific justification of the exception. The latter type of contributions may not exceed 40 pages per issue over all; relative works will be marked in the index of the year with an asterisk. Any "editorial", at the beginning of the issue, won't be submitted for referral procedure.
• Should one of the members of the Board of Editors intend to publish a work of his own in the Journal, the procedure will be managed entirely by another delegated member of the of the Board, thus guaranteeing the anonymity of the referees.

Norme per la preparazione degli originali destinati alla rivista «Il diritto dell'economia»

L'originale, completo di testo, note e **abstract**, deve essere inviato (in formato .doc o .docx) per e-mail all'indirizzo del direttore responsabile (fabrizio.fracchia@unibocconi.it): il file complessivo non deve superare **10.000 parole** e **deve essere reso anonimo dall'Autore**. L'abstract non deve superare le **150 parole**.

Il testo deve essere completo di titolo e sommario, deve essere suddiviso in paragrafi numerati progressivamente e deve indicare per ogni paragrafo il titolo (da riportare nel sommario con i numeri dei paragrafi).

In calce al contributo in formato cartaceo o nella mail di accompagnamento occorre indicare:

Cognome, nome, qualifica accademica (con l'indicazione della Università di appartenenza) e/o qualifica professionale; recapito di posta elettronica che l'Autore acconsente sia pubblicato sulla Rivista.

La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

Anche al fine di evitare ritardi nella pubblicazione dei contributi si raccomanda agli AA. la massima cura nella redazione degli originali in conformità alle seguenti indicazioni, tenendo presente che **originali redatti non in conformità ai criteri redazionali potranno non essere presi in considerazione per la pubblicazione**:

• per i nomi degli AA. citati in nota usare il **carattere tondo (no maiuscoletto)** con l'iniziale del nome che precede il cognome (es., M. Nigro);
• per le parole straniere usare il corsivo;
• **le virgolette devono essere basse (nel testo e in nota) tutte le volte che c'è una frase o un passo riportato da un altro testo, Autore, giurisprudenza o legge**. Lo stesso vale per i titoli delle leggi, delle direttive e così via;
• all'interno delle virgolette e in genere in tutto il testo devono essere in corsivo solo le parole straniere;
• Non si inserisce "p." prima dell'indicazione delle pagine
• **In ogni caso, occorre seguire un criterio di uniformità nel testo e nelle note.**
• Le note devono essere numerate progressivamente (in corrispondenza del richiamo nel testo)
• Deve essere usato il corsivo per il titolo dell'opera citata, nonché per la Rivista (abbreviata) o il volume in cui essa è riportato, secondo gli esempi seguenti:

Per le citazioni di dottrina:

E. Casetta, *Brevi considerazioni sul c.d. diritto amministrativo dell'economia,* in *Dir. econ.,* 1955, 339 ss.;

F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, 143 ss.;

S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Dir. amm. gen.*, I, Milano, 2003, 273 ss.;

F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana,* Padova, 1996.

Per le opere collettanee:

Aa.Vv., *Diritto amministrativo,* a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1999; oppure

E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1989.

Per le citazioni successive alla prima, ad es.: E. Casetta, *op. cit.*, 340; oppure (in caso di più opere dello stesso A.: E. Casetta, *Brevi considerazioni*, cit., 340.

Per le citazioni di giurisprudenza:

Cons. Stato, ad. plen., 1 aprile 2000, n. 1, in *Cons. Stato*, 2000, I, 301 ss.;

Corte cost., 15 gennaio 1999, n. 12, in *Foro it.*, 1999, I, 267 ss.;

Cass, ss.uu., 12 marzo 1998, n. 128, in *Giur. It.*, 1999, I, 2, 315 ss.;

Per le abbreviazioni degli altri collegi, ovvero delle Riviste e dei periodici, si può fare riferimento, ad es., all'elenco del repertorio generale del Foro italiano o della Giurisprudenza italiana, **sempre secondo criteri di uniformità**.

Lo stesso vale per le altre abbreviazioni delle parole più correnti (es.: v., *op. cit.*, cfr., ss., ecc.).

In caso di dubbi, si consiglia di prendere a modello gli articoli già pubblicati sulla Rivista

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

Indice n. 117 (2-3 2025)

Editoriale

Michele Cozzio, Verso la riforma delle direttive UE sui contratti pubblici: la Risoluzione del Parlamento europeo ..... » I

ARTICOLI E SAGGI

Francesco Manganaro, La forza espansiva dell'amministrazione consensuale ..... » 11

Fabrizio Fracchia, I principi nel prisma della codificazione ambientale: una lettura sistemica ..... » 43

Mauro Renna, I limiti della classificazione codicistica dei beni pubblici ..... » 59

Maurizio Cafagno, Public Management of the Environment as Dialogue among Complex Systems ..... » 79

Maurizio Cafagno, Amministrazione pubblica dell'ambiente come dialogo tra sistemi complessi ..... » 103

Nino Paolantonio, «Tu chiamale, se vuoi, emozioni»* (dalla immedesimazione organica al *bias* cognitivo) ..... » 127

Marco Calabrò, La risorsa mare nel demanio marittimo ..... » 147

Franco Sciarretta, Il principio della fiducia nel diritto dei contratti pubblici: nuovo paradigma normativo o mera rassicurazione legislativa? ..... » 205

Gian Domenico Comporti, L'asserita autonomia del diritto amministrativo ..... » 231

Giuseppe Manfredi, Riserva di procedimento, riserva di amministrazione, ambiente ..... » 283

Giuliano Grüner, Il grave illecito professionale traguardato attraverso i tre principi cardine del d.lgs. n. 36 del 2023 ..... » 299

Giuseppe Andrea Primerano, Tassatività delle cause di esclusione e *self cleaning* "allargato" nel codice dei contratti pubblici ..... » 315

Renato Rolli, Confisca di prevenzione e interdittiva antimafia: riflessioni critiche su natura, differenze e implicazioni sistemiche ..... » 345

José Pernas Garcia, Regole e soluzioni per l'applicazione dell'impronta di carbonio nel sistema spagnolo degli appalti pubblici ..... » 369

Faustino de Gregorio, Alcune considerazioni in tema di esenzione fiscale a proposito della *vexata quaestio* che ha come protagonista l'ente con finalità di religione o di culto ..... » 403

Silia Gardini, L'intelligenza artificiale nell'amministrazione sanitaria. Riflessioni a margine della recentissima Legge n. 132/2025 ..... » 417

Rocco Parisi, Luci (normative) e ombre (interpretative) nell'applicazione degli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore previsti dal d.lgs. n. 117/2017 ..... » 459

Daniel Wagner Haddad, Fiducia ed e-commerce: una visione sociologica ..... » 473

Alessandro Tropea, Riflessioni sulla nozione giuridica di reddito. Ricognizioni e prospettive pubblicistico-tributarie ..... » 485

Anna Licastro, Ilaria Ottaviano, Il ruolo del *public* e *private enforcement* nel *Digital Markets Act* ..... » 521

Cristina Fragomeni, Analisi comparata dei modelli partecipativi. Le esperienze italiana e spagnola a confronto ..... » 543

Giovanna Pileri, Brevi note in materia di differenze tra il contenzioso-amministrativo spagnolo e processo amministrativo italiano con cenni, in particolare, all'istruttoria e all'onere della prova ..... » 559

Ilaria Nigro, Michele Modina, *Crypto foundation vs. DAO*: un breve confronto tra due modelli di *governance* ..... » 587

Riccardo De Napoli, Le cessioni sostitutive di esproprio: natura giuridica, "negoziabilità" dei contenuti ed effetti verso i terzi ..... » 611

Note sui collaboratori ..... » 641

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. I-XV

Editoriale

Verso la riforma delle direttive UE sui contratti pubblici: la Risoluzione del Parlamento europeo

Michele Cozzio

1. *Una Risoluzione di compromesso*

L'assemblea plenaria del Parlamento europeo riunita a Strasburgo lo scorso 9 settembre ha votato a larghissima maggioranza (432 voti favorevoli, 95 contrari, 124 astensioni) la *Risoluzione sugli appalti pubblici* (rif. 2024/2103/INI), documento politico col quale indica al Consiglio e alla Commissione europea la propria posizione riguardo obiettivi e priorità che dovrebbero ispirare l'annunciata riforma delle direttive sui contratti pubblici.

La Risoluzione è stata adottata al termine di una procedura classificata *INI – Own Initiative Procedure*, in italiano *procedura di iniziativa propria*; con essa il Parlamento europeo ha approvato un documento finale che, pur privo di effetti vincolanti[1], è di interesse in quanto esprime la posizione dei partiti europei sull'imminente processo di revisione delle direttive.

Tale revisione non costituisce una novità[2]. La Presidente von der Leyen l'aveva inserita nei punti chiave del programma[3] presentato al Parlamento nell'au-

[1] Si veda l'art. 55 (*Relazioni di iniziativa*) del Regolamento del Parlamento europeo per la 10a legislatura, versione luglio 2025.

[2] Si veda *Orientamenti e proposte per la riforma delle direttive UE su appalti e concessioni. Il report dell'osservatorio italiano (Trento)*, in *Nuova Riv. Trim. App.*, 2025, 2, 211 e ss. ove segnalavo che la riforma delle direttive sui contratti pubblici quasi giunge in ritardo. Da tempo, infatti, il Legislatore europeo ci ha abituato a revisioni sistematiche della normativa di questo settore operate con cadenza decennale: così è stato con le direttive di seconda generazione negli anni Novanta, con quelle di terza generazione nel 2004 e con quelle di quarta generazione nel 2014. Ora, se consideriamo che le direttive UE vigenti risalgono al 2014 e che l'iter per la loro approvazione a Bruxelles dura mediamente due anni, è facile capire perché l'iniziativa in corso giunga 'in ritardo'. Sul tema si veda anche J.M. Gimeno Feliu, J.A. Moreno Molina (dir.), *Orientamenti e proposte per la riforma delle direttive UE su appalti e concessioni. Il report dell'osservatorio spagnolo*, in *Nuova Riv. Trim. App.*, 2025, 3 e ss.

[3] Nel documento programmatico *Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2024-2029* la Presidente della Commissioen europea annuncia la presentazione di una proposta per la revisione delle direttive sugli appalti pubblici, «che permetta di privilegiare i prodotti europei nelle gare d'appalto bandite in determinati settori strategici e concorra a garantire ai cittadini un valore aggiunto dell'UE assieme alla sicurezza dell'approvvigionamento di tecnologie, prodotti e servizi essenziali. La revisione modernizzerà e semplificherà le norme in materia di appalti pubblici, tenendo in particolare presenti le start-up e gli innovatori dell'UE» (pagina 13).

tunno del 2024, in occasione delle votazioni per il rinnovo della Commissione; più recentemente l'ha confermata: (i) nel piano per il rilancio dell'economia europea[4], (ii) nel *Patto per l'industria pulita*[5], (iii) nella strategia sul futuro del mercato interno europeo[6]. Nei tre documenti la presentazione delle proposte di nuove norme è calendarizzata nel 2026.

2. *La valutazione sull'adeguatezza delle direttive del 2014*

In questo scenario di avvicinamento alla riforma, va menzionata la consultazione avviata dalla Commissione europea a cavallo tra il 2024 e il 2025, col fine di *rilevare l'adeguatezza delle direttive vigenti* (dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) rispetto agli obiettivi della competitività del mercato, della sostenibilità sociale e ambientale, dell'innovazione, della governance e dell'integrità. La consultazione è rimasta attiva fino al 7 marzo 2025 e gli interessati (operatori, autorità, parti sociali, individui) hanno potuto presentare commenti, contributi, studi nonché compilare un questionario online.

Alcuni risultati riferiti al questionario on line sono stati anticipati in un documento di lavoro pubblicato nel maggio del 2025[7]. Essi fanno riferimento anzitutto al numero dei partecipanti: 733 risposte provenienti soprattutto da autorità pubbliche (27%, 199 risposte), imprese (20%, 150 risposte) e associazioni imprenditoriali (16%), con percentuali minori cittadini, istituti accademici/di ricerca e organizzazioni dei consumatori.

---

[4] Cfr. Commissione europea, *Bussola per la competitività dell'UE*, COM(2025) 30 final, 29 gennaio 2025, §§ 1.2 e 1.3.

[5] Cfr. Commissione europea, *Il patto per l'industria pulita: una tabella di marcia comune verso la competitività e la decarbonizzazione*, COM(2025) 85 final, 26 febbraio 2025, § 3.1, ove viene indicato che la Commissione presenterà nel 2026 una proposta di revisione del quadro normativo in materia di appalti pubblici nel 2026, che consentirà di fissare criteri di sostenibilità, resilienza e preferenza europea negli appalti pubblici dell'UE per i settori strategici. «La revisione», viene precisato, «consoliderà e chiarirà le interazioni tra le disposizioni in materia di appalti pubblici nei diversi atti legislativi, al fine di semplificarne l'applicazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Tutti i livelli di amministrazione, da quello nazionale a quello locale, dovrebbero essere in grado di utilizzare tali criteri. Tali criteri saranno inoltre ampliati per incentivare gli appalti privati, attraverso misure quali i livelli di prestazione in materia di emissioni di CO_2 basati sul ciclo di vita».

[6] Cfr. Commissione europea, *Mercato unico: il nostro mercato interno europeo in un mondo incerto. Una strategia per un mercato unico semplice, integrato e forte*, COM(2025) 500 final, 21 maggio 2025, ove tra le azioni da intraprendere nel 2026 è compresa la revisione del quadro normativo degli appalti pubblici al fine di «centralizzare e razionalizzare le disposizioni frammentate e complesse e di integrare negli appalti pubblici dell'UE l'uso di criteri di sostenibilità, resilienza e sociali e, nel caso di determinate tecnologie e settori strategici, di criteri di preferenza europea, garantendo nel contempo gare d'appalto competitive» (pt. 1).

[7] Cfr. Commissione europea, Direzione Generale per il Mercato interno, l'Industria, l'Imprenditorialità e le PMI, *Factual Summary report on the public consultation on Evaluation of the Public Procurement Directives*, rif. Ares(2025)3894320, 14 maggio 2025; disponibile nel sito web *www.osservatorioappalti.unitn.it*.

Dalle risposte si evince che le direttive europee non hanno semplificato le procedure, ma hanno favorito la digitalizzazione e la trasparenza. In particolare, il 49% dei partecipanti ritiene che le direttive non abbiano reso il sistema degli appalti pubblici sufficientemente flessibile, né (54%) che abbiano stabilito regole più semplici, inoltre ritiene (48%) che le norme per favorire la flessibilità procedurale non siano pertinenti e adeguate.

Viene rilevato un discreto consenso per le norme che favoriscono gli appalti sostenibili, in senso ambientale e sociale, ritenute pertinenti e adeguate rispettivamente dal 39% e dal 43% dei partecipanti; al contempo, in modo un po' contraddittorio, molti ritengono che le direttive non abbiano stimolato sufficientemente le aziende a rispettare standard ambientali (33%), a tenere in considerazione aspetti sociali (38%), a utilizzare soluzioni innovative (39%). Sono soprattutto le imprese a palesare tale scetticismo. Anche su altri temi emergono posizioni ambigue. Ad esempio, metà dei partecipanti (49%) ritiene che l'uso del prezzo più basso come criterio unico di aggiudicazione sia eccessivo, ma (solo) il 37% lo considera una cattiva pratica e il 27% ritiene che in determinati casi sia la soluzione più efficiente.

I risultati completi della consultazione sono stati pubblicati recentemente dalla Commissione europea[8]. Emerge che gli obiettivi delle direttive del 2014 – concorrenza leale, favor per il rapporto qualità-prezzo, valorizzazione della tutela ambientale e sociale, contrasto della corruzione – sono stati raggiunti solo parzialmente. Le norme europee, specie quelle riferite alle procedure di aggiudicazione vengono percepite come complesse e non sufficientemente flessibili per consentire alle amministrazioni di favorire obiettivi di investimento pubblico.

Emerge, inoltre, che molte norme settoriali europee di recedente adozione incidono le disposizioni in materia di contratti pubblici, in particolare la loro interazione con le direttive del 2014 sta generando una serie di critiche in merito alla coerenza e alla consistenza complessiva del quadro normativo europeo, rendendo complesso il quadro della contrattazione pubblica[9].

---

[8] Cfr. Commissione europea, *Cfr. Commissione europea, Evaluation of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities*, SWD(2025) 332 final, del 14 ottobre 2025.

[9] Sul tema si veda recentemente anche W.A. Janssen, *The Coherence of Public Procurement Legislation in the European Union. A Study for the EU Commission into the External Coherence between the Public Procurement Directives and other Legislative Instruments Regulating Public Procurement*, Luxemburgo, 2025. Lo studio conferma che la materia dei contratti pubblici non è più regolata unicamente dalle direttive sugli appalti pubblici: la normativa europea in questo ambito comprende infatti altre 62 direttive e regolamenti dell'UE e analizza come questi nuovi strumenti giuridici interagiscano con le direttive sugli appalti pubblici. In particolare, lo studio suddivide tali nuovi strumenti giuridici in due categorie: le norme relative alla contrattazione pubblica verde e sociale e le norme concernenti il commercio e l'industria. Questi atti legislativi settoriali includono un numero limitato di disposizioni in materia di appalti pubblici all'interno di un contesto normativo più ampio, non direttamente connesso alla contrattazione pubblica, che riguarda il perseguimento di obiettivi ambientali,

Si avverte che con la riforma del 2014, gli appalti pubblici sono diventati uno strumento per il conseguimento di obiettivi strategici di politica pubblica. Sebbene l'attuazione della contrattazione strategica sia disomogenea tra gli Stati membri, gli appalti verdi, innovativi e socialmente responsabili continuano a rappresentare una priorità strategica, come sottolineato nel *Clean Industrial Deal* e nel *Competitiveness Compass*.

Il quadro normativo europeo dei contratti pubblici, inoltre, è sottoposto a una crescente pressione per integrare nuove priorità strategiche, quali la sicurezza economica e l'autonomia strategica. Tuttavia, persistono disuguaglianze nell'accesso ai mercati, poiché talvolta viene consentito a imprese non europee di partecipare alle gare d'appalto dell'UE senza che le imprese europee beneficino di un analogo accesso reciproco ai mercati. I recenti eventi geopolitici evidenziano l'importanza di una normativa in materia di appalti che sostenga l'autonomia strategica dell'Unione[10].

Il documento si sofferma anche sulla trasparenza e la qualità dei dati, ritenuti elementi essenziali per una governance efficace, per un processo decisionale strategico informato e per la lotta alla corruzione. Al riguardo la valutazione delle direttive evidenzia progressi significativi in termini di trasparenza, ma avverte che la presenza di lacune e la scarsa qualità dei dati, sia a livello dell'UE sia a livello nazionale, rendono difficile orientare gli investimenti pubblici in linea con gli obiettivi politici e monitorare le attività di appalto al fine di prevenire la manipolazione delle gare (*bid rigging*).

Viene richiamato anche il costante aumento della complessità della contrattazione, circostanza che rafforza la necessità di disporre di personale altamente qualificato all'interno delle amministrazioni. Gli investimenti realizzati in passato sulo fronte della professionalizzazione e dello sviluppo delle competenze del personale addetto ai contratti pubblici hanno avuto un impatto positivo, ma non sono stati sufficienti a massimizzare gli effetti strategici e a conseguire gli obiettivi di politica pubblica. Tali indicazioni, conclude il documento della Commisisone, indicano che l'attuale quadro normativo della contrattazione pubblica non è sufficientemente agile, coerente né strategicamente orientato per rispondere in modo efficace alle sfide attuali ed emergenti.

---

sociali e commerciali. Questo tipo di frammentazione, avverte lo studio, può dar luogo a norme inefficaci, poco chiare o persino contraddittorie tra loro; pertanto, nel processo di revisione del quadro normativo, è necessario compiere uno sforzo («un approccio omnibus») per superare le incoerenze e definire un insieme coordinato tra tutti gli strumenti legislativi coinvolti.

[10] Sul tema sia consentino rinviare a R. Cancino, M. Cozzio, *Il mercato internazionale degli appalti pubblici tra «autonomia strategica», neoprotezionismo e tutela della reciprocità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2023, 2, 185-212.

3. *Le aspettative (deluse)*

Nel contesto dell'imminente riforma delle direttive in molti si aspettavano che la *Risoluzione sugli appalti pubblici* del Parlamento europeo 'segnasse la rotta' sulle scelte caratterizzanti le future norme (ponendosi in continuità o no, con gli orientamenti espressi da Istituzioni[11], studiosi[12], organizzazioni), ad esempio in tema di: regolamento unico sui contratti pubblici; ampliamento delle soglie di interesse europeo; obbligatorietà degli acquisti verdi e socialmente responsabili; riserva per le PMI; clausola di favore per imprese e prodotti europei; semplificazione degli adempimenti.

La lettura della Risoluzione svela uno scenario differente.

Il testo approvato in Plenaria, infatti, somiglia più a un lungo e variegato elenco di desiderata espressi dalle forze politiche, che a un documento di indirizzo, in grado di delineare poche e condivise direttrici, nonché principi e criteri guida per l'elaborazione di nuove norme.

Detto con altre parole, il testo finale appare come l'esito di un compromesso funzionale alla ricerca del consenso ampio nel Parlamento piuttosto che alla definizione di scelte normative sostanziali. Del resto, la Risoluzione è stata approvata a larghissima maggioranza ma solo dopo che i contenuti iniziali sono stati profondamente riscritti con centinaia di emendamenti presentati durante l'iter di approvazione (cfr. *infra* § 2).

Non si può dire che la Risoluzione sia incompleta: l'intera disciplina dei contratti pubblici viene scandagliata, ma ad emergere non sono tanto le novità, quanto contraddizioni e posizioni non sempre conciliabili.

La diversità degli orientamenti si coglie non solo con riferimento ad aspetti *micro*, riguardanti la definizione di singole regole e soluzioni, ma anche ad aspetti *macro*, di impostazione del sistema.

Viene sostenuta, ad esempio, la necessità di maggior standardizzazione delle pratiche e uniformazione delle procedure, al fine di superare la frammentazio-

---

[11] Cfr. ad esempio Conclusioni del Consiglio, *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*, in *GUUE* C 412, 30 novembre 2020; Conclusioni del Consiglio sulla relazione speciale n. 28/2023 della Corte dei conti europea dal titolo *Accrescere la concorrenza leale ed efficace negli appalti pubblici di lavori, beni e servizi aggiudicati nell'UE* del 24 maggio 2024, in *GUUE* C, C/2024/3521, del 3 giugno 2024.

[12] Cfr. fra i molti: W. Janssen, R. Caranta (a cura di), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law. Reflections on a Paradigm Shift*, 2023, Bloomsbury Publishing; L. Melon (ed.), *Sustainability in Public Procurement, Corporate Law and Higher Education*, Abinngdon-New York, 2024. Più recentemente, si veda R. Caranta, *Coherence in the EU Public Procurement Directives. A Study into the Internal Coherence between the Objectives, the Principles and the Provisions in the EU Public Procurement and Concessions Directives*, Lussemburgo, 2025; anche il già citato W.A. Janssen, *The Coherence of Public Procurement Legislation in the European Union.*

ne normativa, liberare le potenzialità del mercato e garantire la certezza giuridica (pt. 14 e 52, *Risoluzione PE*).

Tuttavia, si riconosce che un approccio uniforme non è adatto a tutti i settori (lett. M, *Risoluzione PE*) e che soluzioni uniformi vanno bene solo se *non* vincolanti, comunque tali da non limitare il potere discrezionale delle amministrazioni (pt. 45, *Risoluzione PE*). Al contempo, vengono esaltati i vantaggi di un quadro normativo (basato sulle direttive) che salvaguarda le differenze tra gli Stati membri e i rispettivi sistemi di contrattazione (pt. 9, *Risoluzione PE*). Infine, viene sollecitato l'innalzamento delle soglie di interesse europeo, al fine di garantire maggiore indipendenza alle amministrazioni e la possibilità di aggiudicare in base alle esigenze locali (pt. 22, *Risoluzione PE*).

L'ambivalenza di tali indicazioni è concentrata nel punto 46 della Risoluzione: «il Parlamento osserva che una maggiore integrazione del mercato degli appalti pubblici è fondamentale per il conseguimento degli obiettivi strategici dell'UE», ma, come viene precisato, «a condizione che rispetti pienamente il potere degli Stati membri di definire le proprie priorità strategiche». E ancora, «il Parlamento sottolinea che qualsiasi sforzo volto a standardizzare le procedure di appalto deve essere guidato dal principio di sussidiarietà e preservare la flessibilità a livello nazionale».

Un altro esempio riguarda le indicazioni sulla funzione strategica dei contratti pubblici.[13]

La richiesta del Parlamento, per un verso, è quella di orientare la revisione del quadro normativo nel senso di incoraggiare e premiare soluzioni per promuovere un'economia più sostenibile, nonché privilegiare il valore e la resilienza a lungo termine rispetto alle riduzioni dei costi a breve termine (pt. 36, 61, 67 e 68, *Risoluzione PE*)[14]. Per l'altro verso, tuttavia, il Parlamento sottolinea che l'adozione di

[13] L'espressione sta a indicare che attraverso gli appalti si possono perseguire non solo l'uso efficiente delle risorse pubbliche ma anche obiettivi non strettamente economici, le cosiddette *secondary considerations* o *horizontal policies*, ovverosia obiettivi ambientali (*Green Public Procurement*), sociali (*Socially Responsible Public Procurement*), per l'innovazione (*Public Procurement of Innovation*), per il contrasto della corruzione, per la partecipazione delle piccole e medie imprese (*Small Business Act for Europe*). Questi obiettivi sono ora aggiornati e coordinati con quelli dell'Agenda 2030 e con quelli indicati dai modelli dell'economia circolare. Del resto, la scelta di indirizzare il mercato degli appalti verso la sostenibilità costituisce una tendenza globale che accomuna, seppur con diverse gradazioni, le politiche di molti Stati, indipendentemente dai contesti socio-economici, culturali e dalle tradizioni giuridiche. In tal senso, possiamo affermare che la sostenibilità è entrata a far parte delle politiche e delle regole globali degli appalti pubblici. Cfr. M. Cozzio, *Transizione ecologica e appalti verdi: nuove regole e soluzioni dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Studium Iuris*, 2024, 1, 67 e ss.

[14] Giova ricordare che le Istituzioni dell'UE - Parlamento (*The EU's public procurement framework: how is contributing to achivement of the objectives of the Paris Agreement and the circular economy strategy?*, aprile 2020), Consiglio (Conclusioni del Consiglio, *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*, in *GUUE* C 412, 30 novembre 2020) e Commissione (*Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, COM/2020/98 final, 11 marzo 2020) – sono state concordi nel valutare che gli Stati e le amministrazioni non hanno sufficientemen-

pratiche più sostenibili deve avvenire in maniera progressiva e deve basarsi su prove dimostrabili del fatto che da tali pratiche non derivino: (i) costi sproporzionati per le amministrazioni aggiudicatrici e limiti alla capacità di soddisfare le proprie esigenze, (ii) pregiudizi del principio della neutralità tecnologica e della concorrenza leale (pt. 67, lett. Q, *Risoluzione PE*), (iii) pregiudizi dei principi di proporzionalità e sussidiarietà «che devono sempre essere salvaguardati in qualsiasi approccio a livello dell'UE in materia di appalti sostenibili» (lett. R, *Risoluzione PE*).

Anche sul tema degli appalti strategici, dunque, la posizione espressa dalla Risoluzione non è priva di ambiguità: gli appalti pubblici «*possono* essere uno strumento utile per conseguire obiettivi strategici, come l'innovazione e la sostenibilità o il sostegno alle industrie strategiche», ma – sia chiaro – «essi costituiscono un motore per svolgere compiti la cui funzione *primaria* è conseguire il miglior valore per i fondi fiscali pubblici e garantire appalti efficienti e trasparenti di beni e servizi» (pt. 11, *Risoluzione PE*); in tal senso «gli appalti pubblici restano uno *strumento neutrale e procedurale*, che disciplina il modo in cui le autorità pubbliche acquistano beni e servizi e non ciò che acquistano» (lett. N, *Risoluzione PE*).

Di questo procedere ondivago del Parlamento si trovano moltissimi altri esempi nel testo.

Tutto questo fa pensare che siamo solo all'inizio della fase dibattimentale e di confronto sui temi e sulle scelte che dovrebbe orientare la riforma delle direttive.

Anche il dibattito in Plenaria, contestuale alla votazione, dimostra quanto la posizione delle forze politiche sui nodi centrali della disciplina – riduzione della burocrazia, promozione della trasparenza e dell'accesso al mercato, priorità al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riserva per le PMI, clausola di preferenza europea, equità sociale e diritti dei lavoratori, etc. – risulti eterogenea e frammentata.

La mancanza di visioni condivise su molti temi diviene palese non appena si passa dalla enunciazione degli obiettivi generali alla definizione delle soluzioni operative; a prevalere, infatti, sono le divergenze: su quanto obbligatori debbano essere i criteri; su quanto rigida debba essere la preferenza europea; su quanto spazio si debba lasciare agli Stati membri per le scelte nazionali.

---

te sfruttato le possibilità di utilizzare gli appalti per introdurre soluzioni orientate alla sostenibilità, specie con riferimento agli obiettivi ambientali. Da queste indicazioni emergeva la scelta del cambiamento (se l'obiettivo è quello di perseguire la sostenibilità attraverso gli appalti «l'approccio volontario non è sufficiente») e la previsione di norme recanti l'obbligo di applicare sistematicamente criteri ambientali minimi nell'aggiudicazione dei contratti pubblici. Cfr. M. Cozzio, *Transizione ecologica e appalti verdi: nuove regole e soluzioni dell'Unione europea e dell'Italia*, cit., 76.

In questa fase di costruzione di una comune visione europea, diviene importante alimentare il dibattito soprattutto a livello nazionale[15], così da far emergere e incanalare priorità, interessi e soluzioni[16].

Non è soltanto una questione di tempistica utile per azioni di lobbying nella fase ascendente di formazione delle norme, quanto di capacità di rappresentare posizioni e proposte per migliorare e incidere sulla qualità della futura legislazione.

Altrettanto importante è cercare di accelerare i tempi del processo di riforma.

La Commissione prevede di pubblicare le proposte di nuove norme nell'ultimo trimestre del 2026, a ciò seguirà l'iter di approvazione (1-2 anni) e l'eventuale periodo di recepimento (1-2 anni).

Si tratta di termini ragionevoli nell'ambito di un ordinario processo di revisione normativa a livello europeo, specie su un tema rilevante quale quello dei contratti pubblici. Tuttavia, sono termini che non sembrano tener conto delle esigenze attuali del contesto, che pone sfide urgenti per l'economia europea.

È indubbio che sarebbe opportuno anticipare i tempi.

Questa è anche l'indicazione formulata da Mario Draghi in occasione dell'intervento alla Conferenza di alto livello organizzata dalla Commissione europea a Bruxelles, lo scorso 16 settembre 2025[17]: «nel settore della regolamentazione l'Unione deve agire più rapidamente e in modo più deciso […] dimostrando di sapersi adattare a un panorama in rapida evoluzione».

---

[15] Si consideri quanto realizzato in Francia con la recente pubblicazione (8 luglio 2025) della Relazione della Commissione d'inchiesta *sur les coûts et les modalités effectifs de la commande publique et la mesure de leur effet d'entraînement sur l'économie française*, relazione n. 830 (2024-2025), vol. I, disponibile a questo indirizzo web https://www.senat.fr/rap/r24-830-1/r24-830-1.html. Al termine di 51 audizioni plenarie e tre missioni, la Commissione francese ha incontrato i rappresentanti di 134 organizzazioni rappresentative del settore degli appalti pubblici: amministratori locali, amministrazioni pubbliche, esperti, giuristi, economisti, acquirenti pubblici, operatori economici e rappresentanti del settore ospedaliero; dopo quattro mesi di lavoro, il lavoro è stato conlcuso con la formulazione di 67 raccomandazioni dirette a sfruttare al meglio il potenziale degli appalti pubblici al servizio della sovranità economica e digitale europea. Al riguardo è significativa la raccomandazione n. 17, con la quale viene formulata l'esigenza di «mobilitare la diplomazia parlamentare (francese) per contribuire a costruire una maggioranza qualificata per adottare un'ambiziosa revisione delle direttive europee sugli appalti pubblici». Nota bene che tra i referenti a Bruxelles del dossier per la riforma delle direttive sui contratti pubblici v'è il francese Stéphane Séjourné, vice presidente esecutivo della Commissione con delega *for Prosperity and Industrial Strategy*.

[16] Ricordiamo che è pendente la consultazione pubblicata avviata dalla Commissione lo scorso 3 novembre (la conclusione è fissata al 26 gennaio 2026) che comprende: riunioni di gruppi di esperti con le autorità degli Stati membri per discutere i pilastri delle riforme e le opzioni politiche; consultazioni mirate con autorità locali e regionali, parti sociali e ONG, operatori economici, comprese le PMI. La consultazione mira a garantire che tutte le parti interessate, le autorità pubbliche e i singoli cittadini possano fornire le loro opinioni, prove ed esperienze in materia di appalti pubblici nel mercato unico, al fine di sostenere i preparativi per la revisione delle norme europee sui contratti pubblici. Sul tema si veda la sezione *Have-your-say* nel portale web della Commissione europea (https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say_en).

[17] Vd. *infra* in questa *Rivista*, *Sovranità, crescita, riforme: la sfida che l'unione non può ignorare*, ove viene riportato il testo integrale dell'intervento di M. Draghi.

In alcuni ambiti cruciali, ricorda Draghi, sono necessarie riforme profonde (delle competenze, dei processi decisionali e del finanziamento) che richiedono tempo, «un tempo» – osserva – «che potremmo non avere». Gli appalti rappresentano uno degli ambiti cruciali: «sono lo strumento più potente per creare mercati», conclude Draghi, che invita gli Stati membri alla coesione: «il successo dipenderà dall'armonizzazione tra gli Stati (a partire dall'armonizzazione delle regole, *ndr*), senza di essa gli appalti rischiano di scivolare nel protezionismo nazionale e di non garantire la scalabilità necessaria»[18].

4. *L'iter di approvazione della Risoluzione*

È interessante riservare qualche riflessione sull'iter che ha portato all'approvazione della Risoluzione, poiché il confronto tra le versioni del testo (quella iniziale e quella finale votata dall'assemblea) dimostra quanto sia stata intensa e ampia la ricerca del compromesso.

Non passa inosservato, infatti, che la versione iniziale, predisposta nell'ambito della *Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori* del Parlamento europeo, rifletteva vistosamente l'orientamento politico del suo relatore, il polacco Piotr Müller, esponente di *European Conservatives and Reformists Group*, gruppo moderatamente euroscettico e antifederalista. Merita citare alcuni stralci del testo sugli *obiettivi strategici* (già segnalati[19]):

1) (il Parlamento europeo riconosce che…) «gli appalti pubblici non devono essere utilizzati impropriamente per sostenere artificialmente politiche fallimentari, come il Green Deal, o per sovvenzionare prodotti e servizi non sostenibili che non possono altrimenti competere con le tradizionali alternative di mercato»[20];
2) (il Parlamento europeo si oppone…) «al trattamento preferenziale riservato alle tecnologie verdi negli appalti pubblici; sottolinea che l'incapacità di una tecnologia di sostenersi sul mercato senza sovvenzioni è una chiara indicazione del fatto che potrebbe non essere commercialmente redditizia; insiste

[18] Nel medesimo speech Draghi osserva che regole armonizzate possono guidare la standardizzazione e sostenere cicli di investimento lunghi e ad alta intensità di capitale; i vantaggi, ricorda, sono evidenti in molti settori: chip destinati alla difesa; cloud europeo e IA verticale; prodotti clean-tech come acciaio e alluminio verdi.

[19] Si veda M. Cozzio, *Orientamenti e proposte per la riforma delle direttive UE su appalti e concessioni. Il report dell'Osservatorio italiano (Trento)*, cit., 234-235.

[20] Così la *Commissione per il Mercato interno e la protezione dei consumatori* del Parlamento europeo, progetto di *Risoluzione sugli appalti pubblici*, rif. 2024/2103(INI), 18 marzo 2025, pt. 5.

che gli appalti pubblici devono rimanere tecnologicamente neutri e orientati alla concorrenza»[21];

3) (il Parlamento europeo avverte che…) «la crescente tendenza a utilizzare gli appalti pubblici come veicolo per obiettivi politici multipli e spesso contrastanti rischia di aumentare la complessità, la burocrazia e gli oneri procedurali, anziché produrre un impatto tangibile sul mercato»[22];
4) (il Parlamento europeo invita la Commissione…) «ad allineare pienamente la riforma degli appalti pubblici ai suoi obiettivi strategici che mirano alla riduzione della burocrazia, alla semplificazione e al rafforzamento della competitività europea; sconsiglia le misure che potrebbero compromettere uno di questi principi»[23].

Orbene, nessuna di queste statuizioni è stata confermata così come originariamente formulata.

Ad una prima serie di 800 emendamenti (corposa sia in senso quantitativo che qualitativo) si sono aggiunti i pareri (con ulteriori emendamenti) della *Commissione per l'occupazione e gli affari sociali*[24] e della *Commissione per il commercio internazionale*[25] del Parlamento europeo, ai quali si sono infine aggiunti gli emendamenti presentati prima della votazione in plenaria.

Tutto ciò dimostra la mancanza di consenso rispetto alla proposta iniziale del relatore Piotr Müller.

Nella versione finale votata dall'assemblea Plenaria i punti più critici vengono smussati, modificati, integrati:

- il punto 1 sopra richiamato diviene: «il Parlamento europeo riconosce che (…) sebbene gli appalti pubblici possano essere uno strumento utile per conseguire obiettivi strategici, come l'innovazione e la sostenibilità o il sostegno alle industrie strategiche in Europa (…) essi costituiscono un motore per svolgere compiti la cui funzione primaria è conseguire il miglior valore per i fondi fiscali pubblici e garantire in tal modo appalti efficienti e trasparenti di beni e servizi»[26];
- il punto 2 sopra richiamato diviene: «il Parlamento europeo sottolinea che (…) le misure di sostegno non dovrebbero distorcere la parità di condizioni; ribadisce l'importanza che le procedure europee in materia di appalti

[21] *Ibidem*, pt. 6.
[22] *Ibidem*, pt. 1.
[23] *Ibidem*, pt. 2.
[24] Così la *Commissione per l'occupazione e gli affari sociali* del Parlamento europeo, rif. PE770.193 del 13 maggio 2025.
[25] Così la *Commissione per il commercio internazionale* del Parlamento europeo, rif. PE771.917 del 16 maggio 2025.
[26] Così la *Risoluzione sugli appalti pubblici* del Parlamento europeo del 9 settembre 2025, votata dall'assemblea riunita in plenaria a Strasburgo, rif. 2024/2103/INI, pt. 12.

pubblici rimangano il più aperte possibile e insiste sul fatto che esse devono rimanere tecnologicamente neutre e orientate alla concorrenza; sottolinea che la redditività commerciale a lungo termine dovrebbe essere un principio guida nella valutazione delle tecnologie per gli investimenti pubblici»;[27]

- il punto 3 sopra richiamato diviene: «il Parlamento europeo (…) invita la Commissione a razionalizzare e chiarire l'orientamento degli obiettivi in materia di appalti pubblici, compresi quelli strategici, stabilendo una serie di obiettivi più mirati, economicamente sostenibili, precisi e non contraddittori che siano chiari, misurabili e in grado di produrre un impatto concreto sul mercato; chiede pertanto una maggiore certezza e coerenza giuridica al fine di semplificare l'applicazione delle norme da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (…)»[28];
- il punto 4 sopra richiamato diviene: «il Parlamento europeo invita pertanto la Commissione ad allineare pienamente la riforma degli appalti pubblici ai suoi obiettivi strategici volti a ridurre la burocrazia e gli oneri normativi, semplificare, mantenere standard sociali e ambientali elevati, garantire uno sviluppo economico locale ambizioso, promuovere l'accesso delle PMI e rafforzare la competitività e la sicurezza dell'UE, prevenire il dumping sociale e preservare la nostra sovranità economica e industriale, al fine di affrontare le dipendenze dannose rispetto a determinati prodotti e servizi essenziali; sconsiglia le misure che potrebbero compromettere uno di questi principi»[29].

Nella versione finale trapela una convergenza per le opinioni che esprimono *equilibrio* (o, meglio, la ricerca di equilibrio) tra efficienza, concorrenza e sostenibilità economica[30]. Non mancano tuttavia diversità di idee e orientamenti, come è emerso dal dibattito in Plenaria, che riportiamo in forma semplificata nella tabella.

[27] *Ibidem*, pt. 13.
[28] *Ibidem*, pt. 1.
[29] *Ibidem*, pt. 4.
[30] Verso questo equilibrio sembrano rimandare anche le recenti conclusioni del Consiglio europeo, riunito a Bruxelles il 23 ottobre 2025 (rif. EUCo 18/25), cfr. part. La Sez. IV su *competitività e duplice transizione*.

Gruppo politico	Priorità	Orientamenti
PPE (Partito Popolare Europeo)	Semplificazione, PMI, concorrenza leale.	Sostegno a una revisione meno burocratica, favore al ruolo delle PMI; apertura a criteri ambientali/sociali ma senza rigidità eccessiva.
S&D (Socialisti & Democratici)	Diritti dei lavoratori, sostenibilità, trasparenza.	Forte richiesta di criteri sociali e ambientali obbligatori; tutela dei lavoratori e rispetto contratti collettivi; appalti come leva per equità sociale.
Renew Europe	Innovazione, digitalizzazione, PMI.	Appalti come motore per l'innovazione e la competitività europea; semplificazione e digitalizzazione delle procedure; sostegno alle PMI e start-up.
Verdi/ALE (Verdi/Alleanza Libera Europea)	Transizione verde, diritti sociali, esclusione concorrenza sleale.	Vogliono criteri ambientali e sociali vincolanti in ogni appalto; netta contrarietà all'uso esclusivo del prezzo; forte enfasi sulla sostenibilità.
ECR (Conservatori e Riformisti Europei)	Sovranità nazionale, neutralità tecnologica.	Difesa della competenza degli Stati membri su mix energetico e scelte industriali; cautela su preferenza europea, contrarietà a eccessive imposizioni dall'UE.
ID (Identità e Democrazia)	Preferenza europea, protezionismo, imprese nazionali.	Spingono per "comprare europeo" e proteggere le imprese UE da concorrenza extra-UE; approccio molto critico verso aperture di mercato.
The Left (Sinistra europea)	Diritti dei lavoratori, giustizia sociale, trasparenza.	Richiedono appalti pubblici come strumento per migliorare condizioni di lavoro, combattere il dumping sociale e ambientale; scettici sulla logica di mercato.

5. *I principali contenuti della Risoluzione*

La Risoluzione ruota attorno ad una serie di temi *portanti*, più volte richiamati nei quasi 100 paragrafi che la compongono.

Riportiamo quelli che sono sembrati i più significativi.

Semplificazione e razionalizzazione normativa. L'attuale corpus di 476 articoli (oltre 907 pagine di norme) è considerato eccessivamente oneroso, soprattutto per le PMI. Pur confermando l'impianto fondato sulle direttive, la Risoluzione invita la Commissione a valutare modalità più uniformi e coerenti a livello dell'Unione. La proposta dovrebbe tradursi in una riforma ambiziosa capace di «liberare il potenziale» di un settore che rappresenta il 14% dell'economia europea, rafforzando catene di approvvigionamento sicure e resilienti e riducendo gli oneri per PMI e amministrazioni locali.

Sul tema è interessante richiamare anche le conclusioni formulate da Roberto Caranta nello studio per la Commissione europea pubblicato nell'agosto 2025[31]. L'indicazione emergente è netta a favore di consolidare i testi delle direttive del 2014 in un'unica direttiva. L'Autore ritiene, infatti, che l'esistenza di tre direttive diverse non sia giustificata dall'entità delle differenze nelle norme applicabili agli appalti pubblici generali, agli appalti di servizi pubblici e alle concessioni. In tal senso, osserva, «il consolidamento dei testi – allo stato attuale non così diversi – in un'unica direttiva può contribuire in qualche modo a soddisfare le richieste di semplificazione del quadro normativo degli appalti pubblici». Il consolidamento, viene aggiunto, non dovrebbe essere inteso come un modo per cancellare le specificità dei settori delle concessioni o dei servizi pubblici. La direttiva unica dovrebbe quindi contenere capitoli specifici che riflettano le specificità di questi due settori. Ciò avviene già in alcune legislazioni nazionali di attuazione, come ad esempio in Italia e in Lussemburgo[32].

Al contempo, l'Autore osservato che l'ipotesi di un regolamento – in sostituzione delle direttive – non riuscirebbe a realizzare la piena armonizzazione e che pertanto sarebbe preferibile una direttiva, in quanto consente a ciascuno Stato membro di adattare meglio le norme in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici alla propria situazione specifica, comprese le norme di bilancio nazionali.

Quanto al profilo della razionalizzazione / semplificazione, rileva Caranta, non è opportuno definire un quadro normativo europeo 'leggero' o solo di principi. «Rendere la o le direttive più leggere si tradurrebbe molto probabilmente in un aumento della regolamentazione di matrice giurisprudenziale, in contrasto con l'obiettivo di una effettiva semplificazione e con il rischio di creare incertezza

---

[31] Si veda R. Caranta, *Coherence in the EU Public Procurement Directives. A Study into the Internal Coherence between the Objectives, the Principles and the Provisions in the EU Public Procurement and Concessions Directives*, cit., 130 e ss.

[32] Un'alternativa, viene rilevato, sarebbe quella di avere due direttive, una per gli appalti standard e una per gli appalti complessi come le concessioni, ma anche i PPP. Quest'ultima dovrebbe consentire norme più flessibili adeguate ai contratti a lungo termine e complessi. Una questione relativa a tale approccio sarebbe quella di distinguere chiaramente i contratti complessi da quelli standard; cfr. R. Caranta, *Coherence in the EU Public Procurement Directives. A Study into the Internal Coherence between the Objectives, the Principles and the Provisions in the EU Public Procurement and Concessions Directives*, cit., 132.

nella legislazione – sia per le amministrazioni aggiudicatrici che per gli operatori economici – con conseguente aumento del contenzioso (vale la pena ricordare che la direttiva 2014/23/UE è stata adottata proprio per evitare questo rischio)».

Superamento del criterio del prezzo più basso. Si promuove un passaggio verso il miglior rapporto qualità-prezzo, fondato su criteri ambientali, sociali e di tutela del lavoro. La prevalenza del prezzo più basso (oltre il 50% delle gare in 20 Stati membri, fino all'80% in 10) produce effetti negativi in termini di qualità, sicurezza e sostenibilità economica. Si propone di privilegiare criteri qualitativi, in particolare per appalti complessi e servizi di ingegneria.

Al riguardo va rilevato che nel sistema italiano le regole di recente conio[33] già introducono un sistema di aggiudicazione orientato a privilegiare per gli appalti dei servizi di ingegneria e architettura l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, laddove la norma ammette il ribasso dei concorrenti solo sul 35% dell'importo da porre a base di gara, mentre il rimanente 65% assume la forma di un prezzo fisso.

Rilancio del ruolo delle PMI e dell'economia locale. Si intende favorire la partecipazione di PMI, start-up, imprese agricole e soggetti dell'economia sociale e solidale (anche religiosa), semplificando procedure e riducendo oneri burocratici[34]. Per conseguire tale obiettivo si prevede di intervenire con una maggiore flessibilità procedurale, contrasto ai requisiti di qualificazione eccessivi e ai ritardi nei pagamenti, nonché programmi di assistenza e sviluppo per gli attori dell'economia sociale.

Introduzione di una «preferenza europea». La clausola mira a valorizzare imprese e prodotti europei, in particolare nei settori strategici, garantendo al contempo un mercato aperto e competitivo, ma protetto da pratiche di concorrenza sleale da parte di operatori di Paesi terzi. La Commissione è invitata a una valutazione d'impatto per introdurre il principio di preferenza europea, con particolare attenzione ai settori strategici, all'innovazione e all'occupazione di qualità, evitando di ricorrere a soluzioni che sia espressione di un protezionismo rigido (non foss'altro che per ragioni di sicurezza degli approvvigionamenti che, in molti settori, manifestano dipende significative da produttori di Paesi terzi).

Rivalutazione delle soglie di interesse europeo. Si propone un aumento oltre la semplice rivalutazione monetaria dovuta all'inflazione, per evitare procedure sproporzionate rispetto al valore dell'appalto e per favorire una maggiore autonomia decisionale delle amministrazioni. La misura mira a semplificare il quadro

[33] Il riferimento è alle novità introdotte dal cd. Correttivo (D.Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209) al Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36), segnatamente il co. 15-*bis* dell'art. 41.

[34] Sul tema cfr. lo studio di P. Celotti, M. Alessandrini, A. Valenza, A. *et al.*, *SME needs analysis in public procurement – Final report*, studio realizzato per la Commissione europea (*Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs*), Lussemburgo, 2021.

normativo, consentendo maggiore autonomia alle amministrazioni e adattando le soglie anche agli accordi internazionali.

Suddivisione in lotti e limitazione del subappalto a catena. La divisione in lotti è vista come strumento per ampliare l'accesso delle PMI e delle imprese locali, garantendo concorrenza effettiva e riducendo la dipendenza da grandi operatori. La Risoluzione raccomanda l'obbligo tendenziale di suddivisione, salvo casi giustificati, come strumento di apertura del mercato e di prevenzione del subappalto a catena.

Revisione delle cause di esclusione. Si propone una disciplina più chiara e differenziata per settore, che distingua tra esclusioni obbligatorie (a tutela dell'interesse pubblico) e facoltative (nell'interesse delle amministrazioni), con la creazione di un database europeo condiviso sugli operatori esclusi.

Riforma della cooperazione pubblico-pubblico. L'obiettivo è ampliare la flessibilità e ridurre i vincoli che oggi limitano la collaborazione tra amministrazioni, riconoscendo come cooperazione qualunque accordo tra enti pubblici e valutando l'opportunità di escludere tali accordi dal campo di applicazione delle direttive. Viene proposta una definizione più ampia di cooperazione pubblico-pubblico, riconoscendo la possibilità di accordi diretti tra amministrazioni senza ulteriori condizioni restrittive, e incoraggiando partenariati pubblico-privati e dialogo con le imprese.

Centralità della digitalizzazione. La trasformazione digitale è considerata un asse strategico della riforma: si promuove la creazione di piattaforme digitali europee di facile accesso, basate su standard comuni di identificazione elettronica e su un uso esteso dell'intelligenza artificiale per la gestione, il controllo e la trasparenza dei processi di appalto. Si invita a ripensare radicalmente i processi in chiave digitale, evitando di trasferire semplicemente procedure analogiche in formato elettronico. L'obiettivo è creare ecosistemi digitali interoperabili, trasparenti e di facile accesso per tutti gli operatori, con il supporto di soluzioni sperimentate in Paesi come Polonia, Lituania e Danimarca.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 11-42

Articoli e saggi

La forza espansiva dell'amministrazione consensuale*

Francesco Manganaro

Sommario: 1. Premessa. – 2. Moduli negoziali per l'azione amministrativa. – 3. L'amministrazione consensuale. – 4. La prima evoluzione dell'attività consensuale: amministrazione concertata e programmazione negoziata. – 5. La seconda evoluzione: buona fede, affidamento, fiducia. – 6. La terza evoluzione: co-programmazione e co-progettazione con soggetti del Terzo settore. – 7. La quarta evoluzione: l'amministrazione condivisa. – 8. La quinta evoluzione: il partenariato pubblico-privato. – 9. Conclusioni.

1. *Premessa*

A trentacinque anni dall'emanazione della legge sul procedimento amministrativo, la sua forza dirompente sembrerebbe essersi attenuata in forza di interpretazioni troppo spesso riduttive e per l'inerzia delle amministrazioni che vanificherebbero le novità allora introdotte nel nostro ordinamento.

Nonostante questo, i germi positivi di quella legge, soprattutto in ordine ad un rinnovato modello di amministrazione e di rapporti tra pubblico e privato, hanno portato a nuovi ed imprevedibili esiti in ordine alla natura stessa dell'azione delle pubbliche amministrazioni, che si evolve dai moduli consensuali e concertati fino a giungere alla cogestione delle attività tra privati e pubbliche amministrazioni[1].

* Lavoro destinato agli Scritti per Alfredo Contieri.

[1] Tra i primi lavori sistematici sul punto: A. Contieri, *La programmazione negoziata: la consensualità per lo sviluppo*, Napoli, II ed., 2005; Id., *L'attività amministrativa consensuale nell'ordinamento italiano*, in G. Palma (a cura di), *Lezioni*, Napoli, 2007.

2. *Moduli negoziali per l'azione amministrativa*

Il dibattito aperto dopo l'emanazione della legge sul procedimento aveva già opportunamente sottolineato come essa, soprattutto nelle disposizioni sulla partecipazione, avesse dato concreta attuazione al principio costituzionale che attribuisce il potere alla sovranità dei cittadini, che lo esercitano nei modi previsti dalla Costituzione[2].

Invero, non solo manca in Costituzione l'idea di un potere amministrativo autoritativo come unica modalità di svolgimento dell'azione delle amministrazioni[3], ma anzi, la titolarità del potere attribuito alla sovranità popolare consente di affermare che gli interessi generali possono essere soddisfatti in modalità diverse che prescindono dalla natura pubblica o privata dei soggetti che li realizzano[4].

La Costituzione, infatti, ribalta la concezione di un'amministrazione come unica titolare del potere amministrativo[5], poiché essa è parte imparziale che esercita una funzione senza avere un interesse proprio, ma essendo posta a servizio della società civile di cui è espressione.

Come è noto, la legittimazione stessa dell'azione amministrativa deriva in Costituzione dal controllo che su di essa esercita il Governo, che gode della fiducia del Parlamento, a sua volta espressione del voto dei cittadini, trovando perciò la propria legittimazione nell'autonomia del corpo sociale/elettorale. Né si rinviene in Costituzione una vera e propria riserva di amministrazione, nel senso di escludere la comunità dei cittadini dalla cura degli interessi pubblici. Anzi, già prima della formulazione del principio di sussidiarietà orizzontale, il sostrato

---

[2] Secondo G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 92, la legalità formale è sussunzione autoritaria di un fatto in una norma, mentre la legalità sostanziale è fedeltà ai bisogni sociali, definiti attraverso il confronto, che ha luogo nel procedimento. Così A. Tigano, *Premesse per uno studio su: pluralismo amministrativo e legittimazione a resistere*, in Aa.Vv, *Scritti per Enzo Silvestri*, Milano, 1992, 551-552, sostiene che l'entrata in vigore della Costituzione consente di individuare l'essenza dell'amministrazione repubblicana nella sua «preordinazione alla realizzazione dei fini comunitari ed al riconoscimento della sua legittimazione nella volontà popolare».

[3] V. Cerulli Irelli, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008; Id., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2012; Id., *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019.

[4] Sia consentito rinviare a F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 89 ss. ove si osserva che se la Costituzione attribuisce la titolarità del potere alla sovranità popolare, non si spiega più una differenza ontologica tra interesse pubblico e privato, tant'è vero che, ora, vengono considerati omogenei gli interessi dei soggetti privati e quelli dei soggetti pubblici.

[5] Si è anzi osservato, a questo proposito che la dottrina delle origini non aveva configurato una forza esecutiva del potere, cosa che avviene solo a partire dal secondo Ottocento, come osserva M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 674 ss., richiamando gli studi di L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001 e F. Levi, voce *Legittimità* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 124 ss.

personalistico, condensato nell'art. 2 Cost., mette in evidenza la preminenza delle formazioni sociali, che la Repubblica riconosce e garantisce.

Il secondo passo di questo lungo percorso si può rinvenire nella nuova disciplina degli enti locali introdotta con la legge n. 142 del 1990 e poi ampiamente confermata con la riforma costituzionale del 2001, in attuazione del principio autonomistico già presente nell'art. 5 Cost.

Quanto al ruolo della partecipazione negli enti locali ci si limita a ricordare che l'art. 6, c. 3, prevedeva già in maniera ampiamente innovativa che nello Statuto devono essere previste, oltre forme di consultazione della popolazione, anche «*proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi*»[6].

Peraltro, la nuova legge sugli enti locali, prendeva spunto dalla Carta europea delle autonomie locali approvata dal Consiglio d'Europa nel 1985 e ratificata nel nostro ordinamento con l. 30 dicembre 1989, 439[7]. La Carta già configurava in maniera innovativa l'autonomia locale, definendola esplicitamente come il diritto e la capacità effettiva delle "collettività locali" di regolamentare ed amministrare una parte importante degli affari pubblici. Si tratta di una disposizione che *in nuce* configura un'amministrazione pubblica condivisa, visto che la gestione degli "affari pubblici" è attribuita alle collettività territoriali e non agli enti che le rappresentano.

Nella riforma costituzionale del 2001, l'attività delle amministrazioni, nel rinnovato articolo 118 Cost., è contemporaneamente sottoposta ad una differenziazione verticale e ad una orizzontale, così da consentire alla società civile di essere parte integrante della programmazione ed attuazione degli interessi pubblici, indipendentemente dalla natura pubblica o privata della struttura e dello strumento giuridico utilizzato per realizzarli[8].

La modifica è radicale: il nuovo assetto autonomistico, introdotto dalla sussidiarietà verticale, contribuisce a fondare su nuovi presupposti sia la legalità che la democraticità dell'ordinamento, in quanto il tradizionale modello normativo predeterminato ed uniforme non è più adatto a regolare le singole realtà differenziate di un'amministrazione plurale in cui le formazioni sociali assumono un ruolo determinante, secondo il nuovo modello di sussidiarietà orizzontale[9].

---

[6] Per ulteriori e più ampie considerazioni sull'evoluzione delle autonome locali, F Manganaro, *L'autonomia incompiuta*, Napoli, 2016 e più di recente, Id., *La Repubblica delle autonomie. Un mosaico da ricomporre*, Napoli, 2023; E. Carloni, F. Cortese, *Diritto delle autonomie territoriali*, II ed., Milano 2025.

[7] La Carta europea delle autonomie locali è stata poi integrata con il protocollo addizionale del 2009, ratificato con l. 8 giugno 2023, n. 77.

[8] Sul punto: R. Cavallo Perin, A. Romano, *Art. 1*, in R. Cavallo Perin, A. Romano, *Commentario breve al Testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006; M. Renna, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 283 ss.

[9] Per un approfondimento: F. Manganaro, *Il principio di autonomia*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), in *Studi sui principi di diritto amministrativo*, cit., 259 ss.

Cosicché anche la legalità dell'azione delle amministrazioni non può essere perseguita attraverso l'uniformità di modelli organizzativi fondati sulla supremazia gerarchica come garanzia di trattamenti giuridici uniformi, ma va ricostruita sul parametro dei livelli essenziali delle prestazioni[10]. Non viene meno il principio di legalità, ma lo si declina come soddisfacimento dei bisogni sociali, cosicché sono i gruppi intermedi a collaborare per la determinazione dei fini stessi dell'ordinamento[11].

La cura degli interessi generali ed i modi di realizzarli subiscono una significativa modifica. Il trasferimento di funzioni e servizi alle collettività territoriali in nome della sussidiarietà verticale interseca la sussidiarietà orizzontale, in quanto induce gli enti territoriali a coinvolgere singoli e formazioni sociali nel proporre e realizzare nuove forme di risposte locali ai bisogni del territorio e, conseguentemente, ad individuare la forma organizzativa migliore, anche in collaborazione con la società civile del territorio, come meglio si vedrà nella parte relativa all'amministrazione concertata.

L'analisi postuma delle novità intervenute a seguito della modifica costituzionale in tema di sussidiarietà conferma quanto siano variegate e differenziate le modalità di individuazione e di gestione degli interessi generali[12]. Si va così – intanto solo per esemplificare – dalla programmazione negoziata in cui i settori produttivi a cui destinare benefici pubblici vengono determinati a livello territoriale con le formazioni sociali interessate[13], alla programmazione urbanistica concordata con i residenti del territorio[14], alla gestione da parte di gruppi autorganizzati di forme di auto–aiuto agli anziani non autosufficienti o di asili di quartiere

[10] E. Carloni, *Lo Stato differenziato. Contributo ad uno studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004; F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012. Per una peculiare lettura delle pubbliche amministrazioni: G. Capano, E. Gualmini (a cura di), *Le pubbliche amministrazioni in Italia*, Bologna, 2011.

[11] A. Tigano, *Premesse per uno studio su: pluralismo amministrativo e legittimazione a resistere*, in *Scritti per Enzo Silvestri*, cit., 551-552, afferma, esplicitamente, che l'azione amministrativa, nello Stato democratico, è legittimata dall'essere conforme alla volontà popolare per la realizzazione dei fini comunitari.

[12] Un'ampia esemplificazione casistica di attività coordinate tra privati e pubbliche amministrazioni si trova già in L. Bobbio (a cura di), *Amministrare con i cittadini. Viaggio tra le pratiche di partecipazione in Italia*, Dipartimento della Funzione pubblica, Soveria Mannelli, 2007.

[13] Con la l. 23 dicembre 1996, n. 662 vengono introdotti numerosi moduli convenzionali per la programmazione negoziata, che hanno introdotto modalità di azione concertata tra pubbliche amministrazioni e privati: intesa istituzionale di programma, accordo di programma quadro, patto territoriale, contratto di programma e contratto d'area. Sul punto: A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, cit.; G.P. Manzella, *Vicende di un istituto di programmazione negoziata: i patti territoriali*, in *Riv. giur. del Mezz.*, 1997, 789 ss.

[14] Sulla programmazione urbanistica negoziata: P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano 1998; Id., *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli, 2003.

gestiti dagli stessi genitori dei bambini[15]. Non si tratta più di un mero intervento sostitutivo di amministrazioni inefficienti o in settori non remunerativi, poiché l'introduzione in Costituzione della sussidiarietà orizzontale intende superare lo schema bipolare Stato-società civile, in quanto la Costituzione, assegnando alla società civile la titolarità delle funzioni[16], consente ad essa, nei diversi modi in cui si struttura, di gestire autonomamente anche servizi[17].

3. *L'amministrazione consensuale*

La legge sul procedimento, prendendo atto dell'assetto costituzionale in materia di cura degli interessi pubblici, riconosce ad ogni persona, in quanto tale, il diritto di intervenire nelle decisioni pubbliche, non essendo affatto un'estranea relativamente alle scelte delle amministrazioni[18].

Questa sostanziale novità appariva innovativa già nella formulazione originaria della legge, che legittimando forme diffuse di partecipazione ed accesso agli atti riconosceva alla persona il ruolo di *dominus* del procedimento. Ma tale orientamento appare ancora più chiaro nelle modifiche alla legge sul procedimento introdotte con la modifica del 2005, ove si prevede che soggetti privati possano essere preposti all'esercizio di attività amministrative (art. 1, c. 1 *ter*), mettendo finanche in crisi la tradizionale dicotomia tra diritto pubblico e privato[19].

Allorché la legge 241/90 ha previsto in via generale la possibilità di concludere il procedimento tramite accordi, si ammette definitivamente la possibilità di conformare l'interesse pubblico in collaborazione con i privati[20], lasciando

---

[15] La regolamentazione delle associazioni di promozione sociale era già prevista nella l. 7 dicembre 2000, n. 383, poi modificata dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo Settore.

[16] G. Pastori, *La sussidiarietà orizzontale alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. Rinelli, L. Coen, R. Scarmiglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto*, Padova, 1999.

[17] P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004 e più di recente, P. Duret, Status active civitatis. *Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Napoli, 2023.

[18] Sul punto, ci si limita a rimandare a M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano,1996, 1413 ss.

[19] Nella sentenza n. 234/2010, la Corte costituzionale afferma esplicitamente che nel nostro ordinamento non sussiste un «*divieto ad affidare a soggetti privati lo svolgimento di funzioni amministrative*». Secondo A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 452, non vi sono limiti in diritto positivo all'affidamento ai privati – ove la legge lo preveda – di funzioni anche discrezionali da parte della pubblica amministrazione. Ad avviso di V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2008, 68-69, il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 ultimo comma non riguarderebbe le funzioni in senso tecnico, ma, secondo il dato testuale, le attività di interesse generale che non comportano esercizio di poteri autoritativi.

[20] G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 250 ss., già sostiene che in alcuni casi la cura dell'interesse pubblico non si realizzi con un provvedimento, ma necessiti di una collaborazione fra amministrazione e privati, auspicando una soluzione concordata che soddisfi sia l'interesse pubblico che quello privato. A. Pubusa, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993, 55, secondo cui la migliore decisone amministrativa non deve essere unilaterale, ma la risultante di un processo

alla libertà delle parti di concordare un assetto di interessi, seppure nel generico rispetto di una finalità di pubblico interesse.

La classica immagine di un'amministrazione che opera secondo forme unilaterali ed autoritative viene superata, proprio perché, secondo la Costituzione, la ricerca del consenso dei cittadini assurge a criterio di legittimità sostanziale delle decisioni dell'amministrazione[21]. Perciò, l'amministrazione consensuale non è che un corollario necessario della tesi che vede la legittimazione dell'amministrazione non più nella legge, ma nel soddisfacimento dei bisogni sociali dei cittadini[22]. Di conseguenza, sarà l'amministrazione, in concorso con gli interventori procedimentali, a definire l'interesse pubblico e, perciò, pur nel rispetto delle disposizioni normative, saranno le osservazioni e le proposte presentate dai privati a conformare le scelte stesse dell'amministrazione[23].

D'altronde, è questa una conseguenza del principio di legalità nelle società pluriclasse ove l'amministrazione compie sempre, nel momento di decidere, un completamento soggettivo della norma, poiché la legge tutela interessi contrastanti, non potendo indicare un unico criterio di ponderazione. La legalità –indirizzo, non consentendo la determinazione in astratto di un interesse primario da realizzare, prevede che esso venga conformato nel procedimento[24] con la partecipazione dei soggetti privati, tanto più quando essi rappresentino interessi collettivi o diffusi[25].

La discussa natura giuridica degli accordi di cui all'art. 11 della legge sul procedimento[26] non incide sull'idea fondamentale che la scelta fatta dall'ammi-

---

dialettico tra parti pubbliche e private. Sul modo in cui metodi consensuali realizzano rapporti tra amministrazioni ed amministrati: A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988.

[21] G. Azzariti, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988, I, 120.

[22] G. Berti, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, 1994, 50.

[23] E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale*, Milano, 1992, 58 afferma che, attraverso le osservazioni, si ha «a concreta rappresentazione di un interesse che si assume coincidente con l'interesse che la parte pubblica dell'accordo è chiamata a realizzare».

[24] M. Nigro, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Studi per il centenario della quarta sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1989, 577, commentando l'acquisita rilevanza dell'istruttoria procedimentale e della ponderazione degli interessi compiuta dalla giurisprudenza, nota che «non c'è più posto per un interesse primario (perché la gerarchia degli interessi deve essere l'effetto e non il presupposto della ponderazione)». Secondo F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 301, l'autorità (o autoritatività) è un attributo del potere e non dell'atto, che acquista tale connotazione solo in quanto esercizio del potere.

[25] A. Pubusa, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 17.

[26] Nell'ampia riflessione della dottrina sul punto, si veda, in particolare: F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma nell'azione amministrativa*, in *Pol. del dir*., 1993, 237 ss.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; M. Immordino, *Legge sul procedimento, accordi e contratto di diritto pubblico*, in *Dir. amm*., 1997, 103 ss.; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; F. Cangelli, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, 315; E. Bruti Liberati, voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 1 ss.; F. Tigano, *Gli accor-*

nistrazione sia condivisa con i soggetti privati, che partecipano all'esercizio stesso della funzione amministrativa. Infatti, la conformazione dell'interesse pubblico, in una società aperta e complessa, viene condivisa tra soggetti partecipanti al procedimento – che in qualità di cittadini sono titolari del potere secondo la Costituzione – e le amministrazioni pubbliche, tanto che vengono messi sullo stesso piano gli interessi dei soggetti privati e di quelli pubblici. Data per scontata la capacità tecnica delle amministrazioni come presupposto weberiano del loro potere, spetta alle parti sociali introdurre fatti ed interessi di cui esse sono portatrici, conoscendo, più delle stesse amministrazioni, il fatto su cui decidere ed i bisogni sociali individuali o collettivi.

La generica indicazione dell'art. 11 della legge sul procedimento secondo cui l'accordo deve perseguire l'interesse pubblico è troppo scontata ed imprecisa, poiché manca qualsiasi definizione di esso e dei criteri mediante i quali definirlo[27], confermando l'ipotesi di un rapporto dialogico tra le parti che giunge a configurare un assetto di interessi concordato[28], superando peraltro uno dei corollari fondamentali del principio di legalità, ossia il principio di tipicità degli atti amministrativi.

Né la presenza di una previa determinazione dell'organo che sarebbe stato competente all'emanazione del provvedimento unilaterale, introdotto successivamente dal comma 4-*bis* dell'art. 11, modifica tale convinzione: infatti, la previa determinazione attiene alla discrezionalità dell'amministrazione di avviare una contrattazione con le parti private, adducendo quale sia l'interesse pubblico perseguito, ma non consiste nell'approvazione postuma del contenuto dell'accordo, poi-

di procedimentali, Torino, 2002. G. Sala, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle posizioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 221 ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma nell'azione amministrativa*, in *Pol. del dir.*, 1993, 237 ss.; E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale*, cit.; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004; D. Corletto, Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione, Napoli, 2012; M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 674 ss.

[27] M. Immordino, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 142, ritiene che il richiamo ai principi del diritto civile debba intendersi in senso residuale, ove non vi sia una disciplina pubblicistica specifica. Per N. Paolantonio, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 805, tale rinvio è solo una «mera formula di stile». Anche per S. Giacchetti, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1990, II, 1917, la previsione che l'accordo persegue l'interesse pubblico è del tutto scontata e perciò un'affermazione di pura facciata. *Contra* F. Trimarchi Banfi, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1, 66, secondo cui l'applicabilità dei principi del Codice civile sarebbe limitata solo quando esista una disciplina amministrativa esplicitamente incompatibile. In senso analogo, G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996, 319 e, più di recente, anche M.C. Romano, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 409.

[28] E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale*, cit., 58, afferma che le osservazioni proposte dai privati rappresentano l'interesse coincidente con quello che la parte pubblica è chiamata a realizzare.

ché altrimenti non vi sarebbero accordi sostitutivi, ove essi dovessero essere sempre approvati con determinazione unilaterale successiva alla loro stipulazione[29].

L'amministrazione consensuale degli accordi configura, perciò, l'interesse pubblico come il risultato di un processo di comparazione e di conformazione delle diverse istanze sociali, che trova, proprio «negli strumenti consensuali e partecipativi, più adeguate ed efficaci risposte alle esigenze di un ordinamento pluralista a carattere sociale»[30].

La forza espansiva degli accordi ha consentito di attribuire ad essi maggiori spazi operativi, configurando nuove figure giuridiche per la gestione di interessi pubblici.

Non solo è stato ipotizzato l'accordo a collaborazione necessaria o accordo necessitato[31], ma da esso si è tratto spunto per configurare l'accordo normativo con cui amministrazioni e privati concordano una disciplina giuridica "a monte", determinando le regole per i conseguenti singoli provvedimenti amministrativi di attuazione[32], come meglio si vedrà quando si affronterà la questione dei patti di collaborazione.

4. *La prima evoluzione dell'attività consensuale: amministrazione concertata e programmazione negoziata*

Già pochi anni dopo l'emanazione della legge sul procedimento vengono introdotti nuovi modelli di amministrazione concertata, in cui una o più amministrazioni concordano con soggetti privati il modo di realizzare lo sviluppo territoriale attraverso atti di programmazione negoziata.

Si tratta di istituti che, ancora più della figura dei PPP che verranno poi configurati nella legge sui contratti pubblici[33], puntano a condividere un modello di sviluppo territoriale ed economico costruito dal basso, ribaltando l'idea di

---

[29] Sul punto: F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, 183 ss.; più di recente: M. De Donno, *Tra «autorità e consenso»: gli accordi amministrativi a trent'anni dalla legge sul procedimento amministrativo*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 1569 ss.

[30] M. Spasiano, *Interesse pubblico - interesse privato: la crisi della "grande dicotomia"*, in *Legalità e giustizia*, 1995, 558; Id., *Potere amministrativo e interesse pubblico nell'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico*, in L. Giani, M. Immordino, F. Manganaro (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, 11 ss.

[31] P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, propone questa specifica figura giuridica che, a differenza degli accordi sostitutivi considerati alternativi rispetto al provvedimento, sono invece accordi in cui la partecipazione del privato è una condizione necessaria per la cura degli interessi pubblici.

[32] A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, cit., 76. Per una più recente applicazione di tale disciplina ai patti territoriali: D. De Donno, *Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati*, in *Federalismi.it*, 14 marzo 2018.

[33] G. Montedoro, G.F. Cartei, M. Ricchi, *PPP e nuovo codice*, Napoli, 2024.

una programmazione dello sviluppo territoriale determinato dall'alto senza tener conto delle esigenze dei territori.

È assai significativo che questo modello di progettazione dal basso sia stato introdotto dalle politiche di coesione territoriale dell'Unione europea, che con la piena consapevolezza della difficoltà di misure di sostegno provenienti "dall'alto", adotta politiche di sostegno ai territori con misure concordate "dal basso"[34].

Per questo motivo, l'UE struttura le politiche di coesione su modelli partecipativi, incentivando le forme di partenariato per lo sviluppo locale, così realizzando un modello di *cooperazione sussidiaria* anche quando, ad esempio, si intenda ottenere prestazioni aggiuntive dalle imprese come conseguenza del sostegno ricevuto dalle amministrazioni[35], senza perciò limitare il modello sussidiario alle sole attività di volontariato, come se fosse utile esclusivamente a colmare le lacune dei servizi non remunerativi od a supportare iniziative socialmente meritorie, ma prive di autosufficienza economica[36].

La legge 23 dicembre 1996, n. 662, sulle tracce della disciplina europea, introduce diversi moduli convenzionali di programmazione negoziata, come patti territoriali, contratti d'area, intese istituzionali di programma, accordo di programma quadro e contratto di programma[37].

Si tratta della più significativa novità nella legislazione sulla coesione territoriale, con varie misure, tutte accomunate dalla convinzione che lo sviluppo dei territori depressi debba essere realizzato "con" le collettività territoriali, secondo le loro specifiche esigenze. La peculiarità di questi nuovi atti di concertazione consiste nel fatto che essi configurano uno sviluppo endogeno, in cui più amministrazioni pubbliche, d'intesa con soggetti privati portatori di interessi sociali ed economici, concordano modalità di sviluppo del territorio e mezzi per realizzarlo. Anzi, nei patti territoriali non è lo Stato ad individuare il settore produttivo oggetto di contribuzioni pubbliche, ma sono i soggetti economici e sociali dei territori ad indicare "dal basso" le aree produttive per le quali proporre progetti finanziabili, più adeguati alle esigenze delle singole realtà locali.

---

[34] Tra i tanti documenti sul punto, si segnala, a titolo di esempio, la Comunicazione COM/2006/385, con cui la Commissione rileva che «la partecipazione dei cittadini costituisce un imperativo democratico; l'impegno dei residenti locali e della società civile nella politica urbana è suscettibile di conferire legittimità ed efficacia alle azioni dei poteri pubblici».

[35] G.F. Cartei, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici*, in G.F. Cartei (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 245.

[36] In questo senso F. Manganaro, *Le amministrazioni in forma privatistica*, cit., 60, che richiama le riflessioni svolte, sul punto, da F. Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, 2012.

[37] Per una trattazione generale della programmazione negoziata, R. Gallia, *Dalla contrattazione programmata alla programmazione negoziata: l'evoluzione normativa degli aiuti di Stato. Dall'intervento ordinario nel Mezzogiorno all'intervento ordinario nelle aree depresse*, in *Riv. giur. del Mezz.*, 1996, 352 ss..; Id., *La nuova disciplina della "programmazione negoziata"*, in *Riv. giur. del Mezz.*, 1997, 9 ss..; G.M. Esposito, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 1999.

È evidente, che al di là dei possibili diversi tipi di collaborazione tra soggetti decisori, gli atti prodotti hanno un diverso e non tipizzato contenuto: non hanno la natura di atti unilaterali di una o più amministrazioni; non perseguono un fine pubblico specifico predefinito; sono sottoposti a controlli, i cui parametri sono specificamente indicati per ogni singola misura di intervento; infine, in alcuni casi, possono perseguire un risultato anche derogando a norme imperative[38].

Sulla scia dell'amministrazione consensuale configurata dalla legge sul procedimento si sviluppa, perciò, un modello di amministrazione che, in mancanza di un interesse pubblico predeterminato, consente che non solo un singolo atto, ma la più ampia programmazione dello sviluppo territoriale, avvenga in sede procedimentale in accordo con i rappresentanti della società civile e delle organizzazioni sociali ed economiche del territorio.

Un modello innovativo, che peraltro conferma l'opinione di eminenti sociologi, secondo cui attraverso i processi di amministrazione concertata si producono effetti di coesione sociale che l'integrazione dall'alto non consente di realizzare[39].

5. *La seconda evoluzione: buona fede, affidamento, fiducia*

Introdotto nell'ordinamento il principio dell'amministrazione consensuale, si assiste poi all'esplicita enunciazione normativa di principi tradizionalmente connessi ai rapporti paritari, in particolare quello relativo al principio di buona fede[40].

Invero, come è noto, la questione è ben più antica e non nasce certo con la legge sul procedimento. Il dibattito si sviluppa sotto il peso dell'autorevole opinione dissenziente di Guicciardi, che critica quella dottrina tedesca che vuole dare rilievo alla buona fede delle parti come principio del diritto pubblico[41]. Anche l'opinione negativa di Giannini, che considerava la valutazione della buo-

[38] Come previsto dall'art. 2, comma 203, lett. c) e d), della l. 23 dicembre 1996, n. 662, secondo cui le amministrazioni sottoscrittrici, nello stipulare gli atti di concertazione, al fine di velocizzare e semplificare le azioni di loro competenza, possono individuare sia gli «*atti da adottare in deroga alle norme ordinarie di amministrazione e contabilità*». Si tratta di una norma antesignana di tante altre successive che, in nome del perseguimento del risultato, prevedono deroghe a norme generali.

[39] Secondo F. Dubet, *Integrazione, coesione e disuguaglianze sociali*, in Stato *e mercato*, 1, 2010, 55, che «l'integrazione s'impone dall'alto, la coesione proviene dal basso, come effetto di pratiche "virtuose" proprio perché in grado di produrre coesione». Nello stesso senso, l'analisi di G.L. Bulsei, *La società diffusa. Organizzazione e politiche locali*, Roma, 2012.

[40] Per l'ampio dibattito sviluppatosi sul punto, si veda, di recente: G. Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, a cui si rinvia anche per l'ampia ed aggiornata bibliografia.

[41] E. Guicciardi, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin, 1935, in *Arch. giur. di dir. pubbl.*, 1936, 556 ss.

na fede ricompresa già nel potere discrezionale dell'amministrazione, ha condizionato in senso negativo la dottrina sul punto[42].

La rilevanza nel diritto amministrativo comincia, invece, ad affermarsi negli studi di Allegretti, secondo cui il principio solidaristico introdotto con la Costituzione consente di configurare in modo paritario i rapporti tra cittadini ed amministrazioni pubbliche[43]. L'amministrazione, considerata come parte imparziale, non avendo un interesse proprio nell'esercizio della funzione, è tenuta ad esercitare il potere discrezionale tenendo conto della qualificazione del fatto offerta dai soggetti privati. E così, ben prima della legge sul procedimento amministrativo, si sostiene che, seppure spetti all'amministrazione il potere di decidere, è altresì necessario che alla conformazione delle situazioni giuridiche debbano intervenire i soggetti privati, interessati alla definizione di quel rapporto. La funzione amministrativa viene, dunque, configurata come un rapporto di collaborazione tra amministrazione e cittadini, il cui principio regolatore, come in tutti i rapporti di collaborazione, è proprio quello di buona fede.

Sotto una diversa prospettazione, la rilevanza della buona fede trova conferma in quella dottrina che, ispirandosi alla demarchia benvenutiana[44], ritiene che i rapporti tra amministrazioni e cittadini siano sempre paritari[45].

Ma, la più ampia e specifica ricostruzione della rilevanza della buona fede nel diritto pubblico si rinviene, come è noto, nell'opera di Merusi sull'affidamento del cittadino[46]. Dalla comparazione tra l'ordinamento italiano e quello tedesco si deduce l'esistenza, a carico del legislatore, di un obbligo di ponderazione tra interessi diversi, la cui inosservanza comporterebbe la violazione del legittimo affidamento suscitato nei consociati; la tutela dell'affidamento si prospetterebbe non come un generico obbligo di comportarsi *iure*, quanto piuttosto come la coerenza con un precedente comportamento. Tuttavia, tale coerenza non si manifesterebbe come necessità di applicazione automatica del principio del non *venire contra factum proprium*, quanto piuttosto come obbligo di valutare e ponderare l'interesse pubblico con l'interesse correlato all'affidamento.

Su queste linee di pensiero si è poi sviluppato un ampio ed articolato dibattito[47], che ha portato – come sommariamente si può rilevare in questa sede –

---

[42] M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 143 (in part. nota 21) e p. 372, ove si esclude la funzione interpretativa della buona fede, ma si ammette limitatamente una funzione integrativa.

[43] U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

[44] F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, 849.

[45] G. Pastori, *Introduzione generale*, in Aa.Vv., *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 14.

[46] F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001.

[47] Si vedano, in particolare: Racca G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Pro-*

all'affermazione ormai consolidata della rilevanza della buona fede oggettiva, intesa come correttezza del comportamento nei rapporti di diritto pubblico, tanto che si è di recente affermato che la sua vigenza nell'ordinamento amministrativo, è «ormai un dato acquisito»[48].

Lo sviluppo dell'amministrazione consensuale si consolida nella legislazione successiva alla legge sul procedimento amministrativo.

L'art. 12, comma 1, lettera 0a del d.l. 76/2020 convertito in legge n. 120 del 2020 introduce nella legge sul procedimento il comma 2-*bis* dell'art. 1, secondo cui «i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»[49].

Invero, l'esplicita enunciazione del principio non può essere considerata solo la normativizzazione di una prassi consolidata, ma impone di valutare se possa desumersi un contenuto sostanzialmente diverso da quello finora ritenuto sussistente[50]. Per meglio dire, non appare più sufficiente ritenere che la buona fede venga considerata come presupposto dell'affidamento nella legittimità di un atto proveniente da una pubblica amministrazione, al fine di valutare i limiti posti all'autotutela.

Nella normativizzazione del principio di buona fede, per altro esplicitamente connesso con il principio di correttezza, si disegna una fattispecie che prescinde dal giudizio sulla legittimità dell'atto, ma che ha il suo *focus* sul comportamento delle parti del rapporto, con ciò confermando quanto già proposto prima della novella, in via interpretativa, da una parte della dottrina[51].

Infatti, prima della modifica normativa si era già sviluppato un ampio dibattito non tanto sulla configurazione di un dovere delle parti del rapporto amministrativo di comportarsi in maniera corretta, quanto sulla possibilità di scindere la legittimità dell'atto dal comportamento in buona fede.

La vicenda ha assunto, per questo motivo, una prospettiva legata al riparto di giurisdizione che ha, da una parte, contribuito ad un approfondimento del

fili di tutela del privato, Napoli, 2005.

[48] In questo senso, si esprime di recente M. Trimarchi, *La buona fede tra attività amministrativa e rimedi* in G. Avanzini, P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli, (a cura di), *Tra procedimento e processo*, Napoli, 218.

[49] Art. 12, comma 1, lett. 0a), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120.

[50] Secondo S. Perongini, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 4, 2024, 955 ss. «il difetto dell'impostazione, che ha privilegiato l'approccio meramente processuale al tema di indagine, risiede nell'aver omesso di considerare, adeguatamente, la portata normativa del principio di affidamento sul piano sostanziale. In particolare, si è omesso di esaminare gli effetti che il principio di affidamento esplica sul rapporto fra amministrazione e cittadino e gli effetti che esso produce sull'esercizio del potere», ma poi, «una vera e propria svolta si è avuto quando il legislatore lo ha sancito come principio giuridico», sia nell'art. 1, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990 che nell'art. 5, primo comma, del d.lgs. n. 36/2023.

[51] A. Romano Tassone, *Situazione giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. del Dir.*, agg. II, 1998, 966 ss.

concetto di buona fede applicato al diritto amministrativo, ma dall'altra complicato il problema per una lettura troppo condizionata da un'evidente volontà delle Corti di difendere i propri confini giurisdizionali.

Il Giudice ordinario ha configurato un affidamento incolpevole, quando il destinatario del provvedimento tiene un comportamento corretto e leale, ai sensi degli articoli 1337 e 1338 del Codice civile[52], al fine di contemperare la tutela della buona fede con il principio della responsabilità[53].

Tuttavia, la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, al fine di determinare il riparto di giurisdizione, esclude che il giudizio sulla correttezza del comportamento sia comunque connesso con un rapporto tra le parti in un contesto procedimentale in cui si esercita un potere, collegandolo invece alla più generale figura della responsabilità da contatto sociale. Di contro, si è osservato che il comportamento in oggetto è sempre inserito in un rapporto amministrativo intercorso tra un privato e la pubblica amministrazione[54] ed inoltre, il comportamento incolpevole introdurrebbe un elemento soggettivo, estraneo alla tradizionale valutazione della buona fede oggettiva nell'ambito dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione[55].

In questo senso si esprime la giurisdizione amministrativa che, nella nota sentenza dell'Adunanza plenaria n. 20/2021, considera l'affidamento sia legitti-

---

[52] Si tratta delle note ordinanze della Cass. civ., sez. un., nn. 6594, 6595, 6596 del 2011. In senso critico, M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad. plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *www.federalismi.it*, 2011. Più di recente, conferma questa opinione, tra le altre, Cass. Civ., Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567, commentata da C. Fragomeni*, Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole* (nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567), in *giustiziainsieme.it*, 19 settembre 2023.

[53] Sul punto: F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 827.

[54] Sia consentito rinviare a F. Manganaro, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in L. Giani, A. Police (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone, per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, 2017, 122, secondo cui «il dovere di correttezza si presenta intrecciato con l'interesse legittimo ad ottenere il bene della vita, ma può essere tutelato indipendentemente da esso, dando luogo ad un autonomo obbligo di risarcimento o, insieme ad esso, quando la violazione dell'obbligo di correttezza si trasfonde in un vizio dell'atto». Anche secondo G. Tropea, A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020, non si può prescindere dal fatto che il comportamento in buona fede matura nel contesto dell'esercizio del potere nel procedimento. Sul punto, anche: M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *P.A. persona e amministrazione*, vol. 11, 2022, 131 ss.

[55] In questo senso la giurisdizione amministrativa. Più di recente, dopo l'emanazione del nuovo Codice appalti: Cons. Stato, sez. IV, 20 giugno 2024, n. 5514 che considera risarcibile il danno procurato da una variante urbanistica che impedisce la realizzazione di un impianto di trattamento dei rifiuti, secondo quanto previsto in un accordo stipulato con un privato

mo che incolpevole come un comportamento sempre connesso con un provvedimento o comunque con un'attività in cui l'amministrazione esercita un potere[56].

La modificazione normativa, introdotta nella legge sul procedimento, non contraddice quella dottrina e quella giurisprudenza che configurano la buona fede come criterio di valutazione del comportamento, ma la *sedes materiae* in cui la novella è posta conferma che valutazioni di tipo privatistico debbono cedere il passo, essendo quel comportamento attuato in un contesto procedimentale.

In sostanza, la normativizzazione nella legge sul procedimento della tutela della buona fede eccede la tradizionale tutela dell'affidamento ed esonda nella valutazione della correttezza del comportamento delle parti pur in un contesto in cui si eserciti un potere[57].

Peraltro, a differenza dell'affidamento che tutela la buona fede del privato che si è fidato di un atto o di un comportamento dell'amministrazione, la tutela della buona fede introduce ora un reciproco obbligo di correttezza tra entrambe le parti del rapporto, come peraltro confermato dal principio della fiducia introdotto dal codice dei contratti pubblici.

Questa interpretazione trova ulteriore conferma proprio nel nuovo Codice degli appalti, ove al principio di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5) si aggiunge il principio della fiducia tra amministrazione ed operatori economici, peraltro inserito tra i "super principi" (art. 2), ai sensi dell'art. 4 del Codice[58].

Quanto al principio della buona fede, il Codice ribadisce che nella procedura di gara, l'operatore economico deve fidarsi dell'agire legale dell'amministrazione e del comportamento di essa in buona fede.

La lettura del testo normativo chiarisce, innanzitutto, che la buona fede non è una regola della sola fase pre o post contrattuale, secondo la tradizionale suddivisione dei contratti ad evidenza pubblica tra fase privatistica e pubblicistica. Ne è conferma il fatto che il legislatore specifichi che affidamento e buona fede sono principi che regolano ogni fase del procedimento «anche prima dell'aggiudicazione».

---

[56] Ad avviso di F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 11 ss., l'aspettativa oggetto di tutela si armonizza con una delle manifestazioni dell'interesse legittimo; di conseguenza, la situazione giuridica pregiudicata sarebbe qualificabile come interesse legittimo. In questo senso, C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 564 ss.; C. Napolitano, *Legittimo affidamento e risarcimento del danno: la Plenaria si pronuncia (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021.

[57] Di recente: M. Clarich, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.* 2024, 651 ss.

[58] G.F. Cartei, D. Iaria, *Codice dei contratti pubblici*, cit.; V. Fanti (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli; R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazione nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024; M. Macchia, *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2024; G. Tropea (a cura di), *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024; M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, III ed., Torino, 2025; S. Cimini, A. Giordano (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici. Aggiornato al correttivo (d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209)*, Napoli, 2025.

Si conferma, invece, la dicotomia tra legittimità dell'azione amministrativa e correttezza del comportamento, come due situazioni diverse. Il secondo comma, infatti, connette l'affidamento al «legittimo esercizio del potere», mentre la buona fede alla «conformità del comportamento amministrativo».

Si segue, in sostanza, la soluzione giurisprudenziale adottata nella nota sentenza dell'Ad. Plen. n. 5/2018. Anche nel Codice degli appalti, il giudice-legislatore distingue tra le regole di legittimità e quelle di correttezza[59]: le prime attengono alla validità degli atti e riguardano interessi legittimi, mentre le seconde riguardano comportamenti e sono, perciò, fonte di diritti soggettivi, con totale autonomia delle due situazioni giuridiche tra loro.

Tale disposizione, invero, presta il fianco, come visto in precedenza, a letture divergenti rispetto allo scopo stesso del legislatore: distinguendo tra validità dell'atto e correttezza del comportamento si può pervenire a differenziare la giurisdizione nelle due ipotesi indicate. Invero, si potrebbe obiettare, come già esposto in precedenza, che il comportamento di cui si tratta è sempre connesso ad un procedimento amministrativo, cosicché la giurisdizione rimarrebbe sempre in capo al giudice amministrativo. Comunque, in ogni caso, l'affidamento viene configurato come un limite del potere o di situazioni che comunque ne abbiano un collegamento con il suo esercizio, tanto da configurarne una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[60].

Al di là della perimetrazione dei confini tra giurisdizioni, la distinzione tra validità dell'atto e comportamento corretto ha il pregio di poter consentire di far valere una responsabilità dell'amministrazione nonostante la legittimità degli atti di gara, capovolgendo l'antica questione della pregiudiziale amministrativa ed anzi configurando una responsabilità per 'danno da affidamento' sia a fronte di provvedimenti che di comportamenti[61].

Tale previsione si pone, perciò, in linea con quanto stabilito, in termini generali, dall'articolo 2-*bis* della legge sul procedimento[62], secondo cui «rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»[63].

---

[59] In tal senso, poi, Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21.

[60] Come chiarisce la Relazione sullo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici formulata dal Consiglio di Stato e pubblicata il 7 dicembre 2022, p. 17.

[61] G. Delle Cave, *Brevi considerazioni sulla differenza tra responsabilità precontrattuale della P.A. e responsabilità da provvedimento illegittimo* (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989), in *giustiziainsieme.it*, 15 novembre 2023.

[62] Come modificato ad opera dell'articolo 12, comma 1, lettera 0a) del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020 n. 120.

[63] Per un commento alla modifica intervenuta, si leggano: M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, cit., 131 ss.; S. Torricelli, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *Persona e amministrazione*, 2022, 29 ss., che evidenzia come «il principio di buona fede può portare ad avvalorare certe letture collaborative del procedimento amministrativo, che assegnano alle parti un ruo-

Più complessa e controversa appare l'esegesi del principio della fiducia.

Come è noto, esso viene esplicitamente introdotto nel nostro ordinamento dal Codice dei contratti pubblici del 2023, come uno dei tre principi fondamentali e sovraordinati rispetto a tutti gli altri[64].

La distinzione tra principio della fiducia (art. 2) e principio della buona fede e dell'affidamento (art. 5), tutti previsti nel Codice dei contratti pubblici, fa comprendere che, a differenza di quanto si potrebbe pure pensare, il principio della fiducia non ha come scopo principale la valutazione della correttezza del comportamento delle parti del rapporto, che rimane oggetto del più generale principio della buona fede[65].

Infatti, se la situazione giuridica tutelata è «la reciproca fiducia nell'azione trasparente, legittima e corretta dell'amministrazione», ci troviamo innanzi ad una mera sovrapposizione rispetto all'obbligo di agire correttamente, già previsto nell'art. 1, c. 2-*bis* della legge sul procedimento, che per il suo contenuto generale appare ovviamente applicabile anche all'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica[66]. Né l'aggiunta sulla reciprocità di un comportamento corretto aggiunge un nuovo onere in capo al privato contraente, poiché il dovere di comportamento corretto, secondo una costante lettura della dottrina e della giurisprudenza, discende pianamente anch'esso dalla citata norma della legge sul procedimento[67].

Peraltro, a fronte di un'apprezzabile dichiarazione circa la reciprocità della fiducia nel comma 1, l'articolo nulla dice poi circa i comportamenti corretti

---

lo tendenzialmente omogeneo, espletando il quale esse debbono adoperarsi per il raggiungimento di un risultato comune…l'interesse pubblico». In tal modo, «la buona fede fa acquisire al procedimento la capacità di definire l'assetto del rapporto tra le parti, massimizzando anche l'effettività della tutela giurisdizionale». Dello stesso Autore, con riferimento più specifico alla portata del principio di buona fede nell'ambito delle procedure di aggiudicazione e, in specie, rispetto all'esclusione di operatori economici che hanno commesso gravi illeciti professionali, si legga S. Torricelli, *Il principio di buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'amministrazione) di informarsi*, in *Munus*, 2020, 477 ss.

[64] Nella sterminata letteratura sul punto, si veda in particolare, C.E. Gallo, *Per una lettura attuativa dei principi del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2023, 4, 767 ss.; S. Bocchini, *La responsabilità "concorrente" dell'operatore e l'azione di rivalsa della stazione appaltante al cospetto del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm*. 2025, 1, 67 ss.

[65] In questo senso, di recente, riguardo all'interpretazione di un bando di gara: Cons. St., sez. V, 18 aprile 2025, n. 3411.

[66] In questo senso: D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e acceso al mercato*, in G.F. Cartei, D. Iaria (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti*, Napoli, 2023, 20; R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 47 ss.

[67] Osservano sotto diversi profili, R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, cit. e F. Follieri, *Fiducia e paternalismo amministrativo*, in *Persona e amministrazione*, 2024, 1, 53 ss., che l'introduzione di tale principio sbilancia i rapporti tra cittadini ed amministrazione, poiché intesta in capo agli operatori economici o ai cittadini obblighi a cui essi non possono adempiere, non essendo a conoscenza degli atti dell'amministrazione.

dell'operatore economico, ma dedica tutti il resto dell'articolo alla disciplina della responsabilità dei dipendenti pubblici, che gestiscono la fase contrattuale[68].

Si evidenzia cosi il vero scopo della norma: il principio della fiducia, espressamente indicato dal legislatore come un mezzo volto a garantire il raggiungimento del risultato, intende limitare le preoccupazioni dei dipendenti delle amministrazioni, dovute alle necessarie scelte discrezionali, comunque foriere di timori per eventuali responsabilità[69]. Si dovrebbe, infatti, presumere che i dipendenti dell'amministrazione agiscano in buona fede, anche ove valutino profili discrezionali, realizzando una corretta attività amministrativa[70].

Anche questa eventuale finalità non può comunque essere garantita dal legislatore che, nello stesso articolo, prevede infatti forme assicurative per i dipendenti a garanzia di eventuali azioni di risarcimento, presupponendo così una possibile violazione del principio della fiducia[71].

La norma, ampiamente oggetto di discussione, appare più rivolta *ad intra* che *ad extra*, nel senso che appare un tentativo di rimediare alla paura della firma, riducendo lo spazio della responsabilità e consentendo una maggiore tranquillità nel perseguimento del risultato[72]. L'art. 2 del Codice, per esplicita previsione del legislatore, introduce e rafforza l'asse fiducia-risultato, in quanto la prima consentirebbe, limitando i vincoli alla discrezionalità, di perseguire il secondo.

La sostanziale limitata rilevanza del principio della fiducia diventa palese nella successiva applicazione della giurisprudenza che, pur citando spesso tale principio, ne riduce sostanzialmente l'importanza quando afferma che si tratta di

---

[68] C.E. Gallo, *Per una lettura attuativa dei principi del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, cit., osserva che, affermata la reciprocità della fiducia, l'art. 2 «sembra però dimentico del fatto che i rapporti di fiducia vale nei confronti sia dell'amministrazione che degli operatori economici e si diffonde invece a dettare regole per ciò che concerne la responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici».

[69] In questo senso, la giurisprudenza: Cons. St., sez. V, 13 settembre 2024, n. 7571; Cons. St., sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924, secondo cui «*il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo*».

[70] Si tratterebbe così di riesumare il principio della presunzione di legittimità degli atti amministrativi: in questo senso, TAR Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

[71] Già prima dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici, si è rilevato che le questioni attinenti alla responsabilità dell'amministrazione e dei suoi dipendenti non si possono comprendere se non mettendo in discussione la tradizionale configurazione del rapporto organico, che confonde l'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa con lo stato d'animo soggettivo dell'autore dell'atto: in questo senso, N. Paolantonio, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 126-127.

[72] Il comma 2 dell'articolo 21 del decreto-legge n. 76 del 2020, prendendo spunto dall'emergenza pandemica, aveva stabilito che si potesse configurare la responsabilità erariale solo per dolo. La transitorietà della norma è stato il motivo per cui la Corte costituzionale, con la sentenza 16 luglio 2024, n. 192 ha ritenuto legittima la norma e le sue numerose proroghe. Di recente, invece, la legge 2 luglio 2025, n. 100, convertendo in legge il d.l. 12 maggio 2025, n. 68, ha disatteso le sollecitazioni della Corte, poiché la norma continua a prorogare fino al 31 dicembre 2025 la disposizione prevista nel d.l. 76/2020. Questa norma interviene ora anche nell'ottica di una più vasta modifica della giurisdizione della Corte dei conti, secondo un disegno di legge già approvato dalla Camera ed attualmente all'esame del Senato.

un principio generale già desumibile dall'art. 97 della Costituzione e dalla legge sul procedimento[73].

6. *La terza evoluzione: co-programmazione e co-progettazione con soggetti del Terzo settore*

L'idea di un'amministrazione consensuale introdotta con la legge sul procedimento trova un fertile connubio con la modifica costituzionale del 2001 che introduce il principio della sussidiarietà verticale ed orizzontale.

L'attribuzione in via prioritaria ai Comuni delle funzioni amministrative conferma il ruolo principale che la collettività locale può svolgere, d'intesa con gli enti locali del territorio, nella gestione degli interessi di prossimità[74]. Questo effetto della sussidiarietà verticale viene, a sua volta, rafforzato dall'introduzione della sussidiarietà orizzontale, che riconosce esplicitamente l'autonoma iniziativa dei cittadini per il compimento di attività di interesse generale.

Sussidiarietà verticale ed orizzontale si intrecciano ed entrambe favoriscono un'amministrazione sempre più consensuale. Si ritiene, in genere, che la sussidiarietà verticale sia solo una regola relativa alla distribuzione delle funzioni tra diversi enti, secondo i principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione. Questa lettura, seppure corretta, trascura però l'ulteriore effetto che la sussidiarietà verticale determina: l'attribuzione prioritaria delle funzioni ai Comuni avvicina il potere alle comunità territoriali, consentendo ad esse di proporre ed attuare attività di interesse generale con le amministrazioni. Si passa così dai primi istituti partecipativi introdotti dagli Statuti degli enti locali, a seguito della legge di riforma n. 142 del 1990[75], alle forme di co-programmazione o co-gestione di servizi di prossimità gestiti con enti del terzo settore, fino ai patti di collaborazione, su cui si dirà più oltre.

In conclusione, l'amministrazione consensuale si consolida, manifestandosi in diverse modalità sia attraverso l'avvicinamento del potere alle comunità territoriali, come avvenuto con la sussidiarietà verticale introdotta dalla riforma costituzionale, sia per l'attribuzione a soggetti privati della gestione di attività di interesse generale, sancita dalla sussidiarietà orizzontale.

---

[73] In questo senso, tra le tante: Cons. St., sez. VII, 1° luglio 2024, n. 5789; Cons. St., sez. IV, 13 settembre 2024 n. 7567; Cons. St., sez. VII, 30 aprile 2024, n. 3946.

[74] Sul punto, di recente, G. Marletta, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, 441 ss., secondo cui «è evidente che l'attività di facilitazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini attivi, vista come effettiva funzione istituzionale-organizzativa, non possa che essere necessariamente attribuita ai Comuni, essendo questi ultimi gli enti territoriali naturalmente più vicini ai bisogni dei cittadini».

[75] F. Manganaro, A. Piraino, *La partecipazione popolare negli Statuti dei Comuni capoluoghi di Regione*, in *Il Politico*, 1993, 415 ss.

Si tratta di due fenomeni solo apparentemente indipendenti, ma che, invece, contribuiscono insieme a modificare la natura stessa dell'attività amministrativa, confermando che essa non è più attribuita dall'ordinamento in via esclusiva agli enti pubblici[76]. E così l'amministrazione consensuale, introdotta dalla legge sul procedimento, pur ove poco utilizzata nella forma specifica degli accordi, si introduce come un fiume carsico nell'ordinamento e produce effetti ben più ampi di quelli apparenti a prima vista.

La terza fase dell'evoluzione dell'amministrazione consensuale introdotta dalla legge sul procedimento e rafforzata dalla introduzione dei principi di sussidiarietà crea nuovi istituti giuridici per la gestione consensuale di interessi pubblici, quali la co-programmazione e la co-progettazione.

Tali istituti vengono previsti per il caso specifico dei rapporti tra amministrazione e Terzo settore.

In questo ambito, già l'art. 7, c. 1, del d.p.c.m. 30 marzo 2001, *Istruttorie pubbliche per la co-progettazione con i soggetti del Terzo settore*, disponeva che, nell'ambito delle politiche sociali, i Comuni potessero coinvolgere i soggetti del Terzo settore, giungendo a co-progettare interventi innovativi e sperimentali[77].

Il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo Settore rafforza ed amplia quel primo orientamento normativo, introducendo all'art. 55 una norma che prevede esplicitamente la co-programmazione e la co-progettazione[78].

Precisa il comma 2 dell'art. 55 del Codice che la co-programmazione è «finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili». Mentre la co-progettazione «è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2».

La nuova modalità di gestire interessi pubblici in modo consensuale e cooperativo, seppure in uno specifico settore, trova significativo riconoscimento nel-

[76] F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., 45 ss.; F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019; D. Palazzo, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022.

[77] R. Morzenti Pellegrini, *Il ruolo del Terzo settore nel sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali,* Torino, 2020.

[78] Sulla definizione stessa di amministrazione condivisa: G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi Parlamentari e di Politica costituzionale*, 1997, 29 ss. Più di recente: F. Giglioni, *Consolidamento e futuro dell'amministrazione condivisa*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 20; B. Giliberti, *L'amministrazione condivisa: co-programmazione e co-progettazione nel Terzo settore tra autonoma iniziativa delle formazioni sociali e poteri delle pubbliche amministrazioni*, in A.a. Vv., *Lo spazio della pubblica amministrazione, Vecchi territori e nuove frontiere*, Annuario AIPDA 2023, Napoli, 2024, 321 ss.; A. Crismani (a cura di), *Il Terzo Settore come organizzazione della solidarietà*, Pisa, 2025.

la nota sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020, che si pronuncia sulla legittimità dell'art. 55 del Codice[79].

Sottolinea la Corte che tale articolo prevede legittimamente «il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi», configurando «un nuovo rapporto collaborativo» con gli enti pubblici, «al fine di rendere più efficace l'azione amministrativa nei settori di attività di interesse generale definiti dal CTS».

Precisa la Corte che ciò è possibile in quanto gli ETS sono rappresentativi della società solidale ed hanno, per le attività che svolgono, una precisa conoscenza del territorio e delle specifiche esigenze di solidarietà sociale. Per questo la coprogettazione e la co-gestione si giustificano in quanto gli ETS sono «in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico)» sia perché hanno altresì «capacità organizzativa e di intervento» E' per questi motivi che la Corte ammette che il rapporto tra amministrazioni ed ETS crea «*un canale di amministrazione condivisa*», che produce «uno specifico modello di condivisone della funzione pubblica».

La Corte, invero, non riconosce una forma generale di gestione condivisa degli interessi pubblici, anzi sottolinea che la legittimità dell'art. 55 del Codice si giustifica, in questo caso speciale, proprio per la particolare competenza e sensibilità sociale degli ETS, che consente alla stessa amministrazione di avere un quadro informativo più preciso e, di conseguenza, una programmazione più efficace ed anche meno onerosa dei servizi sociali.

Tuttavia è innegabile, come riconoscono dottrina e giurisprudenza successiva, che la sentenza n. 131/2020 abbia aperto la porta ad una nuova configurazione di amministrazione consensuale e concordata, seppure con soggetti specificamente competenti in un determinato settore.

In sostanza, la sentenza pone alcuni principi identificativi dell'amministrazione condivisa che saranno poi declinati in altre forme ancora più generali, come ad esempio i patti di collaborazione in cui – come vedremo – la legittimazione alla condivisione del servizio con l'amministrazione non è più dovuta, come per gli ETS, alla competenza in materia, ma solo ed esclusivamente all'essere cittadini attivi.

---

[79] Nell'ampia bibliografia sul punto, si veda: G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del terzo settore*, in *Giur. cost.*, 2020, 1439 ss.; F. Giglioni, *L'amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in *Labsus*, 2020; E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021; A. Gualdani, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *federalismi.it*, 2021, 21, 113.

Perciò, la sentenza della Corte costituzionale, pur avendo ad oggetto specificamente gli enti del Terzo settore, pone alcuni principi che eccedono tale ambito, potendo così essere considerati principi generali dell'azione amministrativa.

In particolare, come detto, la sentenza riconosce che i soggetti privati organizzati per uno scopo hanno conoscenza della situazione da regolare maggiore della stessa amministrazione. Cade perciò uno dei presupposti che storicamente hanno giustificato il potere esclusive delle amministrazioni, cioè la maggiore conoscenza dei fatti su cui deliberare. Si capovolge il modello di amministrazione weberiana, che fonda la sua autorità sulla maggiore competenza dell'amministrazione che conosce meglio di tutti le esigenze del territorio ed ha gli strumenti per realizzarli. La sentenza della Corte riconosce, invece, che soprattutto nelle società attuali, i bisogni del territorio e dei cittadini sono conosciute più da chi abita i territori che dalle stesse amministrazioni locali[80].

L'amministrazione condivisa compie un altro importante passo in avanti nel Codice dei contratti pubblici del 2023, che la introduce all'art. 6, tra i principi fondamentali del Codice, nei rapporti con gli ETS[81].

Anche in questo caso, come nel Codice del Terzo settore, l'introduzione di un nuovo modello amministrativo si fonda sui principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, che giustificano la possibilità di avere «modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore».

Si dà seguito così a quanto previsto nel codice del Terzo settore, introducendo forme di contratti pubblici diversi da quelli che comportano rapporti sinallagmatici. La precisazione è fondamentale, perché, specificando quanto non detto nel Codice del Terzo settore, si chiarisce bene la specificità di tali contratti.

Il chiarimento sulla esclusione del sinallagma contrattuale non è affatto casuale, vista la controversa interpretazione della disciplina posta dal Codice del Terzo settore in rapporto con il Codice dei contratti pubblici.

Infatti, quanto al requisito dell'assenza di rapporti sinallagmatici come elemento caratterizzante delle attività del Terzo settore si è sviluppato un significativo dibattito[82]. Il Consiglio di Stato, con il parere n. 2052/2018 espresso sul

[80] La questione sulla gestione dei dati merita maggiore approfondimento, impossibile in questa sede, sulla gestione dei dati va approfondita, in altra sede, in quanto coinvolge il più vasto problema della loro conoscenza e disponibilità in una società tecnologica in cui il patrimonio informativo è sempre più diffuso, ma in prevalenza nella disponibilità di grandi soggetti privati, che li detengono a fini commerciali. Sul punto, si veda: A. Simonati, *I dati personali in possesso dell'amministrazione: beni a destinazione pubblica?,* in *Ceridap*, luglio 2025.

[81] Alcune prime forme di partenariato sociale erano già previste, negli artt. 189 e 190 del precedente Codice dei contratti pubblici, come, ad esempio, la cura di beni da parte dei cittadini e l'istituto del baratto amministrativo; per un'interessante, più ampia, analisi sul punto: J. Vavalli, *Il partenariato quale espressione del diritto amministrativo paritario: proposte per un inquadramento giuridico dell'istituto*, in *Dir. amm.*, 2022, 1, 215 ss.

[82] Di recente: R. Parisi*, Luci (normative) e ombre (interpretative) nell'applicazione degli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore previsti dal d.lgs. n. 117/2017*, su *questa Rivista*.

Codice del Terzo settore, aveva ritenuto che esso presupponesse la totale gratuità del servizio svolto, senza neppure il pagamento dei costi necessari, primi fra tutti quelli relativi al personale necessario[83].

L'art. 6 del Codice dei contratti risolve la questione, ove afferma che restano al di fuori dell'ambito della sua applicazione gli istituti disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo settore. Trova conferma, perciò, l'opinione secondo cui il fine solidaristico che consente rapporti di amministrazione condivisa non viene meno ove si preveda una spesa per la retribuzione dei lavoratori e per gli strumenti necessari per lo svolgimento del servizio stesso[84]. Ciò che non è consentito è perseguire il lucro con la distribuzione di eventuali utili tra i componenti dell'associazione, venendo meno, in questo modo, la natura stessa di ente del Terzo settore, che persegue finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una delle attività di interesse generale, come previsto dall'art. 5 del relativo Codice[85].

Perciò, quando l'art. 4 del Codice del terzo settore prevede come elemento caratterizzante degli ETS la mancanza di lucro, deve intendersi che non vi sia distribuzione di utili per gli associati, ma non certo che non debbano essere ammesse a finanziamento le spese per il personale e l'organizzazione del servizio, poiché altrimenti si avrebbe, per assurdo, un illecito arricchimento dell'amministrazione che fruirebbe di un servizio senza avere nessun onere economico.

Il ruolo del partenariato sociale è poi riconosciuto nel nuovo Codice dei servizi pubblici locali, D. lgs. 23 dicembre 2022, che all'art. 18 ammette la possibilità, sempre in nome dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, che gli enti locali possano attivare con soggetti del Terzo settore rapporti di partenariato, secondo quanto previsto dal relativo Codice «per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica»[86].

È significativo che nella regolazione dei servizi locali una norma preveda esplicitamente l'attribuzione di servizi pubblici a soggetti del Terzo settore, supe-

[83] Ci si riferisce, in particolare, a Cons. St., Comm. spec., 20 agosto 2018, parere n. 2052.

[84] In questo senso N. Vettori, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistematici e profili innovativi*, in *PA Persona e amministrazione*, 2023, 2, 813 ss., secondo cui le somme eventualmente corrisposte dall'amministrazione non possono rappresentare un prezzo, ma devono essere indipendenti dallo stesso o, al più, limitarsi a coprire i costi effettivamente sostenuti e documentati.

[85] M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Quale sistema di welfare di fronte alle nuove fragilità?*, in *Il diritto amministrativo per la ripresa: nuove fragilità, nuovi bisogni, nuove sfide.* Atti del Convegno annuale AIPDA 2021, Napoli, 2022, 58 ss.; D. Palazzo, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, cit., 153 ss.

[86] A. Di Giovanni, E. Picozza (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Commento sistematico al D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, Torino, 2024.

rando le tradizionali modalità di assegnazione di essi[87]. Ciò significa che, anche a livello degli enti locali, appare netta la differenza tra servizi svolti a seguito di procedure concorsuali e servizi affidati invece in maniera diretta a seguito della creazione di un partenariato con enti del Terzo settore, segnando, ancora una volta, la peculiarità di tale rapporto in nome della sussidiarietà orizzontale e della mancanza del lucro, nel senso sopra indicato.

Tornando all'art. 6 del Codice contratti, esso si limita, quanto all'oggetto, a riferirsi ad attività a spiccata valenza sociale, che è una definizione giustamente ritenuta riduttiva e distante dalla definizione di «attività di interesse generale» prevista dall'art. 118, c. 4 della Costituzione, nonché dall'art. 5 del d.lgs. n. 117/2017 che definisce l'ambito di azione del Terzo settore.

Anzi, appare più adeguato ai principi costituzionali l'art. 3 c. 5 del Testo unico degli enti locali, che, con una disposizione antesignana rispetto a quelle attuali, aveva previsto che gli enti territoriali potessero svolgere addirittura le loro *funzioni* anche attraverso attività dovute all'autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali e non solo i servizi come invece previsto nel Codice del Terzo settore e nella disciplina dei contratti pubblici[88].

Si rafforza così l'idea di un'amministrazione condivisa, che non solo consente di gestire servizi in collaborazione con gli enti pubblici (evento peraltro già noto con la modalità dell'accreditamento), ma condivide la funzione amministrativa, chiarendo ancora una volta e definitivamente che anche i rapporti di diritto pubblico, come previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo, possono essere esercitati con modalità consensuali.

7. *La quarta evoluzione: l'amministrazione condivisa*

L'evoluzione dell'amministrazione consensuale e pattizia conduce verso nuove frontiere ed innovative modalità di rapporti tra amministrazione e privati, sia per dare risposte più adeguate ai bisogni della collettività, sia per incentivare forme di cittadinanza attiva, come espressione matura di solidarietà sociale, ambedue fattori sempre più necessari in tempi in cui la partecipazione politica ed il dibattito pubblico sono sempre meno intensi.

---

[87] Sul punto: M.V. Ferroni, *Art. 18 - Rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore*, in A. Di Giovanni, E. Picozza (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 152 ss.

[88] N. Vettori, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistematici e profili innovativi*, cit., 829.

L'amministrazione condivisa, pensata già da tempo[89], assume natura di categoria generale, superando le specifiche forme di co-amministrazione contenute nel Codice del Terzo settore o nel Codice dei contratti pubblici[90].

L'amministrazione "tradizionale" esercita il potere con mezzi autoritativi o anche privatistici, con modalità consensuali[91] o di tipo regolatorio[92]. L'amministrazione condivisa è, invece, un modo del tutto diverso di gestire interessi pubblici, poiché, dando piena attuazione al principio costituzionale della partecipazione solidaristica[93], il privato collabora con l'amministrazione nell'elaborazione e nella cura dell'interesse generale e non solo di quello suo proprio[94].

La difficoltà di configurare una nuova modalità di azione amministrativa viene sempre più superata attraverso una normativa, spesso prevista in regolamenti comunali definiti con gli stessi cittadini, che disciplinano un'ampia serie di rapporti tra privati ed amministrazioni, gestiti in maniera condivisa e duratura e non più in maniera sporadica ed occasionale[95].

La più solida espressione dell'amministrazione condivisa si ritrova nei patti di collaborazione[96], sempre maggiormente previsti soprattutto a livello comunale[97]. Negli enti territoriali, la capacità di gestire beni e servizi con forme consensuali e partecipative ha consentito di maturare esperienze di collaborazione con la collettività territoriale, che ha portato alla stipula di regolamenti sull'amministrazione condivisa, ampliando la portata della collaborazione e consentendo di con-

---

[89] G. Arena, Introduzione all'amministrazione condivisa, cit., l'amministrazione condivisa consente ai cittadini di passare dal ruolo passivo di amministrati a diventare co-amministratori, soggetti attivi che, integrano le risorse di cui sono portatori con quelle di cui è dotata l'amministrazione assumendosi una parte di responsabilità nel risolvere problemi di interesse generale.

[90] Lo conferma ancora di recente G. Arena, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, Trento, 2022, a cui si riconosce di avere dato un nome ed un contenuto a tale nuova modalità di gestione degli interessi pubblici.

[91] V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 30.

[92] F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa,* cit., 70.

[93] Per D. de Pretis, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 40-41, «c'è un legame più trasversale, una consonanza di parole e di linguaggio fra Costituzione e amministrazione condivisa, che merita di essere sottolineata».

[94] V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di) *L'amministrazione condivisa*, cit., 33.

[95] Sulle diverse e variegate forme di amministrazione condivisa si veda l'ampia ed approfondita riflessione di P. Duret, Status active civitatis. *Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, cit.; C. Iaione, *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, in *Rivista giur. edil.*, 2024, 6, 433.

[96] Altrimenti denominati in modo vario come patti di solidarietà, patti di sussidiarietà, atti di collaborazione, patti di impegno.

[97] Il primo regolamento in materia è quello del Comune di Bologna del 2014, poi innovato nel 2022, a cui hanno fatto seguito molti altri.

figurare, di conseguenza, una nuova categoria di beni comuni[98]. Anzi, la pandemia ha reso evidente e necessaria un'azione congiunta di cittadini ed amministrazione, tanto che il PNRR ha previsto specifici fondi per la rigenerazione urbana, ampliando la discussione sulla natura di un'attività che interessa le persone e le collettività territoriali e prevedendo forme di partecipazione di associazioni di cittadini[99]. Tale situazione si consolida definitivamente con la previsione, nel Codice dei contratti pubblici, degli interventi di rigenerazione urbana come una specifica modalità di procedura di gara[100].

Torna la domanda, già posta in precedenza, sulla natura giuridica dei patti di collaborazione, se cioè essi possano essere considerati come accordi previsti dalla legge sul procedimento, anche eventualmente sotto la forma di accordi a collaborazione necessaria[101].

Ma, prima di individuarne la natura è opportuno indagare quali siano le situazioni in cui sia stato possibile utilizzare i patti di collaborazione, anche oltre i casi relativi all'assetto territoriale, da cui comunque hanno preso spunto[102]. Infatti, il ricorso ai patti territoriali parte dalla sistemazione urbanistica più semplice (dalla cura del verde pubblico agli orti urbani) ma si sviluppa fino alle più complesse questioni relative alla finanza sociale o alle comunità energetiche[103], poiché la fertilità del concetto di amministrazione condivisa[104] ha prodotto una serie di

---

[98] G. Marletta, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, 441 ss.

[99] E. Frediani, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, 301 ss.; A. Moliterni, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 441 ss.

[100] Il Codice dei contratti pubblici, Allegato I.1 Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti. Art. 3 Definizioni delle procedure e degli affidamenti, lett. o) indica come interventi di rigenerazione urbana, quegli «interventi che hanno il fine di contrastare il consumo del suolo, incentivando il recupero, il riuso e la valorizzazione del patrimonio edilizio esistente e dei tessuti urbani, favorendo usi compatibili degli edifici e degli spazi pubblici e privati, nonché promuovendo la qualità urbana e architettonica».

[101] F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit., 90, che richiama P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, cit. In questo senso anche G. Arena, *Il diritto del terzo settore preso sul serio*, in *Welforum.it*, 2019, 6, visto che gli accordi possono anche essere quelli dotati di tipicità normativa, come già evidenziato da G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., 155 ss.

[102] Secondo L. Lanzoni, *La sussidiarietà orizzontale nell'organizzazione locale: il modello di Verona*, in *Federalismi.it*, 11 gennaio 2023, il Comune di Verona ha sottoscritto dal 2017 oltre cento patti di sussidiarietà, secondo un regolamento specificamente predisposto.

[103] Di recente, sul punto, si veda l'ampia esposizione di C. Iaione, *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, in *Riv. giur. edil.*, 2024, 6, 433 ss.

[104] Lo sottolinea F. Cortese, *Amministrazione condivisa e biografia giuridica della nazione*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 25, secondo cui «Quello dell'amministrazione condivisa, pertanto, lungi dal dimostrarsi come elemento sintomatico di una (pur vieppiù conclamata) fase critica dei rapporti tra politica e amministrazione o della forza operativa dei soggetti pubblici – quasi che le esperienze di cittadinanza attiva fungessero da improvvisata o episodica reazione agli effetti del "morso" del debito pubblico sui bilanci delle pp.aa. – è valso quale acceleratore di sorprendenti dinamiche seminali e resilienti, tanto nella coscienza popolare, quanto nella motivazione di larga parte della comunità scientifica».

situazioni giuridicamente tutelate di nuovo conio, che è opportuno indagare prima di procedere a categorizzazioni, non sempre certe o, forse, non necessarie[105].

Infatti, la tipologia dei patti è difficilmente tipizzabile, proprio perché l'autonomia della regolazione da parte degli enti territoriali, impedisce di formulare un unico modello di patto, che, per la sua stessa natura, va adattato alle peculiari esigenze del territorio. Anzi, la mancanza di un modello standard di patto è la logica conseguenza del fatto che ogni comunità territoriale ha esigenze e situazioni concrete diverse, cosicché la disciplina dei patti non può che essere differenziata, secondo le variegate esigenze delle singole collettività territoriali. Invero, la varietà dei patti è la misura della loro effettiva novità, gemmata dalla collettività territoriale d'intesa con le singole amministrazioni; è l'esatto contrario di quanto avvenuto negli Anni Novanta del Novecento con la redazione degli Statuti comunali, simbolo positivo di una nuova autonomia normativa, ma spesso "copiati" in spregio alle peculiarità dei singoli territori.

La giusta difformità dei patti impedisce, perciò, un'analisi dettagliata dei contenuti in questa sede, dovendo limitarci a richiamarne i profili fondamentali. Quanto al soggetto in grado di stipulare i patti, il punto discriminante è che esso non deve avere uno scopo personale di lucro. È ovvio che non si può escludere un interesse concreto di chi propone o partecipa ad un patto territoriale, poiché la partecipazione, comportando anche costi relativi all'uso del proprio tempo, necessita sempre di una motivazione, ma ciò che differenzia questo tipo di partecipazione da quella dei soggetti interessati nel procedimento amministrativo è il fatto che il beneficio auspicato ha la natura di un interesse collettivo, la cui soddisfazione riguarda più destinatari[106]. Inoltre, deve essere palese l'utilità generale di creare o migliorare un servizio carente o di consentire l'uso, a fini sociali, di beni pubblici. I regolamenti sui patti propongono vari tipi di soggetti proponenti, spesso genericamente indicati come cittadini attivi singoli o associati; ampia anche l'indicazione relativa ai soggetti che possono intervenire pure a procedimento iniziato, poiché il fine primario è sempre quello di ampliare la partecipazione responsabile e la cittadinanza attiva. Quanto alle regole sul procedimento per la stipula dei patti, l'informalità è la regola: la partecipazione è consentita a gruppi di cittadini e residenti senza che sia necessaria la costituzione di un'associazione, anche se alcu-

[105] F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 81, ricorda che durante la pandemia si sono sviluppate moltissime forme di amministrazione condivisa «che non erano il frutto di nessuna procedura determinata da norme di legge, né fondate necessariamente su atti giuridici».

[106] In questo senso, la partecipazione ad un patto di collaborazione si avvicina alla partecipazione al procedimento dei titolari degli interessi diffusi *ex* art. 9 della legge sul procedimento, ma diversa è la motivazione e le modalità di avvio nei due casi, in quanto nei patti territoriali è più evidente l'aspetto solidaristico e la capacità propositiva della collettività territoriale che non si pone, come nella legge sul procedimento, contro una scelta già avviata dall'amministrazione, ma condivide, fin dall'origine, un progetto comune con l'amministrazione.

ni regolamenti richiedono che sia dimostrato che le decisioni del soggetto privato vengano assunte con modalità democratiche al suo interno.

Insomma, il nemico dei patti sarebbe la rigidità normativa e la tipizzazione dei casi, lasciando, invece, alla varietà territoriale la più ampia libertà sia nella determinazione del regolamento che nella stipulazione del patto.

Certo l'ambito privilegiato, ma non l'unico, dei patti è l'assetto territoriale sotto il profilo della rigenerazione urbana, in una collaborazione che può essere legata ad una specifica iniziativa in un singolo contesto, fino a costituire un laboratorio di cittadinanza continua e non occasionale, che collabori alla generale configurazione della città, intesa come infrastruttura complessa in cui coesistono persone, edifici, beni culturali[107], ambiente, cultura, servizi alle persone[108].

8. *La quinta evoluzione: il partenariato pubblico-privato*

L'amministrazione consensuale si rinviene anche nelle varie forme di partenariato pubblico-privato, introdotte dal Codice dei contratti pubblici[109].

Il partenariato trova la sua origine nella disciplina europea in materia di appalti pubblici: il Libro verde sui partenariati pubblico-privati, gli appalti pubblici e le concessioni (COM 2004, 327) li definisce come «forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio».

Il Codice dei contratti pubblici emanato con d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50, riprendendo quanto previsto nelle disposizioni euro-unitarie, introduce, per la prima volta nel nostro ordinamento, il partenariato pubblico-privato.

L'art. 3, lett. eee, del Codice definisce i partenariati pubblico-privato come accordi «aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità,

---

[107] C. Vitale, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. Le norme e le pratiche*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 867 ss.

[108] S. Foster, C. Iaione, *The City as a Commons*, in *Yale Law & Policy Review*, 2016, 34, 281; P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La Co-città, Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018. Più in generale rimane fondamentale il pensiero di Henry Lefebvre in *Le droit à la ville*, Parigi, 1968, su cui, tra gli altri, si sofferma F. Saitta, *Il «diritto alla città»: l'attualità di una tesi antica*, in *Dir. e soc.*, 2020, 3, 395 ss.

[109] G.F. Cartei, *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione (Artt.174,175,176,177 e 192)*, in G.F. Cartei, D. Iaria, *Codice dei contratti pubblici*, cit., 895 ss.; M. Trimarchi, *Partenariato pubblico-privato (art. 174-175 e 198-202) e finanza di progetto (art. 193-195)*, in V. Fanti (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, cit., 507 ss.; F.G. Albisinni, C. Figliolia, *Il partenariato e la concessione*, in M. Macchia, *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 339 ss.

oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti».

Le modalità di esercizio di tale tipo di partenariato vengono poi stabilite nella Parte quarta del Codice, negli articoli da 180 a 191, che definiscono il partenariato come un contratto a titolo oneroso. L'ultimo comma dell'art. 180 include, tra i contratti di partenariato pubblico-privato, anche la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità, nonché qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che comporti il trasferimento del rischio di gestione in capo all'operatore privato[110].

Un'ulteriore specifica forma di partenariato si rinviene nel successivo Codice dei contratti pubblici del 31 marzo 2023 n. 36, che nel libro quarto "Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni, Parte V – Altre disposizioni in materia di partenariato pubblico privato", all'art. 201, prevede espressamente il "partenariato sociale", indicandone oggetto e prestazioni. Tale norma consente agli enti pubblici di regolare con atto di natura generale la gestione e la manutenzione di aree riservate al verde pubblico urbano e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti al Comune in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici attuativi; la gestione, manutenzione e valorizzazione di piazze e strade o interventi di decoro urbano e di recupero di aree e beni immobili inutilizzati, per destinarli a fini di interesse generale, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati che, all'uopo, beneficiano di incentivi fiscali direttamente attinenti alla attività svolta dal singolo o dalla associazione, o comunque utile alla comunità territoriale di riferimento; la realizzazione di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati, e a spese di questi ultimi.

Tutta la disciplina sul partenariato costituisce un'ulteriore evoluzione dell'amministrazione consensuale, attraverso la quale soggetti pubblici e privati concordano, d'intesa tra loro, modalità condivise di realizzazione di opere o servizi.

Altra questione, posta in dottrina, è se le misure di partenariato pubblico-privato siano riconducibili all'amministrazione condivisa, soprattutto dopo che il nuovo Codice, integrando la disciplina precedente, ha introdotto il partenariato sociale, che prevede nuove forme di co-progettazione, soprattutto in materia di riuso del territorio.

---

[110] Sui rapporti tra partenariato e principio di sussidiarietà: R. Dipace, *Partenariato pubblico privato*, in *L'Amministrativista*, 6 maggio 2016; G. Taglianetti, *La disciplina del partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista*, 27 luglio 2016.

Invero, già sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici, si è osservato che il partenariato pubblico-privato costituisce soltanto un modo, tra gli altri, di realizzare opere o servizi, con una ripartizione dei costi e dei rischi tra pubblico e privato. La possibile similitudine con l'amministrazione condivisa riguarda soltanto il richiamo alla sussidiarietà orizzontale, che accomuna le due situazioni, ma non il motivo ispiratore della norma ed i suoi effettivi contenuti, avendo, più in generale, come propria caratteristica una concezione economicistica e sinallagmatica del rapporto cittadino-amministrazione, che mal si adatta ad essere considerata espressione di amministrazione condivisa[111], pur mantenendo la forma di amministrazione consensuale.

Anche il partenariato sociale previsto nel nuovo Codice mantiene la caratteristica tipica di un'amministrazione consensuale, senza essere tuttavia espressione di amministrazione condivisa. Infatti, lo scopo principale della norma, analogamente al precedente Codice, rimane quello di ottenere dai privati la realizzazione di opere o servizi con incentivi od esenzioni tributarie, trasferendo sul privato la modalità di realizzazione ed i relativi oneri economici, configurando così un'altra finalità rispetto al modello dell'amministrazione condivisa.

Pur tenendo conto di tale insuperabile rilievo, la nuova disposizione normativa ripropone la questione relativa all'eventuale possibilità di individuare tipi speciali di partenariati – eccedenti la specifica disposizione del Codice dei contratti – che possano essere ricondotti nell'ambito dell'amministrazione condivisa, pur senza negare la distinzione sostanziale tra i due istituti. Si tratta, cioè, di atti impropriamente definiti di partenariato ai sensi del Codice, ma che, nei contesti locali, perseguono gli stessi obiettivi con le medesime modalità dell'amministrazione condivisa.

L'analisi empirica dei casi sui territori dimostra la forza espansiva dell'amministrazione condivisa, anche quando alcuni enti territoriali la perseguono con atti a cui danno il nome di partenariato, così confermando, in definitiva, che l'amministrazione condivisa si sviluppa diversamente sui territori, proprio perché è lo specchio della capacità di coordinamento tra amministrazioni e specifiche collettività territoriali, diversamente sensibili rispetto allo sviluppo condiviso.

[111] In tal senso, F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit., 104, ritiene che, trattandosi di contratti, questa fattispecie non è sussumibile sotto la categoria dell'amministrazione condivisa. Anche secondo C. Iaione, *Partenariato e finanza di progetto di comunità,* cit. 434, «i p.p.p. presentano però limiti significativi, tra cui l'assenza di partecipazione della comunità locale, e rischiano di prestare meno attenzione ai requisiti locali e di rinunciare al sostegno della comunità che potrebbe essere fondamentale per un'attuazione efficace».

Il tentativo di riportare atti definiti come partenariati nell'amministrazione condivisa prende spunto da nuove modalità partecipative, previste in specifici ed originali regolamenti degli enti territoriali[112].

Perciò, se è pur vero che il partenariato pubblico-privato nasce e vive per altri scopi rispetto al pieno coinvolgimento delle comunità locali, non si può tuttavia escludere che gli enti territoriali, nella loro autonomia, possano usare il modello partenariale per arrivare a risultati analoghi a quelli dell'amministrazione condivisa. Anzi, a dire il vero, al di là ed oltre le definizioni letterali, il fenomeno in oggetto dimostra la capacità espansiva dell'amministrazione condivisa stessa.

Ne è prova la crescita di nuovi modelli di partenariato pubblico-privato che coinvolgono le collettività territoriali alla stregua di patti di collaborazione, come segnala una parte della dottrina che, pur ammettendo le incongruenze normative esistenti, indica numerose esperienze già attive sul territorio. Si segnalano, in questa ottica, ad esempio, gli accordi di quartiere per la co-progettazione dello sviluppo urbano, i partenariati pubblico-comunità (p.p.c.) e pubblico-privato-comunità (p.p.p.c.) nel settore del co-*Housing* per il diritto alla casa o nel settore dei servizi pubblici di interesse generale, come la banda larga di comunità o le comunità energetiche, sebbene si segnali la necessità di differenti modalità di finanziamento rispetto a quelli attuali[113].

9. *Conclusioni*

Le considerazioni svolte dimostrano la forza espansiva dell'amministrazione consensuale, inizialmente configurata nella legge sul procedimento amministrativo.

In quella legge di principi si vedeva in trasparenza il lavoro di una commissione di studiosi, che avevano già manifestato nei loro lavori scientifici l'idea di un certo tipo di amministrazione, lontana dalla dicotomia Stato – collettività sociale, in conformità con una Costituzione che riconosce nella soddisfazione

[112] In questo senso C. Iaione, *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, cit., 435, secondo cui «i residenti, i comitati di quartiere, le organizzazioni non governative (ONG) e altri soggetti del settore civico possono collaborare con il governo locale attraverso una varietà di strutture e accordi organizzativi che danno vita e struttura a partenariati multi-attoriali pubblico-comunità o pubblico-privato-comunità nel senso che integrano diverse tipologie di attori pubblici, privati, scientifici, sociali, civici (c.d. *governance* a quintupla elica)».

[113] Osserva C. Iaione, *Partenariato e finanza di progetto di comunità,* cit., 441, che «il lavoro di forgia degli strumenti giuridici per l'implementazione di un sistema di *co-governance* e l'attuazione degli obiettivi sopra descritti si è concentrato anzitutto su un'opera di evoluzione del partenariato pubblico-privato (p.p.p.) verso partenariati pubblico-comunità (p.p.c.) e partenariati pubblico-privato-comunità (p.p.p.c.) per coinvolgere molteplici attori, non solo pubblici e non solo privati».

dei bisogni sociali il fondamento della legalità e, dunque, nel corpo sociale, l'origine stessa del diritto.

Si coglie, nella trama di quella legge, la necessità di configurare l'amministrazione come espressione stessa della comunità ed a servizio di essa. Non si tratta affatto di un'eterea visione, ma di una precisa convinzione che, anzi, tende proprio a prevenire il conflitto e ad elevare la qualità delle prestazioni, attraverso modalità concordate di svolgimento delle attività di interesse generale.

Si potrebbe pensare che questa visione, esaltando l'iniziativa dei cittadini attivi, limiti o, peggio, non tenga conto del potere attribuito alle amministrazioni, che mantengono, non fosse altro, la possibilità di accedere o meno all'accordo. Invero, la storia accennata in queste pagine conferma l'importanza del ruolo delle amministrazioni, quando esse, coscienti del cambiamento, scelgono di collaborare con le organizzazioni sociali, anzi diventando esse stesse promotrici degli accordi. Si tratta, spesso, di un reciproco vantaggio, che consente alle amministrazioni di soddisfare reali esigenze del territorio, utilizzando tuttavia poteri non autoritativi. Peraltro, questo tipo di amministrazione è da tempo diritto effettivo, poiché – come si è visto – sono le norme che, sulla scia degli accordi procedimentali, prevedono diversi specifici istituti consensuali come la programmazione negoziata, il partenariato, la co-programmazione e la co-progettazione, gli accordi ed i patti di collaborazione.

Le difficoltà applicative spesso riscontrate e le interpretazioni restrittive delle norme sull'amministrazione condivisa non oscurano la forza vitale di una disciplina giuridica fondata sulla partecipazione e sugli accordi.

La descrizione dell'evoluzione dell'amministrazione consensuale, incarnata in vari tipi di figure giuridiche, avvalora la fecondità di quelle idee condensate nella legge sul procedimento e dimostra anche come la ricerca giuridica è il fondamento della migliore convivenza civile, lungi dalla obsoleta configurazione di studiosi avulsi dal contesto sociale che li circonda.

Francesco Manganaro - Abstract

La forza espansiva dell'amministrazione consensuale

L'elaborato analizza l'evoluzione del modello di azione della Pubblica Amministrazione a trentacinque anni dalla Legge n. 241/1990, dimostrando come i principi di partecipazione abbiano generato una forza espansiva inarrestabile. Dalle iniziali forme di consenso e concertazione, basate sulla buona fede e sull'affidamento reciproco, il contributo esplora le successive fasi di sviluppo. L'attenzione si focalizza sulle più avanzate esperienze di amministrazione condivisa, quali la co-programmazione con il Terzo Settore e il partenariato pubblico-privato-comunità, evidenziando la fisiologica tendenza dell'azione amministrativa verso la co-gestione delle attività pubbliche.

The expansive force of consensual administration

The essay analyzes the evolution of the Public Administration's model of action thirty-five years after Law no. 241/1990, demonstrating how the principles of participation have generated an unstoppable expansive force. Starting from the initial forms of consensus and concerted action, rooted in good faith and mutual reliance, the contribution explores the subsequent phases of development. Attention is focused on the most advanced experiences of shared administration (amministrazione condivisa), such as co-programming with the Third Sector and public-private-community partnership, highlighting the physiological tendency of administrative action toward the co-management of public activities.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 43-57

Articoli e saggi

I principi nel prisma della codificazione ambientale: una lettura sistemica*

Fabrizio Fracchia

Sommario: 1. Introduzione: principi e nuove ipotesi di codificazione. – 2. La centralità dell'art. 9 Cost. e la nuova stagione dei principi (anche per guidare le transizioni). – 3. Ancora sulla riforma dell'art. 9 della Costituzione italiana: sviluppo sostenibile e ricadute su altri principi e istituti giuridici. – 4. La lettura sistemica del diritto ambientale: cenni. – 5. Segue: il ruolo della codificazione e dei principi. – 6. Codificazione, *re-entry*, paradossi. – 7. Codificazione, principi e comunicazione ecologica.

1. *Introduzione: principi e nuove ipotesi di codificazione*

La codificazione tradizionale si è fondata, nel passato, sui grandi cambiamenti sociali e politici (cui, in qualche misura ha dato seguito); basti pensare alla paradigmatica esperienza della codificazione napoleonica, la prima dell'epoca moderna e, anche per questo, assurta al rango di "modello" per quelle successive.

Nel contesto attuale, con riferimento all'ambiente, si assiste a una trasformazione profonda che legittima un nuovo processo di codificazione che non riponda soltanto a esigenze manutentive del precedente testo (quello adottato nel 2006), ma che rifletta l'acquisita consapovolezza che le criticità ambientali richiedono azioni per la cui attuazione il tempo sta inesorabilmente scarseggiando.

In vista di una possibile riforma del d.lgs. 152/2006[1], si profila una fase di conseguente arricchimento dei principi che ne costituiranno l'ossatura. È cioè pre-

* L'articolo costituisce la revisione della Relazione tenuta al convegno annuale Aidambiente 2025, dal titolo Prospettive per una riforma della codificazione ambientale, tenutosi a Roma, Università Sapienza, il 24 25 gennaio 2025, in corso di pubblicazione; la registrazione delle sessioni convegnistiche è liberamente fruibile all'indirizzo https://www.aidambiente.it/relazioni-e-contributi. È destinata ai relativi Atti. Il presente scritto, inoltre, si inserisce fra le attività condotte nell'ambito del progetto "PA-LIVES – Public Administration and Legal Instruments for Valuing Ecosyste Services" (n. prot. 2022C9STMM) – CUP J53D23005320001, finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU, Missione 4 Componente 1, bando PRIN 2022 (Decreto Direttoriale n. 104/2022)".

[1] Per quanto attiene alla disciplina del 2006, sia consentito rinviare a F. Fracchia, *I principi generali nel codice dell'ambiente*, in *RQDA*, 2021, 4 e ss.

sumibile che, in luogo dei dodici principi contenuti nella legge delega 15 dicembre 2004, n. 308, si verificherà un incremento quantitativo e qualitativo degli stessi.

Tale ampliamento si giustifica in quanto una rinnovata codificazione non potrebbe che tenere conto della sopra citata esigenza di "agire", al contempo rispettando la conseguente e progressiva evoluzione del diritto ambientale, sempre più orientato a dialogare con altri valori, con le esigenze economiche e con le trasformazioni sociali globali[2].

Rispetto alla disciplina del d.lgs. 152/2006, poi, vi è un'ulteriore evidente differenza. Quella "codificazione" era stata introdotta in un momento in cui la tutela dell'ambiente non compariva tra i principi fondamentali della Costituzione, mentre ora ci troviamo di fronte a una riforma costituzionale che si occupa specificamente di ambiente e di intergenerazionalità.

La traiettoria del diritto ambientale, infatti, ha conosciuto un'importante momento di evoluzione con la riforma dell'art. 9 della Costituzione, intervenuta con la legge costituzionale n. 1 del 2022[3].

2. *La centralità dell'art. 9 Cost. e la nuova stagione dei principi per guidare le transizioni*

La nuova formulazione della disposizione costituzionale non solo ha introdotto in modo espresso la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi ma, con l'aggiunta dell'inciso «anche nell'interesse delle future generazioni», ha innestato nella trama costituzionale il paradigma della responsabilità intergenerazionale.

---

[2] V. F. De Leonardis, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023,

[3] Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *www.ildirittodelleconomia*, 2022, 145 e ss. V., poi, F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada,* 2022; G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 460; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, ivi, 285; M. Cinelli, «Solidarietà intergenerazionale» *uso e abuso di un sintagma polisemico*, in *Riv. it. dir. lav*., 2022, 157; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 2022, 13; G. Grasso, *L'espansione della categoria dei doveri costituzionali nella riforma costituzionale sull'ambiente*, in *Menabò di Etica ed Economia,* 2022; M. Delsignore, A. Marra, M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Dell'ambiente,* 2022, 1 e ss. Si è tra l'altro discusso se la riforma registri modifiche già avvenute nel tessuto ordinamentale o costituisca un vero programma per il futuro. In generale, sul tema della "revisione-bilancio", G. Silvestri, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale,* in *Scritti* in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia, Milano, 1987, 1187 e ss. V. poi A.L. De Cesaris, *Ambiente e Costituzione,* in *Federalismi*, 2021, 3; T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica,* ivi, 2021; L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?,* ivi, 2021.

La novità non è meramente simbolica ma, cominciando a "lavorare" e a ispirare il legislatore, potrebbe aprire la via a un ripensamento del ruolo dei principi ambientali. L'esigenza di considerare anche l'interesse delle generazioni future, in particolare, evoca il canone dello sviluppo sostenibile (pur non espressamente menzionato[4]), che non è soltanto "stella polare e origine" degli altri principi, ma appare potenzialmente in grado di applicarsi a molteplici scelte pubbliche strategiche[5].

Invero, anche altri principi esibiscono un'attitudine "esorbitante" rispetto alla materia ambientale. Si consideri il tema della circolarità; il relativo principio, a patto che non ne venga sposata un'accezione minimalista, potrebbe eccedere l'economia circolare per trovare applicazione con riferimento a ulteriori ambiti[6]. L'espansione trasversale dei valori ambientali è poi un portato naturale del principio di integrazione. Si ponga infine mente al principio *One Health*, che promuove un approccio integrato e unificante in grado di bilanciare e ottimizzare – in modo sostenibile – la salute di persone, animali ed ecosistemi.

In ogni caso, tornando all'art. 9 Cost. (ma non va ovviamente dimenticata la rilevante modifica dell'art. 41), si può osservare come la norma funga da architrave semantico e normativo per l'intera architettura dei principi. Le riflessioni sull'ambiente, ora vivificate dal riferimento all'art. 9, Cost., sembrano destinate ad accompagnare e a favorire l'emersione di un "diritto oggettivo" concernente le grandi scelte e le opzioni con ricadute intergenerazionali (si pensi alle crisi economico-finanziarie, ai problemi dell'immigrazione o alla questione dei conti pubblici), ove l'uomo (quale categoria generale) è al contempo aggressore e aggredito,

[4] Il principio è stato elaborato dalla c.d. Commissione Brundtland (dal nome del primo ministro norvegese che ne era presidente), istituita nel 1984 dalle Nazioni unite e che terminò i suoi lavori nel 1987. Esso è definito dal Report Our Common Future nei seguenti termini: «development which meets the needs of the present generation without compromising the ability of the future generations to meet theirs». Sul piano internazionale esso è sovente richiamato: è sufficiente menzionare il caso Gabcikovo v. Nagymaros del 1997, deciso dalla Corte internazionale di giustizia, relativo a una controversia tra Cecoslovacchia e Ungheria occasionata dalla costruzione di una diga, sottolineando che l'esigenza «to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development»: sentenza 25 settembre 1997, in *ICJ Reports*, 1997, 7. Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana,* Napoli, 2010. V., altresì, E. Parisi*, Il principio dello sviluppo sostenibile*, in S. Valagauzza, a cura di, *Esplorazioni di diritto dell'ambiente,* Napoli, 2024, 39 e ss.; G. Cordini, *Lo sviluppo sostenibile per l'ambiente alla luce del diritto pubblico comparato*, in P. Fois (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, 503 e ss.; C. Videtta, *Lo sviluppo sostenibile dal diritto internazionale al diritto interno,* in R. Ferrara e M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente,* vol. I, Milano, 2014, 221 e ss., E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. economia*, 2019, 495 e ss., nonché R. Bifulco, E. Scotti, *Equità ambientale e sviluppo sostenibile: spunti per una riflessione a partire dall'esperienza dell'environmental justice,* in Aa.Vv., *Ambiente, energia, alimentazione, modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile, Cesifin,* Firenze, 2016, 169 e ss.

[5] Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *Transizioni. Il punto di vista del diritto amministrativo,* Napoli, 2024, nonché a F. Fracchia, S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale,* in *Le Regioni,* 2022, 17 e ss.

[6] V. S. Vernile, *Dall'economia circolare al principio di circolarità*, Torino, 2024.

responsabile e vittima. D'altro canto, la responsabilità intergenerazionale è una clausola che impone di guardare oltre l'immediato, inscrivendo le decisioni pubbliche e private all'interno di una dimensione anche giuridica più ampia.

Gli studi sul diritto dell'ambiente, in questa prospettiva, sono in grado di offrire alla "costruzione" di tale diritto oggettivo principi già ampiamente collaudati (chi inquina paga, precauzione, prevenzione e, appunto, sostenibilità), applicabili con pochi adattamenti a quel fascio di problemi della contemporaneità, in cui viene minacciata la salute sistemica e che paiono aprire la via all'affermazione di nuovi modelli di sviluppo, che dovrebbero essere realizzati senza compromettere la giustizia (sempre a rischio, in questi passaggi evolutivi, spesso drammatici e profondi), valore che innerva le responsabilità intergenerazionali.

Non deve stupire il fatto che quei principi siano stati indagati e positivizzati soprattutto con riferimento all'ambiente (sicché, conseguentemente, essi sono destinati a confluire nei futuri codici dell'ambiente). A tacere del fatto che quella ambientale costituisce forse il caso più evidente di crisi attuale gli è che la natura è una risorsa sempre sotto attacco in tutte le crisi e in occasione dei tentativi di gestirle (e, cioè, nelle fasi di transizione). Onde trovare l'immediata conferma del rilievo, è sufficiente porre mente alle ricadute ambientali della transizione digitale (ma anche all'impatto sulla natura delle guerre e delle crisi demografiche).

Sul piano del diritto positivo, ciò significa che l'art. 9 Cost., è una norma centrale per le transizioni sotto almeno due profili[7].

Da un lato, esprime il principio base che le governa (che conduce alla responsabilità intergenerazionale: "anche nell'interesse delle generazioni future") e che può essere applicato alle scelte dei soggetti coinvolti nella "funzione" di cui la transizione è forma. Si tratta, dunque, della norma fondamentale sulle transizioni.

D'altro lato, è una norma prescrittiva che, con riferimento alla transizione intesa come adempimento di responsabilità, impone comunque di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi allorché (e perché), assumendo decisioni «anche nell'interesse delle generazioni future», l'azione della generazione attuale rischi(a) di pregiudicare l'ambiente di cui ha la custodia e che è leva o vittima della transizione.

[7] Per riflessioni più distese, v. F. Fracchia, *L'ambiente e i suoi servizi nella prospettiva della prassi: una lettura sistemica*, Napoli, 2025, 81 e ss.

3. *Ancora sulla riforma dell'art. 9 della Costituzione italiana: sviluppo sostenibile e ricadute su altri principi e istituti giuridici*

La riforma costituzionale enfatizza la dimensione dei doveri e della responsabilità, come confermato recentemente anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 105 del 2024[8].

Sullo sfondo, come detto, si staglia il principio dello sviluppo sostenibile che esprime un canone di responsabilità intergenerazionale.

Ciò ha diverse ricadute, anche, ma non solo, in tema di principi.

Intanto, accanto alla responsabilità delle Istituzioni pubbliche emerge anche, soprattutto alla luce della modifica dell'art. 41, Cost., il principio della responsabilità delle imprese, impegnate in forme diverse di adempimento di responsabilità intergenerazionali, comuni ma differenziate (gli obblighi, dunque, debbono essere interpretati come espressione di questa responsabilità).

La dottrina dovrà impegnarsi per dare rilevanza teorica a quella che appare come una funzionalizzazione della libertà di iniziativa economica, anche verificando l'applicabilità dei consolidati modelli presenti nel nostro ordinamento.

In linea con l'impostazione qui seguita, pare opportuno ricorrere agli schemi che si basano su imposizione di doveri o obblighi piuttosto che sull'attribuzione di poteri o diritti, posto che né l'ambiente è oggetto di diritti (esso è, piuttosto, oggetto di doveri e responsabilità, posto che la generazione presente è custode del mondo naturale anche per conto di coloro che ancora non esistono), né le generazioni future detengono diritti (ma – in disparte il grave problema di identificarle – sono, al più, appunto beneficiarie dell'adempimento di doveri in capo alle generazioni attuali).

Il pensiero corre allo schema degli obblighi di servizio pubblico[9] che possono essere imposti agli operatori operanti sul mercato. Tale paradigma, nel rispetto del principio di legalità o, comunque, della predeterminazione dei comportamenti doverosi, potrebbe essere adattato al nostro caso, e ha il grande vantaggio

[8] Nell'arresto, si legge quanto segue: «Peculiare è, altresì, la prospettiva di tutela oggi indicata dal legislatore costituzionale, che non solo rinvia agli interessi dei singoli e della collettività nel momento presente, ma si estende anche (come già, del resto, prefigurato da numerose pronunce di questa Corte risalenti a epoca anteriore alla riforma: sentenze n. 46 del 2021, punto 8 del Considerato in diritto; n. 237 del 2020, punto 5 del Considerato in diritto; n. 93 del 2017, punto 8.1. del Considerato in diritto; n. 22 del 2016, punto 6 del Considerato in diritto; n. 67 del 2013, punto 4 del Considerato in diritto; n. 142 del 2010, punto 2.2.2. del Considerato in diritto; n. 29 del 2010, punto 2.1. del Considerato in diritto; n. 246 del 2009, punto 9 del Considerato in diritto; n. 419 del 1996, punto 3 del Considerato in diritto) agli interessi delle future generazioni: e dunque di persone ancora non venute ad esistenza, ma nei cui confronti le generazioni attuali hanno un preciso dovere di preservare le condizioni perché esse pure possano godere di un patrimonio ambientale il più possibile integro, e le cui varie matrici restino caratterizzate dalla ricchezza e diversità che lo connotano».

[9] Per un cenno, sia consentito rinviare a F. Fracchia, *L'ambiente e i suoi servizi nella prospettiva della prassi: una lettura sistemica*, cit., 146.

di non modificare la natura dei soggetti privati implicati, né di richiedere complicati sistemi di assegnazione di funzioni pubbliche (di cui occorrerebbe individuare il titolo giuridico) in capo agli imprenditori.

Il legame tra ambiente, doveri e principio delle responsabilità intergenerazionali, poi, dovrebbe ispirare anche le riflessioni sul tema della legittimazione ad agire in ordine al cosiddetto contenzioso climatico[10]. Con specifico riferimento alle pretese avanzate nei confronti dell'amministrazione asseritamente inerte o inadempiente rispetto ai doveri di protezione della natura nella prospettiva intergenerazionale (altra cosa, ovviamente, è la tutela della salute minacciata *hic et nunc*), pare imprescindibile muovere dal presupposto che chi agisce in giudizio non è titolare né rappresentante di diritti della natura o di generazioni future. Si tratta, piuttosto, di soggetti abilitati ad attivare forme di sindacato giurisdizionale sull'inadempimento di doveri intergenerazionali.

In questa prospettiva, potrebbe apparire non peregrina la previsione dell'istituzione, in un futuro codice, di un Garante della natura legittimato a impugnare atti amministrativi a intervenire nei giudizi pendenti.

4. *La lettura sistemica del diritto ambientale: cenni*

Un compito importante cui la dottrina deve attendere a fronte delle sfide ambientali è quello di affinare un paradigma teorico adeguato (in generale, ma anche per condurre l'analisi dei principi che quelle sfide dovrebbero governare).

---

[10] Le decisioni sono ormai numerosissime (anche se molte concernono la tutela della salute). Senza pretesa di completezza, si v. Corte costituzionale tedesca del 24 marzo 2021, *Neubauer*; Tribunale Civile di Roma, n. 3552 del 2024, A Sud et al. c. Italia (c.d. giudizio universale); Cass. sez. un., ord. 21 luglio 2025, n. 20381 Corte Edu, Grande Camera, 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, europea dei diritti dell'uomo, *Verein KlimaSeniorinnen.* Di interesse quanto statuito da Corte Edu, Sez. I, 30 aprile 2025, *Canavacciuolo*, parr. 220-221: «220. La Corte riconosce che nella causa Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altre c. Svizzera ([GC], n. 53600/20, 9 aprile 2024) essa ha recentemente riconosciuto la possibilità di concedere alle associazioni, subordinatamente ad alcune condizioni molto specifiche, la legittimazione a presentare un ricorso ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione in qualità di rappresentanti delle persone i cui diritti sono o saranno asseritamente interessati. La Corte ha tuttavia chiarito che tale riconoscimento della legittimazione delle associazioni era giustificato da "considerazioni specifiche relative al cambiamento climatico" e "dalla speciale caratteristica del cambiamento climatico quale preoccupazione comune del genere umano e dalla necessità di promuovere la condivisione intergenerazionale degli oneri in tale contesto" ed era limitato a "tale specifico contesto" (si veda Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altre, sopra citata, §§ 498-99). 221. Nel caso di specie, che chiaramente non riguarda la questione del cambiamento climatico, la Corte non può discernere alcuna altra "considerazione speciale" (si veda Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altre, sopra citata, § 475) o "circostanza eccezionale" (si veda Centro per le risorse giuridiche nell'interesse di Valentin Câmpeanu c. Romania [GC], n. 47848/08, § 112, CEDU 2014) che potrebbe indurla a concedere alle associazioni ricorrenti la legittimazione ad agire per conto dei propri soci, le asserite vittime dirette, senza una specifica autorizzazione in tal senso».

Siffatto paradigma va innanzi tutto esplicitato ed è ciò che ci si appresta a fare anche in questo scritto.

Nel corso della presente ricerca, si sono già sfiorate le ragioni per cui pare produttivo e plausibile un approccio che valorizzi doveri e responsabilità.

Ora si può allargare il campo e sottolineare l'urgenza di individuare un filtro teorico ancora più ampio e in grado di dare rilievo alla complessità dei problemi in esame.

Senza una teoria di riferimento, infatti, il rischio è che il vuoto di teorizzazione venga riempito solo dal fervore morale, che però spesso si traduce in paura e rimane privo di effettiva capacità trasformativa[11].

Si può iniziare riflettendo sul fatto che i problemi ambientali sono, in larga parte, problemi di comunicazione sociale (e, cioè, interna ai vari sistemi sociali). La sfida che deve essere affrontata per correttamente rappresentarli deve concentrarsi sui meccanismi delle società e sul modo con cui i sistemi sociali processano e traducono le questioni ambientali.

Per esempio, sarebbe teoricamente possibile fronteggiare la crisi ambientale adottando scelte estreme (quelle magari suggerite dal sistema sociale della scienza): ridurre drasticamente i consumi, mutare lo stile di vita o fermare alcune produzioni industriali. Nella realtà (in particolare: nel territorio della politica), tuttavia, queste decisioni incontrano forti resistenze proprio in ragione del funzionamento dei diversi sottosistemi sociali e delle comunicazioni che li costituiscono. Se quanto sopra indicato non si fa, cioè, è banalmente dovuto alla "reazione" dei sistemi sociali coinvolti (politico, giuridico, economico e così via) e, dunque, al freno che, processando quei problemi, in essi si genera e al tipo di comunicazione che nei relativi contesti si sviluppa[12].

L'accenno conduce naturalmente a evocare la teoria dei sistemi di Niklas Luhmann, i cui cardini sono – per quanto qui rileva[13] – la differenziazione funzio-

---

[11] N. Luhmann, *Comunicazione ecologica* (trad. R Sutter), Milano, 1989, 64, che ha sviluppato molto dei temi di seguito indicati e ripresi.

[12] N. Luhmann, *Comunicazione ecologica*, cit., *passim*, in part. 231.

[13] La riflessione sviluppata in questo articolo si inserisce in un vero e proprio (più ampio) progetto di ricerca, cadenzato da numerosi lavori scientifici. La teoria luhmanniana, infatti, è stata impiegata per indagare il regime dei dipendenti pubblici (*I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta*, Napoli, 2012), l'arte (*Arte e diritto: variazioni sul tema,* in *Scritti in onore di E. Picozza,* Napoli, 2019), le norme interne (F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne. Potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, 2020), la gerarchia (*Il principio di gerarchia come paradigma di funzionalità dell'amministrazione militare*, in *Diritto costituzionale,* 2022, 75 e ss.), le funzioni della Corte dei conti (*Le nuove sfide della Corte dei conti: il difficile equilibrio tra giurisdizione, controllo e attività consultiva, guardando anche alle crisi della modernità,* in *Nuove autonomie,* 2022, 761 e ss.); i confini del diritto amministrativo e il suo regime (*Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Il diritto dell'economia, www.ildirittodelleconomia*, 2023, 374 e ss. Spunti importanti sono stati tratti da M.A. Moraes Alberto, *Métodos do Direito Administrativo: entre a discricionariedade e a constitucionalidade*, in corso di pubblicazione), la transizione (*Transizioni: il punto di vista del diritto*

nale, in forza della quale la società moderna si articola in diversi sistemi autonomi (diritto, politica, scienza, economia), ognuno con punti di vista esclusivi (tanto che, ove venisse meno la specificazione funzionale, il sistema scomparirebbe) e codici propri (legittimo/illegittimo nel diritto; vero/falso nella scienza; bello/non bello nell'arte e così via), impiegati per processare tutti i problemi e per scremare la complessità; la nozione di "irritazione" o "risonanza", ossia il modo in cui un sistema reagisce agli stimoli provenienti dall'esterno, elaborandoli secondo i propri criteri interni; le cornici predecisionali (che hanno il compito di assorbire l'incertezza e di guidare le future scelte concrete); ancora a monte, il concetto di operazione comunicativa che costituisce, per Luhmann, il fondamento dei sistemi sociali.

Per tornare a quanto più sopra menzionato, appunto la comunicazione diventa il vero terreno su cui si gioca la percezione e la gestione dei problemi ambientali: se non è oggetto di comunicazione strutturata e coerente con il sistema di riferimento, il tema ambiente rischia di diventare solo rumore di fondo, anche perché la natura, nel suo complesso, ha dimostrato nel tempo di superare le terribili crisi che hanno attraversato la storia (al limite – conseguenza ovviamente gravissima – si estinguono le specie, come accaduto per i dinosauri), anche quelle generate dall'uomo[14].

La teoria dei sistemi (elaborata da uno dei massimi teorici della complessità), in ogni caso, offre le coordinate essenziali per affrontare (o, quanto meno comprendere) i problemi ambientali, per loro natura – appunto – complessi.

Essa, ad esempio, illuminando il funzionamento dei sistemi autopoietici, spiega i tempi diversi (evidenti a qualunque osservatore) impiegati da politica, scienza, economia e diritto per processare i problemi ambientali.

Per altro verso, suggerisce che non agevola lo studio dei problemi ambientali eliminare la contrapposizione tra società e natura usando una macrocategoria onnicomprensiva (ecosistema) e di sintesi, che tutto abbraccerebbe. Giova ribadire che il punto teorico che va affrontato, invece, consiste nell'identificare come il problema ambientale, trasformandosi in comunicazione sistemica, risuoni nel sistema (per noi) del diritto, che deve continuamente agire per ispessire i propri argini.

Pure il già più volte menzionato tema della qualificazione dell'ambiente come l'oggetto di un dovere o di un diritto soggettivo può essere ulteriormente e meglio sviscerato evocando le riflessioni luhmanniane. La semantica del sistema sociale del diritto (che, come tutti i sistemi sociali, può generare un'autorappresentazione del mondo) ha certamente la capacità di costruire le proprie categorie

amministrativo, cit.), il rapporto tra diritto e scienza (*Il giurista deve tacere sul climate change, ma deve irritarsi: problemi di confine e indicazioni metodologiche,* in RQDA, 2024, 39-52), il principio di risultato (*Il principio di risultato,* in R. Ursi (a cura di) *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici,* Napoli, 2024, 1-33) e la prassi (*L'ambiente e i suoi servizi nella prospettiva della prassi: una lettura sistemica*, cit.).

[14] Si v. ancora N. Luhmann, *Comunicazione ecologica*, cit., *passim*.

e i propri concetti e, dunque, di congegnare "oggetti" che non sarebbero plausibili in altri sistemi sociali. Pensiamo, ad esempio, alla nozione di Comune: nel mondo per così dire reale, nessuno ha mai parlato con un Comune (ma solo con suoi funzionari); tuttavia, in campo giuridico, il Comune esiste e costituisce una realtà/entità giuridica ben definita. Da questo punto di vista, anche un animale o la natura potrebbe costituire soggetti di diritti (e in alcuni ordinamenti, infatti, ciò accade). Tuttavia, possiamo porci la domanda se, in assenza di indicazioni positive, davvero si debba giungere a questa conclusione e se non esista una soluzione più razionale e meno forzata. Precisando che qui il termine "diritto" viene inteso secondo un'accezione tecnicamente sorvegliata (e non già quale generica pretesa al rispetto di precetti giuridici) e, cioè, come aspirazione a un bene della vita protetta in modo assoluto, si può osservare che esistono indizi significativi che suggeriscono come non sia questa la semantica corretta. La recente riforma costituzionale, allorché menziona generazioni future e animali, non utilizza la categoria del "diritto soggettivo" e, per altro verso, ha cura di distinguere l'ambiente dalla salute, viceversa oggetto di un diritto fondamentale. Inoltre, facendo ricorso alla categoria del diritto, si deve risolvere il difficile problema della individuazione del soggetto che se ne fa portavoce. Non solo: si determina anche una diminuzione di protezione dell'ambiente, posto che (sempre a condizione di non considerare "diritto" qualsiasi pretesa al rispetto di norme), là dove ai doveri di protezione non corrisponda un diritto soggettivo di un determinato soggetto (e ai doveri possono connettersi posizione giuridiche differenti e, financo, interessi di fatto[15]), non vi sarebbe modo di assicurare la tutela dell'ambiente.

Anche nei casi in cui il diritto positivo dovesse configurare un "diritto soggettivo", si può ipotizzare che si assista a uno sconfinamento sistemico della politica (ove il termine "diritto" ha un significato ovviamente meno preciso, ma – e perché – più enfatico) nel sistema del diritto, privo di vera rilevanza concreta (come conferma l'impatto, in senso lato politico, del contenzioso climatico[16]).

Con un'osservazione di secondo livello (osservando cioè quella "semantica" da altro punto di osservazione), infine, si nota che il problema sta piuttosto nel fatto che l'antropocentrismo (del diritto oggettivo, ché il diritto è indubbiamente una creazione culturale dell'uomo) unito al "diritto soggettivo" (come situazione giuridica) è assolutamente insoddisfacente: questa soluzione corre il rischio di costituire un meccanismo ipocrita, che irrigidisce il tessuto giuridico (il titolare del diritto anela a prevalere sempre su qualsiasi altro soggetto) e che rimette

[15] Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in *www.ildirittodelleconomia*, 2021, 55 e ss.

[16] Anche con riferimenti al dibattito filosofico, v. G. Fracchia, *Ecologismo e dovere,* in *RQDA*, 2022, 73 e ss., nonché Id., *Future Metaphysics: The Problem of Duties Towards Posterity in Light of Metaphysical Discourse*, tesi di Dottorato, 2025.

al capriccioso volere del titolare la protezione della natura o degli elementi non umani della natura.

5. Segue: *il ruolo della codificazione e dei principi*

Anche la codificazione e i principi, seguendo l'approccio teorico sistemico, trovano una loro coerente spiegazione.

In particolare, il codice si configura naturalmente alla stregua di una cornice decisionale, atta a gestire la complessità evitando di dovere ricominciare ogni volta da capo nel processarla e in grado di riguardare «una quantità ancora indeterminata di decisioni». Ciò è tanto più vero nell'ipotesi di codificazione ambientale incentrata sui principi. Siffatta soluzione dovrebbe garantire una maggiore stabilità normativa, soprattutto in un sistema frammentato e complesso, ove i principi operano come criteri di orientamento e come clausole di resistenza, capaci di fornire continuità interpretativa anche in contesti mutevoli.

Il discorso si fa più interessante (e più complesso) effettuando una tipica mossa luhmanniana e, cioè, introducendo il concetto di accoppiamento strutturale, che serve a spiegare come i sistemi si "irritino" vicendevolmente e si allineino.

Nessun sistema (essendo autopoietico e "ossessionato" da un proprio punto di vista) utilizza tal quale la comunicazione proveniente da un altro sistema[17].

Le comunicazioni provenienti dall'ambiente esterno, però, possono essere condivise contingentemente da sistemi diversi attraverso meccanismi di accoppiamento, per venire poi immediatamente (disaccoppiate e) collegate all'autopoiesi e, cioè, osservate esclusivamente dal loro interno e non determinate dall'altro sistema. Le comunicazioni prodotte da un sistema trovano significato (diventando evento) nelle comunicazioni di altri sistemi, senza che ricorra una sincronizzazione (si pensi al tema, già mensionato, dei tempi diversi di politica, scienza, economia e diritto).

Non vi è accesso alle operazioni reciproche; la parte dell'accoppiamento interna al sistema è irritazione (o perturbazione o disturbo), che viene vagliata dalle strutture specifiche dello stesso: irritazione che, pur derivando da un influsso esterno, rimane costrutto proprio del sistema, che la considera quale propria risorsa sistemica. L'accoppiamento strutturale, in conclusione, è costituito da forme che consentono a più sistemi di vedersi e comprendersi senza essere assorbiti l'uno nell'altro.

---

[17] Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *Il giurista deve tacere sul climate change, ma deve irritarsi: problemi di confine e indicazioni metodologiche,* cit., 39 e ss. (sempre applicando la teoria luhmanniana).

I principi ambientali paiono avere appunto anche la funzione di consentire a "eventi" esterni di risuonare nel sistema del diritto.

Tradizionalmente, essi sono considerati forme di accoppiamento strutturale del diritto con politica; nel caso dell'ambiente, però, non sembra peregrino affermare che i principi consentano al diritto di rapportarsi con altri sistemi che processano temi ambientali, primo tra i quali la scienza. Basti porre mento sia all'impulso che la scienza ha prodotto sul diritto, che ne ha colto le preoccupazioni attraverso la "finestra" del principio di precauzione, elaborando poi una propria semantica, sia al dibattito sul principio il principio del "dovere di ascolto della scienza".

Infine, sempre nell'ottica luhmanniana, un ruolo diverso e peculiare dei principi si coglie ponendo mente al fatto che la codificazione è anche un'operazione nel corso della quale il diritto riflette sui propri rapporti con ambiente.

6. *Codificazione,* re-entry*, paradossi*

Soprattutto apprestandosi a definire una nuova codificazione, infatti, il diritto (ma anche i giuristi) osserva la "natura" considerando gli effetti che su questa ha o ha avuto il diritto medesimo, non potendo non rilevare, ad esempio, la diversa velocità di reazione del diritto rispetto alle dinamiche della natura, del clima e del mercato.

Il diritto osserva, cioè, (anche) se stesso e questo è un tipico meccanismo di *re-entry*, in seno al quale soggetto e oggetto coincidono[18].

Più nel dettaglio, il diritto deve interrogarsi per comprendere se le "distinzioni" adottate nel proprio sistema sociale siano (o siano state) adatte all'ambiente e alla natura e, quindi, si inserisce esso stesso nell'oggetto osservato.

Il *re-entry* può creare paradossi, come accade nel famoso caso del mentitore, che, asserendo "questa affermazione è falsa", genera uno scacco, Si pensi alla variante del paradosso che consiste nel fatto che la scienza applica a sé stessa il proprio codice e, cioè, analizzando non già una porzione di realtà, ma la stessa scienza, si chiede se essa sia vera o falsa.

Tornando alla codificazione (soprattutto a quella che potrebbe essere imminente), siffatta esperienza è anche un esempio tipico di gestione del paradosso.

[18] V. N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, Bari, 58 e ss. In argomento, sia consentito rinviare a F. Fracchia, *L'ambiente come bene in senso giuridico. La prospettiva di diritto amministrativo*, in A. Federico – V. Bilardo, *Ambiente biodiversità ecosistemi*, Pisa, 2025, 9 e ss.

Come di norma accade, il diritto affronta questo paradosso non risolvendolo, ma riformulandolo[19].

Attraverso il *re-entry*, il sistema "accetta" il paradosso e lo utilizza come punto di partenza per ridefinire le proprie norme, dislocando nella successione temporale ciò che non è possibile nella simultaneità o alzando il livello dell'osservazione.

In tutti i casi c'è un adattamento delle norme e un arricchimento della semantica propria del sistema giuridico.

Sono sufficienti due esempi.

Quanto al mutamento di livello (normativo) di osservazione, basti rilevare che la risonanza giuridica dei gravi problemi ambientali (unitamente all'irritazione che questi producono nel sistema sociale del diritto, che spesso si scopre inadatto a gestirli) ha anche a che fare con la percezione delle limitazioni territoriali del diritto: ciò dà ragione dell'apertura (o della probabile apertura) a principi internazionali, quali sono quelli relativi alla tutela del clima.

In ordine alla dislocazione temporale, si consideri che il diritto viene forzato ad adottare scale temporali diverse rispetto a quelle tradizionali. La riforma costituzionale, ad esempio, venuta a maturazione dopo che il diritto ha "osservato" i suoi rapporti con una natura che muta velocemente, ha introdotto la profondità temporale creando una nuova semantica (un nuovo principio), quella dell'interesse delle generazioni future, che non potrà non comparire anche in una futura codificazione.

Invero, per uscire dallo scacco, il diritto può escogitare strategie ancora diverse.

Una tipica mossa è quella di aumentare gli spazi a favore del decisore che ha legittimazione politica (nel senso che ciò che il diritto non riesce a processare come legittimo/illegittimo affiora come scelta politica insindacabile), o di riservare ambiti di competenza per il decisore tecnico. Per questa ragione potrebbe essere opportuno, in sede di codificazione, distinguere chiaramente le attività e le valutazioni di spettanza delle strutture tecniche da quelle riservate agli organi responsabili democraticamente, opzione che, al contempo, è coerente con un altro cardine della costruzione luhmanniana, quello, cioè, delle differenziazioni sistemiche volte a evitare sconfinamenti (ad esempio tra politica, diritto e scienza).

[19] N. Luhmann, R. De Giorgi, Teoria della società, cit., 147.

7. *Codificazione, principi e comunicazione ecologica*

La rilevanza sistemica della codificazione per principi (o, meglio, dei principi nella codificazione) si coglie anche sotto un ulteriore e decisivo punto di vista. Onde illuminarne i contorni, giova ritornare sull'affermazione (che certamente può sembrare estrema) secondo cui ove non venga correttamente tematizzato con la comunicazione propria di ogni sistema[20], incanalandolo nei relativi codici e nelle relative semantiche[21], il problema ambientale non produce risonanza sociale e non è "tematizzato". Nel sistema economico, ad esempio, la c.d. scelta green affiora solo se il problema viene trasformato in linea con la prospettiva e la logica dei costi[22].

Ebbene, la codificazione per (e dei) principi è anche un esempio di comunicazione ecologica, nel senso che tematizza i complessi e drammatici problemi ambientali che stiamo vivendo immettendoli nel diritto e traducendoli con semantiche comprensibili.

Lo spunto è prezioso anche al fine di riflettere sul compito della scienza giuridica (e dei cultori del diritto), chiamata ad aumentare momenti di contatto e di accoppiamento tra diritto e "ciò che sta fuori" dal diritto per evitare che la risposta giuridica arrivi troppo tardi o non sia all'altezza della sfida che si prospetta alle società.

Ricorrere ai principi è una mossa che pare utile e appropriata, anche per correttamente impostare interlocuzioni interdisciplinari che rispettino le specificità di ogni contesto.

Va d'altro canto osservato che il diritto è il sistema sociale che forse più di altri, di fronte alle sfide della contemporaneità, ha cercato di operare il *re-entry* proprio per misurare il proprio impatto sulla natura: lo ha fatto e prova a farlo operando soprattutto, appunto, sui principi.

In seno a questo contesto, poi, il diritto ambientale di stampo pubblicistico rappresenta il principale settore del sistema giuridico che ha tematizzato con radicalità la questione ambientale, elaborando al suo interno principi, istituti e categorie capaci di dialogare con la complessità ecologica (colta nella sua totalità e non con riferimento a questioni settoriali), con l'orizzonte delle generazioni future e dando rilievo al ruolo essenziale delle amministrazioni.

Nessun altro sub-sistema giuridico, infatti, sembra finora riuscito a collocarsi con lo stesso slancio nell'oggetto osservato al fine di adottare efficaci strategie.

---

[20] N. Luhmann, *Comunicazione ecologica*, cit., 139.

[21] Ivi, 96.

[22] Ivi, 137.

Non è un caso che altri sub-sistemi giuridici (ad esempio il diritto civile e quello commerciale) si contaminano con nervature e influenze pubblicistiche, dando luogo a una sorta di esondazione del "pubblico", veicolato proprio dai principi tradizionalmente elaborati nel nostro settore.

D'altro canto, già la giuspubblicistica più gloriosa aveva tematizzato il problema della profondità intergenerazionale. Basti ricordare Santi Romano[23], il quale affermava che lo Stato si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future. Più di recente, la giuspubblicistica ha adottato, approfondito e indagato la semantica della responsabilità integenerazionale, prospettiva assai utile, ad esempio, per governare e contenere l'arbitrio e la discrezionalità che potrebbero scaturire dall'irruzione della problematica ecologica di cui già parlava Luhmann[24].

Si può e si deve certamente fare ancora di più e meglio, anche in sede di codificazione, ma questo sforzo può prendere avvio e continuare muovendo da basi sufficientemente solide.

[23] *Lo Stato moderno e la sua crisi* (Discorso inaugurale dell'anno acc. 1909-1910 nella R. Università di Pisa), Pisa, 1909, 7. Secondo tale A., «rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto. Soltanto così esso sorpassa la caduca esistenza degl'individui, pure essendo composto di uomini; si eleva al di sopra degli interessi non generali, contemperandoli e armonizzandoli; si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva e tipica espressione».

[24] N. Luhmann, *Comunicazione ecologica*, cit., *passim*.

Fabrizio Fracchia - Abstract

I principi nel prisma della codificazione ambientale: una lettura sistemica

Il saggio analizza il ruolo dei principi giuridici nella codificazione ambientale, con particolare attenzione alla riforma dell'art. 9 della Costituzione italiana e al concetto di responsabilità intergenerazionale. Attraverso una lettura sistemica ispirata alla teoria dei sistemi di Niklas Luhmann, l'articolo esplora come i principi ambientali possano fungere da strumenti di comunicazione ecologica e da cornici normative per affrontare le transizioni contemporanee. La codificazione per principi è vista come risposta alla complessità delle sfide ambientali e come mezzo per integrare il diritto con altri sistemi sociali.

Principles in the Prism of Environmental Codification: A Systemic Reading

This essay explores the role of legal principles in environmental codification, focusing on the reform of Article 9 of the Italian Constitution and the concept of intergenerational responsibility. Through a systemic reading inspired by Niklas Luhmann's systems theory, the author examines how environmental principles can serve as tools for ecological communication and normative frameworks to address contemporary transitions. Codification by principles is presented as a response to the complexity of environmental challenges and a way to integrate law with other social systems.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 59-77

Articoli e saggi

I limiti della classificazione codicistica dei beni pubblici*

Mauro Renna

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il limite "storico" di una codificazione nata già inattuale. – 3. I limiti "intrinseci" alla classificazione codicistica. – 4. Il "colpo di grazia" alle categorie civilistiche ad opera della legislazione speciale. – 5. Le esperienze europee a confronto. – 6. Conclusioni: oltre lo "Schema Rodotà"?

1. *Premessa*

Storicamente, dietro il complesso problema dei "beni pubblici" si cela una esigenza pratica, in realtà, molto semplice: quella di salvaguardare taluni beni appartenenti ai pubblici poteri e destinati a finalità di pubblico interesse dai "pericoli" derivanti dall'applicazione del diritto comune. Conseguentemente, il regime giuridico dei beni pubblici si presenta da sempre come essenzialmente speciale e derogatorio del diritto civile.

Tuttavia, in cosa consistano questi "pericoli" e quali siano le modalità più idonee per prevenirli e affrontarli sono le domande che deve porsi chiunque si interroghi sulla natura della proprietà pubblica e sull'adeguatezza del regime giuridico per essa predisposto dall'ordinamento. E la risposta a queste domande, come è noto, non è affatto semplice[1].

A partire da queste domande di ricerca, il presente contributo si propone di identificare i limiti, storici e attuali, della vigente classificazione codicistica dei

* Il saggio rielabora, con note e aggiornamenti, il testo della relazione tenuta dall'A. al Convegno nazionale dell'AIPDA "*I beni pubblici. Tradizione e innovazione*", tenutosi a Genova il 4-5 ottobre 2024.

[1] Come testimonia la varietà dei contributi in materia, fra i quali possono essere menzionati, senza pretesa di esaustività e in aggiunta ai lavori che saranno richiamati progressivamente in nota, V. Caputi Jambrenghi, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979; V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; Id., *Diritto pubblico della 'proprietà' e dei 'beni'*, Torino, 2022; B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008; AA.VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, in *Annuario AIPDA 2003*, Milano, 2004; A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008.

beni pubblici, allo scopo di delineare, anche con uno sguardo alle esperienze d'oltralpe, prospettive di riforma auspicabilmente capaci di superare le rigidità delle tradizionali classificazioni, anche spingendosi oltre i pur meritori tentativi di revisione normativa e sistematica della materia degli ultimi lustri.

In questa prospettiva, si tratta non soltanto di rivedere categorie civilistiche ormai superate, ma di garantire che i regimi giuridici dei beni pubblici riflettano coerentemente la loro natura oggettiva e le funzioni – istituzionali, sociali e/o economiche – che ciascuna risorsa è in grado di esprimere. Muovendo da tale esigenza si svilupperà la presente indagine, con l'intento di interrogare criticamente il modello codicistico vigente e di valutarne le possibili linee di riforma sistematica.

2. *Il limite "storico" di una codificazione nata già inattuale*

Come è stato lucidamente evidenziato[2], la moderna dottrina del demanio affonda le proprie radici nell'*Ancien Régime* in Francia, allorquando tutti i beni della Corona (*domaine de la Couronne*), indipendentemente dalla loro natura e utilizzazione (anche puramente patrimoniale, personale o fruttifera) erano sottratti all'applicazione del diritto comune e sottoposti alle regole della incommerciabilità (*res extra commercium*), *sub specie* di inalienabilità, imprescrittibilità, impignorabilità e non usucapibilità. Non si trattava di un regime pensato a protezione della destinazione e delle utilità pubbliche ricavabili dai beni in questione, bensì rappresentava un privilegio del sovrano o, più correttamente, una prerogativa della sovranità: lo scopo del regime derogatorio, infatti, era quello di proteggere i beni della Corona non solamente dall'aggressione dei terzi, potenzialmente usucapienti o creditori, ma anche nei confronti dello stesso sovrano, che, in caso di necessità di mezzi finanziari, avrebbe potuto altrimenti essere tentato di disfarsi di tali beni, cedendo alle crescenti pressioni di acquisto della nascente classe borghese[3].

Questo peculiare regime giuridico si fondava anticamente sulla teoria del *droit de garde* (diritto di custodia), successivamente ripresa anche nel contesto della moderna disciplina del demanio[4], secondo cui i beni della Corona non appartenevano al sovrano a titolo personale, bensì all'istituzione stessa (la Corona, appunto), spettando al primo esclusivamente il dovere di custodire e preserva-

[2] Da V. Cerulli Irelli, *I beni pubblici* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., 1987, 5 ss.

[3] In particolare, fu l'*Édit de Moulins* del 1566 a consacrare l'inalienabilità dei beni della Corona come legge fondamentale del regno, sancita sotto il giuramento del sovrano. I beni "riservati" erano, dunque, *choses sacrées* indisponibili ai terzi.

[4] Il riferimento è a J.B.V. Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Digione, 1833-1834, con echi in L. Duguit, *Traité du droit constitutionnel*, Parigi, 1923, 318 ss. Su questi profili, v. P. Yolka, *Droit des biens publics*, Parigi, 2023, 19 ss.; a cui *adde* A. Lalli, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli, 2015, 15.

re tali beni, senza il diritto di disporne[5]. Un'applicazione pratica di questa teoria si ebbe, ad esempio, con la dichiarazione di nullità delle alienazioni di beni della Corona effettuate da Francesco I in favore di Carlo V, nell'ambito delle trattative per la sua liberazione dopo la sconfitta di Pavia nel 1525.

Si vede così come il regime derogatorio caratteristico dei beni demaniali nacque fondamentalmente per tutelare l'appartenenza sovrana di questi ultimi, piuttosto che la loro funzione pubblica. Del resto, come messo in luce anche dalla scienza economica[6], questa logica era perfettamente coerente con una configurazione della fiscalità generale basata sulla rendita, tipica dello Stato patrimoniale e, poi, dello Stato assoluto[7]. Sicché, paradossalmente, il regime demaniale risultava originariamente concepito per proteggere soprattutto il patrimonio fruttifero, in un'epoca in cui gli Stati si finanziavano principalmente attraverso la rendita fondiaria. La sottrazione di alcune categorie di beni alla commerciabilità nasceva, dunque, in un contesto di cosiddetta manomorta e di economica statica, nel quale il valore d'uso dei beni prevaleva su quello di scambio.

La moderna dottrina del demanio trova, invece, origine nel "capovolgimento" di questo sistema, operato dalla Rivoluzione francese sotto la spinta delle rivendicazioni della classe borghese. Con la celebre legislazione del 1790, infatti, tutti i beni della Corona – in particolare quelli fruttiferi e patrimoniali – furono restituiti in via di principio al diritto comune, al fine di consentirne la libera circolazione, mentre alcune categorie di beni – non escludibili o destinati a una funzione pubblica – rimasero sottratte all'applicazione del diritto civile: nacque, così, la distinzione fra il "demanio privato" (che oggi chiameremmo "patrimonio disponibile") e il "demanio della Nazione", il quale mantenne il regime di incommerciabilità proprio del precedente demanio della Corona. In quest'ultima categoria rientravano le pubbliche vie, i fiumi, le coste, le spiagge, le rade, i porti *etc.*, a cui si aggiunsero nel tempo, sulla scorta della giurisprudenza, i beni patrimoniali destinati (*affectés*) a una funzione di pubblico interesse (che oggi in Italia definiremmo beni del "patrimonio indisponibile")[8].

Insomma, rispetto all'Antico Regime, la Rivoluzione francese non ha modificato il regime demaniale, ma ne ha semplicemente mutato lo scopo: non più la

[5] Cfr. M.S. Giannini, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del corso di Diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-63*, Roma, 1963, 52 s.

[6] Cfr. F. Osculati, *Il pensiero economico dalla tradizione italiana al dibattito odierno*, in *Econ. pubbl.*, 1990, 527 ss.

[7] Per una ricostruzione della proprietà pubblica in relazione all'evoluzione della forma di Stato, v. di recente M.C. Girardi, *La proprietà pubblica. Percorsi costituzionali nell'evoluzione della forma di Stato*, Napoli, 2023.

[8] Nota sagacemente M.S. Giannini, *I beni pubblici*, cit., 52, che «arrivati a questo punto la nozione di demanio non serve più a nulla perché in essa confluiscono beni che hanno diversa funzione e diversa disciplina positiva. Solo il genio dell'astrazione la può mantenere in vita, salvo poi a dover ogni momento risolvere gli intrighi che essa crea». Su questa problematica, che connota anche l'attuale teoria del demanio, si tornerà *infra*.

tutela degli interessi della Corona, bensì la protezione della destinazione pubblica (*affectation publique*) dei beni[9].

Da qui discende un primo limite – che potremmo definire "storico" – della disciplina dei beni pubblici: l'avere cioè applicato un regime severo, quale quello dell'incommerciabilità, originariamente concepito per la tutela dell'appartenenza pubblica, per la salvaguardia della destinazione pubblica[10]. Infatti, come dimostrato dall'evoluzione storica, il divieto di circolazione dei beni pubblici, in luogo di meri vincoli funzionali posti a garanzia della loro destinazione, si è rivelato sempre meno compatibile con le esigenze di una loro gestione e valorizzazione efficiente, soprattutto con il passaggio da un'economia fondata sulla rendita a un sistema economico orientato alla produzione e allo scambio[11].

Ciononostante, il nostro vigente Codice civile si pone ancora in continuità con la teoria tradizionale del demanio, avendone ereditato perciò, per molti aspetti, anche il descritto "peccato originale". Infatti, la disciplina del Codice Napoleone (1804), frutto della Rivoluzione francese, traghettò nel Codice civile sardo (1837), che ispirò il Codice civile italiano neo-unitario (1865), il quale, a propria volta, con riguardo alla disciplina dei beni pubblici fu sostanzialmente recepito dal vigente Codice civile (1942)[12].

3. *I limiti "intrinseci" alla classificazione codicistica*

Del resto, che il regime dei beni pubblici previsto dal Codice civile del 1942 risultasse già inadeguato e inattuale al momento stesso della sua entrata in vigore non era sfuggito neppure ai primi più attenti commentatori[13].

A conferma di tale assunto, si ponga anzitutto a mente l'infelice previsione della categoria del "demanio accidentale" (art. 822, c. II, c.c.), la quale, a ben vedere, costituisce una vera e propria contraddizione in termini, in quanto dispone un regime di tutela dell'appartenenza pubblica, qual è la regola della incom-

[9] Cfr. A. Lolli, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 1996, 1, 51 ss.

[10] Sul punto, si vedano le considerazioni di M. Dugato, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, cit., 19 ss.

[11] Cfr. G. Colombini (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale. Atti del Convegno di Pisa del 20 dicembre 2007*, Napoli, 2009.

[12] Rileva A.O. Cozzi, *Profili costituzionali delle proprietà pubbliche*, Napoli, 2024, 76, che «la tradizione giuridica francese, pertanto, ha trasmesso alla nostra il binomio che associa il regime amministrativo speciale dei beni con l'appartenenza pubblica. Vi è regime speciale dove la proprietà è soggettivamente pubblica».

[13] Si veda, ad esempio, lo scritto di E. Guicciardi, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo Codice civile*, in *Stato e diritto*, 1943, 97 ss.

merciabilità, per tipi di beni che, per loro stessa natura ed espressa opzione normativa, possono legittimamente appartenere anche a soggetti privati.

Allo stesso tempo, però, il Codice del 1942 nasceva più attuale di quanto sia poi diventato, come testimonia la modernità, di contro, del regime dei "beni patrimoniali indisponibili" (art. 826 c.c.): tale categoria, elaborata dalla giurisprudenza già nella vigenza del Codice del 1865 sulla scorta del modello francese e poi formalizzata dal Regolamento di contabilità generale dello Stato del 1885, è stata codificata per la prima volta nel Codice del 1942, dal quale è stata assoggettata a un regime più debolmente derogatorio rispetto a quello dei beni demaniali, di modo da non escludere in assoluto la loro alienabilità e commerciabilità, a condizione che ne fosse sempre garantito il vincolo di destinazione (art. 828, c. II, c.c.). Come sappiamo, tuttavia, in controtendenza rispetto all'intento originario del codificatore, la giurisprudenza e la legislazione di settore hanno progressivamente esteso il regime di incommerciabilità e pure di tutela amministrativa tipico dei beni demaniali anche ai beni del patrimonio indisponibile[14], dando luogo a un processo di "demanializzazione del patrimonio"[15].

Parallelamente a tale fenomeno, si è anche verificato un processo di segno opposto di "patrimonializzazione del demanio", o, meglio, di progressiva despecializzazione e privatizzazione del regime dei beni demaniali, avviato prima ad opera della giurisprudenza (si pensi, ad esempio, agli orientamenti in materia di "sdemanializzazione tacita", volti ad aggirare il vincolo di incommerciabilità dei beni) e, poi, completato dall'avvento di alcune discipline di settore, che hanno introdotto ipotesi di alienazione o commercializzazione di beni pubblici appartenenti al demanio, sulle quali si avrà modo di tornare.

Invero, l'esigenza di un recupero di "flessibilità" nei regimi codicistici, attraverso i descritti interventi giurisprudenziali e normativi, costituisce un sintomo evidentissimo di un ulteriore limite intrinseco del Codice, ovverossia, da un lato, la trasversalità delle fattispecie di beni presenti nelle diverse categorie e, dall'altro, l'eccessiva e ingiustificata ingessatura dei diversi regimi.

Come è stato rilevato[16], infatti, la distinzione segnatamente fra demanio e patrimonio indisponibile non presenta una reale validità scientifica, posto che a

[14] Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2014, n. 1065, dove si legge che «la giurisprudenza si è orientata ad estendere ai beni del patrimonio indisponibile un regime giuridico sostanzialmente analogo a quello dei beni demaniali, sia sotto il profilo della incommerciabilità, che della tutela in via amministrativa»; significativo, poi, quanto aggiunto dal Collegio, per il quale «non è condivisibile quanto sostenuto dagli appellanti, che a connotare il vincolo di destinazione come pubblico o privato non sia il soggetto proprietario del bene vincolato bensì l'interesse perseguito attraverso la posizione del vincolo».

[15] Cfr., se si vuole, quanto più diffusamente esposto in M. Renna, *Beni pubblici* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 714 ss., e, più recentemente, in Id., *Beni pubblici* (voce), in *Enc. dir.*, Tem., III, Milano, 2022, 149 ss.

[16] Da V. Cerulli Irelli, *I beni pubblici nel Codice civile: una classificazione in via di superamento*, in *Economia pubblica*, 1990, 523 ss.

entrambe le categorie risultano normativamente ascritte fattispecie di beni eterogenee e, perciò, prive di attitudine ordinativa della realtà[17]: in entrambe troviamo, in particolare, da un lato, beni "riservati", cioè pubblici per caratteri naturali o materiali in quanto insuscettibili di appropriazione privata, e, dall'altro lato, beni "destinati", ossia pubblici in virtù di una destinazione impressa dall'amministrazione. In relazione a questi ultimi, il regime di inalienabilità assoluta appare a ben vedere privo di significato pratico, in quanto la loro incommerciabilità dipende strettamente dalla loro destinazione, sorgendo e cessando con essa, rivelandosi perciò contraddittorio accomunarli ai beni "riservati" quanto a regime giuridico: si ha, così, il paradosso per cui beni demaniali possono diventare alienabili a seguito della loro sdemanializzazione, con la cessazione della loro funzione, mentre beni dichiarati "solamente" indisponibili possono restare assolutamente inalienabili, venendo attratti nel tradizionale regime demaniale.

Tale aporia discende dal fatto che il Codice ha adottato un criterio eminentemente formale e nominalistico per l'identificazione dei beni del demanio, cancellando "con un tratto di penna" le diverse teorie sul fondamento della demanialità sviluppatesi nella vigenza delle precedenti codificazioni[18]: così, non sono la natura materiale o la destinazione del bene a determinarne il relativo regime giuridico, ma al contrario è l'applicazione di tale regime per classi di beni a definirne la demanialità, riducendola a un puro effetto giuridico[19].

L'inclusione di un bene nel demanio o nel patrimonio (indisponibile) non dipende perciò da un criterio sostanziale, bensì da una mera opzione di politica legislativa basata su una valutazione di maggiore o minore "importanza" del bene medesimo; ciò che ha esposto il Codice a un'inevitabile rapida (se non già originaria) obsolescenza in una con l'evoluzione dell'ordinamento, dei beni stessi e degli interessi pubblici a essi collegati. A titolo esemplificativo, si può ancora ritenere che le piazzeforti militari, tradizionalmente demaniali, siano oggi più importanti di alcune tipologie di armamenti, ascritti al patrimonio? Oppure, si può ritenere che le reti di telecomunicazione pubbliche, beni patrimoniali indisponibili, rivestano oggi una minore importanza di quella ad esempio dei porti fluviali ascritti al demanio? E, ancora, tutti i beni materiali pubblici possono essere ritenuti di superiore importanza rispetto a beni immateriali, non considerati dal Codice, quali le frequenze radio, oppure i dati e il patrimonio informativo in possesso delle pubbliche amministrazioni?

---

[17] Cfr. ivi, 524.

[18] Come, ad esempio, le tesi di G. Zanobini, *Il concetto di proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, Torino, 1923, e di E. Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1934.

[19] Per questo rilievo, v. già R. Alessi, *Osservazioni in ordine alle disposizioni concernenti i beni pubblici contenute nel nuovo Codice civile*, in *Dir. beni pubbl.,* 1941, 175.

Anche questo aspetto, dunque, ha concorso a minacciare ben presto la "tenuta" delle classificazioni del Codice del 1942, spingendo, da un lato, per una convergenza dei regimi generali del demanio e del patrimonio e, dall'altro lato, per uno spostamento dell'asse del demanio verso il modello pensato per il patrimonio indisponibile, in linea con una concezione oggettiva di bene pubblico.

A questo riguardo, non può non tenersi in debito conto anche la ravvicinata sopravvenienza della Costituzione del 1948 e dell'unitaria nozione di "proprietà pubblica" ivi richiamata all'art. 42 senza badare alle (già vetuste) categorie codicistiche. Infatti, dopo una fase iniziale di sostanziale ininfluenza, l'avvento della Costituzione ha dato impulso in materia a tentativi ricostruttivi tesi a rileggere la legislazione ordinaria alla luce dei nuovi princìpi costituzionali, cercando in essi la fonte di nuove qualificazioni e situazioni giuridiche e rivelando così una volta di più l'insufficienza del Codice civile a fornire un quadro esaustivo della disciplina dei beni pubblici[20].

In particolare, secondo un'autorevole lettura offerta alla nuova intelaiatura costituzionale[21], la proprietà pubblica si situerebbe all'intersezione fra il primo comma dell'art. 42, che sancisce la capacità dello Stato e degli enti pubblici di essere titolari di beni, e il secondo comma, che esclude la proprietà individuale nei casi in cui la legge riservi determinati beni alla collettività per garantirne l'accessibilità universale. Tale "riserva" costituirebbe il fondamento logico e giuridico di tutte le forme di proprietà diverse da quella individuale, segnando il passaggio dal monolitismo della proprietà pubblica, tipico dell'epoca liberale, al pluralismo delle appartenenze collettive. In questo contesto, infatti, la titolarità pubblica diviene solo una delle modalità di gestione del bene pubblico, in quanto non sempre necessaria per garantirne il godimento collettivo.

La descritta impostazione, al contempo, ha favorito l'affermazione di una concezione oggettiva della proprietà pubblica, basata sull'utilità sociale che i beni offrono, piuttosto che sulla loro titolarità soggettiva, consentendo così di leggere, all'interno dell'art. 42, primo comma, due regimi distinti: da un lato, quello oggettivo, racchiuso nell'espressione secondo cui «la proprietà è pubblica o privata», e, dall'altro lato, quello soggettivo, nella parte in cui si prevede che «i beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati»[22]. Tale lettura oggettivi-

[20] Fra i primi tentativi in questo senso, dal lato giuspubblicistico, imprescindibile è il riferimento alla monografia di S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, recentemente ripubblicata in edizione anastatica e corredata da una pregevole *Introduzione* firmata da B. Tonoletti.

[21] *Ibidem*.

[22] La dialettica fra "titolarità" e "funzione" dei beni pubblici costituisce il tema centrale delle relazioni raccolte in F. Astone, F. Manganaro, R. Rolli, F. Saitta (a cura di), *I beni pubblici tra titolarità e funzione. Atti del XXI Convegno di Copanello, 24-25 giugno 2016,* Milano, 2018.

stica si armonizza, altresì, con il vincolo di funzionalizzazione sociale della proprietà privata espresso dal secondo comma dell'art. 42 della Costituzione.

In tal modo, la Costituzione italiana ha valorizzato nella loro autonomia due elementi che la tradizione francese aveva invece consegnato uniti, ossia destinazione e appartenenza dei beni, contribuendo a fornire una copertura costituzionale alle leggi sulle privatizzazioni (formali e sostanziali) dei beni pubblici, le quali hanno progressivamente determinato un ulteriore indebolimento del contenuto precettivo della codificazione codicistica[23].

4. *Il "colpo di grazia" alle categorie civilistiche ad opera della legislazione speciale*

Infatti, un ulteriore limite intrinseco alla disciplina codicistica è rappresentato dal fatto che il Codice parrebbe aver abdicato fin dall'inizio – perlomeno nella materia dei beni pubblici – all'aspirazione ordinatrice e sistematica che dovrebbe essere propria di una codificazione, dettando una disciplina volutamente parziale, residuale e incompleta, che a ben vedere conteneva già in sé i presupposti per il proprio superamento. Il riferimento è ai frequenti "rinvii" alla legislazione speciale o settoriale per la determinazione e il completamento delle fattispecie e della relativa disciplina, anche (e soprattutto) in senso derogatorio alle norme del Codice[24]. Come è stato efficacemente rilevato, ciò «impone uno spostamento del baricentro dell'attenzione scientifica dal codice alla legislazione speciale, superando la fascinazione delle disposizioni codicistiche, che, con la loro falsa generalità, ingenerano l'illusione di una completezza ed esaustività che esse sono ben lungi dal possedere»[25].

È così che le categorie codicistiche, nate già vecchie e con i rilevanti limiti intrinseci già segnalati, hanno subìto un definitivo "colpo di grazia" proprio per effetto della proliferazione, seppur disorganica e puntiforme, della legislazione speciale, la quale ha avuto l'effetto di svuotare in larga parte il contenuto e il ruo-

[23] Cfr. A.O. Cozzi, *Profili costituzionali delle proprietà pubbliche*, cit., 134.

[24] Cfr. l'art. 823, c. I, c.c., il quale recita che «i beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano»; e l'art. 828, c. II, c.c., a mente del quale: «i beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano». Come nota S. Tommasi, *Statuti proprietari e interesse generale*, in L. Bruscuglia, G. Grisi, O.T. Scozzafava (a cura di), *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, Napoli, 2007, p. 273, si tratta di disposizioni, al contempo, di rilevante modernità rispetto al codice precedente, che invece non consentiva soluzioni diverse dalla inalienabilità assoluta dei beni demaniali.

[25] B. Tonoletti, *Introduzione*, in S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, edizione anastatica, Roma, 2024, XXIII.

lo delle tradizionali categorie previste dal Codice, imprimendo peraltro una decisiva svolta verso una concezione "obiettiva" all'attributo della pubblicità dei beni, siccome sempre più svincolata dal criterio dell'appartenenza soggettiva e funzionalizzata al soddisfacimento di obiettivi di interesse pubblico[26].

Ci si limiterà ora a richiamare sinteticamente gli episodi più rilevanti di questo fenomeno, che si ebbe l'occasione di mappare già vent'anni orsono[27], concentrandocisi, piuttosto, sul verificare se le conclusioni a cui si era giunti possano ritenersi confermate alla luce del quadro normativo attuale.

Anzitutto, occorre menzionare il processo di privatizzazione formale di numerosi enti pubblici (economici e non economici)[28] e la conseguente privatizzazione, altrettanto formale, dei beni patrimoniali indisponibili e demaniali di cui essi erano proprietari (reti, impianti, *etc.*): beni il cui originario regime di indisponibilità e assoggettamento a poteri amministrativi di regolazione e tutela, giustificato dal loro vincolo di destinazione, non è stato intaccato dalla forma privatistica assunta dagli enti proprietari.

Parallelamente, a dette privatizzazioni si è affiancata la creazione *ad hoc* di società per azioni a partecipazione pubblica aventi quale specifico oggetto sociale la gestione, la valorizzazione, il finanziamento, la commercializzazione e l'eventuale alienazione di beni pubblici, sia patrimoniali che demaniali[29]; e anche in questo caso il legislatore ha stabilito, pur con varietà di accenti, la persistente sot-

---

[26] Ciò in piena coerenza con la nuova concezione "oggettivata" e "paritaria" di pubblica amministrazione emergente dalla Costituzione repubblicana, su cui si v. ancora oggi gli irrinunciabili scritti di F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.; Id., *Appunti di diritto amministrativo,* Padova, 1955; Id., *Per un diritto amministrativo paritario*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.; F. Benvenuti, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6 ss.; Id., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; G. Pastori, *Introduzione generale* alla Prima parte di Id. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964; U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

[27] Il fenomeno è stato oggetto di analisi in M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, cui se consentito si rinvia per gli ulteriori approfondimenti.

[28] Il riferimento è, in primo luogo, alla trasformazione in società per azioni di due dei più importanti enti pubblici economici statali (FS ed ENEL), avvenuta agli inizi degli anni '90 (rispettivamente, con d.l. n. 386/1991 e d.l. n. 333/1992), cui è seguita la privatizzazione di Telecom, Poste Italiane e ANAS. Successivamente alla privatizzazione di ENEL, la proprietà e i compiti di gestione della rete elettrica nazionale sono stati attribuiti a Terna S.p.a.. Un analogo fenomeno di conservazione della pubblicità sostanziale dei beni ha caratterizzato i processi di trasformazione di enti pubblici non economici in fondazioni o associazioni di diritto privato (cfr. d.lgs. n. 419/1999): per espressa volontà del legislatore, i beni degli enti trasformati sono stati assoggettati a un regime ancora più "pubblicistico" di quello dettato dalle norme del Codice civile, essendo state previste non solo la tutela della loro destinazione, ma anche una loro alienabilità eccezionale e condizionata a un'autorizzazione ministeriale.

[29] Il riferimento concerne essenzialmente l'istituzione della Patrimonio dello Stato S.p.a., oggi sciolta e liquidata, della Infrastrutture S.p.a., poi incorporata nella Cassa Depositi e Prestiti S.p.a., e delle società di trasformazione urbana.

toposizione dei beni conferiti alle società al loro vincolo di destinazione pubblica e ai conseguenti poteri pubblicistici di regolazione e tutela.

Non può essere trascurata, poi, la travagliata disciplina generale delle dotazioni strumentali all'esercizio dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la quale consente agli enti locali di conferire a società a capitale interamente pubblico la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali per lo svolgimento dei servizi, senza che da tale trasferimento derivi una sottrazione di tali beni alla loro originaria destinazione pubblica e al regime ad essi applicabile[30].

Si pensi, infine, alla disciplina delle cartolarizzazioni del demanio regionale e locale[31] e delle alienazioni degli immobili del demanio culturale[32], nonché alla proprietà delle reti di distribuzione del gas naturale in capo alle società private concessionarie del relativo servizio[33]: in tutte queste fattispecie la divaricazione tra proprietà (non pubblica) e regime (pubblicistico) dei beni è di tutta evidenza.

Un ulteriore aspetto del fenomeno è poi rappresentato dalla separazione soggettiva, all'interno della unitaria "proprietà pubblica", tra la proprietà dei beni e le funzioni di gestione e tutela degli stessi, derivante dalla progressiva devoluzione "verso il basso" delle competenze gestionali relative a beni la cui proprietà rimane allocata a livello statale. È emblematica, a tale riguardo, la questione di costituzionalità sollevata nel 2003 dalla Regione Molise, che ha lamentato l'illegittimità costituzionale sopravvenuta dell'art. 822, c. I, c.c., rispetto al parametro del principio di sussidiarietà verticale[34].

Conclusa questa rapida rassegna, risulta che le conclusioni alle quali si era pervenuti vent'anni fa possano dirsi non solo confermate, essendo il quadro normativo rimasto sostanzialmente immutato, ma anche rafforzate alla luce di alcune norme sopravvenute.

Infatti, a seguito dell'appena richiamata stagione della devoluzione "verso il basso" delle (sole) funzioni gestorie, la legislazione ha progressivamente determinato o previsto il trasferimento verso i livelli di governo sub-statali anche delle

[30] Cfr. in particolare l'art. 113, c. 13, del T.U.E.L., oggi sostanzialmente confluito nell'art. 21, c. 5, del d.lgs. n. 201/2022.

[31] Art. 84, commi 3 e 4, l. n. 289/2002.

[32] Artt. 53 e 55 del Codice dei beni culturali, ove per le alienazioni è posta la condizione del mantenimento della fruizione collettiva dei beni, a conferma della prevalenza dei profili inerenti alla destinazione pubblica su quelli relativi all'appartenenza dei beni medesimi.

[33] È significativo che la normativa consenta l'attribuzione della proprietà delle reti di distribuzione del gas a società private concessionarie, subordinandola tuttavia alla durata contrattuale del regime concessorio. Questo dimostra che il concetto di proprietà pubblica o privata è ormai flessibile e sempre più dipendente dalla destinazione funzionale dei beni.

[34] Sebbene la Consulta (con la sentenza n. 150 del 2003) non si sia pronunciata nel merito (in quanto la questione è stata posta nell'ambito di un conflitto di attribuzioni dichiarato inammissibile), effettivamente la tenuta – alla luce del principio di sussidiarietà – del regime "stato-centrico" della proprietà pubblica ancora emergente dal Codice civile sarebbe meritevole di una riflessione (ma v. subito *infra* la tematica del federalismo demaniale).

prerogative dominicali su beni del demanio e del patrimonio indisponibile dello Stato (cosiddetto "federalismo demaniale")[35]. Il trasferimento implica, salve talune importanti eccezioni[36], l'ingresso dei beni in questione nel patrimonio disponibile degli enti che ne acquisiscono la proprietà ed è finalizzato alla valorizzazione e anche alla possibile, in determinati casi, alienazione dei medesimi beni.

Inoltre, accanto alla dimensione "verticale", anche la proiezione "orizzontale" del principio di sussidiarietà ha inciso significativamente sul regime della proprietà pubblica, incentivando l'affidamento delle funzioni di gestione di beni destinati a finalità di interesse generale a soggetti privati: si pensi alla disciplina della concessione in comodato d'uso dei beni immobili pubblici, nonché della concessione agevolata per la valorizzazione dei beni culturali, a favore di Enti del terzo settore, così come regolata dal relativo Codice approvato con il d.lgs. n. 117/2017[37].

La medesima centralità della destinazione a finalità sociali si riflette anche nella disciplina del Codice antimafia approvato con il d.lgs. n. 159/2011 riguardante i beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, la cui gestione è affidata a un'apposita Agenzia nazionale che è deputata a garantirne la restituzione all'interesse collettivo[38].

Insomma, la legislazione speciale pare ormai da tempo aver intrapreso un percorso ben distante dalla disciplina del Codice civile sui beni pubblici, relegando quest'ultima a un ruolo eminentemente residuale, se non ormai quasi del tutto privo di utilità.

5. *Le esperienze europee a confronto*

Allargando lo sguardo agli altri ordinamenti europei, scopriamo che essi sono animati dalle nostre medesime tensioni, pur nella diversità di soluzioni offerte al complesso problema della proprietà pubblica[39].

---

[35] Cfr. il d.lgs. n. 85/2010. Sul c.d. federalismo demaniale, sia consentito un ampio rinvio a M. Renna, *Federalismo demaniale e strumenti di valorizzazione dei beni pubblici*, in *St. parl. pol. cost.*, 2012, 27 ss.

[36] Come per le miniere e i beni appartenenti al demanio marittimo, idrico e aeroportuale.

[37] In argomento, cfr., tra gli altri, S. Vaccari, *Sulla concessione in comodato di beni pubblici a enti del terzo settore*, in *Dir. amm.*, 2020, II, 427 ss.

[38] Su cui si rinvia al contributo di S. Villamena, *Confisca di prevenzione e destinazione dei beni*, in *Annuario AIPDA 2024. I beni pubblici. Tradizione e innovazione*, Napoli, 2025, 241 ss.

[39] I contributi dedicati allo studio comparato della disciplina dei beni pubblici non sono numerosi. Tra i più rilevanti, si segnalano G. della Cananea, *Dalla proprietà agli usi: un'indagine comparata*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, cit., 63 ss.; T. Perroud (a cura di), *Dossier: Le biens publics en droit comparé*, in *Droit Public Comparé*, 2024, 3, reperibile all'indirizzo *www.publications-prairial.fr*; K. Abderemane, A. Claeys, E. Langelier, Y. Marique, T. Perroud, *Manuel de droit comparé des administrations européennes*, Bruxelles, 2019, 451 ss.; U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, Roma, 2010, 417 ss.; G. Pugliese, *Property. Diritto com-*

Tralasciando il sistema inglese, che invero non conosce un concetto di proprietà pubblica comparabile a quello che si è sviluppato nei sistemi continentali[40], è opportuno concentrare l'attenzione sulle due grandi tradizioni del diritto amministrativo europeo: quella francese (alla quale può essere ricondotto anche l'originario modello demaniale italiano, così come quello spagnolo) e quella tedesca, in quanto sono rappresentative di due concezioni alternative e opposte dei beni pubblici. La disciplina francese, infatti, riflette una visione "soggettiva" della proprietà pubblica, in cui la garanzia dell'interesse pubblico è assicurata dall'appartenenza pubblica; quella tedesca, invece, è informata a una logica "oggettiva", la quale si disinteressa della qualità giuridica del soggetto proprietario, impegnandosi esclusivamente a proteggere la destinazione e la funzione pubblica dei beni[41].

Come anticipato, infatti, l'ordinamento francese – fin dai suoi albori – configura la proprietà pubblica come un regime speciale e unitario caratterizzato dall'incommerciabilità, a tutela dell'appartenenza soggettiva pubblica dei beni[42]; diversamente, l'ordinamento giuridico tedesco non conosce la proprietà pubblica (ancorché sia tedesco il principale teorico di quest'ultima)[43] ma conosce esclusivamente quella privata[44]: si distinguono, così, beni di proprietà privata di enti

parato, voce destinata (ma non pubblicata) alla *International Encyclopaedia of Comparative Law*, edizione anastatica, Roma, 2024.

[40] Cfr. G. della Cananea, *Dalla proprietà agli usi*, cit., 63-64, dove, parafrasando Dicey, si sostiene che "*in Inghilterra non sanno nulla della proprietà pubblica e non ne sentono neppure il bisogno*".

[41] Per un efficace confronto tra l'ordinamento francese e quello tedesco in materia di beni pubblici v. J.-P. Brouant, A. Novak, *Les propriétés publiques immobilières en droit français et allemand*, in *La revue administrative*, 1993, 370 ss.

[42] Per un quadro aggiornato del modello francese, v. il fascicolo monografico Aa.Vv., *La propriété publique*, *Actes du colloque des 13-14 juin 2019 organisé par l'AFDA,* Parigi, 2020, e in particolare *ivi* G. Bigot, *Une histoire de la propriété publique*, 3 ss., per la ricostruzione storica.

[43] Il riferimento è ovviamente a O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Lipsia, 1895, opera la cui influenza sul diritto positivo, sulla dottrina e sulla giurisprudenza è stata significativamente più ridotta in Germania rispetto a quanto avvenuto all'estero. Annota E. Guicciardi, *Il demanio*, cit., 11, che la teoria di Mayer, percepita come di matrice francese (in quanto molto vicina a quella di Hariou), fu in patria oggetto di «scritti polemici, talora arguti, talaltra asprigni, ma che rivelano sempre il substrato nazionalistico della questione».

[44] In questo senso, il diritto tedesco dei beni pubblici risulta piuttosto influenzato, da un lato, dalla teoria germanica del *Fiskus*, secondo cui lo Stato possiede una duplice personalità: quella dell'ente sovrano che agisce come autorità e quella del cittadino privato Karl Fiskus, che agisce secondo le regole del diritto comune. Dall'altro lato, esso appare debitore dei pareri formulati da Rüttimann e Dernburg in occasione della celebre diatriba insorta tra Basilea-Campagna e Basilea-Città sulla proprietà delle mura cittadine, dopo la suddivisione del Cantone svizzero. In quella controversia, i pareri di Rüttimann e Dernburg, sebbene perdenti in sede giurisdizionale, hanno infatti prevalso a livello dottrinale. Essi, in particolare, sostenevano che le mura di Basilea, pur essendo destinate a un uso pubblico, non potevano essere considerate *res nullius* ricadenti sotto la sovranità territoriale di Basilea-Città, come affermato da Keller e Jhering; al contrario, tali mura dovevano essere considerate oggetto di un diritto di comproprietà "latente" tra Basilea-Città e Basilea-Campagna, diritto che poteva "riespandersi" una volta cessata o modificata la loro destinazione pubblica. Tutti gli atti della controversia, che ha visto contrapporsi non solamente due parti processuali, ma anche due diverse concezioni della proprietà pubblica (quella romanistica e quella germanica), sono raccolti nel volume *Der Rechtsstreit über die Basler Festungswerke,* Basilea, 1862. Hanno successivamente aderito alla tesi di Rüttimann e Dernburg i principali esponenti della dottrina tedesca, quali Windscheid, Wappäus, Eisele e von Gierke.

pubblici non destinati a uno scopo pubblico specifico (*Finanzvermögen*) e beni di proprietà privata di soggetti pubblici o privati *assegnati* a uno scopo pubblico (beni pubblici in senso stretto)[45].

Infatti, la teoria esplicativa dominante dei beni pubblici in Germania è quella della c.d. proprietà privata modificata (*Theorie vom modifizierten Privateigentum*), la quale concepisce i beni pubblici come oggetto di una proprietà privata (appartenente a soggetti pubblici o privati, indifferentemente) gravata da una servitù a salvaguardia della loro destinazione pubblica (*Widmung*), la quale può essere impressa dalla legge, da un atto amministrativo, dalla consuetudine[46], o da un uso pubblico sufficientemente duraturo, ed è revocabile – salvi i casi di beni protetti dalla Costituzione – mediante atto contrario (*Entwidmung*): alla *Widmung* si ricollega un particolare regime di protezione e tutela esecutiva dei beni, modulato in base alla natura e all'intensità del vincolo di funzionalizzazione, con una ripartizione di responsabilità e obblighi tra il soggetto proprietario, potenzialmente privato, e il soggetto pubblico responsabile della gestione del vincolo di assegnazione (*öffentliche Sachherr*)[47].

I beni pubblici tedeschi si caratterizzano, perciò, per una natura "dualista" o "ancipite"[48], poiché alla base del modello vi è un diritto di proprietà "latente" che conserva la propria attitudine circolatoria e permette l'esercizio di tutte le facoltà dominicali purché compatibili con il vincolo pubblico di destinazione che alla proprietà si sovrappone[49]. Di conseguenza, un bene pubblico può essere validamente alienato a un privato e circolare liberamente, sebbene ogni nuovo proprietario sia tenuto a rispettare gli obblighi discendenti dal vincolo di destinazione, cessato il quale la proprietà privata è in grado di "riespandersi"[50]. Inoltre, in linea con l'art. 14 della Legge fondamentale tedesca secondo cui «la pro-

[45] Cfr. U. Stelkens, *Le régime des biens publics en droit allemand*, intervento alla tavola rotonda "*Le régime des biens publics en droit comparé*", Parigi-SciencesPo, 2009, accessibile all'indirizzo, *www.sciencespo.fr*.

[46] Come nel caso della spiaggia del mare. Cfr. R. Calvo, *La disciplina dei beni pubblici nel sistema tedesco*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici*, cit., 430.

[47] Cfr. P. Axer, *Die Widmung als Schlüsselbegriff des Rechts der öffentlichen Sachen. Zur Identität des Rechts der öffentlichen Sachen als Rechtsgebiet*, Berlino, 1994, *passim*. Nell'ipotesi di beni soggettivamente pubblici lo *status* di proprietario e quello di autorità responsabile della gestione del vincolo di destinazione all'uso pubblico possono ovviamente coincidere (*monistische Status*).

[48] Si tratta di uno «*Januskopf*», un Giano bifronte, secondo S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 274.

[49] Secondo la giurisprudenza e la dottrina tedesca della "proprietà privata modificata", l'assegnazione di un bene a un uso pubblico costituisce una "servitù di uso pubblico" (*öffentliche Sachherrschaft*) che limita, ma non elimina, il diritto di proprietà privata e gli altri diritti reali, i quali rimangono liberi di circolare. Cfr. H-J. Papier, *Recht der öffentlichen Sachen*, in H.-U. Erichsen, D. Ehlers (a cura di), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlino, 2010, 855 ss.

[50] Cfr. il caso dei "banchi della chiesa di Barran", esposto in J.-P. Brouant, A. Novak, *Les propriétés publiques immobilières en droit français et allemand*, cit., p. 374.

prietà obbliga»[51], una servitù pubblica può essere imposta dall'amministrazione a qualsiasi proprietario, con il consenso di quest'ultimo o, in mancanza, mediante espropriazione, e salvo indennizzo, laddove venga completamente esautorato il diritto di proprietà nel suo nucleo essenziale.

Anche in Francia, la dottrina contemporanea tende sempre più a superare il tradizionale paradigma "soggettivistico" nella ricostruzione della proprietà pubblica, orientandosi verso una più moderna prospettiva "oggettiva" che privilegia la destinazione dei beni a scopi di interesse generale rispetto alla loro appartenenza dominicale, promuovendo così una visione maggiormente "inclusiva" della proprietà collettiva, con particolare riferimento alla tematica dei beni comuni[52]. Dunque, la tendenza a una progressiva "obiettivazione" del regime pubblicistico dei beni rappresenta una costante negli ordinamenti europei, laddove non si tratti già di un'acquisizione consolidata (come nel caso della Germania); e questo processo sembra essere facilitato, se non addirittura incentivato, dal principio di neutralità delle forme proprietarie, caratteristico del diritto dell'Unione europea.

Oltre al modello di proprietà pubblica accolto, un ulteriore elemento che distingue i diversi ordinamenti nazionali riguarda la tipologia di fonte normativa contenente la disciplina dei beni pubblici.

Il sistema tedesco, essendo basato sul concetto di proprietà privata modificata, trova naturalmente nel Codice civile il proprio quadro normativo generale, di natura eminentemente privatistica. Tuttavia, tale quadro risulta derogato in concreto da una frammentazione di regimi particolari, che dettano regole specifiche per l'uso di determinati beni in relazione ai loro diversi vincoli di destinazione: ciò che ha portato la dottrina tedesca a paragonare il diritto dei beni pubblici a un «cumulo di macerie»[53]. Dal canto loro, inoltre, alcuni *Länder* hanno introdotto leggi speciali relative a specifici beni pubblici, qualificati e disciplinati sul model-

[51] In Germania, dove la "socializzazione" della proprietà privata trova un fondamento costituzionale nell'art. 14 della Legge fondamentale, risulta più agevole giustificare la "civilizzazione" della proprietà pubblica, come previsto dalla teoria della proprietà privata modificata, poiché l'enfasi è posta sulla funzionalizzazione sociale dei beni piuttosto che sul regime dominicale. Ciò pone la proprietà privata e quella pubblica su una linea continua, senza una differenziazione qualitativa netta, distinguendole unicamente per il grado di funzionalizzazione nell'interesse pubblico (una teoria simile è stata proposta anche in ambito francese da Duguit attraverso la metafora della "*échelle de domanialité*"). In Francia, invece, il radicamento della concezione liberal-borghese della proprietà comporta una netta distinzione tra proprietà privata e proprietà pubblica. Di conseguenza, nella teoria francese del demanio prevale l'idea che la proprietà pubblica abbia una natura speciale rispetto al regime comune della proprietà privata.

[52] Particolarmente rappresentativa è, a tale riguardo, la proposta di riforma in materia di beni pubblici di cui al rapporto J. Rochfeld, M. Cornu e G.J. Martin *(diretto da), L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Parigi, aprile 2021. In tema di beni comuni, cfr., tra gli altri, C. Micciché, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2018.

[53] D. Ehlers, *Das öffentliche Sachenrecht - ein Trümmerhaufen*, in *NWVBI*, 1993, p. 327 ss.; U. Stelkens, *Das Recht der öffentlichen Sachen. Allgemeines Verwaltungsrecht, Besonderes Verwaltungsrecht, Trümmerhaufen – oder was?*, in *Die Verwaltung*, vol. 46, 2013, n. 4, 493 ss.

lo tradizionale della proprietà pubblica: tra queste, spiccano la Legge di Amburgo sulle strade pubbliche del 4 aprile 1961 e la Legge sulle acque del Baden-Württemberg del 29 aprile 1976.

In Francia, a partire dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, è stato invece avviato un lungo processo riformatore del sistema della proprietà pubblica, originariamente disciplinato dal *Code du domaine de l'Etat* del 1957. Questo percorso, supportato dall'istituzione di numerose commissioni di studio composte da accademici e membri del *Conseil d'État*, ha portato all'adozione del Codice generale della proprietà delle persone pubbliche (CGPPP), emanato con ordinanza del 2006 e in seguito oggetto di rilevanti modifiche in particolare nel 2011 (con riguardo alla parte regolamentare) e nel 2017 (con aggiornamenti significativi in tema di concessioni)[54].

Merita di essere segnalato, infine, che una caratteristica interessante e distintiva del modello spagnolo[55] è la presenza di una base costituzionale espressa per la disciplina del demanio e del patrimonio pubblico. L'art. 132 della Costituzione spagnola stabilisce, infatti, che «la legge regolerà il regime giuridico dei beni del demanio pubblico o comunali, ispirandosi ai principi di inalienabilità, imprescrittibilità e insequestrabilità, così come la loro sclassificazione. Sono beni del pubblico demanio statale quelli che la legge determina e, in ogni caso, la zona marittimo-terrestre, le spiagge, il mare territoriale e le risorse naturali della zona economica e la piattaforma continentale. Per legge si regoleranno il Patrimonio dello Stato e il Patrimonio nazionale, la loro amministrazione, difesa e conservazione». Risulta, invero, di particolare interesse la previsione di una riserva di legge rinforzata per il contenuto del regime demaniale, costituzionalmente vincolato al principio di incommerciabilità, così come la riserva costituzionale delle fattispecie demaniali relative alle risorse comuni marittime e terrestri. Ne discende, infatti, una garanzia costituzionale dell'appartenenza pubblica necessaria di alcuni beni fondamentali, qualificabili come *commons*, i quali vengono così a rappresentare il "nocciolo duro" della demanialità, inderogabile se non mediante revisione costituzionale.

[54] In argomento, si rinvia al contributo di G. Kalflèche, *Un modello di codificazione nel nuovo secolo: l'esempio francese*, in *Annuario AIPDA 2024. I beni pubblici. Tradizione e innovazione*, Napoli, 2025, 57 ss. Cfr. altresì M. De Benedetto, *La riforma dei beni pubblici in Francia*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici*, cit., 417 ss.

[55] Sul quale v. R. Calvo, *La disciplina dei beni pubblici nel sistema spagnolo*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici*, cit., 435 ss.

6. *Conclusioni: oltre lo "Schema Rodotà"?*

Tornando al nostro Paese, non si può concludere senza menzionare l'importante tentativo di riforma del Codice civile in materia di beni pubblici intrapreso dalla c.d. Commissione Rodotà, cercando di trarre da esso spunti, pure critici, anche per un'eventuale prosecuzione del percorso riformatore[56].

Come noto, l'approccio metodologico seguito dai lavori della Commissione mirava a superare il carattere "formale" e "nominalistico" delle classificazioni codicistiche, proponendo un'inversione concettuale compendiata dall'efficace formula-manifesto "dai beni ai regimi". L'idea centrale era quella di partire dall'omogeneità delle fattispecie da tipizzare e disciplinare e dalle esigenze sostanziali che le utilità dei beni sono idonee a soddisfare (siano esse "sovrane", sociali, comuni o di mercato), per poi, in relazione a queste, definire i relativi regimi di circolazione, godimento, appartenenza e tutela. Su questa base, lo "Schema Rodotà" ha proposto una rinnovata tassonomia dei beni pubblici, articolata in quattro categorie principali: i beni sovrani o ad appartenenza pubblica necessaria (corrispondenti sostanzialmente ai c.d. beni riservati), i beni sociali (equivalenti, grossomodo, ai c.d. beni destinati), i beni comuni e, infine, i beni fruttiferi (idonei a produrre utilità di mercato).

Ebbene, pur restando ferma la validità di detto metodo e dei risultati raggiunti dalla Commissione, è forse giunto il tempo di spingersi oltre, prendendo spunto anche dall'esperienza degli altri ordinamenti europei.

Un primo possibile sviluppo potrebbe consistere nel portare alle estreme conseguenze la teoria dei beni a destinazione pubblica e la correlata concezione oggettiva della proprietà pubblica, provando a immaginare un sistema in cui gli interessi pubblici siano realizzati per mezzo di beni di diversa appartenenza secondo una "scala di demanialità", per citare la nota metafora di Duguit, che proceda dalla conformazione della proprietà privata di beni di interesse pubblico alla riserva pubblicistica di beni insuscettibili di appropriazione individuale[57]. A questo fine, il modello tedesco, con la teoria della proprietà privata modificata, potrebbe costituire un punto di riferimento importante.

In secondo luogo, una riforma della disciplina dei beni pubblici decisamente orientata in senso oggettivo dovrebbe comunque farsi carico, quasi a mo' di contrappeso, di definire i limiti dell'appartenenza privata dei beni di interesse

[56] Materiali utili alla ricostruzione dei lavori della Commissione sono raccolti in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, già citato. Sullo "Schema Rodotà", sia consentito rinviare altresì a M. Renna, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in *Dir. econ.*, 2009, 11 ss.

[57] Rispetto a questa prospettiva, si v. il giudizio cauto di G. della Cananea, *Dalla proprietà pubblica alle proprietà pubbliche*, in *www.aedon-mulino.it*, 2024, 3, par. 9.

pubblico. Ciò in quanto non solo un adeguato esercizio delle funzioni istituzionali richiede che lo Stato e gli altri enti pubblici siano dotati di mezzi adeguati, ma anche perché per alcune categorie di beni, in relazione alla loro natura e alle funzioni che gli stessi sono chiamati ad assicurare, potrebbe porsi una questione di impossibilità o, comunque, di inopportunità dell'appartenenza privata (si pensi, ad esempio, ai principali laghi e fiumi italiani, alle opere destinate alla difesa nazionale o a determinate reti o infrastrutture strategiche per il Paese). Per questi beni, potrebbe essere opportuno prevedere una loro appartenenza pubblica necessaria non all'interno del Codice civile, bensì in Costituzione, sul modello spagnolo, allo scopo di sottrarre il "nocciolo duro" della "demanialità" alla disponibilità della contingente maggioranza politica di turno.

E dall'esperienza francese cosa possiamo apprendere? Come ai tempi di Napoleone, l'insegnamento francese potrebbe risiedere ancora oggi nella capacità di elaborare una codificazione completa e di pregio redazionale. Infatti, al fine di evitare un'eccessiva parcellizzazione della normativa e una disciplina asistematica dei regimi della proprietà pubblica, non parrebbe sufficiente limitarsi a una riforma "cosmetica" delle vetuste categorie del Codice civile, che non potrebbe comunque eliminare la settorializzazione della disciplina. Parrebbe invece necessario elaborare un vero e proprio "Codice dei beni pubblici," ispirato al modello di fonte rappresentato dal Codice generale della proprietà delle persone pubbliche francese (CGPPP), anche guardando a quanto recentemente si è tentato di fare in Italia con il Codice dei contratti pubblici.

Un Codice dei beni pubblici potrebbe così diventare la sede ideale non solo per raccogliere, in modo sistematico e coerente, tutte le normative di settore che riguardano i singoli tipi di beni, armonizzandole attraverso un quadro generale di princìpi e regole comuni, ma anche per dettare una specifica disciplina dei contratti attivi delle pubbliche amministrazioni, i quali, pur essendo esclusi dall'ambito applicativo del Codice dei contratti pubblici, rappresentano uno strumento fondamentale per la valorizzazione economica delle proprietà pubbliche e meriterebbero quindi un'apposita considerazione mediante un'adeguata regolamentazione generale, segnatamente, delle concessioni e delle alienazioni, a garanzia delle entrate pubbliche e dell'efficiente gestione dei beni delle amministrazioni.

Ad ogni buon conto, se si guarda all'insieme del percorso argomentativo sin qui svolto, il messaggio conclusivo è semplice e, al tempo stesso, esigente: il superamento delle categorie del Codice civile, per i limiti che si sono messi in luce, deve essere non un fine a sé, ma il mezzo per riallineare l'ordinamento ai beni nella loro realtà funzionale. L'approdo finale – in definitiva – è che ogni bene debba essere retto dal regime più coerente con la sua natura oggettiva e con le funzioni – istituzionali, sociali e/o economiche – che è chiamato a svolgere, in modo

anche da evitare, da un lato, la rigidità di appartenenze pubbliche non giustificate e, dall'altro, l'indiscriminata privatizzazione di beni che, per natura o funzione, richiedono garanzie rafforzate. Per questo, prima ancora del catalogo delle soluzioni, conta anzitutto il metodo: partire dai beni e dalle loro funzioni e soltanto dopo costruire i relativi regimi. È in tale coerenza funzionale che va giudicata, in ultima analisi, l'efficacia di qualunque possibile riforma della materia, sia essa affidata a un Codice dei beni pubblici, a una revisione costituzionale e/o a un riordino della legislazione speciale.

Mauro Renna - Abstract

I limiti della classificazione codicistica dei beni pubblici

L'elaborato analizza i limiti storici e intrinseci della classificazione dei beni pubblici nel Codice Civile, dimostrando come il Codice del 1942 abbia ereditato un quadro formalistico e obsoleto, incapace di rispondere all'evoluzione dell'ordinamento giuridico e degli interessi pubblici. L'inadeguatezza del Codice emerge sia dalle contraddizioni interne alle categorie codificate (come il demanio accidentale e il patrimonio indisponibile) sia dall›erosione prodotta dalla legislazione speciale e dalla giurisprudenza, che hanno progressivamente relegato il Codice a un ruolo residuale. Un'analisi comparata dei sistemi europei rivela la tensione tra modelli soggettivi e oggettivi di proprietà pubblica, con un crescente spostamento verso la destinazione funzionale dei beni. La conclusione sostiene la necessità di andare oltre la "Proposta Rodotà", orientandosi verso una riforma organica, eventualmente attraverso l'adozione di un Codice dei Beni Pubblici, mirato ad armonizzare la legislazione frammentata e a fornire un quadro sistematico che assicuri un equilibrio tra titolarità, destinazione e uso efficiente del patrimonio pubblico.

The limits of the Civil Code's classification of public goods

The essay explores the historical and intrinsic limits of the Civil Code's classification of public assets, showing how the 1942 Code inherited an outdated, formalistic framework unable to respond to the evolving legal order and public interests. Its inadequacy emerges from the contradictions within codified categories (such as accidental demesne and inalienable patrimony) and from the erosion produced by special legislation and case law, which progressively relegated the Code to a residual role. A comparative analysis of European systems reveals the tension between subjective and objective models of public property, with an increasing shift towards the functional destination of assets. The conclusion argues for moving beyond the "Rodotà Proposal" towards a comprehensive reform, possibly through the adoption of a Public Assets Code, designed to harmonize fragmented legislation and provide a systematic framework ensuring a balance between ownership, destination, and the efficient use of public goods.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 79-101

Articoli e saggi

Public Management of the Environment as Dialogue among Complex Systems[**]

Maurizio Cafagno

Table of contents: 1. Introduction: the environment as a complex, adaptive system and natural services as emergent phenomena. – 2. Mismatch problems. – 3. The public administration as a complex system and the law of requisite variety; *3a)* Exploration and strategic anticipation; *3b*) Institutional experimentation and policy labs; *3c*) Embodied learning. – 4. A summary formula: adaptive management. – 5. Counterpoint conclusions.

1. *Introduction: the environment as a complex, adaptive system and natural services as emergent phenomena*

For some time, the segmentation of environmental law has been laying bare its own structural limits. It is now clear that, if environmental protection is to be effective, this fragmentation will need to be resolved in order to embrace a systemic vision[1]. This is the only way in which the nature and importance of natu-

[*] Given the innovative nature of the topic and the scientific relevance of the work, the essay is published in both Italian and English to promote its wider dissemination.

[**] Article related to the research project funded by the European Union – Next Generation Eu, Mission 4 Component 1, CUP D53D23007100001, as part of the PRIN 2022 call for proposals, project "PA-LIVES – public administration and legal instruments for valuing ecosystem services" (2022C9STMM).

[1] For an overview of the evolution of the legal concept of the environment, see *inter alia*, R. Ferrara, *L'ambiente, e il suo diritto, nelle riflessioni di Massimo Severo Giannini*, *Dir. Amm.*, 2024, 1, 207 et seqq.; F. Fonderico, *Ambiente (tutela dell')*, entry in *Enc. giur. Treccani*, Agg., vol. XVI, Rome, 2008; S. Grassi, *Tutela dell'ambiente (dir. amm.)*, entry in *Encicl. Dir.*, Annali, vol. I, Milan, 2007, 1114 et seqq.; G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. II, Milan, 1996, 1121 et seqq.; G. Pericu, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, entry in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. I, Turin, 1987, 189 et seqq.; P. Dell'Anno, E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012; a solid foundation was laid by M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, 15 et seqq.; see also (albeit less frequently cited), M.S. Giannini, *Riflessioni su energia e ambiente*, in *Impianti energetici e ambiente*, Milan, 1988, 79 et seqq.; the need to develop a systemic vision within the law of the environ-

ral services as well as of individual physical elements can be understood, as vital services "emerging" from the dynamic interaction between ecological resources and ecological processes[2] within a network that is constantly self-organising and regenerating itself[3].

The constitutional reform of 2022 is based on this awareness, having introduced the core conceptual categories of ecology into the heart of the Constitution[4]. However, despite the innovative potential inherent within the reworded Article 9 of the Constitution, it must be acknowledged that positive law rules are still unsuited to vesting ecosystem services with significance and protection that is commensurate with their importance.

---

ment is discussed by M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Turin, 2007, *passim*, to which I refer for the sake of convenience, also for bibliographic references; for a summary overview, see M. Cafagno, M. D'Orsogna, F. Fracchia, *The Legal Concept of the Environment and Systemic Vision*, in *The Systemic Turn in Human and Natural Sciences: A Rock in the Pond*, edited by L. Urbani Ulivi, Cham, 2019, 121 et seqq.; lastly, see also F. Fracchia, *L'ambiente e i suoi servizi nella prospettiva della prassi: una lettura sistemica*, Napoli, 2025.

[2] On the concept of "emergence", see J.H. Holland, *Emergence: From Chaos to Order*, Oxford, 2000; with specific reference to ecosystem services, S. Levin, *Fragile Dominion. Complexity and the Commons*, Cambridge (MA), 1999, *passim*; J. Farley, *Ecosystem Services: the Economics Debate*, in *Ecosystem Services*, 2012, 1, 40 et seqq.; S. Muddiman, *Ecosystem Services*, Springer Nature Switzerland, 2019; amongst the legal studies focusing on ecosystem services, which are certainly less numerous, see the special issue of the review *Ecosystem Services*, *Legal Aspects of Ecosystem Services*, Special issue, edited by V. Mauerhofer, vol. 29, 2018; see also the special issue of the review *The University of Queensland Law Journal*, *Special issue on Ecosystem Services and the Law*, 2020, vol. 39, no. 3; *Services* écosystémiques *et protection des sols. Analyses juridiques et* éclairages *agronomiques*, edited by C. Hermon, Versailles, 2018; J.B. Ruhl, S.E. Kraft, C.L. Lant, *The Law and Policy of Ecosystem Services*, Washington-Covelo, London, 2007; within the national literature, see A. Fari, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Naples, 2013; Id., *L'ambiente come funzione. Servizi ecosistemici e capitale naturale*, in *Diritto dell'ambiente*, edited by G. Rossi, Turin 2021, 121 et seqq.; Monteduro, *From Agroecology and Law to Agroecological Law? Exploring Integration Between Scientia Ruris and Scientia Iuris*, in Law and Agroecology. *A Transdisciplinary Dialogue*, edited by M. Monteduro, P. Buongiorno, S. Di Benedetto, A. Isoni, Berlin-Heidelberg, 2015, 57 et seqq.

[3] For a catalogue of services, see the CICES – Common International Classification of Ecosystem Services, within the MAES European process – *Mapping of Assessment of Ecosystem and their Services*, which can be consulted at https://cices.eu, as well as the Millennium Ecosystem Assessment report, *Ecosystems and Human Well-Being. A Framework for Assessment,* Washington D.C., 2003, 78 et seqq., *www.millenniumassessment.org. Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, edited by R. Costanza, B. Low, E. Ostrom, J. Wilson, Lewis Publishers, Boca Raton, 2001; R. Costanza, J. Cumberland, H. Daly, R. Goodland, R. Norgaard, *An Introduction to Ecological Economics*, Boca Raton, 1997, 53 et seqq.; H.E. Daly, J. Farley, *Ecological Economics*, Washington D.C., 2003, 106 et seqq.

[4] V. F. Fracchia, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Naples, 2024, *passim* and 60 et seqq.; F. De Leonardis, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Turin, 2023; A. Morrone, *L'ambiente nella costituzione. Premesse di un nuovo contratto sociale*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del convegno Aidambiente 28 gennaio 2022, Naples, 2022, 91 et seqq.; in the same work see also M. Cecchetti, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente nella memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, 9 et seqq.; M. Monteduro, *Riflessioni sulla 'primazia ecologica' nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, 221 et seqq.

The structural characteristics of services – spatial and temporal dissemination, functional interdependence, shared exploitation and apparent free status[5] – represent a difficult challenge for institutions[6].

Whereas public entities operate in line with their powers, ecosystem services reach beyond their boundaries. The administrative model based on authoritative measures is premised – perhaps overly optimistically – on a marked capacity for control and pre-emption on the part of lawmakers and executive bodies[7]. However, this is hard to reconcile with the conditions of radical uncertainty typical of the genesis of ecosystem services[8].

Our administrative culture is based on canons of formal legality as well as a sequential conception of procedure, reflecting a Weberian rationalism centred on foreseeability and hierarchical control[9]. This system has safeguarded values of democracy, universality, and impartiality, but struggles to address increasingly interconnected and unstable phenomena[10]. There is widespread recognition of the need to develop legal mechanisms that, without undermining the foundational values of public action and organisation, are capable of enhancing flexibility and adaptability, especially in relation to environmental matters[11].

In short, complexity is the rock on which the ship of linear rationality underpinning the traditional way of understanding the relationship between law and administration risks foundering[12].

---

[5] For a thorough discussion of the defining characteristics of the three properties, along with related implications for jurists, see M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., 103 et seqq. *and passim*; the issue is addressed in more concise terms in M. Cafagno, *Integrare la tutela dell'ambiente con le scienze comportamentali. Un'analisi introduttiva*, Turin, 2025, 17 et seqq., and in M. Cafagno, G. Cavalieri, *Una riflessione sugli strumenti giuridici di valorizzazione dei servizi ecosistemici*, in *Servizi Ecosistemici e tutela giuridica dell'ambiente*, edited by M. Cafagno, G. Cavalieri, Milan, 2025, 7 et seqq.

[6] *Social-Ecological Resilience and Law*, edited by A.S. Garmestani, C.R. Allen, New York, 2014, passim; T. Dietz, E. Ostrom, P.C. Stern, *The Struggle to Govern the Commons*, in *Science*, 2003, vol. 302, 1907 et seqq.; K.N. Lee, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, Washington D.C., 1993; D.H. Meadows, *Thinking in Systems*, White River Junction, 2008, in particular chapter 5, "System Traps … and Opportunities".

[7] G. Pericu, *Verso nuovi modelli nel rapporto pubblico privato*, in *Scritti scelti*, collection edited by E. Bruti Liberati, M. Bucello, M. Cafagno, L. Piscitelli, A. Quaglia, M. Ramajoli, Milan, 2009, 614; in the same work, see also G. Pericu, *Esperienze di un amministratore giurista*, 927 et seqq.

[8] C.S. Holling, G.K. Meffe, *Command and Control and the Pathology of Natural Resource Management*, *Conservation Biology*, 1996, vol. 10, no. 2, 328 et seqq.

[9] M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1922, vol. II, 527 et seqq.; G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996.

[10] J.C. Scott, *Seeing Like a State*, New Haven, 1998.

[11] J.B. Ruhl, *General Design Principles for Resilience and Adaptive Capacity in Legal Systems - With Applications to Climate Change Adaptation*, *North Carolina Law Review*, 2011, 89, 1373 et seqq.; J.B. Ruhl, *Regulation by Adaptive Management - Is it Possible?*, *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, Vol. 7, 21 et seqq.

[12] The overall literature on systems theory and complexity is extraordinarily rich; the general works that have provided particular inspiration to this author include, amongst others, V. Ahl, T.F.H. Allen, *Hierarchy Theory: A Vision, Vocabulary, and Epistemology*, New York, 1996; L. Von Bertalanffy, *General System Theory*, George Braziller, New York, 1968; F. Capra, P.L. Luisi, *The Systems View of Life: A Unifying Vision*, Cam-

These rocks reach deep below the surface, and are both cognitive and normative[13].

This paper will explore this problem, starting from the premise that both the natural ecosystem as well as the administrative apparatus are complex, adaptive systems, each with its own temporal and spatial scales, its own feedback mechanisms, and its own evolutionary dynamics[14].

2. *Mismatch problems*

The environmental literature suggests that the dilemmas confronting environmental law should be conceived of as problems with a common origin in the mismatch between the scale of human actions, processes and responsibilities on

bridge, 2014; H. Von Foerster, *Observing Systems*, Seaside (CA), 1981; J.H. Holland, *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity*, Cambridge (MA), 1996, *passim*; Id., *Signals and Boundaries: Building Blocks for Complex Adaptive Systems*, Cambridge (MA), 2014; Id., *Complexity: A Very Short Introduction*, Oxford, 2014; N. Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt, 1984; I. Licata, *Complessità. Un'introduzione semplice*, Rome, 2018; H.A. Simon, *The Sciences of the Artificial*, Cambridge (MA), 1969, 3rd edn. 1996; N. Salthe, *Evolving Hierarchical Systems*, New York, 1985; P.M. Senge, *The Fifth Discipline*, New York, 1990; an excellent introduction, intended for a general reader, which presents the history of the famous Santa Fe Institute (https://www.santafe.edu), is provided by M.M. Waldrop, *Complexity*, New York, 1992.

[13] The properties of the environment and ecosystem services heighten the tendency towards cognitive and behavioural distortions, thereby hampering effective and forward-thinking decisions. See further, A. Rowell, K. Bilz, L.J. Demaine, *The Psychology of Environmental Law*, New York, 2021, passim and 31 et seqq.; L. Steg, A.E. Van Der Berg, J.I.M. De Groot, *Environmental Psychology*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2012, *passim*; D.A. De Caro, E.F. Boamah, A.S. Garmestani, *Understanding and Applying Principles of Social Cognition and Decision Making in Adaptive Environmental Governance*, in *Ecology and Society*, 2017, Mar. 1, 22(1), 1 et seqq.; the issue is addressed in M. Cafagno, *Integrare la tutela dell'ambiente con le scienze comportamentali. Un'analisi introduttiva*, cit., which also contains further bibliographical references *ibid*. For an initial discussion of the basic coordinates within which sectoral considerations specific to the environment are framed, see M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, Cambridge (MA), 2020; M. Hallsworth, *A Manifesto for Applying Behavioral Science*, The Behavioural Insights Team, 2023, currently available at https://www.bi.team/wp-content/uploads/2023/04/BIT_Manifesto.pdf; E. Picozza, *Neurolaw: an Introduction*, Cham, 2018; G. Loewenstein, N. Chater, *The I-Frame and the S-Frame: How Focusing on Individual-Level Solutions Has Led Behavioral Public Policy Astray*, *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 46, 2023, 147 et seqq.; *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, edited by R. Viale, L. Macchi, Bologna, 2021; *Behavioral Public Policy in a Global Context*, edited by M. Sanders, S. Bhanot, S. O'Flaherty, Cham, 2023.

[14] The issue is addressed as a whole within the special issue of the review *Ecology and Society* entitled *Practicing Panarchy: Assessing Legal Flexibility, Ecological Resilience, and Adaptive Governance in U.S. Regional Water Systems Experiencing Climate Change*, edited by B.A. Cosens, L. Gunderson and B.C. Chaffin, *Ecology and Society*, 23, no. 1, 2018, available at https://ecologyandsociety.org/feature/122; see also J. Ebbesson, *The rule of law in governance of complex socio-ecological changes*, *Global Environmental Change*, 20(3), 2010, 414 et seqq.; A.S. Garmestani, C.R. Allen, *Introduction, in Social-Ecological Resilience and Law,* cit., 1 et seqq.; S.A. Levin, *Ecosystems and the Biosphere as Complex Adaptive Systems*, *Ecosystems*, 1, 1998, 431 et seqq.; K. Lee, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, *Ecological Applications*, 1993, vol. 3, no. 4, 560 et seqq.; M.D. McGinnis, E. Ostrom, *Social-ecological system framework: initial changes and continuing challenges*, *Ecology and Society*, 19(2), 2014, art. 30; E. Ostrom, *Polycentric systems for coping with collective action and global environmental change*, *Global Environmental Change*, 20(4), 2010, 550 et seqq.; J.B. Ruhl, *Law's Complexity*, *Georgia State University Law Review*, 24(4), 2008, 885 et seqq.; further citations are provided below.

the one hand and the scale of ecosystemic entities and processes on the other hand[15]. These differences in terms of scale can affect both the temporal and geographical dimensions as well as functional design[16].

Although mismatches normally overlap with one another, making the overall situation even more complicated, for the sake of explanatory convenience they will now be examined separately.

a) *Time*. Ecological processes are characterised by lengthy periods of inertia; public decisions on the other hand often follow brief cycles[17].

Electoral cycles or pressures often impose short-sighted perspectives on political decision makers when compared to the timeframes of environmental processes or the consequences of their deterioration[18]. Pressures exerted by the economic system further amplify the problem[19].

Unsustainable practices that cause harm to future generations are for example fomented by financial operations, the growth rate of which exceeds the capacity of natural resources to regenerate[20].

"Present bias" further magnifies the discrepancy as it systematically induces voters, politicians, officials as well as public or private decision makers to underestimate future damage and to privilege immediate benefits[21].

---

[15] An essential work is K. Lee, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, cit., 560 et seqq.; see also, amongst the numerous other discussions, *Navigating Social-Ecological Systems: Building Resilience for Complexity and Change*, edited by F. Berkes, J. Colding, C. Folke, Cambridge, 2002, *passim*; T. Galaz, P. Olsson, T. Hahn, C. Folke, U. Svedin, *The Problem of Fit among Biophysical Systems, Environmental and Resource Regimes, and Broader Governance Systems: Insights and Emerging Challenges*, in *Institutions and Environmental Change: Principal Findings, Applications, and Research Frontiers*, edited by Oran R. Young, Leslie A. King, and Heike Schroeder, p.147 et seqq.; G.S. Cumming, D.H.M. Cumming, C.L. Redman, S*cale Mismatches in Social-Ecological Systems: Causes, Consequences, and Solutions*, in *Ecology and Society*, 2006, 11(1), 14; J.A. Wilson, *Matching Social and Ecological Systems in Complex Ocean Fisheries, in Linking Social and Ecological Systems: Management Practices and Social Mechanisms for Building Resilience*, edited by F. Berkes, C. Folke, Cambridge, 1998, 153 et seqq.

[16] See K. Lee, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, op. cit., 561.

[17] *Panarchy: Understanding Transformations in Human and Natural Systems*, edited by L.H. Gunderson, C.S. Holling, Washington D.C., 2002, in particular 63 et seqq.

[18] T. Galaz, P. Olsson, T. Hahn, C. Folke, U. Svedin, *The Problem of Fit*. cit, 156 et seqq.

[19] See, *inter alia*, *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, edited by R. Costanza, B. Low, E. Ostrom, J. Wilson, cit.; R. Costanza, *Addicted to Growth. Societal Therapy for a Sustainable Wellbeing Future*, London, 2023; H.E. Daly, J. Farley, *Ecological Economics*, cit., 106 et seqq.; N. Georgescu-Roegen, *La legge dell'entropia e il problema economico*, in N. Georgescu-Roegen, *Analisi economica e processo economico*, Florence, 1973, 265 et seqq.; S. Levin, *Fragile Dominion. Complexity and the Commons*, cit.; E.U. von Weizsäcker, A. Wijkman, *Come On! Capitalism, Short-termism, Population and the Destruction of the Planet. A Report to the Club of Rome*, New York, 2018), *passim* and chapter III in particular.

[20] IPBES, *Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services,* IPBES Secretariat, Bonn, 2019, in particular the key messages. The text and official materials are available at: https://www.ipbes.net/global-assessment; C.W. Clark, *Mathematical Bioeconomics: The Optimal Management of Renewable Resources*, 2nd ed., New York, 1990, 1 et seqq.; U.R. Sumaila, C. Walters, *Intergenerational discounting: a new intuitive approach*, *Ecological Economics*, 2005, 52(2), 135 et seqq.

[21] R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge: The Final Edition*, Penguin Books, London, 2021, chapter XIV; D.A. De Caro, E.F. Boamah, A.S. Garmestani, *Understanding and applying principles of social cognition and*

b) *Space*. Many natural services are mobile or in flux: an event occurring at one location can have an impact elsewhere (pollination, transportation of sediments and seed dispersal)[22].

Many services arise out of the interaction among processes occurring not only at different points in time but also in different places. Pollution itself occurs as a result of a spatial mismatch, where residues are introduced into physical bodies the boundaries of which extend beyond the polluter's material control and responsibility[23]. Administrative boundaries often do not coincide with ecological limits or with the spread of contamination. This accordingly gives rise to a mismatch between the extent or significance of natural processes and the territorial boundaries of actual institutions. Indeed, in some cases – and the climate is an obvious example of this – there is a complete lack of any authority with scope for action that is commensurate with the scale of the intervention required[24].

In spatial terms, "proximity bias" in turn plays its part in exacerbating the mismatch in fuelling the tendency, which is not always reasonable, to consider distant problems to be less important than problems in the immediate vicinity[25].

c) *Functions*. The mismatch can also affect functional design. Complexity in the natural world forces human activities to specialise. However, the division of labour is conditioned by internal movements within society, which in turn cannot be constrained by intentional planning. It also results from economic and organisational constraints, contingent political processes, cultural legacies and occasional historical factors.

As such, it is not uncommon for the socio-economic framework and the biosphere – both of which are animated by autopoietic, concomitant but not synchronised dynamics – to ascribe incompatible roles to environmental components. Where this occurs, environmental resources turn into an object of eco-

decision making in adaptive environmental governance, cit., 33 et seqq.; further bibliographical references *ibid*.

[22] J. Lundberg, F. Moberg, *Mobile link organisms and ecosystem functioning: implications for ecosystem resilience and management*, *Ecosystems*, 6(1), 2003, 87 et seqq.; K.S. Oberhauser, R. Wiederholt, J.E. Diffendorfer, D. Semmens, L. Ries, W.E. Thogmartin, L. López-Hoffman, J. Pecanka, *A trans-national monarch butterfly population model and implications for regional conservation priorities*, in *Ecological Entomology*, 42 (1), 2017, 51 et seqq.

[23] K. Lee, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, cit., 561.

[24] See V. Ostrom, E. Ostrom, *A Theory for Institutional Analysis of Common Pool Problems*, in *Managing the Commons*, edited by G. Hardin, J. Baden, New York, 1977, 161.

[25] A. Rowell, K. Bilz, L.J. Demaine, *The Psychology of Environmental Law*, cit., 161 et seqq.; for some familiar examples of this intuitive phenomenon, see the study arranged by the Laboratorio REF Ricerche, *Acqua, rifiuti e bias cognitivi: l'informazione al tempo delle fake-news e del covid19*, contribution no. 149, April 2020, 7 et seqq., currently available at https://laboratorioref.it.

nomic interests and social commitments that are incompatible with their systemic and environmental functions[26].

This tension is often experienced by administrators, as is eloquently shown by examples from Italy.

To provide one merely illustrative example from an unfortunately rich range of cases, the 1978 abrogative referendum and the subsequent reconstitution of separate ministries for Health (1993) and the Environment (1986) ended up fragmenting for decades the governance of ecosystem services intrinsically related to human health. As a result of this separation, health-related aspects were unreasonably overlooked within key instruments of environmental law[27]. Similarly, the vesting of powers in the area of landscape planning in the Ministry of Cultural Heritage and the extension of its purview to include landscape planning issues for a long time eclipsed the essential ecological functions of this area of the law[28].

The mismatches recalled above are exacerbated by the fact that ecosystem services have the nature of common property (in a technical sense) in that they feature aspects of indivisibility whilst being exposed to the competing uses.

These characteristics place these services at the interface between two opposite yet structurally similar dilemmas[29].

On the one hand, they are susceptible to the "tragedy of the commons" As is known, each user of common property may feel the selfish yet rational incentive to use it in such a way as to maximise individual benefit, even if this causes harm to the shared resource. This may occur as a result of fears that others might do the

[26] R.S. De Groot, R. Alkemade, L. Braat, L. Hein, L. Willemen, *Challenges in integrating the concept of ecosystem services and values in landscape planning, management and decision making*, *Ecological Complexity*, 7(3), 2010, 260 et seqq.

[27] For example, environmental impact assessments (EIA) and strategic environmental assessments (SEA) have long overlooked epidemiological and toxicological aspects, so much so that it was only with Legislative Decree 104/2017 that the health impact assessment (HIA) was introduced, although it is still applied too sporadically. For an up-to-date analysis on the evolution of the relationship between the environment and health, see R. Ferrara, *Ambiente e salute. Brevi note su due "concetti giuridici indeterminati" in via di determinazione: il ruolo giocato dal "Patto globale per l'ambiente*, in *Diritto e società*, 2019, no. 2, 281 et seqq.

[28] For example, habitat fragmentation not only compromises biodiversity by altering micro-climatic conditions and flows of energy and matter but also reduces the landscape's capacity to provide essential regulatory services. See *inter alia* A. Farina, *Ecologia del paesaggio*, Turin, 2001; M.G. Turner *et al.*, *Landscape Ecology in Theory and Practice*, New York, 2015. It has only been relatively recently, for instance following the incorporation of SEAs into landscape planning and attempts at inter-ministerial coordination, that pathways that are more closely aligned with the multi-functionality of ecosystem services have become apparent, although significant path-dependent resistance remains. As it is not possible to consider these issues here, please refer for a critical analysis to the discussion and bibliographical references set out in M. Cafagno, *Principi e strumenti*., cit. 149 et seqq.

[29] On all points, see E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.

same thing, perhaps seizing the first-mover advantage, or due to the attraction of the opportunity to dump the costs of over-exploitation on the collectivity as a whole[30].

On the other hand, the paradox of the "anticommons" may also come into play. If it does not occur in a properly balanced manner, the allocation of rights or powers liable to interfere with one another with regard to indivisible environmental resources (even where this is intended specifically as an attempt to counter the risks resulting from indiscriminate access), risks giving rise to commitments that are in any case sub-optimal as well as adverse[31].

Mistakes made in granting freedom of access and powers of exclusion, for example through privatisation or regulation, can induce the legal system to fall into error precisely when seeking to avoid the opposite pitfall, seeking to navigate the troubled waters between Scylla and Charybdis[32].

---

[30] G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, *Science*, 1968, 162, 1243 et seqq.; G.J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, vol. 2(1), 3 et seqq.

[31] On all points, see J.M. Buchanan, Y.J. Yoon, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, *The Journal of Law and Economics*, 2000, 43, 1 et seqq.; E. Baffi, F. Parisi, *Anticommons, tragedia degli*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012, https://www.treccani.it/enciclopedia/tragedia-degli-anticommons_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza). The problem is well-known to scholars of administrative law, where de-compartmentalisation of rules coupled with the fragmentation of interests often result in a proliferation of competences and procedures that end up hampering one another, also as a result of the asymmetric distribution of the costs and benefits amongst participants and decision making processes. The discussion by G. Pericu, *Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti*, in *Scritti scelti*, cit., 545 et seqq. is still highly topical; see also the commentary by M. Cafagno, *Il pensiero di Giuseppe Pericu sull'ambiente*, in *Il Diritto amministrativo tra ordine sistematico e realtà economico sociale. Scritti in ricordo di Giuseppe Pericu*, edited by E. Bruti Liberati, M. Cafagno, L. Piscitelli, M. Ramajoli, Turin, 2024, 17 et seqq. Here too there are numerous indications of institutional short-circuiting, ranging from the disorganised management of water resources as a factor preventing efficient water usage (see M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, 1-2, 62 et seqq.; E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milan, 2012, in particular 123 et seqq.) to conflicts between administrations vested with landscape-related and production-related interests, which often results in a sterile paralysis of investments and procedures in the field of renewable energy. (see further S. Amorosino, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2022, 4, 261 et seqq.; B. Tonoletti, *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*, edited by E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi, Milan, 2022, 98 et seqq.; F. De Leonardis, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, *Dir. amm.*, 2005, 889 et seqq.)

[32] Elinor Ostrom has demonstrated that, if they receive adequate support, local communities can self-govern shared resources according to collectively endorsed rules, reciprocal monitoring and proportionate sanctions (in addition to the works mentioned above, a convenient summary can be found in E. Ostrom, *Né mercato* né *stato nella gestione delle risorse collettive*, *La Questione Agraria*, 1996, no. 64, 7 et seqq.). However, it is clear that these conditions, which arise anything but spontaneously, require time, transparency, participation and trust. As such, they are fragile, and under constant threat from conformity bias, loss aversion, presentism, opportunism, emotive distortion and retrospective judgments. Studies that consider which prerequisites favour the emergence of cooperation include, S. Kopelman, J.M. Weber, D.M. Messick, *Factors Influencing Cooperation in Commons Dilemmas: A Review of Experimental Psychological Research*, in *The Drama of the Commons*, edited by E. Ostrom, T. Dietz, N. Dolsak, P.C. Stern, S. Stonich, E. Weber, cit., 113 et seqq.

Being aware of the danger of these structural mismatches can help us understand why the canon of integration operates as the keystone for the entire structure of European and national environmental principles[33]. It invites us to conceptualise the entire body of environmental law as a mechanism intended to reconcile the scale of human and social choices and responsibilities with the scale of ecological processes[34].

This leads into the next step in our reasoning, which needs to be considered separately.

3. *The public administration as a complex system and the law of requisite variety*

Having made the perhaps facile observation that the legal system and the public administration itself are in turn complex systems[35], we can reframe the question of interest in this paper within the confines of the classic cybernetic problem addressed by the "law of requisite variety" coined by Ross Ashby.

[33] Article 11 of the Treaty on the Functioning of the European Union (formerly Article 6 of the EC Treaty) establishes a link between sustainable development and integration in providing that «environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union policies and activities». Specifically, insofar as the principle of prevention, precaution, rectification of damage at source and the provision of information require circumspect management of risks and dangers, they pursue the objective of integration within the temporal dimension. The principles of subsidiarity, joint responsibility, loyal cooperation, participation, and even more so transparency, aim to harmonise systems at the organisational and territorial level. See further M. Cafagno, *Principi e strumenti*, cit., 236 et seqq.; Id., *La sostenibilità e la tutela dell'ambiente*, in *Manuale di diritto amministrativo europeo*, edited by S. Del Gatto, G. Vesperini, Turin, 2024, 337 et seqq. On the principle of integration, an essential contribution has been made by R. Ferrara, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, *Rivista giuridica di urbanistica*, 2021, no. 1, 12 et seqq. For a stimulating analysis of environmental principles from a systemic perspective inspired by the works of Niklas Luhmann, see F. Fracchia, *I principi nel prisma della codificazione ambientale: una lettura sistemica*, presentation to the 2025 annual conference of Aidambiente, entitled *Prospettive per una riforma della codificazione ambientale*, held in Rome at the Sapienza University on 24-25 January 2025, pending publication; recordings of the conference's sessions can be freely accessed at https://www.aidambiente.it/relazioni-e-contributi.

[34] For a more general perspective, see E. Tiezzi, *Tempi storici, tempi biologici*, Rome, 2005; G. Marten, *Human Ecology*, London, 2001

[35] In this regard see the rich sequence of updates and stimulating reports of the OECD, including *Systems Approaches to Public Sector Challenges. Working with Changes*, Paris, 2017; OECD, *Strategic Foresight Toolkit for Resilient Public Policy*, Paris, 2025; OECD, *Mind Shift, Green Lift: Six Behavioural Science Trends for Environmental Policy*, OECD Public Governance Policy Papers, No. 69, Paris, 2025; OECD, *Supporting Decision-Making with Strategic Foresight*, Paris, 2023; OECD, *Tackling Policy Challenges Through Public Sector Innovation*, Paris, 2022; OECD, *Anticipatory Innovation Governance: Towards a New Way of Governing*, OECD Working Paper on Public Governance, No. 48, Paris, 2022, 10 et seqq. and *passim*; OECD-OPSI, *Innovative Capacity of Governments: A Systemic Framework*, 2022; OECD-OPSI, *Public Sector Innovation Facets. Innovation Portfolios*, 2021; OECD-OPSI, *Government After Shock Recovery Summary Report*, 2021; OECD, *Systemic Thinking for Policy Making: The Potential of Systems Analysis for Addressing Global Policy Challenges in the 21st Century. New Approaches to Economic Challenges*, Paris, 2020. For a less synthetic discussion along with broader reference to the literature, see once again M. Cafagno, *Principi e strumenti*, cit., 391 et seqq.

It teaches us that a system of control must have a degree of variety that is not any smaller than the system that it is designed to control, or to put it even more succinctly, only variety can counterbalance variety[36]. Starting from this key observation, the literature dealing with the management of complexity highlights two symmetrical axes for intervention: first of all, to remove superfluous complications and simplify what can be simplified; secondly to address the complexity that cannot be eliminated, enhancing and increasing the variety of the control system[37].

Having made this intuitive premise in abstract terms, the difficult work obviously still remains to be done: we need to understand which therapies specifically can still be pursued, and which remedies can give practical shape to the objective of establishing variety within the administrative system that is commensurate with the variety of ecosystem services. It would be unrealistic to seek to sketch out a comprehensive operational framework at this stage.

The next section of this study will limit itself to focusing attention on three general levers, drawing also on the OECD documents referred to above, which call for a reconfiguration of public intervention by considering the public administration specifically as a complex system.

In order to give the analysis some degree of specificity, the theoretical analysis will be accompanied by some examples. It will not be argued that these are comprehensive in any sense, and they have rather been selected as illustrations, amongst the many that are theoretically suitable and possible.

3a) *Exploration and strategic anticipation*

Due to the complexity and instability of environmental systems – with their non-linear trends as well as their often-invisible points of no return – any claim to be able to predict the future deterministically is illusory.

And yet it is precisely this radical indeterminacy that makes it even more crucial for administrations to be able to systematically explore possible futures, not in order to forecast them exactly, but rather to prepare to navigate through them with a greater awareness.

This is not a matter of the ability to predict – which would be at odds with the premise specifically underlying this paper, namely the awareness of an irreducible degree of uncertainty – but rather the ability to construct a range of

[36] W.R. Ashby, *An Introduction to Cybernetics*, London, 1956, chapter 11 "*Requisite Variety*", 202 et seqq.; Id., *Requisite Variety and Its Implications for the Control of Complex Systems*, *Cybernetica*, 1958, 1(2), 83 et seqq.

[37] M. Boisot, B. McKelvey, *Revisiting Ashby's Law of Requisite Variety*, in *The SAGE Handbook of Complexity and Management*, edited by P. Allen, S. Mguire, B. McKelvey, London, 2011, 279 et seqq.; A. Gandolfi, *Vincere la sfida della complessità*, Milan, 2008, *passim*

plausible scenarios in order to equip oneself to deal with potentially widely differing outcomes[38].

Numerous OECD documents refer to this approach as "strategic foresight" and describe a now well-established toolkit of instruments and methods for application. These have been designed in order to assist administrations in acknowledging weak signals, identifying key variables for change and drawing up options for dealing with potential discontinuities[39].

Finland provides a well-established example of the institutionalisation of this capacity. The Government Foresight Report and the complementary National Foresight Network have structured the exercise of scenario building according to an operational model that brings together governmental bodies, research centres, enterprises and local communities: an "anticipatory infrastructure" that allows for informed course corrections in the event of any changes to signals or data[40].

In Portugal, the *PlanAPP* – Competence Centre for Planning, Policies and Foresight, organised within the Office of the Prime Minister – has the task of coordinating and harmonising strategic planning processes, aligning national and sectoral strategic documents. RePLAN, the Network of Planning and Foresight Services, enables ministries to develop inter-ministerial cooperation conceived of in order to translate strategies into future-proof measures that can maintain their efficacy and coherence even when confronted with uncertain scenarios or abrupt changes[41].

The Futures Garden approach in Europe, which was launched in 2024 by the Joint Research Centre, takes strategic foresight in an innovative direction through speculative materialisation. The project creates "artefacts from the future" – physical or digital objects embodying possible evolutions of governance systems. During recent workshops, participants have created prototypes of objects such as climate ID cards based on CO_2 credits as well as algorithmic employment contracts. These "boundary objects", as they are defined by sociol-

[38] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges: Working with Change*, cit., 134 et seqq.; OECD/OPSI, *Anticipatory Innovation Governance - Toolkit & Working Papers*, 2019-2021; Government Office for Science, *The Futures Toolkit: Tools for futures thinking and foresight across UK Government*, London, 2023-2024 updated version (GOV.UK official resource). URL: https://www.gov.uk/government/publications/futures-toolkit-for-policy-makers-and-analysts.

[39] OECD, *Strategic Foresight Toolkit for Resilient Public Policy*, cit., 14 et seqq. and *passim*; OECD, *Anticipatory Innovation Governance: Towards a New Way of Governing*, cit., 10 et seqq. and passim; OECD, *Supporting Decision-Making with Strategic Foresight*, cit., 10; OECD and IIASA, *Systemic Thinking for Policy Making*, cit., 34; OECD-OPSI, *Innovative Capacity of Governments: A Systemic Framework*, cit.; OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges*, cit., 45 et seqq.; OECD-OPSI, *Public Sector Innovation Facets*, cit., 5 et seqq.

[40] Government of Finland, *Government Foresight Report - VN TEAS 2022*; Government Foresight Network, *The Finnish National Foresight Network*, 2019; Prime Minister's Office, *Operating model for foresight*, 2020, https://vnk.fi/en/foresight.

[41] On all of this, for greater detail see OECD, *Strengthening Strategic Planning and the Role of PlanAPP in Portugal*, OECD Public Governance Policy Papers, No. 42, 2023, https://www.oecd.org; OECD, *Supporting Decision-Making with Strategic Foresight*, cit., 18 et seqq.

ogy of science, operate as bridges between the present and the future. They give tangible effect to otherwise abstract scenarios, thus opening them up to debate. They also make it possible to identify ethical dilemmas, social tensions and critical regulatory issues that are difficult to foresee using the traditional instruments of policy analysis[42].

These examples describe general methodological structures. However, there are also numerous experiences that are more directly focused on strategic foresight efforts related to environmental issues.

At global level, the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES) developed Nature Futures Framework in order to explore desirable futures for nature and people[43].

The model explores positive processes organised around three value perspectives: Nature for Nature (intrinsic value), Nature for Society (ecosystem service) and Nature as Culture (reciprocal relations). When applied within a variety of regional contexts, the framework helps local communities to visualise and plan futures in which ecosystem services are maintained or restored[44].

The experiences mentioned above share an awareness that strategic foresight within environmental governance cannot be reduced to a technocratic exercise. On the contrary, it requires participatory dynamics as well as processes that mobilise distributed intelligence, leverage multiple perspectives and are capable of shifting the focus from creating abstract frameworks to capturing the variety of tangible impacts of potential alternatives[45].

3b) *Institutional experimentation and policy labs*

Complex, interdependent problems cannot be left to be solved by pre-packaged, stereotyped solutions. Rather, we need to develop a capacity for gradual and controlled experimentation, testing innovative approaches within bounded contexts before considering their rollout on a broader scale[46].

---

[42] V. *Futures Garden Project, About Futures Garden* at https://www.futuresgarden.eu/about; JRC, European Commission, *Futures Garden - Knowledge4Policy* at https://knowledge4policy.ec.europa.eu/projects-activities/futures-garden_en; European Commission - Joint Research Centre, *Futures Garden (EU Policy Lab)*, 2022-2024

[43] Materials and information are available on the Nature Futures Framework (NFF) website at https://www.naturefuturesframework.org.

[44] See L.M. Pereira, *et al.*, *Developing multiscale and integrative nature–people scenarios using the Nature Futures Framework*, *People and Nature*, 2(4), 2020, 1172 et seqq.

[45] The OECD rightly points out that variety in visions and knowledge provides an antidote to uniform thinking, which is particularly insidious in situations of radical uncertainty; OECD, *Mind shift, green lift: Six behavioural science trends for environmental policy*, cit.; see also C.R. Allen, D.G. Angeler, C.A. Arnold, B.C. Chaffin, D.A. De Caro, A.S. Garmestani, L. Gunderson, *Quantifying uncertainty and trade-offs in resilience assessments*, in *Ecology and Society* , 23 (2018), no. 1.

[46] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges: Working with Change*, cit., 59 et seqq. and passim; OECD-OPSI, *Public Sector Innovation Facets. Innovation Portfolios*, cit.; OECD-OPSI, *Innovative Capac-*

The experimental logic should permeate above all the governance of ecosystem services, given that interactions between natural dynamics and social processes give rise to outcomes that are often unpredictable and dependent upon the specific contingencies of each individual case.

Administrations should test solutions in protected environments, measure results according to agreed metrics and decide whether to consolidate, correct or discard the approach tested.

Policy labs are one of the most widespread forms of this experimentation. They offer temporary institutional space in which governmental bodies, researchers, businesses and private individuals can come together in order to develop prototype solutions according to rapid cycles of hypothesis, testing and review[47].

The Copenhagen Solutions Lab offers an example of this approach within an urban context. Having been set up as a platform for innovation within smart cities, the lab has promoted pilot projects on intelligent systems for managing urban mobility, adaptive street lighting and the use of open data to improve municipal services. Experiments have been conducted in partnership with businesses, universities and the general public with the aim of reducing congestion, improving the quality of the environment and optimising energy efficiency[48].

A more structured form of experimentation is provided by "regulatory sandboxes". These are controlled regulatory spaces in which innovative solutions can be tested under public supervision according to simplified rules[49]. In contrast to policy labs, sandboxes operate as temporary regulation-light zones with immediate regulatory effects. They selectively suspend existing rules, draw up specific guidelines, stipulate acceptable risk parameters, establish metrics for success and enable adjustments to be made during operation[50]. Once again, the experimental dimension is inherent within the methodologies proposed by behavioural studies as applied by nudge units, which are widespread within the governmental structures of many countries. Small changes in "choice architecture" (information,

---

ity of Governments: A Systemic Framework, cit.; OECD, *Supporting Decision-Making with Strategic Foresight*, cit., 31 et seqq.

[47] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges*, cit., 82 et seqq. and *passim*; see also the information and materials of the European Commission – Joint Research Centre, *EU Policy Lab* at https://policy-lab.ec.europa.eu/; M. Fuller, A. Lochard, *Public policy labs in European Union Members States*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016, currently available at https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC102665..

[48] M. Fuller, A. Lochard, *Public policy labs in European Union Members States*, cit., 8; for an overview https://cphsolutionslab.kk.dk/.

[49] The prototypes for this model of intervention include the UK *Financial Conduct Authority*; see further OECD, *Regulatory Experimentation*, cit., 14 et seqq.

[50] OECD, *Regulatory Experimentation*, cit., 6 et seqq.; OECD-OPSI, *Innovative Capacity Framework*, cit., 21; OECD-OPSI, *Systemic Thinking for Policy Making*, cit., 42; OECD, *Regulatory Sandbox Toolkit A Comprehensive Guide for Regulators to Establish and Manage Regulatory Sandboxes Effectively,* Technical Paper, July 2025

time-scales or default options) make it possible to test how citizens and operators respond to policies[51].

These applications, which are specifically focused on the *Test-Learn-Adapt* cycle[52], have been broadly applied to the protection of ecosystem services and resources, for example in relation to energy saving, separate waste collection, mobility and initiatives designed to achieve climate neutrality[53].

3c) *Embodied learning*

As problems are constantly evolving within complex systems, solutions that are conceptualised as being definitive often risk being unsuccessful.

When confronted with complexity, governmental bodies should rather incorporate mechanisms for observing and correcting their own decision making processes, developing an "active memory" that is capable of regularly transforming observations into learning[54].

The shift from isolated measures to the "*Decide-Monitor-Adapt*" cycle reveals a different way of conceptualising administrative action, which the OECD rightly advocates as an instrument for enhancing the efficacy of public action[55]. The central role of learning is particularly evident within the management of ecosystem services, which by their nature react dynamically to multiple contingent factors, such as ecological disturbances, anthropogenic pressure and non-linear changes. Experience shows that a woodland management plan or a conservation strategy that do not incorporate adjustment mechanisms based on monitoring risk quickly becoming obsolescent.

---

[51] OECD, *Behavioural Insights and Public Policy*, Paris, 2017; J. Dessart, J.L. Sousa, S.R. Almeida, E. Ciriolo, *Behavioural Insights Applied to Policy*, Luxembourg, 2016; M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, cit., *passim*

[52] UK Cabinet Office - Behavioural Insights Team, *Test, Learn, Adapt: Developing Public Policy with Randomised Controlled Trials*, London, 2012.

[53] P. Bujold, M. Pascual, E. Thulin, Ex*panding Beyond Nudge: Experiences Applying Behavioral Science for Comprehensive Social Change*, in Aa.Vv., *Behavioral Public Policy in a Global Context*, cit., 205 et seqq.; OECD, Tac*kling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights*, Paris, 2017; T. Park, K. Londakova, I. Brennan, A. Schein, J. Reynolds, E. Whincup, E. Chan, M. Pelenur, D. Halpern, *How to Build a Net Zero Society. Using Behavioural Insights to Decarbonise Home Energy, Transport, Food, and Material Consumption*, The Behavioural Insights Team, 2023, https://www.bi.team/; Rare -Behavioural Insights Team, *Behavior Change For Nature: A Behavioral Science Toolkit for Practitioners*, Arlington, VA, Rare, 2019.

[54] D. Armitage, M. Marschke, R. Plummer, *Adaptive co-management and the paradox of learning*, *Global Environmental Change*, 18(1), 2008, 86 et seqq.; K. Lee, *Compass*, cit., *passim*. A discussion of the compelling need to find new ways of combining legal reasoning and empirical approaches would take up an essay in itself, and must therefore be omitted in order to avoid unduly lengthening this paper. For a brief consideration, see *Evidence-based Policy!*, edited by G. De Blasio, A. Nicita, F. Pammolli, Bologna 2021; R.M. Lawless, J.K. Robbennolt, T.S. Ulen, *Empirical Methods in Law*, 2016.

[55] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges: Working with Change*, Paris, 2017

In short, an adaptive administration incorporates feedback into decision making processes[56].

Strategies that align with this approach include making data visible, discussing them periodically and authorising resource reallocation during implementation[57].

Digitisation opens up opportunities in this area that are still largely unexplored[58].

The construction of spaces for stable dialogue with civil society, including through participatory frameworks and processes that have not been formulated *ex ante* by norms, but that a far-sighted administration may put in place, is an indispensable source of the type of learning under discussion here[59]. The common thread linking the various sections above is that, within uncertain and difficult decision-making contexts, the administration's values cannot be guaranteed by automatic procedural mechanisms or static hierarchies; by contrast, they require a constant ability to pre-empt, to test, to learn and if need be to refocus[60].

---

[56] OECD, *Innovative Capacity of Governments: A Systemic Framework*, cit., 9 et seqq.; B. Walker, D. Salt, *Resilience Thinking: Sustaining Ecosystems and People in a Changing World*, Washington D.C., 2006, in particular chapters 5-6.

[57] OECD, *Innovative Capacity of Governments: A Systemic Framework*, op. cit. *ibidem*; OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges*, cit., 21 et seqq.; OECD, *Adaptive Innovation*, cit. 6 et seqq. An interesting example is provided by the Australian "Reef Report Cards", which bring together independent, state, scientific and community monitoring within uniform public assessments. The initiative's original feature lies in having turned redundancy into a stable feature of the architecture, as opposed to a random excess of control. See Queensland Government, *Reef Water Quality Report Cards (2017-2024), Reef 2050 Plan*, Brisbane; on the role and importance of the data and indicators for environmental governance, see in general D. Esty, *Red Lights to Green Lights: From 20th Century Environmental Regulation to 21st Century Sustainability*, *Environmental Law*, 2017, 1 et seqq.

[58] See amongst the many possible references issue no. 4/2024 of the review *Ecoscienza*, which is entirely dedicated to *Intelligenza artificiale e controllo ambientale*, available online at https://www.arpae.it; on *digital twins* – dynamic digital copies of physical systems into which observational and modelled data are fed, which are useful for quasi-real-time simulation and adaptive learning – see M. Grieves, J. Vickers, *Digital Twin: Mitigating Unpredictable, Undesirable Emergent Behavior in Complex Systems*, in *Transdisciplinary Perspectives on Complex Systems: New Findings and Approaches*, edited by F.-J. Kahlen, S. Flumerfelt, A. Alves, Cham, 2017, 85 et seqq.; for a general discussion of environmental digital infrastructures: UNEP, *The Case for a Digital Ecosystem for the Environment*, 2019, available at https://www.un-spbf.org/wp-content/uploads/2019/03/Digital-Ecosystem-final.pdf. The literature engaging broadly with the general issue of digitisation and the usage of AI in the area of administrative law is currently expanding exponentially. Amongst the many works see P. Forte, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: dal paradigma burocratico a quello sistemico*, in *Dir. amm.*, 2021, 3, 579 et seqq.; B. Marchetti, *L'amministrazione digitale: principi, strumenti, limiti*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2, 501 et seqq.

[59] G. Pericu, *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 934: «The recognition of significant spaces that are not pre-defined by rules is at odds with the primary need to make a decision, and not to become entangled in participatory mechanisms that essentially result in paralysis. That said, whilst it is true that, in reality, only choices with genuinely broad support can be brought to fruition, the perspective is however reversed. A circumspect administrator takes care to listen to citizens' needs and seeks to make choices that can be accepted if not by everyone, then at least by a majority of stakeholders». See also, well ahead of its time, G. Pericu, *Energia e ambiente*, cit., 540 et seq.

[60] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges. Working with Changes*, cit., 43 et seqq. and passim; A.F. De Toni, *Decalogo della complessità. Agire, apprendere e adattarsi nell'incessante divenire del mondo*,

This perspective invites us to shift from the notion of an organisationally closed administration governed by rules to an image of a reflexive, relational system that is interwoven with a constantly developing social fabric[61]. Public functions evolve out of static powers and dynamic capacities, which are called upon to organise and reorganise in the face of challenges[62]. An administration conceived of in these terms will not limit itself to carrying out pre-defined tasks. It facilitates connections, promotes processes and generates public value by altering the dynamics of interactions[63]. Moreover, it is guided by a situated reflexivity[64] and by a procedural logic that arrives at public decisions based on dialogue with the surrounding context (rather than a conceptual framework), which is fuelled by experimentation, gradual adjustment, technical data, lived experience, user feedback and local knowledge[65].

Our perspective shifts from the procedure to the overall process, from the rigid sequence of compliance to an open, adaptive cycle based on learning, where the presumption of control (which is fanciful in the face of irreducible uncertainty) is replaced by the objective of enhancing the capacity to listen, to decipher, and if need be to correct, as experiences and information build up.

So-called "adaptive management" embodies a well-established attempt to implement this different way of conceptualising administration, which in the environmental domain draws together each of the forms of action examined separately above according to a structured method and operational model.

4. *A summary formula: adaptive management*

According to a literature that combines theory with solid empirical analysis, adaptive management of the environment invites us to conceive of institutional policies and choices as hypotheses to be tested through replication and compar-

Milan, 2024, in particular 15 et seqq.

[61] OECD and IIASA, *Systemic Thinking for Policy Making*, cit., passim; this perspective can be found for example within D. D'Orsogna, *Coalescenze della funzione amministrativa*, *CERIDAP*, 2/2024, 1 et seqq.; D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Naples, 2005; F. De Leonardis, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, cit.; H. Gosnell, B.C. Chaffin, J.B. Ruhl, C.A. Arnold, R.K. Craig, M.H. Benson, A. Devenish, *Transforming (perceived) rigidity in environmental law through adaptive governance: a case of Endangered Species Act implementation*, in *Ecology and Society*, 2017, 22, no. 4; M. Monteduro, *From Agroecology and Law to Agroecological Law?* cit., 57 et seqq.

[62] See also D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, cit., *passim*

[63] G. Pericu, *Esperienze di un amministratore giurista*, in *Scritti Scelti*, cit., 944 et seqq.

[64] D.A. Schön, *The Reflective Practitioner*, New York, 2016, 76 et seqq. and *passim*

[65] H.A. Simon, *Reason in Human Affairs*, Stanford, 1983, 76 et seqq. and *passim*; J.G. March, *A Primer on Decision Making*, New York, 1994, passim; J.G. March, H.A. Simon, *Organizations*, New York, 1958, *passim*.

ison, and as moments of questioning within a dynamic process of experimentation rather than stable end points[66].

The core approach of the method overturns the classic sequence of rule-implementation-control: decisions become hypotheses, programmes are designed with learning in mind and feedback induces operators to reformulate objectives and instruments[67].

Put in summary terms, the starting point is stakeholder involvement in order to jointly frame problems and management objectives, which are refined until they become clear and measurable.

The next stage involves identifying possible alternatives, each accompanied by predictive models that illustrate hypotheses of how they work.

Initiatives are then implemented and their effects are observed according to targeted monitoring, designed not only in order to assess immediate efficacy but also to produce data useful for learning.

The next stage involves evaluation, whereby actual results are compared with expected results in order to identify mistakes, surprises or new knowledge.

Finally, strategies are corrected and adapted on the basis of learning outcomes, thereby restarting the cycle according to an iterative process that institutionalises the ability to learn from experience[68].

In terms of the three systemic levers – exploration, experimentation and learning – adaptive management does not seek to eliminate uncertainty, but rather to navigate through it productively.

---

[66] *Adaptive Environmental Assessment and Management,* edited by C.S. Holling, Wiley, Chichester, 1978; B.C. Chaffin, H. Gosnell, B.A. Cosens, *A Decade of Adaptive Governance Scholarship: Synthesis and Future Directions*, *Ecology and Society*, 19(3), 2014, Article 56; D.A. DeCaro, B.C. Chaffin, E. Schlager, A.S. Garmestani, J.B. Ruhl, *Legal and institutional foundations of adaptive environmental governance,* in *Ecology and Society*, 22 (2017), no. 1, Article 32; C. Folke, T. Hahn, P. Olsson, J. Norberg, *Adaptive Governance of Social-Ecological Systems*, *Annual Review of Environment and Resources*, 30, 2005, 441 et seqq.; A.S. Garmestani, C.R. Allen, C.A. Arnold, *Adaptive Management of Social-Ecological Systems*, Dordrecht, 2015; K.N. Lee, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, cit., passim; Id., *Appraising Adaptive Management*, in *Conservation Ecology*, 1999, vol. 3 no. 2, 3 et seqq.; J.B. Ruhl, *General Design Principles for Resilience and Adaptive Capacity in Legal Systems – With Applications to Climate Change Adaptation*, in *North Carolina Law Review*, 89 (2011), 1373 et seqq.; J.B. Ruhl, *Adaptive Management and the Future of Environmental Law*, in *Duke Environmental Law & Policy Forum*, 2008, 18, 475 et seqq.; U.S. Department of the Interior, *Adaptive Management Working Group, Adaptive Management: The U.S. Department of the Interior Technical Guide*, Washington (DC), 2009; U.S. Department of the Interior, *Adaptive Management Working Group, Adaptive Management: The U.S. Department of the Interior Applications Guide*, Washington (DC), 2012; C.J. Walters, *Adaptive Management of Renewable Resources*, New York, 1986.

[67] C.S.Holling, *Adaptive Environmental Assessment and Management*, cit.; K.N. Lee, *Compass and Gyroscope*, cit.

[68] On the analytical framing of the various phases, see U.S. Department of the Interior, *Adaptive Management Working Group, Adaptive Management: The U.S. Department of the Interior Technical Guide*, cit.; see also the papers contained in A.S. Garmestani, C.R. Allen, C.A. Arnold, *Adaptive Management of Social-Ecological Systems*, cit.

Exploration embraces uncertainty, mapping multiple futures rather than predicting only one. Experimentation reduces uncertainty by testing hypotheses within controlled environments. The learning process manages uncertainty, incorporating continuous adjustments.

It is not simply a method of trial and error, whereby a hypothesis is tested and then discarded if it does not satisfy pre-determined conditions, leaving space to test the next hypothesis. Within an adaptive management tempered by prudential rules, change and unexpected outcomes are not perceived of as accidents or failures, but rather as precious sources of new knowledge, which institutions should promptly embrace and exploit[69].

The difference compared to the many attempts at flexible coordination and planning previously experimented with in Italy – such as, purely by way of example[70], river basin authorities or river contracts – does not lie solely in the instruments but rather above all in the inspiring ideology.

Adaptive management does not simply aim to perfect data collection until a full picture has been obtained, but rather intentionally operates under conditions of incomplete knowledge, structuring action as a process of continuous learning.

Choices thus take on the significance of operational hypotheses to be checked through systematic monitoring. Mistakes (as long as they are not fatal) are not necessarily failures or accidents to be avoided at all costs, but rather sources of precious information, provided that they occur within controlled and reversible contexts. A plan no longer performs the function of a document crystallising a particular vision, but rather evolves into a framework that matures by incorporating new knowledge.

The Comprehensive Everglades Restoration Plan (CERP) is one of the largest environmental restoration projects ever implemented. It was officially launched in 2000 with an estimated investment of over 10 billion dollars and has a multi-decade timeframe.

The plan aims to restore the natural watercourses in the Everglades ecosystem, which have been compromised by decades of draining, urbanisation and agricultural conversion, balancing environmental demands against the need to supply water to Florida's millions of residents and agricultural sector.

Adaptive management has been formally incorporated into this context through cycles involving pilot experimentation (such as reservoirs, retention basis

[69] K.N. Lee, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, cit., *passim* and 51 et seqq.; in general terms, on the evolutionary value of the capacity to exploit errors, see E. Weizsacker, C. Weizsacker, *Come vivere con gli errori? Il valore evolutivo degli errori*, in *Physis: abitare la terra*, edited by M. Ceruti, E. Laszlo, Milano, 1988, 126 et seqq.

[70] See amongst the various publications *I contratti di fiume*, edited by S. Bastiani, Palermo, 2011; C. Leone, *I contratti di fiume negli argini del diritto amministrativo*, Naples, 2024.

and movable sluice gates), detailed monitoring by environmental sensors, public consultation and at times engagement with local stakeholders and native tribes. The aim was to gradually establish whether the action taken needed to be confirmed, corrected or suspended, within a decision-making framework that should have been distributed on the basis of new emerging information[71].

The Delta Programme in the Netherlands offers another instructive case of institutionalised adaptive governance. It is not a plan, but rather a permanent programme incorporating hydraulic defence measures, flood risk management and climate adaptation. It is coordinated by a national commissioner and is updated each year in the Delta Report presented to Parliament.

The model incorporates the principle of "long-term vision, step-by-step action", combining 2050 targets with annual reviews, which are necessary in order to ensure timely and dynamic adjustments in line with climate change and new information. This architecture has made the problem an international point of reference for the capacity to translation adaptive management into a permanent institutional structure[72].

Similarly, under the Costa Rican Payments for Environmental Services programme, each expansion is conceptualised as a pilot experiment, which is followed by monitoring, evaluation, and if appropriate extension over a broader scale.

After a quarter of a century this approach has significantly contributed to transforming Costa Rica from a country beset by accelerating deforestation into a global model for conservation. Progress has not been achieved according to a perfect plan implemented in a linear fashion, but rather by making constant, progressive adjustments based on systematic learning and constant institutional adaptation.

5. *Counterpoint conclusions*

If it is agreed that governmental bodies must cultivate systemic capacities for adaptation in order to regulate environmental complexity, we must reflect on how this requirement can be reconciled with fundamental legal categories such as legality, legal certainty and responsibility.

---

[71] National Research Council, *Progress Toward Restoring the Everglades: The Fourth Biennial Review*, Washington D.C., 2012, in particular chapter 2; Comprehensive Everglades Restoration Plan - U.S. Army Corps of Engineers and South Florida Water Management District, *Comprehensive Plan*, 2000, ES-1 et seqq., available at: www.evergladesrestoration.gov.

[72] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges*, 2017, 55; P.J.T.M. Bloemen, T. Reeder, C. Zevenbergen, J. Rijke, A. Kingsborough, M. van der Steen, P.J. Ward, *DMDU into practice: Adaptive Delta Management in The Netherlands*, *Decision Making under Deep Uncertainty: From Theory to Practice*, edited by V.A.W.J. Marchau, W.E. Walker, P.J.T.M. Bloemen, S.W. Popper, Cham, 2019, 425 et seqq.; further information and materials are currently available at https://english.deltaprogramma.nl/.

The tension between normative stability and operational flexibility is not open to simplistic solutions.

Naturally, the guarantee of the guiding function of the norm in terms of public power is non-negotiable

It is necessary to understand how this guiding function can evolve and develop into a structure for learning and adapting administrative action, as opposed to a merely binary framework. This involves a shift from static rules that preempt every possible scenario to dynamic frameworks that define objectives, performance indicators, verification points and adaptation mechanisms.

It is not about conceptualising a fluid or constantly mutating legality – a perspective that would rightly concern any jurist – but rather recognising that the legislator could establish mechanisms for controlled adaptation, in particular areas and subject to appropriate guarantees.

For example, periodic, evidence-based review clauses, authorisation to engage in limited and reversible experimentation, as well as protected regulatory spaces to test innovations (such as the *sandbox model),* could – if appropriately structured – be fruitful in reconciling stability with malleability, without sacrificing the principle of legality[73].

Within this context, the function of the norm is not limited to making the questionable claim that each stage of implementation must be predetermined; rather, it performs the task of marking out the perimeter of a space of possibilities, which it is up to each administration to explore[74].

In this respect legal certainty – as the second indispensable principle – must not be undermined, yet must operate on different levels: certainty in terms of principles and objectives; certainty in terms of decision making and review processes; and certainty in terms of mechanisms of control and accountability. There must be guarantees of foreseeability and transparency within the processes through which any adaptations are assessed and implemented, rather than of the implausible and perhaps counter-productive immutability of the final rules.

Similarly, the rules governing responsibility (in its various manifestations) should be premised not only on traditional criteria of procedural conformity but

---

[73] J. Ebbesson, *The Rule of Law in Governance of Complex Socio-Ecological Changes*, cit., 414 et seqq.; D.A. De Caro, B.C. Chaffin, E. Schlager, A.S. Garmestani, J.B. Ruhl, *Legal and Institutional Foundations of Adaptive Environmental Governance,* cit.

[74] G. Pericu, A. Leiss, *Genova nuova. La città e il mutamento*, Rome, 2007, 103: «for a public sector manager, complying with the law is an unavoidable obligation, including on a moral level […] However, complying with the law does not mean developing only those activities that are expressly authorised by the law […]. A manager who did nothing more than simply implement the law would have very limited scope for action, and would de facto fail to achieve many possible objectives». For a similar view see G. Pericu, *Esperienze di un amministratore giurista*, in *Scritti Scelti*, cit., 944; G. Pericu, *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato*, in *Scritti Scelti*, cit., 613 et seqq.

also on ecosystem indicators. In particular, they must not frustrate the capacity to learn in an awareness that, within complex systems – as noted above – some margin for controlled error may form part of an overall virtuous and ineluctable learning process, provided that it is adequately monitored and adapted.

The ultimate aim is to strike a delicate balance, which requires constant attention in order to avoid on the one hand a slide into paralysing formalism and on the other hand flexibility so excessive as to undermine the rule of law[75].

The experiences recalled above are testament to the difficulty in striking this balance. During the implementation phase, the Everglades Restoration encountered institutional resistance, which acted as a brake on its experimental potential[76]. Similarly, although the Delta Programme provided an advanced model of adaptive governance, it suffered from sluggish review processes and some level of dependence on pre-determined pathways[77]. Finally, whilst the Costa Rican PES programme achieved significant conservation results, it had to engage with problems related to financing and the fair and efficient allocation of resources[78].

Realistically, it must be acknowledged that the adaptive approach is premised on exacting conditions, which cannot by any means be taken for granted: specific expertise, solid organisational structures, sufficient resources and the capacity to process data and to learn also from crises[79].

The provision of training to administrative staff is therefore crucial, and this must involve not only technical refresher courses but also a cultural reconfiguration: from the logic of control to the logic of facilitation; from sectoral specialisation to inter-sectoral cooperation; and from formal compliance to ongoing learning[80].

---

[75] J.B. Ruhl, *Regulation by Adaptive Management - Is it Possible?*, cit.; B.A. Cosens, R.K. Craig, S.L. Hirsch, C.A. Arnold, M.H. Benson, D.A. DeCaro, A.S. Garmestani, H. Gosnell, J.B. Ruhl, E. Schlager, *The role of law in adaptive governance,* in *Ecology and Society*, 22 (2017), no. 1, Article 30; R.K. Craig, A.S. Garmestani, C.R. Allen, C.A. Arnold, H. Birgé, D.A. DeCaro, A.K. Fremier, H. Gosnell, E. Schlager, *Balancing Stability and Flexibility in Adaptive Governance: an Analysis of Tools Available in U.S. Environmental Law*, in *Ecology and Society*, 22 (2017), no. 2, Article 3. For an analysis of judicial review of administrative adaptive management practices in the U.S., see R.L. Fischman, J.B. Ruhl, *Judging Adaptive Management Practices of U.S. Agencies*, *Conservation Biology*, 2016, v. 30 no. 2, 268 et seqq., available at https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2992.

[76] L.H. Gunderson, S.S. Light, *Adaptive Management and Adaptive Governance in the Everglades, Policy Sciences*, 2006, 39, 323 et seqq.; A.S. Garmestani, C.R. Allen, C.A. Arnold, *Adaptive Management of Social-Ecological Systems*, cit., *passim.*

[77] B. De Botselier, L. Groen, J. Hugé, D. Huitema, *Explaining the Adaptation Gap in Dutch Coastal Risk Management Through Lock-in Mechanisms, in Regional Environmental Change*, 2025, 25(3), Article 86.

[78] S. Pagiola, *Payments for environmental services in Costa Rica, Ecological Economics*, 2008, 65(4), 712 et seqq.; other critical aspects are highlighted by R.A. Arriagada, E.O. Sills, P.J. Ferraro, S.K. Pattanayak, *Do Payments Pay Off? Evidence from Participation in Costa Rica's PES Program*, in *PLOS ONE*, 10 (2015), no. 7, Article e0131544.

[79] Further references are provided in M. Cafagno, *Principi*, cit., 266 et seqq.

[80] OECD, *Skills for a High Performing Civil Service*, Paris, 2017, 67 et seqq.; S. Nooteboom, Marks, *Adaptive Networks as Second Order Governance Systems*, *Systems Research and Behavioral Science*, 2010, 27(1), 61 et seq. On the general and ever-crucial issue of training for public officials, see S. Battini, *Il personale*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, edited by S. Cassese, Milan, 2019, 157 et seqq.

As a result of the contingent weakness of public organisations and environmental complexity, any expectation of rapid and widespread change will be illusory.

However, we do not need to seek to achieve the utopia of a sudden metamorphosis within the administration.

The three dimensions examined – strategic anticipation, institutional experimentation and ongoing learning – can be gradually developed through pilot projects which, if effective, will trigger processes of learning and incremental dissemination.

The most encouraging aspects of the Costa Rican case discussed above illustrate this type of trajectory. The programme involving payments for environmental services, which was launched in 1997 as a uniform forest protection scheme, has evolved over the last quarter of a century into a complex system that differentiates between payments based on type of service, geographical area and ecological quality.

This change did not result from an initial all-inclusive and intentional design, but rather from progressive experimentation: inclusion of agroforestry, collective contracts for small landowners and blockchain applications have been tested locally, assessed and later rolled out only after this stage. There have indeed been mistakes, such as initially inadequate payments and excessively onerous verification mechanisms. Nonetheless, after completing the pilot phase these have guided later adjustments, without compromising the system as a whole.

The path towards an administration that is capable of governing ecosystem complexity is therefore not envisioned as an unlikely revolution but rather as a possible evolution: a process of distributed innovation that, starting from localised yet replicable experiences, gradually builds up new institutional capacities.

In my view, the Environmental Code should be reviewed in this spirit in order to incorporate specific frameworks and principles for the adaptive governance of ecosystem services.

Public Management of the Environment as Dialogue among Complex Systems

Contemporary environmental law is affected by a profound tension, arising out of the interface between two apparently irreconcilable dimensions: on the one hand the constant fluidity within ecosystems, with their non-linear dynamics, their critical thresholds and their multiple equilibria; on the other hand the formal architecture of administrative law comprised of discrete categories, sequential procedures and bounded competences. This tension entails an inherent epistemological challenge of understanding how a system of rules, which is necessarily finite and structured, can deal with the endless complexity of the natural world. Ecosystem services represent a paradigmatic case of this tension: they are not traditional goods, yet create value; they are not contractual services, yet support the economy; and they emerge out of ecological processes operating on multiple temporal and spatial scales, yet require immediate, bounded administrative decisions. This paper aims to reconcile the theory of complex systems with administrative law in order to sketch out the basic outline of a model of governance that is open to integration, flexibility and resilience. The study proposes a notion of environmental governance that, reflecting its specific subject matter, in turn takes on the features of an adaptive, complex system that is called upon to co-evolve alongside protected ecosystems, thanks to poly-centric, participatory forms of governance undergoing a process of constant learning.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 103-125

Articoli e saggi

Amministrazione pubblica dell'ambiente come dialogo tra sistemi complessi**

Maurizio Cafagno

Sommario: 1. Introduzione: l'ambiente come sistema complesso adattativo e i servizi naturali come fenomeni emergenti. – 2. Problemi di *mismatch*. – 3. L'amministrazione pubblica come sistema complesso e la legge di varietà minima necessaria; *3a*) Esplorazione e anticipazione strategica; *3b*) Sperimentazione istituzionale e *policy labs*; *3c*) Apprendimento incorporato. – 4. Una formula di sintesi: *l'adaptive management*. – 5. Conclusioni in controluce.

1. *Introduzione: l'ambiente come sistema complesso adattativo e i servizi naturali come fenomeni emergenti*

L'impostazione del diritto ambientale per comparti mostra da tempo i propri limiti strutturali. È ormai pacifico che una tutela efficace dell'ambiente richiede di superare la frammentazione, per abbracciare una visione sistemica[1], che sola

* Tenendo conto del carattere innovativo del tema trattato e della rilevanza scientifica del lavoro, il saggio è pubblicato in doppia versione, italiana e inglese, per favorirne la più ampia diffusione.

** Il lavoro è stato elaborato nel corso della ricerca finanziata dall'Unione europea – Next Generation EU, Missione 4 Componente 1, CUP D53D23007100001, bando PRIN 2022, progetto "PA-LIVES - Public Administration and Legal Instruments for Valuing Ecosystem Services" (2022C9STMM).

[1] Per una visione d'insieme dell'evoluzione del concetto giuridico di ambiente, tra i molti, R. Ferrara, *L'ambiente, e il suo diritto, nelle riflessioni di Massimo Severo Giannini*, in *Dir. Amm.*, 2024, 1, 207 ss.; F. Fonderico, *Ambiente (tutela dell')*, voce in *Enc. giur. Treccani*, Agg., vol. XVI, Roma, 2008; S. Grassi, *Tutela dell'ambiente (dir. amm.)*, voce in *Encicl. Dir.*, Annali, vol. I, Milano, 2007, 1114 ss.; G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo II, Milano, 1996, 1121 ss.; G. Pericu, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, voce in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. I, Torino, 1987, 189 ss.; P. Dell'Anno, E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012; notoriamente miliare il punto di partenza di M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, 15 ss.; si legga anche il meno citato Id., *Riflessioni su energia e ambiente*, in *Impianti energetici e ambiente*, Milano, 1988, 79 ss.; la necessità di maturare una visione sistemica dell'ambiente, in diritto, è tema che ha impegnato M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, *passim*, cui per brevità rimando, anche per indicazioni bibliografiche; per una riflessione di

consente di comprendere la natura e l'importanza dei servizi naturali, come prestazioni vitali che "emergono" dall'interazione dinamica tra singole risorse e processi ecologici[2], in una rete che costantemente si auto-organizza e si rigenera[3].

La riforma costituzionale del 2022 poggia su questa consapevolezza, avendo introdotto nel cuore della Carta fondamentale il fulcro delle categorie concettuali dell'ecologia[4].

Nonostante il potenziale innovativo insito nella riformulazione dell'art. 9 della Costituzione bisogna però riconoscere che gli istituti del diritto positivo sono ancora inadatti ad accordare ai servizi ecosistemici un rilievo e una tutela commisurati alla loro importanza.

---

sintesi, M. Cafagno, M. D'Orsogna, F. Fracchia, *The Legal Concept of the Environment and Systemic Vision*, in *The Systemic Turn in Human and Natural Sciences: A Rock in the Pond*, a cura di L. Urbani Ulivi, Cham, 2019, 121 ss.; da ultimo si veda anche F. Fracchia, *L'ambiente e i suoi servizi nella prospettiva della prassi: una lettura sistemica*, Napoli, 2025.

[2] Sulla nozione di "emergenza" J.H. Holland, *Emergence: From Chaos to Order*, Oxford, 2000; con specifico riferimento ai servizi ecosistemici, S. Levin, *Fragile Dominion. Complexity and the Commons*, Cambridge (MA), 1999, *passim*; J. Farley, *Ecosystem Services: the Economics Debate*, in *Ecosystem Services*, 2012, 1, 40 ss.; S. Muddiman, *Ecosystem Services*, 2019; tra le opere di taglio giuridico dedicate ai servizi ecosistemici, certamente meno abbondanti, si veda il numero dedicato della rivista *Ecosystem Services*, *Legal Aspects of Ecosystem Services*, Special issue, a cura di V. Mauerhofer, vol. 29, 2018; si veda pure il numero dedicato della rivista *The University of Queensland Law Journal*, *Special issue on Ecosystem Services and the Law*, 2020, vol. 39, n. 3; Aa.Vv., *Services* écosystémiques *et protection des sols. Analyses juridiques et* éclairages *agronomiques*, a cura di C. Hermon, Versailles, 2018; J.B. Ruhl, S.E. Kraft, C.L. Lant, *The Law and Policy of Ecosystem Services*, Washington-Covelo, London, 2007; nella dottrina nazionale, A. Fari, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013; Id., *L'ambiente come funzione. Servizi ecosistemici e capitale naturale*, in Aa.Vv., *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino 2021, 121 ss.; Monteduro, *From Agroecology and Law to Agroecological Law? Exploring Integration Between Scientia Ruris and Scientia Iuris*, in *Law and Agroecology. A Transdisciplinary Dialogue*, a cura di M. Monteduro, P. Buongiorno, S. Di Benedetto, A. Isoni, Berlin-Heidelberg, 2015, 57 ss.

[3] Per una catalogazione dei servizi, CICES – Common International Classification of Ecosystem Services, in seno al processo europeo MAES – *Mapping of Assessment of Ecosystem and their Services*, visionabile all'indirizzo https://cices.eu, nonché il rapporto Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-Being. A Framework for Assessment,* Washington D.C., 2003, 78 ss., www.millenniumassessment.org; *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, a cura di R. Costanza, B. Low, E. Ostrom, J. Wilson, Boca Raton, 2001; R. Costanza, J. Cumberland, H. Daly, R. Goodland, R. Norgaard, *An Introduction to Ecological Economics*, Boca Raton, 1997, 53 ss.; H.E. Daly, J. Farley, *Ecological Economics*, Washington D.C., 2003, 106 ss.

[4] V. F. Fracchia, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024, *passim* e 60 ss.; F. De Leonardis, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023; A. Morrone, *L'ambiente nella costituzione. Premesse di un nuovo contratto sociale*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del convegno Aidambiente 28.1.2022, Napoli, 2022, 91 ss.; ivi anche M. Cecchetti, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente nella memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, 9 ss.; M. Monteduro, *Riflessioni sulla 'primazia ecologica' nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, 221 ss.

Le caratteristiche strutturali dei servizi – diffusione spaziale e temporale, interdipendenza funzionale, fruizione condivisa, apparente gratuità[5] – rappresentano una sfida difficile per le istituzioni[6].

Gli apparati pubblici procedono per competenze, ma i servizi ecosistemici attraversano i loro confini.

Il modello di amministrazione "a provvedimento" sottintende anche troppo ottimisticamente una marcata capacità di controllo e di anticipazione del legislatore e degli apparati esecutivi[7] che però poco si conciliano con le condizioni di incertezza radicale tipiche delle genesi dei servizi ecosistemici[8].

La nostra cultura amministrativa poggia su canoni di legalità formale e su di una concezione sequenziale del procedimento che sono riflesso di una razionalità weberiana, imperniata su prevedibilità e controllo gerarchico[9]. Questo impianto ha presidiato valori di democraticità, universalità, imparzialità, ma fatica a confrontarsi con fenomeni sempre più interconnessi e instabili[10].

Soprattutto in materia ambientale è universalmente avvertita l'esigenza di approntare dispositivi giuridici che, senza intaccare i principi fondativi dell'azione e dell'organizzazione pubblica, sappiano aumentare flessibilità e adattabilità[11].

In breve, la complessità è uno scoglio sul quale promette di infrangersi il tipo di razionalità lineare che ispira il tradizionale modo di intendere il rapporto tra legge e amministrazione[12].

---

[5] Per un ragionamento funditus sulla natura caratterizzante delle tre proprietà, con annesse implicazioni per il giurista, rimando a M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., 103 ss. e *passim*; il tema è più sinteticamente ripreso in Id., *Integrare la tutela dell'ambiente con le scienze comportamentali. Un'analisi introduttiva*, Torino, 2025, 17 ss., nonché M. Cafagno, G. Cavalieri, *Una riflessione sugli strumenti giuridici di valorizzazione dei servizi ecosistemici*, in *Servizi Ecosistemici e tutela giuridica dell'ambiente*, a cura di M. Cafagno, G. Cavalieri, Milano, 2025, 7 ss.

[6] *Social-Ecological Resilience and Law*, a cura di A.S. Garmestani, C.R. Allen, New York, 2014, *passim*; T. Dietz, E. Ostrom, P.C. Stern, *The Struggle to Govern the Commons*, in *Science*, 2003, vol. 302, 1907 ss.; K.N. Lee, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, Washington D.C., 1993; D.H. Meadows, *Pensare per sistemi. Interpretare il presente, orientare il futuro verso uno sviluppo sostenibile*, Milano, 2019 (trad. it. di *Thinking in Systems*, White River Junction, 2008), in part. cap. 5, "Trappole sistemiche e opportunità".

[7] G. Pericu, *Verso nuovi modelli nel rapporto pubblico privato*, in *Scritti scelti*, raccolti a cura di E. Bruti Liberati, M. Bucello, M. Cafagno, L. Piscitelli, A. Quaglia, M. Ramajoli, Milano, 2009, 614; ivi anche G. Pericu, *Esperienze di un amministratore giurista*, 927 ss.

[8] C.S. Holling, G.K. Meffe, *Command and Control and the Pathology of Natural Resource Management*, in *Conservation Biology*, 1996, vol. 10, n. 2, 328 ss.

[9] M. Weber, *Economia e società*, Milano, 1961 (trad. it. di *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922), vol. II, 527 ss.; G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996.

[10] J.C. Scott, *Lo sguardo dello stato*, Milano, 2019 (trad. it. di *Seeing Like a State*, New Haven, 1998).

[11] J.B. Ruhl, *General Design Principles for Resilience and Adaptive Capacity in Legal Systems - With Applications to Climate Change Adaptation*, in *North Carolina Law Review*, 89, 2011, 1373 ss.; J.B. Ruhl, *Regulation by Adaptive Management - Is it Possible?*, in *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, Vol. 7, 21 ss.

[12] La letteratura generale in materia di teoria dei sistemi e complessità è straordinariamente ricca; dovendo necessariamente limitare la nota, segnalo, tra le opere generali che ho trovato di maggiore ispirazione, V. Ahl, T.F.H. Allen, *Hierarchy Theory: A Vision, Vocabulary, and Epistemology*, New York, 1996; L. Von Bertalanffy, *Teoria generale dei sistemi*, Milano, 2004 (trad. it. di *General System Theory*, New York, 1968); F. Capra,

Gli ostacoli hanno radici profonde, di natura cognitiva oltre che normativa[13].

Il saggio esplora il problema, muovendo dalla premessa che sia l'ecosistema naturale sia l'apparato amministrativo sono sistemi complessi adattativi, ciascuno con le proprie scale temporali e spaziali, i propri meccanismi di retroazione, le proprie dinamiche evolutive[14].

2. *Problemi di* mismatch

La letteratura ecologica suggerisce di pensare ai dilemmi fronteggiati dal diritto ambientale come a problemi che trovano una comune origine nello scarto

P.L. Luisi, *The Systems View of Life: A Unifying Vision*, Cambridge, 2014; H. Von Foerster, *Sistemi che osservano*, Roma, 1987 (trad. it. di *Observing Systems*, Seaside (CA), 1981); J.H. Holland, *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity*, Cambridge (MA), 1996, *passim*; Id., *Signals and Boundaries: Building Blocks for Complex Adaptive Systems*, Cambridge (MA), 2014; Id., *Complexity: A Very Short Introduction*, Oxford, 2014; N. Luhmann, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1984 (trad. it. di *Soziale Systeme*, Frankfurt, 1984); I. Licata, *Complessità. Un'introduzione semplice*, Roma, 2018; H.A. Simon, *Le scienze dell'artificiale*, Bologna, 1988 (trad. it. di *The Sciences of the Artificial*, Cambridge (MA), 1969, 3ª ed. 1996); N. Salthe, *Evolving Hierarchical Systems*, New York, 1985; P.M. Senge, *La quinta disciplina*, Milano, 1992 (trad. it. di *The Fifth Discipline*, New York, 1990); un'ottima introduzione, di taglio divulgativo, che ripercorre la storia del celebre Santa Fe Institute (https://www.santafe.edu) è offerta da M.M. Waldrop, *Complessità. Uomini e idee al confine tra ordine e caos*, Torino, 1996 (trad. it. di *Complexity*, New York, 1992).

[13] Le proprietà dell'ambiente e dei servzi ecosistemici accentuano la propensione a distorsioni conoscitive e comportamentali, ostacolando decisioni efficaci e lungimiranti. In tema, A. Rowell, K. Bilz, L.J. Demaine, *The Psychology of Environmental Law*, New York, 2021, *passim* e 31 ss.; L. Steg, A.E. Van Der Berg, J.I.M. De Groot, *Manuale di psicologia ambientale e dei comportamenti ecologici*, Milano, 2013 (trad. it. di *Environmental Psychology*, Oxford, 2012), *passim*; D.A. De Caro, E.F. Boamah, A.S. Garmestani, *Understanding and Applying Principles of Social Cognition and Decision Making in Adaptive Environmental Governance*, *Ecology and Society*, 2017, Mar. 1, 22(1), 1 ss.; il tema è trattato in M. Cafagno, *Integrare la tutela dell'ambiente con le scienze comportamentali. Un'analisi introduttiva*, cit., con ulteriore bibliografia ivi. Per una prima esplorazione delle coordinate di fondo entro cui si iscrivono le considerazioni setorialmente dedicate all'ambiente, M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, Cambridge (MA), 2020; M. Hallsworth, *A Manifesto for Applying Behavioral Science*, 2023, ora disponibile all'indirizzo https://www.bi.team/wp-content/uploads/2023/04/BIT_Manifesto.pdf; E. Picozza, *Neurolaw: an Introduction*, Cham, 2018; G. Loewenstein, N. Chater, *The I-Frame and the S-Frame: How Focusing on Individual-Level Solutions Has Led Behavioral Public Policy Astray*, *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 46, 2023, 147 ss.; *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, a cura di R. Viale, L. Macchi, Bologna, 2021; *Behavioral Public Policy in a Global Context*, a cura di M. Sanders, S. Bhanot, S. O'Flaherty, Cham, 2023.

[14] Orbita attorno al tema l'intero numero speciale della rivista *Ecology and Society* intitolato *Practicing Panarchy: Assessing Legal Flexibility, Ecological Resilience, and Adaptive Governance in U.S. Regional Water Systems Experiencing Climate Change*, a cura di B.A. Cosens, L. Gunderson e B.C. Chaffin, *Ecology and Society*, 2018, 23, n. 1, disponibile all'indirizzo https://ecologyandsociety.org/feature/122; si vedano poi J. Ebbesson, *The rule of law in governance of complex socio-ecological changes*, *Global Environmental Change*, 20(3), 2010, 414 ss.; A.S. Garmestani, C.R. Allen, *Introduction, in Social-Ecological Resilience and Law,* cit., 1 ss.; S.A. Levin, *Ecosystems and the Biosphere as Complex Adaptive Systems*, *Ecosystems*, 1998, 1, 431 ss.; K. Lee, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, *Ecological Applications*, 1993, vol. 3, n. 4, 560 ss.; M.D. McGinnis, E.Ostrom, *Social-ecological system framework: initial changes and continuing challenges*, *Ecology and Society*, 19(2), 2014, art. 30; E. Ostrom, *Polycentric systems for coping with collective action and global environmental change*, *Global Environmental Change*, 2010, 20(4), 550 ss.5; J.B. Ruhl, *Law's Complexity*, in *Georgia State University Law Review*, 2008, 24(4), 885 ss.; altre citazioni seguiranno.

(*mismatch*) tra la scala delle azioni, dei processi e delle responsabilità umane e la scala propria delle entità e dei processi ecosistemici[15].

Il divario tra scale può interessare la dimensione temporale, quella territoriale, il disegno funzionale[16].

Sebbene di norma i fenomeni di gap si intreccino, rendendo le cose ancor più difficili, per comodità espositiva conviene ora esaminarli partitamente.

a) *Tempo*. I processi ecologici sono caratterizzati da inerzie lunghe; le decisioni pubbliche rispondono spesso a cicli brevi[17].

Cadenze o pressioni elettorali imprimono spesso ai decisori politici orizzonti miopi, rispetto all'estensione temporale dei processi ambientali o delle conseguenze del loro deterioramento[18].

Le pressioni esercitate dal sistema economico elevano il problema a potenza[19].

Pratiche inostenibili, a danno delle generazioni future, sono ad esempio fomentate da attività finanziarie il cui tasso di rivalutazione oltrepassa quello di rigenerazione delle risorse naturali[20].

---

[15] Essenziale K. Lee, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, cit., 560 ss.; si considerino ancora, tra i molti riferimenti possibili, *Navigating Social-Ecological Systems: Building Resilience for Complexity and Change*, a cura di F. Berkes, J. Colding, C. Folke, Cambridge, 2002, *passim*; T. Galaz, P. Olsson, T. Hahn, C. Folke, U. Svedin, *The Problem of Fit among Biophysical Systems, Environmental and Resource Regimes, and Broader Governance Systems: Insights and Emerging Challenges*, in *Institutions and Environmental Change: Principal Findings, Applications, and Research Frontiers*, a cura di Oran R. Young, Leslie A. King, H. Schroeder, 147 ss.; G.S. Cumming, D.H.M. Cumming, C.L. Redman, S*cale Mismatches in Social-Ecological Systems: Causes, Consequences, and Solutions*, in *Ecology and Society*, 2006, 11(1), 14; J.A. Wilson, *Matching Social and Ecological Systems in Complex Ocean Fisheries, in Linking Social and Ecological Systems: Management Practices and Social Mechanisms for Building Resilience*, a cura di F. Berkes, C. Folke, Cambridge, 1998, 153 ss.

[16] Cfr. K. Lee, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, cit., 561

[17] *Panarchy: Understanding Transformations in Human and Natural Systems*, a cura di L.H. Gunderson, C.S. Holling, Washington D.C., 2002, spec. 63 ss.

[18] T. Galaz, P. Olsson, T. Hahn, C. Folke, U. Svedin, *The Problem of Fit*, cit, 156 ss.

[19] Tra i molti, *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, a cura di R. Costanza, B. Low, E. Ostrom, J. Wilson, cit.; R. Costanza, *Addicted to Growth. Societal Therapy for a Sustainable Wellbeing Future*, London, 2023; H.E. Daly, J. Farley, *Ecological Economics*, cit., 106 ss.; N. Georgescu-Roegen, *La legge dell'entropia e il problema economico*, in Id., *Analisi economica e processo economico*, Firenze, 1973, 265 ss.; S. Levin, *Fragile Dominion. Complexity and the Commons*, cit.; E.U. von Weizsäcker, A. Wijkman, C*ome on! Come fermare la distruzione del pianeta*, Firenze-Bra, 2018 (edizione originale E.U. von Weizsäcker, A. Wijkman, *Come On! Capitalism, Short-termism, Population and the Destruction of the Planet*. A Report to the Club of Rome, New York, 2018), *passim* e cap. III in part.

[20] IPBES, *Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services,* Bonn, 2019, spec. key messages. Testo e materiali ufficiali disponibili all'indirizzo: https://www.ipbes.net/global-assessment; C.W. Clark, *Mathematical Bioeconomics: The Optimal Management of Renewable Resources*, 2nd ed., New York, 1990, 1 ss.; U.R. Sumaila, C. Walters, *Intergenerational discounting: a new intuitive approach*, *Ecological Economics*, 2005, 52(2), 135 ss.

Il "bias del presente" amplifica la discrepanza, perché sistematicamente induce elettori, politici, funzionari, decisori pubblici o privati, a sottovalutare i danni futuri e a privilegiare i benefici immediati[21].

b) *Spazio*. Molti servizi naturali sono mobili o di flusso: ciò che si produce in un luogo si manifesta altrove (impollinazione, trasporto di sedimenti, dispersione di semi)[22].

Molti servizi nascono dall'intreccio di processi che interessano non solo tempi ma anche luoghi diversi. L'inquinamento stesso nasce da un *mismatch* nello spazio: sostanze residue sono immesse all'interno di corpi fisici i cui contorni non combaciano con la sfera materiale di controllo e di responsabilità dell'inquinatore[23].

I confini amministrativi spesso non collimano con i perimetri ecologici o con l'estensione dei fenomeni di contaminazione.

Si genera così una discrepanza tra la superficie o la rilevanza dei processi naturali e la circoscrizione territoriale delle istituzioni in concreto esistenti; in alcuni casi – la materia del clima offre una dimostrazione persino scontata – mancano del tutto autorità munite di un campo di azione proporzionato all'ambito di intervento utile[24].

Sul versante geografico il "bias di prossimità" contribuisce a sua volta ad aggravare il disallineamento, dato che alimenta la propensione non sempre ragionevole a sentire i problemi lontani meno importanti di quelli vicini[25].

c) *Funzioni*. Lo scarto può riguardare anche il disegno funzionale. La complessità del mondo naturale costringe le attività umane a specializzarsi ma la divisione del lavoro è condizionata da movimenti interni al corpo sociale che a loro volta sfuggono al dominio di una programmazione volontaria, è dettata da vincoli di tipo economico e organizzativo, da contingenti percorsi politici, da eredità culturali, da occasionali fattori storici.

---

[21] R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità. L'edizione definitiva*, Milano, 2022 (trad. it. di *Nudge: The Final Edition*, London, 2021), cap. XIV; D.A. De Caro, E.F. Boamah, A.S. Garmestani, *Understanding and applying principles of social cognition and decision making in adaptive environmental governance*, cit., 33 ss.; ulteriore bibliografia ivi.

[22] J. Lundberg, F. Moberg, *Mobile link organisms and ecosystem functioning: implications for ecosystem resilience and management*, *Ecosystems*, 2003, 6(1), 87 ss.; K.S. Oberhauser, R. Wiederholt, J.E. Diffendorfer, D. Semmens, L. Ries, W.E. Thogmartin, L. López-Hoffman, J. Pecanka, *A trans-national monarch butterfly population model and implications for regional conservation priorities*, in *Ecological Entomology*, 2017, 42 (1), 51 ss.

[23] K. Lee, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, cit., 561.

[24] Cfr. V. Ostrom, E. Ostrom, *A Theory for Institutional Analysis of Common Pool Problems*, in *Managing the Commons*, a cura di G. Hardin, J. Baden, New York, 1977, 161.

[25] A. Rowell, K. Bilz, L.J. Demaine, *The Psychology of Environmental Law*, cit., 161 ss.; per alcune esemplificazioni familiari dell'intuitivo fenomeno, si veda lo studio curato dal Laboratorio REF Ricerche, *Acqua, rifiuti e bias cognitivi: l'informazione al tempo delle fake-news e del covid19*, contributo n. 149, aprile 2020, 7 ss., al momento visionabile all'indirizzo https://laboratorioref.it.

Non è dunque raro che l'apparato socioeconomico e la biosfera, animati da andamenti autopoietici concomitanti ma non sincronizzati, assegnino alle componenti ambientali ruoli discordanti: le risorse ambientali divengono così oggetto di interessi economici e di impieghi sociali non compatibili con le loro funzioni sistemiche ed ecologiche[26].

Il fenomeno campeggia spesso in seno all'amministrazione e l'esperienza italiana offre testimonianze eloquenti.

A titolo meramente illustrativo di un'antologia di casi sfortunatamente varia, il referendum abrogativo del 1978 e la successiva ricostituzione di ministeri separati per Salute (1993) e Ambiente (1986) hanno frammentato per decenni la governance di servizi ecosistemici intrinsecamente connessi alla salute umana. Questo scollamento ha comportato un irragionevole oscuramento dei profili sanitari in strumenti cardine del diritto ambientale[27]. Analogamente, l'attribuzione delle competenze paesaggistiche al Ministero dei Beni Culturali e l'attrazione del paesaggio nella relativa orbita ne ha eclissato per troppo tempo le essenziali funzioni ecologiche[28].

I problemi di *mismatch* appena ricordati sono acuiti dal fatto che i servizi ecosistemici hanno natura di beni comuni (in senso tecnico): presentano profili di indivisibilità ma si espongono ad azioni concorrenti.

Queste loro caratteristiche li pongono al crocevia di due dilemmi speculari[29].

Su di essi da un lato incombe la cosidetta 'tragedia dei commons': come sappiamo, ciascun fruitore di un bene comune può sviluppare l'egoistico ma razionale incentivo a farne uso per massimizzare il beneficio individuale, anche a discapito della risorsa condivisa, vuoi per il timore che altri possano fare lo stesso, magari

---

[26] R.S. De Groot, R. Alkemade, L. Braat, L. Hein, L. Willemen, *Challenges in integrating the concept of ecosystem services and values in landscape planning, management and decision making*, *Ecological Complexity*, 2010, 7(3), 260 ss.

[27] Ad esempio VIA e VAS hanno a lungo ignorato dimensioni epidemiologiche e tossicologiche, tanto che solo con il D.Lgs. 104/2017 è stata introdotta la Valutazione di Impatto Sanitario (VIS), peraltro ancora applicata troppo episodicamente. Per un'anali aggiornata dell'evoluzione del rapporto tra ambiente e salute, raccomandabile la lettura di R. Ferrara, *Ambiente e salute. Brevi note su due "concetti giuridici indeterminati" in via di determinazione: il ruolo giocato dal "Patto globale per l'ambiente*, in *Diritto e società*, 2019, n. 2, 281 ss.

[28] La frammentazione degli *habitat*, ad esempio, non solo compromette la biodiversità alterando le condizioni microclimatiche e i flussi di energia e materia, ma riduce anche la capacità del paesaggio di fornire servizi di regolazione essenziali. iIn tema, trai molti, A. Farina, *Ecologia del paesaggio*, Torino, 2001; M.G. Turner *et al.*, *Landscape Ecology in Theory and Practice*, New York, 2015. Solo relativamente di recente, ad esempio attraverso l'integrazione della VAS nella pianificazione paesaggistica e i tentativi di coordinamento inter-ministeriale, si intravedono percorsi verso una governance più coerente con la multifunzionalità dei servizi ecosistemici, sebbene permangano resistenze path-dependent significative. Non è ora possibile indugiare sui temi, perciò mi limiterò a rinviare, per l'analisi critica, alle considerazioni ed ai riferimenti bibliografici in M. Cafagno, *Principi e strumenti*., cit. 149 ss.

[29] Per tutti, E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.

cogliendo il vantaggio della prima mossa, vuoi per l'attrattiva esercitata dalla possibilità di scaricare sulla collettività i costi del sovrasfruttamento[30].

D'altra parte incalza il paradosso degli *'anticommons'*: l'assegnazione di diritti o poteri suscettibili di interferire tra loro su risorse ambientali che presentano profili di indivisibilità (magari concepita proprio nel tentativo di arginare i pericoli di un accesso indiscriminato) rischia di approdare, se non ben bilanciata, ad impieghi comunque subottimali e deleteri[31].

Pecche nel proporzionare libertà di accesso e poteri di esclusione, ad esempio privatizzando o regolamentando, possono portare l'ordinamento a cadere in un errore proprio nello sforzo di schivare quello contrario, in una tormentata navigazione tra Scilla e Cariddi[32].

---

[30] G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, *Science*, 1968, 162, 1243 ss.; G.J. Stigler, *La teoria tradizionale delle funzioni economiche dello stato*, in *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994 (trad. it.), 306 ss.

[31] Per tutti, J.M. Buchanan, Y.J. Yoon, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, *The Journal of Law and Economics*, 2000, 43, 1 ss.; E. Baffi, F. Parisi, *Anticommons, tragedia degli*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012, https://www.treccani.it/enciclopedia/tragedia-degli-anticommons_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza). Del problema è ben conscio lo studioso di diritto amministrativo, ove la settorializzazione delle norme insieme alla frammentazione degli interessi sono spesso all'origine di una moltiplicazione di competenze e di procedimenti che finiscono con l'ostacolarsi reciprocamente, anche per la distribuzione asimmetrica dei costi e dei benefici tra i partecipanti ai percorsi decisionali. Ancora attualissime le considerazioni di G. Pericu, *Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti*, in *Scritti scelti*, cit., 545 ss.; a commento, M. Cafagno, *Il pensiero di Giuseppe Pericu sull'ambiente*, in *Il Diritto amministrativo tra ordine sistematico e realtà economico sociale. Scritti in ricordo di Giuseppe Pericu*, a cura di E. Bruti Liberati, M. Cafagno, L. Piscitelli, M. Ramajoli, Torino, 2024, 17 ss. Le manifestazioni del cortocircuito istituzionale sono anche qui numerose, spaziano dalla gestione disorganica delle risorse idriche, come fattore di ostacolo all'uso efficiente dell'acqua (in tema M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, 1-2, 62 ss.; E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012, spec. 123 ss.) ai conflitti tra amministrazioni portatrici di interessi paesaggistici e produttivi, causa frequente dell'infeconda paralisi degli investimenti e delle procedure in materia di energie rinnovabili (in argomento, S. Amorosino, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2022, 4, 261 ss.; B. Tonoletti, *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, 98 ss.; F. De Leonardis, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 889 ss.)

[32] Elinor Ostrom ha mostrato che *le* comunità locali, se adeguatamente sostenute, possono autogovernare risorse comuni attraverso regole condivise, monitoraggio reciproco e sanzioni proporzionate (in aggiunta alle opere già menzionate, una comoda sintesi si trova in E. Ostrom, *Né mercato né stato nella gestione delle risorse collettive*, in *La Questione Agraria*, 1996, n. 64, 7 ss) . Ma è certo che queste condizioni, tutt'altro che spontanee, richiedono tempo, trasparenza, partecipazione e fiducia, perciò sono fragili, costantemente minacciate dai *bias* del conformismo, dell'avversione alla perdita, del presentismo, dall'opportunismo, da distorsioni emotive e giudizi retrospettivi. Tra i lavori dediti alla ricerca dei presupposti favorevoli all'insorgere della cooperazione, S. Kopelman, J.M. Weber, D.M. Messick, *Factors Influencing Cooperation in Commons Dilemmas: A Review of Experimental Psychological Research*, in *The Drama of the Commons*, a cura di E. Ostrom, T. Dietz, N. Dolsak, P.C. Stern, S. Stonich, E. Weber, cit., 113 ss.

La consapevolezza del pericolo di questi disallineamenti strutturali aiuta a comprendere perché il canone dell'integrazione costituisca architrave dell'intero impianto dei principi europei e nazionali sull'ambiente[33].

Esso invita a pensare l'intero diritto ambientale come dispositivo volto a ricomporre la scala delle scelte e delle responsabilità umane e sociali e la scala dei processi ecologici[34].

Si apre qui il prossimo step del ragionamento, cui conviene riservare uno spazio apposito.

3. *L'amministrazione pubblica come sistema complesso e la legge di varietà minima necessaria*

Prendendo atto con facilità che l'ordinamento giuridico e la stessa pubblica amministrazione sono a loro volta sistemi complessi[35], possiamo riposizionare la questione che ci sta ora impegnando entro le coordinate del classico problema

[33] È noto che il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, all›art. 11 (ex art. 6 TCE), lega sviluppo sostenibile e integrazione, imponendo che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente» siano incorporate nella definizione e nell›attuazione delle politiche dell'Unione. A ben vedere, prevenzione, precauzione, correzione del danno alla fonte, informazione, nell'imporre una gestione avveduta di rischi e pericoli, perseguono il fine dell'integrazione nella dimensione temporale; i principi di sussidiarietà, corresponsabilità, leale cooperazione, partecipazione, una volta di più informazione, si prefiggono di armonizzare i sistemi sul piano organizzativo e territoriale; in tema si consenta un rinvio a M. Cafagno, *Principi e strumenti*, cit., 236 ss.; Id., *La sostenibilità e la tutela dell'ambiente*, in *Manuale di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Del Gatto, G. Vesperini, Torino, 2024, 337 ss. Sul principio di integrazione, essenziale R. Ferrara, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, *Rivista giuridica di urbanistica*, 2021, n. 1, 12 ss.; per una stimolante analisi del principi ambientali in chiave sistemica, traendo ispirazione dei lavori di Niklas Luhmann's, F. Fracchia, *I principi nel prisma della codificazione ambientale: una lettura sistemica*, relazione al convegno annuale Aidambiente 2025, dal titolo *Prospettive per una riforma della codificazione ambientale*, tenutosi a Roma, Università Sapienza, il 24 25 gennaio 2025, in corso di pubblicazione; la registrazione delle sessioni convegnistiche è liberamente fruibile all'indirizzo https://www.aidambiente.it/relazioni-e-contributi.

[34] Si leggano, per la prospettiva più generale, E. Tiezzi, *Tempi storici, tempi biologici*, Roma, 2005.; G. Marten, *Ecologia umana. Sviluppo sociale e sistemi naturali*, Milano, 2002 (trad. it. di *Human Ecology*, London, 2001).

[35] In questo senso una nutrita sequenza di aggiornati e stimolanti rapporti dell'OECD, tra i quali, *Systems Approaches to Public Sector Challenges. Working with Changes*, Paris, 2017; OECD, *Strategic Foresight Toolkit for Resilient Public Policy*, Paris, 2025; OECD, *Mind Shift, Green Lift: Six Behavioural Science Trends for Environmental Policy*, OECD Public Governance Policy Papers, No. 69, Paris, 2025; OECD, *Supporting Decision-Making with Strategic Foresight*, Paris, 2023; OECD, *Tackling Policy Challenges Through Public Sector Innovation*, Paris, 2022; OECD, *Anticipatory Innovation Governance: Towards a New Way of Governing*, OECD Working Paper on Public Governance, No. 48, Paris, 2022, 10 ss. e *passim*; OECD-OPSI, *Innovative Capacity of Governments: A Systemic Framework*, 2022; OECD-OPSI, *Public Sector Innovation Facets. Innovation Portfolios*, 2021; OECD-OPSI, *Government After Shock Recovery Summary Report*, 2021; OECD, *Systemic Thinking for Policy Making: The Potential of Systems Analysis for Addressing Global Policy Challenges in the 21st Century. New Approaches to Economic Challenges*, Paris, 2020. Per un ragionamento meno frettoloso e per coordinate dottrinali ampie e varie mi limito per brevità e rinviare ancora una volta a M. Cafagno, *Principi e strumenti*, cit., 391 ss.

cibernetico affrontato dalla cosiddetta legge di varietà minima necessaria, coniata da Ross Ashby.

Essa insegna che un sistema di controllo deve possedere un grado di varietà non inferiore rispetto al sistema che intende controllare; se vogliamo, ancora più telegraficamente, solo la varietà può controbilanciare la varietà[36].

A partire da questo caposaldo, la letteratura dedita alla gestione della complessità segnala due linee di intervento simmetriche.

In prima battuta rimuovere le complicazioni superflue, semplificare quel che si può semplificare; quindi affrontare la complessità che non può essere eliminata, potenziando e aumentando la varietà del sistema di controllo ([37]).

Fissata l'intuitiva premessa in termini astratti, resta ovviamente la parte difficile: capire quali terapie possano in concreto essere adottate, quali rimedi possano tradurre in pratica l'obettivo di rendere la varietà del sistema amministrativo adeguata a quella dei servizi ecosistemici.

Pretendere di tracciare ora uno statuto operativo compiuto sarebbe velleitario.

Il seguito del lavoro, traendo anche spunto dai documenti sopra richiamati dell'OECD, che invitano a rimodulare l'intervento pubblico guardando all'amministrazione pubblica precisamente come ad un sistema complesso, si accontenterà di focalizzare l'attenzione su tre leve generali.

Per conferire all'analisi un qualche grado di concretezza, il discorso teorico si accompagnerà ad alcuni esempi, che non hanno alcuna pretesa di organicità, ma sono stati selezionati a titolo illustrativo, tra i molti teoricamente adatti e possibili.

3a) *Esplorazione e anticipazione strategica*

La complessità e l'instabilità dei sistemi ambientali – con i loro andamenti non lineari, i loro punti di non ritorno spesso invisibili – rendono illusoria ogni pretesa di previsione deterministica del futuro.

Eppure, proprio questa indeterminatezza radicale rende ancora più cruciale la capacità delle amministrazioni di esplorare sistematicamente futuri possibili, non per pronosticarli con esattezza, ma per prepararsi a navigarli con maggiore consapevolezza.

Non si sta discutendo della capacità di vaticinare – in contraddizione con la premessa dalla quale precisamente muoviamo, cioè la coscienza di un grado irri-

[36] W.R. Ashby, *An Introduction to Cybernetics*, London, 1956, cap. 11 "*Requisite Variety*", 202 ss.; Id., *Requisite Variety and Its Implications for the Control of Complex Systems*, *Cybernetica*, 1958, 1(2), 83 ss.

[37] M. Boisot, B. McKelvey, *Revisiting Ashby's Law of Requisite Variety*, in *The SAGE Handbook of Complexity and Management*, a cura di P. Allen, S. Mguire, B. McKelvey, London, 2011, 279 ss.; A. Gandolfi, *Vincere la sfida della complessità*, Milano, 2008, *passim*

ducibile di incertezza – bensì dell'abilità di costruire una gamma di scenari plausibili, per attrezzarsi ad affrontare eventualità divergenti[38].

Numerosi documenti dell'OCSE identificano questa linea d'azione con il termine *strategic foresight*, e descrivono un repertorio ormai maturo di strumenti e metodi applicativi, concepiti per aiutare le amministrazioni a cogliere i segnali deboli, individuare le variabili chiave del cambiamento, predisporre opzioni per governare possibili discontinuità[39].

La Finlandia offre un esempio maturo di istituzionalizzazione di questa capacità. il *Government Foresight Report* e la complementare Rete Nazionale di *foresight* hanno strutturato l'esercizio di costruzione di scenari con un modello operativo che collega amministrazioni, centri di ricerca, imprese e territori: una «infrastruttura di anticipazione» che abilita correzioni di rotta informate quando cambiano segnali e dati[40].

In Portogallo, il *PlanAPP* – Centro di Competenza per la Pianificazione, le Politiche e la Prospettiva, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – ha il compito di coordinare e di armonizzare i processi di pianificazione strategica, allineando i documenti strategici nazionali e settoriali. RePLAN, la Rete dei Servizi di Pianificazione e Prospettiva, mette i ministeri in condizione di sviluppare una collaborazione interministeriale, pensata per tradurre le strategie in misure "*future-proof*", atte a mantenere efficacia e coerenza anche di fronte a scenari incerti o cambiamenti repentini[41].

L'approccio europeo del *Futures Garden*, lanciato nel 2024 dal Joint Research Centre, porta l'anticipazione strategica in una direzione innovativa attraverso la materializzazione speculativa. Il progetto crea "artefatti dal futuro" – oggetti fisici o digitali che incarnano possibili evoluzioni dei sistemi di governance. Durante *workshop* recenti, partecipanti hanno prototipato oggetti come carte d'identità climatiche basate su crediti di CO_2 e contratti di lavoro algoritmici. Questi "oggetti di confine", come li definisce la sociologia della scienza, funzionano

[38] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges: Working with Change*, cit., 134 ss.; OECD/OPSI, *Anticipatory Innovation Governance - Toolkit & Working Papers*, 2019-2021; Government Office for Science, *The Futures Toolkit: Tools for futures thinking and foresight across UK Government*, London, versione aggiornata 2023-2024: https://www.gov.uk/government/publications/futures-toolkit-for-policy-makers-and-analysts

[39] OECD, *Strategic Foresight Toolkit for Resilient Public Policy*, cit., 14 ss. e *passim*; OECD, *Anticipatory Innovation Governance: Towards a New Way of Governing*, cit., 10 ss. e *passim*; OECD, *Supporting Decision-Making with Strategic Foresight*, cit., 10; OECD and IIASA, *Systemic Thinking for Policy Making*, cit., 34; OECD-OPSI, *Innovative Capacity of Governments: A Systemic Framework*, cit.; OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges*, cit., 45 ss.; OECD-OPSI, *Public Sector Innovation Facets*, cit., 5 ss.

[40] Government of Finland, *Government Foresight Report - VN TEAS 2022*; Government Foresight Network, *The Finnish National Foresight Network*, 2019; Prime Minister's Office, *Operating model for foresight*, 2020, https://vnk.fi/en/foresight.

[41] Su tutto ciò, in maggior dettaglio, OECD, *Strengthening Strategic Planning and the Role of PlanAPP in Portugal*, OECD Public Governance Policy Papers, No. 42, 2023, https://www.oecd.org; OECD, *Supporting Decision-Making with Strategic Foresight*, cit., 18 ss.

da cerniere tra presente e futuro, rendendo tangibili e discutibili scenari altrimenti astratti, permettendo di identificare dilemmi etici, tensioni sociali e criticità regolatorie difficili da anticipare con i tradizionali strumenti di analisi delle politiche[42].

Questa esempi descrivono impalcature di metodo generali, ma non mancano esperienze più direttamente focalizzate su sforzi di anticipazione strategica riguardanti la nostra materia ambientale.

A livello globale, l'*Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* (IPBES) ha sviluppato il *Nature Futures Framework*, per esplorare futuri desiderabili per natura e persone[43].

Il modello esplora percorsi positivi organizzati attorno a tre prospettive valoriali: *Nature for Nature* (valore intrinseco), *Nature for Society* (servizi ecosistemici), e *Nature as Culture* (relazioni reciproche). Applicato nei più diversi contesti regionali, il *framework* aiuta le comunità locali a visualizzare e a pianificare futuri in cui i servizi ecosistemici sono mantenuti o ripristinati[44].

Tra i denominatori comuni alle esperienze appena riportate sta la consapevolezza che l'anticipazione strategica nella governance ambientale non può ridursi ad esercizio tecnocratico ma richiede dinamiche partecipate, processi che mobilitano intelligenza distribuita, valorizzano prospettive multiple, sanno scorrere dalla costruzione di schemi astratti all'intercettazione della varietà delle ricadute concrete delle alternative possibili[45].

3b) Sperimentazione istituzionale e policy labs

Problemi complessi e interdipendenti non possono essere affidati a soluzioni preconfezionate e stereotipate. Occorre piuttosto sviluppare una capacità di sperimentazione graduale e controllata, testando approcci innovativi in contesti delimitati, prima di considerarne l'estensione su scala più ampia[46].

---

[42] V. *Futures Garden Project, About Futures Garden*, all'indirizzo https://www.futuresgarden.eu/about; JRC, European Commission, *Futures Garden - Knowledge4Policy*, all'indirizzo https://knowledge4policy.ec.europa.eu/projects-activities/futures-garden_en; European Commission - Joint Research Centre, *Futures Garden (EU Policy Lab)*, 2022-2024.

[43] Materiali e informazioni sono reperibili sul sito dedicato al *Nature Futures Framework* (NFF), all'indirizzo https://www.naturefuturesframework.org.

[44] Si leggano L.M. Pereira, et al., *Developing multiscale and integrative nature–people scenarios using the Nature Futures Framework*, *People and Nature*, 2020, 2(4), 1172 ss.

[45] L'OECD giustamente segnala che la pluralità delle visioni e dei saperi è antidoto al pensiero uniforme, particolarmente insidioso in situazioni di incertezza radicale; OECD, *Mind shift, green lift: Six behavioural science trends for environmental policy*, cit.; in argomento anche C.R. Allen, D.G. Angeler, C.A. Arnold, B.C. Chaffin, D.A. DeCaro, A.S. Garmestani, L. Gunderson, *Quantifying uncertainty and trade-offs in resilience assessments*, in *Ecology and Society* , 2018, 23, n. 1,

[46] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges: Working with Change*, cit., 59 ss. e *passim*; OECD-OPSI, *Public Sector Innovation Facets. Innovation Portfolios*, cit.; OECD-OPSI, *Innovative Capacity of Governments: A Systemic Framework*, cit.; OECD, *Supporting Decision-Making with Strategic Foresight*, cit., 31 ss.

La logica sperimentale dovrebbe permeare soprattutto la governance dei servizi ecosistemici, dato che le interazioni tra dinamiche naturali e processi sociali generano esiti spesso imprevedibili e legati alle contingenti particolarità del contesto.

L'amministrazione dovrebbe mettere alla prova le soluzioni in ambienti protetti, misurare i risultati attraverso metriche concordate, decidere se consolidare, correggere o abbandonare l'approccio testato.

I *policy labs* rappresentano una delle forme più diffuse di questa sperimentazione, offrendo spazi istituzionali temporanei dove amministrazioni, ricercatori, imprese e cittadini convergono per prototipare soluzioni attraverso cicli rapidi di ipotesi, test e revisione[47].

Il *Copenhagen Solutions Lab* esemplifica l'approccio nel contesto urbano. Istituito come piattaforma per l'innovazione nelle smart cities, il laboratorio ha promosso progetti pilota su sistemi intelligenti per la gestione della mobilità urbana, l'illuminazione pubblica adattiva e l'uso di open data per migliorare i servizi municipali. Le sperimentazioni sono state realizzate in collaborazione con imprese, università e cittadini, con l'obiettivo di ridurre la congestione, migliorare la qualità ambientale e ottimizzare l'efficienza energetica[48].

Una forma più strutturata di sperimentazione è rappresentata dalle *regulatory sandboxes*, spazi normativi controllati dove soluzioni innovative possono essere testate con regole semplificate sotto supervisione pubblica[49]. A differenza dei *policy labs*, le *sandbox* operano come vere e proprie zone franche temporanee con effetti regolatori immediati: sospendono selettivamente normative esistenti, elaborano dettami appositi, definiscono parametri di rischio accettabile, stabiliscono metriche di successo e permettono aggiustamenti in corso d'opera[50].

Ancora, la dimensione sperimentale è congenita alle metodologie suggerite dagli studi comportamentali e applicate dalle *nudge units*, diffuse nelle amministrazioni di molti paesi piccoli cambiamenti nell'«architettura delle scelte» (informazioni, tempistiche, default) consentono di testare come cittadini e operatori reagiscono alle politiche[51].

---

[47] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges*, cit., 82 ss. e *passim*; si vedano anche le informazioni e i materiali di European Commission – Joint Research Centre, *EU Policy Lab*, all'indirizzo https://policy-lab.ec.europa.eu/; M. Fuller, A. Lochard, *Public policy labs in European Union Members States*, Luxembourg, 2016, al momento rinvenibile qui: https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC102665.

[48] M. Fuller, A. Lochard, *Public policy labs in European Union Members States*, cit., 8 ss.; per informazioni ulteriori, https://cphsolutionslab.kk.dk/.

[49] Tra i prototipi che hanno avviato questo modello di intervento, la *Financial Conduct Authority* britannica; in tema OECD, *Regulatory Experimentation*, cit., 14 ss.

[50] OECD, *Regulatory Experimentation*, cit., 6 ss.; OECD-OPSI, *Innovative Capacity Framework*, cit., 21; OECD-OPSI, *Systemic Thinking for Policy Making*, cit., 42; OECD, *Regulatory Sandbox Toolkit A Comprehensive Guide for Regulators to Establish and Manage Regulatory Sandboxes Effectively,* Technical Paper, July 2025

[51] OECD, *Behavioural Insights and Public Policy*, Paris, 2017; J. Dessart, J.L. Sousa, S.R. Almeida, E. Ciriolo, *Behavioural Insights Applied to Policy*, Luxembourg, 2016; M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral*

Le applicazioni, precisamente imperniate sul ciclo *Test-Learn-Adapt*[52] hanno ampiamente interessato la materia della tutela dei servizi e delle risorse ecosistemiche, ad esempio nei settori del risparmio energetico, della raccolta differenziata, della mobilità, delle iniziative propedeutiche al raggiungimento della neutralità climatica[53].

3c) *Apprendimento incorporato*

Dato che nei sistemi complessi i problemi evolvono continuamente, soluzioni concepite come definitive rischiano abitualmente l'insuccesso.

Alle prese con la complessità, l'amministrazione dovrebbe invece integrare meccanismi di osservazione e correzione nei propri processi decisionali, sviluppando una "memoria attiva", una capacità di trasformare regolarmente le osservazioni in apprendimento[54].

Il passaggio dal provvedimento puntuale al ciclo "decisione-monitoraggio-aggiustamento" delinea un diverso modo di concepire l'azione amministrativa, che l'OECD giustamente caldeggia come fattore di innalzamento dell'efficacia dell'intervento pubblico[55].

La centralità dell'apprendimento emerge con particolare evidenza nella gestione dei servizi ecosistemici, che per loro natura rispondono dinamicamente a molteplici fattori aleatori, come perturbazioni ecologiche, pressioni antropiche, cambiamenti non lineari.

L'esperienza insegna che un piano di gestione forestale o una strategia di conservazione non forniti di dispositivi di aggiustamento basati sul monitoraggio rischiano una obsolescenza precoce.

Insights, cit., *passim*.

[52] UK Cabinet Office - Behavioural Insights Team, *Test, Learn, Adapt: Developing Public Policy with Randomised Controlled Trials*, London, 2012.

[53] P. Bujold, M. Pascual, E. Thulin, E*xpanding Beyond Nudge: Experiences Applying Behavioral Science for Comprehensive Social Change*, in Aa.Vv., *Behavioral Public Policy in a Global Context*, cit., 205 ss.; OECD, Tac*kling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights*, Paris, 2017; T. Park, K. Londakova, I. Brennan, A. Schein, J. Reynolds, E. Whincup, E. Chan, M. Pelenur, D. Halpern, *How to Build a Net Zero Society. Using Behavioural Insights to Decarbonise Home Energy, Transport, Food, and Material Consumption*, T 2023, https://www.bi.team/; Rare - Behavioural Insights Team, *Behavior Change For Nature: A Behavioral Science Toolkit for Practitioners*, Arlington, VA, Rare, 2019.

[54] D. Armitage, M. Marschke, R. Plummer, *Adaptive co-management and the paradox of learning*, *Global Environmental Change*, 2008, 18(1), 86 ss.; K. Lee, *Compass*, cit., *passim*; una riflessione sull'esigenza pressante di trovare modi nuovi di coniugare teorizzazione giuridica ed approccio empirico richiederebbe un saggio a se' stante e uno spazio del quale ora non disponiamo; mi limito peranto ad un cenno di rimando a Aa.Vv., *Evidence-based Policy!*, a cura di G. De Blasio, A. Nicita, F. Pammolli, Bologna, 2021; R.M. Lawless, J.K. Robbennolt, T.S. Ulen, *Empirical Methods in Law*, 2016.

[55] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges: Working with Change*, Paris, 2017

In breve, un'amministrazione adattiva integra i *feedback* nei processi decisionali[56].

Rendere visibili i dati, discuterli periodicamente, autorizzare la riallocazione delle risorse già durante l'attuazione, sono espedienti conformi all'impostazione[57].

La digitalizzazione offre in materia opportunità ancora largamente inesplorate[58].

La costruzione di spazi di interlocuzione stabile con la società civile, anche attraverso schemi e percorsi partecipativi che le norme non hanno preventivamente formalizzato, ma che un'amministrazione lungimirante può allestire, è fonte irrinunciabile del tipo di apprendimento del quale andiamo discorrendo[59].

Il filo rosso che ha legato i vari paragrafi che precedono è che in contesti decisionali incerti e difficili, i valori dell'amministrazione non possono essere assicurati da automatismi procedurali o gerarchie statiche; richiedono invece una costante capacità di anticipare, testare, apprendere, all'occorrenza correggere la mira[60].

---

[56] OECD, *Innovative Capacity of Governments: A Systemic Framework*, cit., 9 ss.; B. Walker, D. Salt, *Resilience Thinking: Sustaining Ecosystems and People in a Changing World*, Washington D.C., 2006, spec. cap. 5-6.

[57] OECD, *Innovative Capacity of Governments: A Systemic Framework*, ult. cit. *ibidem*; OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges*, cit., 21 ss.; OECD, *Adaptive Innovation*, cit. 6 ss. Un esempio interessante è offerto dai *Reef Report Cards* australiani, che raccolgono in valutazioni pubbliche unitarie monitoraggi indipendenti, statali, scientifici e comunitari; l'originalità del caso sta nell'aver reso la ridondanza una architettura stabile, e non un sovraccarico casuale di controlli; cfr. Queensland Government, *Reef Water Quality Report Cards (2017-2024), Reef 2050 Plan*, Brisbane; sul ruolo e sull'importanza dei dati e degli indicatori nella governance ambientale, in generale, D. ESTY, *Red Lights to Green Lights: From 20th Century Environmental Regulation to 21st Century Sustainability*, *Environmental Law*, 2017, 1 ss.

[58] Tra i molti possibili riferimenti, di veda il n. 4/2024 della rivista *Ecoscienza*, interamente dedicato a *Intelligenza artificiale e controllo ambientale*, online all'indirizzo https://www.arpae.it; in tema di *digital twins* – repliche digitali dinamiche di sistemi fisici alimentate da flussi di dati osservativi e modelli, utili per simulazioni in tempo quasi reale e apprendimento adattivo – M. Grieves, J. Vickers, *Digital Twin: Mitigating Unpredictable, Undesirable Emergent Behavior in Complex Systems*, in *Transdisciplinary Perspectives on Complex Systems: New Findings and Approaches*, a cura di F.-J. Kahlen, S. Flumerfelt, A. Alves, Cham, 2017, 85 ss.; per una cornice generale sulle infrastrutture digitali ambientali: UNEP, *The Case for a Digital Ecosystem for the Environment*, 2019, all'indirizzo https://www.un-spbf.org/wp-content/uploads/2019/03/Digital-Ecosystem-final.pdf; la letteratura più ampiamente dedita al tema generale della digitalizzazione e del ricorso all'IA, in diritto amministrativo, vive oggi una stagione esplosiva; tra i molti lavori, P. Forte, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: dal paradigma burocratico a quello sistemico*, *Dir. amm.*, 2021, 3, 579 ss.; B. Marchetti, *L'amministrazione digitale: principi, strumenti, limiti*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2, 501 ss.

[59] G. Pericu, *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 934: «Il riconoscere spazi significativi e non preventivamente definiti da regole confligge con la prioritaria esigenza di pervenire a una decisione e non restare invischiati in meccanismi partecipativi sostanzialmente paralizzanti. Tuttavia, se è corretto ritenere che nella realtà solo le scelte effettivamente condivise abbiano la possibilità di essere portate a compimento, la prospettiva si capovolge. È amministratore avveduto chi si preoccupa di sentire le esigenze dei cittadini e cerca di costruire le proprie scelte in modo che possano essere accettate se non dalla totalità dalla maggioranza degli interessati». Si veda anche, molto in anticipo sui tempi, G. Pericu, *Energia e ambiente*, cit., 540 s.

[60] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges. Working with Changes*, cit., 43 ss. e *passim*; A.F. De Toni, *Decalogo della complessità. Agire, apprendere e adattarsi nell'incessante divenire del mondo*, Milano, 2024, spec. 15 ss.

La prospettiva invita a scorrere dall'idea di un'amministrazione organizzativamente chiusa, disciplinata da norme, all'immagine di un sistema relazionale e riflessivo, che si interconnette con un tessuto sociale in continuo movimento[61].

Le funzioni pubbliche evolvono da attribuzioni statiche a capacità dinamiche, chiamate ad organizzarsi e riorganizzarsi al cospetto dei problemi[62]. Un'amministrazione così concepita non si limita a eseguire compiti predefiniti; facilita connessioni, promuove processi, genera valore pubblico manovrando la "geometria" delle interazioni[63]; è guidata da una riflessività situata[64], da una logica procedurale, che fa della decisione pubblica l'esito di un dialogo con il contesto (più che un costrutto concettuale) nutrito da sperimentazioni, aggiustamenti graduali, dati tecnici, esperienze vissute, feedback degli utenti e saperi locali[65].

Lo sguardo si sposta dalla procedura al processo d'insieme: dalla sequenza rigida di adempimenti a un ciclo adattivo, aperto, fondato sull'apprendimento, ove la presunzione del controllo, velleitaria al cospetto di incertezze irriducibili, cede il passo all'obiettivo di accrescere la capacità di ascoltare, decifrare, all'occorrenza correggere, man mano che le esperienze e le informazioni si accumulano.

Il cosiddetto "*adaptive management*" incarna un tentativo ormai ben collaudato di tradurre in pratica questo diverso modo di concepire l'amministrazione, che in materia ambientale in qualche modo assembla in un metodo e in un modello operativo strutturato le linee d'azione sin qui esaminate partitamente.

4. *Una formula di sintesi:* adaptive management

La gestione adattativa dell'ambiente, spiega una letteratura che combina la teoria con solide analisi empiriche, invita a concepire le politiche e le scelte istituzionali come ipotesi da testare attraverso repliche e comparazioni, come momen-

[61] OECD and IIASA, *Systemic Thinking for Policy Making*, cit., *passim*; si tratta di una prospettiva che si ritrova ad esempio in D. D'Orsogna, *Coalescenze della funzione amministrativa*, *CERIDAP*, 2024, 2, 1 ss.; Id., *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005; F. De Leonardis, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, cit.; H. Gosnell, B.C. Chaffin, J.B. Ruhl, C.A. Arnold, R.K. Craig, M.H. Benson, A. Devenish, *Transforming (perceived) rigidity in environmental law through adaptive governance: a case of Endangered Species Act implementation*, in *Ecology and Society*, 2017, 22, n. 4; M. Monteduro, *From Agroecology and Law to Agroecological Law?,* cit., 57 ss.

[62] Si veda ancora D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, cit., *passim*

[63] G. Pericu, *Esperienze di un amministratore giurista*, in *Scritti Scelti*, cit., 944 ss.

[64] D.A. Schön, *The Reflective Practitioner*, New York, 2016, 76 ss. e *passim*

[65] H.A. Simon, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, 1984 (trad. it. di *Reason in Human Affairs*, Stanford, 1983), 76 ss. e *passim*; J.G. March, *Prendere decisioni*, Bologna, 1998 (trad. it. di *A Primer on Decision Making*, New York, 1994), *passim*; J.G. March, H.A. Simon, *Teoria dell'organizzazione*, Milano, 1996 (trad. it. di *Organizations*, New York, 1958), *passim*.

ti interlocutori di un processo dinamico di sperimentazione, piuttosto che come stabili punti di arrivo[66].

L'ossatura del metodo rovescia la sequenza classica regola-attuazione-controllo: le decisioni divengono ipotesi, i programmi sono disegnati per apprendere e i feedback spingono a riformulare obiettivi e strumenti[67].

Schematizzando, punto di partenza è il coinvolgimento degli stakeholder, per definire insieme il problema e gli obiettivi di gestione, scremati affinchè risultino chiari e misurabili.

Si passa quindi all'individuazione delle possibili alternative, ciascuna accompagnata da modelli predittivi che ne illustrano le ipotesi di funzionamento.

Le azioni vengono quindi attuate e i loro effetti osservati attraverso un monitoraggio mirato, pensato non solo per valutare l'efficacia immediata, ma anche per produrre dati utili all'apprendimento.

Segue la fase di valutazione, in cui i risultati reali vengono confrontati con quelli attesi, così da riconoscere errori, sorprese o nuove conoscenze.

Infine, le strategie vengono corrette e adattate sulla base di quanto appreso, riaprendo il ciclo in un processo iterativo che istituzionalizza la capacità di apprendere dall'esperienza[68].

Compendiando le tre leve sistemiche – esplorazione, sperimentazione, apprendimento – *l'adaptive management* non punta ad eliminare l'incertezza, bensì a navigarla produttivamente.

---

[66] *Adaptive Environmental Assessment and Management,* a cura di C.S. Holling, Wiley, Chichester, 1978; B.C. Chaffin, H. Gosnell, B.A. Cosens, *A Decade of Adaptive Governance Scholarship: Synthesis and Future Directions*, *Ecology and Society*, 19(3), 2014, art. 56; D.A. De Caro, B.C. Chaffin, E. Schlager, A.S. Garmestani, J.B. Ruhl, *Legal and institutional foundations of adaptive environmental governance,* in *Ecology and Society*, 2017, 22, n. 1, art. 32; C. Folke, T. Hahn, P. Olsson, J. Norberg, *Adaptive Governance of Social-Ecological Systems*, *Annual Review of Environment and Resources*, 30, 2005, 441 ss.; A.S. Garmestani, C.R. Allen, C.A. Arnold, *Adaptive Management of Social-Ecological Systems*, Dordrecht, 2015; K.N. Lee, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, cit., *passim*; Id., *Appraising Adaptive Management*, in *Conservation Ecology*, 1999, vol. 3 n. 2, 3 ss.; J.B. Ruhl, *General Design Principles for Resilience and Adaptive Capacity in Legal Systems – With Applications to Climate Change Adaptation*, in *North Carolina Law Review*, 89 (2011), 1373 ss.; J.B. Ruhl, *Adaptive Management and the Future of Environmental Law*, in *Duke Environmental Law & Policy Forum*, 18 (2008), 475 ss.; U.S. Department of the Interior, *Adaptive Management Working Group, Adaptive Management: The U.S. Department of the Interior Technical Guide*, Washington (DC), 2009; U.S. Department of the Interior, *Adaptive Management Working Group, Adaptive Management: The U.S. Department of the Interior Applications Guide*, Washington (DC), 2012; C.J. Walters, *Adaptive Management of Renewable Resources*, New York, 1986.

[67] C.S. Holling, *Adaptive Environmental Assessment and Management*, cit.; K.N. Lee, *Compass and Gyroscope*, cit.

[68] Per l'inquadramento analitico delle varia fasi, si torni, a U.S. Department of the Interior, *Adaptive Management Working Group, Adaptive Management: The U.S. Department of the Interior Technical Guide*, cit.; nonché ai saggi contenuti in A.S. Garmestani, C.R. Allen, C.A. Arnold, *Adaptive Management of Social-Ecological Systems*, cit.

L'esplorazione l'accetta, mappando futuri multipli invece di predirne uno solo. La sperimentazione la riduce, testando ipotesi in contesti controllati. Il processo di apprendimento la gestisce, incorporando aggiustamenti continui.

Non si tratta semplicemente di un metodo per prova ed errori, alla stregua del quale un'ipotesi viene collaudata e quindi scartata, se non soddisfa condizioni prestabilite, per lasciare spazio alla verifica dell'ipotesi successiva. Il cambiamento, l'esito inaspettato, in una gestione adattativa temperata da regole prudenziali, non vanno percepiti come incidenti o fallimenti, ma come fonti preziose di nuova conoscenza, che le istituzioni dovrebbero prontamente raccogliere e valorizzare[69].

La differenza rispetto ai molti tentativi di coordinamento e pianificazione flessibile già sperimentati nel contesto italiano – si pensi alle nostre autorità di bacino o ai contratti di fiume, a titolo puramente esempificativo[70] – non sta soltanto negli strumenti, quanto soprattutto nell'ideologia ispiratrice.

L'adaptive management non si prefigge semplicemente di perfezionare la raccolta dei dati, sino a raggiungere un quadro completo, ma calcola consapevolmente di agire in condizioni di conoscenza parziale, strutturando però l'azione come processo di apprendimento continuo.

Le scelte assumono così il significato di ipotesi operative da verificare attraverso monitoraggio sistematico. L'errore (purché non esiziale) non rappresenta necessariamente un fallimento o un incidente da evitare a qualunque costo, ma fonte di informazione preziosa, a patto che emerga in contesti controllati e reversibili. Il piano dismette la funzione di documento che cristallizza la visione per evolvere in framework che matura incorporando nuove conoscenze.

Il *Comprehensive Everglades Restoration Plan* (CERP) è uno dei più vasti progetti di ripristino ambientale mai realizzati, avviato ufficialmente nel 2000 con un investimento stimato in oltre 10 miliardi di dollari e un orizzonte pluridecennale.

Il piano mira a ristabilire i flussi naturali delle acque nell'ecosistema delle Everglades, compromesso da decenni di drenaggi, urbanizzazione e conversione agricola, bilanciando le esigenze ambientali con quelle di approvvigionamento idrico per milioni di residenti e per l'agricoltura della Florida.

In questo contesto, la gestione adattativa è stata formalmente incorporata, attraverso cicli che prevedono sperimentazioni pilota (come invasi, bacini di ritenzione, paratoie mobili), monitoraggi dettagliati con sensori ambientali,

---

[69] K.N. Lee, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, cit., *passim* e 51 ss.; in termini generali, sul valore evolutivo della capacità di sfruttare gli errori, E. Weizsacker, C. Weizsacker, *Come vivere con gli errori? Il valore evolutivo degli errori*, in Aa.Vv., *Physis: abitare la terra*, a cura di M. Ceruti, E. Laszlo, Milano, 1988, 126 ss.

[70] In materia, tra i vari contributi, *I contratti di fiume*, a cura di S. Bastiani, Palermo, 2011; C. Leone, *I contratti di fiume negli argini del diritto amministrativo*, Napoli, 2024

momenti di consultazione pubblica e tavoli di confronto con stakeholder locali e tribù native. L'intento era quello di verificare, passo dopo passo, se confermare, correggere o interrompere le misure intraprese, in un quadro decisionale che si sarebbe dovuto distribuire in base alle nuove informazioni emergenti[71].

Il *Delta Programme* nei Paesi Bassi rappresenta un altro caso istruttivo di governance adattativa istituzionalizzata: non si tratta di un piano, ma di un programma permanente che integra misure di difesa idraulica, gestione del rischio di inondazione e adattamento climatico, coordinato da un Commissario nazionale e aggiornato annualmente tramite il *Delta Report* presentato al Parlamento.

Il modello incorpora il principio "visione lunga, azione passo-passo", coniugando obiettivi al 2050 con revisioni annuali, necessarie al tempestivo e dinamico adeguamento ai cambiamenti climatici e alle nuove informazioni. Questa architettura ha reso il programma un riferimento internazionale per la capacità di tradurre l'adaptive management in struttura istituzionale permanente[72].

Similmente, nel programma costaricano di Pagamenti per Servizi Ambientali, ogni espansione è stata concepita come esperimento pilota, seguito da monitoraggio, valutazione e, se del caso, estensione su scala più ampia.

Dopo un quarto di secolo questo approccio ha contribuito in modo significativo a trasformare il Costa Rica da caso di deforestazione accelerata a modello globale di conservazione. Il percorso non si è svolto attraverso un piano perfetto eseguito linearmente, ma mediante aggiustamenti continui e progressivi, basati su apprendimento sistematico e su un adattamento istituzionale costante.

5. *Conclusioni in controluce*

Se conveniamo che l'amministrazione debba coltivare capacità sistemiche di adattamento per governare la complessità ambientale, occorre riflettere su come questa esigenza possa comporsi con categorie giuridiche fondamentali quali legalità, certezza del diritto e responsabilità.

La tensione tra stabilità normativa e flessibilità operativa non ammette soluzioni semplicistiche.

---

[71] National Research Council, *Progress Toward Restoring the Everglades: The Fourth Biennial Review*, Washington D.C., 2012, specialmente cap. 2; Comprehensive Everglades Restoration Plan - U.S. Army Corps of Engineers e South Florida Water Management District, *Comprehensive Plan*, 2000, ES-1 ss., disponibile su: www.evergladesrestoration.gov.

[72] OECD, *Systems Approaches to Public Sector Challenges*, 2017, 55; P.J.T.M. Bloemen, T. Reeder, C. Zevenbergen, J. Rijke, A. Kingsborough, M. van der Steen, P.J. Ward, *DMDU into practice: Adaptive Delta Management in The Netherlands*, *Decision Making under Deep Uncertainty: From Theory to Practice*, a cura di V.A.W.J. Marchau, W.E. Walker, P.J.T.M. Bloemen, S.W. Popper, Cham, 2019, 425 ss.; altre informazioni e materiali al momento disponibili all'indirizzo https://english.deltaprogramma.nl/.

La garanzia della funzione guida della norma, rispetto al potere pubblico, non è naturalmente rinunciabile.

Si tratta di comprendere come questa guida possa evolvere, facendosi struttura per l'apprendimento e l'adattamento dell'azione amministrativa, piuttosto che suo binario, scorrendo da prescrizioni statiche che anticipano ogni possibile scenario, a *framework* dinamici che definiscono obiettivi, indicatori di performance, punti di verifica e meccanismi di aggiustamento.

Non si tratta di immaginare una legalità liquida o perpetuamente mutevole – prospettiva che giustamente inquieterebbe qualsiasi giurista – quanto piuttosto di riconoscere che il legislatore potrebbe, in determinati ambiti e con appropriate garanzie, prevedere meccanismi di adattamento controllato.

Ad esempio clausole di revisione periodica basate su evidenze, autorizzazioni a sperimentazioni limitate e reversibili, spazi normativi protetti per testare innovazioni, come nel modello delle *sandbox,* potrebbero dar vita, se opportunamente declinati, ad un tentativo fruttuoso di conciliare stabilità e malleabilità, senza sacrificare il principio di legalità[73].

La funzione della norma, in tale contesto, non si tradurrebbe nella controvertibile pretesa di prestabilire i passi dell'esecuzione, ma progredirebbe nel compito di segnare il perimetro di uno spazio di possibilità che spetta all'amministrazione esplorare[74].

In questa prospettiva la certezza del diritto – secondo avamposto irrinunciabile – senza recedere dovrebbe tuttavia articolarsi su piani diversi: certezza sui principi e sugli obiettivi, certezza sui processi decisionali e di revisione, certezza sui meccanismi di controllo e di accountability, garanzie sulla prevedibilità e trasparenza dei processi attraverso cui eventuali adattamenti vengono valutati e implementati, piuttosto che sull'implausibile e forse controproducente immutabilità delle regole finali.

Analogamente, la disciplina delle responsabilità (nelle sue varie espressioni) dovrebbe parametrarsi, oltre che ai tradizionali criteri di conformità procedurale, a indicatori ecosistemici e, cosa importante, non dovrebbe mortificare la capacità di imparare, con la consapevolezza che in sistemi complessi – come abbiamo

---

[73] J. Ebbesson, *The Rule of Law in Governance of Complex Socio-Ecological Changes*, cit., 414 ss.; D.A. De Caro, B.C. Chaffin, E. Schlager, A.S. Garmestani, J.B. Ruhl, Leg*al and Institutional Foundations of Adaptive Environmental Governance,* cit.

[74] G. Pericu, A. Leiss, *Genova nuova. La città e il mutamento*, Roma, 2007, 103: «per un pubblico amministratore il rispetto della legge rappresenta un obbligo anche morale ineludibile […] Rispettare la legge non significa, tuttavia, sviluppare le sole attività che la legge espressamente autorizza […]. L'amministratore che si limitasse a operare solo dando concreta attuazione a quanto previsto dalle leggi avrebbe ben limitati spazi di attività e di fatto rinuncerebbe a molti possibili obiettivi». Considerazioni convergenti in G. Pericu, *Esperienze di un amministratore giurista*, in *Scritti Scelti*, cit., 944; Id., *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato*, in *Scritti Scelti*, cit., 613 ss.

visto – un certo margine di errore controllato può essere parte di un percorso di apprendimento complessivamente virtuoso e ineludibile, purché adeguatamente monitorato e rettificato.

Si tratta, in definitiva, della ricerca di un equilibrio delicato, che richiede attenzione costante per non scivolare né verso un formalismo paralizzante né verso una flessibilità che mini le fondamenta dello stato di Diritto[75].

Le stesse esperienze popolari sopra ricordate testimoniano tutta la difficoltà del bilanciamento: *l'Everglades Restoration* ha incontrato nella fase di implementazione resistenze istituzionali che hanno frenato il potenziale sperimentale ([76]); il *Delta Programme*, pur rappresentando un modello avanzato di governance adattativa, soffre della lentezza dei processi di revisione e di una certa dipendenza da percorsi già tracciati[77]; il programma costaricano di PES, pur avendo conseguito risultati importanti di conservazione, ha dovuto misurarsi con problemi di finanziamento e di allocazione equa ed efficiente delle risorse[78].

Va riconosciuto con realismo che l'approccio adattativo presuppone condizioni impegnative, tutt'altro che scontate: competenze specifiche, strutture organizzative solide, risorse sufficienti, capacità di processare dati e di imparare anche dalle crisi[79].

La formazione del personale amministrativo diventa quindi elemento critico, richiedendo non solo aggiornamento tecnico ma un ripensamento culturale: dalla logica del controllo a quella della facilitazione, dalla specializzazione settoriale alla collaborazione intersettoriale, dalla conformità formale all'apprendimento continuo[80].

---

[75] J.B. Ruhl, *Regulation by Adaptive Management - Is it Possible?*, cit.; B.A. Cosens, R.K. Craig, S.L. Hirsch, C.A. Arnold, M.H. Benson, D.A. De Caro, A.S. Garmestani, H. Gosnell, J.B. Ruhl, E. Schlager, *The role of law in adaptive governance*, in *Ecology and Society*, 2017, 22, n. 1, art. 30; R.K. Craig, A.S. Garmestani, C.R. Allen, C.A. Arnold, H. Birgé, D.A. DeCaro, A.K. Fremier, H. Gosnell, E. Schlager, *Balancing Stability and Flexibility in Adaptive Governance: an Analysis of Tools Available in U.S. Environmental Law*, in *Ecology and Society*, 22 (2017), n. 2, art. 3; per un'analisi del sindacato che la giurisprudenza statunitense ha esercitato sulle pratiche amministrative di *adaptive management*, R.L. Fischman, J.B. Ruhl, *Judging Adaptive Management Practices of U.S. Agencies*, *Conservation Biology*, 2016, v. 30 no. 2, 268 ss., visionabile all'indirizzo https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2992.

[76] L.H. Gunderson, S.S. Light, *Adaptive management and adaptive governance in the Everglades, Policy Sciences*, 2006, 39, 323 ss.; A.S. Garmestani, C.R. Allen, C.A. Arnold, *Adaptive Management of Social-Ecological Systems*, cit., *passim.*

[77] B. De Botselier, L. Groen, J. Hugé, D. Huitema, *Explaining the Adaptation Gap in Dutch Coastal Risk Management Through Lock-in Mechanisms, in Regional Environmental Change*, 2025, 25(3), art. 86.

[78] S. Pagiola, *Payments for environmental services in Costa Rica, Ecological Economics*, 2008, 65(4), 712 ss.; altre criticità evidenziate da R.A. Arriagada, E.O. Sills, P.J. Ferraro, S.K. Pattanayak, *Do Payments Pay Off? Evidence from Participation in Costa Rica's PES Program*, in *PLOS ONE*, 2015, 10, n. 7, art. e0131544.

[79] Ulteriori riferimenti in M. Cafagno, *Principi*, cit., 266 ss.

[80] OECD, *Skills for a High Performing Civil Service*, Paris, 2017, 67 ss.; S. Nooteboom, P. Marks, *Adaptive Networks as Second Order Governance Systems*, *Systems Research and Behavioral Science*, 2010, 27(1), 61 ss.; sul tema generale e sempre cruciale Della formazione dei funzionari pubblici, S. Battini, *Il personale*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2019, 157 ss.

La contingente debolezza degli apparati pubblici e la complessità ambientale rendono illusoria ogni aspettativa di cambiamento repentino e generalizzato.

Ma non è necessario inseguire l'utopia di un'improvvisa metamorfosi dell'amministrazione.

Le tre dimensioni esaminate – anticipazione strategica, sperimentazione istituzionale, apprendimento continuo – possono essere sviluppate progressivamente attraverso progetti pilota che, se efficaci, inneschino processi di apprendimento e diffusione incrementale.

Come si è già notato, il caso sopra ricordato del Costa Rica, nelle sue componenti più incoraggianti, illustra questo tipo di traiettoria. Il programma di pagamenti per servizi ambientali, avviato nel 1997 come schema uniforme di protezione forestale, si è evoluto in venticinque anni verso un sistema articolato che differenzia pagamenti per tipo di servizio, area geografica e qualità ecologica.

Questa evoluzione non è stata frutto di un disegno iniziale onnicomprensivo e consapevole, ma di sperimentazioni progressive: l'inclusione dell'agroforestazione, i contratti collettivi per piccoli proprietari, l'applicazione della *blockchain* sono stati testati localmente, valutati e solo successivamente estesi. Gli errori – pagamenti inizialmente inadeguati, meccanismi di verifica troppo onerosi – non sono affatto mancati ma, emersi nelle fasi pilota, hanno informato gli aggiustamenti successivi, senza compromettere l'intero sistema.

Il percorso verso un'amministrazione capace di governare la complessità ecosistemica si configura quindi non come improbabile rivoluzione ma come evoluzione possibile: un processo di innovazione distribuita che, partendo da esperienze circoscritte ma replicabili, costruisca progressivamente nuove capacità istituzionali.

È in questo spirito, a mio avviso, che una revisione del Codice dell'Ambiente dovrebbe includere istituti e principi espliciti di governance adattativa dei servizi ecosistemici.

Maurizio Cafagno - Abstract

Amministrazione pubblica dell'ambiente come dialogo tra sistemi complessi

Una tensione profonda attraversa il diritto ambientale contemporaneo; essa nasce dall'incontro tra due dimensioni apparentemente inconciliabili: da un lato, la fluidità continua degli ecosistemi, con le loro dinamiche non lineari, le loro soglie critiche, i loro equilibri multipli; dall'altro, l'architettura formale del diritto amministrativo, costruita su categorie discrete, procedimenti sequenziali, competenze delimitate. Questa tensione reca insita una sfida epistemologica difficile: capire come un sistema di regole, necessariamente finito e strutturato, possa fronteggiare la complessità inesauribile del mondo naturale. I servizi ecosistemici rappresentano un caso paradigmatico: non sono beni tradizionali, eppure generano valore; non sono prestazioni contrattuali, eppure sostengono l'economia; emergono da processi ecologici che operano su scale temporali e spaziali multiple, ma richiedono decisioni amministrative immediate e confinate. Il contributo si produce nello sforzo di coniugare teoria dei sistemi complessi e diritto amministrativo per tracciare le linee di fondo di un modello di *governance* che sia capace di integrazione, flessibilità e resilienza. L'analisi propone un'idea di amministrazione ambientale che, rispecchiandosi nel proprio oggetto, assume a propria volta i connotati di un sistema adattativo complesso, chiamato a co-evolvere con gli ecosistemi tutelati, grazie a forme di governance policentrica, partecipativa, in continuo apprendimento.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 127-145

Articoli e saggi

«Tu chiamale, se vuoi, emozioni»* (dalla immedesimazione organica al *bias* cognitivo)**

Nino Paolantonio

Sommario: 1. La genesi di questo lavoro. – 2. La nascita del dogma della immedesimazione organica. Critica. – 3. L'apoteosi della spersonalizzazione del funzionario: Giorgio Berti. Critica. – 4. L'affinamento dei contemporanei: Giannini e Marongiu. Nel solco della tradizione. – 5. La manualistica (cenni). – 6. L'istituto di *common law* dell'*apparent bias*. – 7. I *bias* cognitivi ed il *debiasing* applicati allo studio dell'organizzazione e dell'azione della pubblica amministrazione. – 8. Conclusioni e prospettiva di studio.

1. *La genesi di questo lavoro*

Il tema della applicazione dell'intelligenza artificiale ai modi di essere dell'amministrazione, in senso soggettivo ed oggettivo, ha affascinato (e talora abbacinato) in tempi piuttosto recenti molti studiosi di diritto amministrativo, tra cui il sottoscritto[1], estendendosi dai territori di principale ed originaria elezione (il diritto privato, la filosofia del diritto e la sociologia giuridica) agli studi sull'amministrazione pubblica: monografie, saggi ed articoli occupano scaffali di librerie ed archivi di letteratura scientifica su tale postmoderno scientifico.

In molti di questi lavori parti più o meno ampie della trattazione sono dedicate alle interferenze dell'utilizzo della logica algoritmica sui modelli decisionali burocratici, insistendo quasi tutti sulla esigenza – avvertita anche in una recente

* G. Rapetti (in arte Mogol), *Emozioni*, Numero Uno, 1970.

** Questo lavoro è destinato ad una raccolta di scritti in onore di Alfredo Contieri.

[1] Mi permetto segnalare i miei *Il potere discrezionale della pubblica automazione: sconcerto e stilemi (sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, 813 ss., e *Provvedimento amministrativo e sindacato di legittimità*, ivi, 2024, 515 ss. Nel primo studio v'è una rassegna critica piuttosto nutrita dei principali lavori in tema di intelligenza artificiale e diritto amministrativo pubblicati nella seconda decade di questo millennio; nel secondo si abbozza il tema oggetto di queste pagine.

legge di delega[2] – di circoscriverne l'applicazione alla sola attività vincolata, non potendosi lasciare alla macchina mano più o meno libera nell'adozione di soluzioni involgenti valutazioni, segnatamente di opportunità. Queste interessanti e secondo me condivisibili osservazioni mi hanno condotto a trarre una parziale conclusione: se la funzione è espressione della dinamica della produzione, a sua volta legittimantesi nel fenomeno o principio organizzativo, probabilmente è proprio all'organizzazione dei pubblici apparati che è utile guardare per indagare se ed in che termini esista un distinguo più o meno superabile, almeno allo stato delle conoscenze, tra modo di decidere, rispettivamente, umano ed artificiale. A mio modo di vedere, se la decisione è, secondo l'ultrasecolare pensiero corrente, imputata direttamente all'ente, alla persona giuridica, insomma alla pubblica amministrazione soggettivata, nascondendosi lo stato psichico dei funzionari dietro il velo dell'irrilevante, steso sulla struttura entificata, se ne trae che essa decisione non può dirsi influenzata dagli stati emotivi del funzionario umano: esattamente come per la macchina. Gli stati emotivi del burocrate fanno allora la differenza? Possiamo immaginare cioè che il provvedimento discrezionale non è replicabile – ad oggi – dalla macchina proprio perché la decisione oggettivata è frutto anche di una dinamica cognitivo-comportamentale esclusiva dell'essere umano (il che la teoria della immedesimazione organica esclude)?

Dare una risposta a questa domanda ha evidentemente un senso soltanto se si inizia ad archiviare la solo apparentemente immarcescibile teoria della immedesimazione del titolare dell'organo nell'ente.

Detto in altro modo, in attesa che la scienza ci dimostri (se potrà) che anche le macchine possono sentire emozioni, mi pare interessante iniziare a riflettere se sia possibile ripensare ed abbandonare la teoria organica che ancora oggi, con alcune varianti, trasmettiamo agli studenti con il corredo della immedesimazione, immaginando viceversa se possa essere utile e ancor prima ammissibile attribuire rilievo organizzativo e funzionale agli stati emotivi del titolare dell'organo, senza con ciò mettere in discussione il fenomeno imputativo, peraltro di non difficile descrizione e spiegazione.

[2] L. 23 settembre 2025, n. 132, "Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale", che all'art. 14 (rubricato "Uso dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione") recita al 2° comma: «l'utilizzo dell'intelligenza artificiale avviene in funzione strumentale e di supporto all'attività provvedimentale, nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale della persona che resta l'unica responsabile dei provvedimenti e dei procedimenti in cui sia stata utilizzata l'intelligenza artificiale».

2. *La nascita del dogma della immedesimazione organica. Critica*

Cosa c'è all'origine del dogma? Bisogna tornare assai indietro. Nel suo *Trattato* Orlando[3] poneva subito le premesse per escludere lo stato emotivo del funzionario dal fenomeno organizzativo: quando scriveva che la sovranità coincide con la personalità dello Stato (riprendendo Gerber […], secondo cui la sovranità è la potestà di volere in un «morale organismo» concepito come persona[4]), egli equiparava il potere (statale) alla sovranità, strumento di questa; ne veniva il «disinteresse» per lo studio di una «verità psicologica» di un «organismo morale», e l'affermazione che la personalità dello Stato è, in sostanza, espressione dell'organizzazione giuridica statale.

Nell'epoca dell'intelligenza artificiale, però, non vale più restare ancorati al diritto romano; perché è da lì che la teoria della personalità dello Stato proviene: dalla creazione del *Fiscum*, dopo l'abolizione della fiducia di età repubblicana, quale garanzia che le risorse economiche pubbliche non fossero distratte dai fini di interesse collettivo loro propri (il che accadeva sovente ad opera del cattivo fiduciario), rimasto indenne, sino al passaggio dallo stato di polizia a quello di diritto, con la teoria della doppia personalità.

La commendevole critica a questa impostazione è incorsa nondimeno in aporie, oggi per me inaccettabili: come quelle dello stesso Santi Romano[5] e Ranelletti[6], secondo cui l'ufficio non ha personalità giuridica perché non ha uno scopo proprio: in realtà, è vero che l'ufficio non ha personalità giuridica; non è vero, evidentemente, che non abbia uno scopo proprio (che risiede nella competenza; oggi abbiamo addirittura gli uffici di scopo, o strutture amministrative di missione, che andrebbero studiati a parte e di cui qui non posso occuparmi).

Ecco l'aporia: si disse che, non avendo l'ufficio personalità, non potesse neppure avere diritti; diritti che sono altrui, ossia dello Stato. Sicché il titolare dell'ufficio-organo, si diceva, esercita diritti altrui, ma non in veste di rappresentante, sibbene di veicolo; quale sia il fondamento giuridico di tale imprecisata nozione, però, non (mi) è mai stato facile comprendere.

Questa incredibile osservazione, che Giannini ha sfatato individuando proprio nella norma sulla competenza – quanto meno – il fondamento del potere[7],

---

[3] V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo (i presupposti, il sistema, le fonti)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1900, 17 ss.

[4] C.F.W. Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Lipsia, 1865, app. I, 211 ss.

[5] S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 145 ss.

[6] O. Ranelletti, *Gli organi dello Stato (concetto, natura, rapporti)*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1909, 17 ss., anche in *Scritti giuridici scelti*, I, *Lo Stato*, Napoli, 1992, 283 ss.

[7] M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 273; Id., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 14 s.; Id., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 248.

si riallaccia ad altra inaccettabile figurazione: quella del titolare dell'organo con personalità, o soggettività, interna all'organizzazione dell'ente, di cui ha parlato per primo Otto von Gierke[8] per spiegare quel che non poteva e non può spiegarsi, ossia le "relazioni interorganiche", nel cui ambito si predicherà addirittura la semi-personalità dell'organo[9].

Tutto questo aveva un senso (se lo aveva) in una stagione ove imperava l'idea che il diritto regola l'azione di un soggetto solo verso altri soggetti (cioè persone, fisiche o giuridiche): non essendo gli uffici persone, questi non potevano avere relazioni giuridiche.

Il fondamento della tesi è venuto meno dopo gli studi, primo fra tutti Franco Bassi[10], sulla rilevanza giuridica della norma interna, cui si aggiungono, di recente, i contributi del 2020 di Micol Roversi Monaco[11] e di Fracchia ed Occhiena[12], entrambi calibrati sul rilievo costituzionale della organizzazione degli uffici e in certo modo sul *repêchage* dell'istituzionismo romaniano. Molto interessante è l'intuizione di Cioffi nella recensione[13] al libro dei due coautori torinesi, secondo cui i diversi rinvii della legge 241 del 1990 agli ordinamenti particolari degli enti (termini del procedimento, responsabile, e così via), costituisce una legittimazione di principio della giuridicità della norma interna.

A questo punto sovviene (in me) un certo disagio: perché, divenute irrilevanti le diatribe sulla personalità o soggettività degli organi, ed essendo acquisita la piena giuridicità, funzionale ed effettuale, delle relazioni organizzative interne, non riusciamo ancora a liberarci – anche nelle lezioni che impartiamo ad innocenti – della appiccicaticcia teoria della immedesimazione organica?

Chi legga oggi i *Frammenti* di Santi Romano senza aver studiato nulla della manualistica tradizionale apprenderebbe che: (i) l'organo è solo una persona fisica; (ii) non può non essere incardinato nell'ente; (iii) «fa volere ed agire l'ente, apprestandogli qualità fisiche e psichiche che l'ente altrimenti non possiederebbe … conferendogli una capacità che per gli individui è, prima che giuridica, naturale, mentre per l'ente è meramente giuridica»[14].

Se non si trattasse delle premesse per procedere alla sublimazione della transustanziale immedesimazione organica si potrebbe essere anche d'accordo, sep-

[8] O. Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, IV, Berlino, 1913, 531 ss.

[9] S. Foderaro, *La personalità interorganica*, Padova, 1957, *passim*.

[10] F. Bassi, *La norma interna: lineamenti di una teorica*, Milano, 1963.

[11] M. Roversi Monaco, *Le norme interne del sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020.

[12] F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai* social *e all'intelligenza artificiale*, Napoli, 2020.

[13] A. Cioffi, *La norma interna nell'ordinamento giuridico (Sul libro* Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti, *di Fabrizio Fracchia e Massimo Occhiena,* Napoli, 2020), in *Dir. ec.*, 2023, 287 ss.

[14] S. Romano, *Frammenti*, cit., 155.

pure con alcuni accorgimenti; nel senso che emozioni e sentimenti della persona, potrebbe dirsi, sono anche dell'ente: gli sono, cioè, imputati anche quelli (la mia è evidentemente una provocazione: nella costruzione di una regola giuridica anche la transustanziazione ha un limite). Ma a questo né Santi Romano né nessun altro giunge. C'è di buono che Romano sfata la stucchevole questione della personalità del titolare dell'organo, ponendone al centro la individualità come persona fisica; tuttavia l'organo è l'ente, e la sua attività è attività dell'ente, che risponde di essa per responsabilità diretta.

Il che, come è noto, è quanto Casetta nega ne *L'illecito degli enti pubblici*[15] perché, se la volontà è dell'ente, non si vede come il funzionario possa rispondere anch'egli a titolo di responsabilità diretta. Per il maestro piemontese la responsabilità del funzionario è diretta per esplicita previsione dell'art. 28 Cost., mentre quella dell'amministrazione è indiretta, ma solidale. Ricordiamo come le maglie della teoria organica hanno impedito, si doleva Casetta, di affermare la ricerca della colpa nella condotta illecita dell'amministrazione: l'atto amministrativo non è condotta, scriveva, ne è risultato; basterebbe che esista un atto ingiusto e dannoso per generare responsabilità, per di più diretta[16]. La condotta, sia essa produttiva dell'atto, sia di un fatto materiale (produttivo di danno), è sempre umana[17].

3. *L'apoteosi della spersonalizzazione del funzionario: Giorgio Berti. Critica*

Tra gli studi di diritto amministrativo contemporaneo il tema della svalorizzazione dell'elemento soggettivo ed umano è particolarmente vistoso ne *La pubblica amministrazione come organizzazione* di Berti, del 1968[18]. Il dinamismo del fenomeno della produzione, da organizzazione ad azione attraverso il potere, rimane, a mio avviso, un caposaldo scientifico, ancora insuperato. Ma due parole sui profili soggettivi vanno spese.

Sappiamo – e vi ho fatto cenno sopra – che per Berti la fattispecie è una figura dinamica, segnatamente una «[…] descrizione normativa del rapporto tra certi fatti e le loro conseguenze, assunte a loro volta a base di ulteriori fattispecie, attraverso una catena di presupposizioni […]»[19]; un'impostazione molto neopositivista, con pregi e limiti della ispirazione.

Il parossismo oggettivistico tocca l'acme quando Berti, al dichiarato scopo di espungere dalla produzione l'elemento volontaristico, inverte il corso, e

[15] E. Casetta, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953 (rist. 2023), 243.
[16] Ivi, 158 s.
[17] Ivi, 169.
[18] G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.
[19] Ivi, 179.

dice che dalla produzione si passa al fenomeno dell'imputazione. Il punto, però, è che l'espunzione dell'elemento volitivo, inteso come fattore di innesco della produzione, è da Berti dato in tesi, sino a giungere alla negazione dell'atto come risultato di esercizio di potere; scrive: «potere ed attuazione del potere sono due momenti inseparabili ed appartenenti ad uno stesso ordine; l'atto invece è estraneo a questo ordine e non può in particolare rappresentarsi come frutto di una volontà diretta ad eccitare un potere»[20].

Mi chiedo però a questo punto cos'altro sia ad eccitare il potere; o se, in altri termini, l'adempimento del dovere d'ufficio non sia, invece, altro che frutto di pura volontà umana, a sua volta formatasi anche per il concorso di stati emotivi influenzati da fatti di realtà di vario tipo. Ma Berti prosegue: «d'altra parte, la presenza dei funzionari non si traduce necessariamente in attività apprezzabili come manifestazioni di volontà: occorre pensare che la volontà disgiunta dall'atto non è più la volontà negoziale del soggetto, secondo gli schemi pandettistici, ma, né più né meno, energia psico-fisica applicata ad un processo di lavoro»[21]; sicché, mi sia permesso, contrariamente a quanto sostiene l'Autore, questa energia *è* potere, e non solo in una dimensione soggettiva, poiché il risultato della spendita di questa energia è necessariamente parte della fattispecie.

Questo quando viene in giuoco la produzione di un atto; la tesi di Berti, della oggettivazione paradigmatica della fattispecie, potrebbe adattarsi – ma confesso che non ho approfondito – al silenzio-assenso o alla s.c.i.a., dove la produzione consiste in un effetto legale tipico. Ma l'atto è sempre risultato di esercizio di potere, e quindi di una volontà orientata e quindi, ancora, di una volontà umana, biologica, frutto di stati cognitivi ed emotivi e di connessioni neurali; e questa volontà, che una eccessiva semplificazione ricostruisce come mero risultato di una valutazione di dati, è condizionata, sempre, da pregiudizi (*bias*), consci o inconsci; ci tornerò più avanti.

Necessariamente, allora, Berti dice che con quest'ordine di idee scompaiono i vizi connessi alla volontà poiché «[…] il potere, obbiettivamente verificantesi, non può condizionarsi ad una volontà esente da errore, dolo o violenza. Tali vizi avranno un peso solo in quanto facciano profilare, all'esame obbiettivo, una incrinatura od una deviazione nel corso del potere verso l'atto: essi varranno cioè come elementi di puro fatto integranti la composizione materiale del potere», ossia in quanto «alterino il rapporto tra il potere e la norma»[22]. Inevitabile quindi che Berti concluda che l'eccesso di potere non consiste in sviamento dallo sco-

[20] G. Berti, *La pubblica amministrazione*, cit., 318.
[21] G. Berti, *Op. loc. ult. cit.*
[22] G. Berti, *La pubblica amministrazione*, cit., 321 s.

po predeterminato ma in un «irregolare corso del potere concreto verso la sua trasformazione in atto»[23].

Questa rappresentazione non mi convince perché sono molto affezionato all'insegnamento di Ledda[24], approfondito da suoi allievi[25], tra cui Zito, che, qualificando il vizio come patologia del processo decisionale razionale, attinge non solo ai moderni contributi di Simon, ma anche ai più recenti approdi del movimento sulla *public choice* comportamentale, tra cui il *nudging*[26], e del «paternalismo libertario», secondo cui – e secondo alcuni a torto – i decisori pubblici sono meno soggetti ad errori cognitivi e di giudizio rispetto ai cittadini che essi cercano di regolare. Anticipo che quest'ultima affermazione è smentita dalle prove empiriche di cui darò conto.

Accenno a quanto sto per dire con un esempio estremo (per la deplorazione che suscita e non, purtroppo, per l'improbabilità) che mi riporta sui banchi d'università: se il colonnello pronuncia nei confronti del tenente la frase «*se non la smette di essere così pedante la mando in Sardegna*», e poi ce lo manda per davvero con un provvedimento mascherato da trasferimento organizzativo, la frase, nel contesto storico ambientale in cui è stata pronunciata, è elemento sintomatico di eccesso di potere, che in sede di controllo giudiziario deve assumere, come oggi non è, un rilievo significativo almeno pari al tradizionale difetto di istruttoria: invero, la minacciosa frase indica una predisposizione emotiva (negativa) del decisore, elemento subbiettivo che, oggettivato nello scrutinio giudiziale (ed accertato con ogni mezzo di prova che l'ordinamento processuale ponga a disposizione del reclamante), concorre, con gli altri, all'accertamento dell'uso illegittimo del potere stesso, per il solo fatto che esso *appare* informato ad una ingiustizia che *non l'ente* destinatario del fenomeno imputativo, *ma il funzionario* in carne ed ossa vuol porre in essere (sulla rilevanza del pregiudizio apparente nelle decisioni amministrative dirò più avanti).

Altrettanto inevitabile, nell'analisi di Berti, è che la composizione dell'ufficio – ossia i funzionari – rilevi solo in punto di responsabilità[27], che l'Autore vede confermata all'art. 28 della Costituzione[28]: l'organo è la risultante della relazione tra ufficio ed atto; senza atto non c'è neppure l'organo. Da ciò consegue che i funzionari non "prestano" la volontà all'ente, essendo ad esso legati dal rapporto di

---

[23] *Ibidem.*

[24] F. Ledda, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 443 ss., anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 567 ss.

[25] A. Zito, *La scelta discrezionale della P.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 2023, 29 ss.

[26] Su cui si veda sempre A. Zito, *La* nudge regulation *nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli, 2021.

[27] G. Berti, *La pubblica amministrazione*, cit., 349.

[28] Ivi, 362.

servizio, la cui esecuzione genera i fatti di imputazione. Lettura che sarebbe soddisfacente se spiegasse (senza ricorrere alla finzione) come ci si possa figurare un processo decisionale senza apporto emotivo umano, e soprattutto senza elaborazione interpretativa di tipo precomprensivo (che solo gli esseri umani compiono) in assenza della quale nessuna produzione né alcuna imputazione possono realizzarsi.

Di grande interesse è invece la sottolineatura[29] che considera inaccettabile la immedesimazione alla stregua del valore costituzionale della personalità umana in tutte le sue esplicazioni; ma, mi vien da dire, ciò può valere anche nella oggettività dinamica della produzione, dalla quale viceversa il funzionario è da Berti escluso affatto (l'indimenticato Antonio Romano Tassone, nel saggio sul potere del 1981[30], criticava Berti proprio per la eccessività della eliminazione del soggetto dal fenomeno della produzione).

4. *L'affinamento dei contemporanei: Giannini e Marongiu. Nel solco della tradizione*

Giannini, nella voce enciclopedica[31], ricorre al concetto di imputazione di fattispecie, segnando solo apparentemente una discontinuità con la teoria classica organicistica, ed introducendo l'idea che la norma selezioni ciò che si imputa all'ente e ciò che no: in questa seconda selezione vi sono «i cattivi proponimenti del titolare dell'organo», che però «restano fatti suoi personali», e che devono necessariamente tradursi (oggettivarsi) in atto per rilevare quali elementi sintomatici dell'eccesso di potere: il comportamento del funzionario, quindi, non conta, ontologicamente, ai fini dello scrutinio di legittimità.

Mi chiedo se questo modo di vedere, espressione ancor oggi del pensiero contemporaneo, possa reggere logicamente, prima che teoricamente, di fronte alle innovazioni del diritto positivo.

Mi riferisco in particolare al tema dei principi, il cui rispetto sempre più frequentemente le norme primarie impongono all'azione dei pubblici apparati (che dire del dovere di collaborazione procedimentale codificato nel 2020? Si può ragionevolmente immaginare una fisiologia – e quindi anche una patologia – della collaborazione procedimentale *in bona fide* prescindendo dagli stati emotivi degli attori e dai rispettivi pregiudizi, a loro volta condizionanti l'incedere della scelta pubblica e la reazione di chi ne è destinatario?).

---

[29] G. Berti, *La pubblica amministrazione*, cit., 360, nt. 54.

[30] A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e commercio dell'Università di Messina*, Catania, 1981.

[31] M.S. Giannini, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, Milano, 37 ss.

Forse può sembrare banalizzante, ma un non giurista potrebbe chiedersi come possa imputarsi ad un ente una condotta imparziale, o perché una condotta parziale non andrebbe imputata se non attraverso una finzione che si risolve in una imputazione di effetto – ad esempio, la conseguenza dell'avere commesso un illecito – il che già smentisce la teoria della imputazione di fattispecie. In una parola, ci si potrebbe chiedere perché tra le imputazioni di fattispecie non vi possano essere gli stati emotivi.

Giannini ci dice che per i soggetti immateriali non si parla di capacità di agire ma di capacità di imputazione giuridica. Perciò si dovrebbe indagare se in questo peculiare genere di capacità lo stato emotivo dei titolari dell'organo assuma rilevanza, sia fisiologica che patologica. Lo schema gianniniano sembra funzionare: ci dice che gli stati mentali e intenzionali del titolare dell'organo si imputano all'ente; un ente malizioso o negligente, quindi? Se guardiamo alla responsabilità degli enti derivante da reato sembrerebbe di sì; ci tornerò dopo.

La tensione bertiana per l'oggettivazione della condotta umana, del funzionario titolare dell'ufficio-organo si rintraccia nel noto e profondo saggio di Giovanni Marongiu su organi e uffici[32].

Egli ci ricorda che l'elemento concettuale dominante nell'organicismo, e non completamente assente nelle dottrine giuridiche che nacquero come teorie antiorganiciste, è l'idea della persona collettiva come organismo vivente, come persona reale.

Quindi, la teoria della immedesimazione non ha fondamento, non potendosi innestare una volontà biologica in una figura non biologica, ossia non vivente; l'imputazione di un atto ad un soggetto di diritto incapace presuppone proprio il contrario, ossia che di due persone una non sia in grado di volere, ed è per questo che la volontà del preposto viene all'incapace riferita, senza che quest'ultimo se ne possa appropriare: se così fosse, una finzione trasformerebbe una persona incapace in persona capace, mentre la persona capace perderebbe rilevanza giuridica e materiale.

L'azione umana, nella teoria di Marongiu, è un'attività giuridicamente qualificata proprio dal suo essere attuazione di un ordinamento giuridico. La sfera volitiva ed emozionale umana, quindi, recede, non molto diversamente da come accade nella tradizionale teoria antropomorfica della immedesimazione organica.

Eloquentemente, Marongiu sostiene che «ciò che […] viene 'organizzato' è una serie di comportamenti umani di per sé non dotati di senso e che acquistano senso proprio in quanto previsti, disciplinati e finalizzati da uno schema normati-

[32] G. Marongiu, *Organo e ufficio*, in *Jus*, 1988, 78 ss.

vo più o meno complesso»[33]. Invece, quel che qui vorrei accreditare (secondo un modello di ragionamento già in auge nella teoria dell'organizzazione burocratica di *common law*) è che il processo decisionale umano ha senso, eccome, nella scelta pubblica, nel senso che esso assume una rilevanza autonoma ed esclusiva: poiché l'effetto finale, in quanto imputazione di fattispecie (se piace continuare a parlare in questi termini), è in connessione diretta, storica, fattuale, ambientale e biologica con la sfera cognitivo-comportamentale del decisore-uomo, fatta di euristiche, *bias*, stereotipi. Anzi, come sto per dire, e com'è già stato dimostrato in letteratura, il *bias* cognitivo e lo stereotipo sono il fondamento del pregiudizio, e quindi della propensione verso un risultato irrazionale del decisore pubblico.

5. *La manualistica (cenni)*

Purtroppo la moderna manualistica continua a riprodurre la tradizionale teoria dell'immedesimazione organica, riservando alla persona fisica – che è l'organo – il ruolo di «[…] strumento di imputazione (e, quindi, di attribuzione, o anche ascrizione, di atti e di effetti) alla figura soggettiva» (ossia all'amministrazione)[34].

Marcello Clarich[35] riprende Aldo Mazzini Sandulli[36] quando dice che gli organi sono «centri di imputazione o di competenza»; anche se – a me pare – la competenza è più un elemento oggettivo della fattispecie, che è a sua volta oggetto dell'imputazione in senso dinamico.

Casetta[37] sostiene il contrario, ossia che è l'ente il centro di imputazione e, come Scoca, che l'organo ne è lo strumento: l'organo è la persona fisica che esercita competenza, come quota di potere, notando opportunamente che «si può discutere se l'organo 'sia' o 'abbia' competenza, alternativa che riflette quella della rilevanza, oggettiva o soggettiva dell'organo: e quindi non andando oltre una conclusione puramente descrittiva, poiché nell'una e nell'altra impostazione rimane fermo che l'organo è strumento di imputazione».

Ciò che è strumento, ne traggo, non è individuo, quindi, e, in quanto strumento (cosa), non è senziente.

---

[33] Ivi, 92. Ne *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, 1989, 109, Marongiu ribadisce che la teoria organica dell'immedesimazione è una «metafora antropomorfica» che ne coglie «la vera sostanza di concetto giuridico…».

[34] F.G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, ottava ed., Torino, 2025, 21.

[35] M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, sesta ed., Bologna, 2024, 307 ss.

[36] A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, quattordicesima ed., Napoli, 1984, 201 ss.

[37] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo* (a cura di F. Fracchia), ventisettesima ed., Milano, 2025, 77 ss.

A questo riguardo, non mi convince uno dei corollari delle teorie oggettiviste propaggini della finzione dell'immedesimazione, quale la tesi tradizionale della "soggettività impersonale" dell'organo, che si ergerebbe a baluardo della continuità dell'apparato e della stessa funzione.

Quello della continuità dell'organo (tutt'altra cosa è la continuità della funzione, che a sua volta non ha nulla a che vedere con la c.d. inesauribilità del potere), inteso come perpetuità dell'essere e dell'agire dell'amministrazione, è, con evidenza, un simulacro; dire che se il titolare cessa dalle funzioni non per questo l'ufficio sparisce, perché anche l'ufficio vacante esiste, fenomenologicamente e giuridicamente, è tanto ovvio da non richiedere di certo la spersonalizzazione totale della figura del titolare nell'esercizio delle proprie competenze: sono queste ultime, nei limiti della ontologia universale, che non spariscono mai; e con esse l'ufficio.

Una tesi di ancora recente conio[38] sostiene che gli atti compiuti dall'organo, in un modello di imputazione senza immedesimazione, dovrebbero considerarsi oggetto di una "doppia imputazione contestuale", sia alla persona umana titolare dell'organo, sia all'ente pubblico per cui l'organo agisce, mentre gli effetti di tali atti verrebbero imputati all'ente pubblico. A questo proposito ho già avuto modo di osservare che, se gli effetti dell'atto vengono imputati solo all'ente pubblico, allora sorgono difficoltà nel giustificare la responsabilità personale del funzionario, nel mentre la "doppia imputazione contestuale" sembra comunque riferibile ad un processo oggettivato di formazione della decisione, come tale indipendente da e impermeabile allo stato psichico-emozionale del titolare dell'organo.

6. *L'istituto di* common law *dell'*apparent bias

Che il fenomeno dell'imputazione non si risolva nell'oblio oggettivistico della persona fisica ce lo dice già – come accennavo – il diritto penale. La giurisprudenza della Cassazione sulla responsabilità dell'ente per violazione della l. 231/2001 afferma che il legislatore ha previsto – e quindi può sempre prevedere, anche nella disciplina della funzione amministrativa – specifici criteri di imputazione di tale responsabilità, quali l'interesse o il vantaggio, il primo soggettivo e l'altro oggettivo, così parlando di "colpa di organizzazione" (nulla a che vedere con la colpa di apparato delle Sezioni Unite civili del 1999 sulla responsabilità per lesione di interesse legittimo). Ebbene, tali criteri di imputazione oggettiva vanno riferiti alla condotta del soggetto agente e non all'evento, essendo possibile che costui violi consapevolmente la cautela (dolo), o addirittura preveda l'evento

[38] M. Monteduro, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2021, 86 ss.

che ne può derivare, pur senza volerlo (colpa): è quindi al suo stato emotivo che si guarda per accertare l'illecito dell'ente.

E nell'azione dell'amministrazione? Uno stato emotivo riprovevole, se adeguatamente dimostrato, può qualificare un provvedimento come illegittimo? Un provvedimento che viola i principi di collaborazione e buona fede di cui all'art. 1, co. 2-*bis*, l. 241/90, è illegittimo? Non c'è dubbio. Ma lo stato soggettivo di mala fede di chi è? Dell'ente? È oggettivato, e se sì in che senso? O, come credo, lo stato soggettivo è e resta del funzionario sicché è sulla figura di questo che il giudice deve indagare per accertare la legittimità del suo operato tradottosi in funzione?

Per avanzare su questo sentiero ritengo inevitabile abbandonare il concetto di immedesimazione organica, non per abbracciare una descrizione funzionale del fenomeno, sibbene per valorizzare, nella dinamica dell'imputazione, e nell'assiologia delle condotte rilevanti dei titolari degli organi, le caratterizzazioni della condotta delle persone fisiche.

Un possibile approccio di studio, di cui qui si offre uno spunto, è l'istituto di *common law* dell'*apparent bias*, o pregiudizio apparente, che desta allarme allorché diviene un "pregiudizio determinante". Si tratta di una situazione piuttosto frequente che si verifica quando ad essere coinvolti sono amministratori emotivamente condizionati, e perciò solo presumibilmente poco attenti – salvo prova contraria – alla cura del pubblico e generale interesse.

È il caso della predeterminazione della decisione, che emerge quando in un fatto di realtà in cui si inserisce un contesto dialettico il decisore, o compartecipe della decisione (nell'organo collegiale), anticipa la futura determinazione, senza tenere conto con mente aperta, ossia scevra da pregiudizi, della obiettività dei fatti istruttori. La questione nasce nel diritto processuale britannico dell'ultimo decennio del secolo XX, e si estende al diritto amministrativo sostanziale nella prima decade di questo millennio[39]. Il fondamento teorico *dell'apparent bias* è – come accennavo *supra* – che non basta che le decisioni siano prese senza pregiudizi o parzialità; esse debbono anche *apparire* tali. Se appare il contrario, la decisione è *di per sé* viziata.

Il test del *bias* apparente, molto rigoroso e che in alcuni casi ha aperto la via alla sanzione giudiziaria, viene per la prima volta introdotto dalla sentenza della *House of Lords "Porter v. Magill"* del 13 dicembre 2001: vi si afferma che il giudice deve prima accertare tutte le circostanze che hanno rilevanza sulla supposizione che il decisore fosse parziale. Ci si deve dunque chiedere se queste circostanze indurrebbero un "osservatore imparziale e informato" a concludere che si è in presenza di una reale possibilità, o un reale pericolo – i due essendo la stessa cosa – che il decisore sia parziale, nel senso che egli abbia agito sulla base di un pre-

[39] E.C. Ip, *Behavioral Public Choice Economics and the Law*, Singapore, 2022.

giudizio, o preconcetto (i termini, che la dottrina tiene distinti semanticamente, sono impiegati indifferentemente in giurisprudenza), che ne abbia minato l'imparzialità («*question is whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased*»; così in *Porter*).

Si è discusso in letteratura della figura dell'osservatore; talora descritto come una sorta di "superuomo", talaltra di *constans homo* che fa uso di una meditata ragionevolezza basata sulla piena conoscenza dei fatti. Ciò che qui importa è che l'analisi scaturente da questa finzione dell'osservatore, di cui il Tribunale fa uso – talora l'osservatore è stato un vero e proprio verificatore nominato dal giudice, e quindi una persona in carne ed ossa – deve accertare se la decisione assunta consista, in realtà, in una predecisione, ossia in una volizione scaturita da un atteggiamento di chiusura che persegue un fine diverso da quello che l'interesse superiore imporrebbe (se il lettore sta pensando allo sviamento, oltre che al *deficit* di imparzialità, è sulla strada giusta).

In un *leading case* della Corte d'appello civile di Londra del 2007 – il caso *Condron v. National Assembly for Wales* –, una commissione urbanistica aveva accolto una domanda di autorizzazione per estrazione mineraria a cielo aperto a seguito di un'indagine che aveva indotto un ispettore ad esprimere parere favorevole alla concessione del titolo. La decisione della commissione di accordarlo fu contestata sulla base di un commento (di contenuto non proprio *green*) fatto da uno dei membri della commissione ad un oppositore dell'iniziativa imprenditoriale, nel corso di un incontro casuale e di una breve conversazione sullo sviluppo proposto.

Si denunciava – ma la sentenza lo ha escluso – che il tipo di parzialità contestata fosse una "possibile predeterminazione". Di che si tratta? Si impone una distinzione: in particolare, corre una differenza tra legittima predisposizione verso un determinato risultato (ad esempio, a seguito di un impegno programmatico assunto dal partito al governo o di qualche altra dichiarazione politica) e una predeterminazione illegittima del risultato (ad esempio, a causa di una decisione già presa o della intenzione di raggiungere una determinata decisione).

Secondo la giurisprudenza dell'Alta Corte inglese, la prima è coerente con la disponibilità (predisposizione) a considerare e soppesare i fattori rilevanti nel raggiungimento della decisione finale (l'attuatore dell'indirizzo politico persegue un programma, ma non si sottrae al confronto); la seconda implica viceversa una mente chiusa alla considerazione e alla valutazione di quei fattori.

In altri termini, se i funzionari amministrativi devono applicare le politiche annunciate dalla classe dirigente eletta anche per sostenere le opinioni che rappresentano (ad esempio, una politica favorevole all'intensificazione delle prospezioni per lo sfruttamento di miniere e giacimenti di idrocarburi, con conseguente

regressione degli orientamenti *green*), ciò non toglie che il decisore debba essere genuinamente disposto ad ascoltare e tenere in conto le argomentazioni contrarie. La decisione diventa illegittima quando è stata preconcetta tramite l'adozione di una politica rigida, una mentalità chiusa o l'abdicazione effettiva ad assumere un giudizio indipendente: *tutti atteggiamenti, questi, ravvisabili solo scrutinando il percorso cognitivo del titolare dell'organo e degli altri funzionari umani*.

7. *I* bias *cognitivi ed il* debiasing *applicati allo studio dell'organizzazione e dell'azione della pubblica amministrazione*

Il punto rilevante quindi – e che qui può essere solo accennato – è che la delibazione di un possibile "sviamento all'inglese" si concentra sulla sfera emotiva dei funzionari (un'aberrazione negli ordinamenti cc.dd. a diritto amministrativo), coinvolgendo inevitabilmente tutti i fattori disfunzionali che, a livello comportamentale, possano condurre a decisioni censurabili da parte di un osservatore imparziale ed informato: e, quindi, imponendo all'osservatore – al giudice – di concentrarsi sui *bias* cognitivi che ci presenta la c.d. teoria del prospetto nel contesto delle politiche pubbliche e della gestione amministrativa; teoria empiricamente verificabile e scientificamente misurabile. In verità, in linea con il paradigma simoniano della razionalità limitata, esistono prove abbondanti del fatto che i decisori sono soggetti a *bias* cognitivi che influenzano sistematicamente le loro stime, i loro giudizi e le loro scelte in qualsiasi ambito.

In un breve saggio[40] lo studioso indiano Nishal S. Reddy definisce e compendia la figura del "pregiudizio amministrativo" (il *bias* applicato alla scienza qui di interesse), nel quale si inserisce il pregiudizio cognitivo, che deriva da *bias* inconsci, come quello di conferma, che induce a selezionare solo i fatti che avallano i preconcetti del decisore; lo stesso dicasi per il c.d. pensiero di gruppo o *bias* da conformismo.

Uno studio del 2018[41] dimostra che le modalità di presentazione delle opzioni politiche possono influenzare significativamente le decisioni: è il caso

[40] N.S. Reddy, *Administrative bias: an analysis*, in *Indian Journal of Law and Legal Research*, 2023, 1 ss.

[41] N. Bellè, P. Belardinelli, P. Cantarelli, *Prospect Theory Goes Public: Experimental Evidence on Cognitive Biases in Public Policy and Management Decisions*, in *Public Administration Review*, 2018, 830 s. V. anche: J. Baron, *Confusion of Relative and Absolute Risk* in *Journal of Risk and Uncertainty*, 1997, 301 ss.; D.M. Bartels, *Proportion Dominance: The Generality and Variability of Favoring Relative Savings over Absolute Savings*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 2006, 76 ss.; A. Erlandsson, F. Björklund, M. Bäckström, *Emotional Reactions, Perceived Impact and Perceived Responsibility Mediate the Identifiable Victim Effect, Proportion Dominance Effect and In-Group Effect Respectively*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 2015, 1 ss.; D. Fetherstonhaugh, P. Slovic, S. Johnson, J. Friedrich, *Insensitivity to the Value of Human Life: A Study of Psychophysical Numbing*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 1997, 283 ss.; P. Slovic, M.L. Finu-

dell'effetto *framing* (*infra*), che si produce in tutte le situazioni in cui i decisori devono scegliere tra alternative basate sui loro risultati stimati: presentare queste informazioni in modo positivo anziché negativo può condurre a decisioni significativamente diverse (si pensi alla scelta tra programmi di vaccinazione alternativi, standard ambientali, infrastrutture di trasporto e interventi fiscali[42]).

Tali *bias* possono essere di vario tipo, e la emersione di essi in diritto amministrativo dipende dalla tipologia degli esperimenti che gli studiosi della pubblica amministrazione comportamentale conducono su campioni di funzionari muniti di responsabilità gestionali ed organizzative (ma anche su lavoratori dipendenti e cittadini).

Esaminiamone rapidamente alcuni, tra i moltissimi, oggetto di studio nel campo del comportamento amministrativo:

(i) *framing*: l'effetto di *framing* è un *bias* cognitivo per cui gli individui tendono a reagire in modo sistematicamente diverso ad informazioni identiche a seconda di come vengono presentate loro (ad esempio, la percentuale di utenti soddisfatti da un servizio – 80% – piuttosto che la percentuale – 20% – di clienti insoddisfatti, o come il tasso di sopravvivenza invece del corrispondente tasso di mortalità). In altre parole, informazioni oggettivamente equivalenti possono portare ad esiti comportamentali sistematicamente differenti a seconda del modo in cui le informazioni sono presentate (e quindi percepite ed elaborate emotivamente) al decisore[43];

(ii) *ancoraggio*: l'ancoraggio è il pregiudizio cognitivo che induce a stimare quantità sconosciute partendo da un valore iniziale ("àncora") come punto di riferimento; la decisione viene assunta trascurando altri dati rilevanti, e giungendo a risultati pressoché arbitrari. Gli studi sperimentali hanno dimostrato che punti di partenza diversi portano a stime differenti, distorte in quanto coerenti con i valori iniziali[44]. In altre parole, i decisori che devono valutare una quantità sconosciuta e considerare un certo numero per la loro

---

cane, E. Peters, D.G. MacGregor, *The Affect Heuristic*, in *European Journal of Operational Research*, 2007, 1333 ss. Bingsheng Liu, Zengqiang Qin and Jinfeng Zhang, *The effect of psychological bias on public officials' attitudes towards the implementation of policy instruments: evidence from survey experiments*, in *Journal of Public Policy*, 2023, 43, 261 ss.

[42] Bingsheng Liu, Zengqiang Qin and Jinfeng Zhang, *The effect of psychological bias on public officials' attitudes towards the implementation of policy instruments: evidence from survey experiments*, cit.

[43] A.L. Olsen, *Citizen (Dis)Satisfaction: An Experimental Equivalence Framing Study*, in *Public Administration Review*, 2015, 469 ss.

[44] Sull'effetto di ancoraggio è fondamentale lo studio di A. Tversky, D. Kahneman, *Heuristics and Biases: Judgement under Uncertainty*, in *Science*, 1974: «*In many situations, people make estimates by starting from an initial value that is adjusted to yield the final answer. The initial value, or starting point, may be suggested by the formulation of the problem, or it may be the result of a partial computation. In either case, adjustments are typically insufficient*» (p. 1128). V. anche, più recentemente, D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

valutazione elaborano una stima finale che è un aggiustamento insufficiente del valore iniziale, al quale restano, per l'appunto, ancorati;

(iii) *dominanza proporzionale*: è un *bias* cognitivo per cui gli individui tendono a preferire la percentuale rispetto al numero assoluto di persone influenzate dalle loro decisioni e azioni. Ad esempio, si è testato che i funzionari pubblici sono disposti a dedicare più tempo ad un progetto che coinvolge una percentuale maggiore di beneficiari potenziali rispetto a un progetto che ne coinvolge una percentuale minore, anche se il numero effettivo di beneficiari rimane lo stesso[45];

(iv) *status quo*: è simile all'ancoraggio ma tipologicamente più ampio. Indipendentemente da quale sia l'esito ottimale, i decisori tendono a preferire lo *status quo* anche quando vi sono più alternative attraenti che migliorerebbero la condizione dei destinatari della decisione[46];

(v) *dominanza asimmetrica*: l'effetto di questo *bias* cognitivo, noto anche come *decoy* o *attraction*, induce una modifica nelle preferenze tra una "scelta obiettivo" e una opzione concorrente quando viene aggiunta una terza opzione (*decoy*, o esca) che è solo simile alla scelta obiettivo, ma in nessun modo migliore. L'esperienza empirica mostra che il *decoy* non viene mai scelto, ma sposta comunque le preferenze verso l'opzione obiettivo[47]. Questa comparazione fa sì che la scelta obiettivo assuma una posizione dominante, per l'appunto asimmetrica, influenzando la scelta senza che l'esca stessa venga opzionata;

(vi) *bandwagoning e isomorfismo*: il *bandwagoning* si basa sulla ricerca di conformismo: l'accettazione di credenze e comportamenti aumenta man mano che questi vengono adottati da altri, indipendentemente dalle opinioni individuali. I *bandwagons* nella medicina sono descritti come «l'accettazione schiacciante di idee non provate ma popolari»[48]. L'isomorfismo, invece, è la tendenza delle istituzioni a diventare simili tra loro quando i decisori di un certo apparato organizzativo adottano le stesse politiche, procedure o determinazioni già adottate da altre organizzazioni.

Gli esempi potrebbero continuare a lungo. Tra i primi e più recenti studi italiani sui *bias* cognitivi influenzanti le scelte, in particolare di politica ambientale, si occupa un recente saggio di Maurizio Cafagno[49]: l'Autore seleziona le tipo-

---

[45] V. autori citati sub nt. 38.

[46] K. Arceneaux, S.P. Nicholson, *Anchoring Political Preferences: The Psychological Foundations of* Status Quo *Bias and the Boundaries of Elite Manipulation*, in *Political Behavior*, 2024, 751 ss.

[47] J. Huber, J.W. Payne, C. Puto, *Asymmetrically Dominated Alternatives: Violations of Regularity and the Similarity Hypothesis*, in *Journal of Consumer Research*, 1982, 90 ss.

[48] P.J. Di Maggio, W.W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, in *American Sociological Review*, 1983, 147 ss.

[49] M. Cafagno, *Integrare la tutela giuridica dell'ambiente con le scienze comportamentali. Un'analisi introduttiva*, Bologna, 2025.

logie di *bias* isolate dalla scienza comportamentale attraverso un'analisi trasversale condotta per chiavi di lettura (complessità, multiscalarità ed individualità), che consente di individuare ulteriori *bias* relativi, tra gli altri, alla collocazione delle situazioni problematiche nel tempo e nello spazio e all'approccio emotivo (visto nel momento dell'insorgenza e della pericolosa assuefazione).

8. *Conclusioni e prospettiva di studio*

Gli studi citati dimostrano che una efficace azione di *debiasing*, consistente soprattutto – negli apparati burocratici – in un efficientamento della formazione del personale[50], soprattutto della classe dirigente, dovrebbe ridurre i *bias* cognitivi, consentendo l'adozione di scelte amministrative consapevoli e informate, oltre che legittime; anche se secondo il premio Nobel David Kahneman ciò comporta uno sforzo notevole[51].

È evidente allora che queste applicazioni non possono acquistare legittimazione in un'architettura scientifica – quella della immedesimazione organica – in cui vige ancora il principio di spersonalizzazione della funzione pubblica, e la sfera cognitiva, emotiva e psicologica dell'agente-essere umano è relegata nel giuridicamente irrilevante, sia organizzativamente che funzionalmente.

Secondo me su questo tema è tempo di scegliere tra modelli scientifici ed ancor prima tra metodi scientifici. Il diritto amministrativo non può prescindere da un informato e non pretenzioso approccio alle scienze comportamentali in generale, ed alla medicina ed alla psicologia in particolare. I molti studi sulle neuroscienze sono d'ausilio, ma si occupano prevalentemente di ermeneutica e di decisioni giudiziarie.

Gli studi di amministrazione comportamentale, come accennato, si concentrano sulle tecniche di *debiasing*[52]: sostanzialmente il *nudging* (riservato più ai dipendenti che ai dirigenti), e la formazione. A tali risultati si giunge attraverso

[50] Sul ruolo delle scienze cognitive applicate alla gestione dei funzionari pubblici, seppure in una prospettiva di "amministrazione disciplinare", v. L. De Lucia, Governare con le scienze umane. Diritto amministrativo e persona, Roma, 2025, 111 s. e 178 per un approccio ai modi comportamentali dei funzionari nei confronti degli amministrati.

[51] Scrive D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, cit.: «*I am generally not optimistic about the potential for personal control of biases, but this is an exception. The opportunity for successful debiasing exists*».

[52] P. Cantarelli, N. Bellè, P. Belardinelli, *Behavioral Public HR: Experimental Evidence on Cognitive Biases and Debiasing Interventions*, in *Review of Public Personnel Administration*, 2020, 56 ss.; E.C. Ip, *Debiasing regulators: The Behavioral economics of US administrative law*, in *Common Law World Review*, 2017, 171 ss.; R. Nagtegaal, L. Tummers, M. Noordegraaf, V. Bekkers, *Designing to Debias: Measuring and Reducing Public Managers' Anchoring Bias*, in *Public Administration Review*, 2020, 565 ss.; P. Havers, A. Henderson, *Recent Developments (and Problems) in the Law on Bias*, in *Judicial Review*, 2011, 80 ss.; H. Stout, *Bias*, in *Judicial Review*, 2011, 458 ss.

esperimenti calibrati per tipologia di *bias*; è evidente che è richiesta una forte interazione tra esperti delle varie discipline coinvolte, oltre a quella giuridica (economisti aziendali, medici, psicologi, e non solo).

Per altro verso, studiando i test che la giurisprudenza anglosassone ci presenta in tema di *bias* apparente, la valutazione del fatto sospetto, che dà luogo alla predeterminazione che dovrebbe a sua volta assumere rilevanza in sede giudiziale, presuppone un'indagine anche comportamentale (oltre che cartolare), volta ad accertare se il decisore si sia posto dinanzi ad un contesto di relazioni umane con mente aperta, ossia leale, collaborativa, analitica e terza; e che la sua azione non venga influenzata da *bias* cognitivi di cui il giudice deve conoscere, e che dovrà eventualmente stigmatizzare anche in veste di gerente del *debiasing*.

È l'indagine sulla predisposizione (o preconcetto) – più strettamente attinente, come accennato, alla causa obiettiva di parzialità, e tale da giustificare il conflitto di interessi attuale – che deve viceversa riposare su fattori oggettivi, prescindendo, cioè, dall'analisi degli stati psichici del titolare dell'organo.

Insomma, il pregiudizio riguarda le apparenze, mentre il preconcetto riguarda ciò che è effettivamente accaduto. Nel caso della predeterminazione parliamo invece di un contesto in cui non è solo il tradizionale materiale istruttorio rinvenibile nel *dossier* a darci conto della giustezza della decisione; neppure il test di ragionevolezza, almeno inteso nella accezione a noi familiare, può spingersi sino al più avanzato limite del diverso test di predeterminazione.

Non è evidentemente possibile accedere a quest'ordine di ragionamenti continuando a predicare l'irrilevanza del processo psichico del titolare dell'organo; credo che neppure serva continuare a parlare di organo (meglio riferirsi all'ufficio), se non in termini puramente descrittivi, essendo inutile ed equivoco utilizzare questo argomento per spiegare un concetto molto semplice, ossia che l'imputazione dell'atto all'ente è un effetto legale tipico che discende dalla applicazione della norma attributiva del potere.

Sin qui la *pars destruens*. Riservo ad un ulteriore approfondimento quella costruttiva, confidando che il lettore ne intravveda già la struttura.

Nino Paolantonio - Abstract

«Tu chiamale, se vuoi, emozioni» (dalla immedesimazione organica al bias cognitivo)

Il lavoro muove dalla critica alla secolare teoria organica, che elimina rilevanza giuridica alla sfera cognitiva e psicologica dei funzionari pubblici, titolari degli uffici-organo. Si ritiene viceversa che la sfera emotiva di questi funzionari abbia piena rilevanza giuridica sia ai fini dell'analisi delle scelte discrezionali assunte sia per dimostrare che il vizio di eccesso di potere per sviamento può dipendere da un atteggiamento preconcetto e negativo del decisore pubblico, che deve essere necessariamente indagato dal giudice, prescindendo da un approccio puramente documentale.

Call them, if you want, emotions (from organic theory to cognitive bias)

The paper departs from a critical reassessment of the long-standing organic theory, which has traditionally excluded the cognitive and psychological dimensions of public officials – the holders of office-organs – from any juridical relevance. In contrast, it advances the argument that the emotional sphere of such officials should be recognised as having full legal significance, both for the evaluation of the discretionary choices they make and for demonstrating that the defect of abuse of power by deviation (*excess of power for improper purpose*) may stem from a preconceived or negative disposition of the public decision-maker. Such disposition, it is submitted, must necessarily be subject to judicial inquiry, independently of a purely documentary approach.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 147-203

Articoli e saggi

La risorsa mare nel demanio marittimo

Marco Calabrò

Sommario: 1. Premessa. – 2. Inquadramento della risorsa mare come "bene giuridico". – 3. Il carattere multifunzionale del bene. – 3.1. Il mare come risorsa naturale da tutelare. – 3.2. Il mare come risorsa da sfruttare in chiave economica: le prospettive della *blue economy*. – 3.3. Il mare come "frontiera". – 4. Il mare oggetto della funzione di pianificazione. – 4.1. La pianificazione come presupposto per la corretta gestione della risorsa. – 4.1.1. Il "nodo" delle concessioni demaniali marittime. – 4.1.2. L'esigenza di una definitiva razionalizzazione dell'attuale modello pianificatorio delle aree costiere. – 5. La *governance* multilivello della risorsa mare. – 6. La valorizzazione della risorsa mare quale bene (ambientale) comune. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il mare osservato con gli occhi del giurista esprime forti contraddizioni e sfugge a tentativi di catalogazione; pertanto, l'intrinseca complessità, legata alla sua accezione polisemica, mi ha indotto non tanto a tentare di condurre a sistema i molteplici profili di interesse giuridico, quanto a provare ad individuarne matrici trasversali comuni, pur nella diversità dei piani di indagine. L'analisi sarà condotta innanzitutto sul piano teorico-strutturale, riguardante la natura del mare, ovvero se esso possa o meno essere inquadrato come bene giuridico autonomo. Passerò, poi, ad un'analisi di tipo giuridico-positivo, dalla quale emergeranno le molteplici e apparentemente contraddittorie funzioni attribuibili alla risorsa mare, che – seppur nella loro diversità – presentano elementi comuni, quali: la *governance* multilivello; la commistione di istanze contrapposte, di conservazione e di sfruttamento economico, che impongono (in questo contesto più che in altri) il riconoscimento di un ruolo centrale al principio dello sviluppo sostenibile[1]; l'incertezza che spesso

[1] Per un'analisi della relazione tra principio dello sviluppo sostenibile e gestione della risorsa mare v. N. Carnimeo, F. Corona, *La pianificazione spaziale marittima nel diritto dell'Unione Europea e la declinazione della normativa unionale nella legislazione italiana*, in *Il diritto marittimo*, 2023, 1, 10-12.

accompagna l'intervento pubblico, tale da imporre una forte valorizzazione della funzione conoscitiva e istruttoria, spesso marcatamente tecnica.

L'idea è che, attraverso lo studio della fenomenologia, si possa cogliere la verità dei fenomeni stessi, ovvero – passando ad un piano assiologico – i valori ordinamentali sottesi alla gestione del mare, come vedremo profondamente legati al concetto polisenso di risorsa, intesa come realtà naturale da preservare e, nel contempo, come elemento da sfruttare.

Un livello parallelo di lettura sarà, poi, legato all'accezione di mare come "luogo", che rinvia, da un lato, alla nozione di "frontiera" – a cui mi limiterò ad accennare, anche perché più attinente ad analisi di diritto internazionale – e, dall'altro lato, alla (valorizzazione della) funzione pianificatoria delle aree marine e delle coste. Chiarisco sin d'ora, infatti, che esaminerò la risorsa mare come bene in sé e come bene relazionale rispetto alle aree costiere, quali parti di territorio inevitabilmente interconnesse[2]. Già Luigi Benvenuti, nel suo *La frontiera marina*, dimostrava efficacemente come esaminare il mare a prescindere dalla relazione con il territorio costiero, avrebbe condotto a risultati fallaci[3] e, del resto, tradizionalmente il diritto amministrativo ha sempre guardato al mare proprio dalla prospettiva terreste, a differenza di quanto accade nelle analisi dei navigazionisti.

2. *Inquadramento della risorsa mare come "bene giuridico"*

Ciò premesso in punto di metodo, occorre partire da "ciò che il mare è" in una prospettiva puramente fenomenologica: la semplice lettura di alcuni dati, infatti, giustifica il ruolo centrale che assume la risorsa mare, in uno con le aree costiere, nelle politiche pubbliche legate al territorio. Oggi più del 60% della popolazione mondiale vive ad una distanza non superiore a 100 km. dal mare e più del 40% delle città medio-grandi è collocata sulle coste. In Italia, in particolare, la densità di urbanizzazione della fascia costiera nei 500 m. dalla linea di battigia è pari a cinque volte quella media nazionale. Opportunità economiche, clima,

[2] Pur nella loro diversità, la tutela e la gestione dell'ambiente marino non possono prescindere dalla tutela e dalla gestione delle coste (e viceversa). E la circostanza che, anche tradizionalmente, sia quest'ultima ad essere stata oggetto di maggiore attenzione da parte del legislatore italiano, ha fatto sì che – seppur indirettamente – le politiche di tutela dell'ambiente marino siano state condotte per molti anni principalmente attraverso strumenti più propriamente legati alla tutela delle coste. L'automatica riconduzione del mare al demanio marittimo e, quindi, alla relazione costa-mare, ha per lungo tempo impedito il sorgere di politiche di tutela focalizzate unicamente sulla risorsa mare in sé, e non piuttosto sulla limitazione del suo sfruttamento mediante un contingentamento del rilascio di concessioni ed autorizzazioni. Su tale profilo si rinvia alle riflessioni di F. Fracchia, A. Giannelli, *La tutela dell'ambiente marino in Italia*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2011, 2, 154-155 e di N. Greco, B. Murroni, *Demanio marittimo, zone costiere, assetto del territorio*, Bologna, 1980.

[3] L. Benvenuti, *La frontiera marina*, Padova, 1988, 9.

trasporti sono solo alcune delle potenziali risorse che attraggono l'uomo; nonostante il contestuale notevole incremento di rischi naturali, quali erosione e inondazione, rispetto alle zone interne[4].

Tale centralità è oggi ancora più forte, se solo pensiamo alle enormi potenzialità di sfruttamento economico diretto e indiretto della risorsa mare, o alla circostanza che circa il 90% degli scambi commerciali a livello globale avviene via mare. Non è un caso, dunque, che recenti studi di geopolitica parlino di un ritorno ad una forma di "Talassocrazia", intesa come misurazione del potere economico di uno Stato sulla base della sua capacità di dominio sui mari[5].

Originariamente il mare, quale risorsa naturale, era stato inquadrato come *res nullius*; se ne metteva in discussione la stessa qualificazione di bene in senso giuridico. Dalla difficile sussumibilità in un modello di appartenenza in senso proprio e, quindi, dalla non configurabilità di una relazione diretta tra cosa e titolare della stessa, i sostenitori della tesi soggettiva dei beni giuridici escludevano che il mare potesse rientrare in tale categoria[6]. Ormai da tempo, tuttavia, questo indirizzo risulta superato, ed una concezione oggettiva di bene giuridico non può che includere anche il mare, quale elemento giuridicamente rilevante perché in grado di suscitare "interessi" nell'ordinamento[7]. Del resto, il mare è oggetto di specifiche politiche pubbliche non solo in quanto – come in più occasioni ribadito dalla Corte costituzionale – rientra nella più ampia disciplina della tutela delle risorse ambientali, ma anche quale fonte di benefici sociali ed economici per la collettività[8].

Vero è che la definizione del mare come bene giuridico presuppone comunque un certo margine di approssimazione: sarebbe maggiormente rispondente alla realtà parlare di più beni giuridici connessi, a seconda che ci si riferisca alla massa d'acqua, alla fauna che vi abita o, ancora, al fondale marino. Tutti beni dotati di una evidente autonomia e ai quali fanno capo interessi pubblici e privati profondamente differenti tra loro. Deve aggiungersi, poi, l'elemento relazionale

[4] M. di Venosa, M. Manigrasso, *Introduzione*, in M. di Venosa, M. Manigrasso (a cura di), *Coste in movimento. Infrastrutture ambientali per la rigenerazione del territorio*, Roma, 2022, 5 ss.; E. Pranzini, *La forma delle coste. Geomorfologia costiera, impatto antropico e difesa dei litorali*, Bologna, 2004, 2 ss.

[5] A. Leto, *La gerarchia delle correnti per una nuova talassocrazia*, in *Gnosis*, 2022, 3, 147 ss.

[6] F. Postiglione, *Definitivo tramonto del concetto di res nullius per le risorse naturali e culturali*, in *Giur. merito*, 1982, 372 ss.

[7] G. Garzia, *Le aree marine protette*, Milano, 2011, 19 ss. Per una ricostruzione del dibattito circa la nozione soggettiva e oggettiva di bene giuridico v. S. Pugliatti, *Beni (teoria gen.)* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 164 ss.

[8] Cfr., ad esempio, Corte cost., 15 aprile 2019, n. 86, in *Giur. cost.*, 2019, 2, 1008, ove è sancita la legittimità di una normativa regionale che prevedeva che il rilascio delle concessioni marittime provvisorie e stagionali potesse avere luogo anche in favore di associazioni di volontariato operanti nell'assistenza ai disabili motori e/o intellettivi, in vista dell'esigenza di consentire a questi ultimi e alle loro famiglie il godimento del mare.

terra-mare, come già osservato anch'esso in grado di incidere sulla configurazione giuridica della risorsa[9].

Ciò nonostante, le forti interconnessioni che connotano i diversi elementi fanno sì che alcuni settori di disciplina guardino alla risorsa mare in maniera tendenzialmente unitaria: da qui, ad esempio, la previsione di atti di pianificazione e programmazione che hanno ad oggetto contestualmente i diversi elementi, così come un regime di competenze tendenzialmente omogeneo. La complessità intrinseca del bene, tuttavia, finisce per riflettersi tanto sulla molteplicità delle funzioni attribuite alla risorsa, quanto sui modelli decisionali, inevitabilmente chiamati a bilanciare i diversi e non di rado confliggenti interessi che intercettano i numerosi elementi che compongono la risorsa mare.

Posto che il mare sia, dunque, inquadrabile all'interno della categoria dei beni giuridici, si pone poi il diverso tema della titolarità del bene, ovvero se esso possa formalmente ricondursi ai beni in proprietà dello Stato. La circostanza che in capo a quest'ultimo o, meglio – anche alla luce del novellato art. 9 Cost.[10] – alla Repubblica, incombano precisi doveri di tutela del mare come risorsa ambientale, non comporta infatti necessariamente la sua riconducibilità all'interno della categoria dei beni pubblici in senso proprio.

Diverse sono le ricostruzioni proposte dalla dottrina: c'è chi ha inteso il mare territoriale come parte di un unico demanio pubblico internazionale[11], chi lo ha assimilato al patrimonio dello Stato, necessario per raggiungere fini di interesse generale[12] e chi, ancora ne ha proposto la ricostruzione in termini di *res communis omnium*, proprio al fine di distinguerlo dal demanio[13]. Per lungo tempo, infatti, in dottrina si è dubitato che il mare territoriale potesse essere qualificato come bene appartenente al demanio marittimo. L'elemento di maggiore criticità

[9] «Il mare va considerato anche per le relazioni intercorrenti con l'entroterra, potendo variare la natura del bene e il tipo di tutela a seconda che la medesima attività sia svolta nella massa acquea ovvero nella terraferma» (L. Benvenuti, *La frontiera marina*, cit., 133).

[10] Sulla portata dell'attuale formulazione dell'art. 9 Cost., quale fondamento costituzionale per il dovere delle istituzioni della Repubblica di porre in essere politiche e azioni direttamente finalizzate alla protezione delle risorse ambientali, sia consentito rinviare a M. Calabrò, *El debate sobre la economía circular en Italia a la luz de la reciente reforma de la Constitución*, in *El cronista del Estato social y democratico de derecho*, 2023, n. 104-105, 116 ss., nonché, *ex multis*, a P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi*, 2023, 1, 149 ss.; F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 1, 15 ss.; F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, e M. Monteduro, *Riflessioni sulla primazia ecologica nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, entrambi in Aa.Vv., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, 2022, rispettivamente 49 ss. e 221 ss.

[11] G. Scelle, *Plateau continental et droit international*, in *Revue générale de droit international public*, 1955, 51 ss.

[12] G. Chiarelli, *Territorio dello Stato (dir. cost.)* (voce), in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1973, 196 ss.

[13] A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 746. In termini v. anche Cass., 2 maggio 1944, n. 275.

era evidenziato già da Grozio nel suo *Mare liberum*, laddove sottolineava l'impossibilità di individuare un oggetto specifico rispetto al quale stabilire una titolarità: la liquidità del mare comporta che di esso non si possano tracciare confini[14].

L'art. 2 del cod. nav., in effetti, si limita ad affermare che il mare territoriale è soggetto alla sovranità dello Stato, il che evidentemente nulla ci dice sulla sua qualificazione giuridica; e l'art. 28 del cod. nav., così come l'art. 822 del Codice civile, non contemplano espressamente il mare nell'elenco dei beni che fanno parte del demanio marittimo, se non limitatamente alle rade (zone di mare che offrono riparo alle navi dai venti e dai marosi)[15].

Nella *littera legis*, quindi, non si perviene ad una esplicita definizione del mare territoriale in termini di bene demaniale[16]; tuttavia sono diverse le disposizioni in base alle quali sembra possa giungersi a tale conclusione. In particolare, l'art. 29 cod. nav. dispone che le costruzioni e le altre opere appartenenti allo Stato, poste entro i limiti del demanio marittimo e del mare territoriale, sono considerate come pertinenze del demanio stesso. L'art. 524 del Regolamento della navigazione dispone, poi, che per l'occupazione e l'uso di zone di mare territoriale «si applicano le disposizioni stabilite per il demanio marittimo». Ed è proprio l'esistenza di specifici regimi concessori attinenti l'occupazione o l'uso del mare e dei fondali marini ad imporre la riconducibilità del mare alla categoria dei beni demaniali, presupponendo la qualificazione dello Stato come "amministratore" del bene[17].

A riprova della correttezza di tale operazione ermeneutica, è utile richiamare la tesi di Guicciardi, laddove inquadrava il demanio come «proprietà necessaria», in quanto funzionale al perseguimento di fini istituzionali da parte dell'ente pubblico[18]. Come noto, l'indagine di Guicciardi era strumentale a giustificare la "necessarietà" dell'appartenenza pubblica e, nel contempo, a legittimare l'uso della risorsa da parte dei pubblici poteri[19]. L'evoluzione di quella ricostruzione, elaborata dalla dottrina successiva, si caratterizza per un mutamento dell'angolo di visuale, ovvero per una attenzione alle ricadute sociali ed economiche dell'uso di tale risorsa: il rapporto Stato-cittadino diventa la chiave attraverso cui viene let-

[14] U. Grozio, *Mare liberum*, Leiden, 1609, (trad. it.), Napoli, 2007.

[15] G. Colombini, *Lido e spiaggia* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 262 ss.

[16] Sulla nozione di demanio marittimo, inteso quale «complesso di beni destinati a soddisfare gli interessi pubblici riguardanti la navigazione e il traffico marittimo», v. F.A. Querci, *Demanio marittimo* (voce), in *Enc dir.*, XII, Milano, 1964, 93 ss. Per una più recente riflessione circa l'evoluzione della nozione e la sua portata attuale si rinvia a L. Carota, *Il demanio marittimo alla stregua dei principi costituzionali: l'estensione giurisprudenziale della nozione di "bene pubblico"*, in *Il Diritto marittimo*, 2017, 4, 883 ss.

[17] In tal senso, L. Benvenuti, *La frontiera marina*, cit., 157.

[18] E. Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1934.

[19] M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, in *Dir. e società*, 2021, 3, 552-553.

ta la intrinseca funzionalità della risorsa demaniale[20]. In sintesi, se si ritiene che il bene giuridico mare debba ricondursi alla titolarità dello Stato, in applicazione sia del criterio "naturalistico" (consistente nell'esame delle caratteristiche morfologiche del bene) che di quello funzionale, il mare non può che essere inquadrato all'interno della categoria del demanio[21].

Diverso sarebbe il discorso se, invece, si intendesse il mare non come bene appartenente al potere pubblico, ovvero se si inquadrasse il ruolo dello Stato come di mera interposizione soggettiva strumentale, chiamato a gestire il bene "per" la collettività[22]. Questa prospettiva, sulla quale ci si soffermerà *infra (§ 6)*, – valorizzando la valenza ambientale della risorsa – aprirebbe scenari di grande interesse, tali da condurre alla configurazione del mare in termini di bene comune[23].

In realtà, come cercherò di chiarire nel prosieguo, non ritengo che occorra optare per l'una o l'altra tesi in maniera assoluta, essendo forse la coesistenza di tali ricostruzioni l'unica formula in grado di esprimere la complessità del bene e, nel contempo, di dare atto della «gradualità degli usi del mare e delle situazioni che potrebbero essere imputate allo Stato o alla collettività»[24].

Del resto, la richiamata intrinseca scindibilità della risorsa mare in beni giuridici autonomi, fa sì che, se quanto ai fondali il regime demaniale non sembra poter essere messo in discussione[25], il discorso si fa più complesso se si pone l'attenzione sulla massa acquea. Rispetto ad essa lo Stato in alcuni casi esercita funzioni che richiamano una relazione di appartenenza, che rinvia al concetto di pro-

---

[20] F. Benvenuti, *Il demanio. Presentazione*, in E. Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1989, VII e oggi anche in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2006, 4125 ss.

[21] M. Casanova, *Osservazioni sulla nozione di demanio marittimo: il mare territoriale e la piattaforma continentale*, in *Il diritto marittimo*, 1968, 496 ss.; M.T. Corbino, *Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali*, Milano, 1990, 26 ss.

[22] Utilizza la locuzione "interposizione strumentale" A. Romano, *Demanialità e patrimonialità: a proposito dei beni culturali*, in V. Caputi Jambrenghi (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, 199, 412. In merito ai beni ambientali in generale è possibile, al riguardo, richiamare Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, ove si qualifica l'ambiente in termini di bene immateriale «non configurabile tecnicamente come patrimonio dello Stato, ma come utilità della collettività generale, verso la quale l'amministrazione ha doveri, più che diritti».

[23] Sia consentito rinviare, sul punto, a M. Calabrò, *L'ambiente quale diritto fondamentale a titolarità diffusa*, in *Persona e Amministrazione*, 2023, 2, 501 ss.; Id., *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. e società*, 2016, 4, 807 ss. La giurisprudenza, come noto, sottolinea da tempo la duplice appartenenza dei beni demaniali, da ricondurre tanto alla collettività di riferimento, quanto all'ente pubblico titolare, titolarità intesa però «come 'appartenenza di servizio', che è necessaria, nel senso che detto ente è tenuto ad assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione pubblica e/o collettiva» (Cass., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, 245). Inquadra espressamente la risorsa mare nella categoria dei beni comuni F. Morandi, *La tutela del mare come bene pubblico*, Milano, 1998.

[24] L. Benvenuti, *La frontiera marina*, cit., 156.

[25] Cfr. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 54 ss.; W. D'Alessio, *Mare territorio, territorio marino*, in *Porti mare territorio*, 1981, II, 17 ss.

prietà pubblica di Otto Mayer[26] (si pensi al rilascio di concessioni di spazi per l'installazione di boe per ormeggi o al rilascio di autorizzazioni per scarichi di sostanze potenzialmente inquinanti), mentre in altre ipotesi il potere pubblico esercita funzioni di mero controllo del corretto uso della risorsa (si pensi al controllo sulla navigazione libera o all'uso libero degli arenili) che non rimandano affatto ad una relazione di appartenenza. È anche vero che l'idea originaria di demanio rinviava probabilmente proprio a quest'ultimo modello di relazione soggetto/bene, contrapposto al concetto di patrimonio[27]. Ma su questo aspetto tornerò più avanti.

Piuttosto, ai fini di una ricostruzione della disciplina giuridica della risorsa mare non solo in chiave teorica, bensì attenta alla realtà delle cose, agli istituti ed alle relazioni giuridiche che oggi connotano l'oggetto delle presenti riflessioni, ciò che appare centrale non è tanto il profilo della titolarità del bene, quanto piuttosto l'elemento funzionale[28], inevitabilmente connesso alla relazione con il territorio costiero. È questa, del resto, la direzione indicata dalla più recente normativa internazionale ed europea. L'analisi delle azioni connesse al raggiungimento dell'Obiettivo n. 15 dell'Agenda 2030 *Proteggere, ripristinare e favorire un uso sostenibile dell'ecosistema terreste* fa registrare, ad esempio, una tendenza in base alla quale le esigenze di protezione e uso sostenibile delle aree marine influenzano la pianificazione degli usi compatibili delle aree costiere, in una prospettiva che vede la *land-sea interaction* espressione della necessaria visione ecosistemica del territorio[29].

Prima di passare al piano dell'analisi fenomenologica, è opportuna un'ultima precisazione. Il mare come risorsa è stato ed è ancora oggi oggetto "privilegiato" di studio tanto da parte degli internazionalisti[30], quanto da parte dei naviga-

[26] O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1894), tr. fr. dell'Autore, *Droit administratif allemand*, Paris, 1905. Per un'ampia analisi della concezione Mayeriana della proprietà pubblica e delle prospettive evolutive connesse ad una nozione di proprietà che non faccia perno sull'appartenenza, bensì sulla funzione, v. G. Della Cananea, *Dalla proprietà pubblica alle proprietà pubbliche*, in *Aedon,* 2024, 3, 190 ss.

[27] S. Romano, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, in *Circolo giuridico*, 1898 e ora anche in Id., *Scritti minori*, Milano 1950, 123 ss.

[28] L'elemento della appartenenza è secondario, nell'esame della risorsa mare (e della stessa costa). Assume centralità, piuttosto, il profilo delle finalità connesse al bene: finalità di tutela e gestione che impattano su una molteplicità di interessi e che, tra l'altro, implicano una *governance* multilivello ed una visione olistica. Al riguardo, viene condivisibilmente osservato che le peculiarità della risorsa in questione richiedono un articolato strumentario giuridico complessivo. «Esso risponde, infatti, ad interessi diversi (urbanistici, inquinamento, sfruttamento economico e così via) e può essere ridotto a unità unicamente valorizzando l'obiettivo finale, piuttosto che la riferibilità diretta a un "bene" disponibile integralmente per il potere pubblico» (F. Fracchia, A. Giannelli, *La tutela dell'ambiente marino in Italia*, cit., 169).

[29] In tal senso anche l'art. 6 della dir. 2014/89/UE (*Quadro per la pianificazione dello spazio marittimo*), ai sensi del quale gli Stati membri – nel perseguire gli obiettivi di pianificazione dello spazio marittimo – tra l'altro «a) tengono conto delle interazioni terra-mare; b) tengono conto degli aspetti ambientali, economici e sociali, nonché degli aspetti relativi alla sicurezza; c) mirano a promuovere la coerenza tra la pianificazione dello spazio marittimo e il piano o i piani da essa derivanti e gli altri processi, quali la gestione integrata delle zone costiere o le pratiche equivalenti, formali o informali».

[30] T. Treves, *Il diritto internazionale del mare e lo sfruttamento delle risorse*, in *Economia, politica, diritto degli idrocarburi*, 2007, 491 ss. Il principale istituto di diritto internazionale teso a risolvere la contrapposizione

zionisti. In entrambi i casi – seppur ovviamente con le debite differenze – il mare viene ad interesse nella sua interezza, ovvero nelle sue diverse accezioni di oceano, mare aperto e mare costiero; al contrario, nel prosieguo, per "mare" si intenderà unicamente il mare territoriale[31] o – in alcuni contesti –la piattaforma continentale, le sole aree rilevanti per il diritto amministrativo. La precisazione non ha una valenza meramente "fisica", ovvero tesa a delimitare dal punto di vista geografico l'oggetto dell'indagine, ma anche sostanziale, se solo si considera che unicamente in relazione alle aree marine costiere vengono in rilievo i molteplici e sempre più rilevanti profili di interesse connessi alla relazione terra-mare[32].

3. *Il carattere multifunzionale del bene*

Come già osservato, il carattere multifunzionale della risorsa mare ha fatto sorgere inevitabilmente negli anni numerose discipline settoriali[33] che, tuttavia – attesa la loro reciproca interdipendenza – richiedono un'analisi frutto di un approccio sostanzialmente e non solo formalmente integrato[34].

Emergerà nel prosieguo come le attuali politiche pubbliche del mare, tanto a livello internazionale quanto nazionale, si basino in effetti su una concezione olistica e multidimensionale della risorsa: le azioni di protezione, ad esempio, sono spesso individuate a seguito di un'analisi che tiene conto anche delle esigenze di

tra gli interessi degli Stati a sfruttare le risorse costiere e gli interessi della navigazione libera è il "diritto di passaggio inoffensivo", secondo il quale tutti gli Stati hanno il diritto di far transitare le proprie navi in acque straniere, purché il transito avvenga in maniera pacifica e senza arrecare pericolo o danno. G. Cataldi, *Mare (dir. int.)* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3683 ss.

[31] Come noto, per mare territoriale si intende quella estensione che arriva ad un massimo di 12 miglia dalla linea di base verso il largo, mentre le zone di mare comprese tra la linea di base e la costa sono denominate acque interne. Il mare territoriale, così come il suo fondale ed il sottofondo, è soggetto alla sovranità dello Stato, che esercita tradizionalmente funzioni di polizia e vigilanza (approccio difensivo), funzioni alle quali si sono negli anni affiancate attività più direttamente legate alla tutela della risorsa, da un lato, ed allo sfruttamento della stessa, dall'altro. Sul tema, si rinvia, *ex multis*, a B. Conforti, *Il regime giuridico dei mari*, Napoli, 1957; T. Scovazzi (a cura di), *La linea di base del mare territoriale*, Milano, 1986.

[32] Si sofferma sulla nozione di zona costiera, sia dal punto di vista fisico che funzionale, E. Boscolo, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2011, 1, 40 ss.

[33] Da una lettura giuridica della risorsa mare sul piano funzionale, emerge che, mentre i settori tradizionali nei quali veniva ad esprimersi l'uso del mare (la difesa, la pesca e la navigazione) avevano una matrice sostanzialmente comune, che giustificava una regolamentazione relativamente semplice e unitaria, l'incremento delle funzioni, riconducibili a finalità di protezione o di sfruttamento, ha creato l'emersione di relazioni tra interessi di tipo anche profondamente conflittuale.

[34] «A seguito infatti di un uso differenziato delle risorse marine rivolto a settori diversi da quelli tradizionali, concernenti soprattutto la difesa e la navigazione, si porrebbero relazioni differenziate tra gli impieghi di esso per singoli scopi e l'ambiente, ora relazioni conflittuali, ora rischiose, ora vantaggiose, che devono essere analizzate senza indugiare sulla conoscenza solo analitica dei dati sottostanti, né senza operare alcun riduzionismo, separando l'esame di un settore da quello degli altri», (L. Benvenuti, *La frontiera marina*, cit., 75).

sfruttamento, seppur sostenibile; così come, nel contempo, le strategie della c.d. *blue economy* contemplano, comunque, profili di conservazione e rigenerazione.

3.1. *Il mare come risorsa naturale da tutelare*

L'imprescindibilità e l'urgenza di efficaci politiche di tutela del mare emergono anche solo considerando che esso produce circa il 50% dell'ossigeno che respiriamo e assorbe circa il 30% dell'anidride carbonica, oltre al fatto che – in una prospettiva costituzionale di tutela degli ecosistemi – quello marino è l'habitat più esteso, custodendo circa l'80% delle specie viventi conosciute[35].

L'avvio di politiche espressamente dedicate alla tutela della risorsa mare in Italia nasce sotto la spinta del diritto internazionale prima, e del diritto europeo poi[36]. Sono ormai numerosissimi i documenti internazionali di riferimento[37], dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare del 1982 sino all'Obiettivo 14 dell'Agenda 2030, dedicato alla preservazione ed all'utilizzo sostenibile degli oceani, dei mari e delle risorse marine[38]. È interessante notare sin d'ora come negli ultimi anni tali documenti facciano riferimento sin dalla intitolazione non alle sole esigenze di tutela, ma anche a quelle di uso sostenibile della risorsa, segno dell'acquisita consapevolezza della non adottabilità di politiche meramente

[35] A. Leto, *La gerarchia delle correnti per una nuova talassocrazia*, cit., 153.

[36] È stato osservato, al riguardo, che l'originaria assenza di una disciplina organica specificamente dedicata ha fatto sì che le prime forme di intervento di tutela della stessa siano "passate" attraverso il filtro della tutela della salute, con conseguente riconoscimento di un ruolo centrale a Sindaci e Prefetti, il cui potere di ordinanza era usato anche – seppur indirettamente – in funzione di contrasto all'inquinamento del mare (F. Fracchia, A. Giannelli, *La tutela dell'ambiente marino in Italia*, cit., 153)

[37] A livello internazionale, le prime convenzioni hanno avuto ovviamente ad oggetto il tema della protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento. Particolarmente rilevante, su tale profilo, l'entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Unclos, firmata nel 1982, ma entrata in vigore solo nel 1994, per poi essere ratificata dall'Italia nel 1995), che raccoglie e mette a sistema tutte le regole e i principi sorti negli anni nel diritto internazionale in relazione alla gestione del mare e delle sue risorse. T. Treves, *La Convezione delle Nazioni Unite sul diritto del Mare del 10 dicembre 1982*, Milano, 1983. Per un inquadramento complessivo degli strumenti internazionali concernenti la tutela delle risorse marine v. S. Carrea, *Tutela dell'ambiente e poteri degli Stati sugli spazi marini*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022, 1093 ss.; A. Postiglione, *La disciplina delle coste. Prospettive giuridiche e scientifiche. Cenni di diritto internazionale*, in G. De Giorgi Cezzi (a cura di), *Gestione delle coste e sviluppo sostenibile*, Roma, 2017, 27-30.

[38] Cfr. M.H. Nordquist, J.N. Moore., R. Long (a cura di), *The Marine Environment and United Nations Sustainable Development Goal 14: Life below Water*, Leida, 2020. Esigenze di tutela possono giustificare anche limiti all'esercizio dei diritti riconosciuti dal diritto internazionale. Si pensi al diritto di passaggio inoffensivo, che può essere limitato in ragione di superiori esigenze di protezione dell'ambiente marino: un esempio in Italia è rinvenibile nel divieto del passaggio attraverso lo stretto di Messina di navi di notevoli dimensioni che trasportano sostanze pericolose. Sul tema v. M. Gestri, *Libertà di navigazione e prevenzione dell'inquinamento: il caso dello stretto di Messina*, in *Riv. diritto internazionale*, 1986, 280 ss.

protezionistiche[39]. In ogni caso, pur riconoscendo una valenza centrale ai documenti internazionali in termini di maggiore acquisizione della consapevolezza delle tematiche a livello globale, è evidente il limite intrinseco degli stessi, spesso destinati a rappresentare un bellissimo «libro delle intenzioni»[40].

Ben più significativi, in termini di cogenza delle relative previsioni, gli interventi del legislatore europeo[41]. Tra questi assume rilievo centrale la dir. 2008/56/Ce (c.d. *Maritime Strategy*), che introduce il concetto di "buono stato ecologico" delle acque marine, ovvero la capacità di preservare la sanità e la diversità ecologica dei mari, salvaguardandone gli usi e le attività per le generazioni presenti e future[42]. L'Italia ha attuato tale direttiva con il d.lgs. n. 190/2010, introducendo un modello di intervento dotato di indubbia razionalità, attraverso la previsione di 5 fasi funzionalmente consequenziali: valutazione iniziale dello stato delle acque; determinazione dei requisiti del buono stato ambientale; definizione dei traguardi ambientali; elaborazione di programmi di monitoraggio; individuazione di misure per il mantenimento del buono stato ambientale. Tale modello, i cui adempimenti "fasici" sono da ripetersi secondo cicli di sei anni, rappresenta ancora oggi il principale strumento nazionale di intervento volto al conseguimento dei target di incremento dello stato ecologico delle aree marine (c.d. Strategia Marina[43]) e vede quale soggetto attuatore il Ministero dell'Ambiente, coadiuvato da un Comitato tecnico composto da amministrazioni centrali e regionali e, soprattutto, dall'Ispra. Nel 2020, tuttavia, la Commissione Europea ha redatto la prima Relazione sulla attuazione della Strategia a livello di UE, dalla quale emergono diverse criticità, tutte in qualche modo legate alla ridotta efficacia di politiche nazionali non integrate ed alla vaghezza e scarsa misurabilità del "buono stato ecologico" degli habitat[44].

---

[39] Sulla centralità del principio dello sviluppo sostenibile nei documenti di diritto internazionale a tutela del mare e dell'ambiente costiero v. G. Cordini, *Sostenibilità dello sviluppo e ambiente negli ordinamenti Costituzionali*, e P. Fois, *Tutela delle coste e sviluppo sostenibile nel quadro della protezione internazionale del Mediterraneo*, entrambi in G. De Giorgi Cezzi (a cura di), *Gestione delle coste e sviluppo sostenibile*, cit., rispettivamente 17 ss. e 37 ss.

[40] In termini G. Torta, *Il delicato equilibrio tra la tutela dell'ambiente marino e la promozione delle attività economiche nella pianificazione dello spazio marino*, in *Ambientediritto*, 2023, 1, 1 ss., laddove sottolinea che «la tutela offerta dal diritto internazionale si scontra con i limiti stessi dell'ordinamento di riferimento e, dunque, con i problemi legati all'effettività delle singole norme», 6.

[41] N. Carmineo, *La tutela del mare nella prospettiva europea*, in *Rivista italiana di Intelligence*, 2022, 3, 170 ss.

[42] Per un quadro dell'attuale assetto dell'attuazione della *Mairitime Starteg* cfr. *https://www.msfd.eu/*. Sul tema si rinvia alle riflessioni di A. Moliterni, *La tutela degli ecosistemi marini nel prisma della pianificazione integrata delle aree costiere*, in *Riv. giur. ambiente*, 2023, 1, 171 ss.

[43] *https://strategiamarina.isprambiente.it/*. Per un'ampia e aggiornata analisi dei principali caratteri di tale strategia v. G. Tellarini, *La strategia nazionale per il mare*, in *Riv. di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2023, 123 ss.

[44] In particolare, diversi Paesi non hanno fissato gli obiettivi a causa della mancanza di dati certi di partenza e nulla è stato fatto al fine di stimolare la collaborazione tra Stati confinanti: il risultato è una forte diso-

Da tali prime risultanze, nonché, più in generale, dall'esame delle azioni condotte negli ultimi anni dall'UE con la sua Politica Marittima Integrata[45], emerge la necessità di allontanarsi da un'idea statica delle risorse naturali, per optare per una tutela dinamica, intesa come attuazione di azioni di protezione che pongano al centro la dimensione relazionale, tra risorse e tra ecosistemi. Tra l'altro, le aree marine maggiormente soggette ad inquinamento sono evidentemente quelle vicine alle coste, in quanto soggette a molteplici "attacchi" antropici, il che impone un intervento strategico, ovvero in grado di mettere a sistema i diversi interessi impattanti su quella parte del territorio (ambiente, turismo, commercio, pesca)[46]. Un ruolo centrale nella conservazione degli ecosistemi marini è svolto, ad esempio, dai diversi limiti quantitativi e qualitativi all'attività di pesca, la cui osservanza è oggi particolarmente rigorosa anche grazie all'opera del giudice penale, che in più occasioni ha chiarito come l'attività di pesca effettuata in violazione di disposizioni legislative o regolamentari poste a tutela dell'ambiente marino integri il delitto di inquinamento ambientale, laddove si dimostri abbia provocato un notevole grado di compromissione dell'ecosistema e della biodiversità correlata ai fondali[47].

Nel proseguire con l'analisi della normativa nazionale, occorre osservare che il d.lgs. n. 152/2006 (t.u. ambiente) – pur prevedendo discipline e standard differenziate in relazione al tipo di inquinante immesso nell'acqua e, quindi, alla capacità di autodepurazione dei singoli recettori – non dedica una attenzione autonoma alle acque marine rispetto alle acque dolci e, soprattutto, si concentra sul mare come risorsa destinata a recepire le esternalità negative dell'intervento dell'uomo (inquinamento, erosione, ecc.), senza dedicare una specifica attenzione alla valorizzazione del patrimonio marino. La protezione del mare trova, invece, una disciplina organica, seppur datata, nella legge n. 979/1982 (*Disposizioni per la difesa del mare*), il cui principale pregio è senza dubbio quello di aver per la prima vol-

---

mogeneità delle azioni e, quindi, dei risultati conseguiti. Cfr. Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Sull'attuazione della direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino* (direttiva 2008/56/CE), (COM)2020 259 final, Bruxelles, 25 giugno 2020.

[45] La Politica Marittima Integrata si basa sull'idea che, coordinando la sua ampia gamma di attività interconnesse relative agli oceani, ai mari e alle coste, l'Unione possa trarre maggiori rendimenti dal proprio spazio marittimo con un minore impatto sull'ambiente (https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/121/politica-marittima-integrata-dell-unione-europea). Di recente, il Regolamento europeo n. 2021/783/UE, nell'istituire il Programma per l'ambiente e l'azione per il clima *Life*, specifica che la protezione e il ripristino dell'ambiente marino rappresenta uno dei grandi obiettivi della politica ambientale dell'Unione.

[46] A. Moliterni, *La tutela degli ecosistemi marini nel prisma della pianificazione integrata delle aree costiere*, cit., 175-176.

[47] Cfr. Cass. pen., sez. III, 14 settembre 2023, n. 41602. Da ultimo, sugli indirizzi europei per lo sviluppo di una pesca sostenibile v. *Comunicazione della Commissione europea del 21 febbraio 2023* (COM (2023) 102 final). Per un'analisi degli strumenti giuridici necessari per arrestare la perdita di biodiversità delle aree marine v. M. Verrengia, *L'ecosistema marino tra scontro di valori e integrazione di politiche*, in *Riv. giur. ambiente*, 2023, 259 ss.

ta individuato il mare come oggetto autonomo di tutela[48]. In tale ottica, essa ha innanzitutto introdotto uno strumento di pianificazione *ad hoc* (*Piano generale di difesa del mare e delle coste marine dall'inquinamento e di tutela dell'ambiente marino*), atto che si ispirava ancora ad un approccio essenzialmente difensivo e settoriale, non sistemico, e che in ogni caso non ha mai trovato concreta attuazione[49].

Con la medesima legge sono state poi istituite le riserve marine, oggi *aree marine protette*. Si tratta, evidentemente, di una prospettiva differente ed ulteriore rispetto alla generale esigenza di tutelare tutte le acque marine dall'inquinamento. In questo caso ci si propone di preservare – con regimi giudici differenziati – le aree che ancora conservano un elevato grado di integrità dell'habitat naturale o, comunque, un particolare interesse scientifico, ecologico, geomorfologico o culturale[50]. Per quanto ormai da tempo adeguatamente disciplinato e strutturato, il modello delle aree marine protette non sembra ancora garantire adeguati risultati, sia in ragione dell'insufficiente numero delle stesse, che della mancata interrelazione tra le aree, derivante anche dall'assenza di una rete nazionale. Tale ultimo profilo non consente, evidentemente, di beneficiare dei potenziali vantaggi scaturenti dalla moltiplicazione degli effetti positivi che deriverebbero da interventi integrati realizzati su più aree marine contemporaneamente[51].

Tuttavia, la molteplicità delle finalità sottese all'istituzione di un'area protetta consente di abbracciare un approccio maggiormente rispettoso della complessità della risorsa, non limitandosi a valorizzare il profilo della protezione: l'istruttoria, infatti, richiede anche l'esame degli effetti che eventuali vincoli avrebbero sul contesto economico e sociale del territorio, mirando ad un coordinamento con esigenze di studio, ricerca e uso. L'idea, in altri termini, non è più solo quella di difendersi da effettivi o potenziali "attacchi", ma anche di programmare interventi

[48] A. Xerri, *Tutela dell'ambiente marino*, in *Novissimo digesto*, vol. VII, Torino, 1987, 917 ss.

[49] Sulla scarsa concretezza di tale impianto v. M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, cit., 573, il quale sottolinea che «la funzione originariamente attribuita al Piano è oggi assolta da informali linee guida, la cui applicazione non è peraltro caratterizzata da uniformità».

[50] G. Garzia, *Le aree marine protette*, Milano, 2011.

[51] La *Strategia Europea per la biodiversità al 2030* parla non a caso della necessaria istituzione di "corridoi ecologici" idonei a connettere le aree e ad aumentare la permeabilità del territorio e la resilienza ai cambiamenti climatici, anche nell'ottica dell'obiettivo di sviluppo sostenibile n. 13 dell'Agenda 2030, sulla lotta al cambiamento climatico (https://www.consilium.europa.eu/it/policies/biodiversity/#2030). In termini anche la *Strategia Nazionale per la Biodiversità al 2030: lavoriamo al presente per raggiungere il futuro!*, ove, tra l'altro, ci si propone di costruire una rete coerente di Aree Protette terrestri e marine con il raggiungimento dei target del 30% di aree protette da istituire a terra e a mare, e del 10% di aree rigorosamente protette (https://www.mase.gov.it/portale/web/guest/strategia-nazionale-per-la-biodiversit%C3%A0-al-2030). Sul tema v. L. Tunesi, S. Agnesi, T. Di Nora, G. Mo, *I siti di interesse comunitario in Italia per la creazione di una rete europea di aree marine protette*, in *Biol. Mar. Medit.*, 2009, 16, 48 ss.

di rigenerazione di biodiversità ed habitat naturali, in una visione propositiva che non rigetta aprioristicamente l'individuazione di attività produttive compatibili[52].

Di particolare interesse, in tale prospettiva, è la recente *Nature Restoration Law*, approvata in via definitiva dal Consiglio UE il 17 giugno 2024. Per la prima volta, l'UE si dota di una normativa, vincolante per gli Stati membri, volta non solo a preservare, ma anche (e soprattutto) a ripristinare le risorse naturali, individuando obiettivi sfidanti nel medio e nel lungo periodo[53]: ciò imporrà precisi obblighi in capo agli Stati membri, ai quali fa evidentemente da contraltare il diritto della comunità di riferimento di pretendere la messa in atto di politiche e azioni pubbliche adeguate, anche sulla scia dell'ormai sempre più sviluppato contenzioso climatico[54].

L'Italia sta già operando in tal senso: nell'ambito della Missione 2 del PNRR (*Rivoluzione verde e transizione ecologica*) è previsto, infatti, un finanziamento pari a 400 mln. di euro per il ripristino e la tutela dei fondali e degli habitat marini[55]. Uno degli aspetti maggiormente condivisibili della misura è quello di aver previsto come prima azione una completa mappatura degli habitat costieri e marini, attraverso l'acquisto di una unità navale oceanografica dotata di apparecchiature ad altissima risoluzione, al fine di colmare così forse la più grave lacuna nel settore. Del resto, è evidente che, prima di programmare modi e soprattutto tempi di un intervento, occorre avere piena consapevolezza del quadro di riferimento:

---

[52] L. Petrelli, *Quale futuro per le aree marine protette italiane?*, in *Ambientediritto*, 2021, 2, 1 ss.; F. Boero, S. Bussotti, P. D'Ambrosio, S. Fraschetti, P. Guidetti, A. Terlizzi, *Biodiversità e aree marine protette*, in *Biol. Mar. Medit.*, 2005, 12, 1 ss.

[53] Tra i quali, il ripristino di almeno il 20% delle aree naturali terrestri e marittime entro il 2030, nonché il ripristino di tutti gli ecosistemi degradati entro il 2050. E. Lees, O.W. Pedersen, *Restoring the Regulated: The EU's Nature Restoration Law*, in *Journal of Environmental Law*, 2025, 37, 75 ss.; V. Di Stefano, S. D'Alessandro, G. Di Domenico, *Biodiversity loss, climate change, and Nature Restoration Law in the modern legal system of the European Union*, in L. Salvati (a cura di), *Environmental Sustainability and Global Change*, Amsterdam, 2024, 245 ss. Con specifico riferimento alla tutela ed al recupero delle aree marine, v. M. Previti, *La pianificazione dello spazio marittimo e l'implementazione delle aree marine protette quali strumenti di tutela della biodiversità dei mari alla luce della Nature Restoration Law*, in *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, 2024, 145 ss.

[54] S. Valaguzza, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 293 ss.; A.G. Pietrosanti, *Consumo di risorse naturali non rinnovabili. Tra diritti della natura, bilanciamento di interessi e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2023, 195 ss.

[55] L'obiettivo è quello di fermare il degrado degli ecosistemi mediterranei e recuperare almeno il 20% dei fondali e degli habitat marini nelle acque italiane entro il 2026, in modo da raggiungere gli obiettivi europei di protezione della diversità e favorire la sostenibilità di attività fondamentali come la pesca, il turismo, l'alimentazione e la c.d. crescita blu. La misura vede ISPRA come soggetto attuatore e il Ministero per l'Ambiente e la Sicurezza Energetica come amministrazione titolare del finanziamento di 400 Mln di euro per il 2022-2026. Il PNRR prevede interventi per il ripristino e la protezione dei fondali e degli habitat marini, il rafforzamento del sistema nazionale di osservazione degli ecosistemi marini e costieri e la mappatura degli habitat costieri e marini di interesse conservazionistico nelle acque italiane con l'acquisizione di una nuova unità navale oceanografica, dotata di apparecchiature altamente tecnologiche in grado di sondare i fondali fino a 4000 m. e strumentazione acustica ad altissima risoluzione (https://www.isprambiente.gov.it/it/progetti/cartella-progetti-in-corso/progetti-mare/pnrr-mer-marine-ecosystem-restoration/pnrr-mer-marine-ecosystem-restoration).

prima "i dati", poi "le date"! Eppure, forse a causa della mitizzazione della celerità come valore in sé (o per una impropria attenzione alle questioni di genere) la recente tendenza del legislatore italiano nelle politiche di tutela ambientale è quella di individuare prima "le date" e poi "i dati", con consequenziale elevata percentuale di fallimento.

La conservazione del mare e delle aree costiere non investe, però, solo il tema dell'inquinamento. Come noto, una grave emergenza è rappresentata dall'innalzamento del livello marino. Al riguardo, la scienza ci dice che i fattori che incidono sulla variazione del livello del mare sono essenzialmente due: la modifica del volume dell'acqua in relazione alla temperatura e, soprattutto, lo scioglimento dei ghiacciai continentali[56]. Questo fenomeno sta conducendo, con specifico riferimento alle coste italiane, ad un innalzamento annuo del livello del mare di circa 3 mm. Può apparire un fenomeno del tutto irrilevante, ma le attuali stime attestano che in assenza di misure volte a ridurre le cause dell'innalzamento del mare e, nel contempo, a pianificare interventi di tutela delle coste, entro il 2100 il mare si innalzerà di circa un metro, e più della metà delle attuali zone costiere nazionali saranno sommerse[57].

Ciò che emerge da queste brevi considerazioni, quindi, è che la tutela del mare come risorsa naturale richiede oggi interventi su più fronti, tra loro integrati; un'azione sinergica tra i diversi livelli istituzionali non solo in termini operativi, ma anche (e ancor prima), come vedremo, in punto di pianificazione. In tale direzione, tra l'altro, la valorizzazione dei nuovi artt. 9 e 41 Cost. dovrebbe far sì che le istanze di conservazione e ripristino non si concentrino unicamente sulle aree marine protette (ed in particolare sulle riserve integrali all'interno delle stesse), bensì sull'intera risorsa mare quale ecosistema complesso[58].

---

[56] Uno studio del 2018 sullo spessore del ghiaccio marino ha misurato una diminuzione del 66%, corrispondente a circa 2 metri, nell'arco dei precedenti sei decenni (R. Kwok, *Arctic sea ice thickness, volume, and multiyear ice coverage: losses and coupled variability (1958–2018)*, in *Environmental Research Letters*, 2018, 13); mentre stime recenti riportano che l'area del Mar Glaciale Artico coperta dal ghiaccio marino si sta riducendo del 4,7% ogni dieci anni, sorte che stanno subendo la maggior parte dei ghiacciai di tutto il mondo, aggiungendo enormi quantità di acqua dolce agli oceani (J. Yadav, A. Kumar, *Dramatic decline of Arctic sea ice linked to global warming*, in *Natural Hazards*, 2020, 103, 2617 ss.). Si sofferma sugli effetti dello scioglimento dei ghiacciai in ordine all'innalzamento ed all'inquinamento delle acque marine anche P. Dell'Anno, *I cambiamenti climatici e gli eventi estremi. La transizione energetica e i suoi nemici*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2024, 1, 26 ss.

[57] M. Manigrasso, *Il futuro passa per le città. Una riflessione sull'adattamento nei centri costieri italiani*, in M. di Venosa, M. Manigrasso (a cura di), *Coste in movimento. Infrastrutture ambientali per la rigenerazione del territorio*, Roma, 2022, 39 ss.; E. Pranzini, *La forma delle coste. Geomorfologia costiera, impatto antropico e difesa dei litorali*, Bologna, 2004, 60-61.

[58] Sull'accezione giuridica di ecosistema e sulla sua evoluzione a seguito della novella costituzionale del 2022 v. M. Monteduro, *Riflessioni sulla primazia ecologica nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, in Aa.Vv., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, 2022, 221 ss.; M.V. Ferroni, *La perdita della biodiversità, gli strumenti di tutela ed il codice dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2022, 1, 121 ss.; E. Chiti, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2022, 2, 468 ss.

3.2. *Il mare come risorsa da sfruttare in chiave economica: le prospettive della* **blue economy**

Il mare, nelle sue diverse componenti, può e deve anche qualificarsi in termini di risorsa in senso economico. Ed è inevitabile che tale accezione influisca profondamente sul regime giuridico della risorsa, e sulla sua stessa qualificazione. Non sembra, quindi, possibile oggi aderire alla ricostruzione di Giannini quando qualificava il mare come proprietà collettiva libera, rispetto alla quale lo Stato aveva unicamente funzioni di controllo, di polizia, e le concessioni costituivano una semplice riserva di attività[59]. L'Autore concentrava la sua indagine quasi esclusivamente sulle concessioni marine concernenti l'attività di pesca e non configurava il mare come una fonte di "ricchezza" da sfruttare per finalità di tipo economico e sociale. Da allora molto è cambiato e negli anni non solo la disciplina dello sfruttamento economico della risorsa mare è diventata sempre più pervasiva, ma sono stati introdotti numerosi atti di tipo programmatorio mediante i quali lo Stato – anche sotto la spinta dell'UE – mira a sfruttare in maniera ampia e diversificata le risorse offerte dal mare, in una prospettiva apparentemente non compatibile con una qualificazione del mare in termini di proprietà collettiva libera, almeno, vedremo, non in senso assoluto[60].

L'Europa, con una Comunicazione del 2012 sulla *Crescita blu*[61], ha individuato per la prima volta quelle che ancora oggi sono considerate le 5 "catene di valore" della *blue economy*: energia blu; acquacoltura; turismo marittimo; risorse minerarie marine; biotecnologia blu[62]. La prima, e senza dubbio più rilevante, delle catene di valore è la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili mediante impianti *off-shore* o impianti maremotrice. È di tutta evidenza, in questo caso, l'effetto *win-win* della misura: nello sfruttare da un punto di vista economico una risorsa naturale, si contribuisce al raggiungimento di un importante obiettivo di autonomia energetica e, nel contempo, si interviene a tutela dell'am-

[59] M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 37 ss. Per un'analisi del pensiero gianniniano in tema di proprietà collettiva dei beni ambientali v. A. Bixio, *Proprietà pubblica e divisione della proprietà. Riflessioni sulla proprietà pubblica in Massimo Severo Giannini*, in A. Bixio, *Ragionamenti sulla cultura giuridica*, Torino, 2020, 111 ss.

[60] Sulla necessità di individuare un bilanciamento tra una «riserva di naturalità» e l'esigenza di localizzare «talune attività umane produttive di disturbo», v. E. Boscolo, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, cit., 56.

[61] *Crescita blu. Opportunità per una crescita sostenibile dei settori marino e marittimo* (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52012DC0494).

[62] Più di recente confermate e dettagliate nell'attuale Politica Marittima Integrata dell'UE https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/121/politica-marittima-integrata-dell-unione-europea). Per un'analisi del significato del termine *blue economy* e delle prospettive ad essa legate v. P.G. Tiscar, *Blue Growth and EUSAIR: Fischery and aquaculture Integrated management model along the Adriatic coasts*, in M. D'Orsogna (a cura di), *EUSAIR strategy, Multilevel Governance and territorial cooperation,* Napoli, 2016, 63 ss.

biente e a favore della lotta al cambiamento climatico[63]. Ciò nonostante, con particolare riferimento agli eolici *off-shore*, note ragioni di ordine strutturale e culturale hanno da sempre reso particolarmente difficoltosa l'installazione di tali tipologie di impianti in Italia: da un lato, la previsione di procedimenti autorizzatori particolarmente complessi e, dall'altro, l'aprioristica opposizione da parte del Ministero della Cultura per una presunta intrinseca incompatibilità paesaggistica di tali strutture (anche in relazione ad aree non soggette a vincolo specifico)[64] hanno fatto sì che – sebbene l'UE abbia approvato un piano strategico di incentivi per eolico *off-shore* sin dal 2020 – sino ad oggi nel nostro Paese ne risulta pienamente realizzato solo uno, nel bacino acqueo di Taranto, reso operativo dopo circa 10 anni dalla presentazione dell'istanza, mentre altri tre, progettati nel Canale di Sicilia e sulla costa dell'Emilia Romagna, hanno ottenuto nel 2024 il decreto di compatibilità ambientale[65].

Non a caso questo settore risulta tra quelli maggiormente critici in punto di mancata attuazione degli obiettivi del PNRR, dove è previsto un investimento pari a 675 milioni di euro per la realizzazione di una vasta rete infrastrutturale di impianti eolici e fotovoltaici galleggianti, attraverso l'adozione di soluzioni tecnologiche innovative e la combinazione con sistemi di accumulo energetico[66]. Entro il 30 settembre 2023 si sarebbe dovuto conseguire il *milestone* consistente nell'aggiudicazione del progetto per lo sviluppo di infrastrutture *off-shore*, in modo da consentire l'effettiva realizzazione della nuova rete infrastrutturale entro giugno 2026. Ad oggi, a distanza di quasi due anni dalla prima scadenza, si è unicamente

[63] Sulla necessità di misurare adeguatamente l'impatto ambientale dell'installazione di un impianto volto a produrre energia marina v. E. Conisti, *Energia marina: le tecnologie più vantaggiose e i prototipi in Italia*, in *www.agendadigitale.eu*, 2022, la quale sottolinea che «ad oggi, le strutture non sembrano provocare danni alle attività umane (industria della pesca, trasporti, turismo), ma l'ancoraggio sul fondale marino deve tener conto dell'eventuale impatto sulle specie vegetali. Inoltre, risulta necessaria l'installazione di opportuni dissuasori che prevengano il possibile urto della fauna marina con le macchine», 8. Sulla relazione tra *blue economy* e decarbonizzazione cfr. la Comunicazione UE (2021) *Trasformare l'economia blu dell'UE per un futuro sostenibile*, per la quale si rinvia alle riflessioni di N. Carmineo, F. Corona, *La pianificazione spaziale marittima nel diritto dell'Unione Europea e la declinazione della normativa unionale nella legislazione italiana*, in *Il Dir. marittimo*, 2023, 1, 5 ss., spec. 41.

[64] Su tale profilo si rinvia a B. Tonoletti, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e tutela di altri interessi pubblici*, in E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), *L'attuazione dell'European Green Deal. I mercati dell'energia e il ruolo delle istituzioni e delle imprese*, Milano, 2022, 124 ss.; A. Amorosino, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. edilizia*, 2022, 4, 265 ss.; M. Calabrò, *Renewable energy infrastructures location: between environmental preservation and landscape emergencies*, in C. Gambardella, D. Listokin (a cura di), *Development and preservation in large cities: an International perspective*, Napoli, 2013, 51 ss.

[65] N. Spadaro, *L'eolico offshore: difficoltà procedurali interne e spunti per una riflessione comparativa con la Gran Bretagna*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2022, 4, 1041 ss.

[66] V., in particolare, la Missione M2C2 *Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile*, su cui si rinvia a P. Chirulli, *L'eolico offshore nella prospettiva del PNRR*, in G.F. Cartei (a cura di), *Energie rinnovabili e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Napoli, 2022, 59 ss.

conclusa la consultazione pubblica per acquisire potenziali manifestazioni di interesse ed il Governo, nella Terza Relazione sullo stato di attuazione del PNRR individua diversi profili di debolezza dell'investimento, quali la scarsa attrattività e la perdurante farraginosità del procedimento autorizzativo[67]. Come purtroppo sempre più spesso accade, obiettivi di semplificazione e di (apparente) risultato hanno, poi, condotto al "taglio" dei termini procedimentali, ridotti di un terzo, ed al "sacrificio" degli interessi più delicati, con la prevista esenzione dalla valutazione di impatto ambientale nel caso in cui gli impianti ricadano in aree già individuate come idonee e con la configurazione del parere paesaggistico come obbligatorio ma non vincolante[68].

È probabile, tra l'altro, che nemmeno tali correttivi saranno sufficienti a consentire il conseguimento del target individuato: è significativo, infatti, che lo stesso Governo, nel luglio del 2023, abbia proposto alla Commissione UE addirittura di definanziare l'intero intervento, in quanto l'iter autorizzativo e i conseguenti tempi di attuazione non risulterebbero compatibili con le tempistiche del PNRR[69]. Tutto ciò in piena contraddittorietà, tra l'altro, con quanto di recente ribadito dalla dir. UE 2023/2413 (RED III), che ha espressamente codificato il c.d. principio della prevalenza dell'interesse alla produzione dell'energia da fonti rinnovabili, attesi gli effetti positivi della transizione energetica tanto sull'ambiente quanto sullo stesso paesaggio[70].

---

[67] Quest'ultimo, infatti, prevede una autorizzazione che solo formalmente può definirsi "unica", innestandosi in realtà anche il procedimento finalizzato all'ottenimento della connessione alla rete elettrica nazionale. In generale, sulla disciplina delle procedure autorizzative per impianti *offshore* e l'individuazione di aree idonee (art. 23, d.lgs. n. 199/2021), si rinvia a C.P. Santacroce, *Tutela del paesaggio, promozione delle energie rinnovabili e pianificazione dello spazio marittimo nell'era della transizione verso la sostenibilità: pluralità di interessi e priorità*, in C. Vitale (a cura di) *Il «governo del mare». Tutela del paesaggio e sviluppo sostenibile dalla prospettiva della pianificazione marittima*, Napoli, 2024, 23 ss., spec. 42.

[68] «Sembra assistersi così ad una sostanziale dequotazione del valore della decisione assunta dalla autorità preposta alla valutazione di interessi sensibili, nonché ad un (ennesimo) tentativo di semplificazione operato in una maniera che mal si attaglia tuttavia a fattispecie in cui si pone l'effettiva necessità di bilanciare interessi diversi e tutti parimenti meritevoli di tutela» (C. Feliziani, *Le energie rinnovabili in tempo di economia circolare: alla ricerca di un equilibrio sostenibile tra sviluppo e paesaggio*, in C. Vitale (a cura di) *Il «governo del mare». Tutela del paesaggio e sviluppo sostenibile dalla prospettiva della pianificazione marittima*, cit., 99 ss., spec. 126).

[69] *https://www.mase.gov.it/pagina/investimento-1-3-promozione-impianti-innovativi-incluso-shore*

[70] Sul principio di prevalenza *ex lege* dell'interesse all'installazione di impianti da fonti rinnovabili per la generalità del territorio nazionale v. F. Eroico, *Energie rinnovabili e presunzione di interesse pubblico prevalente: prime riflessioni a margine del regolamento (UE) 2577/2022*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2024, 1, 55 ss.; M. Renna, A. Bonaiti, *Impianti energetici alimentati da fonti rinnovabili e dequotazione di funzioni amministrative*, in M. Immordino, N. Gullo, C. Celone (a cura di), *Democrazia diritti umani e sviluppo sostenibile: quali sfide in Italia e Brasile?*, Napoli, 2024, 739 ss. Riserva particolare attenzione alla promozione delle energie rinnovabili *offshore*, adottando una strategia pianificatoria temporale di lungo periodo (fino al 2030), anche il Piano Nazionale Integrato di Energia e Clima (PNIEC). Per un'ampia analisi del ruolo centrale ricoperto dagli impianti *offshore* nella strategia energetica nazionale v. G. Befani, *Usi pubblici del mare e territorializzazione marittima: prospettive geo-giuridiche della pianificazione energetica del mar Mediterraneo*, in *Il diritto dell'economia*, 2024, 2, 59 ss.

Un ruolo centrale nell'ambito della *blue economy* è poi riconosciuto all'acquacoltura. Da un recente Rapporto di Confagricoltura emerge che nel 2025 il fatturato derivante da tale attività è di oltre 400 milioni di euro[71]. Apparentemente un risultato importante, ma non se lo si rapporta al fatto che solo il 20% del pesce consumato in Italia proviene da allevamenti italiani ed alla circostanza che ad oggi si registrano circa 20 concessioni *off-shore* per maricoltura, nonostante diversi studi dimostrino come siano molto più numerose le aree potenzialmente idonee a recepire tale uso della risorsa marina[72]. L'attuale gestione regionale, se non addirittura comunale (per delega), dell'affidamento delle concessioni, anche in relazione al profilo della quantificazione del canone, conduce tra l'altro a situazioni di disparità di trattamento del tutto ingiustificate. Manca, ancora una volta, una programmazione strategica idonea *in primis* ad individuare gli "spazi" adeguati alle diverse funzionalità del mare, attraverso una seria e completa mappatura, avviata in maniera frammentata solo di recente, ed una consequenziale pianificazione degli usi[73].

La *blue economy* guarda ovviamente non solo agli spazi acquei, ma anche ai fondali marini. Sul punto, assume rilievo la c.d. Zona Economica Esclusiva (ZEE), istituto di diritto internazionale che consente di estendere la competenza esclusiva di uno Stato fino a 200 miglia dal mare territoriale, in relazione a specifiche attività[74]. Queste concernono la ricerca scientifica (si pensi al tema, centrale in Italia, dell'archeologia subacquea), la protezione dell'ambiente marino e, soprattutto, lo sfruttamento delle risorse marine e dei fondali[75], fonte, di recente, di importanti dispute internazionali, sorte attorno alla realizzazione di cavi sottomarini per la trasmissione di energia o di interconnessione dati[76]. Ebbene, è ine-

[71] Cfr. *Rapporto AGRIcoltura100*-2023, in https://www.confagricoltura.it/ita/attivita/agricoltura100.

[72] Sul ruolo centrale potenzialmente ricopribile da parte del settore dell'acquacoltura in Italia nella integrazione delle produzioni da pesca, v. G. Tellarini, *La strategia nazionale per il mare*, cit., 138. Si sofferma sulle differenze sussistenti tra attività di acquacoltura e attività turistico ricreative, che giustificherebbero la previsione di discipline concessorie autonome, C. Pozzi, *Natura e durata delle concessioni demaniali marittime per acquacoltura e maricoltura*, in *Dir. trasporti*, 2023, 631 ss.

[73] A. Forgione, L. Tudini, *Il ruolo delle regioni per lo sviluppo sostenibile dell'acquacoltura*, in C. Vitale (a cura di) *Il «governo del mare». Tutela del paesaggio e sviluppo sostenibile dalla prospettiva della pianificazione marittima*, cit., 181 ss.

[74] A differenza della piattaforma continentale, che riconosce allo Stato i soli diritti di esplorazione e sfruttamento sulla piattaforma continentale, la ZEE consente anche attività di ricerca scientifica e di tutela dell'ambiente marino. G. Cataldi, *Mare (dir. int.)* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3588-3590.

[75] Sebbene si possa parlare propriamente di appartenenza di un'area marina ad uno Stato solo in relazione alle acque territoriali, i poteri di esclusiva degli Stati sulle rispettive ZEE sono talmente estesi che in letteratura si parla sempre più spesso di "territori nazionali" anche nei confronti di queste ultime. Sul punto v. R. Casati, U. Gurchani, *Il mare come territorio. Equilibrio, proiezione ed esposizione marina nei Paesi del mondo*, in *Gnosis*, 2023, 1, 101 ss.

[76] E. Nigro, *I cavi sottomarini tra problemi giuridici e problemi spaziali*, in *Dir. dei trasporti*, 2024, 1, 95 ss. Si pensi al progetto *Quantum Cable*, un sistema di cavi in fibra ottica ultraveloce destinato a connettere Asia ed Europa attraverso il Mediterraneo, ostacolato dalla Turchia proprio in ragione del previsto passaggio in tratti di mare di pertinenza della propria ZEE. A. Leto, *La gerarchia delle correnti per una nuova talassocrazia*, cit., 151.

vitabile che l'istituzione di una ZEE in un mare "chiuso" come il Mar Mediterraneo richieda previ accordi tra Stati[77]. Certo, siamo ben lontani dal modello originario di delimitazione del mare territoriale fondato sulla ambigua misura del tiro del cannone (*the cannon shot rule*[78]), ma ancora oggi il tema della corretta delimitazione delle rispettive aree di titolarità o, meglio, di diritti di sfruttamento esclusivo, presenta margini di notevole incertezza[79]; e non è un caso che l'Italia solo nel 2021 abbia previsto l'istituzione di una propria ZEE, non ancora concretizzatasi[80].

Già solo queste brevi considerazioni consentono di scorgere le enormi potenzialità della *blue economy* per un Paese come il nostro. Potenzialità destinate a moltiplicarsi se si estende lo sguardo al sistema logistico-portuale ed al ruolo nodale che l'Italia è chiamata a coprire nell'ambito dell'attuale sviluppo della Rete Transeuropea dei Trasporti e delle Autostrade del Mare[81].

Risulta, tuttavia, evidente che una visione meramente utilitaristica della risorsa mare non è sostenibile. Attività di pesca intensiva, acquacoltura, realizzazione di infrastrutture *off-shore* configurano tutte pressioni antropiche che agiscono singolarmente ed in sinergia sugli habitat naturali ed è questa la ragione per la quale l'assioma della conservazione degli ecosistemi marini e costieri deve risultare sempre adeguatamente integrato nella programmazione delle politiche di sfruttamento economico. In tale prospettiva, l'enorme valore della risorsa mare in termini di uso richiede *ex se* che non si perda mai di vista l'altrettanto fondamentale valore della medesima in termini di lascito[82].

---

[77] G. Camarda, *Le zone economiche esclusive nel Mediterraneo*, in *Riv. dir. nav.*, 2020, 751 ss.

[78] W.L. Walker, *Territorial Waters: The Cannon Shot Rule*, in *British Yearbook of International Law*, 1945, 213 ss.

[79] G. Reale, *Recenti problematiche in materia di delimitazione delle zone economiche esclusive nel Mare mediterraneo*, in *Dir. trasporti*, 2021, 547 ss.

[80] D.A. Tunno, *La Zona Economica Esclusiva italiana*, in *Riv. marittima*, 2021, 33.

[81] Per un quadro aggiornato circa le notevoli potenzialità di sviluppo della c.d. economia del mare italiana si rinvia all'ultimo Rapporto di Unioncamere *Rapporto Nazionale sull'Economia del Mare 2024*, dal quale si evince come il tessuto imprenditoriale che ruota attorno alla risorsa mare negli ultimi quattro anni abbia dato prova di grande solidità, se solo si pensa che tra il 2019 e il 2023 le imprese di settore sono aumentate di oltre il 4%, a fronte di un calo complessivo nazionale del 2,2% (https://www.unioncamere.gov.it/osservatori-economici-centro-studi/economia-del-mare/rapporto-nazionale-sulleconomia-del-mare-2024).

[82] M. Gaglio, *Il ruolo dell'ecologia nella gestione degli ambienti costieri*, in M. di Venosa, M. Manigrasso (a cura di), *Coste in movimento. Infrastrutture ambientali per la rigenerazione del territorio*, Roma, 2022, 105 ss. Su tali aspetti v., da ultimo, la Comunicazione UE (2021) *Trasformare l'economia blu dell'UE per un futuro sostenibile* (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM%3A2021%3A240%3AFIN).

3.3. *Il mare come "frontiera"*

Come già osservato, un'analisi fenomenologica del bene mare richiede di esaminare non solo le funzioni di conservazione e sfruttamento dello stesso, bensì anche la sua declinazione in termini di luogo. Il tenore del presente contributo consente, tuttavia, di effettuare solo un accenno alla pur centralissima declinazione del mare come *limen*, soglia: la difesa dei propri confini rappresenta tradizionalmente la prima delle funzioni esercitate dallo Stato sul mare ed il settore è ormai da tempo ampiamente disciplinato da diversi trattati di diritto internazionale.

Luigi Benvenuti parlava, invece, di «frontiera marina» in relazione al limitare dell'area entro la quale ciascuno Stato è legittimato a pretendere e tutelare propri diritti esclusivi[83]. Gli ambiti cui faceva riferimento Benvenuti erano principalmente quelli relativi al diritto di passaggio, alla pesca, nonché alla lotta al contrabbando, ma è evidente come oggi l'individuazione di una frontiera marina sia strumentale principalmente a regolare le politiche di immigrazione[84].

Le attività volte a fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina via mare dovrebbero teoricamente riguardare la sola sicurezza, consistendo essenzialmente in monitoraggio e controllo di aree nazionali[85]. Tuttavia, sempre più di frequente si registra uno stravolgimento dei piani di intervento: molte navi, nel dichiararsi in stato di emergenza, impongono interventi di soccorso, rendendo l'immigrazione clandestina una situazione di *SAR (Search and Rescue)*, con evidente "snaturamento" della funzione, a fronte della sostanziale modifica delle finalità della stessa, da tutela della sicurezza interna a tutela della salute[86].

Negli ultimi anni sono stati diversi gli attriti tra le politiche interne di gestione dei flussi migratori via mare ed il rispetto della normativa di diritto internazio-

---

[83] L'Autore, più specificamente, chiariva sin da subito come la prima declinazione del concetto di frontiera fosse da ricondurre alla capacità dello Stato di controllare e, nel caso, limitare, i comportamenti di soggetti stranieri (L. Benvenuti, *La frontiera marina*, cit., 71).

[84] Al riguardo, occorre specificare che, pur avendone la possibilità ai sensi della Convenzione sul mare, l'Italia non ha ancora definito la propria Zona contigua, ovvero quella parte di mare che va oltre il mare territoriale (fino a un massimo di 24 miglia) sul quale lo Stato – pur non avendo autorità in senso proprio – può esercitare alcune limitate attività, tra le quali oggi la più rilevante è sicuramente quella della prevenzione e repressione delle violazioni di norme in materia di immigrazione. C. Ingratoci Scorciapino, *Il contrasto all'immigrazione clandestina via mare: considerazioni a margine dell'istituzione di una zona contigua italiana*, in G. Moschella, L. Buscema (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Roma, 2016, 221 ss.

[85] Attualmente è prevista una suddivisione di competenze tra la Marina militare, competente per le acque internazionali, e la Guardia di Finanza, in coordinamento con le Capitanerie di Porto, per le acque territoriali.

[86] F. De Vittor, *Controllo dell'immigrazione irregolare o soccorso a naufraghi? Sulla compatibilità con gli obblighi in materia di soccorso della classificazione di eventi SAR come operazioni polizia*, in *ADiM Blog*, 2023.

nale relativa ai doveri di soccorso, culminati nella c.d. politica dei porti chiusi[87]. Al di là degli aspetti di politica europea ed internazionale del fenomeno – evidentemente centrali – le criticità ancora presenti riguardano essenzialmente due profili, uno organizzativo ed uno funzionale. In ordine al primo, si registra un sostanziale accavallamento di competenze tra le funzioni tradizionalmente esercitate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in merito alla sicurezza della navigazione e le nuove funzioni attribuite al Ministero dell'Interno in materia di ordine pubblico e sicurezza, nonché in materia sanzionatoria nei confronti dei comandanti e dei proprietari delle navi che svolgono operazioni di soccorso in mare[88].

Ancora più grave appare la criticità relativa ai profili funzionali ed in particolare al difficile equilibrio tra attività di soccorso e attività di polizia: la nuova disposizione che obbliga le navi a raggiungere non il porto di sbarco sicuro più vicino, bensì il porto assegnato dalle autorità competenti, ad esempio, – sebbene sia giustificata dall'esigenza di decongestionare gli *hotspot* più critici – rischia di risolversi in un prolungamento del periodo di permanenza sulla nave, con possibili ricadute negative sullo stato psico-fisico delle persone a bordo[89]. Ancora più delicate le ultime disposizioni relative al c.d. Codice di condotta delle ONG, ove contemplano prescrizioni limitative e sanzionatorie nei confronti dei capitani delle navi nel compimento delle attività di soccorso. C'è da dire, sul punto, che da ultimo il d.l. n. 1/2023, c.d. decreto flussi, sembra aver indicato una sorta di opportuno ordine temporale nell'esercizio delle funzioni, laddove stabilisce che – pur se una nave non soddisfi tutte le nuove prescrizioni – la sua sosta nel mare territoriale è comunque garantita al solo fine di assicurare l'assistenza a terra delle persone prese a bordo, fatta salva l'applicazione successiva di eventuali sanzioni[90]: come a dire, prima la tutela dei diritti fondamentali, poi la tutela delle frontiere!

---

[87] Cfr. il Decreto Interministeriale n. 150 del 7 aprile 2020, che ha dichiarato i porti italiani "non sicuri" per le navi straniere che soccorrevano migranti durante lo stato di emergenza sanitaria da COVID-19. Sui profili di criticità di tale disposizione in relazione agli obblighi di diritto internazionale ed alla tutela dei diritti fondamentali v E. Celoria, *Contrasto all'immigrazione irregolare e protagonismo del diritto amministrativo tra punizione e prevenzione*, in M. Savino, D. Vitiello (a cura di), *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*, Napoli, 2023, 128 ss.; S. Zirullia, *Dai porti chiusi ai porti socchiusi: nuove sanzioni per le navi soccorritrici nel Decreto Lamorgese*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, marzo 2021; M. Lanon, *Immigrazione clandestina e dovere di soccorso in mare a tutela della vita umana*, in *Il diritto marittimo*, 2020, 4, 971 ss.

[88] D.A. Ambroselli, *Dai decreti sicurezza al decreto immigrazione: spunti di riflessione sul caso Sea watch tra diritto costituzionale e diritto internazionale*, in *Dir. pubbl. europeo Rass. online*, 2021, 1, 219 ss.

[89] L. Magi, *Riflessioni sulla liceità di recenti prassi e regole nazionali in tema di soccorso in mare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2023, 405 ss.; L. Masera, *Il DL Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione*, in *Sistema penale*, 2023, 1 ss.

[90] A. Zampone, *Il rapporto tra soccorso in mare e controllo dell'immigrazione: un problema irrisolvibile?*, in *Federalismi*, 2023, 15. Sull'influenza della tutela dei diritti umani nella disciplina di diritto internazionale degli spazi marini, in merito alle attività di salvataggio e soccorso dei migranti cfr. F. Palombino, G. Lampo, *La disciplina internazionale degli spazi marini. Problemi e prospettive in tema di gestione dei flussi migratori*, in *Parolechiave*, 2022, 1, 19 ss., spec. 29-33.

4. *Il mare oggetto della funzione di pianificazione*

La declinazione del mare come "luogo" rinvia altresì alla funzione di pianificazione; una pianificazione del tutto peculiare, anche solo per il suo carattere "tridimensionale", avendo ad oggetto la superficie del mare, la colonna d'acqua e i fondali[91]. Nonostante sia oggi ampiamente condivisa la consapevolezza che il momento pianificatorio rappresenti un presupposto essenziale, anche in ragione della multifunzionalità insita nella risorsa, in Italia l'assetto della pianificazione delle aree marine, così come delle coste, appare ancora poco efficace, sia in ragione di evidenti lacune nella approvazione dei relativi strumenti, sia a causa della presenza di piani dai confini incerti, con conseguente forte rischio di accavallamento e contraddittorietà.

L'UE, con la Direttiva 2014/89/UE[92] ha invitato gli Stati membri ad elaborare piani di gestione degli spazi marittimi, al fine di consentire un uso sostenibile degli stessi, attraverso la coesistenza delle diverse attività, di tutela, sfruttamento e mero uso[93]; una pianificazione per la quale è espressamente prescritto una periodica attività di riesame, al fine di renderla adattiva rispetto ai continui mutamenti della risorsa[94].

In attuazione della direttiva del 2014, con il con il d.lgs. n. 201/2016, l'Italia ha introdotto il Piano di gestione dello spazio marittimo, di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti[95], configurato sin dal principio come piano intersettoriale sovraordinato, con conseguente obbligo di adeguamento

---

[91] N. Carnimeo, F. Corona, *La pianificazione spaziale marittima nel diritto dell'Unione Europea e la declinazione della normativa unionale nella legislazione italiana*, cit., 9.

[92] In epoca anteriore all'emanazione della direttiva del 2014, l'Unione europea era priva di una disciplina sistematica relativa alla pianificazione e alla gestione dello spazio marittimo. Rilevante per la successiva adozione della direttiva è stata la Comunicazione della Commissione UE del 10 ottobre 2007 *Una politica marittima integrata per l'Unione europea*, sulla quale si rinvia alle riflessioni di G. Tellarini, *I più recenti interventi comunitari nell'ambito dello sviluppo della politica marittima integrata dell'Unione europea*, in *The Italian Maritime Journal*, 2014, 2, 2 ss.

[93] La premessa è che lo spazio marittimo maggiormente vicino alla costa, proprio per la costante interrelazione tra terra e mare, è quello nel quale si concentra una importante parte della biodiversità marina, il che impone una attenta pianificazione dello spazio, anche a tutela degli ecosistemi. Sul contenuto della direttiva in generale v. C. Moreira, M. Bravo, *EU Integrated Maritime Policy and Multilevel Governance*, in *Juridical Tribune*, 2019, 9, 535 ss.

[94] C. Ehler, F. Douvere, *Marine Spatial Planning: a step-by-step approach toward ecosystem-based management*, Parigi, 2009; M. Roversi Monaco, *I piani di gestione dello spazio marittimo e la tutela del paesaggio*, in C. Vitale (a cura di) *Il «governo del mare». Tutela del paesaggio e sviluppo sostenibile dalla prospettiva della pianificazione marittima*, cit., 53 ss., spec. 68-69.

[95] La competenza è del Ministero delle infrastrutture, previo parere della Conferenza permanente Stato regioni. In generale, sulla *ratio* e sui possibili vantaggi scaturenti da una completa e integrata pianificazione degli usi e delle modalità di tutela delle aree marine v. C. Telesca, *Pianificazione dello spazio marittimo: stato dell'arte e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. navigazione*, 2022, 137 ss.

allo stesso da parte dei piani territoriali[96]. Parte della dottrina legge in termini critici il fatto che la finalità della tutela dell'ambiente sia equi ordinata rispetto agli altri interessi pubblici[97], ma come si è osservato sono altri gli strumenti dedicati specificamente alla sola tutela delle acque, laddove in questo caso il focus è quello di garantire un uso sostenibile della risorsa; e proprio la visione olistica sottesa a tali piani – in uno con il previsto coinvolgimento di tutti i livelli istituzionali in sede di redazione degli stessi – sembra consentire un approccio integrato alle problematiche ed agli interessi, presupposto indispensabile per il conseguimento di risultati tangibili e durevoli[98].

Questo sul piano teorico. Purtroppo – nonostante l'UE abbia istituito un gruppo di esperti ed una piattaforma digitale a supporto degli Stati membri – l'Italia ha approvato i Piani di gestione solo nel settembre 2024 (D.M. 25.9.2024, n. 237), a ben 10 anni di distanza dalla loro introduzione a livello europeo[99]. L'ingiustificata inerzia del nostro Paese, tra l'altro, aveva condotto ad una procedura di infrazione e, nel giugno 2024, ad un contenzioso innanzi alla Corte di Giustizia per mancata attuazione della Direttiva[100]. È ancora troppo presto per esaminare e provare a verificare il grado di efficacia di tali nuovi strumenti, ma è evidente che la previa pianificazione dello spazio marittimo – proprio perché attuata mediante uno strumento inteso come piano sovraordinato destinato

[96] Cfr. Cons. Sato, sez. V, 2 marzo 2020, n. 1486. Sui caratteri di tale piano, in generale, e sulla relazione con gli altri strumenti di pianificazione v. M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, cit., 573-576; M. Roversi Monaco, *La pianificazione marittima in Italia: un percorso in atto*, in *Federalismi*, 2018, 19, 1 ss.

[97] Non si tratta di un piano a carattere puramente ambientale, sebbene le specifiche esigenze di tutela delle diverse aree marine rappresentino una premessa, data la quale è possibile pianificare gli usi in maniera sostenibile (approccio ecosistemico). Sul punto v. A. Moliterni, *La tutela degli ecosistemi marini nel prisma della pianificazione integrata delle aree costiere*, cit., 187-188.

[98] Oltre al coinvolgimento dei diversi livelli istituzionali coinvolti il processo decisionale di elaborazione e revisione dei piani di gestione risulta anche ampiamente partecipato. Su tale profilo si rinvia a C. Bevilacqua, *L'ambiente costiero e marino tra legislazione internazionale, comunitaria e nazionale: verso una gestione coordinata*, in *Riv. quadrim. dir. ambiente*, 2019, 2, 129 ss., spec. 150.

[99] I Piani sono stati elaborati dal Comitato Tecnico istituito dal D.Lgs. n. 201/2016, composto da 5 Ministeri e 15 Regioni Marittime, con il coordinamento di MIT (Autorità Competente nazionale per la Pianificazione dello Spazio Marittimo). I Piani riguardano le tre aree marittime individuate nelle Linee Guida nazionali, riconducibili alle tre sotto-regioni della Strategia Marina (Tirreno – Mediterraneo occidentale, Adriatico, Ionio – Mediterraneo centrale) e forniscono indicazioni di livello strategico e di indirizzo per ciascuna Area Marittima e per le Sub-aree e Unità di Pianificazione in cui l'Area Marittima è suddivisa, da utilizzare quale riferimento per altre azioni di pianificazione, nonché per il rilascio di concessioni o autorizzazioni. I Piani sono gratuitamente consultabili da parte di chiunque, attraverso il Portale integrato per la pianificazione del demanio e dello spazio marittimo (*SID Il portale del mare*).

[100] Cfr. Procedura di infrazione INFR (2021) 2223. Da ultimo, in data 23 maggio 2024, dopo aver inviato la lettera di costituzione in mora a dicembre 2021 e un parere motivato ad aprile 2023, la Commissione aveva deciso di compiere l'ultimo passo della procedura d'infrazione, ovvero deferire l'Italia alla Corte di Giustizia. Sulle conseguenze derivanti dalla mancata tempestiva adozione dei Piani di gestione dello spazio marittimo in termini di rischio di paralisi dei procedimenti autorizzatori e concessori in corso v. Cons Stato, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486, in *Riv. giur. ambiente*, 2020, con commento di E. Capone.

ad armonizzare le diverse previsioni contenute nei piani urbanistici[101], nei piani portuali e negli altri piani settoriali che incidono sull'area costiera – è (almeno potenzialmente) destinata ad ovviare a diverse delle attuali criticità: basti pensare, ad esempio, al fatto che una preventiva individuazione dei criteri di localizzazione degli impianti eolici *off-shore* risolverebbe a monte il nodo della verifica della compatibilità paesaggistica[102]. Più in generale, è da osservare con grande interesse la prevista prevalenza delle prescrizioni dei piani di gestione dello spazio marittimo nei confronti dei piani relativi alla terraferma, soluzione necessaria affinché questi ultimi tengano in debita considerazione gli effetti sul mare degli usi e delle trasformazioni previste sulla costa[103].

Nell'ottica della relazione terra-mare[104], un ruolo centrale anche per la protezione e la gestione della risorsa mare è affidato agli strumenti di pianificazione delle aree costiere. Ancora una volta è l'UE, con una Raccomandazione del 2002 e la connessa introduzione del concetto di Gestione Integrata delle Zone Costiere (GIZC)[105], ad imporre a ciascuno Stato membro di introdurre azioni integrate per la gestione delle zone costiere, adeguando i singoli interventi allo stato naturale di ciascuna costa, ai rischi cui potenzialmente essa va incontro, così come alle sue vocazioni funzionali[106].

Pienamente condivisibile è la prevalenza logico-temporale riconosciuta allo studio delle caratteristiche proprie di ciascuna fascia costiera, nonché del mare territoriale di riferimento. Una efficace pianificazione delle fasce costiere richiede innanzitutto una adeguata conoscenza dei potenziali effetti delle forze del mare sulle stesse. In tale prospettiva svolge un ruolo centrale la Rete Ondametrica Naziona-

[101] Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 2013, n. 4925, in *Foro amm. CDS*, 2013, 10, 2750; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 17 maggio 2007, n. 845, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1814. Per un'approfondita analisi del dibattito sorto in merito al rapporto tra strumenti urbanistici e realizzazione di opere (pubbliche e private) su area demaniale marittima, si rinvia a M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli 2017, 120 ss.

[102] Sul tema si rinvia alle riflessioni di N. Spadaro, *L'eolico offshore: difficoltà procedurali interne e spunti per una riflessione comparativa con la Gran Bretagna*, cit., 1041 ss., ove è presente anche un interessante confronto con la differente esperienza dell'ordinamento inglese.

[103] M. Roversi Monaco, *I piani di gestione dello spazio marittimo e la tutela del paesaggio*, cit., 63-64.

[104] Sull'assenza di una chiara definizione del concetto di interazione terra-mare v. N. Carnimeo, F. Corona, *La pianificazione spaziale marittima nel diritto dell'Unione Europea e la declinazione della normativa unionale nella legislazione italiana*, cit., 30-31.

[105] Poi dettagliata con un successivo Protocollo (Decisione n. 2009/89/CE). Essa prevede disposizioni finalizzate alla protezione e allo sviluppo sostenibile delle zone costiere del Mediterraneo, introducendo una serie di principi e obiettivi per la protezione degli ecosistemi marini, la tutela dei paesaggi costieri e insulari, la difesa del patrimonio culturale e lo sviluppo delle attività economiche. Sul punto, v. anche la Decisione n. 2010/631/UE, che ratifica il Protocollo applicativo di Madrid del 2008, per un esame del quale si rinvia a F. Fracchia, *La disciplina delle coste: prospettive giuridiche e scientifiche*, in *Il dir. dell'economia*, 2015, 2, 241 ss.

[106] F. Francario, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in *giustiziainsieme.it*, 2023; E. Boscolo, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, cit.; D. Addis, *La gestione integrata delle coste nelle politiche del Mediterraneo e dell'UE. Due strumenti a confronto*, in G. De Giorgi Cezzi (a cura di), *Gestione delle coste e sviluppo sostenibile*, Roma, 2017, 45 ss.

le, gestita dall'Ispra: una rete di boe in grado di misurare forza ed intensità del moto ondoso, preziosa fonte di dati, tra l'altro accessibili liberamente da parte di chiunque, essenziali non solo per prevenire gli effetti negativi di eventi catastrofici, ma anche per individuare le potenziali funzioni attribuibili a ciascun tratto di costa[107].

Contestualmente, assume un ruolo chiave l'analisi del fenomeno della rifrazione delle onde, la cui forza dipende anche dal maggiore o minore attrito che il fondale esercita sul moto orbitale delle particelle d'acqua. Proprio attraverso una attenta pianificazione degli interventi, tale fenomeno potrebbe essere "usato" dall'uomo sia per finalità di protezione delle coste che di sfruttamento della risorsa mare. In particolare, a seconda delle finalità che si ritiene più opportuno perseguire, la programmazione di interventi di dragaggio potrebbe tanto ridurre l'effetto di rifrazione al fine di incrementare la capacità delle onde di produrre energia maremotrice, quanto, al contrario, incrementare l'effetto di rifrazione, con consequenziale riduzione della forza con la quale le onde impattano sulla costa, limitando così l'effetto erosivo[108].

L'erosione dei litorali, infatti, rappresenta ormai un fenomeno di tale gravità e sistematicità da non poter essere più oggetto di interventi di carattere emergenziale, se solo si pensa che esso interessa circa il 50% delle coste italiane, con 40 milioni di metri quadrati di spiaggia persi negli ultimi 50 anni[109]. Le possibili misure per contrastare l'erosione consistono nella realizzazione di barriere artificiali o nel ripascimento delle spiagge[110]: in entrambi i casi si tratta di interven-

[107] Si pensi, ad esempio, alla selezione delle aree nelle quali – proprio alla luce dell'analisi delle correnti e del moto ondoso di riferimento – installare impianti di produzione di energia maremotrice o, al contrario, prevedere la realizzazione di attività di tipo turistico-ricreativo. Sulle utilità conseguenti dall'uso dei dati della Rete Ondamentrica Nazionale v. L. Calacagni, A. Battisti, *Mapping Opportunities for Floating Urban Development Along Italian Waterfronts*, in *Sustainability* 2025, 17(5), 2137 ss.

[108] Cfr. E. Pranzini, *La forma delle coste. Geomorfologia costiera, impatto antropico e difesa dei litorali*, cit., 45-47.

[109] Cfr. il Rapporto di Legambiente *Spiagge 2023. La situazione e i cambiamenti in corso nelle aree costiere italiane*. Per preservare i litorali occorrerebbe incrementare il naturale trasporto di materiale da parte dei fiumi, ma a tal fine sarebbero necessarie opere che metterebbero in pericolo gli argini degli stessi fiumi, soluzione evidentemente non percorribile a fronte dei grandi rischi di alluvioni e frane. E. Zanchini, *Le trasformazioni dei paesaggi costieri italiani al tempo del climate change*, in M. di Venosa, M. Manigrasso (a cura di), *Coste in movimento. Infrastrutture ambientali per la rigenerazione del territorio*, cit., 129 ss.

[110] G. Garzia, *L'erosione costiera e gli interventi di ripascimento del litorale: il quadro giuridico attuale e le prospettive di riforma*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, 1, 243 ss. La letteratura di settore osserva che si potrebbe intervenire in due modi: a) realizzazione di barriere artificiali, aderenti alla costa o poste in mare in linea parallela o longitudinale rispetto alla costa, intervento tradizionalmente effettuato sulle nostre coste, dotato di buona efficacia, ma con possibili effetti negativi in termini paesaggistici e ambientali (ristagno delle acque e perdita di ecosistemi marini); b) ripascimenti artificiali delle spiagge: trasferimento di materiale da lontano o dragaggio di fondale marino e alimentazione della spiaggia. Anche in questa seconda ipotesi i rischi dal punto di vista ambientale non mancano e, in più, si tratta di interventi molto onerosi. Cfr. A. Trono, *Erosione costiera e governance territoriale*, in Aa.Vv., *Memorie geografiche : giornata di studio della Società di Studi Geografici*, Firenze, 2012, 419 ss.; M. Delle Rose, C. Fidelibus, M.M. Maglietta, *Cambiamento climatico e protezione delle coste*, in *Ithaca: Viaggio nella Scienza*, 2020, 47 ss.; F. Burragato, P. Tortora, *La sabbia sottomarina per gli interventi*

ti non solo onerosi, ma anche piuttosto rischiosi dal punto di vista paesaggistico e ambientale, in termini di inquinamento degli ecosistemi marino e costiero[111]. La programmazione di tali interventi non sembra quindi compatibile con l'attuale assetto di competenze a livello locale, anche alla luce della circostanza che il bilanciamento degli interessi che sottende tali misure potrebbe condurre il decisore pubblico a scelte fortemente impopolari (difficilmente programmabili da parte di amministrazioni locali), ovvero a rinunciare ad alcuni litorali sabbiosi, non contrastando il fenomeno dell'erosione e privando, così, quel territorio di una o più spiagge, rivelandosi troppo oneroso o pericoloso per l'ambiente un loro mantenimento.

4.1. *La pianificazione come presupposto per la corretta gestione della risorsa*

4.1.1. *Il "nodo" delle concessioni demaniali marittime*

Accanto alla declinazione che potremmo definire "difensiva", la pianificazione delle coste ha anche una declinazione "propositiva", volta a consentire un uso produttivo, seppur sostenibile, del mare e delle aree costiere. Sul punto diventa evidentemente centrale il tema delle concessioni demaniali marittime e, più in generale, della programmazione degli usi liberi o esclusivi[112].

Come noto, in tale ambito, l'Italia sconta una disciplina gravemente lacunosa. Già nel 1965 Feliciano Benvenuti segnalava che il codice della navigazione si limita a: richiedere la compatibilità con l'uso pubblico; prevedere una durata limitata nel tempo (senza tuttavia l'indicazione di un limite massimo); indicare il criterio (invero piuttosto vago) della rispondenza al più rilevante interesse pubblico[113]. Da allora non molto è cambiato, dal punto di vista regolatorio, se non l'abrogazione della previsione che riconosceva il c.d. diritto di insistenza in capo ai precedenti concessionari, nonché della disposizione sul rinnovo automatico[114].

---

di ripascimento artificiale delle spiagge in erosione: tutela e utilizzo di una risorsa non rinnovabile, in Aa.Vv., *Atti Convegno Internazionale Gestione del Mare: Diritto ed Economia*, 2003, 1 ss.

[111] Per una analisi comparata delle politiche di lotta all'erosione delle coste v. D. Fuschi, *Erosione costiera e politiche di contenimento. L'esperienza del Regno Unito e degli Stati Uniti d'America*, in G. De Giorgi Cezzi (a cura di), *Gestione delle coste e sviluppo sostenibile*, cit., 105 ss.

[112] Sulle diverse forme di utilizzazione del demanio marittimo, e sulla frequente contestualità delle stesse v. G. Colombini, *Lido e spiaggia*, cit.

[113] F. Benvenuti, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 2006, 2391 ss., spec. 2393.

[114] Per un'analisi di tale evoluzione sia consentito rinviare a M. Calabrò, *Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative e diritto europeo della concorrenza*, in *Munus-Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2012, 453 ss.

Eppure, nei fatti, è cambiato molto, se non tutto. Il turismo italiano ha conosciuto un ampio sviluppo, tanto da rappresentare una notevole percentuale del PIL nazionale. Tale processo evolutivo ha segnato – insieme ad altri fenomeni quali l'emersione della *blue economy* – un vero e proprio stravolgimento della concezione stessa del demanio marittimo e costiero, quale bene strumentale al conseguimento di interessi pubblici ulteriori, mediante la sua valorizzazione in termini di risorsa economica[115].

Come già osservato, la disciplina del demanio marittimo in generale, quale bene pubblico[116], ha conosciuto un processo evolutivo (involutivo!), secondo una parabola che da una concezione del demanio inteso quale bene destinato ad essere conservato in funzione dell'uso generale al quale è naturalmente destinato[117], è transitata verso un assetto regolatorio in cui prevale l'esigenza di rendere redditizio qualsiasi bene pubblico, anche demaniale[118].

Ciò ha comportato, tra l'altro, che l'attribuzione di aree costiere in concessione a privati, da eccezione è diventata la regola[119], con consequenziale emersione del problema della scarsità delle spiagge libere. In alcune regioni italiane più del 70% delle coste è affidato in concessione, e trasferendo l'analisi sul piano comunale, la percentuale può salire anche al 90%, il che, tra l'altro, influisce sul ruolo stesso della pubblica amministrazione, non più gestrice diretta dell'area, bensì regolatrice di rapporti concessori[120].

Tali dati, in realtà, sembrerebbero essere contraddetti dalle prime risultanze del Tavolo tecnico consultivo istituito dal Governo nel maggio 2023, proprio al fine di mappare le aree costiere ed individuare i criteri tecnici per la determina-

---

[115] In termini, *amplius*, M. Gnes, *Le spiagge e le coste: problema o risorsa?*, in M. Gnes (a cura di) *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettive*, Milano, 2023, 11 ss.

[116] A.M. Sandulli, *Beni pubblici* (voce), in *Enc. dir.*, 1959, V, 277 ss.; M. Renna, *Beni pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, I, diretto da S. Cassese, Milano 2006, 714 ss.

[117] In merito alla tradizionale ricostruzione secondo la quale le aree del demanio necessario erano destinate solo in via eccezionale a usi particolari volti a consentire lo sfruttamento economico delle stesse, si rinvia a E. Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1934, 11; V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici, uso dei*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1987; F. Cammeo, *Demanio* (voce), in *Dig. It.*, IX, Torino 1989, 881 ss.

[118] A. Lalli, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli 2015. Per un'approfondita analisi di tale processo evolutivo e delle necessarie distinzioni che esso comporta in termini di tipologia di concessioni e modelli di sfruttamento compatibili con la natura demaniale dei beni si rinvia a A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli 2017 e, più di recente, a M. Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedimentali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino, 2020.

[119] G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, in M. Gnes (a cura di) *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettive*, cit., 83. Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa dei presupposti per il rilascio di una concessione demaniale marittima, intesa come eccezione, v. M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, cit., 547-550.

[120] E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, 2016, 1219; C. Cacciavillani, *Profili funzionali del demanio marittimo*, in G. Colombini (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali*, Napoli 2009, 75 ss.

zione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile. Tale organo non risulta riunirsi dall'ottobre 2023, nè ha individuato alcun criterio relativamente alle modalità di valutazione delle aree costiere in funzione della misurazione della scarsità della risorsa (e, di conseguenza, delle relative politiche concessorie): nell'unico documento pubblicato, esso, tuttavia, fotografa un dato secondo il quale a livello nazionale la percentuale delle aree affidate in concessione sarebbe pari al solo 33%.

L'attendibilità di queste risultanze è, però, quanto meno opinabile: i lavori del Tavolo tecnico si sono basati sui dati contenuti nel Sistema Informativo del Demanio Marittimo detenuto dal MIT[121], gravemente incompleto tanto che già dal 2022 ne è stata prevista la sostituzione da parte di una nuova piattaforma interoperabile detenuta dal MEF (SICONBEP), non ancora operativa; a ciò deve aggiungersi che il Tavolo tecnico ha escluso dalla valutazione delle aree costiere "concedibili" unicamente quelle riferibili agli ambiti delle Autorità di Sistema Portuale, alle aree marine protette e alle aviosuperfici, senza ritenere di dover effettuare alcun distinguo di carattere morfologico, con la conseguenza paradossale di aver ritenuto suscettibili di essere affidate in concessione anche parti della linea di costa consistenti in scogliere a picco sul mare!

In questo contesto di grande incertezza, si innesta il noto e costante intervento dell'UE, volto ad estendere l'applicazione della disciplina sulla concorrenza e sulla libera prestazione dei servizi, il che ha fatto sorgere le ben note criticità in punto di modalità di individuazione del concessionario, durata delle concessioni, legittimità degli atti di proroga e quantificazione del canone[122]. Dall'ampio dibattito sorto negli ultimi anni emerge innanzitutto che il tema, per essere correttamente inquadrato, necessita di una serie di precisazioni: premesso che – al di là della sussistenza o meno dei presupposti della scarsità della risorsa[123] e dell'interesse transfrontaliero – il ricorso a procedure aperte e trasparenti appare l'unica opzione possibile[124], l'inerzia dei comuni nel bandire le gare e l'"intromissione" del giudice amministrativo con pronunce configuranti un chiaro eccesso di pote-

[121] P.M. Rosa Salva, *Il Sistema Informativo del Demanio marittimo (Sid): uno strumento di e-government tra problematiche applicative e partecipative*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 3, 767 ss.

[122] Per un'ampia disamina di tali profili si rinvia, *ex multis*, a E. Quadri, *Demanio costiero e concessioni balneari*, in *Il dir. dell'economia*, 2017, 1, 199 ss., nonché ai contributi pubblicati nel numero speciale 2021, 3 della Rivista *Diritto e Società*, dedicato a *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria.*

[123] G. Mari, *Demanio costiero e uso generale: la "scarsità della risorsa naturale"*, in *Giustiziainsieme*, 2023, 1 ss.

[124] In termini, G. della Cananea, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva*, in M. Gnes (a cura di) *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettive*, cit., 27.

re giudiziario, sono in realtà l'inevitabile conseguenza di quello che rappresenta il vero *vulnus*, ovvero l'assenza di un intervento risolutore del legislatore statale[125].

Con la Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, si era finalmente giunti alla individuazione dei principi e dei criteri di una delega al Governo per l'emanazione di uno o più decreti legislativi finalizzati a riordinare la disciplina del rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa: procedure selettive, criteri uniformi per la quantificazione dei canoni e degli indennizzi per i concessionari uscenti, attenzione alla protezione dell'ambiente costiero[126]. Tale delega, tuttavia, è rimasta lettera morta, a causa della crisi politica e dell'avvento dell'attuale Governo, che, significativamente, ha posticipato inizialmente al 31 dicembre 2024[127] e, successivamente, al 30 settembre 2027[128], il termine per l'obbligatorio svolgimento delle gare, e, nel contempo, ha posto un espresso divieto per i comuni di procedere all'emanazione di bandi per l'assegnazione delle concessioni fino all'adozione dei suddetti decreti delegati, riaccendendo così la *querelle* con il Giudice amministrativo, il Giudice europeo e l'AGCM, nuovamente intervenuti per ribadire l'obbligo di disapplicazione della disposizione contenente la proroga ritenuta illegittima perché violativa della disciplina comunitaria[129].

---

[125] E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato: pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, in M. Gnes (a cura di) *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettive*, cit., 141 ss.

[126] Cfr. L. 5 agosto 2022, n. 118. Per un'analisi di tale riforma v. A. Cossiri, *Italian beach concessions: towards a sustainable epilogue for the natural heritage and the coastal economy*, in *Italian Journal of public law*, 2022, 1, 304 ss.

[127] Cfr. Art. 1, co. 8 lett. aa), l. 24 febbraio 2023, n. 14. Per un commento si rinvia a C. Feliziani, *Le concessioni balneari tra diritto dell'Unione europea e diritto interno. Un'altra occasione mancata?*, in M. Gnes (a cura di) *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettive*, cit., 45 ss.

[128] Cfr. articolo 1, comma 1, lettera a), numero 1.1, del decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131. Per la disapplicazione anche di tale ulteriore proroga si sono pronunciate, tra le altre, T.A.R. Liguria, sez. I, 14 dicembre 2024, n. 869 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 14 gennaio 2025, n. 365, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove si chiarisce che «la proroga opera automaticamente *ex lege* senza necessità di intermediazione amministrativa e il provvedimento amministrativo rimane in essere in forza della lege medesima. Se la normativa interna non può essere applicata perché confliggente con il diritto europeo, ne discende che anche l'effetto della proroga *ex lege* è da considerarsi *tamquam non esset*: è l'inapplicabilità della legge ad impedire il prodursi degli effetti della proroga, in quanto la legge è dotata del potere autoritativo, mentre l'atto amministrativo di un mero potere ricognitivo».

[129] Significativamente, nel maggio 2024, con le pronunce n. 4479, 4480 e 4481, il Consiglio di Stato – nel ribadire che tutte le proroghe delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative sono illegittime e devono essere disapplicate dalle amministrazioni ad ogni livello, anche comunale – chiarisce che è possibile sopperire al vuoto normativo mediante le previsioni delle leggi regionali e, in mancanza, applicando i principi e i criteri della legge delega del 2022, pur in assenza dei relativi decreti attuativi. In precedenza, era intervenuta la Corte di Giustizia, che aveva ribadito l'obbligo di disapplicazione sia in capo ai giudici che alle amministrazioni, rinviando all'obbligatoria applicazione di procedure selettive aperte e trasparenti (cfr. Corte di Giustizia UE, III, 20 aprile 2023, sentenza C348/22, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 4, 772 ss., con nota di C. Feliziani, *A proposito del dovere della pubblica amministrazione di non applicare una norma nazionale in contrasto con il diritto europeo: la Corte di Lussemburgo conferma l'Adunanza plenaria*). Su tali profili v. anche G. Gennai, *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative: recenti approdi legislativi e giurisprudenziali*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2023, 95 ss.

Il problema non riguarda unicamente l'Italia. Anche altri Paesi Europei sono oggetto di recenti procedure di infrazione da parte della Commissione europea[130]. La peculiarità della situazione italiana riposa, però, probabilmente nella numerosità dei nodi che la nuova disciplina, tanto invocata, è chiamata a sciogliere. Oltre a risolvere il punto centrale della durata delle concessioni e delle modalità di selezione dei nuovi concessionari, il legislatore statale dovrà rispondere anche ad altre gravi criticità di sistema che conducono ad evidenti inefficienze nell'esercizio della funzione della gestione delle aree costiere. Basti pensare, ad esempio, all'attuale regime dei canoni concessori. Non ci si riferisce solo alla loro palesemente inadeguata quantificazione[131] (in fondo agevolmente risolvibile), ma anche e soprattutto al sistema di riscossione: i proventi sono destinati allo Stato, ma la competenza per la riscossione è attribuita alle amministrazioni comunali, che quindi non hanno alcun incentivo né ad aggiornare i propri registri in relazione all'effettiva estensione delle aree utilizzate dai concessionari, né tanto meno ad attivarsi per verificare ed eventualmente sanzionare mancati versamenti[132].

Un'ulteriore criticità è, inoltre, rappresentata dall'incerto regime delle opere realizzate dal concessionario uscente. È evidente che – anche alla luce della neo costituzionalizzazione della tutela degli ecosistemi – in una prospettiva *de iure condendo* il legislatore dovrà ispirarsi alle previsioni di quei Paesi euro-

[130] Non a caso Paesi che condividono con l'Italia un'ampia superficie di costa ed una spiccata vocazione turistica della propria economia, quali Spagna, Grecia e Portogallo. Per una analisi comparata della disciplina di settore v. F. Di Lascio, *I nodi delle concessioni di spiaggia: spunti di comparazione*, in M. Gnes (a cura di) *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettive*, cit., 65 ss.; A. Persico, *Le concessioni demaniali marittime nell'impatto con il diritto dell'Unione. Spunti comparatistici per una gestione sostenibile "a tuttotondo" del patrimonio costiero nazionale*, in *Federalismi*, 2022, 22, 115 ss.; G. Cerrina Feroni, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi*, 2020, 4, 21 ss.; G.F. Ferrari, *Il demanio marittimo nel diritto comparato: alcune esperienze europee*, in *Munus*, 2018, 2, 615 ss. Con specifico riferimento all'esperienza dell'ordinamento spagnolo si rinvia a J.R. Fuentes i Gasò, *Il* requiem *per la protezione dell'interesse comune*, in G. De Giorgi Cezzi (a cura di), *Gestione delle coste e sviluppo sostenibile*, cit., 55 ss.; G. Amore, *Limiti al diritto di proprietà e tutela delle coste in Italia e Spagna*, in *Studium iuris*, 2019, 12, 1438 ss.

[131] Come è noto, il tema della corretta individuazione dei canoni concessori è anch'esso da tempo oggetto di dibattito. È evidente che il beneficio economico tratto dal concessionario dovrebbe riverberarsi in maniera proporzionale sulla quantificazione del canone, laddove, al contrario, è oggi possibile registrare una generale inadeguatezza dei corrispettivi pagati dai privati rispetto alla effettiva redditività delle concessioni. Sul tema si rinvia alle considerazioni di M. D'Alberti, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, 283 ss.; F. Di Lascio, *Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 3, 789; F. Fracchia, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano 2008, 493 ss. Più di recente, la questione è stata sollevata anche dall'AGCM, che ha sottolineato come nel 2019 «su un totale di 29.689 concessioni demaniali marittime (aventi qualunque finalità), ben 21.581 erano soggette ad un canone inferiore ad euro 2.500» (AGCM, Segnalazione AS1730, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/attivita-di-segnalazione/legge-annuale).

[132] Tali disfunzioni sono state in passato segnalate anche dalla Corte dei conti, Sez. centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, nella deliberazione del 21 dicembre 2021, n. 20/2021/G *La gestione delle entrate derivanti dai beni demaniali marittimi*.

pei, ad esempio la Francia, ove è prescritto che debbano essere installate le sole infrastrutture minime indispensabili, lasciando almeno l'80% dell'area concessa libera da opere, e che tali infrastrutture debbano essere tutte o quasi agevolmente amovibili, in modo da consentirne lo smantellamento annuale durante la stagione invernale e, soprattutto, da garantire il ritorno del bene allo stato inziale di natura al termine del rapporto concessorio[133]. Sebbene non debba tralasciarsi che tale opzione conduce a non pochi problemi di ordine applicativo, ogniqualvolta la fragilità del suolo o le condizioni dei venti e delle mareggiate non consentano l'installazione di manufatti non ancorati al terreno[134].

Ciò posto, non si può non tenere in considerazione che il modello italiano sino ad oggi è stato del tutto differente: pur essendo presente nel codice della navigazione una "preferenza" per gli aspiranti concessionari aventi un progetto comportante la realizzazione di opere di facile amovibilità, le amministrazioni concedenti non sembra abbiano sino ad oggi riconosciuto particolare valore a tale criterio[135]. La risoluzione del fenomeno della cementificazione dei nostri arenili è vitale, sia da un punto di vista paesaggistico che ambientale e richiederà, nel lungo periodo, l'annessione e successiva demolizione di buona parte dei manufatti[136]; nell'immediato, tuttavia, occorre risolvere la questione della indennizzabilità delle opere legittimamente realizzate dal precedente concessionario: al di là delle ipotesi residuale dei manufatti abusivi, si tratta di opere autorizzate, proprio perché ritenute idonee a soddisfare gli interessi pubblici sottesi alla scelta di affidare quell'area demaniale in uso esclusivo temporaneo ad un operatore economico.

Sul punto, si segnala la recente Corte di Giustizia UE, 11 luglio 2024, causa C-598/22[137] che ha dichiarato la non incompatibilità con il diritto europeo

---

[133] Cfr. la disciplina francese di cui all'art. 2 del *Dècret n. 2006-608*, ai sensi del quale, fatta eccezione per le strutture sanitarie e di sicurezza, sulle spiagge è permessa unicamente la realizzazione di strutture amovibili o trasportabili, che non presentano ancoraggi durevoli al suolo. Tale disposizione si lega ad un altro principio presente nel suddetto decreto, in base al quale ogni opera edificata dal concessionario deve essere concepita in modo da poter permettere, alla fine del periodo di vigenza del rapporto, il ritorno dell'area allo *status quo ante*. Richiama la disciplina d'oltralpe M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2020, 4, 1069 ss., la quale sottolinea altresì come «tale ordinamento giuridico si differenzia, tuttavia, dalla nostra esperienza per l'organizzazione amministrativa e la gestione, che sono fortemente centralizzate», 1086. Sempre in chiave comparata, per un'analisi dei modelli regolatori portoghese e spagnolo, con specifico riferimento al profilo dell'obbligo della selezione del concessionario mediante procedura ad evidenza pubblica, v. C. Benetazzo, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 2016, 28-35.

[134] In ordine alle criticità connesse al regime del concessionario uscente e delle opere dal medesimo realizzate, sia consentito rinviare a M. Calabrò, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, in *Dir.e società*, 2021, 3, 441 ss.

[135] A ciò deve aggiungersi l'elevatissimo numero di opere realizzate abusivamente e successivamente sanate, sebbene collocate in prossimità della spiaggia.

[136] G. Colombini, *Lido e spiaggia*, cit.

[137] In ordine alle ragioni sottese alla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato, con decisione del 15 settembre 2022, n. 1008, sia

dell'art. 49 cod. nav., con una motivazione che però si basa unicamente sul profilo della concorrenza: tutti gli operatori sono sin dal principio consapevoli del "destino" delle opere che andranno a realizzare e, quindi, la prevista automatica acquisizione in mano pubblica senza indennizzo non configurerebbe alcuna restrizione alla libertà di stabilimento. La fattispecie, in realtà, può e deve essere letta anche con prospettive differenti, che conducono a soluzioni ben più problematiche: basti pensare all'indubitabile incremento del valore dell'area demaniale, anche in termini di determinazione del successivo canone concessorio, così come alla confusione che si crea tra l'area (demanio naturale) ed i beni ivi realizzati, i quali nascono in realtà come beni privati, *sub specie* di proprietà superficiaria[138]. È stato osservato come, nel caso di specie, venga sostanzialmente a determinarsi una «scissione orizzontale dell'assetto dominicale dell'area interessata»[139]: l'amministrazione concedente resta titolare dell'area demaniale (né potrebbe essere altrimenti), mentre il titolare della concessione acquisisce (temporaneamente) la proprietà superficiaria del manufatto dallo stesso realizzato.

Certo, si tratta di una proprietà fortemente conformata, in quanto obbligatoriamente funzionalizzata all'esercizio di attività di interesse collettivo, nonché "precaria", ovvero suscettibile di limiti o addirittura esclusione a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali da parte della p.a. (ad es. modifica o revoca della concessione) e, in ogni caso, dotata di una efficacia limitata nel tempo[140]. Solo alla scadenza della concessione, allora, le opere legittimamente realizzate su area demaniale da parte del concessionario – una volta avvenuta la devoluzione al patrimonio statale – acquisiscono la natura di pertinenza demaniale marittima, così come definita dall'art. 29 cod. nav., ovvero costruzione «appartenente allo Stato», posta entro i limiti del demanio marittimo e del mare territoriale; pertinenze demaniali, tra l'altro, non in quanto demanio naturale (che "espandendosi" li ingloba), bensì come demanio artificiale, laddove la demanialità non discende dalla natura del bene, bensì dalla scelta discrezionale di non demolirlo.

---

consentito rinviare a M. Calabrò, *L'acquisizione gratuita al demanio statale delle opere realizzate dai concessionari uscenti: un nuovo rinvio alla Corte di Giustizia per le concessioni "balneari"*, in *Giustiziainsieme*, 2023, 1 ss.

[138] «Non tutti i manufatti insistenti su aree demaniali partecipano della natura pubblica – e dell'inerente qualificazione demaniale – della titolarità del sedime, poiché solo ad alcuni, nella stessa dizione della legge, appartiene la natura pertinenziale. Per gli altri […] si deve allora riconoscere, per esclusione, la qualificazione di cose immobili di proprietà privata fino a tutta la durata della concessione, evidentemente in forza di un implicito diritto di superficie» (Corte cost., 27 gennaio 2017, n. 29, in *Riv. giur. edilizia* 2017, I, 78). In termini cfr. T.A.R. Toscana, sez. III, 10 febbraio 2016, n. 225, in *Foro amm*., 2016, 2, 405; T.A.R. Toscana, sez. III, 27 febbraio 2015, n. 328, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3308, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[139] F. Gaffuri, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2021, 3, 48.

[140] M. Calabrò, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, cit., 457-458.

Da ultimo, su tale aspetto, con il c.d. Decreto Salva infrazioni (d.l. 16 settembre 2024, n. 131), il Governo ha introdotto un vero e proprio diritto al riconoscimento di un indennizzo in capo ai concessionari uscenti, posto a carico dei soggetti subentranti[141]. L'ammontare di tale indennizzo dovrà essere calcolato in base al valore degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione, nonché a quanto necessario per garantire al concessionario uscente un'equa remunerazione sugli investimenti effettuati negli ultimi cinque anni, stabilita a sua volta sulla base di criteri che il MIT avrebbe dovuto individuare con decreto attuativo entro il 31 marzo 2025, ma che ad oggi non risultano ancora determinati, anche in ragione delle osservazioni critiche pervenute da parte dell'UE sulla bozza del decreto.

4.1.2. *L'esigenza di una definitiva razionalizzazione dell'attuale modello pianificatorio delle aree costiere*

Il dibattito attuale è essenzialmente dedicato al tema della proroga e dell'avvio delle nuove gare. Ma nell'immediato futuro i veri temi saranno altri. Mi riferisco, innanzitutto, alla mappatura degli arenili, con relativa individuazione delle aree affidabili in concessione, nel rispetto dei diversi usi della costa (anche quello del libero godimento)[142]. Un approccio serio al tema della "scarsità" della risorsa non potrà non partire da una previa selezione qualitativo-funzionale, ovvero da una preventiva verifica della capacità di carico[143] di ciascuna area costiera, presupposto indispensabile per una efficace gestione integrata e sostenibile[144]. Una completa ricognizione dello stato di fatto, tra l'altro, rappresenta una misura essenziale anche per altri fini, quali la repressione degli abusi edilizi e la delimitazione delle aree effettivamente appartenenti al demanio marittimo, operazione sempre più necessaria alla luce del fenomeno erosivo delle coste[145]. Al riguardo, feno-

[141] F. Maccario, *La devoluzione al demanio delle opere costruite sul litorale: quali indennizzi per i concessionari balneari?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2024, 4, 1337 ss.

[142] Già la l. 6 agosto 2015, n. 125 (*Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali*) imponeva alle Regioni di effettuare una verifica dello stato delle proprie coste, al fine di elaborare una proposta organica di revisione del demanio marittimo.

[143] Cd. *Carrying capacity*: pressione antropica tollerabile dalla risorsa costiera senza che la stessa subisca perdite delle proprie caratteristiche strutturali e funzionali. M. MacLeod, J.A.G. Cooper, *Carrying capacity in coastal areas*, in *Encyclopedia of Coastal Science*, 2005, 35, 1211 ss.

[144] In termini già A. D'Amico Cervetti, *Demanio marittimo e assetto del territorio*, Milano, 1984, 253 ss.

[145] Sul delicatissimo tema della corretta delimitazione delle aree del demanio marittimo in funzione di garanzia di certezza dei rapporti giuridici, cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 10 luglio 2014, n. 1105 (con nota di G. Taccogna, *Incertezze circa i confini fra demanio marittimo ed attigue aree di proprietà privata*), in *Il dir. marittimo*, 2017, 536 ss., ove si afferma che «Il demanio marittimo presenta una conformazione variabile nel corso del tempo, in considerazione della mutevole azione del mare sulle coste, con la conseguenza che le aree demaniali marittime, per intrinseca natura, possono risultare di incerta perimetrazione e quindi l'art. 32 cod.

meni quali l'innalzamento del mare, l'inquinamento, l'erosione delle coste, così come anche l'ancora presente abusivismo "occulto" sugli arenili, imporrebbero non solo l'effettiva rimozione degli immobili abusivi, ma più in generale la deantropizzazione dei territori costieri più fragili, attraverso la bonifica e la rinaturalizzazione delle grandi aree industriali o militari dismesse presenti in molte zone, nonché la rilocalizzazione degli immobili regolarmente assentiti[146].

Un secondo profilo centrale sarà quello dell'individuazione di idonei criteri per la selezione dei nuovi concessionari. L'attuale versione dell'art. 37 cod. nav. indica nell'interesse pubblico il criterio prevalente di selezione, senza tuttavia in alcun modo definire i contorni di tale interesse. La lettura sistematica della disposizione potrebbe far propendere per l'interesse alla conservazione dell'area, valorizzando il riferimento alla preferenza per chi presenti progetti con opere amovibili (comma 2). Tuttavia, occorre leggere la disposizione in combinato disposto con il primo comma, che individua quale criterio anche «la proficua utilizzazione della concessione», il che evidentemente rinvia ad altri interessi pubblici, quale quello alla garanzia del miglior servizio turistico ricreativo, allo sviluppo dell'economia locale ed all'incremento dell'occupazione[147].

Anche in questo caso emerge chiaramente come in tale settore non si possa parlare di interessi pubblici prevalenti in senso assoluto, nemmeno in riferimento a quello ambientale: è nella singola decisione, alla luce della corretta valutazione delle caratteristiche proprie di quel determinato tratto di costa, nonché delle caratteristiche socio-economiche di quel territorio, che deve individuarsi il corretto bilanciamento degli interessi e, conseguentemente, l'interesse pubblico concreto[148].

---

nav. attribuisce all'autorità marittima il potere di accertamento della esatta delimitazione di determinate zone del demanio marittimo, attraverso un procedimento, di natura meramente dichiarativa, che deve essere svolto in contraddittorio con gli interessati».

[146] M. De Benedetto, *Dalle spiagge alle coste: una strategia regolatoria*, in M. Gnes (a cura di) *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettive*, cit., 35 ss., spec. 41-44.

[147] Per una accezione "ampia" della nozione di pubblici usi del mare e delle aree costiere, v. M. Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedimentali e contenutistici delle concessioni balneari*, cit., 74. Sottolineano l'esigenza di valorizzare, nella determinazione dei criteri di aggiudicazione, anche il ruolo che i beni demaniali marittimi hanno nella definizione dell'identità culturale delle località costiere G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi*, 2020, 26, 24 ss.

[148] Tali obiettivi presuppongono una nuova regolazione del settore in grado di garantire, da un lato, le legittime aspettative dei precedenti concessionari e, dall'altro, le esigenze di trasparenza e libera concorrenza connesse all'uso di aree demaniali per lo svolgimento di attività che – seppur finalizzate a garantire un interesse pubblico – hanno comunque un carattere imprenditoriale. Sull'ampia discrezionalità di cui gode oggi l'amministrazione nel determinarsi sull'uso da attribuire ad uno specifico tratto di costa cfr. Cons. Stato, sez. VII, 11 agosto 2023, n. 7751, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si osserva, tra l'altro, che il tenore dell'art. 37 cod. nav. presuppone «un complesso bilanciamento di molteplici profili di rilievo che si colgono, da un lato, con riguardo al vantaggio conseguito dalla collettività in ragione delle finalità pubbliche per il soddisfacimento delle quali il bene è concesso in uso ad altri e, dall'altro, in relazione al nocumento patito dalla medesima collettività a causa della temporanea sottrazione del bene all'uso libero e generalizzato cui è naturalmente o potenzialmente destinato».

In tale ottica, si segnalano alcune recenti pronunce del Consiglio di Stato, che hanno ritenuto legittime autorizzazioni paesaggistiche che imponevano di rimuovere al termine della stagione estiva le strutture necessarie per l'esercizio di un lido: in tal modo, il giudice amministrativo ha inteso legittimare quelle decisioni delle amministrazioni poste a tutela degli interessi paesaggistici e ambientali che – piuttosto che porsi in una posizione di cieca opposizione rispetto a qualsiasi trasformazione del territorio – perseguono soluzioni in grado di garantire uno sfruttamento sostenibile delle risorse, tale da non incidere in maniera sostanziale sulla tutela e sul valore naturalistico e culturale delle aree costiere[149].

Non si deve dimenticare, inoltre, che non tutte le aree costiere sono destinate ad essere affidate in concessione e non tutte le concessioni sono uguali (pensiamo a quelle rilasciate ad enti pubblici o associazioni sportive, soggetti non qualificabili come imprenditori e che svolgono attività aventi scopo non lucrativo). Così, affinché il legislatore non si limiti ad un intervento solo parziale, volto a disciplinare unicamente l'uso di attività aventi finalità turistico-ricreativa sugli arenili, un ruolo centrale dovrà essere riconosciuto, ancora una volta, alla funzione pianificatoria[150].

Mi riferisco, innanzitutto, ai piani regionali e comunali delle coste, così come al piano paesaggistico: strumenti indispensabili per garantire quella visione olistica delle aree costiere e marittime in grado di consentirne un uso sostenibile e capace di soddisfare istanze che, come più volte sottolineato, possono essere anche fortemente conflittuali[151]. Conflittualità che, tra l'altro, non si pone unicamente tra istanze di tutela e istanze di sfruttamento economico, bensì anche tra esigenze di protezione di diverso tenore. I tratti costieri, infatti, assumono valenza tanto in termini naturalistico-ambientali, quanto in termini di beni paesaggistici *ex lege*[152]. Ebbene, pur trattandosi di valori anche costituzionalmente equi ordi-

[149] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2023, n. 2559; Cons. Stato, sez. VII, 29 dicembre 2022, n. 11699, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[150] In termini, G. Mari, *Demanio costiero e uso generale: la "scarsità della risorsa naturale"*, cit., 9.

[151] F. Francario, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, cit., 5. È stato condivisibilmente osservato che la complessità della pianificazione delle coste deriva anche dalla circostanza che essa deve necessariamente prescindere dalla tradizionale perimetrazione legata al concetto di demanio marittimo: la profondità del territorio che deve essere ricompreso nell'ambito della pianificazione delle coste deve essere decisamente maggiore, se si vogliono tenere in debito conto i reali effetti del loro uso in termini di funzioni e servizi ecologici (cfr. A. Moliterni, *La tutela degli ecosistemi marini nel prisma della pianificazione integrata delle aree costiere*, cit., 184).

[152] F. Salvia, *La difficile coesistenza tra usi e tutela dell'ambiente costiero*, in *Il dir. dell'economia*, 2015, 1, 23 ss. Ai sensi dell'art. 142, co. 1, lett. a) del d.lgs. n. 42/2004 sono sottoposti a vincolo paesaggistico *ex lege* «i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia». In merito alla valenza ambientale delle coste cfr, invece, l'art. 56 del d.lgs. n. 152/2006, ove si specifica che le attività di programmazione, di pianificazione e di attuazione degli interventi destinati a realizzare le finalità di risanamento del suolo e del sottosuolo, il risanamento idrogeologico del territorio tramite la prevenzione dei fenomeni di dissesto, la messa in sicurezza delle situazioni a rischio e la lotta alla desertificazione riguardano anche le coste. In particolare, sull'importanza non solo paesaggistica, ma anche ecosistemica delle dune v. M. Gaglio, *Il ruolo*

nati, non necessariamente istanze di conservazione di tipo ambientale conducono a scelte compatibili con intenti di protezione del valore paesaggistico dell'area[153]. Tra l'altro, entrambi i modelli di protezione non escludono usi "compatibili"; ma non sempre un uso ritenuto compatibile dal punto di vista ambientale sarà considerato tale anche in un'ottica di tutela paesaggistica del bene.

L'attuale assetto sconta l'assenza di una disposizione che chiarisca una relazione gerarchica tra i diversi piani, generali e settoriali (ambientali, di tutela delle coste e paesaggistici), destinati ad incidere sulla medesima area territoriale. In realtà, piuttosto che un rigido regime gerarchico, occorrerebbe individuare un modello di pianificazione sovra-comunale integrata: non si intende certo prospettare un ulteriore (ennesimo) piano, bensì forme obbligatorie di coordinamento ed integrazione tra piani, in grado di fornire direttive chiare nella concretizzazione delle politiche territoriali e marine[154]. In tale ottica – in attesa della piena operatività dei Piani di gestione dello spazio marittimo – potrebbe valorizzarsi l'accezione strategica che negli ultimi anni viene riconosciuta al piano paesaggistico, quale strumento in grado di conciliare istanze di tutela e valorizzazione attraverso una valutazione integrata dei diversi interessi che incidono sul territorio[155].

In sede attuativa, occorrerebbe, poi, individuare strumenti di *policy* in grado di convogliare la molteplicità di attori pubblici e privati interessati nei processi tanto di elaborazione quanto di messa in opera di interventi strategici: una sorta di "contratti di costa", che, sul modello dei contratti di fiume già da tempo

dell'ecologia nella gestione degli ambienti costieri, cit., 105 ss., ove si specifica che «da un punto di vista funzionale, le dune sono importanti fornitori di servizi di regolazione, quella categoria di servizi ecosistemici dovuti alla regolazione dei processi ecologici che contribuiscono a mantenere le condizioni ambientali favorevoli alla vita e al benessere umano», 108.

[153] Ciò anche in ragione della circostanza che «il valore culturale del paesaggio costiero si afferma non soltanto in ragione del dato di natura (che in sé risulterebbe tutelabile mediante strumenti diversi, calibrati sugli aspetti ambientali e naturali), ma in considerazione della valenza identitaria che le coste assumono, quali parti della "forma" del Paese e testimonianze materiali della storia millenaria di una penisola che ha avuto nelle proprie coste il crocevia delle partenze, dei ritorni e degli approdi degli uomini e delle civiltà che hanno concorso a determinare l'identità della Nazione italiana» (Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2023, n. 2559, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In termini v. anche Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2024, n. 7397, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[154] In termini v. E. Boscolo, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, cit., laddove osserva che «Sembra azzardato preconizzare, almeno nel breve periodo, significative riallocazioni di competenze, mentre è pensabile che si possano configurare dispositivi di coordinamento che prevedano la partecipazione ai procedimenti (specie a quelli pianificatori) di tutte le amministrazioni coinvolte, in una prospettiva tesa ad assicurare quantomeno la piena e contestuale considerazione di tutti gli interessi pubblici di volta in volta coinvolti (entro una gerarchizzazione che garantisca tuttavia la primarietà dell'interesse ambientale)», 63.

[155] Di grande interesse, al riguardo, è l'art 145, co. 2 del d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei Beni culturali e del paesaggio), laddove attribuisce al piano paesaggistico la facoltà di prevedere misure di coordinamento con le altre forme di pianificazione. Su tale profilo, si rinvia a L. Di Giovanni, *Il ruolo della pianificazione paesaggistica nella difesa delle coste italiane*, in M. Gnes (a cura di) *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettive*, cit., 91 ss., spec. 99-101.

affermatisi anche in Italia, garantiscano una progettualità integrata, l'assunzione di impegni reciproci ed un razionale uso delle fonti di finanziamento[156].

La valorizzazione del "momento" della pianificazione, inoltre, consentirebbe di ridurre il rischio paventato da molti circa l'erosione del potere decisionale nazionale da parte degli interventi dell'Unione Europea[157]. È evidente, infatti, che il potere di incisione dell'UE, basato sull'inquadramento del problema in chiave esclusivamente concorrenziale, si ridurrebbe notevolmente laddove si arretrasse l'angolo di visuale, affrontando il problema non in una dimensione micro, concentrata sul regime concessorio, bensì, macro, ponendo l'attenzione sulla pianificazione generale delle coste, anche in un'ottica di valorizzazione delle funzioni ecosistemiche marine e costiere e dell'uso libero della risorsa[158]. Tra l'atro, tale prospettiva condurrebbe al superamento della dicotomia conservazione/sfruttamento economico, atteso che l'attuale avanzamento dello stato della tecnica ci consente oggi di proteggere le coste e, nel contempo, ottenere benefici sfruttandone le capacità naturali, attraverso l'implementazione di *natured based solutions*[159].

Un ulteriore elemento centrale è rappresentato dalla efficace connessione tra aree costiere, aree portuali e aree urbane interne, obiettivo ancora una volta legato ad una coerente ed integrata relazione tra gli strumenti di pianificazione. La dottrina, ben prima dell'introduzione della disciplina generale ed autonoma del settore portuale del 1994 (l. n. 84/1994)[160], già distingueva, all'interno del demanio marittimo, tra demanio portuale e demanio costiero. Secondo tale impostazione, l'uso dei beni rispondeva a fini molto diversi, il che non poteva che comporta-

---

[156] Cfr. A. Barbanente, *Approcci e strumenti per una governance integrata e partecipativa delle aree costiere*, in M. di Venosa, M. Manigrasso (a cura di), *Coste in movimento. Infrastrutture ambientali per la rigenerazione del territorio*, cit., 142.

[157] Cfr. G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, in M. Gnes (a cura di) *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettive*, cit., 90.

[158] Si interroga sulla corretta perimetrazione della nozione di destinazione pubblica dei beni demaniali e della relazione della stessa con l'uso libero/collettivo che di tali beni occorre assicurare A. Giannelli, *Beni sfruttabili o consumabili: demanio marittimo e porti*, in *Federalismi*, 2016, 22, 1 ss., spec. 8-11.

[159] Basti pensare al drenaggio delle acque meteoriche mediante la flora o alla riduzione dell'effetto isola di calore mediante una adeguata pianificazione del verde urbano. Sullo sfruttamento delle risorse naturali costiere (cordoni dunali, percorsi drenanti, etc.) per la ricucitura di "fratture" tra il mare e le aree territoriali litorali si rinvia a M. Manigrasso, *Il futuro passa per le città. Una riflessione sull'adattamento nei centri costieri italiani*, cit., 49. In generale, sui caratteri degli interventi volti a risolvere criticità ambientali e territoriali mediante modelli ispirati alle (e supportati dalle) risorse naturali, v. N. Frantzeskaki, *Seven lessons for planning nature-based solutions in cities*, in *Environmental Science & Policy*, 2019, 101 ss.; E. Gòmez-Bagghetun, D.N. Barton, *Classifying and valuing ecosystem services for urban planning*, in *Ecological Economics*, 2013, 235 ss.

[160] L. 28 gennaio 1994, n. 84 (*Riordino della legislazione in materia portuale*). Per un'analisi dei caratteri principali di tale normativa e delle criticità ad essa connesse, sia consentito rinviare a M. Calabrò, *La disciplina dei porti in Italia: caratteri, criticità e prospettive*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il sistema portuale italiano. Tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenze di sviluppo*, Napoli, 2013, 5 ss.; con specifico riferimento al tema della pianificazione delle aree demaniali portuali, nello stesso volume, v. M. Ragusa, *La costa, la città e il porto. Il coordinamento tra pianificazione urbanistica e portuale nei porti di interesse nazionale e internazionale*, e I. Pinzello, *Città, porto e pianificazione del territorio: la prospettiva degli urbanisti*, rispettivamente, 393 ss. e 543 ss.

re una disciplina differenziata. Si riteneva, in particolare, che in relazione al solo demanio costiero permanesse quella valenza del bene come risorsa naturale da tutelare in quanto tale e da destinare principalmente all'uso generale, laddove, al contrario, il demanio portuale avrebbe richiesto modelli di uso e gestione comunque legati allo sfruttamento commerciale o industriale dei beni[161].

La giustificazione di tale distinzione sembrerebbe essere stata messa in discussione in ragione di alcuni interventi del legislatore degli ultimi decenni, volti alla c.d. patrimonializzazione dei beni demaniali, in qualche modo legittimati da quella dottrina che ha ritenuto di poter assimilare tutti i beni pubblici nella categoria omnicomprensiva di beni suscettibili di utilizzazione economica[162]. Ebbene, pur non aderendo a tale orientamento – e ritenendo, pertanto, resti ancora valida (e vada anzi valorizzata) la distinzione tra demanio costiero e demanio portuale – dal solo punto di vista del demanio come "luogo", l'idea che porto e coste rappresentino contesti autonomi e, per questo, suscettibili di interventi di pianificazione reciprocamente indifferenti, è effettivamente ormai superata. Essa, infatti, si fonda su un presupposto puramente formale, ovvero la suddivisione delle competenze amministrative, che però si scontra con la realtà dei fatti. Se un tempo forse tale approccio poteva essere giustificato alla luce di una concezione di porto come città nella città, realtà territoriale del tutto avulsa dal contesto urbano retrostante, sono ormai diversi anni che ci si è affrancati da questa concezione. Oggi buona parte delle aree portuali sono "aperte" alla città; molte attività che riguardavano le aree portuali sono state delocalizzate e si sta intervenendo molto sulla implementazione dei servizi di logistica e connessione retroportuale[163]. Tutto questo non può non avere conseguenze anche sulla pianificazione delle aree costiere[164], proprio nella prospettiva di quella pianificazione integrata di cui si è detto.

---

[161] Su tale profilo, ed in particolare in merito all'evoluzione registratasi anche in relazione al demanio costiero, da bene comportante profili di difesa (nel duplice senso di difesa militare delle coste e di difesa del territorio e della popolazione dalla "violenza" del mare) a bene connotato anch'esso da funzioni legate al suo sfruttamento economico, in termini di utilizzazione turistica delle coste, si rinvia alle riflessioni di F. Benvenuti, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, cit., 2394-2397. Sulla duplice vocazione (naturale ed economica) del demanio costiero v. F.G. Scoca, *Relazione introduttiva*, in Aa.Vv., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano 2002, 15 ss.; F. Di Lascio, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm TAR*, 3/2009, 787 ss.; M.R. Spasiano, *L'uso del demanio costiero nell'ordinamento interno: aspetti di diritto amministrativo*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il sistema portuale italiano. Tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenze di sviluppo*, cit., 737 ss.

[162] Cfr. A. Lalli, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli, 2015; M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2005.

[163] Cfr. B. Ettorre, G. Daldanise, E. Giovene di Girasole, M. Clemente, *Co-Planning Port–City 2030: The InterACT Approach as a Booster for Port–City Sustainable Development*, in *Sustainability*, 2023, 15, 1 ss. Sul ruolo dei porti e della logistica portuale nella strategia marina nazionale individuata con il Piano del Mare v. G. Tellarini, *La strategia nazionale per il mare*, cit., 129-134.

[164] L'attuale concezione, sia dei piani portuali che costieri, risulta profondamente "ibrida": entrambi, sebbene con modalità e finalità diverse, sono chiamati ad occuparsi tanto della tutela quanto della valorizza-

La premessa è che nell'ultima stagione regolatoria, da una parte si è abbandonata l'aspirazione alla pianificazione omogenea del sistema portuale nazionale[165], dall'altra si è ristabilita una estromissione delle competenze urbanistiche sulla pianificazione del porto[166]. In questo contesto si innesta un tema centrale per molte delle città portuali italiane, ovvero gli interventi di riqualificazione dei waterfront, in una prospettiva che, tra l'altro, punti a rigenerare in maniera integrata waterfront costiero, waterfront portuale, nonché aree interne, mediante operazioni di ricucitura tra tessuti urbani e aree portuali, spesso con innesti di verde urbano finalizzati ad incrementare i servizi ecosistemici. Sono ormai diversi decenni che, prima nel nord Europa ed in America, e poi – con non poche difficoltà – anche in Italia, attente politiche di rigenerazione urbana hanno condotto ad una rivitalizzazione di aree portuali ormai degradate ed abbandonate[167].

---

zione economica del territorio di riferimento, sempre in una chiave ecologicamente orientata. Con particolare riferimento alla recente affermazione, a livello nazionale e internazionale, di modelli di pianificazione portuale fortemente orientati verso la prospettiva dei c.d. *green ports*, v. Z. Zhang, C. Song, J. Zhang, Z. Chen, M. Liu, F. Aziz, T. A. Kurniawan, P. Yap, *Digitalization and innovation in green ports: A review of current issues, contributions and the way forward in promoting sustainable ports and maritime logistics*, in *Science of The Total Environment*, 2024, 912; A. Crismani, B.A. Masso, *Green Ports: strumenti e misure*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2021, 215 ss.; R. Lombardi, *Porti verdi e sostenibilità del trasporto marittimo*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2011, 2, 176 ss. Nel novembre del 2021, nell'ambito dell'investimento 1.1 (*Interventi di energia rinnovabile ed efficienza energetica nei porti*) del PNRR, il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica ha pubblicato un Avviso pubblico di manifestazione di interesse per la formulazione di proposte progettuali, per il finanziamento di progetti di efficientamento energetico, per un ammontare complessivo pari a € 270 milioni, volti essenzialmente a ridurre nei porti e nelle città portuali le emissioni di CO2 e degli altri inquinanti connessi alla combustione di fossili.

[165] Sul modello fallimentare del Piano Nazionale dei Trasporti e della Logistica (PGTL), originariamente inteso quale presupposto pianificatorio del Documento pluriennale di pianificazione del Ministero dei Trasporti (DPP), si rinvia alle riflessioni di M. Ragusa, *Il nuovo primato dello sviluppo infrastrutturale nella riforma della pianificazione portuale*, in C. Vitale (a cura di) *Il «governo del mare». Tutela del paesaggio e sviluppo sostenibile dalla prospettiva della pianificazione marittima*, cit., 129 ss., spec. 170-177.

[166] Il più recente intervento riformatore della l. n. 84/1994, avvenuto ad opera della l. n. 156/2021, ha segnato un netto passo indietro nella interazione città-porto in punto di pianificazione, nella misura in cui ha espressamente qualificato il Piano Regolatore Portuale (PRP) in termini di «piano territoriale di rilevanza statale», specificando che esso «rappresenta l'unico strumento di pianificazione e di governo del territorio nel proprio perimetro di competenza» (art. 5, co. 2-*ter*). Sul punto v. M. Racioppi, *Pianificazione locale e portuale. Ambiti d'interazione città-porto: aree contese*, in G. Fini, V. Saiu, C. Trillo (a cura di), *Collaborative Sustainability. Strategie, progetti, strumenti e modelli di valutazione per l'attivazione dello sviluppo sostenibile*, Roma-Milano, 2023, 117 ss.

[167] L'inadeguatezza di ex aree portuali, a causa principalmente del fenomeno del gigantismo navale o dell'esigenza di delocalizzare le attività portuali al fine di garantire i necessari servizi di logistica retroportuale, ha condotto al lento decadimento di diverse aree. Gli interventi posti in essere sono stati essenzialmente di due tipi: a) recupero della vocazione marittima, ma con la realizzazione di porti turistici; b) trasformazione della destinazione delle aree con la realizzazione di musei del mare, attività commerciali e turistiche. Esiste già un'ampia letteratura urbanistica e tecnologico-ambientale che presenta *best practice* a livello europeo e internazionale che hanno ampiamente dimostrato la loro efficacia (P.V. de Paula, J.M. Gonçalves, *Urban regeneration of waterfronts: Literature Review*, in *Seminario Internacional de Investigación en Urbanismo*, 2023, 15; M. Venosa, *Coste e waterfronts*, in M. di Venosa, M. Manigrasso (a cura di), *Coste in movimento. Infrastrutture ambientali per la rigenerazione del territorio*, cit., 15 ss.); tuttavia, con specifico riferimento al contesto italiano, emergono numerose criticità, legate in via principale proprio all'assenza di un modello di *governance* e di pianifica-

Certo, si tratta di operazioni complesse, eppure di grande interesse non solo urbano, ma anche sociale ed economico; operazioni che, nel contempo, nascondono notevoli rischi: l'evidente necessità di capitale privato, infatti, impone il riconoscimento di un ruolo centrale in capo al decisore pubblico, essenziale per evitare una non adeguata attenzione a profili quali l'inquinamento delle acque e delle coste, l'erosione di queste ultime, così come il fenomeno della gentrificazione. Si tratta, tra l'altro, di contesti nei quali è possibile sperimentare interessanti forme di PPP, come ad esempio avvenuto nella città di Genova, dove nel 1994 è stata costituita la Porto Antico di Genova s.p.a., partecipata da Comune, Camera di Commercio, Autorità di Sistema Portuale ed una Società Finanziaria, proprio al fine di programmare e gestire una serie integrata di interventi di riqualificazione. La gestione pubblica dell'operazione ha consentito di bilanciare la realizzazione di opere calde e fredde ed oggi rappresenta il cuore della città, cuore destinato ad "ingrandirsi" grazie al nuovo progetto del waterfront di levante[168]. Di contro, sono numerosi i contesti nei quali la totale assenza di dialogo, ad esempio, tra comune e Autorità di Sistema Portuale, con consequenziale indifferenza reciproca tra piano urbanistico comunale e piano regolatore portuale, conducono a situazioni di stallo o, peggio, alla realizzazione di scelte reciprocamente contraddittorie, il tutto in una dinamica di forze e perimetrazione di confini, piuttosto che di logica sistemica[169].

Per concludere sul profilo della pianificazione, ciò che emerge è che riconoscere centralità a tale funzione richiede la risoluzione di diversi nodi critici, *in primis* il fatto che non tutte le regioni ed i comuni si sono dotati dei relativi piani settoriali. Attualmente le regioni che risultano essersi dotate di un piano paesaggistico sono solo sette; ancora più deficitaria la situazione relativa ai piani regionali e comunali delle coste: pur essendo atti previsti come obbligatori, si pone nei loro confronti il classico problema dell'assenza di un termine per l'esercizio della fun-

---

zione integrata idonei a consentire la realizzazione degli interventi di rigenerazione efficaci (cfr. M. Carta, *Città aumentate. Dieci gesti-barriera per il futuro*, Trento, 2021).

[168] Cfr. *https://portoantico.it/*. G. Lombardini, N.V. Canessa, *Genova. Investimenti e PNRR in una "entrepreneurial city" in trasformazione*, in S. Armondi, F. Compagnucci, V. Fedeli, V. Orioli, C. Pacchi (a cura di), *Città e territori del PNRR*, Bologna, 2023, 54 ss.; F. Pirlone, I. Spadaro, M. Sabattini, M. De Nicola, *Sustainable urban regeneration in port-cities. A participatory project for Genoa waterfront*, in *TeMA-Journal of Land Use, Mobility and Environment*, 2022, 15, 89 ss.

[169] Si pensi, ad esempio, all'esperienza dell'area del waterfront portuale della città di Napoli: negli ultimi anni, la competente Autorità di Sistema Portuale ha approvato diversi progetti di espansione del sistema della logistica, progetti avviati ma poi tutti sospesi, in quanto in netto contrasto con interventi di rigenerazione delle aree litorali e interne adiacenti pianificate dall'amministrazione comunale. Per l'analisi delle più recenti prospettive di sviluppo del waterfront della Città di Napoli v. M. Clemente, G. Daldanise, B. Ettorre, E. Giovene di Girasole, *Port heritage enhancement for sustainable development: the case of Naples, Salerno and Castellamare port cities*, in M. Sepe (a cura di), *Inclusive cities and regions/Territories inclusifs*, Roma, 2024, 566 ss.; L. Pagano, P. Galante, *Architettura delle infrastrutture e identità portuali. Il caso studio della nuova stazione marittima di levante a Napoli*, in *BDC. Bollettino Del Centro Calza Bini*, 2023, 351 ss.

zione, con l'orientamento maggioritario della giurisprudenza che – salvo sporadiche pronunce contrarie – ritiene non utilizzabile, in questi casi, il rito sul silenzio[170].

Con particolare riferimento ai piani delle coste e ai piani di utilizzazione del demanio marittimo, pur in presenza di una normativa chiara e coerente, che dal 1993 prevede una pianificazione regionale delle coste a livello generale ed una attuativa a livello comunale, il quadro si presenta piuttosto incerto[171]. L'inerzia di molte regioni, priva i comuni dei necessari indirizzi e criteri ai quali conformare i propri strumenti di pianificazione, con consequenziale elevato rischio che in due territori comunali limitrofi si adottino scelte poco coerenti tra loro, se non addirittura contraddittorie[172]. Anche molte amministrazioni comunali, del resto, non si sono ancora dotate di un piano delle coste, pur configurando quest'ultimo un presupposto logico necessario per definire nel dettaglio gli usi naturalistici, sportivi, culturali degli arenili, oltre che individuare i tratti di spiaggia libera e attrezzata.

L'attuale indirizzo maggioritario del giudice amministrativo ritiene che in assenza dell'approvazione di piani regionali e comunali delle coste, le relative scelte possano confluire all'interno del Piano regolatore generale, il cui ambito operativo è, in effetti, esteso alle coste sin dalla c.d. legge ponte n. 765/1967[173]. Pur

---

[170] Si segnala, tra le poche pronunce che affermano l'applicabilità del rito speciale sul silenzio nella fattispecie in esame, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 15 dicembre 2010, n. 2842, in *Foro amm. TAR*, 12/2010, 4026.

[171] Ai sensi dell'art. 6, co. 3, del d.l. n. 400/1993 le regioni sono tenute a predisporre «sentita l'autorità marittima, un piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo [PUDM], dopo aver acquisito il parere dei sindaci dei comuni interessati e delle associazioni regionali di categoria, appartenenti alle organizzazioni sindacali più rappresentative nel settore turistico dei concessionari demaniali marittimi». Come chiarito dalla Consulta, tali piani svolgono «un'essenziale funzione non solo di regolamentazione della concorrenza e della gestione economica del litorale marino, ma anche di tutela dell'ambiente e del paesaggio, garantendone tra l'altro la funzione comune anche al di fuori degli stabilimenti balneari» (Corte cost., 5 maggio 2022, n. 108, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 770).

[172] Sulla centralità riconosciuta da parte del legislatore nazionale alle Regioni in relazione alla tutela e alla gestione sostenibile delle coste (anche mediante il ponderato esercizio della funzione pianificatoria), v. C. Bevilacqua, *L'ambiente costiero e marino tra legislazione internazionale, comunitaria e nazionale: verso una gestione coordinata*, in *Riv. quadrim. dir. ambiente*, 2019, 2, 129 ss., spec. 139-145. All'assenza di una completa pianificazione del territorio costiero si aggiunge, poi, l'assenza di criteri normativi uniformi a tutela del godimento libero degli arenili, che impongano di individuare nei piani regionali una percentuale minima di area costiera da destinare all'uso pubblico. Sul punto si rinvia a F. Di Lascio, *I nodi delle concessioni di spiaggia: spunti di comparazione*, cit., 71.

[173] Cfr. T.A.R. Liguria, 30 agosto 2018, n. 683, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che «In assenza di contrarie previsioni normative, infatti, l'esistenza di strumenti specializzati di programmazione non limita l'estensione territoriale dello strumento urbanistico generale. Né sussiste un rapporto di alternatività o pari ordinazione tra il PUC e il Progetto di utilizzo comunale delle aree demaniali marittime, stante la chiara preminenza degli indirizzi formulati dallo strumento urbanistico generale». In termini anche T.A.R. Puglia, Lecce, 13 ottobre 2014, n. 2480, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Parte della giurisprudenza fa, invece, discendere dall'assenza di qualunque strumento pianificatorio di settore (paesaggistico o delle coste) e, quindi, dalla mancata zonizzazione delle aree del demanio costiero, l'illegittimità di qualsiasi provvedimento che conceda a terzi diritti esclusivi su quella parte del territorio, con evidenti impatti non solo sullo sviluppo economico dell'area, ma anche sulla tutela degli interessi sociali della collettività, atteso che l'utilizzo economico di un bene demaniale da parte di un privato è volto anche a garantire una più agevole fruibilità del bene da parte della col-

condividendo l'obiettivo di evitare lacune pianificatorie, tale orientamento giurisprudenziale finisce in qualche modo per legittimare l'inerzia della pianificazione di settore, sebbene sia evidente come il senso stesso della previsione normativa di un piano di speciale *ad hoc* riposi nella circostanza che decisioni complesse quali quelle relative all'individuazione degli usi compatibili degli arenili (che spesso necessitano anche di una ampia istruttoria di tipo tecnico), non possano trovare adeguato spazio all'interno di un piano generalista quale il Piano regolatore generale. A ciò deve aggiungersi che la stessa natura dell'atto pianificatorio è profondamente differente: contrariamente a quanto può dirsi degli strumenti di pianificazione urbanistica, infatti, i piani che riguardano aree demaniali non sono finalizzati a porre vincoli, bensì – in una prospettiva diametralmente opposta – eventualmente a "liberare" una parte delle aree dalla propria destinazione naturale all'uso pubblico[174].

L'ulteriore criticità riguarda, come già osservato, l'assenza di un approccio strategico ed integrato della pianificazione, volto a coordinare i diversi piani (costieri, paesaggistici, portuali, etc.) non solo al fine di evitare eventuali (e non rari) episodi di contraddittorietà, ma anche di soddisfare le richieste europee connesse alla Gestione integrata delle zone costiere, volta a contemperare gli obiettivi di conservazione con quelli di valorizzazione economica della risorsa[175]. Una gestione delle coste meramente locale conduce inevitabilmente al risultato di un territorio frammentato, frutto di una spesso cieca concorrenza tra comuni volta a sfruttare al massimo ciascuno il proprio tratto di costa[176]: prospettiva ben lontana da quell'idea di pianificazione integrata, fondata su un approccio sistemico ed un costante dialogo tra gli attori istituzionali, in un'ottica che guardi al bene oggetto di intervento (il mare e la costa) attraverso la considerazione complessiva dei diversi interessi che lo intercettano[177].

---

lettività (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 maggio 2015, n. 2675, in *Foro amm.*, 2015, 1445). Su tale profilo, si rinvia alle riflessioni di F. Francario, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, cit., 6-7.

[174] «La scelta dell'amministrazione stessa di concedere spazi di arenile va effettuata considerando sempre il superiore interesse pubblico a garantire la libera balneazione e rapportando, quindi, tale esigenza alla situazione effettiva delle persone e alla esistenza di spiagge sufficienti a soddisfare il bisogno collettivo», Cons. Stato, sez. VI, 31 maggio 2006, n. 3312, in *Foro amm. CDS*, 5/2006, 1582. Sul tema v. A. Montagna, *Demanio marittimo e impedimento dell'uso pubblico: verso la affermazione di un diritto di uso pubblico delle collettività sulle nostre coste*, in *Riv. giur. ambiente*, 2001, 5, 618 ss. In generale, per la considerazione secondo cui – a fronte di determinati presupposti – usi cd. "speciali" di un bene pubblico, che ne limitino o condizionino in via temporanea la fruizione collettiva, risultino in linea generale compatibili con la sua destinazione primariamente pubblica v. V. Cerulli Irelli, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario AIPDA*, 2003, Milano 2004, 24 ss.

[175] Sull'attuale stato embrionale della Gestione integrata delle zone costiere in Italia v. A. Barbanente, *Approcci e strumenti per una governance integrata e partecipativa delle aree costiere*, cit., 139-140.

[176] In termini, E. Boscolo, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, cit., 62.

[177] Cfr. N. Greco (a cura di), *Le risorse del mare e delle coste: ordinamento, amministrazione e gestione integrata*, Roma, 2010.

5. *La* governance *multilivello della risorsa mare*

Come è ampiamente emerso dall'analisi fenomenologica, la multifunzionalità della risorsa mare, così come la molteplicità degli interessi sui quali la sua gestione è destinata ad impattare, incidono inevitabilmente sul profilo della competenza, reclamando un modello di *governance* necessariamente multilivello[178]. Su tale profilo, mi limito a segnalare che – nonostante da decenni si sia registrato il trasferimento delle funzioni di gestione dallo Stato agli enti territoriali – dall'esame dei procedimenti di settore (tanto di tipo pianificatorio, quanto autorizzatorio/concessorio) emerge con forza il potenziale insorgere di molteplici conflitti di attribuzione tra le diverse amministrazioni coinvolte (Ministeri, Autorità marittime, Autorità di sistema portuale, regioni, comuni)[179].

In origine, il settore presentava un regime profondamente accentrato a livello statale, sebbene la giurisprudenza ribadisse come la materia dell'urbanistica affidasse a regioni e comuni competenze che si estendevano su tutto il territorio comunale, comprensivo dei beni appartenenti al demanio marittimo[180], il che imponeva il raggiungimento di una previa intesa per l'adozione delle parti di regolamento edilizio e PRG concernenti le aree demaniali[181].

All'indomani dei trasferimenti di diverse funzioni amministrative statali alle regioni ad opera del DPR n. 616/1977, si sono poi fronteggiate due posizioni nettamente contrastanti. La prima, rappresentata primariamente dai navigazionisti, propendeva per una interpretazione restrittiva dell'art. 59 della norma citata, che prevedeva la delega alle Regioni delle funzioni amministrative sul litorale marittimo e sulle aree demaniali immediatamente prospicienti quando l'utilizzazione prevista aveva «finalità turistiche e ricreative», sottolineando come la complessità della risorsa mare necessitasse la permanenza di un regime di competenze accentrato, anche attraverso il richiamo alla presunta imputabilità dei beni marittimi allo Stato-persona e non allo Stato-comunità[182]. Di avviso contrario, invece, la dottrina amministrativistica, ed in particolare gli studiosi del diritto urbanistico, che vedevano il trasferimento delle funzioni alle regioni come una conferma della plurifunzionalità della programmazione e pianificazione territoriale[183].

---

[178] A. Crosetti, *La tutela multilivello del mare «nostrum»*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3, 413 ss.

[179] L. Salamone, *La gestione del demanio marittimo: dallo stato, alle regioni, ai comuni. Il caso della regione Sicilia*, in *Diritto.it*, 2024.

[180] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 1978, n. 492, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[181] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 1986, n. 478, in *Cons. St.*, 1986, 816; T.A.R. Veneto, 24 luglio 1980, n. 639, in *Cons. St.*, 1980, 3562.

[182] F.A. Querci, *Questioni in tema di demanio marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1960, II, 31 ss.

[183] S. Amorosino, *Tutela ed amministrazione urbanistica delle coste: competenze e problemi*, in *Foro amm.*, 1975, 309 ss.; G. Morbidelli, *Urbanistica, beni ambientali, acque ed inquinamento*, in *Le Regioni*, 1977, 1265 ss.

Senza voler prendere posizione su un dibattito del resto ormai sopito, quel che certamente non è condivisibile è il criterio utilizzato dal legislatore per definire la linea di demarcazione tra competenze statali e regionali, ovvero attribuire alle regioni le sole competenze concernenti gli usi turistico-ricreativi, lasciando allo Stato le funzioni manifestazione di poteri di imperio (sicurezza, dogana, etc.). In tal modo, materie come la gestione dell'attività di pesca o la lotta all'inquinamento sarebbero rimaste nel solo dominio dello Stato, nonostante le evidenti dirette connessioni delle stesse con altre materie di competenza regionale. Proprio a fronte della complessità dell'oggetto e della sua peculiare collocazione geografica, la dottrina più accorta ha osservato che si sarebbe piuttosto dovuto prendere atto dell'inestricabile commistione di interessi nazionali e territoriali[184].

Ed in effetti, negli anni a venire la delimitazione di competenze così apparentemente netta stabilita dal legislatore non si è di fatto concretizzata. Come noto, la riforma Bassanini ha confermato ed incrementato il trasferimento delle funzioni alle regioni e, per sub-delega, in buona parte ai comuni, con pochi ambiti di permanente competenza statale[185]. Tuttavia, anche a seguito della Bassanini, non solo il ruolo delle Autorità marittime è rimasto centrale, soprattutto in relazione alla gestione delle concessioni marittime, ma l'esigenza di garantire l'adeguata valutazione di interessi nazionali, quali la tutela paesaggistica e ambientale, comporta ancora oggi il riconoscimento di un ruolo di protagonista all'apparato centrale[186].

A ciò deve aggiungersi come la stessa distinzione tra titolarità (ancora statale) del bene ed esercizio (regionale/comunale) delle funzioni, comporti notevoli rischi di conflitti di competenza (sia tra Stato e Regioni, che tra differenti amministrazioni dello Stato)[187]. A titolo esemplificativo, il procedimento di istituzione di un'area marina protetta coinvolge ancora oggi una pluralità di soggetti (Ministero dell'Ambiente, regione, enti locali, Conferenza Unificata) e la *governance* multilivello si riflette anche sulla competenza a rilasciare le concessioni degli specchi acquei, che muta in relazione alla zona della riserva (integrale, generale o parziale)[188]. In relazione alle concessioni demaniali marittime, poi, come già sottolineato, lo Stato è il titolare del demanio marittimo, nonché il destinatario dei canoni concessori; la Regione ha la funzione di pianificare le coste, con relativa

[184] L. Benvenuti, *La frontiera marina*, cit., 201.

[185] Come noto, ad esempio, oggi tra le funzioni proprie dei comuni, vi è anche il rilascio di concessioni per l'uso del demanio marittimo e di zone del mare territoriale, ad eccezione di quelle aventi finalità di approvvigionamento di fonti energetiche (art. 42, d.lgs. n. 96/1999).

[186] M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, cit., 567-568.

[187] G. Colombini, *Lido e spiaggia*, cit.; S. Licciardello, *Demanio marittimo ed autonomie territoriali*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 266 ss.

[188] F. Fracchia, A. Giannelli, *La tutela dell'ambiente marino in Italia*, cit., 161-163.

incidenza sull'uso delle stesse, mentre i Comuni attuano la pianificazione regionale, gestiscono il rilascio delle concessioni e svolgono funzione di polizia demaniale e amministrativa[189].

Sul punto, si auspica che la recente istituzione del Ministro per la protezione civile e le politiche del mare possa contribuire ad un effettivo coordinamento tra i livelli di governo coinvolti, considerato che al nuovo Ministro non sono state trasferite le frammentate competenze ministeriali già esistenti, bensì è stato affidato per l'appunto un ruolo di indirizzo e coordinamento[190]. Al riguardo, tuttavia, non può non segnalarsi il non felicissimo abbinamento tra i settori della protezione civile e delle politiche del mare: non tanto perché sembrerebbe rinviare ad una visione puramente protezionistica della risorsa mare, quanto soprattutto perché – nell'esaminare le iniziative poste in essere ad oggi dalla Struttura ministeriale – emerge che più dell'80% di queste riguardano (come era facile ipotizzare) la protezione civile[191].

Anche nel settore della pianificazione delle aree marine si registra un complesso sistema di competenze che riflette la molteplicità degli strumenti di pianificazione (che tendono ad accavallarsi) e che vede come protagonisti principali il Ministero dell'ambiente ed il Ministero delle infrastrutture, a livello statale – chiamati a condurre percorsi decisionali complessi che prevedono il coinvolgimento delle regioni – nonché l'Unione delle province italiane e l'Associazione nazionale dei comuni italiani. Il rischio principale di sovrapposizione di competenze sussiste tra il Ministero dell'ambiente, quale referente per l'attuazione della Strategia marina europea, e le regioni, quali soggetti competenti in tema di pianificazione costiera. Il superamento di tali criticità viene generalmente conseguito mediante l'istituzione di tavoli di coordinamento, strumenti tuttavia che – non essendo previsti come obbligatori dalla norma – si modulano di volta in volta, il che ne incrementa l'adattabilità ma, evidentemente, anche la "fragilità"[192].

Dal punto di vista tecnico, soprattutto in termini di istruttoria, un ruolo centrale è ricoperto dall'Ispra, con cui i Ministeri hanno sottoscritto più di un

[189] M. De Benedetto, *Dalle spiagge alle coste: una strategia regolatoria*, cit., 35-37.

[190] Per un quadro della precedente situazione frammentata di competenze a livello ministeriale v. G. Tellarini, *La strategia nazionale per il mare*, cit., 123-125.

[191] Particolarmente significativa la costituzione del Comitato interministeriale per le politiche del mare (CIPOM), avente il compito specifico di elaborare e approvare il Piano del Mare, con cadenza triennale, in una prospettiva dichiaratamente tesa a garantire l'attuazione degli interventi programmati nel PNRR. Ma è chiaro che, laddove l'assetto organizzativo dovesse rivelarsi efficace, esso potrà essere istituito come modello stabile di coordinamento istituzionale. Alle riunioni del CIPOM, quando si trattano materie che interessano le regioni e le province autonome, partecipano il presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome o un presidente di regione o di provincia autonoma da lui delegato e, per i rispettivi ambiti di competenza, il presidente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI) e il presidente dell'Unione delle province d'Italia (UPI).

[192] In termini, A. Moliterni, *La tutela degli ecosistemi marini nel prisma della pianificazione integrata delle aree costiere*, cit., 189.

protocollo sia per l'attività di pianificazione delle aree marine che per il monitoraggio dello stato delle stesse. Ebbene, se si vanno ad esaminare in concreto i procedimenti, si nota come la valenza tecnica dell'istruttoria sia talmente preponderante da ridurre fortemente il margine della scelta discrezionale: l'autorità competente non tanto opera una scelta rispetto all'oggetto specifico dell'istruttoria, quanto, piuttosto, usa il proprio margine decisorio in merito al necessario bilanciamento tra l'interesse prioritario (sia esso quello della tutela o quello dello sfruttamento sostenibile) e gli altri interessi pubblici e privati coinvolti[193].

Feliciano Benvenuti prospettava anche per il demanio costiero la medesima evoluzione che ha conosciuto il demanio portuale, ovvero l'attribuzione della relativa gestione ad un ente autonomo, in grado di rispondere al meglio alle diversificate finalità sottese all'uso della risorsa. L'Autore legava tale esigenza alla necessità (nuova, per l'epoca) di garantire un adeguato sfruttamento economico delle coste[194], ma è sotto gli occhi di tutti che – sebbene in una diversa prospettiva – il problema permane ancora oggi[195]. A ben vedere, tuttavia, forse la soluzione non è privare le amministrazioni regionali e comunali delle rispettive competenze sul demanio costiero, anche in considerazione del principio di sussidiarietà verticale[196]. Né si può realisticamente ipotizzare di accorpare le diverse competenze (territoriali, portuali, ministeriali) in materia di pianificazione delle aree marine e costiere in capo ad un unico soggetto[197].

---

[193] L'elevata valenza tecnica dei processi decisionali, poi, intercetta un tema che interessa in maniera trasversale l'intero assetto organizzativo della pubblica amministrazione, ovvero la necessità di implementare un approccio transdisciplinare nei processi decisionali, dotando le amministrazioni di competenze integrate e prevedendo adeguati modelli procedimentali nei quali saperi scientifici diversi (fisica, chimica, geologia, economia, etc.) concorrano ad offrire un quadro realistico delle problematiche, elemento imprescindibile per il conseguimento di una buona decisione. Sul punto, si rinvia alle riflessioni di M.R. Spasiano, *Frammentazione delle conoscenze e unità del sapere*, in *Dir. e società*, 2022, 3, 447 ss.

[194] «La conclusione, a cui si può ormai giungere con parole scoperte, è che anche l'amministrazione del demanio costiero, in quanto amministrazione di un bene produttivo, dovrebbe essere affidata ad una azienda strutturata in modo da poter agire soprattutto con criteri di economicità, ferma restando quella componente garantistica e protettiva che è sempre stata propria della disciplina del bene demaniale marittimo e che oggi qualifica in maniera eccessiva l'amministrazione di quel bene», F. Benvenuti, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, cit., 2399.

[195] Non a caso una più recente dottrina ha prospettato l'istituzione di un nuovo soggetto cui affidare tutte le competenze in materia di tutela e gestione della risorsa mare: «[…] andrebbe anche ponderata, in un'ottica *de jure condendo*, la possibilità di assegnare il perseguimento degli obiettivi di tutela dell'ambiente marino ad un soggetto istituzionalmente ed esclusivamente investito di tali finalità. Ciò non solo al fine di snellire e velocizzare le procedure, ma anche allo scopo di concentrare e specializzare le competenze tecniche necessarie per l'adozione delle scelte relative alle tematiche sinora trattate» (F. Fracchia, A. Giannelli, *La tutela dell'ambiente marino in Italia*, cit., 170).

[196] Nonché della necessaria valorizzazione del carattere della prossimità tra Amministrazione decidente e cittadinanza radicata in un determinato territorio (cfr. Cons. Stato, sez. VII, 1° marzo 2023, n. 2137, in *Riv. giur. edilizia*, 2023, I, 638).

[197] Al riguardo, è utile ricordare che anche la dir. 2014/89/UE sulla Strategia per lo spazio marittimo rinvia ad una integrazione, non certo ad una unificazione, degli strumenti di pianificazione del mare e delle

La prospettiva, piuttosto, potrebbe essere quella di introdurre modelli decisionali che contemplino forme di concertazione obbligatorie ed efficaci, in grado di restituire la complessità dei fenomeni e di condurre a scelte consapevoli, frutto di una visione integrata e ispirata ai principi dello sviluppo sostenibile e di precauzione. L'assetto definitivo di un'area demaniale emergerebbe, in tale ottica, dal bilanciamento dei molteplici interessi che su di essa convergono, ed è proprio in questa prospettiva, del resto, che la giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni sancito l'illegittimità di Piani regolatori generali o Regolamenti edilizi approvati senza la previa intesa con le autorità statali e/o regionali competenti, relativamente alle scelte concernenti le parti di territorio rientranti nel demanio marittimo[198].

6. *La valorizzazione della risorsa mare quale bene (ambientale) comune*

Alla luce delle segnalate esigenze di approccio integrato – sia dal punto di vista funzionale che organizzativo – nella gestione del demanio marittimo, assume allora un ruolo fondamentale la valorizzazione della risorsa mare e delle aree costiere (anche) come beni ambientali, nella accezione di beni comuni[199]. Ancora preziose e attuali, al riguardo, le considerazioni svolte dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella nota pronuncia sulle Valli da pesca della laguna veneta, laddove il Supremo Collegio, proprio in relazione al demanio marittimo, afferma che «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e del-

coste. Sul punto v. di N. Carmineo, F. Corona, *La pianificazione spaziale marittima nel diritto dell'Unione Europea e la declinazione della normativa unionale nella legislazione italiana*, in *Il Dir. marittimo*, 2023, 1, 30-31.

[198] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932, in *Dir. marittimo*, 2008, 2, 492; Cons. Stato, 10 luglio 1986, n. 478, in *Cons. St.*, 1986, 816; T.A.R. Lazio, Roma, 22 ottobre 1984, n. 936, in *Cons. St.*, 1980, 3561. Su tale profilo si rinvia alle osservazioni di G. Colombini, *Lido e spiaggia*, cit. In generale, sulla necessità che le prescrizioni del piano regolatore e dei piani di settore siano il risultato di un confronto dialettico tra le amministrazioni coinvolte, v. P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino 2004, 254.

[199] La letteratura sul tema è ormai vastissima; senza alcuna pretesa di esaustività, *ex multis*, si rinvia a P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2015; A. Lucarelli, *Beni comuni. Contribuito per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 2014; R. Lombardi, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in *Il diritto dell'economia*, 2014, 1, 209 ss.; V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, in *www.labsus.org*, 2014; G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma 2012; P. Chirulli, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *Giustamm.it*, 2012; S. Rodotà, *Beni comuni e categorie giuridiche: una rivisitazione necessaria*, in *Quest. giust.*, 2011, 5, 237 ss.; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2010. Con specifico riferimento alla ricostruzione delle risorse ambientali in termini di beni comuni, sia consentito rinviare a M. Calabrò, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. e società*, 2016, 4, 807 ss.

la proprietà codicistica, "comune", vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini»[200].

Ebbene, in relazione alle aree costiere, tale prospettiva non solo agevolerebbe l'auspicata tendenza alla valorizzazione dell'uso libero delle spiagge, ma consentirebbe altresì di ridurre il margine di discrezionalità delle amministrazioni nella selezione dei concessionari e dei relativi progetti. Al riguardo, deve guardarsi con favore a quella recente giurisprudenza che ha dichiarato la legittimità di un diniego di autorizzazione paesaggistica in ipotesi di manufatti che, posti sul demanio marittimo, avrebbero interrotto la continuità della veduta del litorale, gravando così sulla «negata percezione del bene comune qual è il paesaggio costiero»[201].

È vero che la giurisprudenza ha in più occasioni ribadito come il pianificatore comunale sia dotato di un ampio margine di discrezionalità nell'individuare gli usi delle coste[202], ma la necessaria presa in considerazione – anche in sede pianificatoria – della stretta connessione terra-mare, rende la protezione dell'ecosistema costiero nel suo insieme la "bussola" principale di tale discrezionalità: sarebbero, quindi, le esigenze di tutela derivanti dai fenomeni dell'innalzamento del mare e dell'erosione delle coste, oltre alla specifica attenzione nei confronti del libero godimento della risorsa naturale (anche per le future generazioni)[203] a dover orientare le scelte pianificatorie sugli usi compatibili delle coste, con consequenziale restrizione ed effettiva sindacabilità della discrezionalità delle scelte tese a concedere lo sfruttamento economico della risorsa[204]. Ed anche laddove un'area venisse individuata come destinataria di un uso esclusivo di tipo imprenditoriale, la valenza ambientale della risorsa influirebbe comunque sull'esercizio della discrezionalità, non più del pianificatore, bensì dell'ente concedente: la selezione del concessionario dovrà pertanto fondarsi primariamente sulla sostenibilità delle attività da realizzarsi, mediante l'utilizzo di criteri ecologici premianti e la richiesta di certificazioni verdi, come del

[200] Cass., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3663, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170, con nota di F. Cortese, *Dalle valli da pesca ai beni comuni. La cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici*.

[201] Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 3 febbraio 2020, n. 91, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[202] Cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 3 giugno 2009, n. 246, in *Dir. marittimo*, 2010, 1-2, 209; Cons. Stato, sez. VI, 31 maggio 2006, n. 3313, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, 654.

[203] Del resto, come ci ricorda M. Ragusa, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, cit., i poteri concessori relativi alle aree demaniali marittime devono in ogni caso essere esercitati nel rispetto di quanto dispone l'art. 36 cod. nav., «quest'ultimo, indicando nell'apertura all'uso pubblico la destinazione normale dei beni e imponendo all'amministrazione concedente di accertare che gli usi eccezionali siano con questa "compatibili", continua a rappresentare il centrale riferimento normativo in grado di orientare l'analisi dell'istituto», 577.

[204] In termini, v. G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, cit. 88-89. Al riguardo, è utile osservare come il Protocollo addizionale alla Convenzione di Barcellona sulla gestione integrata delle zone costiere del Mediterraneo (ICZM Protocol, 2008), individui i seguenti principi di riferimento per la corretta e sostenibile pianificazione degli usi delle aree costiere e marittime: la preventiva verifica circa la capacità di carico delle zone costiere; l'attuazione di adeguati coordinamenti istituzionali tra le amministrazioni competenti; un effettivo coinvolgimento delle popolazioni locali e degli stakeholder nei processi decisionali (art. 6).

resto già da tempo previsto in alcune leggi regionali di settore, in attuazione dell'ormai consolidato modello del *Green public procurement*[205].

La valorizzazione del mare e delle coste in chiave di beni ambientali comuni implicherebbe altresì un maggior coinvolgimento della cittadinanza non solo nella fruizione, ma anche nella gestione della risorsa. Non si tratterebbe di una assoluta novità: basti pensare al già previsto affidamento della gestione di un certo numero di aree marine protette ad associazioni ambientali riconosciute, affidamento che si potrebbe estendere anche alle associazioni non riconosciute, mediante una applicazione analogica del criterio della *vicinitas*[206]. Del resto, la gestione delle aree è altrimenti affidata agli enti locali, che non solo sono maggiormente suscettibili di indebite ingerenze nelle scelte, ma spesso risultano privi delle competenze tecniche necessarie.

È evidente che un maggior coinvolgimento attivo della cittadinanza presuppone innanzitutto una adeguata consapevolezza da parte della stessa. Ciò implica che le politiche pubbliche di tutela e i procedimenti di pianificazione e programmazione siano connotati da momenti di partecipazione ampia ed effettiva[207]. In tal senso, deve guardarsi con favore, ad esempio, quanto previsto dal d.lgs. n. 190/2010 in materia di salvaguardia degli ambienti marini e di individuazione del buono stato ambientale, laddove si impone il coinvolgimento di «tutti i soggetti interessati», senza alcun filtro di tipo soggettivo o oggettivo, con evidente rinvio a modelli partecipativi dinamici ed efficaci quali l'inchiesta pubblica. Non si tratta di ipotesi puramente teoriche, bensì di realtà che trovano già pieno riscontro in diversi contesti. Da ultimo, ad esempio, nel giugno 2024 è stata avviata una consultazione pubblica – mediante piattaforma digitale – per l'attuazione della Direttiva Quadro sulla Strategia per l'ambiente marino, in meri-

[205] In tale prospettiva si auspica che i futuri bandi relativi alle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa sfruttino al massimo tutte le potenzialità insite nel c.d. *green public procurement*, premiando quei progetti in grado di conciliare al meglio la valorizzazione economica dell'area e la conservazione ecosistemica della stessa, mediante, ad esempio, l'introduzione di specifiche tecniche e criteri premianti ispirati al canone della sostenibilità, nonché, ove approvati, l'inserimento obbligatorio di Criteri Ambientali Minimi. Sul punto, da ultimo, C. Lauri, *I criteri di sostenibilità nelle procedure per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime*, in M. Gnes (a cura di) *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettive*, Milano, 2023, 109 ss.

[206] Attualmente, delle trenta Aree marine protette istituite in Italia, solo tre risultano affidate (in via esclusiva o in consorzio con enti locali e Università) ad associazioni ambientali, ed in particolare: Area marina protetta Capo Milazzo (Marevivo), Area marina protetta Miramare (WWF), Area marina protetta Torre Guaceto (WWF).

[207] E. Boscolo, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, cit., 67. In generale, sulla centralità del ruolo della partecipazione dei soggetti interessati nell'ambito dei procedimenti decisionali in materia ambientale sia consentito rinviare a M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004 e, più di recente, Id., *La prevenzione della cattiva amministrazione attraverso l'esercizio dei diritti di accesso e partecipazione: il caso dei procedimenti in materia di ambiente*, in S Tuccillo (a cura di), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016, 123 ss.

to all'aggiornamento della definizione del Buono Stato Ambientale (*Good Environmental Status* - GES) e dei Traguardi Ambientali (*Target*) per ciascuno degli 11 Descrittori della Strategia marina[208].

La dimensione sostanziale della prospettiva delineata ha evidenti ripercussioni anche sul piano processuale. Se lo Stato non è libero di gestire discrezionalmente le risorse del demanio marittimo – perché vincolato dalla loro intrinseca dimensione collettiva a predisporre primariamente tutte le misure necessarie a garantirne protezione e libero godimento – a fronte di una inerzia ingiustificata o di un illegittimo esercizio della pubblica funzione, deve conseguentemente riconoscersi in capo alla stessa collettività di riferimento la facoltà di agire a tutela della risorsa naturale, sulla scia delle conclusioni cui è giunta la Plenaria n. 6/2020 in punto di sussidiarietà orizzontale e accesso alla giustizia[209]. Il cittadino come persona, quindi, diventa fulcro della complessità degli interessi che ruotano attorno al demanio marittimo.

Se questa è la direzione, è lecito prospettate un passo ulteriore: si è detto che il mare è generalmente inquadrato in una duplice accezione, ovvero quale bene da tutelare o risorsa da sfruttare; e si è visto come oggi, in realtà, questi due piani risultino sempre e comunque interconnessi. Ebbene, a ben vedere, esiste anche una terza dimensione categoriale del bene, una lettera "z" in una ipotetica rappresentazione su assi cartesiani: la concezione del mare e delle coste come elementi da usare, non però in termini economici, bensì personali/individuali, (in un certo qual modo, "spirituali"[210]), quali risorse il cui uso libero è in grado di consentire all'uomo il conseguimento di un livello di qualità della vita più elevato. La tutela del mare e delle coste diventa, in tal modo, (anche) un presupposto indispensabile per l'esercizio del diritto ad una balneazione sicura in acque salubri e, quindi, per il loro uso libero, che a sua volta assurge ad interesse primario della persona, in quanto strumentale al soddisfacimento del diritto fondamentale alla vita.

Quanto prospettato consente in qualche modo di riprendere ed attualizzare la locuzione *Mare nostrum*, inteso, in questo caso, come appartenenza della risorsa alla collettività. Lo Stato esercita funzioni di tutela e gestione non solo per "sé" o, meglio, per il perseguimento dei propri fini istituzionali, bensì anche per il pri-

[208] Cfr. https://strategiamarina.isprambiente.it/consultazioni-pubbliche/consultazione-pubblica-2024/.

[209] Al riguardo, sia consentito rinviare a M. Calabrò, *L'ambiente quale diritto fondamentale a titolarità diffusa*, in *Persona e Amministrazione*, 2023, 2, 501 ss.; Id., *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. e società*, 2016, 4, 807 ss.

[210] In tale ottica restano ancora non superate, in termini di chiarezza e forza, le parole della Enciclica *Laudato sì* di Papa Francesco (*Lettera Enciclica Laudato sì del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano, 2015, 87-88. Per un'analisi giuridica del documento v. E. Ruozzi, *La Lettera Enciclica Laudato Si': dal diritto dell'individuo ad un ambiente sano al dovere di protezione del bene comune*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2016, 1, 145 ss.), di recente confermate nella Esortazione apostolica *Laudate Deum* dello stesso Pontefice (*Esortazione apostolica Laudate Deum del Santo Padre Francesco a tutte le persone di buona volontà sulla crisi climatica*, 2023).

vato, inteso però non come *homo oeconomicus*, bensì come "persona", che vede nel suo rapporto diretto ed immediato con il mare e gli arenili uno strumento per lo sviluppo della propria personalità (artt. 2 e 3 Cost.).

Cambia la prospettiva, cambiano gli interessi e i diritti connessi al bene, devono cambiare anche gli strumenti giuridici. Da questo punto di vista l'attuale assetto appare particolarmente lacunoso, anche in un confronto con la disciplina presente in altri Paesi europei: non esiste una normativa nazionale che imponga una percentuale minima di tratto di costa da lasciare all'uso libero della collettività[211]; solo poche leggi regionali si sono preoccupate di intervenire sul punto, con scelte molto diverse fra loro, che vanno dal 20% dell'Emilia Romagna al 60% della Puglia e della Sardegna, e non tutte garantiscono un adeguato livello non solo quantitativo ma anche qualitativo di spiagge libere, spesso lasciando ai liberi usi proprio quei tratti costieri meno appetibili dal mercato, perché degradati o non adatti alla balneazione[212]. Eppure, come è stato osservato, tale situazione di sostanziale arbitrarietà dei legislatori regionali – una volta configurato come vero e proprio diritto il libero godimento della risorsa mare e delle coste – conduce ad una evidente quanto intollerabile violazione dei principi della giustizia distributiva[213].

7. *Conclusioni*

La geomorfologia, la scienza che studia le "forme" della terra, definisce il mare e le coste beni instabili, difficili da classificare se non attraverso modelli di analisi di tipo dinamico, che si fondano sullo studio delle energie che costantemente mutano e modellano i tratti costieri, proprio a causa degli effetti del mare[214]. Tale instabilità si riflette anche sul governo della risorsa: al di là della costante incertezza sulla linea di confine tra demanio marittimo e aree private[215],

[211] L'art. 1, co. 254, l. n. 296/2006 (Finanziaria 2007), si limita a disporre che le regioni, nel redigere i piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo, sentiti i comuni interessati, «devono altresì individuare un corretto equilibrio tra le aree concesse a soggetti privati e gli arenili liberamente fruibili; devono inoltre individuare le modalità e la collocazione dei varchi necessari al fine di consentire il libero e gratuito accesso e transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione».

[212] Su tali profili si rinvia a E. Zanchini, *Le trasformazioni dei paesaggi costieri italiani al tempo del climate change*, in M. di Venosa, M. Manigrasso (a cura di), *Coste in movimento. Infrastrutture ambientali per la rigenerazione del territorio*, cit., 129-132 e G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, cit., 82-84.

[213] Ci si riferisce alle riflessioni presenti nello scritto di G. della Cananea, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva*, in M. Gnes (a cura di) *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole*. *Progressi, problemi, prospettive*, cit., 28-31.

[214] Cfr. E. Pranzini, *La forma delle coste. Geomorfologia costiera, impatto antropico e difesa dei litorali*, cit., 3.

[215] Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 4 gennaio 2023, n. 11, in *Foro amm.*, 2023, II, 97. In generale, sugli istituti della delimitazione, dell'ampliamento, della modificazione, tutti connessi alla instabilità del

dal punto di vista della tutela, il mare e gli arenili sono connotati da un grado di fragilità che ne impone un monitoraggio costante[216]; mentre come risorse economiche essi non garantiscono prestazioni pienamente predeterminabili *ex ante*.

Affinché il mare resti una risorsa (nella sua duplice accezione) e non si trasformi in una minaccia per l'uomo, occorre allora intervenire su alcuni fattori.

In primo luogo, la multifunzionalità insita nella risorsa richiede un modello di amministrazione multilivello, ispirata ai principi del coordinamento e della leale collaborazione. Parte della dottrina ha condivisibilmente richiamato al riguardo la nozione di "operazione amministrativa", attività amministrativa complessa, che per essere compresa nella sua interezza richiede una considerazione unitaria e non meramente settoriale[217]. Sul punto, occorrerà verificare nell'immediato futuro quale ruolo riuscirà a svolgere il *Piano del Mare*, approvato dal Ministero per la Protezione Civile e le Politiche del Mare nel luglio del 2023, che – a dispetto del nome – non configura propriamente un piano, bensì un documento programmatico, contenente gli indirizzi strategici in materia di tutela e valorizzazione della risorsa mare dal punto di vista ambientale, logistico ed economico[218]. La strada è senza dubbio quella giusta, frutto di un approccio omnicomprensivo e trasversale ai diversi interessi pubblici e privati coinvolti e proprio tale visione d'insieme ha di recente condotto all'approvazione dei Piani di gestione dello spazio marittimo, quale concreta distribuzione spazio-temporale degli interventi e degli usi programmati[219].

Un secondo fattore sul quale intervenire è il riconoscimento di una maggiore centralità alla funzione di pianificazione, come "argine" alla instabilità. Alla luce delle fragilità delle risorse marine e costiere, l'approccio emergenziale è evidentemente fallimentare, a fronte di un processo evolutivo che abbiamo visto essere sistematico e perciò, pur con diverse incertezze, prevedibile. La *Rotterdam Climate Initiative* ha introdotto, al riguardo, il *Principle of no regret*, principio del nessun rimpianto: anche in assenza di eventi estremi, i decisori pubblici devono pianificare interventi di adattamento dei territori costieri, volti a preservarli ed a renderli nel contempo più attrattivi[220]. Si è osservato che l'attuale assetto patisce

bene v. G. Colombini, *Lido e spiaggia* (voce), cit.

[216] In termini F. Salvia, *La difficile coesistenza tra usi e tutela dell'ambiente costiero*, cit., 23-24.

[217] F. Fracchia, *La gestione integrata delle coste*, in *Il dir. dell'economia*, 2010, 4, 609 ss., spec. 617-618, che applica al contesto in esame le tesi di F.G. Scoca, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 2002, 75 ss. e di D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

[218] I "nodi" attorno ai quali ruotano le azioni ivi programmate sono: a) valorizzazione economica del mare (archeologia subacquea, turismo, pesca, risorse energetiche); b) valorizzazione delle vie del mare e sviluppo del sistema portuale; c) promozione e coordinamento delle politiche per la continuità territoriale da e per le isole; d) promozione del sistema-mare a livello internazionale; e) valorizzazione del demanio marittimo.

[219] G. Befani, *Usi pubblici del mare e territorializzazione marittima: prospettive geo-giuridiche della pianificazione energetica del mar Mediterraneo*, in *Il diritto dell'economia*, 2024, 2, 59 ss., spec. 93-97.

[220] Cfr. *www.rotterdamclimateinitiative.nl/*.

l'assenza di razionalizzazione e di coordinamento tra gli strumenti di pianificazione, sia settoriale che territoriale. La prospettiva, pertanto, è quella di un sistema di pianificazione non unitario, ma fortemente coordinato, anche nell'ottica del superamento della perdurante distinzione tra pianificazione del mare e pianificazione delle coste.

Carl Schmitt, nel suo *Terra e mare* teorizzava una netta separazione tra i due elementi: la ricostruzione era finalizzata a distinguere due tipologie di poteri in lotta sulla scena mondiale, il potere marittimo, coloniale, ed il potere terrestre[221]. La tesi di Schmitt, tuttavia, ha trovato poi sostanziale applicazione anche nell'ambito della regolazione giuridica: rispetto alla terra, il mare è da sempre considerato un bene del tutto autonomo, perché poco "definibile" e, pertanto, difficilmente qualificabile secondo le classiche categorie della titolarità e dell'uso. Se questa idea era, però, giustificata alla luce dei limitati usi della risorsa mare (navigazione e pesca), c'è oggi da chiedersi se, in ragione della multifunzionalità espressa dal mare, delle sue potenzialità anche in termini di sviluppo economico e sociale di un Paese, tale ricostruzione possa considerarsi ancora valida o se, piuttosto, oggi il mare – nei limiti ovviamente del mare territoriale e delle zone economiche esclusive – non debba qualificarsi anch'esso in termini di *terra*.

Probabilmente non esiste una risposta univoca. Non vi è dubbio che, nell'ottica della *blue economy*, il mare debba oggi essere inteso come vero e proprio "territorio" da sfruttare da parte dei singoli Stati, seppur in maniera sostenibile. Di contro, non può non considerarsi la valenza non solo ambientale, ma anche cultural-identitaria del mare e delle coste, quali beni strumentali all'esercizio di diritti fondamentali ed al pieno sviluppo della persona, pertanto destinati al libero uso da parte di chiunque[222]. La convivenza di due regimi diversi in relazione allo stesso bene appare pienamente giustificabile alla luce della complessità e multifunzionalità dello stesso: anche nel diritto romano, con solo apparente contraddittorietà, si definivano il mare e le coste nel contempo *res communes* e *res publicae*[223]. La disciplina delle *res publicae* concerne l'uso eccezionale della risorsa ed il riconoscimento di diritti esclusivi mediante lo strumento concessorio; la disciplina delle *res communes* concerne la possibilità di occupare ed usare liberamente porzioni di lido e di mare, senza arrecare pregiudizio alla collettività.

---

[221] C. Schmitt, *Land and sea*, Washington, 1997, trad. it., Milano, 2002.

[222] Cfr., da ultimo, Cons. Stato. sez. VI, 10 marzo 2023, n. 2559, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si legge che «I territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia sono considerati aree tutelate per legge e rientranti nella categoria dei beni paesaggistici. La scelta legislativa assegna protezione giuridica a questi territori, preservandoli da possibili lesioni esteriori che possano intaccare non solo la dimensione naturalistica ma, collettiva e identitaria che li caratterizza».

[223] F. Maroi, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1920, 199 ss.

Le due dimensioni, se adeguatamente regolamentate, non sono affatto incompatibili e, anzi, politiche pubbliche finalizzate a garantire la loro convivenza appaiono le uniche compatibili con il nuovo art. 9 della Costituzione e con gli obblighi assunti dall'Italia a livello internazionale ed europeo in un'ottica di costante progressione della tutela dell'ambiente e della biodiversità. Ciò comporta, come visto, in primo luogo un riorientamento del decisore pubblico, tanto nella pianificazione quanto nella gestione delle aree marine e costiere. Il "faro" di qualsiasi scelta deve essere quello della valenza ecologica di questa parte di territorio e – in un approccio anche meramente antropocentrico – dei servizi ecosistemici che essa è in grado di offrire. In punto di pianificazione, occorre allora implementare un modello integrato, teso alla contestuale e bilanciata soddisfazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti; così come, in punto di gestione, urge il ricorso a criteri di selezione dei soggetti concessionari idonei a riconoscere un ruolo centrale alla sostenibilità delle attività da realizzarsi, mediante l'utilizzo di criteri ecologici premianti e la richiesta di certificazioni verdi[224].

Quanto prospettato richiede una sorta di movimento circolare nella concezione del mare e del demanio costiero: esso nasce come bene che lo Stato era chiamato a tutelare e gestire per garantirne l'uso comune da parte dei cittadini; tale impostazione venne poi affiancata e quasi superata ad opera dello Stato interventore: le risorse non erano più destinate alla (sola) libera utilizzazione da parte della collettività, ma erano intese come beni necessari affinché lo Stato potesse conseguire ulteriori finalità nell'interesse comune. Dalla seconda metà del secolo scorso si è registrato un netto e sempre più marcato intervento pubblico nel settore, che si è riflettuto nell'incremento di regimi concessori, nelle politiche di contingentamento dell'attività di pesca e dell'uso dei fondali marini, nonché nella sempre più stretta connessione con i territori costieri, con conseguente pervasività della pianificazione urbanistica anche nei confronti della gestione delle aree marine[225].

Non che tale processo di parziale patrimonializzazione dei beni demaniali abbia comportato, nei fatti, un eccesso di valorizzazione del mare come risorsa economica; si è visto, anzi, come la prospettiva della protezione sia sempre stata

[224] La prospettiva, in altri termini, è quella di un cambio di paradigma che inquadri il mare, e le risorse naturali in generale, nell'ottica della sostenibilità (anche intergenerazionale) ai sensi del nuovo art. 9 Cost. Ciò richiede una visione olistica del tema della gestione del mare e delle coste, abbandonando l'approccio settoriale ancora imperante: a tal fine, si ribadisce, assume rilevanza l'introduzione di strumenti di programmazione e pianificazione adeguati, nei quali possano confluire tutte le istanze, anche grazie all'adozione di processi decisionali non solo interistituzionali, ma anche effettivamente partecipati da parte dei diversi stakeholders, in una proiezione che parta comunque da una linea di demarcazione: guardare all'oggi come un punto di "fondo", dal quale si può solo risalire in termini di uso corretto e responsabile delle risorse naturali, anche in chiave intergenerazionale. Non si tratta di una novità, se solo si pensa che già il d.lgs. n. 190/2010, nel definire il buono stato ambientale, richiama l'esigenza di salvaguardarne le potenzialità per gli usi e le attività delle generazioni presenti e future.

[225] N. Greco, *Proprietà pubblica e gestione delle coste*, Roma, 1971.

e sia ancora oggi centrale. Ciò che è stato messo in ombra, piuttosto, è l'accezione del mare (e delle coste) come beni comuni, o a titolarità collettiva, destinati al libero uso in quanto risorse naturali. Eppure, già Vitruvio, nel *De Architectura*, attribuiva al mare una duplice valenza: da un lato, infrastruttura che forma e "arricchisce" il territorio e le città (in una accezione che oggi potremmo definire socio-economica), dall'altro lato, in una prospettiva valoriale, elemento di equilibrio tra uomo e natura[226].

Occorre, allora, ritornare forse all'idea originaria di demanio naturale, in contrapposizione alla nozione di proprietà pubblica affermatasi proprio perché i beni originariamente ritenuti di necessario uso pubblico hanno rivelato una spiccata capacità di impiego economico-industriale[227]. Il Piano del Mare recentemente approvato, per quanto adotti un approccio condivisibilmente integrato, si fonda su sedici direttrici fondamentali, tutte comunque sussumibili nella dicotomia risorsa da tutelare/risorsa da sfruttare[228]. Nulla o quasi si dice sul libero uso comune della risorsa, al quale occorre invece ritornare a riconoscere centralità, ma con una diversa consapevolezza: la libera utilizzazione della risorsa naturale non è qualcosa che si pone al di fuori delle finalità pubbliche dello Stato, anzi rientra pienamente tra queste, insieme alla protezione ed allo sfruttamento sostenibile. Il libero uso collettivo non è, insomma, un "momento" che attiene alla sola sfera privata; diventa anch'esso interesse pubblico che lo Stato è chiamato a perseguire: anche nell'ottica del neo-costituzionalismo ambientale, infatti, esso rientra in un più ampio processo di riqualificazione del rapporto uomo-natura, quale fattore di misurazione della qualità della vita[229].

---

[226] M. Vitruvio Pollione, *De Architectura*, trad. it., Torino, 1999.

[227] Sulla necessità di "ripensare" il demanio pubblico in un'ottica di integrazione tra istanze di sfruttamento ed esigenze di tutela v. S. Cassese, *La teoria della demanialità e la trasformazione dei beni pubblici*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna 2007, 67 ss.

[228] Le direttrici del Piano sono, in particolare: spazi marittimi, rotte commerciali, porti, energia proveniente dal mare, transizione ecologica dell'industria del mare, pesca e acquacoltura, cantieristica, industria armatoriale, lavoro marittimo, conservazione degli ecosistemi ed aree marine protette, dimensione subacquea e risorse geologiche dei fondali, sistema delle isole minori, turismi del mare, cambiamenti climatici, cooperazione europea e internazionale, sicurezza.

[229] Richiamando il pensiero dell'economista e sociologo Jeremy Rifkin, è proprio nel ripensamento della dialettica tra uomo e natura che deve individuarsi il presupposto indispensabile per il necessario "cambio di passo", attraverso la rottura del senso di separatezza e di non appartenenza reciproca. J. Rifkin, *L'età della resilienza. Ripensare l'esistenza su una Terra che si rinaturalizza*, trad. it., Milano, 2022.

Marco Calabrò - Abstract

La risorsa mare nel demanio marittimo

Il contributo analizza la risorsa mare innanzitutto su un piano teorico-strutturale, riguardante la sua natura giuridica e, dunque, la sua inquadrabilità o meno come bene autonomo, nonché la titolarità dello stesso. Segue, poi, un'indagine di tipo giuridico-positivo, tesa a far emergere le molteplici e apparentemente contraddittorie funzioni attribuibili alla risorsa, segnalandone principi ed elementi comuni. Un livello parallelo di lettura è legato all'accezione di mare come "luogo", che rinvia alla necessaria valorizzazione della funzione pianificatoria, tanto delle aree marine quanto di quelle costiere, quali parti di territorio inevitabilmente interconnesse. Attraverso lo studio della fenomenologia si intendono cogliere, in termini assiologici, i valori ordinamentali sottesi alla gestione del mare, legati al concetto polisenso di risorsa, quale realtà naturale da preservare e, nel contempo, bene da sfruttare. Nell'ottica della cd. *blue economy*, il mare è oggi inteso come vero e proprio "territorio", oggetto di politiche economiche di utilizzazione produttiva; allo stesso tempo, non può non considerarsi la valenza ambientale, nonché cultural-identitaria, del mare e delle coste, quali beni strumentali all'esercizio di diritti fondamentali ed al pieno sviluppo della persona, perciò destinati al libero uso collettivo. Le due dimensioni, se adeguatamente regolate e pianificate, non sono affatto incompatibili e politiche pubbliche finalizzate a garantire la loro integrazione appaiono le uniche coerenti con il nuovo art. 9 della Costituzione e con gli obblighi assunti dall'Italia a livello internazionale ed europeo in un'ottica di costante rafforzamento della tutela dell'ambiente e della biodiversità.

The marine resource as part of the public maritime domain

The paper analyses the sea on a theoretical-structural level, concerning its legal nature and, therefore, whether or not it can be classified as an autonomous public good, as well as its ownership. The analysis continues with a legal-positive investigation, aimed at bringing out the multiple and apparently contradictory functions of the sea as a natural resource, pointing out its common principles and elements. A parallel level of interpretation is linked to the meaning of the sea as 'place', which refers to the necessary valorisation of the planning function of both marine and coastal areas, as parts of the territory inevitably interconnected. Through the study of phenomenology, the author intends to grasp, in axiological terms, the values underlying the management of the sea, linked to the polysemantic concept of resource, as a natural good to be preserved and, at the same time, as an asset to be exploited. In the perspective of the so-called blue economy, the sea is nowadays understood as a real "territory", subjected to economic policies of productive use. At the same time, the environmental and cultural-identity value of the sea and coasts cannot be overlooked, as assets necessary to the exercise of fundamental rights and to the full development of the person, and therefore destined for free collective use. These two

dimensions of the sea, if adequately regulated and planned, are by no means incompatible; public policies aimed at guaranteeing their integration are the only ones consistent with the new version of Art. 9 of the Constitution and with the obligations assumed by Italy at an international and European level, with a view to constantly strengthening the protection of the environment and biodiversity.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 205-229

Articoli e saggi

Il principio della fiducia nel diritto dei contratti pubblici: nuovo paradigma normativo o mera rassicurazione legislativa?

Franco Sciarretta

Sommario: 1. La fiducia, un concetto trasversale. – 2. La dimensione della fiducia codicistica. – 3. Reputazione e immagine della committenza pubblica. – 4. Il risvolto fiduciario di riforme amministrative di sistema. – 5. La fiducia «reciproca». – 6. Fiducia ed etica pubblica. – 7. Conclusioni.

1. *La fiducia, un concetto trasversale*

Quello della fiducia è un concetto trasversale che attraversa tutto il diritto, ma che va ben oltre il diritto, trovando ampio spazio in campo filosofico, sociologico, storico, politico, economico[1].

Conosce una rinnovata attenzione in questa epoca attraversata senza sosta da avvenimenti reali e percezioni diffuse che suscitano incertezze e inquietudini di ogni genere.

Prima ancora che un principio giuridico, la fiducia è un concetto meta-giuridico, un paradigma culturale, un valore etico che attiene a qualsiasi tipo di relazione umana e ne determina la qualità.

In ambito sociologico la fiducia assume una dimensione relazionale, correlata all'aspettativa (di valenza positiva) in ordine (al ruolo e) alla condotta di un *alter*[2].

[1] E. Resta, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, 2009.

[2] A. Mutti, *Fiducia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1994, consultabile su *www.treccani.it*.

È concepita come un'aspettativa di *regolarità*[3] che consente di comprendere e, quindi, prevedere i processi con i quali gli individui possono conformarsi a un determinato ordine di eventi e alle sue regole[4].

La dimensione relazionale presenta carattere *bidirezionale*, coinvolgendo necessariamente almeno due soggetti, distinguendosi dalla fede definita «un atto di adesione, di consenso, di assenso unilaterale, nei confronti di una entità (o di una qualità o di un atteggiamento) imponderabile, invisibile e non tangibile»[5].

Anche il diritto presenta una dimensione relazionale che presuppone la fiducia dei consociati[6] nello stesso momento in cui stabilisce quali sono i diritti e i doveri reciproci all'interno di un rapporto da esso regolato[7].

L'aspettativa in ordine all'altrui comportamento preesiste alla sanzione e prescinde da questa, includendo il diritto la richiesta di un necessario e reciproco riconoscimento tra i soggetti della relazione[8].

La fiducia rappresenta uno stato emotivo che precede la norma ed è indipendente da essa, appartiene alla sfera intima dell'individuo e può caratterizzare, in misura maggiore o minore, dapprima, i suoi rapporti interpersonali e, poi, anche quelli con le istituzioni[9].

Nel formante giuridico la fiducia che rileva non è tanto quella *interpersonale*, che è propria delle «relazioni orizzontali», quanto piuttosto quella *istituzionale* (o «verticale») che deve intercorrere tra cittadini e istituzioni[10].

In questa prospettiva è convinzione diffusa che «descrivere un diritto senza relazioni di fiducia vuol dire tra le altre cose non riuscire a cogliere (e far cogliere) la differenza qualitativa esistente tra un ordinamento che si affida efficacemente

[3] N. Luhmann, *La fiducia*, trad. it. L. Burgazzoli, Bologna, 2002, distingue la fiducia personale dalla fiducia sistemica, a seconda che essa si fondi su rapporti basati sulla conoscenza reciproca, ovvero si basi sulla funzionalità di un sistema complesso. Con riguardo ai «sistemi esperti», vale a dire a quei contesti di realizzazione tecnica o di competenza professionale, A. Giddens, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, trad. it. M. Guani, Bologna, 1994, rileva che sono caratterizzati non dalla fiducia accordata agli individui, sulla base di un reciproco consolidamento dell'affidabilità e delle garanzie personali, ma dalle astratte capacità sistemiche che vengono accettate come forma di fede su un probabile esito positivo delle operazioni del sistema valutato sotto un profilo funzionale.

[4] A. Mutti, *Fiducia*, cit.

[5] G. Truscelli, P. D'Erasmo, R. Merli, *Alle origini della fiducia: tra filosofia, diritto ed economia*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2024, 4, 1 ss., 6.

[6] D. Gambetta (a cura di), *Le strategie della fiducia. Indagini sulla razionalità della cooperazione*, Torino, 1989.

[7] T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021, 88 ss.

[8] G. Truscelli, P. D'Erasmo, R. Merli, *Alle origini della fiducia: tra filosofia, diritto ed economia*, cit., 7-8.

[9] B.N. Romano, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, in *Nuove autonomie*, 2023, 2, 765 ss., 768.

[10] F.J. Ansuategui Roig, *Sulla complessa relazione tra diritto e fiducia*, in *Etica & Politica*, 2023, 1, 84 ss., 88, relativamente alle questioni sollevate da T. Greco ne *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit.

a relazioni orizzontali e un ordinamento che poggia sempre di più, o addirittura esclusivamente, sul dispositivo della coercizione»[11].

Il diritto include strutturalmente la fiducia[12] che non consiste nel semplice esito dell'esistenza del diritto[13], o una aggiunta esterna, un di più che si inserisce dal di fuori per portare un valore positivo nelle relazioni sociali, ma è elemento interno, essenziale per il funzionamento del diritto stesso, che ha come destinatari primari i consociati e solo in secondo piano gli addetti ai lavori[14].

L'obbligo derivante da una norma o da un contratto non può prescindere dal riconoscimento delle reciproche aspettative, che è momento essenziale della dinamica giuridica e si pone in rapporto di circolarità con la fiducia[15].

La fiducia è un concetto polisenso e polivalente, che si intreccia con quelli di legalità e legittimità dell'agire pubblico.

Fiducia nel sistema, fiducia nel rispetto delle regole, fiducia nella stabilità delle regole, fiducia nella correttezza dei comportamenti, fiducia nel perseguimento dell'interesse generale.

La fiducia risulta complementare alla credibilità e all'effettività delle norme e delle decisioni pubbliche[16], essendo correlata a un più elevato grado di comportamenti conformi da parte dei cittadini, delle imprese e dei funzionari pubblici[17] [18].

---

[11] T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 146, su cui R. Pirosa, *Le ragioni della fiducia. Notazioni su un libro controcorrente*, in *Nomos*, 2022, 2, 1 ss., 8, nt. 47, la quale sottolinea che, «riferendosi al pensiero di Norberto Bobbio (e in particolare al contributo *Sul principio di legittimità* [1964], in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. Greco, introduzione di R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2012, 79-93) Greco sostiene che: «quanto più l'ordinamento è accettato dai suoi cittadini, tanto più esso otterrà dei comportamenti conformi; e se ottiene comportamenti conformi significa che esso è in gran parte accettato» (LF, 101)».

[12] F.J. Ansuategui Roig, *Sulla complessa relazione tra diritto e fiducia*, cit., 91, il quale osserva che «la fiducia può essere considerata un elemento strutturale, costitutivo e concettuale del diritto. In questo senso, la mancanza di fiducia può essere intesa come una delle ragioni d'essere del diritto. Ma allo stesso tempo, il diritto può presentarsi come un elemento che genera fiducia».

[13] T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 11.

[14] Ivi, 71 e 88 ss.

[15] B. Pastore, *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Roma, 2007,11.

[16] Si distingue una fiducia «orizzontale», prodotta dal diritto nelle relazioni tra i consociati, che si risolve nella ragionevole aspettativa che gli altri consociati terranno (o non terranno) determinate condotte, traducendosi nell'aspettativa dell'altrui onestà, lealtà e correttezza, da una fiducia «verticale» che intercorre nelle relazioni tra cittadini e istituzioni relativamente alle decisioni pubbliche nelle quali sono coinvolti, che devono risultare stabili nel tempo ed effettive. La fiducia «orizzontale» è connotata da reciprocità, nel senso che ciascun consociato ripone fiducia nel comportamento altrui e viceversa. La fiducia «verticale» è priva di reciprocità, facendo assegnamento i cittadini sull'operato dei decisori pubblici (legislatore, amministrazione, giudici), senza che possa darsi l'inverso. I termini di questa distinzione sono sintetizzati da F. Follieri, *Fiducia e paternalismo amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024, 1, 53 ss., 56. Su queste tematiche, N. Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, trad. it. R. De Giorgi e M. Silbernangl, Bologna, 1990; nonché H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. it. M. Cattaneo, Torino, 2002, su cui, E. Diciotti, *Herbert L.A. Hart: il concetto di diritto, la morale e la norma di riconoscimento*, in *Ragion pratica*, 2003, 2, p. 381 ss.

[17] T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 88 ss.

[18] Nel versante filosofico e sociologico, secondo letture differenti e con accenti diversi sul fondamento del diritto e sull'effettività delle norme giuridiche, il diritto viene contrapposto alla fiducia, entrando in gioco

La fiducia nell'azione legittima del potere pubblico viene ascritta al novero di quegli elementi precontrattuali che sono basilari per la coesione sociale[19].

È configurata quale fattore senza il quale non si può dare un ordine sociale[20].

Rappresenta un valore[21] il cui campo d'azione non è limitato al settore dei contratti pubblici, ma pervade l'intera organizzazione e attività amministrativa sin dalle sue origini[22].

L'indagine che qui si intende svolgere muove dal rilievo che, regolando il diritto amministrativo l'esercizio del potere, la fiducia nei decisori pubblici rappresenta un valore insito nell'ordinamento giuridico la cui matrice è rinvenibile nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

Punto fermo dell'analisi è la considerazione che non c'è attività, procedura, esercizio del potere più o meno discrezionale che non comporti una più o meno cospicua introduzione della fiducia nel corpo del diritto amministrativo[23].

Il proposito è di verificare se l'ingresso della fiducia nella disciplina positiva si risolve nella ricognizione di un principio comunque presente nel sistema, oppure se l'art. 2 del codice dei contratti pubblici[24] integra una nuova prescrizione cogente[25] volta a (ri)costruire la credibilità della committenza pubblica, favorendo e valorizzando l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, anche nell'ottica del superamento del fenomeno della c.d. *burocrazia difensiva*[26].

---

quando questa è tradita, oppure quando i consociati intendono fondare i loro rapporti su qualcosa di maggiore solidità. In questa ottica, il diritto si sostituisce alla fiducia, garantendo con il timore della sanzione negativa e/o con l'aspettativa della sanzione positiva che i consociati rispettino gli impegni. Su queste letture, E. Resta, *Le regole della fiducia*, cit.; F. Riccobono, *Fiducia, fede, diritto*, in *Parolechiave*, 2009, 2, 133 ss.; M. Marzano, *Avere fiducia. Perché è necessario credere negli altri*, Milano, 2012.

[19] E. Durkheim *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1977.

[20] M. De Benedetto, *Fiducia e istituzioni: un punto di vista giuspubblicistico*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2020, 2, 11 ss.

[21] Sul rilievo sociale e pubblico della fiducia accordata dai cittadini alle istituzioni, S. Natoli, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, 2016.

[22] T. Greco, *"Siamo quelli di prima…". Per un superamento del modello sfiduciario dell'amministrazione*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2024, 4, 1 ss., 4, osserva che «se è vero cioè che la fiducia appartiene già adesso al diritto amministrativo, sebbene in dosi del tutto insoddisfacenti − allo stesso modo in cui appartiene ad ogni ramo del diritto, persino a quello penale −, allora si può guardare criticamente all'impianto in gran parte sfiduciario che lo caratterizza e che ne anima la struttura e il funzionamento».

[23] Ivi, 3-4, il quale puntualizza: «fiducia, qui, vuol dire semplicemente che si fa affidamento sul fatto che colui che deve fare qualcosa la faccia così come va fatta, seguendo le regole, applicando princìpi, perseguendo i valori e i fini che gli sono di volta in volta affidati».

[24] D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *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*, in *Gazz. uff.*, n. 77 del 31 marzo 2023, *suppl. ord.* n. 12; come integrato e modificato dal d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, *Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*, in *Gazz. uff.*, n. 305 del 31 dicembre 2024, *suppl. ord.* n. 45.

[25] Alla fiducia riconosce una valenza simbolica M. Ramajoli, *I principi generali*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, vol. I, Napoli, 2023, 45 ss., 48.

[26] Sul punto, la Relazione agli articoli e agli allegati dello schema definitivo di codice dei contratti pubblici redatto dalla commissione speciale presso il Consiglio di Stato, del 7 dicembre 2022, consultabile su *www.*

2. *La dimensione della fiducia codicistica*

A differenza del risultato, inteso quale scopo che la pubblica amministrazione persegue attraverso l'affidamento della commessa e l'esecuzione del contratto, e dell'apertura del mercato, dei quali il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza si sono occupati a più riprese ben prima del codice vigente, la fiducia non è mai apparsa nel diritto positivo, non è stata oggetto di studi giuridici specifici, né a essa ha fatto richiamo la giurisprudenza[27].

La positivizzazione del principio nel codice dei contratti pubblici pone l'esigenza di stabilirne la portata e l'estensione, al di là dell'indeterminatezza semantica e concettuale, attraverso un'operazione ricostruttiva che non si presenta agevole[28].

L'obiettivo è comprendere se e come l'art. 2 del codice possa innovare sia la disciplina di contrattualistica pubblica, sia la normazione amministrativa nel suo complesso.

Il diritto dei contratti pubblici è considerato un «diritto anticipatore» nell'ordinamento amministrativo e, quindi, scorgere la traiettoria dei cambiamenti che emergono dall'ultima riforma codicistica consente di conoscere le tendenze dell'intero sistema di diritto amministrativo, al di là della specifica disciplina di settore.

Stando al combinato disposto degli artt. 2 e 4 d.lgs. 36/2023, la fiducia permea l'intero impianto codicistico, esprimendo un valore che appare immanente nell'ordinamento giuridico[29].

In questa ottica la fiducia non appare un nuovo principio, delineandosi quale «declinazione di altri principi quali quelli costituzionali, espressi o impliciti, come il principio di legalità oppure del principio pubblicistico del rapporto organico in base al quale il funzionario quando agisce incarna lui stesso il pote-

---

giustizia-amministrativa.it, Titolo I – I principi generali, art. 2, 14, recita: «L'art. 2 codifica l'innovativo principio della fiducia nell'azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Si tratta di una segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul "sospetto") per l'azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro, e che si è caratterizzata da un lato per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l'esercizio della discrezionalità, dall'altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento. Ciò ha generato una forma di "burocrazia difensiva", spesso descritta evocando l'efficace immagine del dipendente che ha "paura di firmare", a causa della quale i funzionari, frenati dal timore delle possibili conseguenze del loro agire, preferiscono astenersi dal farlo, con inevitabile pregiudizio dell'efficienza e, più in generale, del buon andamento dell'azione amministrativa […]».

[27] Il rilievo è di F. Follieri, *Fiducia e paternalismo amministrativo*, cit., 54.

[28] E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici e le sue implicazioni*, in *Diritto pubblico*, 2024, 1, 131 ss.

[29] D. Iaria, *Il risultato e la fiducia: principi generali o slogan?*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2024, 2, 293 ss. Sull'immanenza nel sistema dei principi della fiducia e del risultato anteriormente al d.lgs. 36/2023, Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2025, n. 4635, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*.

re amministrativo e quindi non può esservi a livello ordinamentale sfiducia nel potere amministrativo»[30].

La sua esplicitazione manifesta l'intenzione del legislatore di un netto cambio di passo rispetto al passato, anche recente, improntato alla «cultura del sospetto»[31], consistente nella percezione che in ogni procedura di gara si annidano forme, neanche troppo celate, di arbitrio e illegalità[32].

Un assetto normativo volto a ingabbiare l'attività contrattuale della pubblica amministrazione in procedure rigide e complesse, senza lasciare margini all'autonomia decisionale delle stazioni appaltanti[33], allo scopo di inibire il rischio di comportamenti illeciti o, comunque, scorretti, precludendo la possibilità di modulare l'azione amministrativa alle variabili esigenze dei diversi contesti e mercati di riferimento[34].

Un approccio legalistico[35] che si rivelava la principale causa del fenomeno della «amministrazione difensiva», vale a dire di quella prassi consolidata in cui il funzionario pubblico, consapevole della molteplicità delle fonti e della sostanziale impossibilità di tenere fede a una coerente e contestuale applicazione di tutte le prescrizioni, piuttosto che avventurarsi in scelte *rischiose*, non assume decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico[36], e ne assume altre, o

---

[30] Id., *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in G.F. Cartei, D. Iaria (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 20.

[31] L. Torchia, *Le misure per la qualità e l'innovazione nel Codice dei contratti pubblici*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia. Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, n. 83, aprile 2018, 11 ss., 15, consultabile su *www.bancaditalia.it*.

[32] E. Carloni, *La fiducia "in trasparenza" nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in G. Fonderico (a cura di), *Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Venezia, 2024, 27 ss., 31, puntualizza che nel settore dei contratti pubblici la sfiducia non discende solo dalla cattiva amministrazione, ma anche dalla limitata capacità dell'amministrazione e dalla densità del quadro regolatorio volto a proteggere l'amministrazione e gli interessi via via assunti come rilevanti.

[33] M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 1, 61 ss.

[34] M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di centralizzazione della committenza negli appalti pubblici*, in *Ceridap – Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2023, 1, 127 ss., 128, consultabile su *https://ceridap.eu*.

[35] R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016.

[36] Su «paura della firma» e «burocrazia difensiva» dei decisori pubblici che paralizzano l'azione amministrativa per evitare di essere esposti al rischio del risarcimento del danno erariale in caso di errore, l'art. 21, comma 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, in *Gazz. uff.*, n. 178 del 16 luglio 2020, *suppl. ord.* n. 24 – convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, in *Gazz. uff.*, n. 228 del 14 settembre 2020, *suppl. ord.* n. 33 –, ha introdotto l'esenzione generalizzata da responsabilità erariale per le condotte commissive connotate dall'elemento soggettivo della colpa grave. Tale esenzione è stata prorogata, da ultimo, sino al 31 dicembre 2025 dal d.l. 12 maggio 2025, n. 68, in *Gazz. uff.*, n. 108 del 12 maggio 2025, convertito dalla l. 2 luglio 2025, n. 100, in *Gazz. uff.*, n. 153 del 4 luglio 2025. Sulla legittimità costituzionale del c.d. «scudo erariale», Corte cost.,16 luglio 2024, n. 132, consultabile su *https://giurcost.org*, che lo ha reputato legittimo siccome temporaneo e correlato all'attuazione delle attività del Piano nazionale di ripresa e resilienza, ma ha sollecitato una complessiva riforma della responsabilità amministrativa «per ristabilire una coerenza

resta inerte, per timore che da quelle scelte possano derivare disutilità[37] e responsabilità personali[38].

Il richiamo della fiducia si pone quale succedaneo rispetto a un *deficit* di credibilità dell'amministrazione, del corpo burocratico e delle sue capacità realizzative[39].

L'art. 2 del codice riconduce l'attribuzione e l'esercizio del potere nella contrattualistica pubblica «nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici».

In questa prospettiva la fiducia è legata a doppio filo alla legalità, trasparenza e correttezza, delineandosi quale versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa[40].

La fiducia, evocata dal codice, come fattore valoriale sovraordinato, deve rappresentare il necessario requisito del contesto organizzativo, prima, e ambientale, poi, su cui incardinare il primato del risultato[41].

---

tra la sua disciplina e le […] trasformazioni dell'amministrazione e del contesto in cui essa deve operare». Su tale pronuncia, F. Cintioli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2024, 19, 122 ss.; D. Palumbo, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: verso un nuovo punto di equilibrio nella ripartizione del rischio tra la P.A. e l'agente pubblico?*, consultabile su *www.giustiziainsieme.it*, 18 novembre 2024.

[37] S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 1, 293 ss.

[38] Con specifico riguardo all'«amministrazione difensiva» nel settore degli appalti pubblici, M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 3, 625 ss.

[39] Sul punto, L. Torchia, *Le misure per la qualità e l'innovazione nel Codice dei contratti pubblici*, cit., 15, osserva che le amministrazioni devono essere provviste «di una forte capacità amministrativa e tecnica come buyers sul mercato». L'A. sottolinea che «non sempre, per la verità, le amministrazioni italiane dispongono di queste capacità e occorrerebbe mettere mano ad un processo di adeguamento e di costruzione di una cultura amministrativa e tecnica moderna. Se è vero, però, che non basta scrivere una norma per avere stazioni appaltanti di qualità, è anche vero che l'arretratezza non è una condizione intrattabile e insuperabile: basterebbe partire dagli esempi migliori, che pure ci sono, nelle amministrazioni pubbliche e costruire un programma di diffusione delle buone pratiche, con tempi realistici, né illusoriamente immediati, né ipocritamente dilatati».

[40] In proposito, Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2024, n. 7236, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, puntualizza che «nel nostro ordinamento giuridico vige il principio della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, che ne attesta la validità fino alla loro rimozione dal mondo giuridico mediante i tipici strumenti previsti dal sistema, ovvero l'annullamento in via giudiziaria, giustiziale, in autotutela espressa oppure, nei soli casi consentiti, straordinaria da parte dell'autorità competente. La presunzione di legittimità che assiste il provvedimento risponde a canoni costituzionali di certezza del diritto, stabilità dei rapporti, effettività del potere siccome funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico». Nel medesimo senso, Id., 4 novembre 2022, n. 9664; Tar Campania, Napoli, sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959, e Id., sez. I, 15 gennaio 2025, n. 427, *ivi*. In dottrina, lo studio più noto si deve a G. Treves, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936. In senso critico, M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 157 ss. Il principio è definito un *reperto storico* da R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 16. Più in generale, sulla specialità della disciplina dei rapporti di diritto pubblico, A. Bartolini, S. Fantini, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017.

[41] R. Ursi, *La "Trappola della fiducia" nel Codice dei Contratti pubblici*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2024, 1, 12 ss., 14, consultabile su *https://dirittoeconti.it*.

Muovendo dal primato del risultato, cioè dal conseguenziale ruolo strumentale della legalità e, soprattutto, della concorrenza, il codice perviene alla centralità della funzione di committenza pubblica e dell'utilità concretamente perseguita[42], con la valorizzazione della discrezionalità amministrativa[43].

Quest'ultima viene intesa come scelta responsabile della soluzione concreta più adeguata allo scopo[44], più coerente con il quadro normativo generale e adottata nel rispetto degli interessi coinvolti[45].

L'intento legislativo è realizzare una svolta culturale, prima che giuridica.

Nel disegno codicistico la fiducia diviene veicolo di legittimazione di scelte autonome, e dunque responsabili, da parte dell'amministrazione e dei suoi funzionari per il conseguimento del risultato utile per la collettività[46].

L'ampliamento dei poteri valutativi riconosciuti alle stazioni appaltanti è strettamente connesso al rapporto di fiducia (che si vuole bilaterale) intercorrente tra amministrazione e operatore economico, in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso all'indizione della procedura di affidamento[47].

Una fiducia che non potrebbe tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio a una lettura meramente formale delle regole di gara, tradiscono l'interesse pubblico sottostante alla procedura[48].

Gli amministratori pubblici che vantano una maggiore autonomia decisionale, siccome accreditati di fiducia, non possono più limitarsi ad adempimenti meramente formali, ma devono essere capaci di farsi carico dei compiti materiali

---

[42] Sulla riconducibilità del principio di cui all'art. 1 del codice dei contratti pubblici all'amministrazione di risultato, M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio del risultato nel Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 2024, 9, 206 ss.

[43] Id., *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 49 ss.

[44] Circa la limitazione degli spazi di discrezionalità in ragione dei principi generali ordinati a sistema nel codice, L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024, 1, 69 ss., rimarca che «la valutazione discrezionale avviene alla luce del principio del risultato e della gerarchia ch'esso pone relativamente ai restanti principi» (95), trattandosi «di previsioni di diritto destinate ad indirizzare la scelta, definire l'interesse funzionale da perseguire, costituire un parametro interno alla decisione in grado di renderla sindacabile» (96).

[45] L. Carbone, *La genesi del nuovo Codice*, ivi, 12 ss.

[46] R. Ursi, *La "Trappola della fiducia" nel Codice dei Contratti pubblici*, cit., 14.

[47] Sul portato del principio di cui all'art. 2 del codice, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, evidenzia che si tratta «di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile, senza tuttavia tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento».

[48] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254, ivi, sul dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare, con un maggiore impatto sui comportamenti concreti delle amministrazioni, soprattutto, con riguardo all'interpretazione e all'applicazione delle regole di gara, dovendo entrambe le fasi essere ispirate al risultato finale perseguito dalla programmata operazione negoziale, di cui assume un profilo dirimente la sua destinazione teleologica.

e concreti della procedura[49], atteso che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica, ovvero ad acquisire servizi e forniture, nel modo più rispondente agli interessi della collettività[50].

Sembra un nuovo modo di svolgere i compiti istituzionali, un approccio che non mette affatto da parte, ma anzi accresce «il rapporto con la legalità, arricchendolo non solo della dimensione costituzionale[51], ma anche della dimensione sostanziale del precetto normativo[52] [53].

La fiducia si delinea come un concetto complesso che combina elementi razionali ed emotivi, richiedendo un'attenta considerazione dell'attendibilità del risultato e delle sue variabili endogene[54].

Questo processo implica il superamento dell'incertezza attraverso un'analisi e un impegno che conducono il singolo ad avvertire un senso di sicurezza.

Senonché, risalta con immediatezza che nell'art. 2 del codice viene meno ogni valutazione e scelta individuale, accordandosi a priori «una patente legale di affidabilità all'amministrazione e conseguentemente dei rischi che devono essere assunti»[55] [56].

Alla stregua del dettato normativo e al di là delle matrici teoriche e culturali rinvenibili nella disposizione codicistica, ci si trova al cospetto di una fiducia *ex lege* dai contorni non definiti[57], che può minare la portata effettiva del paradigma formulato dal legislatore[58].

---

[49] T. Greco, *"Siamo quelli di prima…". Per un superamento del modello sfiduciario dell'amministrazione*, cit., 8.

[50] Cons. Stato, sent. n. 9254/2024, cit.

[51] Il riferimento è al principio di solidarietà (art. 2 Cost.) dal momento che l'attribuzione di fiducia all'amministrazione pubblica e, quindi, a un operatore pubblico, implica una richiesta di apertura verso l'altro.

[52] Il tema qui evocato è quello della *cura* dell'amministrazione nell'assolvimento dei suoi compiti (su cui A. Pioggia, *Cura e pubblica amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, Bologna, 2024, 208 ss.), (cura) che va al di là della disciplina legale e predeterminazione organizzativa, comportando innanzitutto di «dare fiducia alle persone [*i.e.*, agli operatori pubblici] che la animano con la propria attività e professionalità», ai quali è richiesto di «dare un apporto individuale che va oltre una professionalità costretta fra conoscenza e rispetto di regole e istruzioni e perseguimento di obiettivi misurati in termini economico produttivi».

[53] La rilevanza della fiducia all'interno del congegno normativo che emerge dal saggio di T. Greco è messa in luce da A. Taurelli, *Recensione a T. Greco, La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 1-192, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2022, 4, 128 ss., 131, consultabile su *www.forumcostituzionale.it*.

[54] G. Truscelli, P. D'Erasmo, R. Merli, *Alle origini della fiducia: tra filosofia, diritto ed economia*, cit., 12.

[55] *Ibidem*.

[56] V. Pelligra, *Rispondenza fiduciaria: principi e implicazioni per la progettazione istituzionale*, in *Stato e Mercato*, 2002, 2, 335 ss., segnala che l'azione fiduciaria implica sempre un certo margine di rischio, perché espone il fiduciante alla probabilità che il fiduciario disattenda le aspettative.

[57] G. Truscelli, P. D'Erasmo, R. Merli, *Alle origini della fiducia: tra filosofia, diritto ed economia*, cit., 10.

[58] G. Tracuzzi, *Il salvagente della fiducia*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2024, 4, 1 ss., 5-7.

Si tratta di una fiducia verticale imposta e data per assodata che rischia di accrescere la diffidenza della collettività e degli operatori economici, con un ridotto livello di rispondenza fiduciaria del sistema in ragione di un assetto autoreferenziale e non condiviso.

3. *Reputazione e immagine della committenza pubblica*

La fiducia non è generata, né propagata spontaneamente, né tanto meno può essere pretesa normativamente, dovendo essere coltivata attraverso idonee politiche pubbliche e in sintonia con un impianto normativo funzionale alla stabilizzazione delle aspettative e, conseguentemente, al raggiungimento di obiettivi soddisfacenti, sotto il profilo dell'efficienza di sistema e di crescita della cultura giuridica[59].

In questa prospettiva vengono in risalto la credibilità dell'apparato burocratico[60] e il prestigio della pubblica amministrazione nel suo complesso, valori di rilievo costituzionale[61] che non attengono esclusivamente al momento organizzativo, ma investono l'azione amministrativa nel suo complesso[62].

L'immagine e il prestigio della pubblica amministrazione[63] rivestono un peso considerevole nell'ambito sociale in quanto indici di funzioni pubbliche eser-

---

[59] In questi termini, G. Truscelli, P. D'Erasmo, R. Merli, *Alle origini della fiducia: tra filosofia, diritto ed economia*, cit., 13.

[60] A. Cilento, *Il "nuovo" danno all'immagine della Pubblica amministrazione tra efficienza e credibilità*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, 1, 171 ss.

[61] Cfr. Corte cost., 4 maggio 2005, n. 172, consultabile su *https://giurcost.org*, che definisce quale «interesse pubblico» la finalità di «garantire la credibilità e la fiducia di cui l'amministrazione deve godere presso i cittadini». In termini analoghi, Corte cost.,16 giugno 2023, n. 123, ivi.

[62] In riferimento all'art. 341 del codice penale («oltraggio a un pubblico ufficiale»), Corte cost., 14 aprile 1980, n. 51, ivi, puntualizza come questa norma «appresta una tutela che trascende la persona fisica del titolare dell'ufficio, per risolversi nella protezione del prestigio della pubblica amministrazione impersonata da quel titolare». Tale valore è parte integrante del buon andamento amministrativo (art. 97 Cost.), che «non si riferisce esclusivamente alla fase organizzativa iniziale della pubblica amministrazione, ma ne investe il complessivo funzionamento». Sulla posizione dell'amministrazione nell'assetto ordinamentale, S. Foà, *La credibilità dell'apparato amministrativo come valore costituzionale e riferimento per il dibattito sulle riforme istituzionali*, in *Federalismi.it*, 2018, 1, 1 ss., 10 s.

[63] Corte cost.,15 dicembre 2010, n. 355, consultabile su *www.giurcost.org*, puntualizza che «l'art. 97 Cost. impone la costruzione, sul piano legislativo, di un modello di pubblica amministrazione che ispiri costantemente la sua azione al rispetto dei principi generali di efficacia, efficienza e imparzialità. Si tratta di regole che conformano, all'"interno", le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa. È indubbio come sussista una stretta connessione tra la tutela dell'immagine della pubblica amministrazione e il rispetto del suddetto precetto costituzionale. Può ritenersi, infatti, che l'autorità pubblica sia titolare di un diritto "personale" rappresentato dall'immagine che i consociati abbiano delle modalità di azione conforme ai canoni del buon andamento e dell'imparzialità. Tale relazione tendenzialmente esistente tra le regole "interne", improntate al rispetto dei predetti canoni, e la proiezione "esterna" di esse, giustifica il riconoscimento, in capo all'amministrazione, di una tutela risarcitoria».

citate effettivamente nell'interesse della comunità amministrata ed effettivamente rispondenti ai canoni di legalità, buon andamento e imparzialità, sul rilievo che il dovere di amministratori, agenti e dipendenti pubblici di adempiere le funzioni pubbliche «con disciplina ed onore» (art. 54 Cost.)[64] [65] in larga parte è teleologicamente orientato proprio alla tutela dell'immagine e del prestigio della P.A.[66].

Nel campo dei contratti pubblici una proficua dinamica relazionale tra stazioni appaltanti e operatori economici – e, prima ancora, tra funzionari pubblici e amministrazione di appartenenza – presuppone la credibilità dell'agire della parte pubblica[67], che è strettamente legata alla reputazione e all'immagine presso la collettività e gli *stakeholder*.

Se la reputazione rappresenta la considerazione di cui un'organizzazione gode nel contesto in cui opera, l'immagine ne rappresenta la percezione sociale.

La reputazione consiste in un giudizio, seppure mutabile, relativamente consolidato, laddove l'immagine, risolvendosi in una percezione, presenta una minore stabilità in quanto suscettibile di essere influenzata da fatti contingenti.

La combinazione di questi due fattori contrassegna la fiducia che il codice ha elevato a principio generale – e prioritario – dell'amministrazione per contratti.

Alla stregua dell'art. 2 del codice, l'immagine della committenza pubblica (e, quindi, dei suoi funzionari) deve essere connotata da un'azione legittima, trasparente e corretta nel conseguimento del risultato.

Questa immagine, che costituisce indice della credibilità dell'organizzazione pubblica nel suo insieme, occorre che sia percepita come tale e, quindi, che sia corrispondente alla reputazione[68].

In linea generale, la reputazione si forma in ragione delle condotte rilevanti compiute nel tempo da un soggetto nell'ambito di un determinato contesto sociale ed economico.

---

[64] F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009.

[65] C. Del Balzo, *Principio dell'integrità e prevenzione della corruzione*, in *Euro-Balkan Law and Economics Review*, 2023, 2, 27 ss.

[66] Corte conti, sez. giur. Lombardia, 1° febbraio 2022, n. 21, consultabile su *https://banchedati.corteconti.it*.

[67] Sul ruolo fondamentale che la fiducia assolve nelle relazioni all'interno dell'amministrazione pubblica e con l'amministrazione pubblica, A. Bianconi, *Fiducia, Il senso della funzione pubblica tra etica e competenza*, Santarcangelo di Romagna, 2019, che, ispirandosi al principio cardine di buona amministrazione, propone una ricostruzione dell'amministrazione incentrata sulle persone, anziché sulle regole, con un progetto di lungo periodo per realizzare un sistema di reclutamento dei vertici amministrativi basato su competenze manageriali ed etiche.

[68] R. Ursi, *La "Trappola della fiducia" nel Codice dei Contratti pubblici*, cit., 20.

La reputazione di un'organizzazione può essere determinata attraverso sistemi di valutazione[69] [70] che ne misurano il livello nell'ambito di riferimento[71].

In assenza di sistemi di valutazione, la reputazione può essere misurata facendo applicazione di alcuni indicatori[72] [73].

Per le amministrazioni pubbliche si può fare riferimento a quattro aree critiche (*performative*, *moral*, *procedural* e *technical reputation*)[74] della reputazione generale[75] presso l'*audience* di pertinenza[76].

4. *Il risvolto fiduciario di riforme amministrative di sistema*

La creazione di una reputazione pubblica coerente con l'immagine che l'amministrazione istituzionalmente deve proiettare di sé, è stata l'obiettivo mediato di alcune importanti riforme amministrative.

Interventi normativi volti a promuovere, se non a prescrivere, una gestione efficiente, ovvero a valorizzare l'integrità mediante politiche tese a prevenire i fenomeni corruttivi, oppure a plasmare un'amministrazione trasparente nel perseguimento delle funzioni istituzionali e nell'utilizzo delle risorse pubbliche.

---

[69] In questo ambito si colloca il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza di cui all'art. 63 del codice.

[70] Con riguardo alla questione della fiducia e al modo in cui questa è stata *ingegnerizzata* in alcuni ambiti della rete internet e delle nuove tecnologie a essa collegate, O. Del Grosso, *La fiducia nell'era digitale: sfide e paradossi dei sistemi reputazionali online*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2024, 4, 1 ss. V., pure, E. Dagnino, *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, 1, 247 ss.

[71] G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 1, 199 ss., 207, il quale osserva che le tecnologie di analisi automatizzata dei dati sono in grado di fornire elementi su cui fondare la fiducia degli operatori attraverso la costruzione di sistemi reputazionali nei quali un terzo «intermedia il rapporto tra chi fornisce notizie e chi le ricerca, raccogliendo i dati, organizzandoli e diffondendoli».

[72] Gli indicatori ai quali si fa riferimento sono: le convinzioni, le capacità, le intenzioni, la storia e la missione dell'organizzazione. È la traduzione in italiano della formula: «*organizational reputation is defined as a set of beliefs about an organization's capacities, intentions, history, and mission that are embedded in a network of multiple audiences*», elaborata da D.P. Carpenter, G.A. Krause, *Reputation and Public Administration*, in *Public Administration Review*, vol. 72, n. 1, gennaio-febbraio 2012, 26 ss.

[73] R. Ursi, *La "Trappola della fiducia" nel Codice dei Contratti pubblici*, cit., 20-21.

[74] D.P. Carpenter, G.A. Krause, *Reputation and Public Administration*, cit., 27. La *performative reputation* consiste nella reputazione relativa alla *performance*, vale a dire alla percezione degli *stakeholder* in ordine alla capacità della pubblica amministrazione di assolvere alle proprie funzioni in modo competente ed efficiente. La *moral reputation* concerne l'integrità e l'onesta rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico. La *procedural reputation* si sostanzia nella conformità dell'azione alle norme, anche procedurali, che regolano l'agire della pubblica amministrazione. La *technical reputation* attiene al grado di competenza e capacità dell'organizzazione pubblica in relazione ai compiti a essa attribuiti.

[75] La reputazione organizzativa è definita «*the outcome of the history and the sum of stories told about the organization among its stakeholder*», da V. Luoma-Aho, *Neutral Reputation and Public Sector Organizations*, in *Corporate Reputation Review*, vol. 10, fasc. 2, 2007, 124 ss.

[76] A. Waeraas, M. Maor (a cura di), *Organizational Reputation in the Public Sector*, London, 2015.

Con la disciplina tendente all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico[77], il legislatore ha inteso promuovere un modello di amministrazione che fosse, non solo maggiormente efficiente e trasparente, ma anche eticamente funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico.

Attraverso questa normativa si è imposto un modello di produttività fondato sulla centralità dell'affidabilità e della prevedibilità e, quindi, sull'adozione di regole formali che assicurino l'esercizio appropriato della discrezionalità amministrativa, la correttezza procedurale e l'integrità professionale.

Un'idea di efficienza focalizzata sul concetto di *performance*, organizzativa e individuale[78], misurata a priori e riscontrabile a posteriori[79].

Nella stessa direzione si è mossa la normativa di prevenzione e contrasto della corruzione[80], che ha introdotto una serie di misure preventive e repressive contro la corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione.

Una disciplina tesa a evitare condotte e situazioni che in sé non costituiscono corruzione in senso criminale, ma possono favorirne l'emersione, generando un ambiente favorevole anche alla commissione di fatti corruttivi in senso proprio[81].

Gli strumenti anticorruzione non ricomprendono esclusivamente misure di politica criminale, volte alla repressione delle condotte e delle pratiche corruttive in prospettiva del contrasto penale, ma includono soprattutto misure volte alla prevenzione di quel complesso fenomeno di disfunzioni comunemente indicato con il termine di *maladministration*[82], attraverso la realizzazione di un ambiente integro e non permeabile.

Le strategie di prevenzione, muovendo dal dato relativo alla percezione del fenomeno, sono finalizzate a costruire, attraverso interventi regolatori, un disegno organizzativo teso a minimizzare il rischio e a promuovere un sistema di monitoraggio, controllo, ed eventualmente di sanzione, a garanzia della integrità dei funzionari pubblici nello svolgimento dei compiti istituzionali[83].

---

[77] D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, *Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, in *Gazz. uff.*, n. 254 del 31 ottobre 2009, *suppl. ord.* n. 197.

[78] S. Battini, B. Cimino, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 255 ss.

[79] E. D'Alterio, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi (ancora) da sciogliere*, in B. Caruso (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, Napoli, 2019, 181 ss.

[80] L. 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, in *Gazz. uff.,* n. 265 del 13 novembre 2012.

[81] F. Merenda, *Il sistema anticorruzione italiano nella prospettiva dell'integrità pubblica. Considerazioni e possibili sviluppi a oltre dieci anni dall'adozione della legge n. 190/2012*, in *Ceridap – Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2023, 4, 47 ss., consultabile su *https://ceridap.eu*.

[82] Su tale concetto, S. Cassese, *«Maladministration» e rimedi*, in *Il foro italiano*, 1992, V, 243 ss.

[83] R. Perongini, *Le politiche italiane anticorruzione: analisi giuridica, analisi di policy e analisi economica*, in *Il diritto amministrativo*, 2023, consultabile su *www.ildirittoamministrativo.i*t.

Un approccio, quello preventivo, che punta, attraverso misure di allontanamento del rischio e mediante soluzioni volte ad assicurare una buona amministrazione, alla realizzazione della *quality of government* e dell'*ethical infrastructure* per contrastare un fenomeno complesso e cangiante come la corruzione[84].

Su analoga direttrice si pone la normativa di trasparenza amministrativa, inaugurata con la legge generale sul procedimento amministrativo[85] e culminata con la disciplina tesa alla realizzazione di un'amministrazione aperta al servizio del cittadino suscettibile di controllo diffuso sul perseguimento delle funzioni istituzionali, anche attraverso il *freedom of information act* (*i.e.*, l'accesso civico)[86] [87].

La trasparenza si contrappone a tutto ciò che si occulta per favorire interessi personali e di gruppo, configurandosi come esigenza di chiarezza, comprensibilità e coerenza della pubblica amministrazione e del suo agire, nell'ottica di garantire la fiducia dei cittadini e la legalità dell'azione amministrativa[88].

Trasparenza intesa non soltanto come controllo costante e puntuale, continuo monitoraggio e messa in discussione di ogni intervento, ma trasparenza che è sempre meno controllo sulla singola vicenda e sempre più *accountability* sulla gestione nel suo complesso, sull'attività del funzionario, dell'ufficio, dell'organo dell'amministrazione[89].

Gli appalti pubblici rappresentano il campo di elezione della trasparenza[90] che è perseguita attraverso la pubblicazione sulle piattaforme digitali dei dati e delle informazioni riguardanti la programmazione e il ciclo di vita dei contratti

[84] E. Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Bologna, 2023, 13 ss.

[85] L. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Gazz. uff.*, n. 192 del 18 agosto 1990, con specifico riferimento all'inclusione della trasparenza tra i principi generali dell'attività amministrativa (art. 1), e all'introduzione degli istituti di partecipazione procedimentale (artt. 7 ss.) e dell'accesso ai documenti amministrativi (artt. 22 ss.).

[86] D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Gazz. uff.*, n. 80 del 5 aprile 2013.

[87] M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 5, 593 ss. Id., *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 3, 453 ss.

[88] E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, ivi, 497 ss.

[89] V. Abazi, E. Tauschinsky, *Reasons of Control and Trust: Grounding the Public Need for Transparency in the European Union*, in *Utrecht Law Review*, vol. 11, 2 (giugno), 2015, 78 ss., che distinguono tra trasparenza *control-based* e trasparenza *trust-based*, quest'ultima operata in una logica di collaborazione, miglioramento continuo, confronto, più che non di diretta responsabilizzazione, su cui E. Carloni, *La fiducia "in trasparenza" nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 37.

[90] F. Merloni, *Trasparenza amministrativa e contratti pubblici*, in *Ianus. Diritto e finanza*, n. 25, giugno 2022, 9 ss., consultabile su *www.rivistaianus.it*.

pubblici[91], nonché mediante l'accesso documentale e civico agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione delle commesse pubbliche[92].

In un settore particolarmente esposto ai fenomeni corruttivi, la trasparenza assolve una funzione essenziale nella prevenzione della corruzione, ma non si esaurisce in essa concorrendo a un'evoluzione culturale nell'ambito contrattuale favorita dalla giurisprudenza del giudice amministrativo[93].

Delineandosi quale fattore imprescindibile per garantire l'integrità e l'efficienza del sistema, la trasparenza delle procedure contrattuali accresce la fiducia degli operatori economici e della collettività[94].

La fiducia assume particolare rilevanza nel campo dell'intelligenza artificiale, anche per effetto della disciplina europea, determinando un approccio antropocentrico nei confronti di questa tecnologia[95].

La normativa europea si concentra sulla trasparenza, ponendo il requisito dell'*explicability*, cioè della conoscibilità e decifrabilità degli algoritmi inteso come possibilità che «i processi decisionali (*rectius*, di funzionamento dell'IA) debbano essere trasparenti, che le capacità e le funzioni dei sistemi di IA debbano essere apertamente comunicate, e infine che gli *output* siano il più possibile esplicitabili e comprensibili per coloro che vengono coinvolti, in modo che una decisione possa essere debitamente contestata»[96] [97].

---

[91] Art. 28 d.lgs. 36/2023.

[92] Artt. 35 e 36 d.lgs. 36/2023, sui quali R. Fusco, *La nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara nell'ambito della digitalizzazione dei contratti pubblici*, in *Ceridap – Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2024, 4, 108 ss., consultabile su *https://ceridap.eu.*

[93] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, che evidenzia come l'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, se riguardata anche dal necessario versante del diritto amministrativo e delle norme del codice dei contratti pubblici, non è una «terra di nessuno», un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente privato, escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse, ma è invece soggetta, oltre al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara, su cui F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, 203 ss.

[94] E. Carloni, *La fiducia "in trasparenza" nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 27 ss.

[95] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale)*, in *Gazz. uff. UE*, serie L del 12 luglio 2024.

[96] F. Pacileo, *L'uomo al centro. IA tra etica e diritto nella responsabilità d'impresa*, in M. Bertolaso, G. Lo Storto (a cura di), *Etica digitale. Verità, responsabilità e fiducia nell'era delle macchine intelligenti*, Roma, 2021.

[97] L'impiego dell'IA nella contrattualistica pubblica implica il rispetto di tre principi: i) conoscibilità e comprensibilità delle decisioni assunte mediante automazione; ii) non esclusività della decisione algoritmica per cui esiste comunque nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire le decisioni automatizzate; iii) non discriminazione algoritmica per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici (da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2025, n. 4929, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*).

5. *La fiducia «reciproca»*

L'art. 2 del codice propugna la fiducia anche in senso inverso, vale a dire dei committenti pubblici nei riguardi degli operatori economici[98].

Questa previsione, tuttavia, non sembra modificare l'impostazione tradizionale dei rapporti tra stazioni appaltanti e imprese caratterizzata dalla diffidenza, se non dalla (completa) sfiducia, delle prime nei confronti delle seconde.

La reciprocità affermata dall'art. 2 appare contraddetta dalle disposizioni che impongono tutta una serie di requisiti di onorabilità e di affidabilità che gli operatori economici devono, non solo attestare, ma dimostrare fornendone prova[99].

Di contro, la disposizione codicistica sul conflitto di interessi richiede, «in coerenza con il principio della fiducia», che la percepita minaccia all'imparzialità e all'indipendenza del funzionario pubblico debba essere provata da chi invoca il conflitto «sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro»[100].

Tanto in ragione dell'esigenza di preservare la funzionalità dell'azione amministrativa.

In altri termini, la fiducia «reciproca» si traduce non soltanto nell'onere degli operatori economici di dimostrare la loro «rettitudine», ma anche in quello ulteriore di provare l'eventuale «scorrettezza» dell'amministrazione[101].

Nel richiamo alla reciprocità operato dall'art. 2 del codice non si coglie una reale portata cogente, almeno dal lato della pubblica amministrazione, che continua a muoversi su una direttrice ancora marcatamente «sfiduciaria» nei confronti dei privati[102].

La fiducia riguarda pressoché esclusivamente l'amministrazione e la condotta dei suoi funzionari che si devono ritenere improntate alla cura dell'interesse pubblico[103].

L'unilateralità del potere appare inconciliabile con la reciprocità della fiducia.

La fiducia reciproca è ragione dell'effettività della norma giuridica, aspettativa che gli altri tengano condotte conformi al diritto; la fiducia non reciproca è

---

[98] Cfr. l'art. 82-*bis* del codice che fa espresso richiamo del principio della fiducia nella redazione dello schema di accordo di collaborazione plurilaterale concernente la fase di esecuzione del contratto.

[99] Cfr. art. 96, comma 6, del codice che onera l'operatore economico che si trova in una delle situazioni che determinano l'esclusione di fornire prova che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità.

[100] Art. 16, comma 2, del codice.

[101] R. Ursi, *La "Trappola della fiducia" nel Codice dei Contratti pubblici*, cit., 7.

[102] Ivi, 16.

[103] R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'art. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023, 17, 271 ss.

ragione dell'attribuzione del potere discrezionale, aspettativa nella stabilità delle decisioni pubbliche e, sul piano dogmatico, affidamento[104].

La fiducia che giustifica l'attribuzione di potere discrezionale è quella intercorrente tra legislatore e amministratori pubblici, che è priva di reciprocità[105].

L'attribuzione del potere discrezionale non può essere giustificata dalla reciprocità di quella fiducia, cioè che pure i decisori confidano nell'azione legittima, trasparente e corretta dei destinatari del potere[106].

6. *Fiducia ed etica pubblica*

L'etica pubblica si occupa dell'intreccio di relazioni ed equilibri che legano i cittadini, le istituzioni, la società civile e le comunità[107].

Non viene qui in considerazione quale categoria morale, filosofica o sociale, decifrabile in chiave squisitamente culturale, ma come vero e proprio sistema di obblighi e doveri giuridici che trova le sue radici nella Costituzione[108] [109].

L'etica pubblica attiene specificamente alle ragioni che animano e ispirano le scelte (e le azioni) delle istituzioni nel rapportarsi con i cittadini nell'ambito dello spazio pubblico – amministrativo, politico, economico, sociale – nel quale in giuoco è sempre un interesse comune, ovvero pubblico[110].

Si tratta di scelte e di condotte[111] che esorbitano dalla sfera privata e si proiettano nella comunità investendo le ragioni degli altri e l'interesse della stessa comunità.

Il legislatore persegue la «moralizzazione» dell'amministrazione a partire dalla costruzione dell'orizzonte etico e morale per il funzionario pubblico[112], per

---

[104] Questa distinzione si ritrova in F. Follieri, *Fiducia e paternalismo amministrativo*, cit., 62-63.

[105] Ivi, 63, puntualizza che «se si vuole, gli amministrati possono entrare in questa relazione fiduciaria nel senso che l'attribuzione di un potere discrezionale è giustificata anche dalla fiducia che gli amministrati ripongono nell'amministrazione o negli amministratori cui quel potere è conferito dal legislatore».

[106] *Ibidem*.

[107] A. Pugliese, *Fiducia ed etica pubblica. Una prospettiva fenomenologica*, Roma, 2021.

[108] R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, cit., 147 ss.

[109] Con riguardo al dibattito in Assemblea Costituente, P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, 1, 35 ss.

[110] S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 1, 1 ss.

[111] B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007.

[112] D.p.r. 16 aprile 2013, n. 62, *Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*, in *Gazz. uff*., n. 129 del 4 giugno 2013, come modificato dal d.p.r. 13 giugno 2023, n 81, *Regolamento concernente modifiche al decreto del Presidente della Repubblica, 16 aprile 2013, n. 62, recante «Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165»*, in *Gazz. uff*., n. 150 del 29 giugno 2023.

potere consegnare ai consociati l'immagine di un apparato amministrativo innanzitutto credibile[113].

L'applicazione di principi e valori che appartengono alla dimensione dell'etica nell'agire di un'istituzione pubblica e dei suoi funzionari concorre a consolidarne il «capitale reputazionale», ossia quel fondamentale *asset* intangibile fatto della fiducia e del rispetto che la collettività riserva all'istituzione e che ne determina l'autorevolezza e la credibilità.

Il capitale reputazionale, protetto dal sistema di valori, concorre a (rin)saldare il rapporto di fiducia con gli *stakeholder* e l'intera collettività.

Ma questo rapporto, per mantenersi inalterato, richiede che non vi siano condotte sconvenienti dell'istituzione o comportamenti eticamente non responsabili dei suoi dipendenti.

L'etica pubblica è definita come l'insieme dei principi e delle norme di comportamento corretto in seno all'amministrazione pubblica[114].

L'agire, cioè, da parte di ogni pubblico dipendente nell'esercizio delle funzioni che gli sono affidate, con disciplina e onore, con imparzialità nei confronti del pubblico e attraverso un'azione che nel suo complesso si pone a servizio esclusivo della Nazione e, quindi, della collettività.

Il comportamento corretto dei pubblici agenti è quello da osservarsi sia nei confronti dell'amministrazione di appartenenza, sia nei confronti del pubblico, cioè della collettività servita, alla quale i pubblici agenti sono legati da un «diretto rapporto di servizio, si direbbe, contrappuntato da specifici doveri, che non si rinviene nell'ambito delle attività prestate nel settore privato»[115].

7. *Conclusioni*

Nelle intenzioni del legislatore, il principio della fiducia intenderebbe rifondare radicalmente il rapporto tra la committenza pubblica e gli operatori privati, ma anche e, ancora di più, ricostruire la fiducia del sistema nei propri funzionari[116].

La fiducia è, prima di tutto, uno stato emotivo che inevitabilmente influenza l'approccio del funzionario alle situazioni da gestire, orientandolo in una direzione piuttosto che in un'altra.

---

[113] S. Foà, *La credibilità dell'apparato amministrativo come valore costituzionale e riferimento per il dibattito sulle riforme istituzionali*, cit., 13.

[114] V. Cerulli Irelli, *Per una politica dell'etica pubblica nella disciplina delle funzioni amministrative*, consultabile su *www.astrid-online*, 2009.

[115] *Ibidem*.

[116] G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, *sub* par. 3. In senso analogo, R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione; riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 275.

La trasformazione in principio di uno stato emotivo può essere funzionale a un processo di revisione del rapporto tra amministrazione pubblica e i propri dipendenti, attribuendo, ai fini della buona amministrazione, un peso diverso agli stati emozionali dei secondi, a iniziare dalla c.d. paura della firma[117] [118].

La sua introduzione nel sistema sembra rispondere a una strategia legislativa volta a rilanciare l'autonomia decisionale della committenza pubblica[119], valorizzando il risultato[120] rispetto alla pura legalità[121] e contenendo la responsabilità dei funzionari pubblici entro parametri delimitati[122] [123].

Su quest'ultimo profilo il legislatore si è mosso su una duplice linea, da un lato, circoscrivendo la responsabilità amministrativa del pubblico dipendente ai soli casi di dolo, eliminando l'elemento soggettivo della colpa grave riguardo alle condotte attive (permanendo la responsabilità per colpa grave relativamente alle condotte omissive)[124]; dall'altro, cancellando il reato d'abuso d'ufficio[125] con il dichiarato intento di superare «l'ansia da responsabilità penale» che rallenta o paralizza l'attività dei pubblici amministratori[126] [127].

---

[117] B.N. Romano, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, cit., 796.

[118] Sulla c.d. paura della firma relativamente al reato d'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., come riformulato dall'art. 23, comma 1, d.l. n. 76/2020, cit., v. Corte cost.,18 gennaio 2022, n. 8, consultabile su *https://giurcost.org*. In dottrina, G. Bottino, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 1, 117 ss.

[119] Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, sottolinea che il principio della fiducia amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.

[120] G.D. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Il diritto dell'economia*, 2024, 1, 11 ss., 19-20.

[121] Il riferimento è ai parametri della colpa grave indicati nell'art. 2, comma 3, del codice, rispetto ai quali v. R. Ursi, *La "Trappola della fiducia" nel Codice dei Contratti pubblici*, cit., 30.

[122] *Ibidem*.

[123] Sulla riperimetrazione della colpa grave per superare o almeno attenuare la ritrosia dei funzionare pubblici a incorrere in responsabilità per le decisioni assunte, H. Simonetti, *Fiducia e diritto (prima del principio della fiducia)*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2024, 4, 1 ss., 21, consultabile su *https://rtsa.eu*.

[124] Art. 21, comma 2, d.l. n. 76/2020, cit., su cui M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2021, 2, 279 ss.

[125] Art. 1, comma 1, lett. b, legge 9 agosto 2024, n. 114, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*, in *Gazz. uff.*, n. 187 del 10 agosto 2024.

[126] C. Cudia, *Appunti su abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: un'alternativa (interpretativa) all'abrogazione dell'art. 323 c.p. sarebbe stata possibile*, in *Sistema penale*, 29 luglio 2024, 1 ss., 3, consultabile su *www.sistemapenale.it*.

[127] Sulla responsabilità penale per abuso d'ufficio, G. Bottino, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della "burocrazia difensiva": la responsabilità penale per "abuso d'ufficio" come paradigma*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2022, 2, 241 ss.; R. Ferrara, *Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: alle origini del problema*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022, 1, 1 ss.; A. Cioffi, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti, tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Diritto amministrativo*, 2023, 2, 285 ss.; F. Francario *Riflessioni sulla necessità o meno di una nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, consultabile su *www.giustiziainsieme.it*, 19 aprile 2023.

È evidente che non basta esplicitare a livello normativo la fiducia dell'ordinamento giuridico verso il soggetto destinatario dell'attribuzione del potere per produrre il relativo effetto.

Nel disegno codicistico la fiducia è saldamente legata al risultato, stimolando l'esercizio della discrezionalità «per l'individuazione della regola del caso concreto» sottoposto finora, in un'ottica prevalentemente legalitaria e anticorruzione, a marcata ostilità da parte sia del legislatore, sia talora della giurisprudenza[128].

Fiducia e risultato sono strettamente connessi alla qualificazione delle stazioni appaltanti in quanto soltanto un'amministrazione professionalmente competente e qualificata[129] è capace di esercitare la discrezionalità in modo corretto, efficiente ed efficace[130].

Lo stretto legame intercorrente tra risultato e fiducia sembra contribuire anche a un ampliamento del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità[131] in ragione delle possibili tensioni tra legalità e risultato[132], facendo transitare nell'area della legittimità – e, quindi, della giustiziabilità – opzioni e scelte che si riteneva attenessero al merito e fossero come tali insindacabili[133] .

Il legislatore intende recuperare un valore che di per sé dovrebbe essere parte integrante del concetto di amministrare, un valore ravvisabile non soltanto nelle relazioni interpersonali, ma anche e soprattutto nei rapporti con le istituzioni per superare quel senso di diffidenza diffusa verso le procedure di appalto[134].

Quanto alla reciprocità richiamata nell'art. 2 appare soltanto affermata, nel momento in cui la disciplina codicistica conserva ancora un'impronta spiccatamente sfiduciaria verso gli operatori economici[135] e, comunque, non appare compatibile con l'unilateralità del potere pubblico.

D'altro canto, la fiducia non può essere imposta dall'esterno, ma deve essere costruita sul campo[136].

---

[128] F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.

[129] S. D'Ancona, *L'accentramento delle funzioni e dei poteri amministrativi: il caso della progettazione delle opere pubbliche*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 1, 259 ss., 266 ss.

[130] L. Fiorentino, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti [Il nuovo codice dei contratti pubblici, Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50]*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, 443 ss.

[131] Tar Sicilia, Catania, sent. n. 478/2024, cit.

[132] L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, cit., 76-77.

[133] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701; Id., 26 marzo 2024, n. 2866, entrambe consultabili su *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, M. Renna, *I principi*, in S. Fantini, H. Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, Milano, 2023, 1 ss.

[134] B.N. Romano, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, cit., 770.

[135] R. Ursi, *La "Trappola della fiducia" nel Codice dei Contratti pubblici*, cit., 30.

[136] C. Volpe, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: dall'emergenza del modello Genova a nuove procedure di ordinaria efficienza per la competitività sul mercato*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.

La legge può solo dettare un indirizzo volto a improntare a fiducia e a leale collaborazione i rapporti fra pubblica amministrazione e imprese[137].

La fiducia opera come cardine del sistema solo se fondatamente riposta e non come assioma fideistico dato per scontato[138].

Si tratta di un presupposto culturale non radicato nel nostro Paese, che si distingue, al contrario, per un approccio basato sulla sfiducia[139].

Come ogni approdo di carattere culturale, può raggiungersi con il tempo e con la variazione combinata di più fattori[140].

Il clima di fiducia si costruisce attraverso un processo culturale[141] [142], ma «la forza dell'egoismo delle nostre società è tale da lasciare poche illusioni»[143].

Il suo conseguimento richiede investimenti in termini di capacità amministrativa e capitale culturale, insieme a politiche amministrative di ampio respiro.

Ciò implica una formazione del personale che combini abilità tecniche e capacità umane, *hard* e *soft skills*, conoscenze e competenze, che si ottiene anche attraverso piani di reclutamento mirati[144].

Il riconoscimento del principio della fiducia non basta per conseguire gli obiettivi perseguiti se continua a essere ancorato a dispositivi reputazionali di tipo legalistico, dominati dalla logica dell'adempimento[145].

In ogni caso, nonostante la fiducia sia descritta quale esplicitazione a livello legislativo di un «presupposto culturale e giuridico»[146], la sua positivizzazione non equivale all'introduzione né di una nuova regola, né di un nuovo paradigma normativo, risultando volta a trasmettere certezza agli operatori economici e, prima ancora, a infondere sicurezza, dissipando dubbi e timori, nei funzionari pubblici[147].

---

[137] G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., par. 3.

[138] Il rilievo è di G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, par. 3.

[139] L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto amministrativo*, 2015, 2-3, 291 ss., 340.

[140] *Ibidem*.

[141] C.V. Giabardo, *Pensare la fiducia nel diritto. Intorno a "La legge della fiducia. Alle radici del diritto" di Tommaso Greco (Laterza, 2021)*, consultabile su *www.giustiziainsieme.it*, 5 febbraio 2022, par. 6, identifica la fiducia con un *habitus* culturale.

[142] In questo senso, R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione; riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 280.

[143] Il virgolettato è ripreso da C. Castoriadis, C. Lasch, *La cultura dell'egoismo. L'anima umana sotto il capitalismo*, Milano, 2023.

[144] Un esempio in tal senso è rappresentato dall'*AI executive order calls for "talent surge" across government to retain tech experts*, adottato negli Stati Uniti d'America dall'amministrazione Biden il 30 ottobre 2023.

[145] In questi termini, R. Ursi, *La "Trappola della fiducia" nel Codice dei Contratti pubblici*, cit., 31.

[146] Relazione agli articoli e agli allegati allo schema definitivo del codice dei contratti pubblici, cit., *sub* art. 2, comma 1, 14-15.

[147] Sul punto, la Relazione agli articoli e agli allegati dello schema definitivo di codice dei contratti pubblici, *sub* art. 2, comma 1, 15, precisa che il nuovo codice ha inteso introdurre «una "rete di protezione"

Anche alla luce delle indicazioni della Relazione di accompagnamento dello schema definitivo del codice, l'art. 2 non muta la ragione dell'attribuzione del potere discrezionale, non ne modifica la conformazione e il regime giuridico, non rifluisce sulla responsabilità dei funzionari nell'esercizio del potere, non incide sul perimetro di sindacabilità delle decisioni[148].

Delineandosi come una fiducia imposta *ex lege*, una «dichiarazione di intenti»[149] o, se si vuole, un'apertura di credito del legislatore a beneficio delle valutazioni e delle scelte dei funzionari pubblici, il principio codificato nell'art. 2 d.lgs. 36/2023 non sembra apportare alcuna novità nel sistema di contrattualistica pubblica.

Questa disposizione appare sfornita di contenuto normativo, non identificandosi in una prescrizione, ma sostanziandosi in una ricognizione, o al più in una rassicurazione, del legislatore in ordine all'esercizio del potere decisionale.

Allo stesso tempo, in considerazione del fatto che, in virtù dell'art. 4 del codice, la fiducia non opera singolarmente, ma combinandosi con i principi di risultato e accesso al mercato e nel rispetto della gerarchia ivi stabilita, se ne acuisce la indeterminatezza[150] e, in ragione della prevalenza dei tre principi basilari rispetto agli ordinari canoni ermeneutici, il principio riverbera i suoi effetti sul processo interpretativo delle disposizioni codicistiche, sopravanzando le comuni regole di esegesi[151].

L'ingresso della fiducia nella disciplina positiva viene concepito anche come una «evoluzione» della buona fede, la quale, a sua volta, la completa, introducendo, di fatto, delle limitazioni alla tutela dell'affidamento[152] [153].

Se fiducia e buona fede hanno una matrice comune e sono espressione di valori correlati, tuttavia non sembra possano ridursi a un'endiadi.

La buona fede[154] è regola di comportamento dell'amministrazione[155] che non opera quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, ma come

---

rispetto all'alto rischio che accompagna il loro operato».

[148] In questi termini netti, F. Follieri, *Fiducia e paternalismo amministrativo*, cit., 61-62.

[149] F. Follieri, *Fiducia e paternalismo amministrativo*, cit., 61.

[150] Sull'indeterminatezza della disposizione codicistica, L.R. Perfetti, *Articolo 2*, in Id. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Miano, 2023, 14-15, che la definisce anche una norma «pericolosa».

[151] A. Celotto, *Fonti del diritto e antinomie*, 2^ edizione, Torino, 2019, 3 ss.

[152] B.N. Romano, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, cit., 777-778. V., pure, F. Follieri, *Note su fiducia, buona fede e affidamento*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2024, 4, 1 ss., 4-5, consultabile su *https://rtsa.eu*.

[153] F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001. V., pure, F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, nonché L. Giani, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005. Con riferimento alla introduzione del comma 2-*bis* dell'art. 1 l. n. 241/1990, intervenuta con l'art. 12, comma 1, lett. Oa, d.l. n. 76/2020, cit., M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 131 ss.

[154] M.L. Antonioli, *Buona fede, affidamento e responsabilità civile della P.A. nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Ceridap – Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2023, 4, 1 ss., 4 ss., consultabile su *https://ceridap.eu.*

[155] F. Sciarretta, *La clausola di buona fede nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2023, 2, 1 ss., 7 ss.

fonte di responsabilità della stessa amministrazione[156] e si lega al principio della tutela dell'affidamento del cittadino/operatore economico[157].

La buona fede si fonda su obblighi comportamentali[158] e di protezione[159] [160] nelle procedure di affidamento[161].

Ha una propria autonomia e una propria conformazione che è centrale nelle dinamiche precontrattuali che precedono l'aggiudicazione[162] [163].

L'obbligo di buona fede e la tutela dell'affidamento[164] assurgono a canoni comportamentali che vengono in rilievo nella concreta vicenda contrattuale[165].

Il principio sancito nell'art. 2 del codice[166] individua un *prius* logico, una precondizione[167], dovendo la fiducia forgiare un ambiente relazionale[168].

Rappresenta, al contempo, un presupposto e un paradigma identitario da alimentare in maniera continua.

---

[156] Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*.

[157] B.N. Romano, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, cit., 782.

[158] N. Paolantonio, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 105 ss.

[159] A. Nicolussi, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali* VIII, Milano, 2015, 659 ss.

[160] C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 191 ss.

[161] L.R. Perfetti, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal mondo dell'economia*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 227 ss., 241-242.

[162] Cfr. art. 5, commi 1 e 2, d.lgs. 36/2023.

[163] R. Ursi, *La "Trappola della fiducia" nel Codice dei Contratti pubblici*, cit., 19.

[164] G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, cit.

[165] L.R. Perfetti, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal mondo dell'economia*, cit., 238, osserva che «L'affidamento designa la situazione di chi ripone ragionevolmente fiducia in un certo stato di cose, atteggiando la sua condotta conseguenza; nella disciplina dei rapporti fra privati questa situazione assume rilevanza in contesti assai variegati, sicché le tecniche di tutela sono anch'esse differenziate – soprattutto in relazione alla circostanza che l'oggetto dell'affidamento sia il comportamento altrui ovvero l'apparenza del diritto; nella prima direzione – quella dell'affidamento sull'altrui comportamento – l'affidamento si correla all'obbligo di buona fede, con la conseguenza della tutela risarcitoria in caso di lesione. Il rilievo giuridico dell'affidamento – e della sua lesione contro buona fede – deriva quindi da una condotta pregiudizievole causativa di danno in capo al soggetto che quell'affidamento abbia incolpevolmente serbato».

[166] Su cui M. Cappellano, *Il principio della fiducia e l'istituto del soccorso istruttorio nel nuovo codice dei contratti pubblici*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 2024, 1 ss., 8, che coglie nella fiducia «il connotato di un principio generale e ampio, rispetto a quelli di buona fede e affidamento oggetto del successivo art. 5 dello stesso Codice, che paiono connotarsi come *species,* del resto interpretabili al lume del principio della fiducia quale criterio interpretativo e applicativo», ai sensi del precedente art. 4.

[167] F.J. Ansuategui Roig, *Sulla complessa relazione tra diritto e fiducia*, cit., 88, osserva che la legittimità implica la fiducia e, allo stesso tempo, la genera. La fiducia di cui si parla nel libro di T. Greco non solo è interpersonale, cioè quella presente nelle relazioni orizzontali, ma è anche istituzionale, cioè quella che fa riferimento alle istituzioni. Tale fiducia è condizionata sia dall'origine delle istituzioni che dal modo in cui esse esercitano le loro funzioni (ci troviamo di fronte alla classica distinzione tra legittimità del fondamento e legittimità dell'esercizio).

[168] R. Ursi, *La "Trappola della fiducia" nel Codice dei Contratti pubblici*, cit., 30.

Nel codice assume una connotazione sistemica[169], investendo l'attribuzione e l'esercizio del potere siccome fondata nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione pubblica e dei suoi funzionari[170].

L'art. 2 pone la fiducia[171] come elemento fondante di ogni ipotesi di attribuzione ed esercizio del potere[172] nella contrattualistica pubblica[173], assumendo una connotazione spiccatamente pubblicistica[174].

Le sue ascendenze sono da ricercare all'interno delle dinamiche e delle logiche proprie del diritto amministrativo[175].

In quanto *genus* dei principi di buona fede e affidamento partecipa della medesima giustificazione sul piano costituzionale dell'«*adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*» (art. 2 Cost.), essendo funzionale pure al buon andamento dell'attività amministrativa e, quindi, al perseguimento dell'interesse pubblico[176].

---

[169] Sulla declinazione di stampo sistemico-funzionale, e non etico-sostanziale, del principio della fiducia, A. Lo Giudice, *Manifestazioni della fiducia nell'esperienza del giudizio giuridico*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2024, 4, 1 ss., 4 e 6.

[170] In proposito, la Relazione agli articoli e agli allegati dello schema definitivo di codice dei contratti pubblici, cit., *sub* art. 2, 15, puntualizza che «ciò presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere. Ogni conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone, infatti, la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione: esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico promuove il senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale».

[171] G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 3, 287 ss., 292, puntualizza che nel codice la fiducia è intesa «non in senso tecnico, ma nel significato suggerito dal linguaggio comune».

[172] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri».

[173] R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione; riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 277.

[174] Cfr. Tar Lazio, Latina, sez. I, 5 marzo 2024, n. 175, *ivi*.

[175] H. Simonetti, *Fiducia e diritto (prima del principio della fiducia)*, cit., 2.

[176] G. Carlotti, *La buona fede nel procedimento amministrativo e nel processo amministrativo*, in G. Avanzini, P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli (a cura di), *Tra procedimento e processo. Atti del ciclo di seminari sulle modifiche alla legge generale sul procedimento amministrativo*, Napoli, 2024, 245 ss.

Franco Sciarretta - Abstract

Il principio della fiducia nel diritto dei contratti pubblici: nuovo paradigma normativo o mera rassicurazione legislativa?

Quello della fiducia è un concetto trasversale che attraversa tutto il diritto, ma che va ben oltre il diritto, trovando ampio spazio in campo filosofico, sociologico, storico, politico, economico. Prima ancora che un principio giuridico, la fiducia è un concetto metagiuridico, un paradigma culturale, un valore etico che attiene a qualsiasi tipo di relazione umana e ne determina la qualità. La fiducia è un principio positivizzato dal nuovo codice dei contratti pubblici, che travalica il settore degli appalti pubblici. Il proposito è di verificare se l'ingresso della fiducia nella disciplina positiva si risolve nella ricognizione di un paradigma comunque presente nel sistema, oppure se l'art. 2 del codice dei contratti pubblici integra una nuova prescrizione cogente volta a (ri)costruire la credibilità della committenza pubblica, favorendo e valorizzando l'iniziativa e l'autonomia decisionale degli amministratori pubblici, anche nell'ottica del superamento del fenomeno della c.d. burocrazia difensiva.

The principle of trust in public procurement law: new normative paradigm or mere legislative reassurance?

Trust is a transversal concept that permeates all law, but it extends far beyond law, finding ample space in philosophy, sociology, history, politics, and economics. Even more than a legal principle, trust is a meta-legal concept, a cultural paradigm, an ethical value that pertains to any type of human relationship and determines its quality. Trust is a principle enhanced by the new Public Contracts Code, which extends beyond the public procurement sector. The aim is to determine whether the introduction of trust into the positive discipline is merely a recognition of a paradigm already present in the system, or whether article 2 of the Public Contracts Code incorporates a new mandatory requirement aimed at (re)building the credibility of public clients, encouraging and enhancing the initiative and decision-making autonomy of public administrators, also with a view to overcoming the phenomenon of so-called defensive bureaucracy.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 231-281

Articoli e saggi

L'asserita autonomia del diritto amministrativo*

Gian Domenico Comporti

Basta aprire gli occhi, e non è già un portare il mondo in
equilibrio sulla propria testa? […]
Vergogna per chi non sa scegliere l'aspetto conveniente al
destino della nostra specie!"
L.F. Celine, *Il dottor Semmelweis*

Sommario: 1. Autonomia e sistema. – 2. Autonomia e problema. – 3. Oltre i corsi e ricorsi della grande dicotomia: il campo largo delle concessioni amministrative e la sperimentazione di tecniche composite di governo dei bisogni collettivi inerenti prestazioni e beni. – 4. La parabola della responsabilità civile da attività amministrativa illegittima, o da mancato esercizio di quella doverosa: i limiti di un'autonomia di sistema inseguita senza aderenza ai problemi di tutela effettiva degli interessi lesi. – 5. La rinegoziazione dei contratti pubblici: la via verso la formazione di un sistema rimediale nuovo e composito per gestire in modo adattivo le sopravvenienze problematiche di rapporti negoziali. – 6. Conclusioni: una autonomia situata per evenienze problematiche di settori circoscritti e non determinata per categorie e la via della sperimentazione delle adiacenze possibili per immagine il sistema del futuro.

1. *Autonomia e sistema*

Diverse e profonde sono le suggestioni provocate dal tema che ci occupa.

Proverò a indicarne almeno due, sfruttando l'analisi linguistica dei termini che circoscrivono il titolo dello scritto: asserita e autonomia.

Dovendo, infatti, entrare nel vivo dell'analisi passando per «i cancelli» o per il «grande portone» delle parole[1], occorre definirne in via stipulativa il significato

* Lo scritto è frutto della rielaborazione della relazione presentata al Convegno "Diritto amministrativo e diritto civile: alla ricerca delle ragioni teoriche di una reciproca contaminazione", organizzato dall'Università degli Studi della Campania Vanvitelli, Napoli, 31 marzo 2025.

ed esplicitare le conseguenze che ne derivano in termini di accenti, prospettive e intonazione del discorso.

Così, se si parte dal primo di essi si ha subito l'impressione della sfida a impostare l'analisi secondo una certa intonazione polemica che si alimenta di antiche e sperimentate coppie concettuali dicotomiche. *Asserita* è, infatti, participio passato del verbo asserire (composto di ăd e *sĕrere*: connettere, intrecciare) che significa annettere a sé, fare propria un'opinione, nel senso di sostenerla «con vigore»[2] come vera senza dimostrarla. In quel monumento della unità culturale e linguistica italiana[3] eretto all'indomani dell'unificazione politica del Regno dal grande scrittore e filologo romantico Nicolò Tommaseo, si legge ancora che l'uomo «asserisce volendo persuadere altrui» e che il termine indica qualcosa di più che affermare e ha un «uso più scientifico e di disputa che familiare»[4]. Di qui l'idea di una nemmeno troppo celata sollecitazione a prendere posizione su visioni largamente diffuse nella comunità scientifica e ideologicamente orientate a rappresentare il proprio campo di osservazione, che nel caso di specie è il diritto amministrativo, come un mondo a sé stante all'interno dell'ordinamento generale, in quanto costituente un ramo disciplinare che si è sviluppato autonomamente e per distacco rispetto all'ordinamento dei privati.

In questa accezione suggerita dal primo lemma dell'analisi, l'autonomia si coglie come affermazione e isolamento del soggetto[5]. Essa viene, dunque, in rilievo come cifra che denota una particolare visione sistematica dell'ordinamento, la cui tessitura unitaria si scompone in distinti campi disciplinari e di azione che si organizzano e si auto-rappresentano secondo mappe concettuali fortemente identitarie che tendono a leggere in termini rigorosamente dicotomici la tradizionale dialettica pubblico-privato[6], inseguendo astratte geometrie che finiscono per ali-

---

[1] N. Irti, *I 'cancelli delle parole' (intorno a regole, principi, norme)* (2015), in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 57, 73. Cfr. anche A. Merkl, *Il duplice volto del diritto*, trad. it., Milano, 1987, 125, secondo cui la lingua è «il grande portone attraverso il quale tutto il diritto entra nella coscienza degli uomini».

[2] N. Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana*, XII ed., Bologna, 1999, 162.

[3] Definito come «l'immagine più suggestiva di quella Unità d'Italia che esso proiettava come unità culturale lungo sei secoli di storia linguistica» da G. Folena, *Introduzione*, in N. Tommaseo e B. Bellini, *Dizionario della lingua italiana*, I, Milano, 1977, 8.

[4] N. Tommaseo e B. Bellini, *Dizionario della lingua italiana*, III, Milano, 1977, 133.

[5] Spunti in tal senso possono leggersi in P. Femia, *Il civile senso dell'autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, 1, 1.

[6] Che scandisce dall'Ottocento (come evidenziato da B. Sordi, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quad. fiorentini*, 2016, 202 ss.) l'orizzonte mentale del giurista continentale e si sviluppa «lungo molteplici sentieri e strade disgiunte, in un panorama europeo quanto mai plurale e diversificato», esibendo, «più che secche alternanze, […] l'incessante fluire delle trasformazioni e la continua evoluzione dei termini-concetti chiave», come messo in evidenza nella ricerca di B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, 7 ss. e 219. Cfr. anche G. Marini, *Ripensare le dicotomie, al di là di pubblico e privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2024, 365 ss.; e per la prospettiva comparata *The Public Law / Private Law Divide. Une entente assez cordiale?*, edited by M. Freedland and J. Bernard Auby, Oxford and Portland, 2006.

mentare vere e proprie mitologie giuridiche spesso decontestualizzate dalle circostanze, situazioni ed esigenze del momento.

Come quelle di stampo patriottico[7] che spinsero il poco più che ventenne Orlando[8] a elaborare, tramite il noto trittico metodologico illustrato nelle prolusioni modenese (del 1885), messinese (del 1886) e palermitana (del 1889)[9], i criteri rigorosamente tecnico-giuridici per l'edificazione, mediante «un proprio processo storico e logico»[10], di «principi giuridici sistematicamente coordinati»[11] che «si completano e si vivificano in un sistema grandioso in cui ognuno trova il suo posto con estetica simmetria»[12] al fine di «ricondurre il diritto pubblico al suo vero fine»[13]: quello di definire l'impianto amministrativo della appena eretta cittadella statuale, in modo da far vivere nella pratica dei suoi rapporti le istanze di "unità" e di "sovranità di poteri costituiti" rappresentate dallo "Stato esistente"[14]. Programma grandioso intriso di formalismo e specialismo[15] che, se per un verso, richiese inizialmente di educarsi alla "scuola" del diritto privato che, per la "prodigiosa vitalità", "saldezza" e «continuità della sua evoluzione», si poneva come «un fratello adulto e maturo»[16], per altro verso, e in perfetta coincidenza con il movimento espansivo indotto dalle riforme crispine[17] e con il dualismo giurisdizionale che andava affermandosi per opera della legge n. 5992 del 1889[18],

---

[7] Nel senso di prosecutore dell'opera del Risorgimento nazionale messo in evidenza da G. Cianferotti, *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo stato liberale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1000. Anche S. Cassese, *Oreste Ranelletti e il suo tempo*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, Milano, 1994, 2678, ha parlato di una «generazione di patrioti-studiosi» che volevano essere «seguaci del nuovo regime».

[8] Su cui si rinvia a A. Sandulli, *Costruire lo stato. La scienza del diritto amministrativo italiano (1800-1945)*, Milano, 2009, 49.

[9] Le tre tappe sono associate da O. Ranelletti, *Vittorio Emanuele Orlando nel suo pensiero e nella sua opera*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 279.

[10] Così V.E. Orlando, *Prefazione*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900, XV.

[11] Cfr. V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, 1889, 16.

[12] V.E. Orlando, *Prefazione*, cit., XV.

[13] V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, 16.

[14] Ivi, 17.

[15] Come messo in evidenza da G. Cianferotti, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, 448.

[16] Cfr. V.E. Orlando, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, 26, 30 e 37.

[17] La cui importanza nell'investire tutti i settori della vita pubblica e nel conferire allo Stato «un ruolo di assoluto protagonista» è segnalata da A. Sandulli, *Prometeo ed Epimeteo: i due volti del contributo italiano alle "origini" del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 870.

[18] Cfr. in argomento B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 243. Si legga anche L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 337 e ss., 355 per l'affermazione secondo cui «il grande motore della specialità, ancor prima della scienza giuridica, fu la giurisprudenza». Nello stesso senso è il giudizio di G. Cianferotti, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, in *I concetti fondamentali del-*

condusse alla affrancazione della nuova «autonoma e vigorosa» Scuola italiana di diritto pubblico da condizionamenti esterni[19], alla definizione dell'autonomia scientifica del diritto pubblico nazionale e alla erezione di solide "frontiere" a difesa dei suoi lungamente insidiati confini grazie alla «demarcazione sempre più salda e precisa dei suoi carattere speciali» che venivano coagulandosi intorno alla «forza inerente all'organizzazione» dello Stato, inteso quale «struttura massima per autorità e complessità» che ha una «vocazione irresistibile nel senso di subordinare a se stessa tutte le organizzazioni comprese in essa e di farle apparire come derivate dalla sua autorità»[20].

Questa opera di "drammatizzazione" della dicotomia pubblico-privato[21], che dette avvio a un "processo di cristallizzazione (di accettazione canonizzata)" del labile insito in una situazione storica[22], fu poi perfezionata con meticolosa opera di tessitura di tutte le sue componenti dal più insigne rappresentante della scuola italiana del diritto dello Stato, cioè dall'abruzzese Oreste Ranelletti allevato a Roma nella rigogliosa scuola romanistica di Vittorio Scialoja[23]. Egli, nel proseguire lunga la via della «teorizzazione dei dati dell'esperienza giuridica in categorie concettuali depurate dagli aspetti materiali della realtà giuridica, tendenzialmente separate dalla descrizione dei contenuti economici, sociologico, politici»[24], fu naturalmente portato a individuare il «punto logico di partenza» di ogni elaborazione nello Stato

le scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento, a cura di R. Gherardi, G. Gozzi, Bologna, 1992, 44 ss. e 50, il quale individua nel giudizio amministrativo di legittimità «il nucleo genetico del sistema del diritto amministrativo».

[19] O. Ranelletti, *Vittorio Emanuele Orlando*, cit., 285.

[20] Ivi, 28-29, 36. Con il che, come notato ancora una volta da G. Cianferotti, *Il pensiero di V. E. Orlando*, cit., 449, «tecniche disciplinari di assoggettamento materiale e tecniche di formalizzazione giuridica divengono aspetti complementari dei meccanismi di potere». Siffatta «impronta intransigentemente statalistica» è evidenziata anche da P. Costa, *Lo «Stato di diritto» nella giuspubblicistica dell'Italia unita*, in *Stato di diritto e trasformazione della politica*, a cura di B. Montanari, Torino, 1992, 75-76, il quale osserva il perfetto rovesciamento dell'assioma di base rispetto al modello giusliberale settecentesco: «non è più l'individuo, lo spazio individuale protetto da una barriera giuridica, naturale prima che civile, il dato evidente, indiscutibile, a partire dal quale progettare e rappresentare il sistema politico; il dato ora incontrovertibile, l'elemento del paradigma giuspubblicistico, è la centralità, la necessarietà dello Stato ed è proprio l'esistenza di uno spazio individuale giuridicamente protetto il *quid demonstrandum*». Cfr. anche G. Morbidelli, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, 2012, 16-17 per l'indicazione degli istituti privatistici (situazioni soggettive, responsabilità, proprietà, persone giuridiche e organi, negozio giuridico che si fa atto amministrativo, vizi della volontà, tutela dei diritti) che «vengono mutuati, trasformati e adattati al diritto amministrativo», e ancora una volta per l'osservazione secondo cui tale adattamento «implica sovrapposizione alla pariteticità tipica dei rapporti tra privati di regole improntate alla prevalenza della volontà dello Stato».

[21] L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 383.

[22] Questo è l'insuperato giudizio di G. Capograssi, *Il problema di V. E. Orlando*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 374, il quale colse in questo «terribilmente delicato lavoro» di trasformazione del labile in stabile «l'origine di quel tanto di astratto, di artificiale, di esterno che c'è in ogni costruzione di diritto pubblico».

[23] A. Sandulli, *Costruire lo stato*, cit., 97.

[24] Così G. Cianferotti, *La prolusione di Orlando*, cit., 1011.

quale creatore e tutelatore «di ogni libertà»[25], cogliendo nella sua «potestà d'impero», intesa come «potestà di comandare incondizionatamente e di costringere direttamente e con propri mezzi gli obbligati all'esecuzione del comando»[26], il fondamentale elemento di discrimine dei rapporti giuridici pubblicistici rispetto a quelli privatistici[27]. Il «circolo definitorio tautologico tra soggetto e atto» messo in moto dal soggettivismo formale pandettistico dell'Autore[28], oltre a rendere incomunicabili le dichiarazioni di volontà pubbliche e private trasformando in atti d'impero unilaterali anche le autorizzazioni e concessioni che si risolvono «nel dichiarare e nel permettere»[29], condurrà a estendere i confini dell'egemonia amministrativa ben al di là delle tradizionali funzioni giuridiche di comando e di coazione dirette al mantenimento dell'ordine sociale, conquistando anche il campo delle crescenti funzioni d'integrazione sociale che consistono nella produzione di beni e servizi determinata dallo scopo di curare e promuovere il «benessere collettivo»[30]: con l'effetto di trasformare la concorrente presenza di attività svolta da soggetti di diritto comune in un «momento transitorio»[31] destinato ad esaurirsi per lasciare il campo all'azione pubblica avente come «ragione ultima» la soddisfazione degli «interessi collettivi del popolo, vuoi di conservazione, vuoi di benessere e di prosperità»[32]. Arrivando così a prefigurare una traiettoria di «completamento» della nozione giuridica dello Stato moderno secondo cui «è ben possibile avere un regolamento giuridico dei rapporti fra Stato e individuo, senza ricorrere al diritto civile»[33], ridotto al più a «presupposto del diritto amministrativo»[34], al quale si finiva così per restituire «tutta la materia che ad esso è propria»[35].

È stato notato che siffatta opera pioneristica di costruzione del diritto amministrativo italiano come diritto pubblico speciale delle amministrazioni sta-

---

[25] O. Ranelletti, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (1899), ora in *Scritti giuridici scelti*, I, *Lo Stato*, Napoli, 1992, 207.

[26] O. Ranelletti, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 344.

[27] Cfr. O. Ranelletti, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione* (1905), in *Scritti giuridici scelti*, III, *Gli atti amministrativi*, Napoli 1992, 730; Id., *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettivi*, in *Scritti giuridici scelti*, I, cit., 254.

[28] Le espressioni sono di G. Cianferotti, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione del'atto amministrativo*, cit., 47 e 65.

[29] O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 62.

[30] O. Ranelletti, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, cit., 729.

[31] O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, 76.

[32] O. Ranelletti, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, cit., 353. Cfr. in argomento B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., 432 ss.; G. Cianferotti, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione del'atto amministrativo*, cit., 75 e seguenti.

[33] O. Ranelletti, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, cit., 730.

[34] Come immaginato in O. Ranelletti, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, 97.

[35] O. Ranelletti, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, cit., 730.

tali eretto sui principi dell'autorità e supremazia dello Stato persona, sulla prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse legittimo (occasionalmente protetto) del cittadino e sul dualismo delle giurisdizioni, e sul parallelo «rifiuto della elaborazione come diritto privato comune del diritto delle amministrazioni pubbliche», fornì le categorie concettuali idonee a rappresentare la trasformazione dello Stato liberale di diritto in Stato sociale o Stato amministrativo, svolgendo una «duplice finalità garantistica […] l'una reciprocamente funzionale all'altra»: garanzia dell'autonomia dell'amministrazione e, allo stesso tempo, «difesa dell'identità e dell'autonomia […] dell'ordinamento privatistico sancito dal codice civile di fronte alla crescita del potere amministrativo statale»[36].

Qualunque sia il giudizio sul bilancio di tali grandi costruzioni sistematiche, resta il fatto che le stesse vanno storicizzate e appaiono dunque difficilmente riproponibili al di fuori del contesto che le ha determinate[37], perché la meccanica difesa ad oltranza di una impalcatura concettuale che risponde a esigenze contingenti viola la regola, elaborata pragmaticamente dallo stesso Orlando[38], della "demolizione" creativa ed evolutiva che attesta il progresso dell'edificio generale del sapere.

Di ciò sembra offrire una certa consapevolezza la letteratura civilista, che negli ultimi tre lustri si è particolarmente impegnata ad assumere «metodologie di indagine più sofisticate e pluralistiche», e improntate a «una notevole laicità»[39], mettendo in discussione le tecniche e categorie generate dalla topografia modernista affermatasi all'insegna della binarizzazione[40] del mondo giuridico, ed evidenziando la necessità di misurarsi con la logica funzionale[41] che permea ormai ogni settore del diritto e con la mutata configurazione delle relazioni di mercato, per ripensare in forme nuove le parallele manifestazioni di «*un diritto pubblico non sovrano e un diritto privato non proprietario*»[42]. Sull'altro fronte, invece,

[36] Cfr. ancora G. Cianferotti, *La prolusione di Orlando*, cit., 1016-1019.

[37] Così S. Cassese, *Oreste Ranelletti e il suo tempo*, cit., 2678.

[38] Cfr. infatti V.E. Orlando, *Nota dell'autore*, cit., 27-28, ove si avverte che gli indirizzi metodici e i mezzi tecnici raccomandati «non sono che impalcature le quali servono senza dubbio, e sono anzi necessarie per la costruzione degli edifici scientifici, ma e l'utilità e la necessità dipendono sempre dallo stato della costruzione stessa, di guisa che, quando una determinata fase costruttiva è sorpassata, quell'impalcatura non serve più e viene quindi abbattuta per essere sostituita da un'altra cui è serbata, fra qualche tempo, la stessa sorte».

[39] Cfr. R.A. Albanese, *L'orizzonte del molteplice. Appunti sul diritto civile come infrastruttura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 409-413.

[40] Che significa «trasformare il conflitto politico – complesso e multilaterale – in un conflitto giuridico binario […]», secondo P. Femia, *Il civile senso dell'autonomia*, cit., 7.

[41] A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 37.

[42] M. Spanò, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Torino, 2022, 128 (corsivo nell'originale), il quale propone in termini di archeologia del diritto privato il «certosino smontaggio» di certi aspetti della topografia moderna che lo vedrebbero ridotto alla caricatura di un diritto dello scambio, evidenziando che «non soltanto non ha nessuna ragione intrinseca per esorcizzare comune, collettivo e molteplice, ma che probabilmente è la sua stessa logica più propria a sfoggiare un carattere squisitamente cooperativo». Ipotesi di lavoro

si assiste al moltiplicarsi di conati confinari praticati all'insegna di un orgoglio disciplinare[43] che, a dispetto di una sempre più evidente circolazione dei saperi indotta dalle ricorrenti crisi e transizioni in atto e di una geografia ordinamentale che riflette ampie zone grigie[44], osmosi[45], linee di demarcazione mobili[46] e precarie[47], sembra animato soprattutto dall'esigenza di distinguersi e difendersi[48] da presunte insidie esterne e – dimenticando l'invito alla moderazione elaborato da chi, pure partendo dall'affermazione che «l'amministrazione esercita sempre lo stesso potere (precettivo), che […] rimane sempre un potere funzionalizzato»[49], ha ritenuto comunque che la «differenza tra fattispecie vada ravvisata in elementi più concreti»[50] – si autoalimenta attraverso la generale rivendicazione di improbabili primati o la costruzione di astratte graduatorie tra tecniche, istituti e figure, ricorrendo sovente alla rappresentazione semplicistica del campo di gioco altrui[51] come terra di nessuno popolata da primordiali impulsi egoistici[52]. E così, a chi parla di "civilizzazione" del fronte amministrativo in funzione della migliore tutela delle situazioni giuridiche soggettive[53], o immagina un rinnovato ruolo ordi-

che richiama alla mente quanto scriveva decenni fa anche G. Berti, *Principio contrattuale nell'amministrazione pubblica*, in *Jus*, 1987, 160 ss., 170.

[43] È stato giustamente notato da C. Camardi, *I manuali, le dinamiche delle fonti e il metodo*, in *Accademia*, 2/2023, 415, che «l'appartenenza settoriale […] praticata oltre l'esigenza della specializzazione e vissuta identitariamente come irrinunciabile segno distintivo» e «l'idea stessa della interdisciplinarità come valore aggiunto – un *quid pluris* non necessario – […] delineano una chiusura epistemologica e un conseguente scenario di isolamento del diritto dal contesto nel quale esso viene generato».

[44] B. Sordi, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, cit., 208 e 209.

[45] B. Morbidelli, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, cit., 17.

[46] G. Alpa, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, Parte seconda, *Il superamento della dicotomia nel diritto post-moderno*, Modena, 2017, 40.

[47] S. Cassese, *Diritto pubblico e diritto privato: gli incerti confini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 434; Id., *Dall'economia mista al diritto misto*, in *Riv. soc.*, 2024, 531.

[48] Esemplare, per esempio, è la posizione di M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; Id., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463; Id., *Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano e Franco Gaetano Scoca*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, IV, Napoli, 2020, 35 86 ss., 3599, 3604 ss.; Id., *L'oscillazione del pendolo tra diritto pubblico e diritto privato: Guido Greco un garante della tradizione giuspubblicistica*, in *Liber Amicorum per Guido Greco*, a cura di F.G. Scoca, M.P. Chiti, D. Urania Galetta, Torino, 2024, 545 ss.; da ultimo Id., *Pur une défense du dtroit administratif issu de la tradition française*, in *Dir ec.*, 2025, 1.

[49] Così F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 452.

[50] Ivi., 454.

[51] Su cui si veda già l'acuta analisi di U. Breccia, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in Quaderni di San Martino, *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, 1990, 78 ss., e 95, ove si analizzano le insidie legate a confronti troppo teoretici e ad analisi indistinte che riflettono immagini deformate dell'altro universo, come se si trattasse dell' «ultimo raggio di una fonte ormai spenta nel luogo di provenienza».

[52] Sul punto cfr. G.D. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 529.

[53] La formula è stata impiegata, quale «emblema di un progetto tendente a dare anche alla p.a. una collocazione precisa in un diritto civile inteso come diritto comune», da C. Castronovo, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 637.

nante del diritto civile quale laboratorio naturale di sperimentazione delle forme di istituzione giuridica del molteplice e del comune[54], si risponde evidenziando i rischi di «smarrimento della tradizione» legati a siffatto diffuso "filo-privatismo"[55] e rivendicando in termini generali il «maggior garantismo»[56] offerto da una specialità quasi ontologica perché ritenuta (presidio inabdicabile di una visione) di sistema, arrivando fino a prospettare un nuovo ordine sistematico caratterizzato dall'elevazione del diritto amministrativo a diritto comune dei rapporti giuridici complessi[57]. Immagine che, al di là del pure apprezzabile tentativo di "dialettizzare" la sacrale distinzione pubblico-privato entro una prospettiva unitaria[58], attraverso l'invito a non inseguire vane logiche di prevalenza dell'uno o dell'altro versante dell'ordinamento nella «consapevolezza che gli strumenti offerti dalle due discipline vanno usati indifferentemente a seconda della situazione concreta da negoziare, da amministrare o da giudicare»[59], sembra pur sempre esprimere «un ideale primato del diritto amministrativo»[60] o una sorta di «strisciante amministrativizzazione del diritto civile»[61].

2. *Autonomia e problema*

Diversi registri si avvertono se si pone attenzione al secondo termine del titolo, che delinea una dimensione di senso del ragionamento per alcuni versi più ampia e per altri più particolare.

---

[54] M. Spanò, *Fare il molteplice*, cit., 85; seguito da R.A. Albanese, *L'orizzonte del molteplice*, cit., 422-438.

[55] Così, per esempio, M. Mazzamuto, *La malasorte della vicinitas: ulteriore segno dei tentativi di rottura della gloriosa tradizione della giustizia amministrativa*, in *Studi in onore di Filippo Salvia. Convegno Quale piano per il futuro dell'urbanistica? Palermo, 30 novembre 2021*, a cura di G. Corso e M. Immordino, Napoli, 2022, 473, 480 ss., con riferimento specifico alla rivisitazione del tema della tutela dei terzi da parte della più recente giurisprudenza amministrativa.

[56] Ivi, 473.

[57] Cfr. G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, 2° ed., Padova, 2021, 2.

[58] M. Luciani, *Pubblico, privato, comune. A proposito del "Sistema istituzionale di diritto comune" di Gianpiero Cirillo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 6 aprile 2021.

[59] G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., 2.

[60] Come notato da V. Roppo, *Il rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo dal punto di vista del civilista*, in *giustizia-amministrativa.it*,19 dicembre 2019.

[61] A. di Majo, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda*, in *Eur. e dir. priv*., 2021, 789. Cfr. anche gli interventi raccolti nel volume *Le ragioni e la prospettiva del diritto comune*, a cura di D. Granara, Padova, 2021. A tali osservazioni risponde l'A. sostenendo che tale prevalenza «solo di cornice» si spiega «sia con il fatto che è stata questa disciplina a dirigersi verso il diritto privato e non viceversa sia perché persino i rapporti tra «il mio e il tuo» sono sempre contaminati dalle ragioni della collettività attraverso la pervasiva e onnipresente azione amministrativa e sia, infine, perché l'affermarsi dei principi del giusto procedimento presso tutti i rapporti giuridici […] assegnano al nuovo diritto amministrativo una chiara funzione di garanzia per i cittadini» (G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale*, cit., *Prefazione alla seconda ed.*, XIX).

È noto che autonomia è vocabolo di origine filosofica, transitato nella scienza e nella dottrina politica, e confluito poi nella scienza giuridica, ove ha assunto «tante diverse significazioni, spesso anche tra loro contrastanti»[62], tanto da essere considerato irriducibile a un significato univoco e comune[63]. Per questo, esso ha finito per essere impiegato allo scopo di esprimere «qualcosa che è definibile più che per caratteri propri, per la negazione di tratti che contengono l'idea di un limite o di un vincolo: quindi non tanto l'indipendenza, quanto la non dipendenza; non l'autodeterminazione ma la non etero determinazione; non la libertà ma la non soggezione; non l'originarietà ma la non derivazione; non la suità ma la non implicazione; e così via»[64]. Accenni preliminari che di per sé sono già sufficienti a delineare uno scenario differente e l'entrata in campo di un modo di ragionare più pacato e incline a cogliere sfumature, collegamenti e accenti diversi.

Più in particolare, poi, nella prospettiva della teoria istituzionale del diritto principalmente battuta da Santi Romano e ripresa in anni recenti da Alberto Romano, la chiave di comprensione del significato dogmatico del termine è stata colta facendo riferimento non a una «situazione in sé» definita ma a una situazione di relazione «all'interno di un rapporto»[65]. Intuizione che invita a cogliere i caratteri del concetto soprattutto sul piano oggettivo del rapporto tra ordinamenti[66], nel senso che la definizione delle figure soggettive e delle capacità giuridiche dei soggetti, cioè dei loro modi di essere e di agire nei rapporti reciproci, ricava il suo fondamento e la sua essenza da una fonte esterna di un ordinamento derivante e legittimante capace di imprimere agli elementi degli ordinamenti derivati «i loro caratteri essenziali»[67]. In tale prospettiva, appare importante l'ulteriore messa a fuoco del concetto di «capacità di auto-determinazione […] comprendente tutti i poteri mediante il cui esercizio il soggetto che ne è titolare può dare un assetto conforme alla propria volontà, ai rapporti e alle situazioni giuridiche […] di solito singolari, che in vario modo gli pertengono»[68]. Capacità che può essere diversamente modulata secondo la diversa natura dei soggetti (privati o pubblici) a cui è (rispettivamente) riconosciuta/attribuita ma che, comunque, implica il richiamo a un modulo costitutivo della dinamica giuridica (che si manifesta attra-

[62] M.S. Giannini, *Autonomia. Teoria generale e diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 356.

[63] M.S. Giannini, *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 852.

[64] M.S. Giannini, *Autonomia. Teoria generale e diritto pubblico*, cit., 356.

[65] Così A. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 32, il quale parla appunto di autonomia «come rapporto, come relazione».

[66] Ivi, 32.

[67] Cfr. in particolare A. Romano, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, 2 ed., 1998, 22-23.

[68] A. Romano, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A- Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, 1993, 43. Cfr. anche Id., *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della L. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 495; Id., «*L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, ivi, 2011, 247-252.

verso la costituzione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche soggettive) «puramente e semplicemente antitetico» rispetto a quello evocato allorché determinati effetti si qualificano come prodotti *ex lege* al verificarsi di certi presupposti[69]. Lo «spessore […] del divario» tra siffatte modalità[70] non è dato tanto dal confronto interno tra autonomia negoziale e potestà amministrativa, che sono considerati fenomeni aventi una rilevanza «per certi aspetti parallela»[71], ma è rappresentato dalla posizione di indipendenza assunta dal soggetto che, per la «specificità del suo ruolo», è riservatario di «spazi suoi propri» di collocazione e di decisione[72], nel senso che, attraverso la «riserva di apprezzamento caso per caso da parte dell'organo competente ed emanante»[73], «prima definisce, e poi produce esso medesimo gli effetti giuridici della sua azione»[74]. In questo modo, nella rinnovata prospettiva della sostanziale unità dell'ordinamento generale, «che regola insieme i rapporti tra tutti i suoi soggetti […] dando loro assetto», invitando anche i suoi interpreti a ragionare mediante «uno stesso apparato concettuale, frutto della nostra cultura giuridica […] che, quindi, vada al di là delle sue singole partizioni», pubblico e privato rappresentano formule distinte[75] descrittive di «una mera specificazione di concetti più generali»[76] che si collocano nello spazio che si apre oltre la morsa legge-sentenza. Più precisamente, si tratta di quello spazio aperto popolato da fatti, situazioni e problemi che non si prestano ad essere adeguatamente affrontati e risolti per mezzo del formalismo corrispondentista[77] alimentato dall'asfittico circuito legge-sentenza ma richiedono l'attivazione di decentrati momenti regolativi delle condotte umane che sono rimessi alle autonome e concorrenti decisioni dei diversi e molteplici soggetti volta per volta coinvolti e interessati[78].

---

[69] A. Romano, *Introduzione*, ult. cit., 45.

[70] A. Romano, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della L. 241 del 1990*, cit., 495.

[71] A. Romano, *Introduzione*, ult. cit., 46. Possono leggersi in tale affermazione echi della teoria liberale espressa, in epoca pre-orlandiana, da L. Meucci, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1879, 96, in questi termini: «La libertà del potere che dicesi autorità non è cosa essenzialmente diversa dalla libertà del privato che dicesi semplicemente libertà. Il concetto giuridico è lo stesso».

[72] Ivi, 46.

[73] A. Romano, *«L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione,* cit., 254.

[74] A. Romano, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della L. 241 del 1990*, cit., 497.

[75] Nel senso già colto dai *Principi* di Miele, ed evidenziato da A. Romano, A. Cioffi, *Giovanni Miele e il diritto amministrativo contemporaneo*, in *Dir. amm.*, 2022, 14-15, che l'autonomia dell'amministrazione è «autonomia funzionale».

[76] A. Romano, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della L. 241 del 1990*, cit., 510.

[77] Siffatta «concezione corrispondentista e ipotattica della legalità» è bene messa a fuoco da M. Vogliotti, *Legalità*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VI, Milano, 2013, 421.

[78] Cfr. in argomento G.D. Comporti, *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo: viaggio oltre la morsa legge-sentenza*, in *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, a cura di A. Falchechi, Napoli, 2019, 137 e seguenti.

Questa normatività diffusa che si sviluppa "dalla natura delle cose"[79] e che consente al sistema di respirare, evolvere e cogliere opportunità inespresse per trattare razionalmente la complessità dell'esistente e scoprire l'ignoto che è alle porte[80] è refrattaria agli scossoni provocati da «tendenze frazionarie», che se fossero lasciate libere di dispiegarsi renderebbero «impossibile ogni calcolo dei bisogni individuali e collettivi sui tempi medi e lunghi, perché tutte le risorse verrebbero bruciate sui tempi brevi»[81]. Esito che non appare più accettabile in una stagione in cui la forza normativa dei fatti radicali emersi con le crisi del Terzo Millennio ha portato a riscrivere i contenuti del patto della convivenza politica, nel senso che il progetto costituzionale che siamo ormai chiamati a realizzare non ruota più soltanto intorno alla liberazione delle persone dai bisogni ma è incentrato anche, e forse prima di tutto, sulla «rimozione delle condizioni materiali che possono portare all'estinzione di ogni forma di vita»[82]. Se dunque è vero che l'orizzonte operativo di un'amministrazione doverosamente impegnata a curare le fragilità delle persone, e, prima ancora, a progettare una «società larga dei viventi liberata dai rischi effettivi della sua estinzione»[83], è sempre più caratterizzato dalla capacità di raggiungere in termini di risultato[84] determinati obiettivi di *policy*, la cui cifra «essenziale e caratterizzante» è la «necessità di scegliere […] tra un venta-

[79] F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 10.

[80] M. Mazzucato, *Debunking Public vs. Private Sector Myths* (2013), nuova ed. it. *Lo Stato innovatore. Sfatare il mito del pubblico contro il privato*, trad. it. di F. Galimberti, Bari-Roma, 2020, 9 e seguenti.

[81] Così M. Fioravanti, *Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*, Napoli, 2014, 47, il quale muove dall'idea secondo cui pubblico e provato non sono altro che «le due fondamentali dimensioni della democrazia» e ritiene essenziale l'esistenza di un punto di equilibrio tra le due dimensioni in forza di «un nocciolo duro nei problemi che abbiamo di fronte, una oggettività delle cose destinata a imporsi»: rappresentata dal fatto che quasi nessuna delle grandi problematiche sul tappeto sia «risolvibile se non in senso strutturale, mentre ben poco si risolve con la politica del momento».

[82] Così A. Morrone, *Fondata sull'ambiente*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 786. Cfr. anche Id., *La Costituzione del lavoro e dell'ambiente. Per un nuovo contratto sociale*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2022, 530-531. Cfr. anche le chiavi di lettura offerte da E. Chiti, *Pubblica amministrazione e transizione ecologica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 738; M. Monteduro, *Riflessioni sulla 'primazia ecologica' nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno Aidambiente del 28 gennaio 2022*, Napoli, 2022, 228 ss.; M. Cecchetti, *Emergenze e tutela dell'ambiente: dalla "straordinarietà" delle situazioni di fatto alla "ordinarietà" di un diritto radicalmente nuovo*, in *federalismi.it.*, 24 luglio 2024, 65 ss., 76.

[83] A. Morrone, *Fondata sull'ambiente*, cit., 786.

[84] Sul risultato, codificato in apertura dei principi generali del terzo codice dei contratti pubblici (art. 1 del D.Lgs. 31 marzo 2023 n. 36), e divenuto nuova "stella polare" (così Tar Liguria, sez. I, 9 dicembre 2024 n. 850) capace di integrare il paradigma normativo dell'operazione amministrativa (Cons. stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, in *Giur. it.*, 2024, 2662, con il commento di L. Cameriero, *Il principio del risultato nel prisma discrezionale dell'operazione amministrativa*), si vedano: L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 2023, 11; F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. Morbidelli, Firenze, 2023, 21; L. Carbone, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 443.

glio ampio di possibilità»[85] garantendo che «situazioni particolari siano trattate in base al merito dei problemi in modo tale da ottenere il miglior risultato nelle circostanze del caso»[86], è anche vero che tale percorso precettivo appare sempre più alimentato dal necessario ed equilibrato concorso di tecniche distinte di gestione dei conflitti, i cui nuclei essenziali sono anche irriducibili e non confondibili tra loro[87], ma che possono ben combinarsi in vario modo in relazione a «ogni spicchio della realtà»[88] in cui si articola il terreno neutrale, oggettivo e dinamico dei rapporti giuridici[89] che si instaurano tra soggetti coinvolti in un problema esistenziale e il cui destino passa dalla ricerca di adeguate soluzioni[90].

Quanto detto pare sufficiente per capire che il concetto relazionale in esame assume due fondamentali tratti caratterizzanti. Anzitutto, quello della relatività, nel senso che i confini tra le sfere potestative dei vari soggetti che compongono i diversi ambiti istituzionali in cui si articola il pluralismo ordinamentale sono mobili e cangianti e porosi e, oltre tutto, sono delineati secondo figure di collegamento che, per quanto tendano ad essere idealizzate per ragioni speculative e ideologiche, non sono rappresentabili in termini fissi, astratti e *more geometrico* perché intrinsecamente ambigue e ambivalenti, in quanto «frutto di conciliazioni forzate tra elementi antinomici» che avvolge il gioco delle parti[91]. Per cui ogni definizione in positivo dei rispetti ambiti si traduce, *a contrario* e in negativo, in altrettante delimitazioni[92] e modalità di contaminazione dei medesimi elementi[93] che tolle-

---

[85] Come sottolineato da Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132, chiarendo che in ciò si risolve la "fatica dell'amministrare". Cfr. in argomento F. Cintioli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 19/2024, 122.

[86] Così, in una prospettiva pragmatica e sociologica del fenomeno, D.J. Galligan, *Discretionary Power* (1986), trad. it., di F. Innamorati, con Prefazione di D. Sorace, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999, 35.

[87] Come messo in evidenza, tra gli altri, da F. Merusi, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Firenze, 15 ottobre 2004, Milano, 2007, 50 ss.; G. Corso, *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile, ma esiste*, in *I mobili confini del diritto privato*, Atti del Seminario in onore di Salvatore Mazzamuto (Palermo, 9 giugno 2017), a cura di L. Nivarra e A. Plaia, Torino, 2018, 55; C. Castronovo, *Conclusioni:* look what they've done to my song, ivi, 78.

[88] L'immagine è impiegata da C. Castronovo, *Conclusioni*, cit., 78.

[89] M. Protto, *Il diritto debole*, Torino, 2019, 6-7, 36, 44, 61, 73 ss., 138-142, sostiene la tesi che «occorre ripartire dalla neutralità del rapporto giuridico, inteso come relazione materiale" tra interessi sostanziali, "come substrato teorico e tecnico per una rivisitazione in senso funzionale della relazione tra diritto pubblico e privato».

[90] Cfr. ancora G.D. Comporti, *La strana metafora*, cit., 584.

[91] Così G. Berti, *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 273-274.

[92] Cfr. ancora M. Fioravanti, *Pubblico e privato*, cit., 45.

[93] A. Romano, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu , A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, 4 ed., 2005, 9; A Romano e A. Cioffi, *Il diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di A. Romano, Torino, 2022, 6.

rano, quindi, «tutta una serie di gradazioni»[94]. In secondo luogo, il fatto di essere oltre che strumento di lavoro del giurista teorico anche frutto di esperienze storiche contingenti e cangianti, che vanno pertanto esattamente colte nella loro «prima scaturigine»[95] e seguite nelle loro evoluzioni, restituisce il senso di una lunga linea[96] di svolgimento che, per quanto scandita da significative tappe evolutive, non procede per fratture determinate da moti incomposti ma, «come accade nel mondo della natura dove la morte è processo costante di rigenerazione»[97], evidenzia successioni progressive con deviazioni, incroci, intersezioni.

Il discorso si potrebbe anche fermare qui, avendo in definitiva evidenziato come ogni analisi dell'autonomia rimanga in qualche modo necessariamente sospesa tra sistema e problema.

Un passo avanti, tuttavia, potrebbe ancora essere fatto ricordando con Luigi Mengoni l'importanza decisiva della dialettica tra problema e sistema[98], nel senso che tanto l'analisi del linguaggio quanto le operazioni logiche di classificazione dei dati positivi di un ordinamento in categorie sistematiche non sono sufficienti per porsi le domande giuste che servono ad affrontare correttamente i casi problematici della vita, dovendo saggiarsi la razionalità e adeguatezza di un concetto, ovverosia la sua «idoneità a stabilizzarsi come modello» di riferimento per affrontare correttamente e risolvere «altri casi aventi la medesima struttura tipica»[99], avendo presente il «processo comunicativo tra sistema giuridico e ambiente sociale circostante»[100]. Ogni eccesso in un senso o nell'altro si traduce nel rischio di diffusione di «un residuo irrazionale prodotto da elementi non cognitivi provenienti dalla precomprensione soggettiva»[101] del decisore/autore di

[94] Così S. Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, ristampa inalterata, Milano, 1953, 16.

[95] Cfr. in particolare F. Calasso, *Autonomia. Premessa storica*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 349.

[96] Per riprendere l'immagine di P. Grossi, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 12; Id., *La storia del diritto in una facoltà giuridica, oggi*, in *Riv. st. dir. it.*, 2021, 53.

[97] Così F. Calasso, *Autonomia. Premessa storica*, cit., 353.

[98] Cfr. L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3 ss.; Id., *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 16 ss.; Id., *Interpretazione e nuova dogmatica*, ivi, 67 ss.; Id., *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 321. In argomento si vedano, tra gli altri: *Atti del Convegno su "Luigi Mengoni dieci anni dopo"*, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 21 ottobre 2021, in *Eur. dir. priv*, 2012, 15 ss.; L. Benvenuti, *Il metodo giuridico tra ermeneutica ed epistemologia*, in *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 29 e 32 ss.; A. Nicolussi, *Luigi Mengoni e il pensiero giuridico come conciliazione di ermeneutica e dogmatica*, *di Diritto e valori*, in *Apollinaris*, 2013, 125; M. Ramajoli, *Il confronto tra pensiero sistematico e pensiero problematico,* in *Il confronto nel metodo giuridico. Atti del Convegno del 1° marzo 2022 Università degli Studi di Roma Tre*, a cura di F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti, Napoli, 2023, 97.

[99] L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., 87.

[100] L. Mengoni, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, cit., 18, ove si precisa che siffatto processo, «che condiziona la formulazione della norma di decisione, assume la forma dell'argomentazione pratica».

[101] L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., 89.

turno, con conseguente proliferazione non controllabile di punti di vista radicalmente diversi che finiscono per non incontrarsi mai, dando vita a «una serie di dissonanze parallele»[102]. Il che significa che l'evoluzione dell'ordinamento «in maniera conforme al tempo»[103] dipende dal continuo «farsi del problema sistema e di quest'ultimo problema», nel senso che occorre operare affinché il problema, così come risolto interpretativamente, «non rimanga un *ex abrupto* o un osare che pencola nel vuoto, ma trovi precisa collocazione nel sistema» ricostruito sotto la sua spinta, assicurando così che l'attingimento di ulteriori equilibri sistematici avvenga trovando sempre una «nuova misura in cui il momento della realtà debba coniugarsi con quello della forma»[104].

Ciò chiarito, si potrebbe ancora ricordare come, «in nome di una oggettività di tipo funzionale»[105], sia ormai da tempo mutato lo spazio dell'autonomo esercizio del potere amministrativo[106], che non è più riconoscibile in base alle geometriche trame che delimitano le «vecchie mura dello stato tradizionale», ma segue «una linea spezzata fatta di rientranze» verso il lato dell'autorità e talvolta verso il fronte corrispondente della libertà[107], generando una «incertezza di fondo» e il «rischio di perdersi nei labirinti del linguaggio dei concetti»[108]. Tracce significative di una stagione contrassegnata «dal vicendevole sormontarsi» di figure, linguaggi e concetti[109] si ricavano del resto in molti e ormai ben individuati ambiti di entrambi i versanti[110].

Se si vuole tuttavia seguire l'indicata dialettica sistema-problema, non sembra sufficiente limitarsi alla registrazione e descrizione dei fenomeni richiamati, oppure coglierne le conseguenze selezionando e distillando sul piano puramente normativo le diverse regole che compongono quel quadro prescrittivo, composito e plurale che viene significativamente definito, in luogo di diritto amministrativo, con l'espressione «diritto *delle* amministrazioni pubbliche»[111].

---

[102] Così C. Castronovo, *C'è metodo in questo metodo?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 191-192.

[103] C. Castronovo, *Il significato vivente di Luigi Mengoni nei suoi scritti*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 204.

[104] C. Castronovo, *C'è metodo in questo metodo?*, cit., 201-203.

[105] Cfr. G. Berti, *Introduzione*, in Id., a cura di, *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, 1993, 13.

[106] Che comunque, come ricorda V. Cerulli Irelli, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2022, numero speciale, *Il contributo della Sapienza alle codificazioni*, 471, «in ogni esperienza, […] copre solo alcune manifestazioni dell'amministrazione, in termini quantitativi non prevalenti».

[107] Così G. Berti, *Introduzione*, cit., 19 e 15-16, ove si conclude il ragionamento osservando che non si sa più alla fine «se sia l'organizzazione dell'autorità ad occupare spazi di libertà economica o viceversa».

[108] Ivi, 13-14.

[109] Cfr. ancora G. Berti, *op. ult. cit.*, 16.

[110] Cfr. le indicazioni, offerte da ambo i versanti, da V. Cerulli Irelli, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, cit., 474 e ss.; G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 372 e seguenti.

[111] In tali termini è da segnalare, soprattutto, la ricerca di D. Sorace, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 60; poi confluita in Id., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna,

Per fare un passo avanti, infatti, nel tentativo di rintracciare alcune linee di tendenza che consentano di elaborare alcune indicazioni di sistema sullo stato (attuale) dell'autonomia del diritto delle amministrazioni pubbliche, può essere utile soffermare l'attenzione su tre vicende emblematiche: quella delle concessioni, della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, e della rinegoziazione dei contratti pubblici.

3. *Oltre i corsi e ricorsi della grande dicotomia: il campo largo delle concessioni amministrative e la sperimentazione di tecniche composite di governo dei bisogni collettivi inerenti prestazioni e beni*

Si può partire dal già accennato tema delle concessioni amministrative, per molti versi paradigmatico dei corsi e ricorsi registrati in argomento e della parabola storica assunta da certe figure e modelli.

È noto, infatti, che tale istituto ha segnato una dorsale decisiva di affermazione e di sviluppo di alcuni paradigmi del diritto e della scienza dell'amministrazione pubblica. A cominciare dalla fondativa teorica dell'unilateralità dell'azione amministrativa che, con la già veduta elaborazione rannellettiana a cavallo tra Otto e Novecento, ha costituito un momento decisivo del processo di individuazione dell'identità soggettiva della sfera potestativa pubblica (statuale) e di affermazione della sua prevalenza sulla società. Per seguire con l'elaborazione della distinzione tra il formante consensuale e quello autoritario dei rapporti amministrativi[112], che larga parte ha avuto per il consolidamento della specialità delle categorie del diritto amministrativo. Per continuare con la correlazione esistente tra il tipo di potere esercitato dall'amministrazione concedente e le situazioni giuridiche soggettive di chi è controparte del relativo rapporto[113], che è servita

2000, 30, 63 (corsivo aggiunto nel testo). Sul tema, si rinvia agli scritti raccolti in *Ragionando di diritto delle amministrazioni pubbliche in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace*, a cura di S. Torricelli, Napoli, 2024, e in particolare a: C. Marzuoli, *Dal diritto amministrativo al diritto delle amministrazioni pubbliche*, *ivi*, 7; B. Sordi, *Dentro e oltre la tradizione*, *ivi*, 29; G. Falcon, *ivi*, 344; C. Pinelli, *Il diritto amministrativo e le altre scienze giuridiche negli scritti di Domenico Sorace*, *ivi*, 355. Analoghi sforzi di ancorare la specialità del regime amministrativo alle scelte del diritto positivo si rintracciano in A. Bartolini, S. Fantini, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Rimini, 2017, 20-21; B.G. Mattarella, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 119.

[112] Su cui fondamentale resta il lavoro di M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981. Si leggano anche F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; F. Ledda, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1276-1279; B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 508.

[113] Filone inaugurato dallo stesso O. Ranelletti, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1895, 255 ss. (sul cui «enorme impatto» per l'iniziale elaborazione dell'interesse legittimo, si veda F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 53 e ss.); la cui fortuna è chiaramen-

ad affinare i sempre problematici criteri di riparto delle giurisdizioni[114]. Per finire con il confronto con il diritto europeo che ha determinato una inversione delle prospettive, rivelando come un potere tradizionalmente ritenuto ampliativo[115] delle capacità giuridiche del soggetto istante e inquadrato nella tipica dialettica discendente autorità-libertà frutto della visione statalista dei primi del Novecento, potesse considerarsi come strumento potenzialmente restrittivo della libertà di concorrenza[116] e, quindi, dovesse essere guardato con sospetto e circondato di limiti procedurali e garanzie operative. Ragione per cui, le concessioni ineren-

---

te attestata da G. Silvestri, *Natura giuridica dei diritti nascenti dalle concessioni amministrative di beni demaniali*, Milano, 1950, e in epoca recente da A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Parte generale, Bologna, 4 ed., 2005, 205.

[114] Problematica non risolta neppure a seguito della innovativa previsione, in materia di "atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni o di servizi pubblici", della giurisdizione esclusiva per effetto dell'art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, sulla cui formulazione ambigua e "perplessa", si legga già F. Ledda, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato* (1972), ora in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 170; e sulla cui analisi si vedano, a caldo, gli scritti di R. Lucifredi, V. Caianiello, *I tribunali amministrativi regionali*, Torino, 1972, 144; A. Corasaniti, *La nuova giurisdizione in materia di concessione dopo l'art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *La giurisdizione in materia di concessioni. Atti del convegno tenuto a L'Aquila 3-5 ottobre 1975*, Milano, 1976, 13; F. Delfino, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni*, ivi, 45; P. Gotti, *La giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali in tema di individuazione dei provvedimenti di concessione di beni o di servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, II, Rimini, 1987, 521. Su alcuni problemi interpretativi e applicativi del criterio e sulla portata, in particolare, della riserva alla giurisdizione ordinaria delle controversie concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi, si vedano: M. Ramajoli, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporto concessorio*, in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita, a cura di, *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 358; Id., *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Torino, 2012, 173; C. Mignone, *Sub art. 5*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano, Padova, 2001, 603 e ss.; R. Garofoli, *Giurisdizione in materia di concessione di beni pubblici*, in F. Caringella, R. De Nictolis, R. Garofoli, V. Poli, *Il riparto di giurisdizione*, II, Milano, 2005, 1091. In giurisprudenza, dopo Cass., sez. un., ord. 9 agosto 2018, n. 20682, in *Foro it.*, 2018, I, 3539, con nota redazionale di A. Travi, che attesta l'esistenza di un indirizzo uniforme volto ad affidare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in cui si discute sulla asserita violazione degli obblighi nascenti dal rapporto concessorio» (quali quelle sulla stessa esistenza del rapporto, sulla durata, sulla rinnovazione della concessione), con esclusione delle controversie su profili che abbiano contenuto meramente patrimoniale, rispetto ai quali non assumono rilievo interventi dell'amministrazione a tutela di interessi generali o coinvolgenti l'esercizio di poteri discrezionali, Cass., sez. un., ord. 18 dicembre 2018, n. 32728 e ord. 8 luglio 2019, n. 18267 (quest'ultima massimata in *Dir. proc. amm*., 2020, 506, con il commento di C.E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*) hanno invece rimesso in discussione il riparto relativamente alle questioni concernenti la fase esecutiva del rapporto (come quelle in tema di recesso, adempimento e inadempimento), salvo che la pubblica amministrazione non eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge. Cfr. le letture critiche che di tale nuovo indirizzo hanno dato C.G.A., sez. giur., 16 ottobre 2020, n. 935, in tema di decadenza senza indennizzo di una concessione di gestione di un parcheggio, e Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2023, n. 4086, in tema di risoluzione in danno del concessionario di una concessione di gestione di una piscina comunale.

[115] Cfr. G. Silvestri, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir*., VIII, Milano, 1961, 370.

[116] F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir*., *Annali*, I, Milano, 2007, 250; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 5 ed., Bologna, 2022, 188; *amplius* S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 26 e seguenti.

ti l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi sono ormai (nuovamente) considerate contratti a titolo oneroso, il cui corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto, o in tale diritto accompagnato da un prezzo[117]. Tutti fronti problematici che restituiscono, da prospettive diverse, il senso complessivo del progressivo scostamento di antichi paradigmi potestativi da un chiaro e ben definito modello[118] e la loro evolutiva combinazione in operazioni a valenza per lo più organizzativa[119] che danno vita a innovative forme di concorso e di partenariato con la realtà polifunzionale esterna all'amministrazione[120].

Anche il versante delle concessioni di beni pubblici, per molti aspetti sviluppatosi all'ombra delle tensioni che hanno caratterizzato i tornanti appena evocati, si rivela particolarmente utile per sviluppare alcune riflessioni più generali, evidenziando subito il problema di una categoria che si colloca nella terra di mezzo tra la disponibilità della cosa in sé e gli usi molteplici per i quali la stessa è strumentale, con conseguente spostamento del baricentro dell'analisi dalla mera qualificazione formale del rapporto concessorio alla sostanziale «commistione tra sfere di interessi» che si realizza nell'uso particolare concesso[121]. E lasciando intuire, in ragione del diverso grado di collegamento (non necessariamente conflittuale) riscontrabile tra i bisogni collettivi tradizionalmente considerati come la destinazione naturale dei beni pubblici e l'attività economica che su di essi o attraverso

[117] Cfr. R. Caranta, *Concessione di opere e di servizi*, in *Enc. dir*., *Agg*., V, Milano, 2001, 240; V. Ferraro, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la Direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2014, 835; G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE*, ivi, 2015, 101; G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d. lgs. n. 50/2016)*, ivi, 2018, 505; L. Saltari, *Le concessioni amministrative. Uno strumento antico, capace di rinnovarsi*, in *Giornale dir. amm*., 2020, 409; M. Ceruti, *L'istituto euro-unitario delle concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione (Parte I)*, in *Urb. app*., 2020, 745; Id., *L'istituto euro-unitario delle concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione (Parte II)*, ivi, 2021, 5.

[118] Come avverte, sin dal paragrafo introduttivo, F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, cit., 250.

[119] Secondo una traiettoria di pensiero messa in evidenza, sulla scia degli studi di Zanobini, Miele e Giannini, da F. Trimarchi, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967, e ripresa da E. Capaccioli, *Intervento*, in *La giurisdizione in materia di concessioni. Atti del convegno tenuto a L'Aquila 3-5 ottobre 1975*, cit., 99; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, I, 2 ed., Padova, 1983, 321, 323; F. Pellizzer, *Le concessioni di opera pubblica. Caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990, 185, 340 e ss.. Cfr. in argomento M. D'Alberti, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur*., VIII, Roma, 1988, 7; D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl*., III, Torino, 1989, 286, 298; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 185. Echi di tale lettura organizzativa del fenomeno in esame si rinvengono nella giurisprudenza del riparto, come attesta il confronto tra Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro i*t., 1991, I, 3405, in tema di concessione di costruzione di opere pubbliche, e Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989, *ivi*, 1996, I, 1363, con nota di F. Caringella, in tema di società per azioni costituita da un comune per la gestione di un parcheggio comunale.

[120] Come messo in evidenza da G.D. Comporti, *Le concessioni di beni pubblici: quel che resta dell'antico ius privilegium dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2024, 249 e seguenti.

[121] Come evidenziato nell'importante studio di B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 6.

essi viene svolta dal concessionario[122], le «innumerevoli increspature» che connotano una realtà effettuale estremamente variegata e polimorfa.

Rinviando ogni approfondimento a quanto scritto di recente in argomento, in questa sede è sufficiente richiamare l'attenzione su un dato problematico di fondo: la necessità di conciliare le potenzialità funzionali di uno strumento che è apparso utile incentivare «appoggiandosi» alle strutture e capacità dei privati per fornire utilità collettive[123] non solo per la sua capacità di esprimere una «penetrante disciplina di una attività economica»[124] ma anche per l'idoneità funzionale a definire, «anche in termini identitari, gli ambiti stessi di vita del cittadino» e le coordinate di sviluppo di ciascuna comunità[125], con il carattere ancora eminentemente soggettivo, diseguale e particolare del meccanismo attributivo di una situazione privilegiata[126]. L'essere, cioè, la concessione per sua natura una «disciplina fatta caso per caso»[127] e, dunque, riflettente una sostanziale arbitrarietà decisoria e una certa insensibilità al principio di uguaglianza e di pari opportunità, che possono divenire facile veicolo di affermazione di rendite di posizione di tipo anche politico-elettorale, o più semplicemente clientelare, richiede l'individuazione di tecniche composite e articolate di soddisfazione dei bisogni collettivi che fanno da sfondo alle singolari decisioni costitutive delle possibilità di azione del concessionario: tecniche che sfuggono al riduttivo dualismo autorità-libertà riflesso dal tradizionale antagonismo tra moduli di azione negoziale e autoritativi.

Sciolte le tensioni polarizzate sugli assetti potestativi che si fronteggiano nei rapporti concessori, e recuperato al centro della scena il fondamentale valore della cosa intesa come risorsa in grado di procurare vantaggi e utilità mediante le decisioni assunte in ordine ai suoi possibili usi concreti, entrano in gioco i nodi fondamentali della scarsità[128] della medesima risorsa e della rivalità delle destinazioni, per gestire i quali soccorrono tre vie[129]. Anzitutto, la via eurounitaria della

---

[122] Cfr. per una visione di sintesi V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu,, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, II, *Parte speciale e giustizia amministrativa*, 5 ed., Bologna, 2005, 219.

[123] Così F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, cit., 263.

[124] Cfr. M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 322; Id., *Concessioni amministrative*, cit., 7.

[125] Cfr. P.M. Rosa Salva, *I beni immobili pubblici. Valorizzazione e affidamento tra concessioni e contratti*, Napoli, 2024, 43 ss., 173-179.

[126] G.D. Comporti, *Le concessioni di beni pubblici*, cit., 268.

[127] Come messo in evidenza da U. Pototschnig, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque* (1968), ora in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 227.

[128] Che è il primo problema della condizione umana, in quanto è un prodotto del permanente disequilibrio fra i progetti dell'uomo e quanto l'ambiente esterno offre: il che genera la necessità di agire e fonda i rapporti di cooperazione sociale e le relazioni di potere, come sottolineato da L. Infantino, *Potere. La dimensione politica dell'azione umana*, Soveria Mannelli, 2013, 22 e 181.

[129] Cfr. *amplius* G.D. Comporti, *Le concessioni di beni pubblici*, cit., 269, 271 ss., 274.

concorrenza (riservata alla concessioni demaniali marittime[130], ma anche lacuali e fluviali, per finalità turistico-ricreative, così come a quelle del posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche) che costringe le pubbliche amministrazioni ad adottare procedure comparative costruite in modo da privilegiare la proposta di gestione privata del bene che offra, per orizzonti temporali limitati e senza alcuna aspettativa di rinnovo del rapporto (c.d. diritto di insistenza) alla sua scadenza[131], maggiori garanzie di proficua utilizzazione delle risorse dallo stesso ritraibili nell'ottica della bilanciata realizzazione dei differenti interessi in gioco[132]. In secondo luogo, la via di un adeguato governo preventivo, programmatico e prospettico degli usi rivali del territorio, che valga a immaginare politiche della città[133] in grado di affrontare, con la dovuta «consapevolezza dei processi trasformativi» in atto[134], le sfide della sostenibilità dei contesti antropizzati, è indicata per le concessioni di occupazione di suolo pubblico, che riguardano spazi contesi perché costituenti «ambit(i) di incidenza e di compresenza di una pluralità di interessi pubblici»[135], sui quali si giustappongono e si confrontano aspettative diverse non di distinti potenziali operatori che ambiscono a ritrarre utilità economiche dall'uso della stessa *res* ma espressive di politiche differenti e tra loro rivali in ordine agli usi possibili della stessa risorsa. Infine, sull'evolutivo fronte delle risorse a uso sussidiario e solidale, e con riferimento anche a quel tesoro «dormiente», abbandonato e inutilizzato composto da migliaia di beni culturali sparsi sul territorio che attendono di essere usati e rivitalizzati[136], si apre la pro-

[130] Su siffatta "storia stratificata nel tempo" si veda, di recente, l'efficace sintesi di M. Macchia, *Le concessioni balneari e il pragmatismo concettuale*, in *Giorn. dir. amm*., 2025, 5.

[131] Come precisato da Cons. stato, sez. VII, sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4479, nn. 21 e ss. della motivazione, «in sede di rinnovo, il procedente concessionario va posto sullo stesso piano di qualsiasi altro soggetto richiedente lo stesso titolo, senza necessità di particolare motivazione con riferimento al diniego della richiesta di rinnovo e alla indizione di una gara». Sull'assetto precedente, si veda la ricostruzione di S. Cassese, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in *Giornale dir. amm*., 2003, 355.

[132] Sulla multifinalità della tutela della concorrenza, si veda in generale M. Ramajoli, *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir*., *I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 294.

[133] Cfr. P. Urbani, *Ripensare la città o la città contemporanea? Note a margine*, in *Dir. e proc. amm*., 2021, 831 e ss., il quale conclude osservando che «il tema centrale rimane il progetto che se non è condiviso e quindi partecipato al vuoto urbano sostituisce un pieno urbano senza senso». Cfr. anche Id., *Alla ricerca della città pubblica*, in *Riv. giur. ed*., 2023, II, 6, per la «percezione di un'amministrazione locale incapace di svolgere un'adeguata azione di ponderazione degl'interessi pubblici e privati ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico».

[134] S. Amorosino, *L'effettività delle regolazioni del territorio al tempo dell'urbanistica "liquida"*, in *Urb. app*., 2022, 616. Cfr. anche Id., *La regolazione del mercato territorio. Per un diritto urbanistico effettivo*, Torino, 2023; P. Urbani, *Lo stato dell'urbanistica. Viaggio nella disciplina e nella società*, Torino, 2024.

[135] Secondo la definizione di S. Amorosino, *La complicata disciplina dei dehors di ristoranti e bar su strade e piazze pubbliche*, in *Urb. app*., 2023, 719.

[136] Il riferimento è alla mappatura e ricognizione territoriale dei beni culturali abbandonati avviata dalla Direzione generale Archeologia Belle Arti e Paesaggio del Ministero della Cultura, di cui dà atto G. Sensi, *Beni abbandonati, l'Italia si desti*, in *Corriere della Sera*, 11 marzo 2025, 36, citando anche alcuni progetti di rigenerazione di spazi pubblici (come Piazza Garibaldi, intorno alla Stazione centrale di Napoli) che vedono la partecipazione attiva di cooperative sociali e attori del terzo settore.

spettiva della valorizzazione del ruolo attivo[137] dei vari attori della società civile, in un clima caratterizzato non solo dalla contrazione delle risorse finanziarie pubbliche e delle competenze progettuali e tecniche delle burocrazie ma anche dalla rinnovata sensibilità verso la capacità di singole persone, comunità e associazioni di cogliere, dal basso, in modo più immediato, genuino e puntuale i bisogni specifici provenienti dal tessuto sociale di riferimento e di attivarsi per ideare, organizzare e realizzare obiettivi di benessere, inclusione e di giustizia sociale[138]. Di qui, nella direttrice della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, u. c., l'impulso alla sperimentazione di sempre più sofisticati meccanismi di cooperazione tra soggetti pubblici e privati, o se si vuole di forme di partenariato sociale e collaborativo (come quelle previste dal Codice del Terzo Settore del 2017 tra cui svetta la co-progettazione, e contemplate dal Codice dei contratti pubblici del 2023, come l'amministrazione condivisa, il contratto di comodato di beni non utilizzati o la concessione d'uso a canone agevolato), che sono profondamente diversi da quelli che ormai popolano il campo degli affidamenti pubblici e delineano operazioni negoziali che «non si basa(no) sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private […] secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»[139].

In complesso, il campo di osservazione delle vecchie concessioni amministrative, in tutte le vedute articolazioni evolutive, riflette non solo il vichiano rincorrersi delle stagioni ma, anche e soprattutto, il progressivo delinearsi di un composito quadro di tecniche decisorie diverse che sembra sfuggire alle letture e classificazioni astratte tipiche delle riduttive architetture di sistema e risponde, piuttosto, alla logica pragmatica, adattiva e combinatoria dei problemi sul tappeto per una rinnovata e composita *governance* effettiva dei bisogni che le persone manifestano verso attività, prestazioni e le forme di uso particolare di determinati beni.

[137] Secondo una prospettiva di ricerca che parte almeno da F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, e arriva a G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Roma-Bari, 2006.

[138] Cfr. i riferimenti citati in G.D. Comporti, *Le concessioni di beni pubblici*, cit., 283.

[139] Come osservato da Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *Giur. cost.*, 2020, 1439, con nota di G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo settore*.

4. *La parabola della responsabilità civile da attività amministrativa illegittima, o da mancato esercizio di quella doverosa: i limiti di un'autonomia di sistema inseguita senza aderenza ai problemi di tutela effettiva degli interessi lesi*

La responsabilità civile quale «specola privilegiata di lettura dell'intero ordinamento», perché «istituto giuridico di primo impatto sul quale si riflette in presa diretta il mutamento sociale»[140], offre una prospettiva privilegiata di osservazione delle parabole evolutive[141] che si registrano in tema di (tutela delle) posizioni giuridiche soggettive nei due rami dell'ordinamento.

Per un verso, nel diritto privato la comparsa negli anni Sessanta del secolo scorso di una nuova generazione di giuristi, con sensibilità diversa da quella dei codificatori e dei primi interpreti del codice civile e attenti anche ai valori costituzionali, ha propiziato una nuova lettura del dato normativo di riferimento, determinando il passaggio da una logica di tipicità a una di atipicità dell'illecito e, di conseguenza, spostando l'attenzione sulla vittima che subisce la lesione e sulla necessità di proteggere tutti gli interessi meritevoli di tutela[142]. In questo contesto, la scomposta evoluzione di un istituto dalle «mobili frontiere»[143], divenuto nei decenni successivi straripante e non sempre dogmaticamente controllato[144], è avvenuta all'insegna di una sperimentazione per eccesso delle forme di tutela di valori e interessi (anche emergenti) della persona umana, «secondo l'evolversi della coscienza sociale e del sistema giuridico generale»[145].

Diversamente, invece, nel diritto pubblico il tentativo di elaborare «principi propri e specifici»[146], muovendo dalla condivisa esigenza di declinare i margini del rivendicato specialismo disciplinare, ha condotto alla elaborazione di formule

---

[140] Così C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 80.

[141] Si mutua qui il fraseggio del noto saggio di F.D. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643.

[142] Cfr. M. Franzoni, *La responsabilità civile e gli ottant'anni del codice civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1444-1445. Cfr. anche G. Alpa, *Il problema della responsabilità civile. Prefazione alla ristampa anastatica del libro di Stefano Rodotà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 422.

[143] Cfr. F. Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 59.

[144] Cfr. C. Salvi, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 125; S. Rodotà, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, *ivi*, 1984, 595; F. Galgano, *La commedia della responsabilità civile*, *ivi*, 1987, 191; D. Messinetti, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, *ivi*, 1992, 173; G. Ponzanelli, *L'imperialismo della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2016, 221; M. Franzoni, *La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane*, ivi, 2022, 5.

[145] Come chiosato da Corte cost., 10 maggio 1999, n. 156, in *Danno e resp.*, 1999, 871.

[146] A cui si dedicò, sin dalla fine dell'Ottocento, una schiera di giuristi, tra i quali si può citare G. Vacchelli, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Milano, 1892, 205. Cfr. in argomento le ricostruzioni di M. Santilli, *Il diritto civile dello stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, 145; G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991, 480.

astratte che raramente si sono dimostrate adeguate a cogliere le evoluzioni in atto della società e a soddisfare le emergenti istanze di considerazione e di tutela delle posizioni giuridiche coinvolte nell'esercizio del potere amministrativo[147]. Condizionata dalle peculiari vicende del sistema domestico di riparto delle giurisdizioni, la problematica è stata a lungo relegata nel rarefatto mondo dominato dalle note dicotomie elaborate per ragioni di equilibrio generale del sistema giuridico[148], perdendo l'occasione per il consolidamento della parte garantista del perseguito disegno autonomistico e propiziando lo sviluppo di indirizzi giurisprudenziali per lo più negativi e «dalle linee molto rigide ed uniformi»[149].

Solo il cambio di paradigma[150] determinato da alcune riforme processuali approvate sul finire degli anni Novanta del secolo scorso per rendere più effettivo e completo un sistema rimediale[151] che fino a quel momento aveva vissuto in una situazione di «relativa quiete»[152], conoscendo soltanto episodici «aggiustamenti»[153] che non ne avevano modificato le linee di fondo, ha gettato le basi per una nuova lettura dell'antico problema della responsabilità.

Sul finire del Novecento, infatti, preso atto «dell'inadeguatezza dell'ormai consolidato (per i suoi critici "pietrificato") indirizzo interpretativo» volto ad escludere la risarcibilità dell'interesse legittimo[154], la Suprema Corte di Cassazione ha operato un deciso *revirement* superando l'ostacolo costituito dalla tradi-

---

[147] Il distacco tra "formule e realtà" è stato evidenziato da E. Cannada Bartoli, *Introduzione alla responsabilità della pubblica amministrazione in Italia*, in Id., a cura di, *La responsabilità delle pubblica amministrazione*, Torino, 1976, 30.

[148] Sul reciproco condizionamento tra problema della responsabilità e sistema di giustizia amministrativa, si veda già G. Miele, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione*, in *Foro it*., 1963, IV, 26; nonché E. Cannada Bartoli, *Introduzione*, cit., 13; F. Satta, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir*., XXXIX, Milano, 1988, 1370.

[149] Come notato da G. Miele, *Risarcibilità dei danni*, cit., 30. Per una rassegna degli orientamenti della giurisprudenza, si rinvia a A. Torrente, *Sulla responsabilità della pubblica amministrazione (anni 1947-1952)*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1952, 997. Per un'analisi più aggiornata, si veda la sintesi offerta da E. Follieri, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm*., 1998, 253.

[150] Per uno sguardo d'insieme, di tipo comparato, si veda E. Garcìa de Enterrìa, *Las Transformaciones de la justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. Un Cambio de Paradigma?* (2007), trad. it. e saggio introduttivo di S.R. Masera, Milano, 2010. Per l'analisi della vicenda italiana, si rinvia a G.D. Comporti, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in Id., a cura di, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016, 14.

[151] Accenni in F. Figorilli, *La giustizia amministrativa*, in *Le riforme amministrative*, a cura di A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli, Bologna, 2024, 356. La vicenda è compiutamente ricostruita da F. Caringella, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2005 n. 205*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Milano, 2001, 631.

[152] A. Proto Pisani, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it*., 2009, V, 374.

[153] L. Mazzarolli, *Profili evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Atti del convegno celebrativo Cento anni di giurisdizione amministrativa. Per il centenario dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato* (Torino 10-12 novembre 1989), Napoli, 1996, 201.

[154] Come riconosciuto, senza peraltro esiti nel relativo giudizio di legittimità, da Cass., sez. I, 3 maggio 1996, n. 4083, in *Danno e resp*., 1997, 59, con il commento di A. Palmieri. La «indubbia gravità e particolare

zionale lettura dell'art. 2043 c.c. che identificava il "danno ingiusto" con la sola lesione di un diritto soggettivo, in quanto determinante una «isola di immunità e di privilegio» per il potere pubblico che mal si concilia con le più elementari esigenze di giustizia.

La portata rivoluzionaria della sentenza n. 500/1999 è rimasta però limitata all'ambito delle enunciazioni di principio e non ha inciso, come era lecito attendersi, sullo sviluppo di un ripensato approccio rimediale che «ripudia il formalismo e fa professione di realismo e di fattualità»[155]. O, meglio[156], ha finito per rivitalizzare la tradizionale azione costitutiva di annullamento riducendo l'illecito a mera occasione per attivare gli strumenti di reazione idonei ad incidere su precedenti decisioni distributive di beni e risorse e attribuire a chi ne ha diritto l'utilità pretesa, rendendo pertanto percorribile solo in via residuale e complementare la via della compensazione delle perdite subite. Via che ha finito così per assumere una funzione minimale nell'economia dei rimedi esperibili, non già nel senso indicato dalla Corte di Cassazione di «misura minima e perciò necessaria di tutela di un interesse»[157], ma in quella divisata dal Consiglio di Stato di misura residuale entro un sistema che consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse legittimo sia stato (satisfattivamente) impiegato quale strumento di conformazione dell'attività amministrativa[158].

---

attualità» del problema è stata riconosciuta, con richiami alla citata decisione della Cassazione, anche da Corte cost., ord. 8 maggio 1998, n. 165, in *Foro it.*, 1998, I, 3485, con nota di R. Caranta.

[155] Come messo in evidenza da S. Mazzamuto, A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 2; A. Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1213. Cfr. anche A. di Majo, *Rimedi contrattuali*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, 1031 ss., il quale sottolinea come il rimedio sia «a stretto ridosso della violazione» e più vicino «alla realtà delle cose».

[156] Come evidenziato in G.D. Comporti, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, cit., 18-19.

[157] Cass., Sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, punto n. 12.2 della motivazione, in *Foro it.*, 2009, I, 731.

[158] Parte della giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di poter ricavare simili affermazioni dai principi costituzionali. Per esempio, Cons. stato, sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2280, in *Foro amm., C.d.S.*, 2002, 897, ha sostenuto che la «effettività della tutela del cittadino nei confronti dell'attività provvedimentale o materiale della pubblica amministrazione, predicata a livello costituzionale dagli articoli 24 e 113, impone di non considerare la tutela restitutoria o ripristinatoria come eventuale o eccezionale, limitata ad ipotesi residuale, ed anzi spinge a ritenere che proprio la tutela risarcitoria patrimoniale deve essere considerata sussidiaria rispetto alla prima, con la conseguenza che essa deve considerarsi praticabile solo quando quella restitutoria non possa essere conseguita con successo». Altre volte si è richiamato il «doveroso contemperamento dei principi di civiltà giuridica conseguenti al riconoscimento della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi con quelli di doverosa tutela degli interessi anche patrimoniali dell'amministrazione» (Cons. stato, sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1684, in *Foro amm.*, 2001, 400); o si è fatto appello ai principi di coerenza dell'ordinamento e di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico. Simili prospettazioni hanno alimentato una linea di pensiero che è giunta almeno fino a Cons. St., Ad. pl., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Foro it.*, 2008, III, 1, secondo cui la vecchia idea del «coinvolgimento costante dell'interesse del singolo nell'interesse della collettività» dimostrerebbe il carattere costituzionalmente indefettibile «della natura principalmente impugnatoria dell'azione innanzi al giudice amministrativo, cui spetta […] non solo di annullare, bensì di conformare l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi» (punto n. VI della motivazione). Anche Corte

A tale esito paradossale si è giunti per il mancato aggiornamento del modello dogmatico di riferimento[159], che ha continuato a essere individuato tralaticiamente nell'illecito aquiliano dell'art. 2043 c.c., che pure incorpora una lettura dei conflitti interferenziali aliena da ogni dimensione relazionale e ripropone, a margine di un dispositivo fin troppo flessibile e problematico come quello dell'ingiustizia[160], il nodo cruciale della selezione e valutazione comparativa degli interessi in conflitto a fronte dell'esercizio illegittimo o del mancato esercizio doveroso del potere amministrativo. Circostanza che ha fatalmente richiamato al centro della scena il giudice amministrativo quale giudice naturale del potere, il quale, all'esito della battaglia sulla pregiudizialità[161] e sulla base del nuovo assetto concordatario del sistema di riparto delle giurisdizioni delineato dalle note decisioni della Corte costituzionale n. 204/2004 e 191/2006 e poi formalizzato dal Codice del processo amministrativo del 2010[162], si è così appropriato della tutela risarcitoria finendo per elaborare ecletticamente un regime speciale che si compone, pure all'esito di un vivace dibattito[163], dei seguenti passaggi argomentativi: a) anzitutto, la decisa negazio-

---

cost., 24 ottobre 2008, n. 351, in *Foro it.*, 2009, I, 606, con riferimento alle conseguenze della risoluzione del rapporto lavorativo dei dirigenti pubblici, ha osservato che forme di riparazione economica come il risarcimento del danno o il pagamento di indennità «non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi", in quanto non attenuano "in alcun modo il pregiudizio […] arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione. Tale pregiudizio, anzi, appare in certa misura aggravato, dal momento che […] la collettività subisce anche un aggiuntivo costo finanziario» (punto n. 2 della motivazione).

[159] Cfr. G.D. Comporti, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, 9 e seguenti.

[160] M. Barcellona, *L'« ingiustizia » del danno e il doppio regime della responsabilità*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei fatti illeciti*, a cura di U. Carnevali, *art. 20143 art. 96 c.p.c.*, Torino, 2011, 91 ss., ha ben messo in evidenza la "radicale inefficienza operazionale" delle sequenza che muove dall'idea della clausola generale, per «il *deficit* di trasparenza e razionalità che è insito in un riferimento che strutturalmente non riesce ad indicare una *ratio* decifrabile o un "oltre" esperibile, e che, perciò, si risolve inevitabilmente in una tautologia chiusa, dove, alla fine, è "ingiusto" semplicemente quel che è […] "ingiusto"». Sul «caleidoscopio semantico» che avvolge la figura, e nel quale «ruotano, sovrapponendosi in modo talvolta confuso, categorie e nozioni i cui significati, nel silenzio definitorio del legislatore, sono stati ricostruiti nei modi più vari», si veda anche la recente analisi di A.M. Benedetti, *Danno ingiusto: a) profili ricostruttivi generali*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, VII, *Responsabilità civile*, diretto da C. Scognamiglio, Milano, 2024, 372.

[161] Sulla quale si rinvia a G.D. Comporti, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in Id., a cura di, *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 73.

[162] Cfr. G.D. Comporti, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 540.

[163] Che ha visto coinvolti i vertici delle due giurisdizioni, com'è attestato, dopo le aperture già manifestate dalla Cassazione *bis* relativa al caso *Vitali* (Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78, con nota di F. Fracchia), dalle sentenze di Cons. stato, ad. pl., 4 maggio 2018, n. 5, in *Giur. it.*, 2018, 1984, con nota di G.D. Comporti, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*; Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *Giur. it.*, 2020, 2530, con nota di G.D. Comporti, *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*, e in *Corr. giur.*, 2020, 1025, con il commento di C. Scognamiglio, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*; Cons. stato, ad. pl., 23 aprile 2021, n. 7, in *Giur. it.*, 2022, 708, con nota di G.D. Comporti, *L'Adunanza delle occasioni perse: responsabilità della P.A. in cerca di qualità*,

ne dell'applicabilità sul versante pubblicistico delle aggiornate possibilità di tutela offerte da una responsabilità contrattuale che è ormai intesa come "relazionale", nel senso che «non è più responsabilità per inadempimento ma responsabilità per violazione della relazione» giuridicamente rilevante che costituisce «la cornice dentro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile»[164]: ciò per effetto della ritenuta irriducibilità del procedimento amministrativo allo schema del rapporto obbligatorio, in ragione della asimmetria tra le parti determinata dall'esercizio «unilaterale del potere nell'interesse pubblico» e dalla connessa posizione di "supremazia" riconosciuta alla pubblica amministrazione[165]; b) quindi, anche a prescindere dalla disciplina speciale tendenzialmente esaustiva della fattispecie rimediale delineata dall'art. 30, comma 2 e ss., c.p.a.[166], l'asserita riconducibilità della responsabilità da illegittimo esercizio della funzione pubblicistica allo schema dell'illecito extra-contrattuale, con la conseguenza che, diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento, in cui la valutazione sull'ingiustizia della lesione è assorbita dal fatto oggettivo[167] della violazione della regola del rapporto tra le parti, assume rilievo centrale l'ingiustizia del danno, «per cui solo se dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica sia derivata per il privato una lesione della sua sfera giuridica quest'ultimo può fondatamente domandare il risarcimento per equivalente monetario»[168]; e l'ulteriore precisazione che, per il resto, «gli elementi costitutivi della responsabilità civile della pubblica amministrazione […] sono quelli di cui all'art. 2043 c.c., ed ossia, sotto il profilo oggettivo, il nesso di causalità materiale e il danno ingiusto, inteso come lesione alla posizione di interesse legittimo, e, sotto il profilo soggettivo, il dolo o la colpa»[169].

---

e in *Foro it.*, 2021, III, 394, con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: così è se vi pare.*

[164] Cfr. per tali profili, soprattutto, C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 66, 71-73. Cfr. anche C. Scognamiglio, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, in *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento (Saggi sulla responsabilità di diritto civile)*, Torino, 2021, 179; A. Nicolussi, *Responsabilità da contatto sociale qualificato*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, VII, *Responsabilità civile*, diretto da C. Scognamiglio, Milano, 2024, 1085.

[165] Così, nell'evidente scia di Ad. Pl. n. 7/2021 cit., Cons. stato, sez. VII, 27 marzo 2023, n. 3094, punto II.1 della motivazione.

[166] Che, secondo C.E. Gallo*, La giurisdizione amministrativa*, Torino, 2024, 121, contiene «la definizione complessiva della disciplina dell'azione risarcitoria», con la conseguenza che è soltanto ad essa «che occorre fare riferimento per individuare gli elementi».

[167] Cfr. da ultimo G. D'Amico, *L'inadempimento in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, IV, *Le obbligazioni*, II, *Le obbligazioni. L'inadempimento. Le vicende. Le specie*, a cura di G. D'Amico, G. Grisi, G. Orlando, T. Rumi, Torino, 2024, 22.

[168] Così ancora Cons. stato, sez. VII, n. 3094/2023, cit., che così prosegue il ragionamento: «Secondo un orientamento risalente dell'Adunanza plenaria, mai posto in discussione, il risarcimento è quindi escluso quando l'interesse legittimo riceva tutela idonea con l'accoglimento dell'azione di annullamento, ma quest'ultimo sia determinato da una illegittimità, solitamente di carattere formale, da cui non derivi un accertamento di fondatezza della pretesa del privato ma un vincolo per l'amministrazione a rideterminarsi, senza esaurimento della discrezionalità ad essa spettante (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 3 dicembre 2008, n. 13; §§ 3.3-3.5)».

[169] *Ibidem*.

L'apparente schematicità di siffatte affermazioni sconta le incertezze e ambiguità sottese al modo in cui ci si è posti di fronte al «complesso e delicato problema» sul tappeto[170]. In effetti, il guardare più all'esigenza sistematica di salvaguardia di un certo equilibrio del meccanismo di riparto delle giurisdizioni[171], ha messo la giurisprudenza amministrativa in condizioni di rivendicare uno spazio di libertà interpretativa rispetto alla sistematica rimediale offerta dal diritto comune che si è tradotta in una politica delle mani libere che ha consentito di ricavare dalla inesauribile tradizione storico-culturale interna[172] – e pure in mancanza di utili indicazioni normative volte a guidare l'indagine e la ricostruzione degli elementi costitutivi della fattispecie[173] – indici di una pretesa autonomia e specialità degli istituti. Questo è, infatti, il risultato realmente prodotto dal citato diritto vivente, se è vero che, a dispetto dall'apparenza assertoria, la parte centrale del messaggio ricavabile dalle sue più recenti manifestazioni risiede nell'affermazione *destruens* della irriducibilità del procedimento amministrativo al rapporto giuridico obbligatorio, che implica la chiusura di ogni proficuo dialogo con il diritto comune. Dopo di che, la parte *costruens* del ragionamento, al di là del compensativo e rassicurante richiamo allo schema aquiliano, sconta ampi margini di incertezza ed elasticità determinati proprio dalla incongruità del riferimento[174] e «dall'effetto rimbombo» provocato dall'insistito utilizzo di un criterio aperto come l'ingiustizia, che sembra più che altro fungere da espediente per «mascherare […] il trasferimento di potere dal legislativo al giudiziario»[175] e, così facendo, per piegare ogni elemento della fattispecie alle rivendicate particolarità ed esigenze operative del potere[176]. Esito nel complesso quanto mai diverso da quello pure auspi-

[170] Cfr. in argomento le riflessioni critiche di F.G. Scoca, *Procedimento amministrativo e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, a cura di M. Andreis, G. Crepaldi, S. Foà, R. Morzenti Pellegrini, M. Ricciardo Calderaro, II, Torino, 2023, 509; C.E. Gallo, *La giurisdizione amministrativa*, cit., 116-118.

[171] Sui limiti di siffatta prospettiva hanno richiamato l'attenzione G. Berti, *Introduzione*, cit., 14, sottolineando come il punto di vista dell'organizzazione della giustizia «adotta i suoi criteri di conoscenza" e "fa pesare le ragioni della sua organizzazione su quelle dell'amministrazione»; G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi* (1998), ora in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, coordinamento di D. Pappano, 3 volumi, Torino, 2019, 44.

[172] Aspetti messi in luce in G.D. Comporti, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 7.

[173] Problema evidenziato a più riprese da A. Travi, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 517. Cfr. anche sui fattori che hanno determinato l'attivismo giudiziale, «che rimane pur sempre il sintomo di una assenza», il generale affresco di G. D'Amico, *Il giudice e la legge*, in *i Contratti*, 2024, 593.

[174] Come dimostrato da C. Castronovo, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, cit., 638-639, «ridurre la questione del danno cagionato dalla p.a. al modello semplice della responsabilità extracontrattuale significa obliterarne la parte più significativa, la quale predetermina i contorni giuridici oltre che materiali del danno, gli indici significativi in grado di indirizzarne la qualificazione».

[175] Cfr. in questi termini L. Nivarra, *"Dentro" e "fuori". Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 93-94.

[176] Cfr. in tal senso le analisi di E. Follieri, *Il «mercato della concorrenza giurisdizionale» per il risarcimento dei danni causati da un atto e comportamento amministrativi illegittimi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2024, 773, 778;

cato da autorevole dottrina solo due anni prima della svolta delle Sezioni unite n. 500, allorché, cogliendo nell'ordinamento segni diffusi dell'imminente crollo del muro dell'irrisarcibilità del danno da lesione degli interessi legittimi, nel prendere le distanze da un diritto speciale alternativamente alimentato da soluzioni pretorie o da normative differenziate, indicava la via dei «vecchi e collaudati arnesi della disciplina codicistica della responsabilità civile […], se convenientemente utilizzati», per gestire adeguatamente le attese domande risarcitorie, ipotizzando in particolare che alla costruzione di una «rete di contenimento» potesse contribuire il «prezioso filtro selettivo dell'ingiustizia del danno»[177]. Un conto è, infatti, ipotizzare la cernita degli interessi rilevanti ai fini risarcitori come «un problema di adeguamento» della regola generale dell'ingiustizia del danno alla peculiarità delle ipotesi[178], altro conto è (stato) fare leva sulla funzione selettiva del giudice per rivendicare un ruolo di «arbitro della giustiziabilità di un interesse»[179].

Il corto circuito logico-giuridico provocato dalla banalizzazione strumentale della dogmatica, «che è fatta di modelli di spiegazione e di qualificazione di fattispecie positive»[180], si è risolto nella mancata distinzione tra tecniche di tutela riguardanti situazioni giuridiche distinte e nella pretesa convergenza tra l'interesse del singolo alla reintegrazione per equivalente monetario della lesione subita e l'interesse generale dell'ordinamento che sta alla base dell'interesse legittimo e della specifica tutela di tipo costitutivo di cui esso gode sul versante pubblicistico[181]. Il che ha comportato, a cascata, notevoli difficoltà applicative che si riflettono su tutti gli indicati profili oggettivi e soggettivi del problema, rendendo

M.A. Sandulli, *Profili critici della tutela risarcitoria nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Liber amicorum per Guido Greco*, cit., 717, ove si osserva che gli elementi di specialità del regime della responsabilità sono «legati all'esigenza di bilanciare il diritto al risarcimento con il principio dell'equilibrio di bilancio, creando una rete di contenimento […] per non esporre il bilancio pubblico a eccessivi esborsi».

[177] Così F.D. Busnelli, *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, 274.

[178] Come precisato dallo stesso F.D. Busnelli, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 339.

[179] Cfr. ancora L. Nivarra, *"Dentro" e "fuori". Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, cit., 89 e ss., il quale chiarisce che la dialettica pieno – vuoto non è riproponibile allorché si tratti di selezionare un interesse giustiziabile perché «il pieno apprestato dal legislatore è di per sé sufficiente a chiudere la partita» (ivi, 90, n. 57), dovendosi considerare l'ingiustizia del danno, più che una clausola generale, «parte di una norma generale (l'art. 2043 c.c.), alla quale è affidato il compito di riepilogare e traghettare dentro lo spazio aquiliano tutte le ipotesi di rilevanza matura – cioè, di giustiziabilità – autonomamente decretate dalla legge» (ivi, 94). Nello stesso senso A.M. Benedetti, *Danno ingiusto*, cit., 377 e 384 e ss., ha chiarito che «non spetta al giudice "bilanciare" interessi contrapposti o «creare» regole di soluzione dei conflitti».

[180] Come giustamente ricorda C. Castronovo, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, cit., 642.

[181] Cfr. F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009, 135.

«avventurosa» la navigazione[182] nel labirinto[183] degli illeciti da esercizio illegittimo della funzione amministrativa[184].

In modo particolare, l'oscuramento della dimensione relazionale che caratterizza il procedimento entro cui prendono corpo i conflitti modali che rendono l'impatto del potere con l'interesse legittimo dei soggetti coinvolti inaccettabile secondo le *regulae agendi* o sproporzionato rispetto allo scopo per cui è ammesso costringe gli interpreti a cercare fuori del rapporto amministrativo, ovverosia nell'occasionale esito decisorio della funzione, il possibile oggetto della tutela risarcitoria. Simile scambio di prospettive (il guardare al bene remoto nella dimensione arelazionale della *Jederman Haftung*, in luogo del bene prossimo coinvolto nell'esercizio della funzione[185]) provoca una singolare moltiplicazione degli interessi / beni tutelati e dei piani di giudizio, nel momento in cui conduce a sostenere che la lesione dell'interesse legittimo determinata dal provvedimento viziato è condizione necessaria ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria, occorrendo altresì dimostrare la spettanza del bene della vita[186] alla cui conservazione o al cui conseguimento è diretto l'interesse legittimo[187]. Bene della vita che, però, «resta fuori dalla portata dell'interesse legittimo», che presidia dall'interno e con funzione strumentale e di garanzia l'*iter* di formazione del provvedimento[188], in quanto si colloca nell'ordine delle conseguenze dell'eserci-

---

[182] Giusta l'osservazione di A. Romano Tassone, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir*., *Agg*., VI, Milano, 2002, 983, secondo cui l'assetto attuale «è ben lungi dal rappresentare il tranquillo ancoraggio in un porto sicuro, ma appare sempre di più, man mano che se ne svelano le implicazioni sistematiche, l'inizio di una navigazione avventurosa, i cui approdi, al momento, posso essere solo sommariamente delineati». Gli fa eco, a oltre due decenni di distanza, A. Zito, *Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione per attività provvedimentale illegittima*, in *Enc. dir*., *I tematici*, VII, *Responsabilità civile*, cit., 820, 833.

[183] Cfr. G.D. Comporti, *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, in *Dir. amm*., 2009, 663; Id., *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, in *Dir. pubbl*., 2013, 521. Situazione che è confermata dall'incidenza limitata sul piano effettivo della tutela risarcitoria, attestata da M. Cafagno, *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della p.a.*, in *Dir. pubbl*., 2008, 773, e da H. Simonetti, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, in *Foro amm*., *T.A.R.*, 2013, 752.

[184] Come da ultimo illustrato in G.D. Comporti, *I requisiti oggettivi dell'illecito e la loro dimostrazione in giudizio*, in *Diritto amm*inistrativo, diretto da F. Caringella, R. Chieppa, B.G. Mattarella, III, *Responsabilità*, Milano, 2025, 151 e seguenti.

[185] Forma di ipermetropia cronica che caratterizza storicamente la nostra amministrazione, impedendole spesso di porsi in presa diretta con i problemi sul tappeto, che è stata segnalata con riferimento specifico alla problematica in esame in G.D. Comporti, *L'Adunanza delle occasioni perse*, cit., 716; e, più in generale, in G.D. Comporti, *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, 2020, 1106.

[186] Cfr. G. Montedoro, *Il danno ingiusto nella prospettiva del giudice amministrativo*, in *Questione Giustizia*, 2018, 156. Nelle parole di Cass., sez. un., n. 500/1999, cit., "potrà pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della pubblica amministrazione abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega".

[187] Così F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, cit., 63 ss., secondo la quale l'ingiustizia del danno non può essere dedotta dalla mera illegittimità, occorrendo anche evidenziare il rapporto causale tra il motivo che rende illegittimo l'atto e il contenuto sfavorevole del medesimo.

[188] Come ribadito da F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 389.

zio del potere[189]. Così che si sostiene, con riferimento specifico al tema maggiormente problematico degli interessi legittimi, che «il mero annullamento di un provvedimento non è sufficiente a fondare la domanda di ristoro per equivalente da parte del ricorrente vittorioso essendo a tal fine necessario un *quid pluris*, consistente nella dimostrazione che in assenza di tale provvedimento egli avrebbe senz'altro avuto accesso al bene della vita correlato all'interesse leso, secondo un giudizio prognostico sulla fondatezza dell'istanza»[190]. E si ribadisce, anche sul versante del danno ingiusto ex art. 2-*bis* della legge n. 241/1990 per la violazione dei termini di conclusione del procedimento, che la responsabilità sarebbe configurabile «solo ove il provvedimento favorevole sia stato adottato, sia pure in ritardo, dall'autorità competente ovvero sarebbe dovuto essere adottato, sulla base di un giudizio prognostico effettuabile sia in caso di adozione di un provvedimento negativo sia in caso di inerzia reiterata, in esito al procedimento»[191].

Siffatta gemmazione di piani e di prospettive, con tutto il relativo apparato di raffinati aggiustamenti e/o slittamenti concettuali[192], dopo la menzionata battaglia sulla pregiudizialità, si è da ultimo spostato sul fronte della tutela dell'affidamento del privato. Tema quanto mai problematico e oggetto di ricostruzioni dissonanti[193] non solo in ordine alla questione del giudice fornito di giurisdizione ma anche sulla natura (autonoma, e «tutelata in sé»[194], o meno) di quel fascio

---

[189] Come notato, in senso critico rispetto a siffatta duplicazione di piani, da F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 313. Perplessità in argomento sono state manifestate, in diverse direzioni, anche da A. Romano, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3223; A. Orsi Battaglini, C. Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487; C. Castronovo, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 1270; A. Falzea, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 681; C.M. Bianca, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, ivi, 692; M. Barcellona, *Responsabilità civile e interessi legittimi: oltre le Sezioni Unite*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 38; C. Scognamiglio, *L'ingiustizia del danno*, cit., 39; F.D. Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 536-536.

[190] Cfr. *ex multis* Cons. stato, sez., IV, 19 giugno 2024 n. 5478.

[191] Così Cons. stato, sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755. Il che richiederebbe, non solo il preventivo accertamento in sede giurisdizionale della illegittimità del silenzio (con la configurazione di «un rapporto di presupposizione tra l'impugnazione del silenzio e il risarcimento del danno da ritardo»: così T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 13 giugno 2024, n. 12002, ove sono citati altri precedenti), ma ancor più, il concreto esercizio della funzione amministrativa in senso favorevole all'interessato, ovvero il suo esercizio virtuale, in sede di giudizio prognostico da parte del giudice investito della richiesta risarcitoria (cfr. Cons. Stato, sez. III, 1 dicembre 2020, n. 7622, ripresa da Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2024, n. 6232).

[192] Segnalati in G.D. Comporti, *Torto e contratto*, cit., 13. Il problema culturale dell'«abuso di finzioni» è evidenziato anche da M. Bussani, *Colpa e responsabilità della P.A. nella lesione di interessi legittimi*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 452.

[193] Su cui si veda la recente messa a fuoco di M. Trimarchi, *Il riparto della giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell'esercizio della funzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2024, 832. Cfr. anche il confronto tra gli indirizzi giurisprudenziali effettuato dall'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa, *La lesione dell'affidamento*, in *giustizia-amministrativa.it*, 30 giugno 2025.

[194] E, quindi, «non nel collegamento con l'interesse pubblico», come sostenuto da Cass., Sez. un., n. 8236/2020, cit.

di situazioni strumentali e modali che, indipendentemente dal contenuto della prestazione finale, riguardano il «reciproco porsi di soggetti» che (emergendo dall'indistinto sociale) si trovano «l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro»[195]. Ciò evidenzia lo scarto esistente[196] tra chi concepisce il rapporto come frammento di un più ampio ambiente di stampo pubblicistico definito dalle forme di manifestazione della funzione, la cui analisi viene condotta attraverso regole di (validità, che incorporano ipotesi di) contemperamento dell'interesse privato con il superiore convitato di pietra rappresentato dall'interesse pubblico[197]; e chi, invece, partendo dallo schema dell'obbligazione che esprime l'idea di cooperazione tra soggetti su un piano di reciprocità e di parità[198], considera il rapporto come la cornice esterna che delimita una fattispecie complessa[199] nel cui ambito i momenti di esercizio o di mancato esercizio del potere amministrativo rilevano come accadimenti storici considerati non solo in vista della realizzazione del risultato finale atteso ma anche nella prospettiva della piena e sicura protezione delle sfere giuridiche implicate dalle conseguenze pregiudizievoli derivanti da possibili condotte illecite. Il che spiega, in definitiva, la difficoltà di emanciparsi dalla sovrapposizione dell'illiceità con l'illegittimità dell'atto e la difesa a oltranza

[195] C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 66.

[196] Su cui si rinvia a G.D. Comporti, *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*, cit., 2535.

[197] Cons. stato, ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5, in *Foro it.*, 2015, III, 282. Come riconosce R. Greco, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, in *giustizia-amministrativa.it,* 9 maggio 2020, 14-15, la ragione di tale costruzione è da rintracciare nella «riluttanza della giurisprudenza amministrativa ad ampliare oltre misura, anche attraverso peculiari costruzioni della relazione tra P.A. e amministrati, l'area della risarcibilità per il rischio di compromettere i delicati equilibri istituzionali connessi alla presenza in tale relazione dell'interesse pubblico».

[198] Cfr. in tal senso A. Nervi, *Disciplina generale del rapporto obbligatorio e obbligazioni della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 44.

[199] S. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 647 ss., chiarisce bene che «il nostro ordinamento, esaltando il ruolo della buona fede, ha infatti abbandonato l'idea romanistica dell'obbligazione come rapporto lineare ai cui estremi si collocano il debito ed il credito, a vantaggio di una configurazione in termini di rapporto complesso, ove attorno alla prestazione principale si coagula una costellazione di obblighi di natura accessoria, la cui finalità è di assicurare la piena realizzazione di tutti gli interessi per il soddisfacimento dei quali il vincolo è sorto o che comunque a tale vincolo necessariamente si ricollegano. Tra di essi, gli obblighi di protezione, i quali rappresentano, per l'appunto, una delle ipotesi di concretizzazione del principio di buona fede e onerano debitore e creditore del compito di impedire che nel corso ed a causa dell'esecuzione del rapporto obbligatorio si producano reciprocamente danni alla persona o alle cose della controparte». Sui riflessi di tale articolazione del rapporto in ordine alla scansione delle sue patologie a fini rimediali, sul «carattere procedimentale» dell'inadempimento, e sulla configurazione di un «serbatoio di rimedi […] in funzione della tutela più efficace e completa delle parti», cfr., ancora, ivi, 650-652 e ivi, n. 45; spunti ripresi dalla recente ricerca di C. Rendina, *Oggetto dell'obbligazione e tutele del credito*, Torino, 2024, 185-188. Sulla riscoperta della componente relazionale e cooperativa dell'obbligazione si vedano altresì A. di Majo, *Dominio e relazione nell'obbligazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 216; G. Grisi, *La categoria dell'obbligazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, IV, *Le obbligazioni*, I, *Le obbligazioni. Le disposizioni preliminari. L'adempimento*, a cura di R. Alessi, G. Grisi, A. Nicolussi, G. Portonera, Torino, 2024, 62 ss., 65, 140.

della tecnica di bilanciamento degli interessi in gioco[200], quale manifesto irrinunciabile della soggettività e volontà propria del giudicante[201], rispetto alla più stringente e meglio controllabile metodica della sussunzione[202] di un dato singolo ad una classe attraverso l'accertamento dell'adempimento / inadempimento di regole di salvaguardia e attuazione di un rapporto, che opera quale struttura disciplinare complessa che attribuisce *ex ante* ai singoli elementi «la loro determinazione di senso»[203] giustificando, coerentemente con tale premessa, tanto il rachitismo che caratterizza il successivo giudizio di responsabilità quanto la levità degli oneri probatori che gravano sul danneggiato[204].

In definitiva, la vicenda descritta evidenzia tutti i limiti di una metodica divisionale[205] che eleva la storia e la tradizione domestica di istituti a perenne fattore di isolamento / estromissione degli stessi dal vivificante confronto con le figure che popolano altri versanti dell'ordinamento, a cominciare da quel diritto

[200] Come riconosce L. Maruotti, nella *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consigli di stato*, Roma, 5 febbraio 2024, 10, «nel risolvere le controversie tra Amministrazione e privati […], il giudice amministrativo svolge un ruolo di mediazione per dirimere il conflitto, con l'effetto di 'rafforzamento istituzionale', attraverso il quale egli, senza sostituirsi alla pubblica Amministrazione, indirizza i pubblici poteri, potenziandone la credibilità». La «logica chiaroscurale del bilanciamento» è chiarita da E. Scoditti, *Per una teoria costituzionale dell'interesse legittimo*, in *Foro it*., 2022, V, 164, richiamando le «relazioni di prevalenza o subordinazione» che si stabiliscono all'interno della ponderazione con interessi/principi concorrenti e che rivelano «il limite di tolleranza della compressione» che corrisponde alla massima tutela consentita dal caso. La teorica della "compressione" risale agli albori della elaborazione dell'interesse legittimo, come attesta O. *Ranelletti*, nota a Cass. Roma, sez. un., 27 marzo 1893, in *Foro it*., 1893, I, 475.

[201] Così N. Irti, *I cancelli delle parole*, cit., 68.

[202] Sulla cui importanza richiama l'attenzione, in generale, A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 638; e, quale tipica forma applicativa delle regole del rapporto, C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 328, 367-374. Chiarisce la diversità delle due prospettive anche E. Scoditti, *Per una teoria costituzionale dell'interesse legittimo*, cit., 169, precisando che quando la regola legislativa fissa «il punto di bilanciamento fra solidarietà e inviolabilità […] al giudice spetta sussumere il caso concreto nella fattispecie astratta». Cfr. altresì G. D'Amico, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ*., 2016, 473; Id., *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno per il novantesimo compleanno*, I, Napoli, 2018, 689 ss., il quale, pure avvertendo che la sussunzione non va intesa come operazione puramente logica e/o di tipo meccanico, implicando il compimento di operazioni valutative tanto nell'individuazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale (che è il risultato dell''interpretazione di disposizioni normative) e della premessa minore (che è frutto dalla «costruzione del fatto» ricavato dall'esame di una serie di «eventi temporali») (ivi,, 701 e n. 28), sottolinea che la presenza di una regola predeterminata impedisce al giudice la sua violazione/disapplicazione e sostituzione con una diversa regola frutto di un differente bilanciamento (ivi, 704).

[203] L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir*., XXXIX, Milano, 1988, 1073.

[204] Cfr. per riferimenti G.D. Comporti, *L'Adunanza delle occasioni perse*, cit., 720.

[205] Ben rappresentata da chi, per esempio, sulla scia delle note posizioni della giurisprudenza, suggerisce di resistere alla «suggestione di ritenere che si sia ormai di fronte ad un nuovo tipo di rapporto, nel quale i soggetti si muovono in posizione pari ordinata per la regolazione degli interessi relativi a un determinato bene della vita», anche perché «dietro l'angolo, c'è la negazione delle ragioni dell'esistenza stessa del diritto amministrativo»: così F. Francario, *Cambiamenti del diritto amministrativo e riflessi sulle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riflessioni sul diritto amministrativo che cambia. Atti del XXV Convegno di Copanello (30 giugno - 1 luglio 2023)*, a cura di F. Astone, F. Manganaro, R. Rolli, F. Saitta, F. Tigano, Milano, 2024, 28.

civile che è «il diritto della vita quotidiana dell'uomo comune, immerso in una vicenda quotidianamente vissuta […] per questa sua connaturale carnalità»[206]. Questo sbilanciamento verso una sistematica protettiva che risponde solo a esigenze particolari di equilibrio tra poteri (per lo più giurisdizionali) dello Stato, a discapito del trattamento adeguato dei problemi di realizzazione e tutela delle posizioni soggettive coinvolte nell'esercizio del potere pubblico, oltre a non contribuire alla soluzione degli stessi attraverso la sollecitazione di buone pratiche amministrative che rendano più corretto e funzionale il circuito burocratico, effetto deterrente che potrebbe derivare solo da una efficace pratica allocativa dei rischi risarcitori[207], finisce anche per tradire le diffuse istanze di certezza, uguaglianza e sicurezza giuridica dei rapporti giuridici che alimentano dal basso la dinamica evolutiva dell'ordinamento.

5. *La rinegoziazione dei contratti pubblici: la via verso la formazione di un sistema rimediale nuovo e composito per gestire in modo adattivo le sopravvenienze problematiche di rapporti negoziali*

Illuminante è, da ultimo, la vicenda della rinegoziazione contrattuale, che offre molti spunti interessanti sulla circolarità dei modelli nonché sul reciproco soccorso e avvicendarsi degli istituti in relazione al grado evolutivo dei problemi emergenti nello sviluppo delle fattispecie.

Si tratta di una «significativa innovazione» del codice dei contratti pubblici[208], ritenuta maggiormente conforme all'interesse dei contraenti «e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria» apprestata dall'ordinamento[209], attraverso la quale si è voluto introdurre, a fronte di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto e che siano tali da alte-

[206] Sono parole di P. Grossi, *La storia del diritto in una facoltà giuridica*, oggi, cit., 41.

[207] Cfr. in argomento P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 2 ed., Milano, 2019, 3 ss.; S. Shavell, *Analisi economica del diritto*, ed. it. a cura di A. Baccini e A. Fineschi, Torino, 2007, 36 ss.; M. Bussani, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 281 e ss., il quale ricorda come attorno al motivo "endoprocessuale" che rappresenta «il fine minimo» di ogni azione di responsabilità, «che risulta tanto strettamente dipendente dalla concrete vicende in discussione davanti al giudice, quanto tendenzialmente indifferente alle pretese accademiche di collocarla in un empireo trascendente la realtà in conflitto» (ivi, 280-281), si addensa di volta in volta «un fascio di obiettivi fra loro diversi, e variamente rilevanti», che vanno pazientemente ricostruiti «settore per settore nella luce delle finalità suppletive o complementari che essa può svolgere, all'interno di sistemi complessi come quelli occidentali, al fianco e al pari di ogni altro istituto» (ivi, 305-306).

[208] Così Cons. stato, *Relazione agli articoli e agli allegati*, Roma, 7 dicembre 2022, 23.

[209] Ivi, 23, con specifico riferimento all'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.

rare in maniera rilevante il suo equilibrio originario, un «rimedio manutentivo» a carattere generale consistente nel «diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali» (così espressamente recita l'art. 9, comma 1).

Novità in effetti di non poco conto, se si considera che il principio di rinegoziabilità del contratto non era finora contemplato nella sua portata generale, non solo nell'ambiente pubblicistico tradizionalmente governato dal principio di (tendenziale) immodificabilità soggettiva e oggettiva del contratto e dunque naturalmente ostile a consentire (salvo limitate eccezioni) variazioni contrattuali ritenute elusive delle garanzie dell'evidenza pubblica e foriere di una dannosa lievitazione dei prezzi della commessa[210], ma neppure nel codice civile, ove pure le parti della vicenda negoziale sono considerate in posizione di tendenziale parità e non vengono in rilievo limitazioni dettate dall'evidenza pubblica delle scelte e/o da vincoli di natura economico-finanziaria[211]. Sul versante privatistico, se mai, da tempo si è manifestata insoddisfazione verso il sistema codicistico di governo delle disfunzioni del sinallagma contrattuale[212] che è essenzialmente ricondotto al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467-1469 c.c.). Dispositivo sofferto che, pure avendo saputo bilanciare l'aurea regola *pacta sunt servanda* con la pragmatica clausola *rebus sic stantibus* attraverso una ragionevole ed equa distribuzione dei rischi eccentrici non integranti la normale alea del contratto, così «integrando una bilancia di prestazioni, individuate dalle parti secondo il loro contenuto, con una bilancia delle prestazioni, misurate secondo il loro mutevole valore»[213] nel tempo[214], ha tuttavia «relegato in un angolo, come opzione subordinata all'iniziativa della parte non onerata» la possibilità della conservazione del rapporto determinando così un atteggiamento di «scarsa attenzione» verso il problema generale dell'ammissibilità della rinegoziazione (quale *spe-*

[210] S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, 2 edizione, Milano, 2019, 116. Sulle diverse esigenze da fronteggiare e l'intreccio degli interessi da bilanciare, si vedano: R. Caranta, *I contratti pubblici*, 2 ed., Torino, 2012, 385: M.E. Comba, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, 166; Id., *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2023, 1975-1979; M. Cozzio, *La disciplina dello ius variandi tra regole, eccezioni e nuove soluzioni. Sfide per l'Unione europea e l'Italia*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 755.

[211] Cfr. B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 79.

[212] Tema "eterno" sui cui sviluppi, a partire dalle riflessioni teoriche fiorite nel secondo decennio del Novecento, si rinvia all'ampia analisi di G. Guizzi, *Sopravvenienze contrattuali, inesigibilità della prestazione e rimedi: linee di una vicenda*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 884.

[213] Così R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, IV edizione, Torino, 2016, 1683. Cfr. anche G.B. Ferri, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadr.*, 1988, 54; C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, 4-6, 25 e seguenti.

[214] Sul tema, e in prospettiva anche diacronica e comparata, M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

cies del *genus* revisione)[215] dei contratti di durata. Per svelare una siffatta prospettiva la dottrina ha dovuto guardare allora alla disciplina di speciali tipi contrattuali (come per esempio: il contratto con obbligazioni di una sola parte, l'appalto, l'affitto, il mandato, l'assicurazione)[216], o alle discipline di settore recanti disposizioni di *hard law* (come quelle in tema di subfornitura o di consumo) o di *soft law* (come l'art. 6.2.3 dei Principi *Unidroit*, e l'art. 6:111 dei *Pinciples of European Contract Law*) che contribuiscono ad arricchire le matrici di riferimento e offrono un senso di maggiore sviluppo e flessibilità del sistema[217]. O ancora alle riforme introdotte in Germania nel 2002 e in Francia nel 2016, per arrivare alle recenti sollecitazioni nate in risposta alle emergenze e crisi del momento, tra le quali meritano particolare menzione: a) il disegno di legge n. 1151/2019 presentato dal Governo Conte nel corso della XVIII Legislatura[218], recante delega ad una incisiva revisione di parti essenziali del codice civile e volto a introdurre (ex art. 1, lett. i) il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti»; b) il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito in legge 21 ottobre 2021, n. 147, che ha introdotto uno straordinario procedimento di natura negoziale a mezzo del quale, nel caso in cui la prestazione fosse divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2, un esperto indipendente poteva agevolare le trattative tra l'imprenditore e i suoi creditori per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, con possibilità in caso di esito negativo di ricorrere al giudice al quale, quasi a compensazione dell'unica e contingente sopravvenienza presa in considerazione (cioé la pandemia), è stato riconosciuto l'ampio potere di «rideterminare equamente le condizioni del contratto; c) il Codice della crisi d'impresa (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dall'art. 6 del D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83) il cui art. 17, comma 5, ha eliminato l'intervento del tri-

[215] Così, in particolare, F. Macario, *Revisione del contratto*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, 1043.

[216] Per la cui analisi si rinvia a G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 277; F. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 825 ss.; G. Sbisà, *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contratto e impresa*, 2022, 15. Cfr. anche la aggiornata panoramica offerta da G. Sicchiero, a cura di, *Le rinegoziazioni*, in *Giur. it.*, 2023, 209 e seguenti.

[217] C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, II, 404. Cfr. altresì F. Macario, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunto sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienza*, in *Foro it.*, 2020, V, 102, 107.

[218] Iniziativa che è stata preceduta, accompagnata e seguita da una lunga ricerca svolta dall'associazione Civilisti Italiani negli anni tra il 2017 e il 2021, i cui esiti sono stati raccolti nei due volumi *Materiali per una revisione del codice civile*, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2021.

bunale e, regolando nel dettaglio gli adempimenti dell'esperto nell'ambito della composizione negoziata della crisi, ha sottolineato che «le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni», aprendo verso una più ampia applicazione del meccanismo laddove si comprende anche l'ipotesi in cui la «una prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute». In mancanza di utili indicazioni dal fronte delle locazioni commerciali e degli affitti di rami d'azienda, che ha esibito un certo fermento soprattutto di tipo giurisprudenziale con indirizzi contrastanti[219], se nessuna delle indicate ipotesi di amministrazione in itinere della vicenda negoziale è apparsa in grado di elevarsi a «prototipo utilizzabile per una disciplina generale della rinegoziazione»[220], è tuttavia la visione d'insieme dalle stesse riflessa ad avere fatto emergere la stringente attualità dell'argomento[221] e la crescente consapevolezza maturata in seno all'ordinamento civile circa la necessità di disporre di una modellistica flessibile e connotata da una certa dose di pragmatismo adattivo per governare in modo più soddisfacente le sopravvenienze atipiche[222] che rischino di vanificare l'assetto di interessi programmato ingenerando «nel traffico contrattuale esternalità negative e contrarie a razionalità»[223]. In tale ottica, il principio di buona fede oggettiva ha assunto rinnovata centralità al fine di postulare «la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute»[224]. L'importante apertura si deve all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione che, con la *Relazione tematica* n. 56 dell'8 luglio 2020, ha affrontato *funditus* il tema, osservando che «la

[219] Per la cui analisi si rinvia a M. Ticozzi, *Contratto di locazione: sopravvenienze e modificazione del canone*, in *Giur. it.*, 2023, 229.

[220] G. Sbisà, La *prima norma in tema di rinegoziazione*, cit., 25. Cfr. anche E. Gabrielli, *Il diritto dei contratti a servizio della ristrutturazione d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, 337.

[221] Così E. Tuccari, *Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, *Agg.*, XII, Torino, 2019, 98.

[222] Così R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1708-1711, osservando che «non solo l'onerosità della prestazione in sé considerata, ma anche la sopravvenienza di esigenze nuove e di nuovi criteri di opportunità possono rendere pessimo un contratto ieri ottimo»; e arrivando a sostenere che «l'equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, si sottenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno». Sul tema si legga anche l'analisi di D. Santarpia, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli, 2023, 104 e ss., 224 e ss, ove si specifica che dal contenuto dell'art. 1467 c.c. non è possibile enucleare una definizione di sopravvenienza *tout court* perché «l'imprevedibilità e straordinarietà degli eventi […] non rappresentano i cardini del sistema di distribuzione dei rischi che chiude l'area della sopravvenienza».

[223] D. Santarpia, *La sopravvenienza*, cit., 148.

[224] Così Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione tematica* n. 56 dell'8 luglio 2020 dal titolo "Novità normative sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale". Per un'analisi critica della relazione e degli orientamenti giurisprudenziali successivi, si rinvia a S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali mediante gli obblighi di rinegoziare e di contrarre: un dibattito aperto*, in *Contratto e impresa*, 2023, 875 e seguenti.

risposta all'esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti riletto al lume dei principio di solidarietà e rivitalizzato in un'ottica costituzionalmente orientata attraverso la clausola di buona fede che di quel principio è il portato codicistico»; immaginando anche un percorso di rinegoziazione che si snoda lungo nuove trattative che le parti – dietro domanda del contraente svantaggiato – devono avviare e condurre «in modo costruttivo» e corretto con lo scopo di introdurre «gli aggiustamenti necessari per superare i problemi e le difficoltà che si sono presentati», così evitando di incanalare il rapporto in «quell'imbuto esiziale» che è la sua risoluzione; ipotizzando l'eventuale inadempimento di chi «si oppone in maniera assoluta e ingiustificata o si limita ad intavolare delle trattative di mera facciata», in quanto l'inosservanza dell'obbligo in questione dimora «nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose»[225]; accennando infine al problematico fronte della possibilità di un intervento eteronomo del giudice per l'integrazione del rapporto divenuto iniquo, che viene ritenuto possibile nei limiti in cui «dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale», con una ipotetica apertura anche all'esecuzione specifica ex art. 2932 c.c. dell'obbligo di rinegoziare il rapporto squilibrato – inteso come «obbligo di contrarre le modifiche del contratto primigenio suggerite da ragionevolezza e buona fede» – che attribuirebbe all'intervento giudiziario una doppia valenza: quella di tenere luogo della volontà non finalizzata delle parti e, nel contempo, di determinare «in maniera più larga e considerevole il contenuto, non mutuando un regolamento dettagliatamente precostituito», ma calibrandosi comunque su indicazioni «rigorosamente» tratte in via interpretativa dall'attività di contrattazione svolta dalle parti prima che il processo rinegoziativo si sia interrotto.

I riflessi di tali linee di svolgimento e approfondimento del problema, per quanto non compiutamente segnalate nella Relazione del Consiglio di Stato, si colgono nell'art. 9 del codice del 2023, che a sua volta costituisce l'epicentro di un *corpus* normativo che è rintracciabile nel combinato disposto degli artt. 9, 60 e 120, unitamente all'allegato II.14, così come degli artt. 189 e 192 in tema di concessioni.

[225] Affermazioni che echeggiano, con ogni evidenza, quella dottrina che nel teorizzare in forma più compiuta l'obbligo di rinegoziare, che vuol dire non limitarsi a un mero atto d'impulso della trattativa ma «essere obbligati a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute», aveva da tempo delineato due fattispecie d'inadempimento: il «rifiuto a trattare», che identifica l'atteggiamento della parte che non si attiva minimamente per assicurare la continuazione del rapporto, e la «trattativa maliziosa», che coglie invece il comportamento di chi si atteggia scorrettamente durante le trattative (cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1966, 343 e seguenti).

Senza addentrarci oltre nell'analisi di tale assetto normativo[226], quanto detto pare sufficiente a delineare uno schema del seguente tipo: un problema di tenuta dell'equilibrio del contratto pubblico, colto nella fase esecutiva del rapporto caratterizzata dall'esaurimento dei presidi potestativi di controllo degli interessi in gioco e dalla mobilità degli assetti disciplinari, sollecita risposte che vengono colte allargando lo sguardo oltre ai propri ambiti identitari e viene risolto codificando per la prima volta in chiave generale una tecnica manutentiva (*sub specie* di rinegoziazione) delle condizioni contrattuali da tempo ampiamente dibattuta nel versante civilistico e ivi finora sperimentata solo in via giurisprudenziale e in situazioni speciali ed emergenziali.

Nonostante ciò, salva la meritoria eccezione di chi ha giudicato «affascinanti gli scenari misteriosi innescati da una previsione che profuma di modernità, con particolare riferimento alla mappa dei rimedi, all'enucleazione del riparto di giurisdizione […] e alla praticabilità di interventi giudiziari correttivi caratterizzati da un taglio ortopedico e da una metodica surrogatoria che conduce a una sentenza di carattere costitutivo ex art. 2932 c.c.»[227], gran parte dei commentatori della novità normativa si è incentrata, con analisi calligrafiche per lo più animate dall'intento critico di verificarne la tenuta e compatibilità rispetto a un ambiente poco aperto e flessibile quale quello dell'evidenza pubblica, sulla rilevazione dei problemi della stessa[228], variamente colti o nella prospettiva della sua legittimità costituzionale e compatibilità con il diritto europeo, oppure anche sul versante applicativo. Molti si sono poi prodigati nella compilazione del catalogo dei limiti imposti alla rinegoziazione, pretendendo di ricavare dagli stessi diffusi indici della configurabilità in termini di potere (non negoziale ma) discrezionale della stazione appaltante chiamata ad attivarsi per ricercare soluzioni manutentive del rapporto in funzione dell'indefettibile stella polare che rimane l'interesse pubblico[229], con conseguente qualificazione della situazione soggettiva dell'operato-

[226] Per la quale si rinvia a G.D. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *questa Rivista*, 2024, 36 e ss.

[227] Cfr. F. Caringella, *La filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici: dalla gara al contratto*, in *Manuale dei contratti pubblici*, a cura di L. Carbone, F. Caringella, G. Rovelli, II ed., Roma, 2025, 15-16.

[228] Cfr. per esempio, dopo la letteratura già analizzata in G.D. Comporti, *La rinegoziazione*, cit., 53 ss.: V. Cerulli Irelli, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Contratto e impresa*, 2024, 587 ss., 593, 608-611; G. Balocco e G. Scaccheri, *L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali?*, in *Urb. app.*, 2024, 715 ss.; A. Bianchi, *Questioni in tema di rinegoziazione dei contratti pubblici (art. 9, D. LGS. N. 36 del 2023)*, in *Riv. trim. app.*, 2024, 262 ss., 268 ss., 281; P. Patrito, *Contratti pubblici e clausola rebus sic stantibus*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 1808, 1813.

[229] Cfr. E. Guarnieri, *Rinegoziazione, revisione prezzi e pagamenti (artt. 9, 60, 120, 125)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, 3 ed., Torino, 2025, 1250; S. Spuntarelli, *Sub art. 9*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici. D. LGS. 31 marzo 2023, n. 36. Aggiornato al Correttivo del 2024 e al Decreto infrastrutture 2025*, a cura di R. Villata e M. Ramajoli, 2 ed., Pisa, 2025, 47-49; A. Giordano, *Sub art. 9*, in *Codice dei contratti pubblici. Annotato articolo per articolo. D. lgs. 31 marzo 2023 n. 36 (aggiornato al D. lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 – 'Decreto Correttivo')*, a cura di C. Contessa, P. Del Vecchio, I, Napoli, 2025, 40.

re economico che è controparte del rapporto in termini di interesse legittimo e, come anello di chiusura di una ricorrente catena di tautologie logiche, con indicazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quale approdo per la gestione di ogni possibile conflitto.

Si è così assistito, anche in questo campo, alla riedizione del vecchio gioco delle qualificazioni e delle finzioni, che risponde ormai a uno stanco e datato copione che non appare in grado di offrire spunti significativi per cogliere il nuovo che emerge.

Altrettanto deludente appare, per verità, la reazione manifestata dalla dottrina civilistica. La quale, a dispetto del pure avvertito invito a «sentirsi coinvolta» nel dibattito non rinunciando a giocare il proprio ruolo nella partita[230] delle interpretazioni e dell'aggiornamento delle categorie, costituendo lo stesso contratto un «presidio al fluido scorrere delle dinamiche di mercato» e, quindi, non più «solo un affare tra privati» o «mondo a sé stante», ma «[…] tassello di un più ampio contesto di riferimento»[231], ha per lo più mostrato disinteresse per l'art. 9 del codice dei contratti pubblici[232], relegato quasi a curiosità di contorno o a

[230] Così, seppure sotto forma di sollecitazione a rispondere alla «invocazione che proviene dal fronte giurisprudenziale», può leggersi l'indicazione di metodo elaborata da A. Nervi, *Disciplina generale del rapporto obbligatorio*, cit., 52.

[231] Così A. Nervi, *Diritto dei contratti e disciplina dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, 329 ss., 344, ove pure viene opportunamente segnalato il nuovo istituto della rinegoziazione e si esprime il dubbio «che, anche su questo terreno, il diritto civile presenti oggi una posizione più arretrata rispetto alle acquisizioni maturate e raggiunte dal diritto amministrativo». Un meditato invito a un dialogo più "fruttifero" tra i due formanti dell'ordinamento è formulato dal medesimo Autore nella parte finale del saggio *Buona fede e affidamento nel diritto civile e amministrativo: similitudini e differenze*, in *giustizia-amministrativa.it.*, 2025, 13-15.

[232] Come attestato, per esempio, da E. Gabrielli, *Sopravvenienza e rinegoziazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 11 ss., 23-24, 30 ss., che non dedica cenno all'art. 9; G. Guizzi, *Sopravvenienze contrattuali, inesigibilità della prestazione e rimedi*, in cit., 884 ss., che si rifugia nella ricostruzione storica di un dibattito che ha avuto origine alla fine dell'Ottocento, riannodando gli spunti moderni in tema di giustizia contrattuale al principio di *humanitas* a cui ricorrevano i giuristi e i rescritti imperiale nell'esperienza romana; A. De Domenico, *I rimedi alle sopravvenienze: tra clausole di hardship e forza maggiore*, in *i Contratti*, 2025, 554 ss., che ai limiti rimediali esibiti dalla disciplina codicistica sui contratti preferisce l'analisi della "prassi contrattuale internazionale" che ha dato vita a clausole e strumenti capaci di offrire una gestione più flessibile dei rapporti negoziali. Fanno eccezione, nell'ambito di trattazioni che tuttavia sono sempre condotte secondo un rassicurante copione relazionale, ossia assumendo come punto di riferimento la disciplina generale codicistica, rispetto alla quale si avverte il bisogno di misurare il grado di incidenza di previsioni speciali dettate a protezione di determinate categorie o situazioni: S.P. Perrino, *La rinegoziazione "coercibile" nel nuovo codice dei contratti pubblici: alla ricerca di una base legale, tra riforme fallite e riforme riuscite*, in *Contr. imp.*, 2024, 179-180 ss., 192, 194 ss., la quale avverte come le disposizioni sui contratti pubblici «sollecitano un'attenta riflessione da parte dell'interprete, anche del civilista», ritenendo peraltro che la specialità della fonte e la sua appartenenza a un «microsistema normativo […] in cui si sintetizzano interessi pubblicistici oltre che privati» escludono che si sia in presenza di una scelta politica in grado di aprire l'ordinamento all'obbligo generale di rinegoziazione; E. Del Prato, *Rinegoziazione del contratto e buona fede*, in *Contr. imp.*, 2024, 1140 ss., 1150, 1159, il quale, nell'illustrare sul finire del saggio l'espansione di figure speciali, cita in senso positivo l'art. 9 «perché favorisce un adeguamento stragiudiziale senza scalfire le regole generali del contratto», e sottolinea come, in definitiva, «il punto è cogliere il limite entro cui l'applicazione di una norma sezionale al di fuori del suo campo non si traduce in una deroga al regime nel quale essa va ad operare»; E. Tuccari, *Sopravvenienze, buona fede ed equità: handle with care*, in *i Contratti*,

citazione di appendice di analisi ancora tenacemente incentrate sulla sistematica codicistica e sulla immutata dialettica parte generale – parte speciale della disciplina contrattuale[233].

Pochi hanno, in effetti, cercato di cogliere, in una prospettiva più generale, il significato culturale della vicenda sottesa alla nuova disciplina.

Chiedendosi, per esempio, e anzitutto, se la stessa non segni finalmente l'emersione nell'ordinamento di un istituto lungamente atteso e ampiamente elaborato sul piano dogmatico dagli studiosi del contratto che, in un contesto sempre più caratterizzato dalla circolazione dei modelli e dalla «praticità funzionale»[234] delle soluzioni che rendono ormai indifferente il luogo (e la fonte normativa) in cui, per accidente, si deposita la regola giuridica, va ad arricchire il piano "mobile" dei rimedi[235] disponibili per qualunque soggetto dell'ordinamento; il qua-

2025, 353 ss.; P. Trimarchi, *Sopravvenienze, rinegoziazione, adeguamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 189 ss., il quale ritiene già in apertura che le norme «dettate per un particolare contratto, l'appalto, coprono un settore così ampio da costituire una disciplina che si affianca a quella degli artt. 1467 ss. c.c. con analoga portata e importanza» (ivi, 190), rappresentando un modello riferibile «in generale» alle «attività produttive, su commissione, di beni e servizi […] applicabile, per estensione o per analogia, al di là delle ipotesi di appalto in senso stretto», le cui regole si trovano «sostanzialmente» riprodotte dall'art. 9 per gli appalti pubblici (ivi, 245, 251, 254). Da ultimo, lo stesso Francesco Macario, nel criticare la sentenza Cass., Sez. III, 16 giugno 2025 n. 953, che ha liquidato con un lungo *obiter dictum* la dibattuta questione della possibilità di rettifica delle prestazioni contrattuali relative a locazioni per uso commerciale rese onerose dalla chiusura forzata degli esercizi durante la pandemia, pure giudicando astratto ed eccessivamente formalistico il modo di argomentare della sentenza, che "ha finito per ridimensionare eccessivamente la problematica", assumendo il dato normativo codicistico "quale unico punto di riferimento", e pure evocando la necessità di un "nuovo impegno del giurista" che nella ricostruzione del sistema consenta di giungere "alla soluzione razionale e sistematicamente coerente del problema", fa pur sempre riferimento alla sola sistematica civile senza guardare oltre i suoi confini e senza, dunque, tenere conto dell'invito a "interrogarsi sul ventaglio di tutele offerte dal sistema" giuridico nel suo complesso (F. Macario, *Sopravvenienze da Coronavirus e tutela del conduttore nelle locazioni commerciali: una prima decisione di legittimità e alcuni dubbi sul metodo argomentativo*, in *i Contratti*, 2025, 461 ss.).

[233] Di tal che, richiamando un «approccio combinatorio», rileva giustamente C. Camardi, *I manuali, le dinamiche delle fonti e il metodo*, cit., 421-422, che la tradizionale esposizione del tema che parte usualmente dall'art. 1467 c.c. per avvertirne le rigidità applicative e i limiti, aprendosi poi alla ricerca di una pluralità di soluzioni normative particolari interne ed esterne al codice, tra cui figura anche l'appalto pubblico, sconta il problema di fondo di scoprire che, alla fine, «tale norma, già circondata in casa propria da modelli alternativi di gestione delle sopravvenienze, lo è ancor di più fuori della presunta centralità del codice». A fronte di siffatto contesto «pluralistico», continua l'Autrice, «siamo ancora sicuri di poter tassativamente argomentare che la regola regina delle sopravvenienze è quella dell'art. 1467, "salve" tutte le "eccezioni", o le norme speciali fin qui enumerate? Siamo sicuri di poter a tale scopo utilizzare persuasivamente il raffinato argomento per il quale il carattere unilaterale della proposta di rinegoziazione lanciata facoltativamente dal contraente avvantaggiato ex art. 1467, 3° co., impedirebbe la proponibilità – secondo buona fede – della rinegoziazione da parte del contraente svantaggiato per il semplice fatto che quest'ultima aprirebbe ad un rapporto bilaterale non previsto, e perciò escluso in via presuntiva da quella norma? Possiamo così utilizzare la dogmatica?».

[234] Richiamata quale strategia essenziale di una comparazione incentrata sui problemi concreti piuttosto che sulle teorie astratte da B. Markesinis, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, trad. it. di V. Levi e N. Pasquini, Milano, 2004, 49. La rilevanza culturale di «un metodo pragmatico che tende alla convergenza» e consente la «elaborazione di regole che si adattano alle esigenze concrete di una realtà in perpetuo cambiamento» è stata evidenziata da G. Alpa, *L'arcadia del comparatista. Un saggio di storia e di metodo*, ivi, XVIII.

[235] Cfr. A. di Majo, *Rimedi contrattuali*, cit., 1033.

le, quindi, si trova abilitato ad attingere a un sempre più ampio arsenale di strumenti per la più adeguata gestione adattiva, a seconda anche dello sviluppo delle fattispecie comportamentali in cui si trovi coinvolto, delle differenti e scalari insorgenze problematiche che riguardano le operazioni economiche in corso. Se quindi la vicenda non indichi un possibile criterio di ricomposizione dell'unità dell'ordinamento che, superato il semplicistico e rigido funzionamento dei noti dispositivi regola/eccezione o generale/speciale[236], non guarda tanto – come accennato – al luogo in cui è per caso collocata la disciplina positiva di un istituto ma all' «ambito di complessità» che esso è in grado di affrontare e che si sviluppa «attorno a tipi di problemi ed a rimedi adeguati»[237] per la più appropriata tutela degli interessi in gioco.

Chiedendosi, ancora, se abbia senso a fronte del ritorno delle parti al tavolo delle trattative negoziali per il governo delle sopravvenienze intervenute nel corso dell'attuazione del rapporto evocare la presenza di potestà irrelate e di terzi interessati a convertire eventuali ipotesi di antigiuridicità della rinegoziazione in elusione delle regole pubblicistiche al fine di immaginare fittizie aggiudicazioni di differenti commesse da aggredire con le consuete azioni di annullamento esperibili dinanzi al giudice amministrativo. O non sia preferibile cogliere nella nuova figura un'indicazione utile per immaginare che al criterio cronologico rigidamente legato alla stipula del contratto, che appare sovente vulnerato dall'esercizio – in prossimità di un rito negoziale che ancora manifesta una certa «porosità» con la fase selettiva precedente[238] – di poteri polimorfi e di incerta natura da parte della stazione appaltante[239], si aggiunga ora un criterio di tipo spaziale e qualitativo che coglie nell'intensità di ri-esercizio dei poteri negoziali per il governo del-

---

[236] Per la definizione del problema, si veda G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 109, cui *adde* almeno: G. De Nova, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, 327; G. Cian, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ*., 2002, I, 497; N. Lipari, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir e proc. civ*., 2008, 1.

[237] Così M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 237, e, più in generale, Id., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 103 ss., 330. A tale ordine di idee si richiama anche P. Trimarchi, *Sopravvenienze, rinegoziazione, adeguamento giudiziale*, cit., 246. Ragionamento analogo, seppure svolto in chiave per lo più soggettiva dei potenziali fruitori della norma, è svolto da F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 27, il quale sostiene che la natura privata o pubblica delle disposizioni legislative non è una loro qualità intrinseca, ma dipende «esclusivamente dalla platea di coloro cui esse si riferiscono, ossia ai loro destinatari», chiarendo, con riferimento espresso ad alcuni principi generali come quelli di correttezza e buona fede: «pertanto, ove disposizioni, topograficamente collocate in un contesto normativo di preminente destinazione privata, com'è il codice civile, si applicano anche ai soggettivi pubblici, esse perdono la natura (esclusivamente) privata per acquisire la natura di regole di applicazione generale, non più private, ma appunto regole generali».

[238] Come evidenziato da S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 109.

[239] Come messo in evidenza, tra gli altri, da G. Taglianetti, *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per motivi di interesse pubblico. Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm*., 2020, 625, 643.

le sopravvenienze un decisivo fattore di trapasso della vicenda in una dimensione totalmente altra, di tipo appunto autenticamente paritetica e negoziale, con conseguente intestazione esclusivamente in capo ai contraenti delle situazioni giuridicamente rilevanti e differenziate da considerare e tutelare per la soddisfazione degli interessi in gioco attraverso il raggiungimento del risultato programmato. Così relativizzando la sirena dell'eterno e circolare ritorno, ora per allora, dei poteri pubblicistici ai quali si chiede di presidiare ogni momento del ciclo di vita dell'appalto per la pretesa «inesauribilità della cura dell'interesse pubblico»[240] a cui è funzionalizzata l'attività della stazione appaltante. Senza considerare che, quando essa è divenuta parte di un contratto a prestazioni corrispettive, è tenuta a confrontarsi non più con la platea indifferenziata di pretese/interessi che affollano l'arena deliberativa delle gare ma unicamente con il fascio dei diritti/doveri della controparte del rapporto obbligatorio. E, in definitiva, che la tensione realizzativa che lega la composita serie di azioni che le parti sono tenute ad adottare per trasferire sul piano fattuale le «utilità attorno alle quali si agglutina il programma negoziale»[241] soppianta la valutazione comparativa degli interessi in gioco che presiede i momenti preliminari delle scelte strategiche e della selezione trasparente e imparziale del migliore offerente e, quindi, salvi i residui casi speciali di necessaria correzione in autotutela della decisione pubblica di affidamento della commessa, si presta ad essere assistita da un arsenale rimediale più articolato e meglio attrezzato a cogliere e decifrare fatti, circostanze, problemi e poste economiche che ormai costellano l'attuazione progressiva della prestazione, così assicurando una tutela più efficace e completa della reciproche posizioni giuridiche delle parti.

Ulteriori spunti di riflessione nel senso indicato da siffatti interrogativi si possono trarre dal correttivo del codice approvato con il decreto legislativo 31 dicembre 2024 n. 209[242]. Com'è noto, esso è composto da 97 articoli che modificano 67 disposizioni normative del codice e 19 allegati, intervenendo su aspetti di carattere puntuale di una decina di ambiti tematici secondo tre linee direttri-

[240] Così G. Clemente di San Luca, *Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine negoziale'*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, 434. Cfr. anche A. Angiuli, V. Caputi Jambrenghi, *Ancora su esecuzione del contratto pubblico e poteri dell'amministrazione*, in *Liber amicorum per Guido Greco*, cit., 14 e 62 ss., per l'affermazione della «pubblicità dell'interesse alla corretta esecuzione contrattuale» come «evoluzione […] di quell'interesse già individuato in sede di programmazione delle opere […]». Si vedano, peraltro, le equilibrate e diverse posizioni assunte da N. Vettori, *Diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari: il rapporto tra l'amministrazione e il gestore del servizio*, in *Munus*, 2021, 147-153; G. Sequi, *Il recesso dal contratto pubblico alla prova del principio del risultato*, in *Dir. pubbl.*, 2024, 632 ss., 636, 651.

[241] Così L. Nivarra, *Esecuzione del contratto*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, I, *Contrato*, Milano, 2021, 531 e 535.

[242] Cfr. in argomento L.R. Perfetti, *Sul "Correttivo" al Codice dei contratti pubblici. Ovvero sulle tensioni tra politica e tecnica, tra potere e contratto*, in *Urb. app.*, 2025, 5; C. Contessa, *Il Decreto correttivo al Codice dei contratti fra (parziali) innovazioni e aspetti di continuità*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2025; G. Napolitano, *Il Correttivo al Codice dei contratti pubblici: applicazione pratica e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2025, 181.

ci[243]: modifiche di coordinamento interno, precisazioni per accrescere la chiarezza del dettato normativo, revisioni di alcuni istituti per rispondere alle criticità rilevate nella prima fase attuativa del codice.

Il correttivo per quanto lasci sostanzialmente invariato il quadro dei principi, che è quello che finora ha ricevuto maggiore attenzione da parte della dottrina e applicazione per opera della giurisprudenza[244], reca misure che rafforzano in modo particolare i due concorrenti principi del risultato e di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

Quanto al primo, rilevano in modo particolare le previsioni volte a dare maggiore consistenza, nell'ottica appunto della realizzazione della commessa, alla fase esecutiva del contratto di appalto. Tra esse si segnalano l'introduzione dell'istituto dell'accordo di collaborazione (art. 82-*bis* e All. II.6-*bis*)[245], che, al di là dei dubbi espressi anche sull'utilità e sul potenziale impatto con gli strumenti tipici di esecuzione del contratto, oltre che sulla natura giuridica[246], appare avvicinabile alla figura dei contratti plurilaterali con comunione di scopo «in grado di favorire il dialogo permanente tra le parti e […] contribuire in modo efficace a conseguire gli obiettivi di riduzione del contenzioso e di promozione di comportamenti virtuosi anche nella risoluzione dei problemi sorti»[247], trasformando in dinamiche negoziali la prassi dei "tavoli tecnici" per attrarre in seno al processo esecutivo la tutela di obiettivi "collaterali" di rilievo sociale, ambientale e culturale gravitan-

[243] Cfr. la *Relazione illustrativa* al decreto legislativo correttivo, par. 2. Cfr. anche la sintetica analisi dei dieci ambiti di intervento del correttivo svolta da C. Contessa, *Il Decreto correttivo al Codice dei contratti fra (parziali) innovazioni e aspetti di continuità*, in C. Contessa, P. Del Vecchio, *Codice dei Contratti Pubblici. Annotato articolo per articolo. D. lgs. 31 marzo 2023 n. 36 (aggiornato al D. lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 – 'Decreto Correttivo')*, cit., LXVII e seguenti.

[244] Cfr. L. Carbone, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, in *Urb. app*., 2024, 443.

[245] Definito dalla citata *Relazione illustrativa*, par. 3.8, come «un accordo plurilaterale che non integra il contratto di appalto o di sub-appalto, ma viene utilizzato per regolare le interrelazioni tra i vari rapporti tra i soggetti che operano nell'esecuzione» (appaltatore, subappaltatori e subcontraenti, fornitori rilevanti, e con il coinvolgimento eventuale anche delle pubbliche amministrazioni che partecipano alla fase approvativa dell'opera nel caso degli appalti di lavori). La cui *ratio* «è quella di promuovere una responsabilizzazione […] dal punto di vista del rispetto dei tempi di esecuzione, dei costi, nonché della verifica degli adempimenti». Sul rilievo di un «istituto ampiamente innovativo (anche se già utilizzato sovente nella pratica, pur se in assenza di un solido fondamento normativo) […] in grado di favorire il dialogo permanente tra le parti e […] contribuire in modo efficace a conseguire gli obiettivi di riduzione del contenzioso e di promozione di comportamenti virtuosi anche nella risoluzione dei problemi sorti […] nella cruciale fase dell'esecuzione», si veda ancora C. Contessa, *Il Decreto correttivo al Codice*, cit., LXXV.

[246] Cfr. V. Bello, *L'accordo di collaborazione tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Giur. it.*, 2025, 1937 ss., il quale parla di "strumento complementare di *governance* della fase di esecuzione del contratto", che presenta "significativi elementi riconducibili a paradigmi del diritto pubblico"; M. Golia, *Una new entry nel nuovo codice dei contratti pubblici: l'accordo di collaborazione. Note a prima lettura dell'art. 82-bis*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2025, 824.

[247] C. Contessa, *Il Decreto correttivo al Codice*, cit., LXXV; M. Protto, *Introduzione*, in Id., a cura di, *Correttivo al Codice dei contratti pubblici: novità e conferme*, in *Giur. it.*, 2025, 1928.

ti attorno alla realizzazione della prestazione[248]. E la tipizzazione delle circostanze imprevedibili che rendono possibili varianti in corso d'opera[249], con connessa identificazione delle modifiche anche progettuali che non richiedono il ricorso alla variante in quanto, attraverso l'azione in contraddittorio con il progettista e l'appaltatore, servono a risolvere errori o omissioni che possono pregiudicare, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera e la sua futura utilizzazione (art. 120, comma 15-*bis*).

Quanto al secondo, viene in rilievo in primo luogo il nuovo comma 5 *bis* dell'art. 59, che estende alla fase esecutiva degli accordi quadro c.d. multioperatore completi l'obbligo di rinegoziazione secondo buona fede oggettiva delle condizioni e clausole al fine di preservare l'equilibrio contrattuale. Con la previsione particolare che, a fronte degli squilibri imputabili a circostanze sopravvenute all'aggiudicazione dell'accordo quadro, e nelle more della stipula dei contratti attuativi dello stesso, ove la rinegoziazione non riesca ad attingere il risultato auspicato per fallimento delle trattative, è fatta salva la facoltà delle parti (cioè dell'operatore economico o della stazione appaltante) di non procedere alla stipula. Ove, invece, la sopravvenienza squilibrante sia intervenute nel momento dell'esecuzione dei singoli contratti attuativi dell'accordo quadro e la rinegoziazione integrativa fallisca, viene fatta salva la possibilità delle parti di chiedere («si intende: con azione proposta dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria»[250]) la risoluzione del medesimo contratto attuativo per eccessiva onerosità sopravvenuta con diritto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi e forniture regolarmente eseguiti. Come precisato da ANCE: «Naturalmente, tali ultime opzioni rappresentano un'*extrema ratio*, ossia possono essere invocate laddove non sia possibile conservare l'equilibrio originario degli accordi quadro, attraverso la revisione prezzi, come disciplinato dall'art. 6 dell'allegato II.2-*bis* del Codice, nonché più in generale dall'articolo 2, comma 2, del medesimo allegato»[251].

Il che sposta subito l'attenzione sull'altro versante oggetto di incisivo intervento correttivo (per effetto dell'art. 23 del d.lgs. n. 209/2024), cioè sulla disciplina della revisione prezzi di cui all'art. 60 del codice. Com'è noto, quest'ultima disposizione normativa aveva introdotto nell'ordinamento, in conformità al principio di conservazione dell'equilibrio originario del contratto, così come cristallizzatosi al momento dell'aggiudicazione (art. 9, commi 1 e 5), l'obbligo di inserimento di clausole di revisione dei prezzi dei contratti di appalto, configurando così un «sistema revisionale permanente, affidato a un meccanismo di indicizzazione automatica, destinato ad operare durante tutta la vita del contratto di appalto, e in grado di consentire alle

[248] M. Chiosso, *L'accordo di collaborazione: una prima ipotesi ricostruttiva*, in *Urb. app*., 2025, 422-423.
[249] Cfr. R. Esposito, *La fase esecutiva*, in *Giorn. dir. amm*., 2025, 198.
[250] Così Cons. stato, Comm. speciale, parere n. 1463 del 2 dicembre 2024, punto n. 15.
[251] Cfr. ANCE, *Dossier. Le principali novità per i lavori pubblici*, Roma, 20 febbraio 2025, 20.

stazioni appaltanti e agli operatori economici di monitorarne l'effettivo andamento economico»[252]. Le principali modifiche, al di là della variazione delle circostanze di natura oggettiva il cui verificarsi condiziona nell'*an* l'attivazione del meccanismo revisionale e nel *quantum* la sua operatività[253], riguardano ai nostri fini l'indicazione di un meccanismo più elaborato per individuare gli indici sintetici che consentono di determinare la variazione dei costi e dei prezzi e le modalità di applicazione delle clausole. Sul primo aspetto, all'esito di un lungo lavoro di approfondimento e confronto svolto all'interno di uno specifico Tavolo tecnico costituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sotto la supervisione del Consiglio superiore dei lavori pubblici, con la presenza di ISTAT e dei principali *stakeholders* del settore[254], il correttivo sostituisce gli indici elaborati dall'ISTAT con nuovi indici sintetici individuati sulla base di 20 diverse tipologie omogenee di lavorazioni (TOL). Rimette inoltre a un emanando provvedimento ministeriale, da adottare sentito l'ISTAT, la fissazione degli specifici indici di costo delle lavorazioni sulla base delle indicate tipologie omogenee. Siffatta modifica, per quanto connotata da un certo grado di complessità[255], appare chiaramente volta ad adeguare meglio gli indici alle diverse «specificazioni tipologiche degli appalti»[256]; mentre il problema del venire meno del carattere automatico e immediatamente operativo del meccanismo revisionale[257] è stato ovviato, su segnalazione del Consiglio di stato, prevedendo una disciplina transitoria che fa salva per le procedure di affidamento avviate fino alla data di pubblicazione del provvedimento ministeriale l'applicazione della previgente disciplina contenuta nell'art. 60, commi 3 e 4. Il secondo aspetto è invece affrontato con l'articolata disciplina introdotta (grazie all'art. 86 del correttivo) nel nuovo All. II.2-*bis* recante le "Modalità di applicazione delle clausole di revisione dei prezzi", e composto di 16 articoli e 4 tabelle tecniche. Ivi si ribadisce, in modo particolare, che nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento di clausole di revisione dei prezzi al fine di fornire meccanismi automatici di riequilibrio contrattuale (art. 2, comma 1); e si prevede che, quando tale risultato non appare raggiungibile attraverso l'attivazione automatica degli stessi meccanismi da parte della stazione appaltante (anche in assenza di istanza di parte, come precisato dall'art.

[252] Cfr. il citato parere del Cons. stato, n. 1463/2024, punto n. 16.

[253] Richiedendo ora, rispettivamente, il riscritto secondo comma una variazione del costo, in aumento o in diminuzione, superiore al 3% dell'importo complessivo per le opere e al 5% dell'importo complessivo per le forniture e servizi; e indicando nella misura dell'80 % nel primo caso e del 90% nel secondo la percentuale della compensazione riferita però non più all'intera variazione dei prezzi ma solo al valore eccedente della variazione (si tratta di «innovazione significativa» secondo il citato parere n. 1463/2024 del Cons. stato; critico il punto di vista di ANCE, *Dossier*, cit., 21-22, che sottolinea come tale indicazione non fosse presente nel testo originario della norma).

[254] Cfr. in tal senso la citata *Relazione illustrativa*, punto 3.5, nonché ANCE, *Dossier*, cit., 22.

[255] Come notato da G. Napolitano, *Il Correttivo*, cit.,182; R. Esposito, *La fase esecutiva*, cit., 201.

[256] Così ANCE, Dossier, cit., 21-22, che esprime apprezzamenti per un «risultato senz'altro positivo e di particolare rilievo».

[257] Segnalato dal Cons. stato, parere n. 1463/2024.

3, comma 2) e la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali, è sempre fatta salva la possibilità per ciascuna delle parti, ai sensi del rinvio alle disposizioni del codice civile operato dall'art. 12, lett. b, del codice, di chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta con diritto al pagamento delle sole prestazioni regolarmente eseguite (art. 2, comma 2). Inoltre, quanto al profilo problematico della copertura economico-finanziaria della revisione dei prezzi, viene precisato che per fare fronte ai maggiori oneri determinati dal riequilibrio le stazioni appaltanti utilizzino, oltre agli accantonamenti destinati specificamente alla revisione dei prezzi e appositamente previsti nel quadro economico, nel limite del 50% le risorse accantonate per imprevisti, le somme derivanti dai ribassi d'asta in mancanza di diversa destinazione stabilita dalle norme vigenti, le somme disponibili per altri interventi di competenza della medesima stazione appaltante per i quali siano già stati eseguiti i relativi collaudi ed emessi i certificati di regolare esecuzione (art. 15, commi 1-3, dell'All. II.2-*bis*). Oltre a ciò, al fine evidente di agevolare la ricerca di risorse per rendere più effettivo il conseguimento dell'obiettivo della rinegoziazione, si stabilisce una sorta di soglia di allerta rappresentata dall'utilizzo o impegno delle somme complessivamente disponibili per la revisione dei prezzi in percentuale pari o superiore all'80%, il cui manifestarsi impone alla stazione appaltante l'attivazione in tempo utile delle procedure per il reintegro della provvista, nel caso di appalti di lavori anche attraverso rimodulazione della programmazione triennale o dell'elenco annuale dei lavori, ovverosia ricorrendo alle economie derivanti da possibili varianti in diminuzione del medesimo intervento (art. 15, comma 4, dell'All. II.2-*bis*). Previsione quanto mai significativa perché, in linea con il principio del risultato, volta ad attenuare o, forse meglio, ad adattare e modulare in relazione alla particolarità della fattispecie il vincolo finanziario all'esercizio del diritto della rinegoziazione e conservazione del rapporto negoziale in vista della ultimazione della commessa su cui si siano abbattute criticità legate alla fluttuazione dei prezzi[258].

Nel complesso, dalla disamina che precede, si ricava l'impressione che si stia consolidando la traiettoria evolutiva di un istituto che non solo vede potenziate ed estese le proprie potenzialità operative per la gestione delle insorgenze critiche che minacciano l'esecuzione del contratto, ma le cui modalità applicative risultano ancora più chiaramente affidate al concorso di rimedi di stampo puramente negoziale che appaiono ormai completamente depurati da residui potestativi[259].

[258] Positivo sul punto il giudizio di ANCE, *Dossier*, cit., 30.

[259] Che invece continuano a caratterizzare sia le analisi della dottrina (per esempio A. Ripepi, *La revisione dei prezzi tra manutenzione e residualità dei rimedi risolutori*, in *Giur. it*., 2025, 1929), sia il versante processuale. Ove le pretese revisionali – a meno che non si tratti di dare mera esecuzione a clausole contrattuali che regolino convenzionalmente e compiutamente sia l'*an* che il *quantum* della revisione prezzi (cfr. Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2022, n. 3935; Cass., Sez. Un., 5 febbraio 2025, n. 2934) – sono ancora lette alla luce del binomio interesse legittimo pretensivo – potere discrezionale della stazione appaltante e, pertanto, ricondotte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (come attestano, tra le altre: Cons. stato, sez. V, 2 febbraio 2024, n. 1069; Tar Sicilia,

Simile sviluppo, in ultima analisi, aiuta a interrogarsi seriamente sulle residuali e speciali forme di incursione del potere pubblico che è dato rinvenire nelle vicende di realizzazione della prestazione dedotta in contratto[260], e sulla correttezza e utilità pratica dei giochi definitori praticati da dottrina e giurisprudenza[261], più per asserite geometrie di (riparto del) sistema[262] o per pretese «superiori

Catania, sez. V, 27 febbraio 2025, n. 737; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 7 agosto 2025, n. 1924). Un nuovo indirizzo interpretativo sembra peraltro sviluppato da alcune recenti decisioni, come Cons. stato, sez. V, 22 gennaio 2025, n. 489 e Cons. stato, sez. VII, 12 giugno 2025, n. 5150 che, nel riformare le declinatorie pronunciate rispettivamente dal Tar Lazio e dal Tar Toscana, valorizzano «il dato oggettivo della sussumibilità del singolo caso concreto in una di quelle particolari materie che il Legislatore ordinario devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» (punto 6.1 e ss. della seconda decisione), al fine di affermare il seguente principio (punto 8.2 e ss. delle medesima seconda decisione): «la giurisprudenza di questo Consiglio è univoca nell'affermare che la fattispecie della revisione prezzi di cui all'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006, pur esplicando i propri effetti nella fase di esecuzione del contratto di appalto pubblico – *id est* in una fase contrassegnata dalla pariteticità di posizione delle parti, posto che la P.A. è ormai spogliata di gran parte dei poteri autoritativi esercitati nella fase di affidamento –, risulta nondimeno permeata da un residuo margine di poteri d'imperio. Si riconosce, infatti, che la revisione prezzi implica sempre l'insorgenza di un procedimento amministrativo nel cui ambito la posizione del privato si configura come interesse legittimo […] – l'obbligatoria inserzione di una clausola di revisione periodica del prezzo, da attuare in concreto sulla base di un'istruttoria svolta dai competenti organi tecnici dell'Amministrazione, non comporta alcun diritto soggettivo all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale, ma solo che la P.A. proceda agli adempimenti istruttori normativamente stabiliti; in questo senso si è ripetutamente pronunciata la giurisprudenza (C.d.S., Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6275; Id., 24 gennaio 2013, n. 465), osservando che la posizione dell'appaltatore è di interesse legittimo, quanto alla richiesta di effettuazione della revisione in base ai risultati dell'istruttoria, poiché questa è correlata ad una facoltà discrezionale della stazione appaltante (Cass. civ., Sez. Un., 31 ottobre 2008 n. 26298), la quale deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico al risparmio di spesa ed alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato […]».

[260] Per un'analisi aggiornata del "mistero ancora affascinante" dell'autotutela dopo la stipula del contratto, si rinvia a M. Briccarello, *Autotutela amministrativa e contratto pubblico: la strana coppia*, in *Manuale dei contratti pubblici*, a cura di L. Carbone, F. Caringella, G. Rovelli, cit., 666 e seguenti.

[261] Cfr., per esempio, Tar Lazio, Roma, sez. IV, 31 marzo 2025, n. 6464, che, valutando l'accordo transattivo stipulato nel 2021 con la società concessionaria Autostrade per l'Italia s.p.a. al fine di definire consensualmente (mediante la prosecuzione del rapporto in essere, piuttosto che con sua risoluzione) la procedura di contestazione per grave inadempimento agli obblighi di manutenzione e custodia della rete autostradale avviata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nel 2018, all'indomani del crollo del viadotto Polcevera che causò la morte di 43 persone, ha significativamente sottolineato (sulla scia della nota decisione Cons. stato, Ad. Pl., 2 aprile 2020, n. 10) che l'interesse pubblico all'efficiente gestione del servizio «non si esaurisce nella fase di selezione del contraente, ma […] entra nella struttura causale del contratto di concessione» fino a diventare così «un elemento immanente all'intera operazione» (punto 29 della motivazione), qualificando di conseguenza in termini di «potere discrezionale» la facoltà di individuare lo strumento più opportuno per rispondere all'inadempimento del concessionario e ritenendo coerente la disciplina della risoluzione privatistica (nel caso riconducibile all'art. 176 del d.lgs. n. 50/2016) con la «generale configurazione del potere di autotutela dell'amministrazione, che è sempre discrezionale e richiede, tanto per i vizi genetici dell'atto, quanto per il difetto sopravvenuto del sinallagma, l'ulteriore requisito di un interesse pubblico concreto e attuale che giustifichi la rimozione dell'atto o lo scioglimento del rapporto» (ivi, punto 29, nonché punto 30 della motivazione, ove conclusivamente si sostiene che nella vicenda in esame «l'amministrazione, nell'ambito dell'ampia discrezionalità a lei riconosciuta, ha perciò gestito in modo appropriato il sopravvenuto inadempimento del concessionario, avvalendosi dello strumento conservativo del *self clearing* in modo da preservare la continuità del rapporto contrattuale e assicurando, al contempo, l'affidabilità professionale del concessionario»).

[262] Tale è la preoccupazione che, per esempio ed *ex multis*, sembra avvertire G. Clemente di San Luca, *Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine negoziale'*, cit., 409, allorché, accennando in apertura del saggio al «perimetro delle aree di dominio», evidenzia come la questione «finisca per avere ricadute e/o implicazioni

garanzie del diritto pubblico»[263], che non avendo riguardo alla capacità effettiva e combinata dei rimedi e degli strumenti previsti dall'ordinamento di adattarsi alla dimensione reale dei fatti e dei problemi che si agitano nei singolari e diversi contesti evolutivi delle fattispecie.

6. *Conclusioni: una autonomia situata per evenienze problematiche di settori circoscritti e non determinata per categorie e la via della sperimentazione delle adiacenze possibili per immagine il sistema del futuro*

La lunga camminata lungo i selezionati tornanti problematici evidenzia come sembri ormai tramontata l'epopea delle grandi narrazione per un'autonomia che non appare più la cifra identificativa di vasti territori, perché tende a manifestarsi in forme sempre nuove per settori circoscritti, situandosi a ridosso dei bisogni e delle fragilità da fronteggiare e alimentandosi continuamente, grazie al trasversale e diffusivo «pragmatismo procedurale» del presente[264], della combinazione originale di fattori diversi per istituire forme adeguate «alla qualità dei contesti»[265].

In particolare, per capire la nuova geografia ordinamentale che si va profilando, sembra necessario dotarsi di chiavi di lettura che rifuggano da paradigmi esplicativi basati su coppie concettuali come generale/speciale o comune generale / comune particolare[266], che riflettono immagini semplificate dei contesti e incor-

[…] persino sul tema ancor più generale della sopravvivenza del Diritto amministrativo come diritto speciale». Cfr. altresì A. Angiuli, V. Caputi Jambrenghi, *Ancora su esecuzione del contratto pubblico e poteri dell'amministrazione*, cit., 6 ss., per la critica della possibile intrusione «di altra giurisdizione nelle vicende che hanno condotto al risultato vantaggioso nel quadro della funzione amministrativa».

[263] M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *questa Rivista*, 2022, 20, in dichiarato contrasto con la teoria della "piena fungibilità" affermata da G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 432 (ma anche Torino, 2023, 440); tesi ripresa nella sostanza anche da M. Trimarchi, *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2024, 1, 172 ss., 179, 185-191.

[264] Su cui si vedano le interessanti notazioni di M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 90 e ss., la quale chiarisce come la procedura coniugandosi ad atteggiamenti pragmatici, che implicano la «capacità […] di sondare nuovi terreni e di affacciarsi su nuove sponde, a partire da contesti e bisogni specifici» (ivi, 93), diventa garanzia di un «cammino giuridico mobile, cangiante, che sceglie i suoi percorsi al di fuori di troppi vincoli o di mete definitive, in vista di specifici fini e bisogni», ed in un'ottica indirizzata alla realizzazione di un «vantaggio» non solo economico (ivi, 95). Lungo siffatti percorsi, che si mostrano «capaci di recepire una grande varietà di contenuti […], il diritto perde non pochi dei suoi tratti formali tipici o addirittura si presenta attraverso soggetti e sembianze che nulla hanno in comune con quelli che abbiamo conosciuto in passato» (ivi, 96).

[265] Così M. Spanò, *Fare il molteplice*, cit., 129 e ss.; cfr. anche R.A. Albanese, *L'orizzonte del molteplice*, cit., 431 e ss., il quale insiste sul «ricondurre l'autonomia alle sue situazioni – ossia ai contesti concreti in cui essa viene esercitata per soddisfare bisogni, per istituire e regolare modi di vita associata […]».

[266] Cfr. in proposito le note teorie di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 865-867; e di P. Rescigno, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (Note minime di diritto privato)*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, 631. Sul tema, si vedano M. D'Alberti, *Per un diritto comune ai privati e della pubbliche amministrazioni*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del*

porano visioni quantitative, oltre che dominanti e/o gerarchiche dei rapporti tra le parti a cui sono alternativamente riferite. Piuttosto, si dovrebbe ragionare in modo più neutrale e meno semanticamente impegnato analizzando «settore per settore», ovverosia procedendo per "frammenti" disciplinari distinti[267], prospettiva che incorpora una visione pragmatica, equilibrata e non pre-determinata delle varie componenti costitutive degli stessi, e appare appropriata per descrivere qualitativamente il diffondersi di assetti normativi e connessi apparati dogmatici disaggregati per specifici contesti appunto, cioé riferiti ad ambiti tematici e problematici circoscritti che si strutturano al loro interno mobilitando e assemblando in modo originale un insieme di istituti, tecniche e figure di varia tradizione, provenienza e struttura.

Tutto ciò, con ogni evidenza, sollecita l'affinamento di un atteggiamento culturale non manipolativo della realtà per fini conservativi/difensivi dell'asserita alterità/specialità del proprio statuto professionale e disciplinare, ma disposto a ricercare gli «ingredienti base delle problematiche»[268] che vengono in rilievo nei singolari contesti, oltre che incline a cogliere[269] nel labirinto delle ibridazioni che caratterizza l'odierna fenomenologia socio-giuridica[270] l'«adiacente possibile»[271] che si sviluppa tra le singole parti e rende probabilmente utile la ricerca di aggior-

---

novantesimo compleanno, I, Napoli, 2018, 679; G. Napolitano, *Un ospite inatteso: il diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 1002-1004. Una analisi critica della valenza esplicativa di tali formule si deve a M. Santilli*, Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, 5, 26, 239. Di recente V. Cerulli Irelli, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, cit., 469 e ss., ha evidenziato i fattori che alimentano un processo «dagli esiti ancora perplessi" che potrebbe condurre "ad un ribaltamento della posizione del diritto amministrativo negli affari di amministrazione […]: da diritto comune ordinario di detti affari […] a diritto derogatorio del diritto comune, che a detti rapporti si applicherebbe salve espresse disposizioni di legge in contrario» (ivi, 478). Cfr. anche Id., *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Contratto e impr.*, 2023, 1095, ove peraltro si conclude nel senso che «l'amministrazione come funzione di governo resta assoggettata in misura nettamente prevalente al diritto amministrativo, come insieme di principi e norme pubblicistiche; e non è prevedibile (pur in presenza di norme di tendenza come quella di cui all'art. 1, comma 1-*bis* della legge 241/90) un cambiamento di rotta nel vigente assetto costituzionale».

[267] In tali termini è la proposta di G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 176 ss., 243. Cfr. anche, in merito alla complessità e varietà dei regimi giuridici «di risulta» che convivono nell'organizzazione degli enti funzionali che si situano ai «confini dello Stato», G. Mocavini, *Ai confini dello stato. Gli enti funzionali all'amministrazione*, Milano, 2024, 10, 317 ss., 462 ss., 486 ss., il quale invita a «inoltrarsi nell'analisi delle ibridazioni» che si riscontrano nell'area di intersezione tra i sistemi del diritto pubblico e del diritto privato, «dando luogo a una serie di regimi distinti per attività, scopi e per settori».

[268] Così G. Rossi, *Introduzione alla lettura. Il diritto amministrativo nel divenire*, in *Principi di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2020, XVII; nonché D. Pappano, *Glossario. Nuove definizioni giuridiche*, ivi, 496.

[269] Cioè a vedere e immaginare «nello spazio e nel tempo sempre nuove connessioni tra unità e pluralità, tra esperienze e paradigmi di pluralismo giuridico», secondo l'invito di G. Cazzetta*, Pagina produttiva (Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini*, in *Quad. fiorentini*, 2021, 25.

[270] P. Costa, *Il "pluralismo" politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in *Quad. fiorentini*, 2021, 117-118.

[271] Cfr. per riferimenti G.D. Comporti, *La strana metafora della terra di nessuno: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, cit., 563.

nate forme di rappresentazione della complessità del sistema che, «senza assolutizzare la relatività di ciascuno degli elementi»[272], sappia valorizzare il concorso graduale e discreto di ciascuno per la più razionale analisi e gestione[273] dei problemi via via sul tappeto.

Ancora una volta l'esempio della rinegoziazione appare utile a spiegare l'assunto, perché esplicativo di un copione che appare ormai diffuso e ricorrente. Come veduto sopra, infatti, nel settore specifico delle commesse pubbliche, attraversato da tensioni generate dalla necessità di tenere insieme prospettive e funzioni/esigenze diverse[274], viene codificato – dopo una lunga gestazione teorico-culturale avvenuta in altro settore disciplinare – un istituto nuovo per assicurare la manutenzione del contratto a fronte di sopravvenienze che potrebbero impedire la realizzazione del programma concordato. Tale istituto manifesta tratti originali e autonomi rispetto a quelli propri delle ordinarie categorie rimediali rinvenibili nelle tradizioni codicistiche in gioco (quella privatistica e quella dei contratti pubblici), mette in scena un innovativo dialogo/concorso a sviluppo successivo tra le diverse autonomie potestative coinvolte che accompagna la rappresentazione fino alla sua conclusione. Da ultimo, tale esperienza offre importanti spunti metodologici per una revisione delle categorie dogmatiche tradizionali e del modo con cui le stesse sono guardate e applicate dagli operatori e studiosi nei rispettivi campi di azione.

Il che, in definitiva, induce a concludere che la «storia virtuosa» dell'interazione tra i saperi giuridici[275] può proficuamente continuare solo abbandonando i mobili ma alla fine pur sempre rassicuranti e battuti sentieri di confine[276] che,

---

[272] G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari* (2004), ora in *Saggi e scritti scelti*, I, cit., 169-170. Vale la pena richiamare a questo proposito l'acuta analisi condotta da chi, osservando i vicendevoli rapporti di contaminazione delle categorie dell'autonomia contrattuale e della discrezionalità dalla prospettiva del rapporto di lavoro con gli enti pubblici (A. Orsi Battaglini, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto amministrativo*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1420-1421), ha segnalato l'esistenza di due modelli generali di attuazione (ex art. 97 cost.) degli scopi pubblicistici: uno "analitico", che scompone la fattispecie «in una serie di unità elementari, ciascuna definita dalla legge in termini di atto amministrativo, dotato di una specifica regolamentazione quanto all'oggetto, al procedimento e al fine»; l'altro "sintetico", che si riferisce «a complessi di vicende, o a risultati intermedi o finali, liberando i singoli atti interni a ciascuna vicenda considerata dal carattere funzionale (e da quel che ne consegue), e quindi assumendo come oggetto di valutazione non più l'atto ma l'attività» (Id., *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con gli enti pubblici*, ora in *Scritti giuridici*, cit., 1486-1487).

[273] Del resto, come ha cura di osservare E. Frediani, *Attività amministrativa e capri espiatori. Scenari*, Modena, 2024, 83, «i formanti cognitivi propri di un certo contesto influenzano direttamente l'organizzazione e questa, a sua volta e a cascata, orienta e conforma i comportamenti dei propri agenti».

[274] Cfr. la rassegna che ne fa M. Cafagno, *Committenza (servizi di)*, in *Enc dir.*, *I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 251.

[275] Così di recente M. D'alberti, *Interazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Scritti in onore di Paolo Urbani*, a cura di F. Cusano, Milano, 2025, 463, 470.

[276] Come quelli evocati da J. Carbonnier, *Le droit administratif du droit civil*, in *Rev. historique de droit français et ètranger*, 1974, 758, e idealmente ripresi da F.D. Busnelli, *La responsabilità civile dello Stato*, in *Dan-*

mantenendosi ai margini dei diversi campi, ne riflettono visioni semplificate e di comodo[277], perché comunque distaccate ed elaborate *ab externo* per lo più per ordinare i materiali con cui si lavora nei diversi versanti e per descrivere scenari generali e linee di tendenza, e addentrandosi invece nell'analisi disincantata, ravvicinata e obiettiva dei problemi[278] che caratterizzano i fatti della vita[279] che impegnano l'umanità su vari fronti. Solo così si può trovare la via (e il coraggio) per una «grammatica generativa»[280] di nuovi risultati cognitivi di ordine più generale[281], che aiutino a cogliere ciò che i singoli linguaggi hanno davvero in comune, e così a immaginare[282] il «senso della possibilità futura» che è latente nel sistema[283].

---

no e resp., 1999, 11. La «centralità dei confini» è richiamata anche, sin dal titolo del suo manifesto, da A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., 11, 18.

[277] Nel senso di rappresentazioni intellettuali che «contribuiscono a disegnare i contorni dei diversi campi discorsivi, ne determinano i confini, li ordinano secondo precise gerarchie», messo in evidenza da G. Marini, *Ripensare le dicotomie, al di là di pubblico e privato*, cit., 398-399.

[278] Cfr. in tal senso l'utile indicazione di metodo di L. Torchia, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in Id., a cura di, *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016, 21. Cfr. anche l'invito a operare «nelle intersezioni» dei problemi, formulato da S. Cassese, *Una volta il futuro era migliore. Lezioni per invertire la rotta*, Milano, 2021, 98. Utile anche lo spunto offerto da M. Libertini, *Introduzione*, in Id., *Passato e presente del diritto commerciale*, Torino, 2023, XVII-XVIII, nel senso «di valorizzare l'intreccio di discipline privatistiche e pubblicistiche […] e di confermare il metodo che richiede una previa, approfondita analisi dei fenomeni economici e degli interessi in conflitto, nonché un'attenta informazione comparatistica, come premessa per qualsiasi ricostruzione della disciplina giuridica» di certi fenomeni; ritenendo, quindi, che «una discussione sul regolamento di confini fra i diversi settori scientifico-disciplinari […] possa avere interesse solo ai fini dell'applicazione delle legislazione universitaria attualmente vigente».

[279] Ancora una volta utili indicazioni si traggono dalla lettura di G. Berti, *Principio contrattuale*, cit., 173, nonché Id., *Introduzione*, cit., 17-18: «Se si guarda in modo spregiudicato alle cose e si spinge a fondo lo sguardo, le linee di confine si dissolvono, non vi sono rigidezze e incompatibilità. Mi rendo conto che ciò può anche dare malessere a chi si aggrappa alla compatibilità dei fatti e dei valori, e li vuol vedere ben collocati, divisi ed anche contrapposti. Però così è nella vicenda dei nostri tempi e non si può sfuggire a questa nuova secolarizzazione. Dobbiamo piuttosto cedere umilmente alle esigenze del linguaggio, che sono quell(e) dell'intendersi, e soprattutto del penetrare il senso ultimo delle cose».

[280] Si tratta della nota teoria sul linguaggio, studiato in base a ciò che le lingue hanno in comune piuttosto che in base a quello che le distingue, elaborata verso la metà del Novecento da Noam Chomsky, su cui si veda di recente C. Donati e G. Graffi, *La grammatica generativa. Idee, storia e modelli di analisi*, Roma, 2022.

[281] R. Caponi, *Specialismo e politiche nella scienza giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2022, 357-358

[282] Nel meditato senso suggerito da M. Bettini, *Arrogante umanità. Miti classici e riscaldamento globale*, Torino, 2025, 126: «Dobbiamo dunque immaginare una società e una cultura che ripongono nei propri *maiores* la massima fiducia, che li ritengono una stirpe di uomini capaci di guardare avanti, di pensare alle modalità di vita dei propri *minores*, "i più piccoli", ossia i discendenti: fondando leggi e costumi in grado di far vivere la Città in armonia e di farla prosperare».

[283] R. Caponi, *Specialismo e politiche nella scienza giuridica*, cit., 364.

Gian Domenico Comporti - Abstract

L'asserita autonomia del diritto amministrativo

L'autonomia del diritto amministrativo è analizzata alla luce della sua evoluzione storica e tenendo presente la fondamentale dialettica sistema-problema. Lo studio di alcuni temi specifici porta a formulare l'ipotesi conclusiva secondo cui in un ordinamento caratterizzato dal diffondersi di assetti normativi e connessi apparati dogmatici disaggregati per specifici contesti l'unica autonomia predicabile sia di tipo "settoriale", coé riferita ad ambiti tematici e problematici circoscritti che si strutturano al loro interno mobilitando e assemblando in modo originale un insieme di istituti, tecniche e figure di varia tradizione, provenienza e struttura.

The alleged autonomy of administrative law

The autonomy of administrative law is analyzed in light of its historical evolution and taking into account the fundamental dialectic between system and problem. The study of specific themes leads to the concluding hypothesis that, in a legal system characterized by the proliferation of regulatory frameworks and associated dogmatic apparatuses disaggregated for specific contexts, the only conceivable form of autonomy is a "sectoral" one. This means autonomy is limited to specific thematic and problematic areas, which are internally structured by mobilizing and assembling, in an original way, a set of institutions, techniques, and figures from various traditions, origins, and structures.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 283-298

Riserva di procedimento, riserva di amministrazione, ambiente*

Giuseppe Manfredi

Sommario: 1. Premessa. – 2. La negazione della riserva di amministrazione. – 3. La progressiva affermazione della riserva di procedimento amministrativo. – 4. *Segue*: le sistemazioni della dottrina e le prospettive dopo Corte cost. n. 116/2020. – 5. La conformazione procedurale dell'ambiente.

1. *Premessa*

La sentenza n. 105 del 2024 è la prima pronuncia con cui la Corte costituzionale si è espressa facendo riferimento agli articoli 9 e 41 della Costituzione riformati dalla legge cost. n. 1 del 2022[1].

Come vedremo questa sentenza costituisce anche un capitolo della vicenda della riserva di procedimento amministrativo, e dunque dà l'occasione di svolgere alcune considerazioni su questa riserva, e sul suo ruolo in materia di ambiente.

2. *La negazione della riserva di amministrazione*

Quando ci si occupa della riserva di procedimento amministrativo (o, se si preferisce, del principio del giusto procedimento) è però necessario fare cenno anche a un secondo concetto, ossia la riserva di amministrazione[2].

---

* Relazione al Convegno "*L'attività amministrativa al tempo delle transizioni*", Università degli studi di Parma, 15 novembre 2024.

[1] La sentenza ha ricevuto diversi commenti, ad es. da R. Bin, *Il caso Priolo: scelta politica vs. bilanciamento in concreto*, in *Consulta online*, 2024, 1058 ss.; A.O. Cozzi, *La prima applicazione degli artt. 9 e 41 Cost. riformati: il peso della scrittura,* in *Diario di diritto pubblico*, 10.7.2024; L. Kalb, *Continuità dell'attività produttiva in caso di sequestro e tutele costituzionalmente rilevanti: la Corte torna sui limiti del controllo giurisdizionale*, in *Diritto & Giustizia*, n. 11/2024, 4 ss.; G. Giorgini Pigniatiello, *L'approccio pilatesco del Giudice delle leggi alla revisione costituzionale dell'ambiente*, in *Dpce on line,* 2024; M. Carducci, *Il duplice "mandato" ambientale tra costituzionalizzazione della preservazione intergenerazionale,* neminem laedere *preventivo e fattore tempo*, ivi; G. Vivoli, *L'eterna provvisorietà di misure straordinarie è (ed era) incostituzionale: la doppia chiave di lettura della sentenza n. 105/2024 sul c.d. "decreto Priolo" alla luce della riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *ambientediritto.it,* 2024, 261 ss.

[2] Su cui v. in generale almeno i lavori monografici di D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007; G. Arconzo, *Contributo allo studio*

Detto in estrema sintesi (anche perché si tratta di vicende ampiamente note, a cui sono già state dedicate le solite, proverbiali biblioteche di dottrina) è da quasi un paio di secoli che si discute dell'esistenza o meno di un principio di rango costituzionale che vieti al Parlamento di emanare le cosiddette leggi provvedimento, ossia leggi che in sostanza hanno il contenuto particolare e concreto tipico degli atti amministrativi[3].

La questione è stata dibattuta soprattutto durante l'Ottocento, dato che all'epoca in genere si riteneva che ciò che viene definito come l'amministrazione per legge[4] violasse la separazione dei poteri postulata da Montesquieu, e il principio per cui la legge deve dettare solo precetti generali e astratti.

Questo dibattito aveva appassionato in particolare la dottrina tedesca, in seguito al conflitto degli anni Sessanta del XIX secolo tra Bismarck e il Parlamento prussiano sulla legge di bilancio, che chi si occupa di diritto pubblico ricorda anche perché aveva ispirato la teoria sulla distinzione tra leggi in senso materiale e leggi in senso formale di Laband[5].

La posizione della dottrina italiana era però sensibilmente diversa: anche se una linea di pensiero impiegava le tesi sulle leggi meramente formali, in particolare riguardo alle leggi di approvazione[6], già a inizio Novecento non mancava chi, come Mortara, definiva le tesi sui limiti dei poteri del Parlamento in «odore di dottrina tedesco-imperialista»[7], o chi, come Cammeo, sosteneva che escludere la possibilità di esercizio di funzioni amministrative da parte del Parlamento era un «eccessivo omaggio» alla teoria della separazione dei poteri[8].

E ciò perché nel diritto italiano la separazione dei poteri non ha mai assunto un rilievo pari a quello che aveva nel diritto tedesco.

---

sulla funzione legislativa provvedimentale, Milano, 2013.

[3] In realtà la nozione di legge provvedimento è complessa e controversa, ma in questa sede non pare necessario svolgere troppi distinguo: in proposito v. comunque almeno M. Losana, *Le leggi provvedimento: un tentativo di sistematizzazione*, in *Oss. fonti*, 2021, 2.

[4] Ad es. da S. Spuntarelli, *L'Amministrazione*, cit.

[5] P. Laband, *Il diritto del bilancio sulla base delle disposizioni della Carta costituzionale prussiana alla luce della Costituzione della Confederazione della Germania del nord (1870),* in Id., *Il diritto del bilancio*, trad. it. Milano, 2007, 5 ss.

[6] Scontato il riferimento soprattutto allo studio di S. Romano, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione (1898)*, che si può leggere in Id., *Scritti minori,* I, Milano, 1950, 47 ss. Questa linea di pensiero per decenni sembrava caduta nel dimenticatoio, ma alla fine del Novecento riguardo alla riserva di procedimento è stata ripresa nelle sentenze nn. 225 e 226 del 1999: delle quali qui però non ci occupiamo, perché a oggi esse non hanno avuto seguito – in proposito v. comunque M. Cecchetti, *Il doppio regime giuridico delle leggi regionali di approvazione dei piani territoriali dei parchi: soluzione «problematica» a problemi antichi*, in *Le Regioni*, 1999, 1034 ss.

[7] L. Mortara, *Commentario del Codice civile e delle leggi di procedura civile*, I^, Milano, s.d. ma 1910, 140, nota 1.

[8] F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo,* in *Trattato Orlando*, III, Milano, 1907, 100.

Il conflitto costituzionale del quale s'è appena detto era sorto perché la Prussia era ancora una monarchia costituzionale, in cui vigeva un sistema di tipo dualistico, dove Governo e Parlamento avevano due legittimazioni distinte: ma a partire da metà Ottocento la forma di governo italiana invece si era pacificamente evoluta in senso monistico, dato che durante i governi di Cavour si era affermato in via di prassi il rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo[9].

E sempre Cammeo aveva constatato che in realtà già nell'Ottocento il Parlamento non si limitava a dettare precetti generali e astratti, perché era solito emanare anche atti legislativi aventi contenuto amministrativo[10].

Non a caso nel periodo repubblicano la questione dell'ammissibilità delle leggi provvedimento si è posta per ragioni ben diverse: come noto è accaduto per la prima volta quando l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 6 del 1952 aveva ritenuto che le norme di riforma agraria che disponevano l'espropriazione dei latifondi della Sila senza l'intermediazione di atti amministrativi fossero illegittime perché violavano il diritto alla tutela giurisdizionale riconosciuto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione[11].

Ma poco dopo la Corte costituzionale nella sentenza n. 60 del 1957 era giunta a una conclusione opposta, in base alla considerazione che la Costituzione repubblicana non definisce «la funzione legislativa nel senso che essa consista esclusivamente nella produzione di norme giuridiche generali ed astratte», e osservando pure che «la stessa Costituzione contempla, come leggi, taluni atti, che, pur essendo posti in essere collettivamente dalle Camere, non hanno il carattere di atti di produzione di norme giuridiche: tali sono le leggi di approvazione del bilancio e del consuntivo, di concessione dell'esercizio provvisorio del bilancio (Cost., art. 81), le leggi che si limitano ad autorizzare la ratifica di trattati internazionali (art. 80), la legge che approva lo Statuto di una Regione di diritto comune (art. 123, secondo comma), la legge che risolva un conflitto di interessi tra lo Stato ed una Regione (art. 127); l'art. 43 della Costituzione prevede, poi,

---

[9] Cfr. A. Barbera, *Fra governo parlamentare e governo assembleare: dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, in *Quad. cost.*, 2011, spec. 12 ss.

[10] F. Cammeo, *op. cit.*, 55: il fenomeno in parola si verificava dunque anche nello Stato liberale, a differenza di quanto in seguito avrebbe sostenuto ad es. E. Forsthoff, *Le leggi provvedimento (1955)*, in Id. *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it., Milano, 1973, 101 ss.

[11] La posizione assunta dall'Adunanza plenaria aveva dato origine a un dibattito a cui aveva partecipato una gran parte della dottrina pubblicistica dell'epoca – v. almeno il commento alla decisione del 1952 di E. Guicciardi, *Ha vinto il diritto!*, in *Giur. it.,* 1952, III^, 65 ss. Che nell'ordinamento costituzionale vigente la questione della riserva di amministrazione si riproponga per l'esigenza di regolare adeguatamente i rapporti tra le attribuzioni del legislativo e quelle del potere giudiziario è stato sostenuto lucidamente ad es. da F. Cintioli, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge provvedimento e «valore di legge»*, in Aa.Vv., *Legge in sostituzione di atto amministrativo. Atti preparatori e attuativi di atto legislativo. Responsabilità del legislatore e responsabilità dell'amministrazione e verso l'amministrazione,* Milano, 2001, 103 ss. Cfr., in proposito, di recente, L.R. Perfetti, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1021 ss.

proprio nella materia che specificamente interessa il presente giudizio, la possibilità che con legge si proceda ad espropriazione di determinate imprese».

A partire da questo momento la giurisprudenza costituzionale nel complesso è rimasta ferma nel negare la configurabilità di una riserva di amministrazione in capo all'esecutivo – e anche se nel nostro ordinamento costituzionale vigesse una rigida separazione dei poteri[12], ridiscutere la questione che qui interessa alla luce di questo principio oggi sarebbe paradossale, perché da ultimo è il Governo che pare volersi ingerire nelle competenze del Parlamento, in particolare impiegando i decreti-legge come mezzo ordinario di produzione normativa[13].

Eppure vi sono svariate altre ragioni che inducono tuttora parte della dottrina a revocare in dubbio la fondatezza della negazione della riserva di amministrazione[14].

La legittimità delle leggi provvedimento è stata rimessa in discussione a più riprese soprattutto in considerazione del *deficit* di tutela giurisdizionale che era stato rilevato dall'Adunanza plenaria nel 1952[15]: d'altra parte anche Mortati, che pure aveva aderito all'orientamento della Consulta, non negava l'esistenza del problema, tant'è che sosteneva che le leggi provvedimento dovrebbero considerarsi ammissibili solo in ipotesi eccezionali, dovrebbero essere assistite da un'adeguata motivazione, ed essere sindacabili per il vizio di eccesso di potere legislativo[16].

In effetti è difficile negare che nei confronti di una misura concreta il giudizio amministrativo quasi sempre offre delle garanzie maggiori di quelle fornite dal giudizio costituzionale – e riguardo alle leggi provvedimento autoapplicative la tutela giurisdizionale dei cittadini può risultare addirittura impossibile[17].

Nondimeno la giurisprudenza costituzionale per decenni, quando non si è limitata ad affermare *tout court* che il controllo della Consulta sulle leggi provvedimento è equivalente a quello del giudice amministrativo sugli atti di amministrazione, ha affrontato il problema tramite il cosiddetto scrutinio stretto di legit-

---

[12] Il che non è, com'è stato ribadito di recente da G. D'Amico, D. Tega, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri. Scelte dell'Assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Riv. trim. dir. pub*., 2023, 89 ss.

[13] V. M. Cartabia, *Il Governo "signore delle fonti"?,* in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici,* Torino, 2011, 169 ss.; L. Casini, *Il Governo legislatore*, in *Riv. trim. dir. pub*., 2023, 149 ss.

[14] Una rassegna degli argomenti che possono essere addotti in tal senso si può leggere in S. Spuntarelli, *L'Amministrazione,* cit., 283 ss.

[15] Tant'è che di recente s'è proposto di tornare – *à la* Sidney Sonnino – alla decisione dell'Adunanza plenaria del 1952: v. L.M. Tonelli, *Ritorniamo a Cons. St., Ad. Plen., n. 6 del 1952? Legge - provvedimento e tutela giurisdizionale: ancora alla ricerca del giudice che garantisca una tutela piena ed effettiva, in Judicium,* 31.1.2025.

[16] C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, rispettivamente 99, 134 ss., 201 ss.

[17] V. ad es. A. Pace, *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3748 ss., che però osserva che ciò vale anche riguardo alle leggi autoapplicative con contenuto normativo anziché provvedimentale.

timità, secondo il quale le leggi in parola discorso possono ritenersi legittime solo quando appaiono giustificate dalla peculiarità del caso su cui intervengono.

Ora, la recente Corte cost. n. 186 del 2022 dimostra che, se questa tecnica di giudizio viene, per così dire, presa sul serio, può comportare un sindacato molto penetrante[18]: ma in passato essa è stata applicata in maniera ondivaga, e dunque spesso si è risolta in nulla di più dell'usuale controllo di ragionevolezza, ed è risultata inefficace[19].

3. *La progressiva affermazione della riserva di procedimento amministrativo*

Ciò posto, la ragione per cui non si può trattare la riserva di procedimento amministrativo senza considerare la riserva di amministrazione è presto detta.

Gli è che, nonostante le autorevoli proposte *de iure condendo* che sono state avanzate dalla dottrina[20], a tutt'oggi l'emanazione delle leggi provvedimento in genere non è preceduta da procedimenti aperti alla partecipazione degli interessati, e queste leggi non sono motivate.

Sicché, a ordinamento invariato, il giusto procedimento può svolgersi solo avanti una pubblica amministrazione, e dunque la riserva di procedimento finisce per risolversi in una riserva di amministrazione.

Pertanto la giurisprudenza costituzionale per lungo tempo ha ritenuto che anch'essa va a collidere con i principi affermati nella sentenza n. 60 del 1957[21], e solo da ultimo è parsa propensa a riconsiderare la questione – forse anche perché, per quanto s'è appena detto, a differenza di quanto è accaduto per la tutela giurisdizionale, non è facile trovare un qualche succedaneo per il giusto procedimento amministrativo.

Ma procediamo con ordine: si sa che la Consulta, nella nota sentenza n. 13 del 1962 sulla legge urbanistica della Valle d'Aosta, aveva configurato la partecipazione al procedimento come «un principio "dell'ordinamento giuridico dello

[18] Sulla sentenza n. 186 v. i commenti di G.U. Rescigno, *Quattro distinte ragioni (una fondamentale) per dichiarare incostituzionale con la sentenza n. 186 del 2022 una legge-provvedimento,* e di A.G. Arabia, *La Corte ritorna sul tema della motivazione della legge, ovvero sulla necessità «che siano intellegibili all'esterno le ragioni» alla base di una disposizione-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2022, rispettivamente 2074 ss. e 2709 ss.

[19] V., fra i tanti, C. Pinelli, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato,* in *Giur. Cost.*, 2010, 3739 s.; R. Manfrellotti*, Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento, ivi,* 3740 ss., e, più ampiamente, F. Zammartino, *Legge provvedimento e tutela dei diritti. Aspetti e problematiche nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2023, e G. Arconzo, *Contributo,* cit., 184 ss., che svolge anche una puntuale rassegna di casi in cui la Corte ha applicato questo scrutinio: con gli esiti altalenanti di cui si dice nel testo.

[20] In particolare da C. Mortati, *Le leggi,* cit., 127 ss. Nella letteratura recente v. almeno D. Scopelliti, *Leggi-provvedimento e istruttoria legislativa: una prospettiva «partecipativa», rileggendo Cammeo e Mortati*, in *Nuove autonomie*, 2025, 275 ss.

[21] Anche su riserva di procedimento e giusto procedimento non mancano lavori monografici, quale quello di L. Pedullà, *Contributo per una teoria sulla costituzionalizzazione del giusto procedimento,* Bologna, 2023.

Stato" (limitante, perciò, la potestà legislativa regionale anche piena, ma derogabile all'occorrenza dalla legge statale)»[22].

È però altrettanto noto che, dopo questa pronuncia, la giurisprudenza costituzionale per decenni ha negato il rilievo costituzionale del principio in discorso: già nella sentenza n. 59 del 1965. La Corte aveva chiarito che ciò è dovuto al fatto che esso non può considerarsi «ancorat(o) ad una inesistente "riserva" a favore della Amministrazione»[23].

Questo indirizzo ha però iniziato a mostrare qualche incrinatura a partire dalla fine degli anni Ottanta, nelle sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di alcune ipotesi di destituzione automatica dal pubblico impiego a fronte della condanna per determinati reati, oppure, sempre a fronte di una qualche condanna, di ipotesi di incandidabilità alle competizioni elettorali.

Ad esempio, già nella prima pronuncia che va in questo senso, la n. 971 del 1988, si rileva che «l'ordinamento appa(re) vieppiù orientato, oggi, verso la esclusione di sanzioni rigide, avulse da un confacente rapporto di adeguatezza col caso concreto», e pertanto si afferma che la «indispensabile gradualità sanzionatoria … importa…che le valutazioni relative siano ricondotte, ognora, alla naturale sede di valutazione: il procedimento disciplinare, in difetto di che ogni relativa norma risulta incoerente, per il suo automatismo, e conseguentemente irrazionale, *ex* art. 3 Cost.»[24].

Nel decennio successivo nelle sentenze ascrivibili a questo indirizzo si inizia poi a fare riferimento al principio del giusto procedimento.

Ciò avviene in particolare nella sentenza n. 57 del 1995, in cui si sostiene «che il "giusto procedimento" in quanto tale non può dirsi un principio assistito in assoluto da garanzia costituzionale», ma al contempo si afferma che esso «costituisce sempre almeno un criterio di orientamento, come per il legislatore così per l'interprete».

E sempre in questa sentenza si inizia anche a prendere come parametro la disciplina della partecipazione prevista nella legge n. 241 del 1990, osservando

---

[22] V. Crisafulli, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.,* 1962, 135 s. Sulle tesi di Crisafulli v., da ultimo, G.P. Dolso, *La nuova riforma dell'attività amministrativa. Riflessioni a partire da Vezio Crisafulli: principio di legalità e giusto procedimento,* in *ambientediritto.it*, 2020, 4.

[23] V., in proposito, C. Pinelli, *Art. 97, co.1, Cost.,* in *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1994, 63, che osserva che dopo la sentenza del 1965 per lungo tempo «le fortune giurisprudenziali del giusto procedimento saranno strettamente associate, se non subordinate, all'ipotesi della sussistenza di un divieto costituzionale di leggi a contenuto particolare». Su questi orientamenti della giurisprudenza costituzionale v., fra i tanti, almeno G. Sciullo, *Il principio del "giusto procedimento" fra giudice costituzionale e giudice amministrativo,* in *Jus,* 1986, 291 ss.; A. Pubusa, *La procedura di formazione degli atti individuali*, e G. Sala, *Regole costituzionali dell'azione amministrativa e principio del "giusto procedimento" nella giurisprudenza dei T.a.r.*, entrambi in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza,* Rimini, 1987, II, rispettivamente 685 ss. e 703 ss.

[24] Su queste pronunzie cfr. F.G. Scoca, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione. Riflettendo sul pensiero di Aldo M. Sandulli,* in Aa.Vv., *Aldo M. Sandulli. Attualità del pensiero giuridico del maestro*, Milano, 2004, 187.

che «la necessità di comunicare l'avvio di una fase conoscitiva» è «riconducibile all'art. 7, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che ha carattere generale ed è quindi integrativa anche di procedimenti amministrativi disciplinati da disposizioni anteriori»[25].

Nei primi anni di questo secolo cominciano poi a registrarsi pronunzie che in modi diversi affermano la valenza costituzionale del giusto procedimento: e ciò a partire da Corte cost. n. 104 del 2006[26], ove una declaratoria di illegittimità di una norma di legge statale si basa sull'asserto della valenza costituzionale del principio di pubblicità, sostenendo che esso «ha assunto, specie dopo l'entrata in vigore della legge 241/1990 … il valore di un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.)».

La legge n. 241 viene poi richiamata anche nelle sentenze nn. 103 e 104 del 2007[27].

Giova ricordare soprattutto che la sentenza n. 103 dichiara illegittima un'altra norma di legge statale affermando la valenza costituzionale del contraddittorio procedimentale: «deve … ritenersi necessario che … sia comunque garantita la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti», perché «l'esistenza di una preventiva fase valutativa si presenta essenziale anche per assicurare, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 … il rispetto dei principi del giusto procedimento, all›esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale».

4. Segue: *le sistemazioni della dottrina e le prospettive dopo Corte cost. n. 116/2020*

Sempre a partire dagli anni Novanta la dottrina ha elaborato tesi che possono servire come chiavi di lettura degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale dei quali s'è appena detto.

---

[25] Sulle altre sentenze che in questo periodo vanno nello stesso senso sia permesso rinviare al ns. *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2007, 2707 ss., e v. A. Mitrotti, "*Riserva di Amministrazione" versus "Amministrazione per legge". Tendenze ed evoluzioni tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica*, in *Nomos*, n. 3/2020.

[26] Su cui v. B.G. Mattarella, *Il rilievo costituzionale del principio di pubblicità,* in *Giorn. dir. amm.,* 2007, 171 ss.

[27] Su queste due sentenze v. F. Jorio, *Lo* spoil system *viene nuovamente ridisegnato dal Giudice delle leggi con le sentenze nn. 103 e 104 del 2007,* in *federalismi.it,* n. 8/2007.

Da un lato si era rappresentato che la legge generale sul procedimento «può essere considerata come il primo nucleo della nuova costituzione dell'amministrazione»[28] – seguendo una linea di pensiero che fa capo in particolare a Benvenuti[29], e che sviluppava le precoci intuizioni di Esposito secondo cui dal complessivo sistema della Costituzione si evince il riconoscimento dei «diritti fondamentali dei cittadini alla democraticità, alla legalità, alla imparzialità o alla attività economica della P.A.»[30].

E dall'altro lato si era previsto che questo testo normativo avrebbe inciso sull'interpretazione delle norme costituzionali in tema di attività amministrativa, perché tra la Costituzione e la legislazione ordinaria si sarebbe venuto a creare «un processo circolare», nel quale «le indicazioni della Costituzione vengono sviluppate dal legislatore ordinario, e a sua volta quest'ultimo contribuisce alla determinazione del significato delle disposizioni costituzionali»[31].

Una variante di questa tesi sosteneva poi che dopo la legge n. 241 non si può escludere *a priori* che possano esservi eccezionali ragioni politiche che giustifichino una deroga alla riserva di procedimento[32]: a questa stregua la presenza della legge n. 241 non reca dunque a una «riserva definitiva» di procedimento, ma, piuttosto, «si trasforma in un parametro di ragionevolezza» degli interventi normativi che derogano alla riserva[33].

Ora, anche negli scorsi anni nella giurisprudenza costituzionale non sono mancate pronunzie che in modi diversi presuppongono l'esistenza di una riser-

---

[28] G. Pastori, *Riforme istituzionali e concezione dell'amministrazione,* In Aa. Vv., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni,* Milano, 1995, 73 ss., ora in Id., *Scritti scelti,* Napoli, 2010, II, 537 ss.: dello stesso a. v. in proposito almeno anche *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa,* in Aa.Vv., *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione,* Milano, 2005, 3 ss. Per una considerazione complessiva dei diversi argomenti che possono fondare la valenza costituzionale del giusto procedimento, v., nella letteratura recente, in particolare le osservazioni di L. Pedullà, *Contributo*, cit., spec. 187 ss.

[29] V. C. Pinelli, *Art. 97,* cit., 176 ss.

[30] C. Esposito, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini,* che può leggersi in Id., *La Costituzione italiana. Saggi,* Padova, 1954, 250.

[31] G. Morbidelli, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo,* in *Studi in memoria di Franco Piga,* Milano, I, 1992, 675: analogo ragionamento viene svolto più sinteticamente dell'a. ne *Il procedimento amministrativo*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo,* Bologna, 2001, II, 1318 s. V., in questo senso, pure D. Vaiano, *La riserva,* cit., 95 ss. e *passim*, e, se si vuole, cfr. anche il ns. *Giusto procedimento,* cit. Una disamina critica di queste tesi, e delle loro implicazioni, si legge in M. Dogliani, *Riserva di amministrazione*?, in *Dir. pub*., 2000, 673 ss. Sulle interazioni che in generale si verificano tra legislazione e interpretazione costituzionale v. in generale R. Bin, *Diritti e argomenti,* Milano, 1992, spec. 24 ss., e S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione,* Bologna, 2004, 445.

[32] Come viene prospettato da D. Vaiano, *La riserva,* cit., 92 ss.: cfr. in proposito anche le considerazioni di M. Dogliani, *Riserva,* cit., 693 ss.

[33] Così M. Dogliani, *Riserva,* cit., 695. L'a. però sostiene che l'innesto della riserva di procedimento nel giudizio di ragionevolezza potrebbe recare a pronunzie viziate da soggettivismo – con tutto quanto ne segue riguardo ai ben noti problemi della certezza del diritto, nonché dei rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale, tra politica e giustizia, *etc.*: ma a ben vedere questo rischio pare già insito in ogni giudizio di ragionevolezza, sicché la presenza del parametro in discorso alla fin fine non sposta i termini della questione.

va di procedimento amministrativo[34], e tra esse quella di maggior interesse è senz'altro la nota sentenza n. 116 del 2020[35].

Pur precisando prudentemente di «non mettere in discussione il tema della "riserva di amministrazione"», questa sentenza ha ritenuto viziata per irragionevolezza l'approvazione *ex lege* di un atto di programmazione inerente la sanità della Regione Molise in base alla considerazione che, se una materia «per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto», e a quella che nel caso esaminato «non vi è dubbio … che l'oggetto della legificazione abbia tutte le caratteristiche di una materia ragionevolmente inquadrabile fra quelle *naturaliter* amministrative, come del resto ritenuto dallo stesso legislatore statale del 2014».

La ragione principale della declaratoria di illegittimità consiste dunque nel fatto che l'approvazione *ex lege* del programma non ha consentito la partecipazione al procedimento – viene sì richiamato pure l'argomento del *deficit* di tutela giurisdizionale (pur ricordando, ancora una volta prudentemente, che la tutela non viene meno per il trasferimento del contenzioso alla giurisdizione costituzionale), ma sull'assunto che la tutela delle pretese partecipative «costituisce il naturale oggetto del vaglio del giudice amministrativo».

La sentenza n. 116 è stata oggetto di diverse critiche, in particolare da parte di chi ha osservato che non è chiaro il fondamento costituzionale degli asserti del-

[34] Sulle principali sentenze degli scorsi anni che vanno in questo senso v. almeno D. D'Orsogna, *Coalescenze della funzione amministrativa*, in *Ceridap*, 2024, 2, 1 ss.; S. Spuntarelli, *Il Parlamento amministratore*, in *Riv. trim. dir. pub*., 2023, 121 ss.; F. Cortese, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Regioni*, 2018, 759 ss.; A. Sau*, L'irragionevolezza delle leggi provvedimento: la riserva di amministrazione c'è ma non si vede*, in *Giorn. dir. amm*., 2023, 71 ss.; C. Fragomeni, *Il dibattito attuale sulla configurabilità della riserva di partecipazione*, in *Dir. econ*., 2024, 351 ss.

[35] Che non a caso è stata oggetto di numerosi commenti: ad es., da parte di C. Pinelli, *Dallo scrutinio stretto all'omaggio al giudice amministrativo,* in *Giur. cost.*, 2020, 1318 ss.; M.P. Chiti, *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza costituzionale del giudice Coraggio*, in *Riv. it. dir. pub. com*., 2022, 193 ss.; C. Fragomeni, *Il dibattito*, cit., A. Mitrotti, *Riserva*, cit.; C. Chiarello, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2021, 2959 ss.; E. Rinaldi, *Leggi provvedimento e statuto costituzionale dell'amministrazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2023, 140 ss.; F. Ferrari, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi-provvedimento (nota a C. cost. n. 116 del 2020)*, in *Forum quad. cost.,* 2020, 135 ss.; B.G. Di Mauro, *Una nuova stagione per le leggi provvedimento? Le leggi provvedimento nel panorama sociale e giuridico italiano dalla prospettiva dei diritti: dall'erosione del sindacato stretto di costituzionalità alla slatentizzazione della riserva di amministrazione*, in *P.A. Persona e amm.,* 2021, 310 ss.; S. Caldarelli, *L'illegittimità costituzionale della legge-provvedimento e la "riserva" di procedimento amministrativo*, in *Giustizia Insieme*, 22.7.2020.

la Corte[36]: e anche chi l'ha accolta con favore comunque ha mostrato perplessità di fronte alla nozione di materie "*naturaliter* amministrative"[37].

In effetti questa formula non è del tutto perspicua, ma sembra plausibile che con essa si faccia riferimento alle materie in cui è prevista la partecipazione al procedimento.

Sennonché dopo l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990 la partecipazione è divenuta la regola generale di tutti i procedimenti amministrativi, salvo quelli che sono esclusi dall'applicazione delle norme del Capo III della legge dall'art. 13 – ma per una gran parte delle procedure escluse la partecipazione è comunque prevista da norme speciali: per le procedure tributarie l'art. 6-*bis* dello statuto dei diritti del contribuente afferma il principio del contraddittorio, per quelle intese all'emanazione degli atti generali, di pianificazione e di programmazione le leggi di settore da sempre prevedono fasi di osservazioni dei privati ispirate al modello della legge urbanistica del 1942, e anche per quelle che sono intese all'emanazione degli atti normativi delle autorità indipendenti non mancano svariate forme di partecipazione, in genere previste dalle stesse *authorities*.

A questa stregua la nozione in discorso finisce dunque per avere un campo di applicazione amplissimo[38], da cui esula non molto di più dei casi dei quali diceva la sentenza n. 60 del 1957, in cui è la stessa Costituzione a prevedere l'emanazione con legge di atti che non producono norme giuridiche.

Si può però ipotizzare che la Consulta abbia considerato i ragionamenti che sono alla base delle opinioni dottrinali delle quali si è detto poco più sopra, sul "processo circolare" in cui l'interpretazione della Costituzione finisce per essere condizionata dalle scelte del legislatore ordinario.

E che abbia seguito in particolare la tesi sull'innesto della riserva di procedimento nel giudizio di ragionevolezza, sicché, come s'è appena visto, la "conformazione procedurale" data a una materia dal legislatore non implica una riserva definitiva di procedimento, perché una deroga può essere giustificata da qualche ragione eccezionale.

In effetti la sentenza in discorso finisce con l'affermare che la conformazione di una materia «deve essere tenut(a) in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa … di un intervento normativo diretto» – e a questa valenza non definitiva della conformazione procedurale probabilmente si ricollegano anche i *caveat* che segnalano che non si vuole mettere in discussione né la tradizionale negazione della riserva di amministrazione, e che la

[36] Così C. Pinelli, *Dallo scrutinio*, cit.

[37] V., ad es., C. Chiariello, *Una possibile apertura,* cit., e le analoghe considerazioni di C. Fragomeni, *Il dibattito*, cit.

[38] Com'è stato postulato sempre da C. Pinelli, *Dallo scrutinio*, cit.

tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini non viene meno se il relativo contenzioso si svolge avanti la giustizia costituzionale.

5. *La conformazione procedurale dell'ambiente*

Tornando ora alla sentenza n. 105 del 2024, è quasi inutile rappresentare che anche l'ambiente può senz'altro rientrare nel novero delle materie *naturaliter* amministrative.

E ciò non solo perché il vigente Codice dell'ambiente prevede che le scelte che riguardano questa materia devono passare attraverso procedure articolate e aperte alla partecipazione dei cittadini, quali le procedure di v.i.a., v.a.s. e a.i.a., ma anche perché la partecipazione ai processi decisionali in materia di ambiente è prevista già a livello sovranazionale, e, in particolare, dal diritto eurounitario, o unionale, oltre che dalla Convenzione di Aarhus ratificata in Italia sin dal 2001, la quale a sua volta recepisce i principi sanciti della dichiarazione di Rio[39].

Ora, la fattispecie che viene esaminata nella sentenza n. 105 si ricollega agli interventi legislativi sul notorio caso Ilva, che per molti versi sono stati considerati decisamente opinabili[40]: ma ai nostri fini essa ovviamente interessa per quanto se ne può desumere riguardo alla riserva di procedimento in tema di ambiente.

Come noto il d.l. n. 207 del 2012, per salvaguardare l'occupazione e la produzione nello stabilimento dell'Ilva, ha consentito la prosecuzione dell'attività nonostante i provvedimenti di sequestro che erano stati emanati dal G.I.P. di Taranto[41].

Le vicende che ne sono seguite sono altrettanto note: con la sentenza n. 85 del 2013 la Corte ha mandato indenne il decreto dalle censure di costituzionalità sollevate dal Tribunale di Taranto, in particolare sulla base della considerazione che il bilanciamento tra diritto al lavoro e diritto alla salute può avvenire trovando un «punto di equilibrio … dinamico e non prefissato in anticipo» tramite il procedimento amministrativo inteso all'emanazione dell'autorizzazione integrata ambientale.

La prosecuzione dell'attività per non più di trentasei mesi era infatti subordinata all'emanazione di un'a.i.a. rilasciata in sede di riesame dal Ministero

[39] Pure qui si potrebbero citare le solite biblioteche di dottrina, ma si preferisce rinviare – anche per puntuali riferimenti all'ampia letteratura che si è occupata della questione – al lavoro monografico di S.A. Frego Luppi, *Giusto procedimento e amministrazione dell'ambiente,* Napoli, 2018.

[40] V., in proposito, almeno M. Massa, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso Ilva,* in *Oss. fonti*, n. 2/2013.

[41] Per precisione va detto che l'art. 1 del d.l. n. 207 prevede norme generali per gli stabilimenti di interesse strategico nazionale, ma l'art. 3 detta una previsione di attuazione dedicata specificamente all'Ilva: com'era stato sottolineato prontamente da G. Arconzo, *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam", tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1.

dell'ambiente, ai fini del risanamento degli impianti dello stabilimento: autorizzazione integrata che secondo la Corte è un atto amministrativo «che costituisce l'esito della confluenza di plurimi contributi tecnici ed amministrativi in un unico procedimento, nel quale, in conformità alla direttiva n. 2008/1/CE, devono trovare simultanea applicazione i princìpi di prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione, che caratterizzano l'intero sistema normativo ambientale»[42].

La valenza del procedimento amministrativo nella materia dell'ambiente è stata poi confermata anche dalla sentenza n. 58 del 2018, che ha dichiarato l'illegittimità di un nuovo d.l., il n. 92 del 2015, che voleva consentire la prosecuzione dell'attività dello stabilimento di Taranto nonostante un sequestro penale, ma solo tramite un piano di risanamento redatto dall'impresa destinataria del sequestro: e, dunque, senza il procedimento previsto dal d.l. n. 207 del 2012, ossia senza nessuna forma di partecipazione dei soggetti pubblici e privati interessati[43].

La sentenza n. 105 si occupa di un caso analogo a quello dell'Ilva, ossia del sequestro giudiziario dell'impianto di depurazione di un altro stabilimento industriale dichiarato anch'esso di interesse strategico nazionale.

In questo caso al fine di consentire la prosecuzione dell'attività dello stabilimento è stato emanato un decreto interministeriale ai sensi del comma 1-*bis* 1 dell'art. 104 delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura penale come modificato dal d.l. n. 2 del 2023, che prevede che «il giudice autorizza la prosecuzione dell'attività se, nell'ambito della procedura di riconoscimento dell'interesse strategico nazionale, sono state adottate misure con le quali si è ritenuto realizzabile il bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva e di salvaguardia dell'occupazione e la tutela della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell'ambiente e degli altri eventuali beni giuridici lesi dagli illeciti commessi».

Ora, la sentenza non manca di precisare che rispetto alle pronunzie sul caso dell'Ilva sono mutati i parametri costituzionali, perché «la riforma del 2022 consacra direttamente nel testo della Costituzione il mandato di tutela dell'ambiente, inteso come bene unitario, comprensivo delle sue specifiche declinazioni rappresentate dalla tutela della biodiversità e degli ecosistemi, ma riconosciuto in via autonoma rispetto al paesaggio e alla salute umana, per quanto ad essi naturalmente connesso; e vincola così, esplicitamente, tutte le pubbliche autorità ad attivarsi in vista della sua efficace difesa. Peculiare è, altresì, la prospettiva di tutela

[42] V., in proposito, per tutti, E. Rinaldi, *Leggi provvedimento*, cit., 161 ss. Anche sulla vicenda dell'Ilva nella giurisprudenza costituzionale v'è ampia letteratura, ma v., riassuntivamente, almeno lo studio di T. Guarnier, *Della ponderazione di un valore "primario". Il caso Ilva sotto la lente della Corte costituzionale,* in *Dir. soc.,* 2018, 173 ss., e, sull'a.i.a. in riesame, E. Frediani, *Autorizzazione integrata ambientale e tutela "sistemica" nella vicenda dell'Ilva di Taranto*, in *Federalismi*, n. 15 del 2013.

[43] Cfr. T. Guarnier, *Della ponderazione*, cit., 187 ss.

oggi indicata dal legislatore costituzionale, che non solo rinvia agli interessi dei singoli e della collettività nel momento presente, ma si estende anche … agli interessi delle future generazioni … per altro verso, la tutela dell'ambiente – nell'interesse, ancora, dei singoli e della collettività nel momento presente, nonché di chi ancora non è nato – assurge ora a limite esplicito alla stessa libertà di iniziativa economica, il cui svolgimento non può «recare danno» – oltre che alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, come recitava il testo previgente dell'art. 41, secondo comma, Cost. – alla salute e all'ambiente».

Ma queste considerazioni non paiono avere inciso più di tanto sul giudizio della Corte.

La sentenza infatti rileva che, a differenza dell'art. 1 del d.l. n. 207 del 2012, l'art. 104 delle disposizioni di attuazione del C.P.P. «non condiziona … la prosecuzione dell'attività dello stabilimento o impianto sequestrato al rispetto delle prescrizioni dell'a.i.a. riesaminata … bensì all'osservanza di generiche «misure» di bilanciamento», sicché fa difetto una procedura in cui trovino applicazione «i princìpi di prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione, che caratterizzano l'intero sistema normativo ambientale».

E sottolinea che il procedimento di a.i.a. garantisce «i profili della necessaria pubblicità e partecipazione dei cittadini in genere, e comunque di tutti i soggetti interessati al procedimento… unitamente alla necessità di accurate analisi della situazione fattuale sulle quali deve essere basata ogni decisione autorizzativa di attività», i quali sono «costantemente sottolineati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di tutela dell'ambiente, che – essa pure ispirandosi largamente ai principi enunciati dalla Convenzione di Aarhus – deduce tali profili "procedimentali" dagli obblighi positivi di tutela del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 Cedu» – e in proposito richiama pure la recente sentenza della Corte Edu del 9 aprile 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* e altri contro Svizzera.

Ciò nondimeno ritiene che le criticità inerenti gli aspetti procedimentali possono essere superate tramite una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 104, perché comunque le misure di bilanciamento previste da questa disposizione devono essere precedute «– conformemente alle indicazioni derivanti dalle fonti internazionali sopra ricordate – da adeguata attività istruttoria, e dovrà essere sorretta da una congrua motivazione, che dia conto tra l'altro delle risultanze dell'istruttoria, ai sensi di quanto previsto in via generale dall'art. 3, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241».

Sicché si limita a dichiarare illegittimo l'art. 104 solo nella parte in cui non prevede un termine di efficacia di queste misure, perché la mancanza di questo termine si risolve in «un sistema di tutela dell'ambiente parallelo a quello ordi-

nario, e affidato a una disposizione dai contorni del tutto generici: come tali inidonei ad assicurare che, a regime, l'esercizio dell'attività di tali stabilimenti e impianti si svolga senza recare pregiudizio alla salute e all'ambiente»; e con una pronuncia additiva indica questo termine nei trentasei mesi che sono previsti dall'art. 1 del d.l. n. 207.

Questa decisione non manca di suscitare diverse perplessità.

E non tanto perché, come s'è già accennato, si ha l'impressione che la riforma costituzionale – che come s'è visto viene puntualmente citata nella sentenza – abbia condizionato punto o poco le scelte della Corte: dal che potrebbe desumersi che i giudici costituzionali hanno ritenuto che la legge costituzionale n.1 del 2022 abbia una valenza solo ricognitiva di orientamenti maturati già da tempo nella giurisprudenza costituzionale.

Ma, anche a prescindere dal fatto che si sapeva da tempo che questa è una delle opzioni interpretative delle formule introdotte tre anni fa nella Costituzione, dato che la dottrina si era subito divisa tra chi sostiene che esse abbiano una valenza meramente dichiarativa, e chi invece sostiene che abbiano valenza innovativa, non si può escludere che i Giudici abbiano ritenuto che la riforma del 2022 non rileva solo nel caso di specie, sicché solo le prossime sentenze potranno chiarire l'orientamento della Consulta[44].

Ai nostri fini interessa però soprattutto rilevare che l'esito più coerente dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte sarebbe stata la declaratoria di illegittimità dell'art. 104 ove non prevede che le misure di bilanciamento debbano essere adottate tramite la procedura di a.i.a.[45]

Nondimeno, la sentenza n. 105 in definitiva non nega, ma, anzi, conferma quella che – se si vuole riprendere il lessico di Corte cost. n. 116 del 2020 – si può definire come la necessaria conformazione procedurale dell'ambiente.

E ciò non soltanto perché questa decisione precisa che la deroga al regime dell'a.i.a. previsto dal Codice dell'ambiente può essere solo temporanea.

Ma pure perché afferma che, anche applicando il peculiare regime derogatorio previsto dall'art. 104 delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura penale, nell'emanazione delle misure di bilanciamento i principi dettati dalla

[44] E ovviamente in questa sede non si può affrontare un discorso che ci porterebbe troppo lontano dalle finalità di questo scritto. Sui termini del dibattito riguardo alla riforma costituzionale del 2022 v. E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione,* in *Costituzionalismo.it*, 2022, 1 ss.; e, tra i numerosi contributi a questo dibattitto, v. almeno quelli di F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo",* in *Dir. econ.*, 2022, 15 ss.; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad. cost.*, 2021, 285 ss.; G. Di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Federalismi*, n. 16/2021; L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale". La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato,* in *DPCE online*, 2022, 1071 ss.

[45] Ed è anche per questa ragione che la sentenza ha ricevuto critiche in una parte dei commenti citati nella nt. 2.

convenzione di Aarhus possono comunque trovare attuazione per il tramite della disciplina generale del procedimento amministrativo dettata dalla legge n. 241: la quale, a ben vedere, ai fini della «adeguata attività istruttoria» richiamata dalla Corte, prevede pure la partecipazione dei destinatari del provvedimento e dei portatori di interessi diffusi.

D'altro canto, una conformazione siffatta appare ineludibile, perché una gran parte della dottrina – anche a prescindere da considerazioni sulla valenza dichiarativa o innovativa della legge cost. n. 1 del 2022 – concorda sul fatto che pure dopo la riforma l'ambiente è ben lungi dall'essere divenuto quel valore tiranno paventato nella sentenza n. 85 del 2013, e dunque che esso continua a doversi confrontare, e bilanciare, con gli altri interessi e valori riconosciuti e tutelati dalla nostra Costituzione, la quale non ha perso il suo carattere pluralistico[46].

E il procedimento amministrativo continua a essere lo strumento più consono all'esigenza di svolgere questo confronto e questo bilanciamento in modo dinamico, e adeguato al caso concreto.

Per quanto qui maggiormente interessa va poi detto che pure in base alla sentenza n. 105 sembra che la riserva di procedimento (e di conserva anche la riserva di amministrazione), pur se nella forma non definitiva della quale s'è detto, si stia avviando a divenire la regola generale dell'azione dei pubblici poteri: anche se ovviamente non è facile prevedere con esattezza come si orienterà in futuro la giurisprudenza costituzionale, dato che s'è visto che su questi argomenti gli orientamenti della Corte costituiscono una sorta di mondo mutabile e leggero.

[46] V., in questo senso, F. Cintioli, *L'interpretazione degli articoli 9 e 41 della Costituzione dopo la legge cost. n. 1 del 2022: l'amministrazione e il giudice*, in *Dir. econ.*, 2024, 11 ss.; e M. Ramajoli., *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell'ambiente nel nuovo art. 41 della Costituzione*, in Aa.Vv., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente,* Napoli, 2022, 169 ss., e cfr. F. De Leonardis, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023, 303, che, pur sostenendo che dopo la riforma del 2022 l'ambiente dovrebbe avere un peso maggiore, non nega l'esigenza di un bilanciamento con altri valori costituzionali.

Giuseppe Manfredi - Abstract

Riserva di procedimento, riserva di amministrazione, ambiente

Il contributo esamina l'evoluzione del rapporto tra riserva di amministrazione, riserva di procedimento e tutela dell'ambiente, evidenziando come la dimensione procedurale assuma un ruolo crescente nell'azione pubblica e nel bilanciamento degli interessi costituzionali.

Procedural Reserve, Administrative Reserve, and the Environment

The article explores the evolving relationship between the administrative reserve, the procedural reserve, and environmental protection, highlighting the increasing centrality of procedural dynamics in public action and in balancing constitutional interests.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 299-314

Articoli e saggi

Il grave illecito professionale traguardato attraverso i tre principi cardine del d.lgs. n. 36 del 2023

Giuliano Grüner

Sommario: 1. Il grave illecito professionale nell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 e le sue criticità. – 2. Il grave illecito professionale nel d.lgs. n. 36 del 2023: l'art. 95, comma 1, lett. e), e l'art. 98. – 3. Il grave illecito professionale e i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato. – 4. Conclusioni.

1. *Il grave illecito professionale nell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 e le sue criticità*

Nella *Relazione* del Consiglio di Stato al d.lgs. n. 36 del 2023, si legge che il previgente istituto del grave illecito professionale, disciplinato dall'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, aveva determinato l'emersione di «elementi di incertezza che hanno comportato un contenzioso imponente in materia».

Ciò è stato determinato da due principali fattori[1].

In primo luogo, il carattere aperto dei gravi illeciti professionali, non tipizzati dall'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016. Con la conseguenza per cui veniva rimessa a valutazioni discrezionali delle stazioni appaltanti l'individuazione di quali fattispecie potessero o dovessero – in astratto – integrarli[2].

[1] Per una ampia e puntuale analisi delle criticità determinate dall'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, ed anche in relazione alle considerazioni che seguono nel testo, cfr. G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm.*, 2022, 779 e ss.

[2] Per la verità, fattispecie specifiche di gravi illeciti professionali potevano rinvenirsi nelle lett. c-*bis*), c-*ter*), c-*quater*), f), f-*bis*), f-*ter*), g), h), i), ed l), del comma 5 dell'art. 80. Ma, in ogni caso, non si trattava di ipotesi tassative. Sul punto cfr., tra i copiosi commenti, F. Pignatiello, A.G. Pietrosanti, M. Nunziata, V. Di Iorio e G.A. Giuffrè, *Requisiti generali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, Milano, 2019, 841 e ss.

In secondo luogo, l'utilizzo, da parte della disposizione testé richiamata, di «termini generici introduttivi di concetti giuridici indeterminati»[3]. Con la conseguenza per cui le stesse stazioni appaltanti, una volta stabilito che una determinata vicenda potesse astrattamente dare luogo ad un grave illecito professionale, erano chiamate a stabilire, sempre attraverso valutazioni discrezionali, se essa fosse idonea – in concreto – a porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico[4].

Ad avviso della prevalente giurisprudenza amministrativa, poteva costituire grave illecito professionale «ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da un norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa»[5].

Con riferimento al sindacato giurisdizionale, si affermava che «è la stazione appaltante a fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente perché è ad essa che è rimesso il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale»[6].

Precisandosi che, «[r]ispetto a tale valutazione, il sindacato del giudice amministrativo è circoscritto al rilievo di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, erroneità e irragionevolezza della ridetta valutazione: "il Giudice non è chiamato, dunque, a stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende, bensì a valutare se la condotta dell'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale, la cui valutazione ai fini dell'esclusione dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante"»[7].

Tutto ciò, in effetti, poteva dare luogo a situazioni di incertezza, che sono state attenuate soltanto in minima parte dalle Linee guida dell'Anac n. 6, in quanto esemplificative e, comunque, non vincolanti[8].

Anzi, tali situazioni di incertezza sono risultate aggravate con riferimento agli oneri dichiarativi: a fronte della atipicità del grave illecito professionale,

---

[3] Come rilavato dal Consiglio di Stato nel parere n. 1503 del 25 settembre 2017: in particolare, le espressioni «mezzi adeguati» e «tali da rendere dubbia la sua integrità e affidabilità».

[4] Cfr., tra i molti, J. Vavalli, *Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali*, in *Nuove autonomie*, 2020, 777 e ss.

[5] *Ex multis*, Cons. St., Sez. III, 15 giugno 2023, n. 5897.

[6] Così Cons. St., Sez. V, 23 febbraio 2024, n. 1804; cfr., altresì, Cons. St., Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 72, che richiama sul tema Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312. In dottrina cfr., per tutti, P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2020, 739 e ss.

[7] Così, tra le tante, Cons. St., Sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483.

[8] Al riguardo, oltre al materiale rinvenibile su *www.anticorruizone.it* (anche per quanto concerne l'aggiornamento di tali linee guida), cfr. L. Mazzeu e L. De Pauli, *Le linee guida dell'Anac in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. app.*, 2018, 155 e ss.

all'ampiezza della discrezionalità amministrativa riconosciuta al riguardo e alla tenuità del sindacato giurisdizionale (limitato ad una «verifica estrinseca della non pretestuosità» della decisione delle stazioni appaltanti), si affermava che l'operatore economico doveva rendere edotta la stazione appaltante di «qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo ad essa demandato»[9].

Potendo, a sua volta, integrare un grave illecito professionale, di natura endoprocedimentale, una qualsivoglia omissione (si tratta del cosiddetto principio della onnicomprensività della dichiarazione, che permaneva anche dopo l'aggiudicazione e fino all'ultimazione dell'esecuzione)[10].

Altri punti critici della disciplina in materia erano rappresentati, infine, dalla incertezza in ordine alla esatta individuazione dei soggetti ai quali potesse essere ascrivibile il grave illecito professionale (questione del cosiddetto "contagio"[11]) e dai profili temporali della rilevanza delle pregresse condotte[12].

2. *Il grave illecito professionale nel d.lgs. n. 36 del 2023: l'art. 95, comma 1, lett. e) e l'art. 98*

Rispetto ai due ultimi profili richiamati nel paragrafo precedente, il d.lgs. n. 36 del 2023 ha apportato oggettivamente chiarezza: l'art. 98, comma 1, dispone che «L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h)» (si trat-

---

[9] Le parole riportate tra virgolette nel testo sono di Cons. St., Sez. V, 16 novembre 2023, n. 9858. Cfr., al riguardo, G. Taccogna, *Illeciti professionali degli operatori e relative dichiarazioni nelle gare d'appalto*, in *Urb. app.*, 2021, 827 e ss. Vi è stata, poi, la spinosa vicenda relativa ai rapporti tra la lett. c-*bis*) e la lett. f-*bis*) del comma 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, risolta dalla nota Cons. St., Ad Plen., 28 agosto 2020, n. 16, sulla quale cfr., per tutti, E. Campagnano*, Gli obblighi dichiarativi in fase di gara. La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non ha chiuso la partita*, in *www.federalismi.it*, 2021.

[10] Cfr., sul punto, Cons. St., Sez. V, 12 aprile 2024, n. 3336.

[11] Cfr., ad esempio, Tar Puglia, Bari, Sez. I, 7 maggio 2021, n. 825: «Non v'è dubbio che una società possa essere esclusa da una procedura di gara ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 per un grave illecito professionale commesso da un suo esponente, non tanto in virtù del principio di immedesimazione organica – destinato ad operare propriamente nell'ambito negoziale come modalità di imputazione all'ente della volontà manifestata dalla persona fisica cui ne è affidata la rappresentanza – quanto, piuttosto, per altro principio già definito del "contagio" (cfr.: Cons. Stato, sez. V, 4.6.2020, n. 3507; id. 3.12.2018, n. 6866). // Secondo quest'impostazione, che si condivide, se la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società, anche al di là di un'investitura formale e, dunque, anche se in via di fatto, è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella attività professionale, inaffidabile può essere considerata – in virtù appunto del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione – anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni».

[12] Cfr. sul punto, A. Amore*, Gli operatori economici nel «labirinto dei gravi illeciti professionali» e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, in *Urb. app.*, 2019, 797 e ss., nonché G.C. Figuera, *Dichiarazione e rilevanza temporale degli illeciti professionali*, in *Urb. app.*, 2019, 552.

ta di reati particolarmente gravi, per cui è prevista l'estensione ai «soggetti di cui al comma 3 dell'art. 94»[13]; per quanto riguarda quelli di cui alla lett. g), essi corrispondono alle previsioni dell'art. 94, commi 1 e 3); l'art. 96, dal canto suo, ha disciplinato con sufficiente determinatezza i profili temporali di rilevanza delle pregresse condotte[14].

Ma, a parte ciò, la più importante novità introdotta dal d.lgs. n. 36 del 2023 in materia è quella prevista dall'art. 95, comma 1, lett. e), il quale ricalca – sì – l'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui dispone che «La stazione appaltante esclude dalla partecipazione un operatore economico qualora accerti: […] e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati», ma – innovativamente[15] – aggiunge, subito dopo, che «All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi»[16].

Dunque, dalla atipicità del grave illecito professionale, e dei relativi mezzi di prova, si è passati ad una loro tipizzazione. Oggi possono considerarsi gravi illeci-

---

[13] Cfr., al riguardo, S. Colombari, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - I requisiti di partecipazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giur. It.*, 2023, 1960: «Dunque, di regola, ai fini dell'illecito professionale grave, i fatti riferibili alle persone fisiche non contagiano l'operatore economico: si tratta di una importante novità perché, invece, le Linee Guida n. 6 dell'ANAC ritenevano rilevanti i gravi illeciti professionali sia se commessi direttamente dall'operatore economico, sia se commessi dalle persone fisiche di cui all'art. 80, 3° comma, D.Lgs. n. 50/2016 e nello stesso si era pronunciata la giurisprudenza amministrativa» (cfr. ad esempio, Cons. St., Sez. V, 4 giugno 2020, n. 3507).

[14] Per una prima giurisprudenza cfr. Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 15 luglio 2024, n. 2189: «A fronte del chiaro dettato normativo recato dall'art. 96, comma 10, lett. c, del D.Lgs. n. 36 del 2023, secondo il quale la causa di esclusione di cui all'art. 95, comma 1, lett. e – relativa all'ipotesi che "l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati" – rileva "per tre anni decorrenti rispettivamente […] dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi", è precluso alla stazione appaltante estendere il proprio controllo a fattispecie che si collocano al di fuori dell'ambito temporale individuato dalla norma, ponendosi ciò anche in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e di interpretazione restrittiva delle stesse, in quanto deve prevalere il principio del favor partecipationis».

[15] Cfr., sul punto, B. Tonoletti, Commento all'art. 98, in Commentario al Codice dei contratti pubblici, a cura di R. Villata e M. Ramajoli, Pisa, 2024, 493 e ss.

[16] Per alcuni commenti alla normativa cfr. G. Pesce, *L'ammissione alle procedure (artt. 94-98)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, 2025, 883 e ss. e 926 e ss., e S.R. Molinaro, *I requisiti di ordine generale*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Giovagnoli e G. Rovelli, Milano, 2004, 939 ss. Notano, al riguardo, M. Calabrò e A.G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.ambientediritto.it*, 2023, che «l'esigenza di razionalizzare e semplificare le cause di esclusione per rendere le regole di partecipazione chiare e certe sembra essersi abbandonata – soprattutto per la fattispecie del grave illecito professionale – ad una complessa tipizzazione che consegna il sistema dell'accesso o meno alle commesse pubbliche al circuito di un diritto amministrativo giurisprudenziale-sapienziale. Un diritto, cioè, che dapprima esprime la sua reale portata tramite la casistica giurisprudenziale e, poi, mediante l'attività di sapienti iuris periti, trae dalla realtà di detta casistica l'insieme dei principi giuridici che a loro volta (ri)vivono (sotto un profilo sostanzialmente genetico) al di fuori del diritto che (prendendo a prestito le parole usate dalla dottrina togata) "viene dal sovrano"» (l'espressione tra virgolette è ripresa da E. Scoditti, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Quest. Giust.*, 4/2016).

ti professionali soltanto le fattispecie elencate nelle lettere da a) ad h) del comma 3 dell'art. 98[17]. Tali fattispecie presentano un sufficiente grado di determinatezza, e, poiché l'esclusione dalle procedure di gara ben può considerarsi una ipotesi latamente sanzionatoria (o una "pena", dal punto di vista "convenzionale"), esse non sembrano suscettibili di estensione analogica da parte delle stazioni appaltanti e del giudice amministrativo[18].

[17] Che, per ragioni di completezza, si riportano: «a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto; // b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione; // c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale; // d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori; // e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa; // f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 416-*bis* del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione; // g) contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94; // h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati: // 1) abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale; // 2) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; // 3) i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale; // 4) i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; // 5) i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231».

[18] In questi termini, sostanzialmente, anche F. Gaspari, *Cosa resterà dell'art. 80? Prime riflessioni attorno alla tassatività dei gravi illeciti professionali di cui all'art. 98 del D.Lgs. n. 36/2023*, in *Urb. app.*, 2024, 19 e ss., il quale, peraltro, ravvisa «talune "vie di fuga", qualche "apertura" ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle specificamente indicate nel testo normativo siano effettivamente presenti». Si tratterebbe, in particolare: della figura dell'«amministratore di fatto», contemplata dall'art. 94, comma 3, lett. h), «ossia [..] un ruolo fisiologicamente indefinito e, quindi, ontologicamente in contrasto con la tassatività predicata dal legislatore in materia»; delle «altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale», contemplate dall'art. 98, comma 3, lett. c), che «lascia[no] delle incertezze circa le fattispecie concretamente suscettibili di assumere rilievo e, quindi, da dichiarare in sede di partecipazione alla gara; infine, il «rinvio aperto ad altre fonti normative, come quello operato dall'art. 98, nella parte in cui indica, tra le ipotesi di illecito professionale grave, la "contestata o accertata commissione" dei "reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 " (art. 98, comma 3, lett. h, n. 5). // In tal modo, invero, la disposizione ricomprende, nel novero delle vicende suscettibili di essere qualificate come illecito professionale grave, una vasta congerie di reati individuati, nel D.Lgs. n. 231/2001, tramite ulteriore rinvio al codice penale e ad altre leggi specia-

Il comma 2 dell'art. 98 prevede, inoltre, che l'esclusione può essere disposta soltanto quando ricorrano, in maniera cumulativa, le tre condizioni – rispetto alle quali le stazioni appaltanti devono motivare partitamente – degli elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale, della idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore e degli adeguati mezzi di prova previsti al comma 6[19].

Dunque, la discrezionalità delle stazioni appaltanti si è drasticamente ridotta, quasi a divenire un'attività di mero accertamento, per tutto quanto riguardi l'individuazione, nei singoli casi, della sussistenza – in sé e per sé considerata – di un grave illecito professionale.

Ma anche con riferimento al profilo concernente il se il grave illecito professionale, una volta accertato, e ad esito del contraddittorio con l'operatore economico, debba ritenersi tale da rendere dubbia, in concreto, l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico medesimo, la discrezionalità delle stazioni appaltanti sembrerebbe essersi notevolmente ristretta.

L'art. 98, infatti, contiene, a questo riguardo, numerosi parametri alla stregua dei quali le stazioni appaltanti devono condurre le loro valutazioni. In particolare, ai sensi del comma 4, il giudizio di gravità deve tenere conto:

del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3, nell'ottica – sembrerebbe – di rapportare la valutazione alla specifica gara che viene in considerazione, rifuggendo da giudizi "astratti"[20];

---

li, il che richiederà al concorrente, laddove ci si domandi se una pregressa vicenda di rilievo penale debba essere o meno portata a conoscenza della stazione appaltante, un esercizio di verifica innegabilmente più raffinato».

[19] Cfr., sul punto, F. Giacalone, *La causa di esclusione dalle procedure di gara per gravi illeciti professionali: genesi e sviluppo sino alla rinnovata disciplina del d.leg. n. 36/2023, tra importanti risposte, vecchie criticità e nuovi problemi*, in *Nuove Autonomie*, 2023, 899 e ss. Anche gli «adeguati mezzi di prova» sono caratterizzati da sufficiente determinatezza; appare significativa, al riguardo, la delibera dell'Anac n. 397 del 6 settembre 2023: «ai sensi della nuova disciplina in tema di illecito professionale grave dettata dal d.lgs. 36/2023, applicabile alle procedure di affidamento indette successivamente alla data del 1° luglio 2023, l'iscrizione dell'operatore economico nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p., in quanto non espressamente citata nel comma 6 dello stesso art. 98, tra i "mezzi adeguati di prova", non può formare oggetto di valutazione ai fini della sussistenza di un illecito professionale grave, tenuto anche conto del principio di tassatività sancito dall'art. 95, comma 1, lett. e), nei termini illustrati in delibera».

[20] Cfr., sul punto, in un senso parzialmente diverso da quello proposto nel testo, Tar Sardegna, Cagliari, Sez. I, 11 marzo 2024, n. 204: «ai sensi della nuova disciplina e superando la previgente impostazione, la necessaria sussistenza di una delle fattispecie espressamente previste come tassative per configurare un grave illecito professionale, nonché la necessaria prova di esse con uno dei mezzi tassativamente indicati dal comma 6, non è invece mutata l'impostazione in ordine alla natura del potere dell'amministrazione di valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico. // In continuità con gli approdi giurisprudenziali maturati nella vigenza del vecchio Codice dei contratti pubblici, l'esclusione conseguente alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore, dovuta alla commissione di gravi illeciti professionali, è una sanzione la cui operatività, lungi dall'essere rimessa a rigidi automatismi, è piuttosto legata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante. // Sotto questo profilo vale osservare però, per quanto rilevante nel presente

del tempo trascorso dalla violazione, nel senso che più tale tempo sarà risalente, minore sarà la valutazione di gravità[21];

delle modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa (misure di *self-cleaning*, operanti anche in corso di gara)[22].

Ancora, ai sensi del comma 5, «Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3 [queste ultime sono quelle riguardanti la condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione] possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3»[23].

Infine, ai sensi del comma 7, «La stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventua-

---

giudizio, che il nuovo Codice dispone, all'art. 98, comma 4, che, quanto agli elementi costituenti un grave illecito professionale, "la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione […]", e all'art. 98, comma 7, circa i mezzi di prova di cui al comma 6, prevede che l'amministrazione motiva "sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente". // Tali indicazioni costituiscono, evidentemente, in senso innovativo, i parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante per come esternato nella motivazione».

[21] Si tratta di un principio già affermato nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016: cfr., ad esempio, Cons. St., Sez. V, 24 marzo 2022, n. 2154.

[22] Cfr., sul punto, Cons. St., Sez. V, 29 aprile 2024, n. 3858: «) «Posto che l'illecito professionale non può essere fonte di esclusione automatica ma soltanto di estromissione disposta a seguito di contraddittorio procedimentale, in tale sede l'impresa accusata di illecito professionale è ammessa a provare di avere adottato efficaci misure di self-cleaning; e tali misure debbono essere valutate, dalla stazione appaltante, non solo per le gare future ma anche per quelle in corso. L'efficacia o meno di tali misure deve riguardare non solo i comportamenti contrattualmente scorretti ma anche, se del caso, quelli proceduralmente sleali; ed il contraddittorio procedimentale è diretto a valutare, altresì, se il comportamento sleale nei confronti della stazione appaltante sia da ascrivere soltanto al precedente assetto organizzativo decisionale».

[23] Cfr., al riguardo, Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 15 ottobre 2024, n. 804: «In materia di appalti pubblici, il codice dei contratti pubblici fornisce una tipizzazione tassativa delle ipotesi di "gravi illeciti disciplinari", tra i quali si annovera, ai sensi dell'art. 98, comma 3, del D.Lgs. n. 36 del 2023 la condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della Stazione Appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione. Nell'ambito di tale tipizzazione le omissioni dichiarative rilevano, pertanto, quale autonoma ipotesi di grave illecito professionale che può giustificare l'esclusione dalla gara, solamente in quanto "suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione". Qualora invece le omissioni dichiarative non siano in grado di esercitare tale influenza sulle decisioni della Stazione Appaltante, ai sensi dell'art. 98, comma 5, del D.Lgs. n. 36 del 2023, possono assumere rilievo solamente quali elementi a supporto della valutazione di gravità di un altro illecito professionale tra quelli tipizzati dalla norma. Nel caso di specie, le circostanze oggetto delle omissioni dichiarative della controinteresssata non integrano violazioni fiscali rilevanti, né possono integrare un'autonoma ipotesi di illecito professionale».

le impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente»[24].

Questi sono i parametri – invero, piuttosto numerosi e complessi – ai quali le stazioni appaltati devono rispondere nelle loro valutazioni: in tal modo, si riduce la loro discrezionalità[25].

3. *Il grave illecito professionale e i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato*

Sembrerebbe che il discorso intorno al nuovo istituto del grave illecito professionale possa concludersi con le considerazioni svolte nel paragrafo che precede. Ma, in realtà, così non è. Anch'esso, infatti, non può non essere traguardato attraverso la "triade" dei principi del d.lgs. n. 36 del 2023: il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato[26].

---

[24] Il principio di tendenziale autonomia tra valutazioni dell'Autorità giudiziaria e valutazioni delle stazioni appaltanti era già riconosciuto nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016. Per una fattispecie successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023 cfr. Tar Sicilia, Catania, Sez. II, 7 ottobre 2024, n. 3300: «Il legislatore ha escluso ogni forma di automatismo fra i provvedimenti assunti dall'autorità giudiziaria (ancorché di natura non giurisdizionale) e le determinazioni della stazione appaltante, con la conseguenza che l'Amministrazione, nel disporre l'esclusione da una procedura di affidamento per grave illecito professionale, è tenuta ad attivare il contraddittorio procedimentale, all'esito del quale possono in ipotesi emergere circostanze tali da indurre l'Amministrazione medesima a non condividere la valutazione – preliminare, sotto un profilo processuale – del pubblico ministero». Con riferimento alla pendenza di un procedimento penale quale fattispecie di grave illecito professionale, una delle più diffuse nel precedente assetto normativo, cfr. la esaustiva e puntuale analisi di S. Vernile*, La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dell'operatore dalla gara per grave illecito professionale tra "vecchio" e "nuovo" Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.* 2024, 65 e ss.

[25] Peraltro, è dubbio che la nuova disciplina sia conforme al diritto dell'UE: l'art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva 2014/24/UE, e il suo "considerando" n. 101, infatti, forgiano un sistema estremamente più simile, pressoché identico, a quello dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016. Per una interessante sentenza della giustizia amministrativa, che, sia pur emessa nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016, esamina molteplici aspetti del "vecchio" grave illecito professionale traguardandoli con quelli del nuovo omonimo istituto disciplinato dal d.lgs. n. 36 del 2023, non di rado ravvisandovi forti analogie, cfr. Cons. St., Sez. V, 28 maggio 2025, n. 4653.

[26] L'espressione "triade" è ripresa da G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 287 e ss., il quale osserva che «Fondamentale, in questo rinnovato quadro normativo, è l'affermazione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, i quali, oltre a ispirare diverse disposizioni di dettaglio, orientano l'interpretazione e l'applicazione dell'intero Codice. Questi tre principi, dunque, costituiscono quella che potrebbe definirsi la 'triade' di governo della disciplina. Ne consegue che la soluzione ermeneutica ed operativa da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia nei confronti dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici, e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato dei vari attori».

Sui tre principi cardine del d.lgs. n. 36 del 2023, oltre alla dottrina citata *infra*, cfr. D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato (Artt. 1, 2, 3 e 4)*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, a cura di G.F. Cartei e D.Iaria, Napoli, 2025, 2 e ss.

Ciò in quanto, in forza del suo art. 4, tutte le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 36 del 2023 si applicano in base a tali principi. Peraltro, questi ultimi vengono "gerarchizzati", perché il (solo) principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto (art. 1, comma 4)[27].

Orbene, tutti questi tre principi – e, in particolare, quello del risultato – sembrerebbero militare, attraverso una ulteriore riduzione della discrezionalità delle stazioni appaltanti, nonché attraverso una possibile "frizione" con le ragioni della legalità sostanziale, nel senso di limitare il più possibile le esclusioni determinate dalla sussistenza di gravi illeciti professionali[28].

---

[27] Cfr., sul punto, L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 2023, 5 e ss.: «Il merito principale [dello schema definitivo di quello che poi sarebbe divenuto il d.lgs. n. 36 del 2023] è quello di avere indicato una gerarchia tra i principi e, quindi, l'elemento indispensabile perché si possa creare un sistema ed applicarlo alla singola interpretazione controversa. La sola definizione dei principi, infatti, pur meritoria, non avrebbe consentito di superare il problema essenziale del loro potenziale contrasto, conservando una significativa incertezza interpretativa, tale da generare spazi incontrollabili di potere non regolato dalle norme e sempre qualificato dalla giurisprudenza come discrezionale (e, quindi, solo limitatamente sindacabile, secondo gli usi giurisprudenziali nazionali consolidati). // […] Quel che, invece, potenzialmente supera tutti questi problemi è proprio la gerarchizzazione dei principi, sicché la loro riduzione a sistema consente anche di costruire un sistema complessivo che dia ordine ed equilibrio ai singoli istituti. // Ulteriormente, proprio la positivizzazione e gerarchizzazione dei principi consente di fornire una definizione razionale e controllabile del pubblico interesse. // […] Lo schema di Codice dei contratti in corso di approvazione, espressamente "codifica il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività", fornendo – a mio modo di vedere – un criterio decisivo (ed a mia opinione, pienamente condivisibile) per la costruzione del sistema e la definizione, chiara e non opinabile, del contenuto del pubblico interesse». Per la giurisprudenza amministrativa, cfr., ad esempio, Cons. St., Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924: «L'art. 1, d.lgs. n. 36 del 2023 è collocato in testa alla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici e detta il principio del risultato ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri; si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto […]. Pertanto, le clausole della legge di gara dalla portata dubbia dovranno essere interpretate nel senso in cui le stesse conducano all'effetto utile dell'affidamento del contratto, piuttosto che in quello che conduca ad un esito infruttuoso della procedura; le stesse dovranno, inoltre, essere ricondotte a una lettura il più possibile coerente con il principio pro concorrenziale del *favor partecipationis*; la discrezionalità dei funzionari pubblici nell'applicazione della legge di gara dovrà altresì essere orientata al perseguimento di un risultato utile, e coerente con le esigenze palesate dall'Amministrazione nella formulazione della *lex specialis*».

[28] La circostanza per cui il principio del risultato possa entrare in "frizione" con il principio di legalità è prospettata – ancorché, il più delle volte, per escluderla – dalla stragrande maggioranza della dottrina che si è occupata della materia in esame, nonché dalla giurisprudenza amministrativa formatasi all'indomani dell'introduzione del d.lgs. n. 36 del 2023. Muovendo da quest'ultima, è significativo rilevare che il Consiglio di Stato abbia a più riprese affermato quanto segue: «L'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al contrario, come pure è stato efficacemente sostenuto successivamente all'entrata in vigore del richiamato d.lgs. n. 36 del 2023, il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo", facendo "transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che

sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili"» (così Cons. St., Sez. III, 26 marzo 2024 n. 2866, sulla quale cfr. le interessanti osservazioni di S. Vaccari, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 669 ss., il quale ritiene che, in realtà, il principio del risultato non possegga alcuna autentica valenza innovativa. La sentenza in questione è richiamata adesivamente da Cons. St., Sez. VI, 4 giugno 2024, n. 4996 e da Cons. St., Sez. III, 16 giugno 2025, n. 5218). Tuttavia, proprio la stessa circostanza per cui il Consiglio di Stato ha avvertito la necessità di questa precisazione ingenera il dubbio che la «frizione» rischia di potersi determinare. Ad avviso di M. Renna, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d.leg. 31 marzo 2023 n. 36)*, Fascicolo speciale n. 1/2023 de *Il Foro it.*, 2023, 3 e ss. e 17 e ss., «[s]empre nel comma 1 dell'art. 1 il legislatore precisa che il principio del risultato deve essere perseguito "nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza". Anche rispetto a questo segmento della proposizione di cui si compone il primo comma le riflessioni che affiorano sono molteplici. La più importante ha a che fare con la mancata centralità riconosciuta ai principi di legalità e trasparenza dalla lettera della legge. // Vero è che i principi in questione trovano nell'ordinamento generale plurime e rilevanti esplicitazioni. Ma è altrettanto vero che, come si è detto, il settore dei contratti pubblici da tempo, e negli ultimi anni più rapidamente che mai, sta assumendo i contorni di un sottosistema dotato di tratti di specialità particolarmente marcati. Alla luce di questo dato stupisce il fatto che i tre soprammenzionati principi non siano presentati come "obiettivi", ossia come "principi a sé", ma piuttosto come principi necessari a "bilanciare", se non addirittura a "frenare", la corsa al "risultato" che l'incipit del codice sembrerebbe incentivare. // In altre parole, con il richiamo ai tre principi in questione il legislatore ci ricorda che la logica del risultato non può essere perseguita a ogni costo, e che, in particolare, il prezzo da pagare per raggiungere l'obiettivo di un sistema di affidamenti rapido ed economicamente efficiente non può consistere in un passo indietro sul fronte della legalità, della trasparenza e della concorrenza. // Anche così ricostruita la volontà del legislatore, non si può omettere una riflessione critica sul latente antagonismo che il legislatore stesso sembra percepire tra risultato principi "limite"». Afferma, diversamente, S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Studi in onore di Filippo Salvia*, a cura di G. Corso e M. Immordino, Napoli, 2022, 517 e ss., che «[i]n altri termini, il "risultato della esecuzione del contratto" – secondo l'impianto dello schema definitivo – altro non è che l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura. La realizzazione dell'opera pubblica, l'espletamento del servizio e il conseguimento della fornitura – vale a dire, il risultato – diventano elementi della fattispecie normativa, sono inglobati nella norma. Il risultato diventa elemento della fattispecie normativa. // In tal modo la distonia fra risultato e principio di legalità appare definitivamente superata». Similmente, M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. Contessa e P. Del Vecchio, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 4851 e ss., nonché, più di recente, Id., *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, del risultato, alla prova del correttivo*, in *www.federalsimi.it*, 2005, 212 ss.: «il risultato si colloca dentro il principio di legalità, anzi lo connota, gli attribuisce un significato precipuo, coerente con l'esigenza di effettività della tutela degli interessi solo in vista della quale trova legittimazione l'esercizio di un potere pubblico. // […] Quella realizzazione dell'opera, quell'espletamento del servizio così come quel conseguimento della fornitura, in altri termini i risultati dell'azione amministrativa, risultano già elementi essenziali della fattispecie normativa e procedimentale, e contribuiscono a definire la "regola del caso concreto" che in sede procedimentale fisserà le più adeguate condizioni operative della fattispecie, vincolanti per i terzi e per la stessa amministrazione. // Questa impostazione non soltanto consente di superare la possibile contraddizione fra risultato e legalità, ma rende il primo, parametro di riferimento per la verifica della legittimità dell'operato dell'amministrazione». In chiave molto più problematica, F. Fracchia, *Il principio di risultato*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Ursi, Napoli, 2024, 38 e ss., il quale, proponendo una lettura luhmanniana degli istituti del diritto amministrativo, e premettendo che la legalità appartiene al sistema del diritto, mentre il risultato appartiene ad altri sistemi sociali (scienza/tecnica o economia), afferma che «secondo la teoria sistemica, esistono meccanismi di accoppiamento che consentono ai vari sistemi sociali (compreso il diritto) di allinearsi agli altri. L'accoppiamento traduce le comunicazioni prodotte da un sistema in termini comprensibili per l'altro, aprendo a una reciproca osservazione. L'evento esterno è così trasformato in una risorsa sistemica. Più nel dettaglio, comunicazioni specifiche, condivise contingentemente, vengono osservate esclusivamente dall'interno del sistema e, questo è il punto centrale, non direttamente determinate dall'altro. Esse, cioè, non sono il risultato della trasmissione di informazioni da un sistema diverso, posto che non vi è accesso alle operazioni reciproche. La parte dell'accoppiamento interna al sistema è irritazione, che viene vagliata dalle strutture specifiche del-

Occorre considerare, infatti, che la sussistenza di un grave illecito professionale, seppure possa essere rilevata in qualsiasi momento della procedura di gara, è destinata ad emergere, fisiologicamente, in quel segmento procedimentale che si colloca tra la proposta di aggiudicazione della migliore offerta non anomala e l'aggiudicazione stessa: ai sensi dell'art. 17, comma 5, infatti, «L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. // L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace»[29].

Si tratta di un momento, cioè, in cui, per utilizzare la terminologia dell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023, che disciplina il principio del risultato, le stazioni

lo stesso: tale irritazione, pur derivando da un influsso esterno, rimane costrutto proprio del sistema. // Il risultato, dunque, anche quando sia configurabile come evento esterno, non può in quanto tale trasformarsi in "materiale" interno al (e essere immesso nel) territorio della legalità; comunicato in forme comprensibili, esso è invece immediatamente rielaborato dal sistema del diritto al suo interno e sotto queste "spoglie" (processato dalla semantica del diritto) diventa "materiale" legale. // […] Il "risultato", in termini sistemici, è quindi una forma (a due valori: riuscita/non riuscita dell'operazione) di accoppiamento strutturale che serve a gestire la complessità e che consente a diritto e realtà esterna (o sistema che la pianifica) di osservarsi reciprocamente, comprendendosi: una sorta di finestra per guardarsi restando in due stanze diverse. Il risultato, poi, come lato interno della forma che dà corpo all'accoppiamento con il sistema esterno, è pienamente parte del sistema del diritto e, dunque, può essere trattato dalla semantica della legalità». A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Dir. pubbl.*, 2024, premettendo che «[t]ale principio non costituisce certo una novità assoluta del nuovo Codice dei contratti pubblici, perché esso poggia storicamente sulla sedimentazione dei concetti di merito-legittimità dell'azione amministrativa, di amministrazione per risultati, di amministrazione di risultato, rispettivamente negli anni Trenta, Sessanta e Novanta del Novecento», afferma, sulla scorta della prima giurisprudenza del Consiglio di Stato formatasi al riguardo, che «Il risultato di cui parla l'art. 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici è quindi il risultato-legittimità (o, in altri termini, la legalità di risultato), che è cosa ben diversa dal risultato a tutti i costi. Quest'ultimo, il "risultato purchessia" o "a tutti i costi", pare ricavarsi dalle leggi di semplificazione emergenziale in chiave pandemica e dalla disciplina di attuazione del PNRR». Rileva, infine, F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023, par. 5, che «Come evidenziato nella relazione, il risultato dev'essere pur sempre conseguito «nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. // Il ruolo svolto in questo contesto dal principio di legalità ha invero suscitato talune perplessità, nella misura in cui esso avrebbe meritato un richiamo più evidente anziché essere pariordinato ai principi di trasparenza e concorrenza quale mero parametro da rispettare per raggiungere il risultato: in tal modo, da un lato, si corre il rischio di "porre il tema della legalità, sia pure nell'accezione formale, in contrapposizione a quello del risultato"; dall'altro, si trascura di considerare che trasparenza e concorrenza sono a loro volta strumentali alla legalità e "serventi rispetto alla democraticità, all'imparzialità e all'efficienza dell'amministrazione"». Come si vede, salvo che non si voglia riconoscere alcuna portata realmente innovativa al principio del risultato, una possibile tensione tra quest'ultimo e il principio di legalità è ben presente in tutti gli Autori citati. Sul punto cfr. anche *infra*.

[29] Sul punto cfr., ad esempio, Tar Puglia, Bari, Sez. I, 4 febbraio 2025, n. 168: «L'art. 17, comma 5, del D.Lgs. n. 36 del 2023 impone che l'aggiudicazione di un appalto avvenga solo dopo l'effettiva verifica dei requisiti in capo all'offerente. Anche laddove tale verifica sia derogata dal disposto dell'art. 14 del D.L. n. 13 del 2023 per le procedure finanziate dai fondi PNRR e PNC, l'effettiva aggiudicazione definitiva non può prescindere dall'espletamento delle verifiche predette, la cui omessa esecuzione rende illegittima l'aggiudicazione e comporta il suo annullamento». Cfr., inoltre, il parere dell'Anac 57-*bis*/2023, che, condivisibilmente, ritiene non applicabile l'istituto del silenzio assenso alla aggiudicazione.

appaltanti hanno – già quasi – «persegu[ito] il risultato dell'affidamento del contratto […] con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo». E ciò, a maggior ragione, dovrebbe avvenire nei casi in cui si faccia ricorso, come sempre più spesso accade, alla così detta "inversione procedimentale" nelle procedure aperte, ai sensi dell'art. 107, comma 3[30].

Non è implausibile prospettare, allora, che, almeno in tutti i casi "dubbi", che poi sono la maggior parte, il principio del risultato inevitabilmente indurrà le stazioni appaltanti a ritenere che il grave illecito professionale, pur astrattamente configurabile, non sia tale, in termini concreti, da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico[31].

L'esclusione di quest'ultimo dalla gara, infatti, anche a fronte del possibile relativo contenzioso, potrebbe "contraddire" il miglior risultato cui si è – già quasi – pervenuti, anche con riferimento a quanto previsto dal comma 4 dell'art. 1 a proposito della valutazione della responsabilità del personale e della attribuzione degli incentivi economici[32].

---

[30] A mente del quale «Nelle procedure aperte, la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente».

[31] Quanto affermato nel testo sembra essere, invero, conseguente alle parole di L. Carbone, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo dal titolo *Il nuovo codice degli appalti - La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, Avvocatura dello Stato, 27 gennaio 2023, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 12: «I principi per noi dovrebbero costituire il faro nella nebbia se c'è incertezza, perché come ha detto il presidente Coraggio questo "grande armamentario" poi va applicato. E allora ci sembrava giusto dire alle s.a., alle imprese, ai giudici: "nel dubbio, sappiate che ci sono questi principi, la stella polare è lì e voi dovete andare in quella direzione"».

[32] A fronte di ciò, possono sorgere perplessità con riferimento alle considerazioni di E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 829 e ss.: «Va quindi in questo senso la previsione di apertura del codice, secondo cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti "perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione". Le istanze legalitarie – preservate dalla disposizione modale che àncora il perseguimento del risultato al "rispetto" del principio di "legalità" (art. 1, c. 1) – ed il principio di concorrenza – ripristinato nella sua esatta configurazione di mezzo rispetto al fine (art. 1, c. 2) – non devono costituire un freno per l'esercizio della discrezionalità amministrativa: altrimenti a dirsi, si tratta di limiti in negativo da non violare, piuttosto che limiti in positivo da perseguire, come se legalità e concorrenza fossero esse stesse la ragione ed il parametro della efficacia ed effettività dell'azione negoziale delle pubbliche amministrazioni. Insomma, come rilevato dal Consiglio di Stato in sede di relazione allo schema del codice, "legalità e concorrenza da sole non bastano", giacché il risultato rimane "la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività". Si tratta di un importante ripensamento di approccio, il legislatore non avendo ceduto al fascino della sola (e perciò inefficace) tecnica della semplificazione: la paura della firma non si supera e gli appalti non si sbloccano attraverso una semplice opera di semplificazione, perché l'appesantimento, in un clima di sfiducia, è spesso preteso dalle amministrazioni (i fatti hanno dimostrato come la complicazione, da limite, sia divenuta un efficace strumento di tutela, collimante nella c.d. burocrazia difensiva)». Così come con riferimento a quelle di A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 148, che ritiene che la mancata menzione del principio di legalità nel comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023 potrebbe probabilmente spiegarsi sulla scorta del fatto che tale principio sarebbe «troppo ovvio».

Lo stesso può dirsi, ancora, con riferimento al principio della fiducia, anche se di primo acchito potrebbe sembrare il contrario.

La giurisprudenza amministrativa ha affermato che «Il "principio della fiducia", introdotto dall'art. 2 D.Lgs. n. 36 del 2023, porta a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, ampliando i poteri valutativi e la discrezionalità dell'amministrazione, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale "fiducia" non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio a una interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l'interesse pubblico sotteso alla procedura, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento»[33].

È stato puntualizzato, altresì, che «Come affermato dalla consolidata giurisprudenza anche di questa Sezione "i concorrenti […] devono dichiarare ogni episodio della vita professionale astrattamente rilevante ai fini della esclusione, pena la impossibilità per la stazione appaltante di verificare l'effettiva rilevanza di tali episodi sul piano della integrità professionale dell'operatore economico; sicché non è configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza. In quest'ottica, non è possibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione, così da nascondere alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara" (Cons. Stato, V, n. 3151 del 2024). // I predetti principi, elaborati sotto la vigenza del precedente codice, non possono che essere ribaditi nella vigenza del d.lgs. n. 36/2023 atteso che la condotta omissiva tenuta in gara – che come si è detto non è l'unica ragione a fondamento dell'esclusione – deve essere oggi letta e interpretata anche alla luce dei principi della fiducia e della buona fede, sanciti dagli artt. 2 e 5 del citato d.lgs., che rappresentano obblighi comportamentali reciproci a carico sia delle stazioni appaltanti che degli operatori economici»[34].

Sennonché, potrebbe obiettarsi che il comma 2 dell'art. 2 riferisce tale principio «alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato»: il rinvio a quest'ultimo principio sembrerebbe, dunque, quasi imporre, all'iniziativa e all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, una sorta di presunzione di fiducia (che è qualcosa di più della mera buona fede, già prevista dall'art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990,

[33] Così, ad esempio, Cons. St., Sez. V, 1° ottobre 2024, n. 7875.

[34] Così, più di recente, Cons. St., Sez. V, 27 giugno 2025, n. 5589.

nonché dall'art. 5 dello stesso d.lgs. n. 36 del 2023) nei confronti degli operatori economici. Nella specie, dell'operatore economico che sia astrattamente incorso in un grave illecito professionale[35].

Lo stesso può dirsi, infine, con riferimento al principio dell'accesso al mercato, posto che da sempre l'istituto del grave illecito professionale impinge sul giusto punto di equilibrio tra la garanzia che le stazioni appaltanti stipulino contratti con operatori economici integri ed affidabili e la contrapposta esigenza di consentire la massima partecipazione alle gare pubbliche[36].

4. *Conclusioni*

Dunque, in conclusione, si è passati da un assetto normativo, quello d.lgs. n. 50 del 2016, strutturato per clausole aperte e concetti giuridici indeterminati, ad un assetto, quello del d.lgs. n. 36 del 2023, che, da un lato, priva le stazioni appaltanti di margini valutativi in ordine alla individuazione, in astratto, dei gravi illeciti professionali, e, dall'altro, condiziona non poco l'esercizio delle loro valutazioni discrezionali in ordine alla rilevanza, in concreto, del grave illecito professionale sulla affidabilità e sulla integrità dell'operatore economico, nel senso di limitarla il più possibile[37].

In modo da contraddire, sotto questo profilo così rilevante, quanto scritto in apertura della *Relazione*, e cioè che «il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze».

Non è detto, naturalmente, che ciò sarà davvero così, perché occorrerà attendere le prime sentenze del Consiglio di Stato che affronteranno *funditus* la problematica posta nel testo, ad oggi non ancora reperibili, e l'eventuale formarsi

[35] Sul principio della fiducia cfr., per tutti, R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Ursi, cit., 47 e ss., il quale, peraltro, muovendo dalle previsioni contenute nel comma 3 dell'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, afferma che «Nonostante l'assunto riconoscimento di discrezionalità decisoria nella migliore tradizione legalista si spinge nuovamente l'operatore ad applicare pedissequamente la legge, nonché ad adeguarsi ai precedenti giurisprudenziali ed ai pareri. Ed in ragione di ciò che si evidenzia quella che si potrebbe definire come "la trappola della fiducia"».

[36] Su tale principio cfr., per tutti, R. Dipace, *Principio dell'accesso al mercato*, in *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Ursi, cit., 85 e ss.

[37] La circostanza per cui la logica del risultato possa porsi in senso antagonista rispetto alla legalità sostanziale costituì una sorta di *Leitmotiv* delle riflessioni della dottrina durante la stagione della così detta "amministrazione di risultato" o "amministrazione per risultati". Cfr., per tutti, i contributi raccolti nel volume che, non a caso, si intitola *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. Immordino e A. Police, Torino, 2003.

di orientamenti giurisprudenziali consolidati. Tuttavia, potrebbe esserlo. E, qualora lo fosse, potrebbe emergere la critica per cui, proprio rispetto ad uno degli istituti più importanti della contrattualistica pubblica, le esigenze della legalità sostanziale sarebbero state eccessivamente sacrificate in nome del risultato. In ogni caso, le considerazioni che precedono dovrebbero indurre a ritenere preferibile apprezzare la reale valenza dei tre principi cardine del d.lgs. n. 36 del 2026 non in termini – per così dire – generali ed astratti, ma traguardandoli attraverso i singoli istituti previsti dal d.lgs. n. 36 del 2023[38].

[38] Appare significativo, per le forti analogie rispetto a quanto rilevato nel testo, e sia pur con riferimento ad un istituto diverso dal grave illecito professionale, ciò che scrive F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 10 e ss.: «Nei limiti di questo contributo potrà esser fatto un esempio riferibile alla disciplina sulle varianti, contenuta nell'articolo 120 del nuovo codice e intitolato alla modifica dei contratti in corso di esecuzione. // Questa norma, che recepisce fedelmente la corrispondente disposizione della direttiva del 2014, pone soprattutto una regola di fondo: la modifica del contratto potrà esser considerata una vera e propria variante e dunque non renderà necessaria la celebrazione di una nuova gara per l'affidamento di un nuovo appalto solo quando si possa dire che l'operazione economica sottesa al contratto si possa ritenere inalterata. Siamo di fronte ad un concetto giuridico indeterminato e dunque ad una previsione che richiede una discrezionalità, se vogliamo, di carattere tecnico rimessa alla stazione appaltante. Ebbene molto spesso, come insegna l'esperienza, il caso concreto si porrà al limite di tale concetto, perché sarà oggettivamente dubbio se si possa dire che con una certa modifica l'operazione economica sottesa rimanga davvero inalterata o meno. In tale situazione se si ritenesse che l'operazione economica è alterata dalla modifica contrattuale, ne conseguirebbe la qualificazione di tale modifica nei termini di un contratto nuovo e ne deriverebbe la necessità di celebrare una nuova gara con l'ovvia possibilità che l'appalto sia affidato ad un operatore diverso dal precedente. Il che, oltre a dover scontare i tempi e le complicazioni di un secondo procedimento di gara, comporterebbe la difficoltà ulteriore di affidare la prosecuzione della "operazione economica" di cui al primo contratto, benché unitaria, ad un nuovo appaltatore chiamato a proseguire l'opera altrui, con verosimili effetti negativi, disorganizzazione e conflittualità. // Qualora la stazione appaltante fosse ispirata dalla logica che predilige, sempre e comunque, la celebrazione della gara e lo stimolo alla concorrenza (procedimentale) e fosse dunque motivata da quella scelta di tipo "etico" che servisse soprattutto ad evitare l'assunzione di eccessive responsabilità, è verosimile che essa sarebbe indotta a concludere che la modifica sia tale da alterare l'operazione economica sottesa. Ispirandosi invece al principio del risultato quale criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, la stazione appaltante potrebbe, anzi dovrebbe, propendere per la soluzione contraria e dunque ritenere che l'operazione economica sottesa non sia alterata configurando la modifica in questione come una vera e propria variante. // Non si dica in proposito che la logica del risultato si presta a conseguire abusi o che possa in questo modo sovvertire il principio di legalità. La legalità nell'esempio che si è fatto si è espressa attraverso un concetto giuridico indeterminato, che ha voluto lasciare uno spazio di valutazione all'amministrazione. Quanto agli abusi, essi non costituiscono un corretto esercizio della discrezionalità in nome del risultato ma sono l'effetto di una scelta non ragionevole ed evidentemente elusiva del dettato normativo, ciò che resta estraneo alla portata del principio di cui discutiamo».

Giuliano Grüner - Abstract

Il grave illecito professionale traguardato attraverso i tre principi cardine del d.lgs. n. 36 del 2023

Il contributo, dopo aver ripercorso la disciplina del grave illecito professionale recata dall'art. 80, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, e le relative criticità, si sofferma sulla analisi della nuova disciplina dell'istituto recata dall'art. 95, comma 1, lett. e), e dall'art. 98 del d.lgs. n. 36 del 2023. Tale assetto normativo viene poi traguardato attraverso i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato. Si conclude nel senso per cui questi tre principi potrebbero essere idonei, almeno in tutti i casi dubbi o opinabili, a determinare una dequotazione del principio di legalità sostanziale.

Serious professional misconduct addressed through the three key principles of Legislative Decree No. 36 of 2023.

The contribution, after having retraced the discipline of serious professional misconduct provided by art. 80, paragraph 1, letter c), of Legislative Decree no. 50 of 2016, and the related critical issues, focuses on the analysis of the new discipline of the institute provided by art. 95, paragraph 1, letter e), and by art. 98 of Legislative Decree no. 36 of 2023. This regulatory framework is then viewed through the principles of result, trust and access to the market. It concludes in the sense that these three principles could be suitable, at least in all doubtful or questionable cases, to determine a dequotation of the principle of substantial legality.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 315-344

Articoli e saggi

Tassatività delle cause di esclusione e *self cleaning* "allargato" nel codice dei contratti pubblici

Giuseppe Andrea Primerano

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La tassatività della cause di esclusione fra esigenze di razionalizzazione normativa e rispetto della legalità. – 3. Principio di tassatività e cause di esclusione *extra codicem*. – 4. Dicotomia delle cause di esclusione e affidabilità dell'operatore economico tramite meccanismi di ravvedimento operoso. – 5. La versione "allargata" del *self cleaning* nel nuovo Codice. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La redazione del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), nonostante i peculiari tempi di gestazione, strettissimi, soprattutto se confrontati con il processo di approvazione della l. delega 21 giugno 2022, n. 78, è il frutto di un lavoro intenso e ordinato[1] che ha saputo impiegare al meglio principi e criteri direttivi individuati dal legislatore.

L'enunciazione di principi generali, probabilmente, rappresenta l'aspetto che finora ha maggiormente catturato l'attenzione dei commentatori. In particolare, la codificazione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, che a norma dell'art. 4 sono destinati a orientare l'interpretazione e l'applicazione dell'intero articolato, restituisce la suggestiva immagine di un'amministrazione del fare, incoraggiata nell'uso della discrezionalità in vista del perseguimento di specifici traguardi[2], ancora più ambiziosi e sfidanti nella stagione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, per il cui tramite è stato possibile accede-

[1] Così L. Carbone, *La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.

[2] Cfr. F.G. Scoca, *Prefazione*, in S. Cimini, A. Giordano (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2025, XIX.

re ai contributi stanziati nell'ambito del *Next Generation EU*, in relazione al quale il diritto nazionale ha assunto un ruolo strumentale e di supporto[3].

Il discorso, come si intuisce, è giuridico, ma anche culturale e politico. Si tratta di un processo che presuppone un atteggiamento meno pregiudizialmente colpevolista, certamente, anche in virtù della traiettoria evolutiva ordinamentale che consente di riflettere su riforme come quelle che hanno portato all'abrogazione del reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., a seguito dell'entrata in vigore della l. 9 agosto 2024, n. 114 (c.d. legge Nordio), e all'innalzamento della soglia della punibilità con riferimento alla responsabilità amministrativa, venendo in rilievo condotte commissive, per effetto delle previsioni sullo "scudo erariale" di cui all'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76[4]. Ed è un processo che in un quadro regolatorio in fermento, sia pure a direttive invariate, mira ad assicurare – semplificando, anche attraverso la rimozione del *gold plating* ovunque possibile[5] – un punto di equilibrio tra esigenze di celerità ed efficienza e garanzie di correttezza e legalità[6], «perché la legalità non si può scambiare, si deve solo perseguire nel modo più semplice, senza oneri inutili e con la massima efficacia possibile»[7].

---

[3] Cfr. M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale. Un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, 2021, 1025 ss. Ad avviso di F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, è riscontrabile una sostanziale legificazione del PNRR, mentre nella prospettiva di N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 2022, 1, iv ss., si inaugura un innovativo metodo di governo che obbliga ogni Stato membro a rispettare regole e tempi di un inedito procedimento euro-nazionale.

[4] Il c.d. decreto semplificazioni è stato convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. In base alla norma citata, la responsabilità amministrativa «è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta», ma tale limitazione non trova applicazione «per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente». Si registra così il superamento dell'indirizzo che, ai fini dell'integrazione del dolo erariale, aveva ritenuto sufficiente la volontà del soggetto legato alla p.a. da un rapporto di servizio di tenere un comportamento lesivo di un obbligo preesistente (c.d. dolo contrattuale), a prescindere dall'intenzione di nuocere alle finanze pubbliche.

[5] L'espressione, come è noto, indica la pratica delle istituzioni nazionali di andare oltre quanto richiesto dall'Unione nel recepimento della legislazione europea. La giurisprudenza costituzionale ha precisato che «l'esatta individuazione di tale fenomeno andrebbe operata tenendo conto della finalità di omogeneità che la legislazione europea mira a realizzare nell'ambito dell'Unione, per garantire parità concorrenziale tra i suoi cittadini», cosicchè «ove la legislazione europea riconosca ai singoli Stati facoltà di autonoma disciplina, in relazione alla individuazione di più stringenti sistemi di tutela, non potrebbe ravvisarsi una ipotesi di *gold plating*» (Corte cost. 27 maggio 2020, n. 100). In tale prospettiva, il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive deve essere correttamente interpretato nell'ottica di ridurre gli "oneri non necessari" e non anche in termini di abbassamento del livello di garanzie volte a salvaguardare determinati valori costituzionali, in relazione ai quali, come riconosciuto anche dall'Adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere del 1° aprile 2016, n. 855, «le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive».

[6] Su tali aspetti e per un'analisi critica dell'evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici, con particolare riferimento all'impatto normativo sulla (auspicata) semplificazione della disciplina, F. Vetrò, G. Lombardo, M. Petrachi, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 31 ss.

[7] L. Carbone, *La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, cit., 11.

Se le pp.aa. sono tenute a perseguire i fini determinati dalla legge, del resto, si comprende che le conseguenze dell'*agere* amministrativo non possono che essere, almeno implicitamente, ivi prefigurate, ossia le norme attributive del potere conducono a un effetto tipizzato che realizza un determinato assetto di interessi: un "risultato" che «proprio perché ontologicamente già considerato dalla norma, ne costituisce parte integrante, consustanziale, assurgendo in tal modo da generico bene della vita a bene giuridicamente qualificato»[8]. La novità recata dal d.lgs. n. 36/2023 non attiene tanto all'enunciazione del principio del risultato, quanto all'espresso riconoscimento della sua centralità nel nuovo sistema, trattandosi del «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto» (art. 1, comma 4), e il suo esplicito collegamento all'affidamento e all'esecuzione del contratto con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto della legalità, della trasparenza e della concorrenza (art. 1, comma 1).

Quest'ultimo principio è funzionale a garantire "il miglior risultato possibile" attraverso le regole di concorrenza per il mercato dettate dal d.lgs. n. 36/2023, la trasparenza mira alla "massima semplicità e celerità" nella corretta applicazione di tali regole, *ergo* entrambi i principi in questione contribuiscono ad avverare la legalità di risultato. I principi codicistici, infatti, non sono fine a se stessi, ma funzionali all'attuazione di un interesse pubblico, nel caso di specie, rappresentato dalla realizzazione dell'opera pubblica, dall'espletamento del servizio e dal conseguimento della fornitura[9], *id est* un risultato che, tuttavia, non presuppone alcun obbligo amministrativo in ordine alla garanzia dell'anelato bene della vita. Lo stesso potrebbe essere negato, purché attraverso una puntuale esplicazione dei presupposti fattuali e delle ragioni giuridiche concernenti l'infondatezza della pretesa.

Da qui l'importanza di accedere a una visione sostanzialistica della legalità, con ripercussioni sul piano del sindacato di legittimità sulla discrezionalità amministrativa, e la constatazione che il risultato, nella prospettiva della funzionalizzazione[10], è l'essenza stessa della legalità[11]. L'applicazione di una serie elaborata di principi, alla stregua dei primi dodici articoli del Codice, non sottende alcuna dequotazione della legalità, semmai la colora di un risultato specifico secondo

[8] Così M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, n. 9/2024, 210, che sul punto richiama L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 64.

[9] S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022, 6.

[10] Fin troppo chiaro il riferimento ai saggi di F. Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss., e *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 134 ss.

[11] Cfr. A. Police, *La terra, l'aria e il fuoco. Spigolature sulle innovazioni per l'effettività della tutela*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024, 140.

quanto innanzi osservato. È alla luce di tali coordinate che il presente contributo intende esplorare la tassatività delle cause di esclusione e la versione "allargata" del *self cleaning*[12] nell'attuale impianto codicistico.

2. *La tassatività della cause di esclusione fra esigenze di razionalizzazione normativa e rispetto della legalità*

L'esigenza di procedere a una razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione alle procedure di affidamento più chiare e certe, ha rappresentato uno dei criteri direttivi ai quali il Governo si è attenuto nell'esercizio della delega in materia di contratti pubblici[13]. In tale prospettiva, la riscrittura della disciplina dei requisiti di ordine generale di cui all'odierna Parte V, Titolo IV, Capo II del Codice intende perseguire un livello superiore di determinatezza normativa[14], anche in considerazione dell'ampio contenzioso sorto[15] in costanza di art. 80 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sui motivi di esclusione[16].

Il principio di tassatività delle cause di esclusione, a tale stregua, contribuirà in modo sempre più incisivo a guidare le attività delle stazioni appaltanti e ad orientare le valutazioni degli organi deputati al controllo, in quanto direttamente rapportabile alla legalità di risultato. Tassatività significa tipicità delle cause di esclusione, come si può ricavare dall'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 in

[12] Secondo quanto si legge nella Relazione del Consiglio di Stato sullo schema definitivo del nuovo Codice (p. 140).

[13] Si veda l'art. 1, comma 2, lett. n), della l. n. 78/2022.

[14] Sulla necessità di individuare le fattispecie in grado di incidere negativamente sulla partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici con adeguata precisione e tassatività, in quanto limitative dell'esercizio della libertà di iniziativa economica e della concorrenza, F.G. Scoca, *Sul trattamento giuridico della moralità professionale degli imprenditori di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app*., 1999, 531.

[15] Soprattutto con riferimento al grave illecito professionale, a causa dell'indeterminatezza della fattispecie, nonostante il tentativo di fornire coordinate più precise tramite Linee guida ANAC (n. 6 approvate con delibera del 16 novembre 2016, n. 1293, aggiornate con delibera dell'11 ottobre 2017, n. 1008, al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, e in seguito al d.l. 31 maggio 2021, n. 77, come convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108). In tema, fra i molti, G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm*., 2022, 779 ss.; F.F. Guzzi, *L'esclusione dell'operatore economico dalla gara* ex *art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) c-ter) del Codice degli appalti pubblici: brevi riflessioni critiche*, in *Ambientediritto.it*, n. 4/2022; A.G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 209 ss.; J. Vavalli, *Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale nell'esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali*, in *Nuove auton*., 2020, 777 ss.; S. Vernile, *La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dell'operatore dalla gara per grave illecito professionale tra "vecchio" e "nuovo" Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. econ*., 2024, 65 ss.

[16] Cfr. E. Romano, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 169 ss.

base al quale i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei cui confronti venga accertata la sussistenza di cause di esclusione "espressamente" definite dal Codice[17]. Si aggiunga a ciò, per un verso, che le cause di esclusione integrano di diritto (c.d. eterointegrazione) bandi e lettere di invito[18], per altro verso che le clausole che dovessero introdurre ulteriori cause di esclusione sarebbero affette da nullità e, come tali, si riterrebbero non apposte[19].

Il binomio tipicità-tassatività delle cause di esclusione, dettato al precipuo scopo di favorire la massima partecipazione alle gare, risale all'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, come modificato dall'art. 4, comma 2, lett. d), nn. 1 e 2, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 11 luglio 2011, n. 106. A partire da quel momento, per espressa previsione normativa, i bandi di gara sono stati legittimati a disciplinare cause espulsive, anche di carattere formale, purché conformi ai casi tassativi di cui al comma 1-*bis* della norma citata, nonché alle altre disposizioni del Codice, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali[20].

Prima di allora, era stata la giurisprudenza amministrativa a rappresentare il principale presidio all'affermazione dei valori dell'obiettività e della predeterminazione dei requisiti soggettivi di partecipazione alle gare, quantomeno, a seguito della "comunitarizzazione" della materia dei contratti pubblici[21]. Nella vigenza della precedente normativa sulla contabilità generale dello Stato, infat-

[17] Le cause di esclusione, a tale stregua, rappresentano una sorta di "sanzione" riguardante gli operatori economici privi dei requisiti di partecipazione di ordine generale: cfr. in tal senso B. Tonoletti, *Art. 10*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024, 50 ss.

[18] L'eterointegrazione della *lex specialis* desumibile dall'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 è funzionale a garantire l'affidabilità "morale" dell'operatore economico. Essa permea la disciplina di gara e condiziona la possibilità di aggiudicare e stipulare contratti pubblici. La giurisprudenza amministrativa, a più riprese, ha riconosciuto che l'eterointegrazione di tale disciplina va limitata ai casi in cui sia individuabile una "lacuna" della *lex specialis*, la quale abbia «omesso di prevedere elementi considerati come obbligatori dall'ordinamento giuridico» (Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10935, che, sul punto, richiama Id., sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8558; Id., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903).

[19] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 dicembre 2024, n. 9734; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 15 gennaio 2025, n. 114; Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 dicembre 2024, n. 23740.

[20] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, secondo cui «la nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*». Una simile interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione è stata espressamente affermata nel senso della non necessità che la sanzione espulsiva venga esplicitamente prevista dalla legge ove sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti a una procedura di affidamento (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 16 ottobre 2013, n. 23; Id., 7 giugno 2012, n. 21).

[21] Cfr. N. Berti, *Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, 254 ss. A scopo sinottico, si veda Tar Lombardia, Milano, sez. III, 11 giugno 2003, n. 3077, secondo cui l'esclusione dalla partecipazione alle gare – per quanto rileva nel caso di specie disciplinata dall'art. 12 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, di attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi – non consente di introdurre, attraverso singole previsioni del bando di gara, autonome situazioni ostative al conseguimento della qualificazione alla gara: «in tale quadro residua all'amministrazione procedente il potere di valutare, in concreto, la ricorrenza dei presup-

ti, era riscontrabile la regola per cui «l'amministrazione ha piena e insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione»[22].

Non che l'attuale disciplina trascuri ragioni di natura contabilistica. Proprio l'art. 10, comma 3, del Codice si riferisce all'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica. Ciò in coerenza con le declinazioni del principio di buon andamento rafforzato, nella prospettiva della sana gestione finanziaria, dall'introduzione dell'obbligo di equilibrio di bilancio per tutte le amministrazioni, ai sensi degli artt. 81, 97 e 119 Cost., come novellati dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1.

Il regime di favore verso l'accesso al mercato, da perseguire tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti, d'altro canto, denota la centralità delle disposizioni sulle cause di esclusione e, in particolare, il riconoscimento della loro tassatività che costituisce un canone di stretta legalità dotato di un'intrinseca funzione di garanzia, a favore dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica, nella tradizionale contrapposizione fra autorità e libertà[23].

È dunque innegabile la portata innovativa dell'art. 46, sopra richiamato, che rivela, sì, il carattere formale della tassatività, ma anche, e soprattutto, la sua indole sostanziale nella misura in cui rende insuperabile il principio in base al quale i contraenti della p.a., per divenire tali, devono dimostrare di possedere, prima ancora che specifici requisiti di natura economico-finanziaria e tecnico-professionale, requisiti "morali" enunciati dal legislatore *a contrario*[24], ossia attraverso la tipizzazione di cause di esclusione al ricorrere delle quali a essere messa in dubbio è l'integrità stessa dell'operatore economico.

Detto altrimenti, le stazioni appaltanti escludono operatori economici che si dimostrino inaffidabili, anche per ragioni di *par condicio* fra potenziali contra-

---

posti astrattamente definiti dalla legge, ma non la facoltà di riconoscere autonomo rilievo a ulteriori situazioni inabilitanti, non previste dalle norme di settore, ma liberamente determinate dalla singola stazione appaltante».

[22] Così l'art. 68 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, ossia il regolamento di attuazione del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, recante disposizioni per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato. Ad avviso di G. Tropea, *I principi del risultato, della fiducia, della buona fede e dell'affidamento in alcune interpretazioni recenti*, in *Munus*, 2024, 2, XXVIII, la vocazione strategica dei contratti pubblici emergente dal nuovo Codice segna una fase di "stasi attiva": «dopo la fase contabilistica e quella pro-concorrenziale, negli ultimi anni non si è di fatto pervenuti a una fase del tutto nuova, come attesta il carattere ibrido della fase cd. neocontabilista, connotata dei nuovi, e per certi versi non sempre univoci e coerenti, interessi della *spending review* e della lotta alla corruzione. Di fatto questi due interessi sono stati ritenuti, con alterne fortune, sublimabili nella tutela e valorizzazione della concorrenza».

[23] Sul punto cfr. M.L. Antonioli, *Art. 10*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 111, e, più in generale, V. Caputi Iambrenghi, *Libertà e autorità*, voll. I-II, Napoli, 2021-2023.

[24] S. Vernile, *La pendenza di un procedimento penale quale causa di esclusione dell'operatore dalla gara per grave illecito professionale tra "vecchio" e "nuovo" Codice dei contratti pubblici*, cit., 66.

enti[25]. Ciò posto, incidendo su libertà economiche costituzionalmente garantite, nonché sugli attuali principi codicistici di accesso al mercato, concorrenza e massima partecipazione, finalizzati a perseguire il miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti, è necessario che la disciplina delle cause di esclusione si presenti il quanto più possibile dettagliata[26].

In quest'ottica si registra un'apprezzabile evoluzione dalle disposizioni dell'art. 83, comma 8 (ultima parte), del d.lgs. n. 50/2016 – secondo cui «i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti», con la precisazione che dette prescrizioni sarebbero comunque nulle – all'attuale art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 36/20232, ai sensi del quale le cause di esclusione *ex* artt. 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito. Una replica delle disposizioni dapprima richiamate, già inserite nella norma sui criteri di selezione e sul soccorso istruttorio, avrebbe potuto ingenerare il dubbio di una tassatività riferibile ai requisiti speciali, per converso, delineabili da stazioni appaltanti ed enti concedenti nell'esercizio della propria discrezionalità[27].

Come è noto, infatti, accanto ai requisiti di ordine generale volti a garantire l'affidabilità "morale" dei partecipanti a procedure di evidenza pubblica, il legislatore richiede che i concorrenti posseggano ulteriori requisiti, nell'insieme, idonei a dimostrarne professionalità ed elevati standard qualitativi[28]. In effetti, almeno a partire dalla pronuncia *Concordia Bus Finland* della Corte di Giustizia[29], è stato pienamente acquisito il principio per cui la tutela della concorrenza nel settore

[25] La realizzazione dell'accesso al mercato, infatti, avviene nel rispetto della concorrenza (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VII, 17 gennaio 2023, n. 579). Su tale logica, racchiusa nell'art. 3 del d.lgs. n. 36/2023, R. Dipace, *Principio dell'accesso al mercato*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 89.

[26] Anche al fine di agevolare un'interpretazione quanto più possibile rigorosa e oggettiva, da cui discende il divieto di applicazione analogica delle cause tipiche di esclusione (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 10), in linea a un indirizzo giurisprudenziale risalente alle origini del binomio tipicità-tassatività: «con la disposizione di cui all'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 il legislatore ha inteso rimettere alla sola fonte normativa la competenza a individuare cause di non ammissione a procedure di gara, residuando in capo alle stazioni appaltanti, un'attività di stretta interpretazione di siffatte ipotesi, o comunque di mera ricognizione delle medesime; di tanto vi è conferma proprio nell'ultima parte della disposizione citata che vieta espressamente l'introduzione di ulteriori cause di esclusione da parte della "*lex specialis*", tale evenienza essendo stata sanzionata con la nullità radicale» (Tar Lazio, Roma, sez. II, 19 febbraio 2013, n. 1828, ripreso da Tar Campania, Salerno, sez. I, 3 novembre 2016, n. 2376).

[27] Per un esaustivo inquadramento, F. Francario, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, 952 ss. L'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023 conferma la suddivisione dei "requisiti speciali" in tre tipologie: l'idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali, successivamente, ripresi con maggiore impegno esplicativo dall'art. 100 del Codice che attua l'art. 58, par. 4, della direttiva 2014/24/UE e l'art. 1, comma 2, lett. s), della legge delega n. 78/2022.

[28] In tal senso viene valorizzata la discrezionalità di stazioni appaltanti ed enti concedenti, riservandosi loro un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e maggiormente rispondente ai bisogni della collettività: *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 1 febbraio 2024, n. 1048; Id., sez. III, 8 gennaio 2024, n. 855.

[29] Corte giust. 17 settembre 2002, causa C-513/99.

dei contratti pubblici implica anche la capacità dell'impresa di stare sul mercato attraverso l'offerta di prodotti competitivi per soddisfare una domanda pubblica qualificata, in relazione ai sottostanti interessi della collettività[30].

L'irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste nella documentazione di gara, alla luce della tipizzazione delle cause di esclusione, si sostanzia ancora oggi in una forma di nullità (testuale) riferibile alla singola clausola, che non si estende all'intero atto[31]. Il carattere derogatorio di tale nullità, rispetto alla regola per cui un atto illegittimo è annullabile[32], fa sì che la stessa non possa estendersi in via analogica all'infuori dei casi previsti dalla norma, che, come poc'anzi osservato, riporta ai requisiti di ordine generale e non anche a quelli di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale *ex* artt. 10, comma 3, e 100 del d.lgs. n. 36/2023[33]. In quest'ultimo caso, difetterebbe in radice la possibilità di applicare il principio di tassatività e il corollario della nullità per clausole difformi, essendo di regola la stazione appaltante competente a fissare nel bando la relativa disciplina[34].

Rimane da chiarire quale sia il regime di invalidità nei casi di clausole escludenti non atipiche, ossia ulteriori rispetto a quelle individuate dagli artt. 94 e 95 del Codice, bensì difformi perché *contra legem*. Dato il carattere eccezionale delle ipotesi di nullità e che le norme riguardanti l'azione amministrativa, stante il loro carattere pubblicistico, sono sempre imperative, è stata prospettata l'annullabilità delle clausole difformi da far valere entro l'ordinario termine decadenziale[35]. In

[30] Su questa logica del contratto pubblico come "strumento a plurimo impiego", *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701; Id., sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807; Id., sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322; Id., 12 febbraio 2020, n. 1076.

[31] In argomento cfr. Cons. Stato, ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, e le annotazioni di F.G. Scoca, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove auton*., 2021, 155 ss.

[32] Secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, nel diritto amministrativo la sanzione prevista in via generale per l'invalidità è l'annullabilità, mentre la categoria della nullità assume un rilievo residuale. Le relative cause, cioè, costituiscono un *numerus clausus*: «in altre parole il vizio di nullità, che in diritto civile rappresenta la regola generale di invalidità, risulta inversamente configurabile in diritto amministrativo, nel quale rappresenta un vizio tipico e tassativo» (Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 29 aprile 2024, n. 693).

[33] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2024, n. 7113. Per un'applicazione della disciplina previgente, Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1434: «invero, la declaratoria di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali e non può dunque riguardare prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara attinenti ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica (Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5828; Id., III, 7 luglio 2017, n. 3352)».

[34] Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 dicembre 2024, n. 21577.

[35] Cfr. N. Berti, *Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*, cit., 275 s., il quale ricorda la prima formulazione dell'art. 10 all'interno dello schema preliminare del Codice, ove si leggeva «le clausole difformi sono annullabili». L'Autore così conclude: «non pare vi siano ragioni per ritenere superata *per tabulas* la giurisprudenza consolidata in materia, posto che la statuizione testuale di nullità (da intendersi come eccezionale e tassativa) è stata pur sempre riservata alle sole clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione, risultando perciò inutile (e potenzialmente foriera di confusione) la precisazione – opportunamente eliminata – che tutte le altre sono annullabili (se difformi dalla legge)».

giurisprudenza è dato riscontrare precisazioni circa la «nullità delle previsioni della *lex specialis* di gara che stabiliscano cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate»[36], in base all'argomentata continuità di disciplina recata dagli artt. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163/2006 e 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 che, al pari dell'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, statuiscono la nullità delle prescrizioni ulteriori rispetto a quelle prefigurate a livello normativo.

Dal punto di vista pratico, invero, non è sempre agevole tracciare il solco fra annullabilità e ipotesi di nullità, in senso tecnico, delle clausole escludenti[37]. Per provare a fare chiarezza è utile richiamare alcuni spunti offerti dall'Adunanza Plenaria n. 9/2014[38], in questa parte non superata dalla successiva pronuncia n. 22/2020[39].

Nulla quaestio nei casi di legge di gara che recepisce o rinvia alla disciplina codicistica ovvero che nulla dice al riguardo: la portata imperativa delle pertinenti norme conduce, alla stregua di quanto accade *ex* art. 1339 c.c., all'eterointegrazione della *lex specialis*. Venendo alle ipotesi patologiche, si distinguono casi di nullità delle clausole escludenti non previste dal Codice, come tali lesive del principio di tassatività, e casi di clausole recanti una disciplina incompatibile con quella codicistica, allorquando si rende necessaria l'impugnazione diretta della clausola invalida per poter dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento. In tale ultima evenienza, l'Adunanza Plenaria sembra riferirsi a clausole inclusive derogatorie rispetto alle prescrizioni codicistiche che, data la natura del bando come atto amministrativo generale d'indole imperativa non disapplicabile, subiscono la caducazione degli effetti in conseguenza del loro annullamento per violazione di legge.

---

[36] Tar Sardegna, sez. II, 20 gennaio 2020, n. 30; Tar Campania, Napoli, sez. V, 17 maggio 2019, n. 2616; Tar Basilicata, sez. I, 22 settembre 2018, n. 647; Tar Veneto, sez. I, 13 agosto 2018, n. 861; Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 6 giugno 2017, n. 202.

[37] In tal senso v. A. Barone, M. Di Pace, *La violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione nei bandi di gara pubblica*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020, in nota a Cons. Stato, ad. plen., n. 22/2020.

[38] Ci si riferisce, segnatamente, al punto 6.2.1 della sentenza.

[39] Secondo cui la clausola escludente, lesiva del principio di tassatività, «è nulla, ma tale nullità, se da un lato non si estende al provvedimento nel suo complesso (*vitiatur sed non vitiat*), d'altro canto impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola, rendendoli altrimenti illegittimi e quindi, attesa l'autoritatività di tali atti applicativi, annullabili secondo le regole ordinarie». Deriva da ciò, a integrazione di quanto già affermato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, che, al cospetto di una clausola nulla, non sussiste alcun onere per l'impresa di proporre ricorso: «Tale clausola – in quanto inefficace e improduttiva di effetti – si deve intendere come "non apposta", a tutti gli effetti di legge […]. Non vi è dunque alcun onere per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l'ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi "inefficace" *ex lege*, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente» (Cons. Stato, ad. plen., n. 22/2020). Per una ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale, R. Caroccia, *La tassatività delle cause di esclusione* ex *art. 10 d.lgs. 36/2023: una nuova forma di nullità nel diritto amministrativo*, in *Nuove auton.*, 2023, 1062 ss.

È appena il caso di osservare, in tale prospettiva, che la perdurante efficacia delle clausole difformi, fino al loro eventuale annullamento, non consente di ritenere operante alcun meccanismo di sostituzione automatica che presuppone l'esistenza di clausole nulle o non apposte, secondo quanto poc'anzi delineato. Di certo, la riserva a favore della legge in ordine alla scelta delle cause di esclusione massimizza il principio di legalità, circoscrivendo in modo significativo l'area dei poteri discrezionali della p.a.[40].

3. *Principio di tassatività e cause di esclusione* extra codicem

La tassatività delle cause di esclusione disciplinate nella Parte V, Titolo IV, Capo II del Codice denota un significativo sforzo, in chiave programmatica, del legislatore che restituisce un testo molto articolato[41], contraddistinto dall'esplicazione di numerosi principi, ma anche da una puntuale disciplina di dettaglio che – proprio grazie ai principi[42] – si presenta maggiormente intellegibile[43]. Si percepisce in modo netto, come è stato precisamente osservato, «il percorso verso la cosiddetta "legalità di risultato" che deve superare vuoti formalismi che spesso hanno ingessato l'opera della Pubblica Amministrazione»[44]. Ciononostante,

[40] M.L. Antonioli, *Art. 10*, cit., 110.

[41] Come è noto, il nuovo codice dei contratti pubblici è stato elaborato da una Commissione speciale istituita, con decreto n. 236 del 4 luglio 2022 del Pres. Franco Frattini, presso il Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 14 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, richiamato dall'art. 1, comma 4, della l. n. 78/2022. Sull'iter dello schema di Codice, M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 2022.

[42] Sulla rilevanza dei principi enunciati dal nuovo Codice dei contratti pubblici, a distanza di circa due anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023, si annoverano numerosissimi contributi. Cfr., senza pretesa di esaustività, P. Marzaro, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici: la funzione nomopoietica del Consiglio di Stato per un "nuovo paradigma" di amministrazione*, in *Dir. econ*., 2024, 441 ss.; M. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm*., 2023, 287 ss.; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app*., 2023, 5 ss.; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 2023; M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 2023, 24, 222 ss.

[43] Cfr. R. Cavallo Perin, *Principi e autonomia nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice*, cit., 44 ss.; ivi C. Contessa, *I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici: alcuni spunti di riflessione*, 33 ss., che riconosce alla disciplina di principio quattro distinte funzioni: nomogenetica, volta a indirizzare *ex ante* le scelte dello stesso legislatore; quella di orientare *ex ante* le scelte discrezionali dell'amministrazione attraverso la fissazione di criteri e priorità circa la valutazione e la graduazione dei diversi interessi coinvolti; la funzione di individuare con valenza ricognitiva, nel panorama normativo, obiettivi e finalità cui riconoscere il carattere della prevalenza; una funzione, infine, che contribuisce a delineare le operazioni ermeneutiche demandate all'interprete.

[44] G. Carlino, *Prefazione*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., XVII. Si veda, inoltre, M. Ramajoli, *I principi generali*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 47, la quale sottolinea che le stazioni appaltanti sono invitate «a ricorrere alla discrezionalità e allo spazio valutativo di tipo tecnico abbandonando una mentalità obbediente alla sola legalità formale».

come viene rilevato nella Relazione del Consiglio di Stato sullo schema definitivo del nuovo Codice, l'assenza nel nostro ordinamento della figura della *loi organique* francese non preclude l'introduzione, in via legislativa, di norme speciali (asistematiche) relative a ulteriori cause di esclusione.

La tassatività di dette cause e le correlate previsioni sulla nullità, dopotutto, mirano a garantire la piena attuazione dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE. Tale circostanza diviene apprezzabile alla stregua del divieto di *gold plating* di cui all'art. 1, comma 2, lett. a), della legge delega n. 78/2022, ma ciò non impedisce che fonti primarie tipizzino cause di esclusione extracodicistiche. Il comune presupposto fondante tassatività e nullità in esame, infatti, attiene solo alla competenza esclusiva del legislatore[45] a disciplinare i requisiti generali di accesso alle gare, diversamente da quanto è predicabile, come già anticipato, rispetto ai requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, espressione di discrezionalità della p.a., che devono in ogni caso apparire attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto[46], essendo le stazioni appaltanti tenute a considerare l'interesse pubblico al più ampio numero – alla massima partecipazione – di potenziali concorrenti, ivi incluse le piccole e medie imprese[47].

È accaduto così che quella programmaticità, connessa alle segnalate esigenze di razionalizzazione, dimostrata dal legislatore del Codice è stata in un certo senso ridimensionata per effetto della tendenza ordinamentale a prevedere ipotesi di esclusione dalle procedure di gara fuori dal d.lgs. n. 36/2023[48]. Significative, in tal senso, le disposizioni dell'art. 29, comma 19, del d.l. 2 marzo 2024, n. 19 (c.d. decreto PNRR-*bis*), come convertito dalla l. 29 aprile 2024, n. 56, le quali, nell'introdurre il nuovo sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi che operano nei cantieri temporanei e mobili tramite "patente a crediti"[49], stabiliscono l'esclusione dalla partecipazione ai lavori pubblici, per un periodo di sei

[45] Statale, data la riconducibilità alla materia tutela della concorrenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. dell'intera disciplina delle procedure di evidenza pubblica, le quali devono svolgersi nel rispetto di regole e principi europei di libera circolazione delle merci, libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione (*ex multis*, Corte cost. 11 febbraio 2021, n. 16; Id. 7 novembre 2013, n. 259; Id. 26 febbraio 2013, n. 28).

[46] Per una ricostruzione della relazione fra criteri di attinenza e proporzionalità all'oggetto del contratto e individuazione dei requisiti speciali di partecipazione, M. Calabrò, A. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Ambientediritto.it*, 2023, 2, 14 ss., secondo cui la "proporzionalità" è accostabile al *favor partecipationis* e all'interesse della singola impresa di poter accedere a determinati segmenti di mercato (visione "micro" ispirata a ragioni pro-concorrenziali), mentre il parametro della "attinenza" appare maggiormente legato al principio di massima partecipazione osservato dal lato dell'amministrazione (visione "macro" in funzione del buon andamento).

[47] Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 dicembre 2024, n. 21577, secondo cui «per i requisiti speciali, per i quali è di regola la stazione appaltante competente a fissare, nel bando, la relativa disciplina, difetterebbe (in radice) la possibilità di applicare il principio di tassatività (e il corollario della nullità per le clausole difformi), atteso che la *lex specialis*, non la legge, è competente a stabilirli».

[48] Cfr. M. Allena, *Art. 94*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 858.

[49] Attraverso la riscrittura dell'art. 27 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

mesi, delle imprese che ne risultino prive o siano sprovviste di documentazione equivalente, ovvero operino con una patente avente un punteggio inferiore a quindici crediti[50]. Ancora, l'art. 3 del d.l. 7 giugno 2024, n. 73, come convertito dalla l. 29 luglio 2024, n. 107, sancisce che l'inadempimento contrattuale, definitivamente accertato, da parte dei soggetti affidatari dei contratti per la gestione del Centro Unico di Prenotazioni (CUP) di una Regione integra una nuova ipotesi di illecito professionale grave ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 36/2023; ipotesi, quest'ultima, di particolare rilevanza poiché individua una causa di esclusione (non automatica) non assoggettabile a misure di *self cleaning*[51].

Come osservato dalla dottrina, del resto, fin dall'entrata in vigore del Codice era emersa la difficile conciliabilità del principio di tassatività delle cause di esclusione con la previsione dei protocolli di legalità *ex* art. 83-*bis*, comma 3, del Codice antimafia[52], da leggere in combinato con l'art. 1, comma 17, della l. 6 novembre 2012, n. 190, secondo cui le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, nei bandi di gara o nelle lettere di invito che il mancato rispetto di tali protocolli o dei patti di integrità[53] costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto[54].

Detto fenomeno è stato ricondotto, talvolta, alla categoria delle condizioni generali del contratto[55], talaltra a una dimensione prettamente pubblicistica[56]. In tale scenario hanno acquisito rilievo norme come l'art. 1362 c.c. sull'intenzione dei

[50] La patente, rilasciata in formato digitale dall'Ispettorato nazionale del lavoro a seguito di autocertificazione dei requisiti di cui al primo comma dell'art. 27 sopra richiamato, è dotata di un punteggio iniziale di trenta crediti che, tuttavia, subisce decurtazioni ai sensi dell'all. I-*bis* d.l. n. 19/2024. Non sono tenute al possesso della patente di cui all'art. 27 in argomento le imprese in possesso dell'attestazione di qualificazione SOA in classifica pari o superiore alla III *ex* art. 100, comma 4, e all. II-*bis* d.lgs. n. 36/2023.

[51] Nello specifico, ai sensi dell'art. 3, comma 6, del d.l. n. 73/2024 «l'esclusione è disposta dalle gare avviate in qualsiasi regione e l'operatore economico non può avvalersi della possibilità prevista dall'art. 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, del d.lgs. n. 36 del 2023».

[52] L'art. 83-*bis* del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, rubricato «verifiche antimafia e protocolli di legalità», è stato introdotto dall'art. 3, comma 7, del d.l. n. 76/2020.

[53] Sulle origini di protocolli di legalità e patti di integrità, F. Saitta, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. trim. app.*, 2014, 161 ss. Con la sottoscrizione del patto di integrità, al momento della presentazione dell'offerta, l'operatore economico accetta regole volte a rafforzare comportamenti già doverosi le quali prevedono, in caso di loro violazione, sanzioni di carattere patrimoniale quali l'incameramento della cauzione, in disparte l'esclusione dalla procedura. In tal senso, vengono in rilievo misure attuative inquadrabili nelle strategie di prevenzione della corruzione. In argomento, da ultimo, G. Di Mitri, *La prevenzione della corruzione nei rapporti tra imprese e Pubblica Amministrazione, dal D.lgs. n. 50/2016 al D.lgs. n. 36/2023*, in *Federalismi.it*, n. 9/2024, 82 ss., cui *adde*, per ulteriori sviluppi, D. Capotorto, *Uso e abuso dei protocolli di legalità nella prassi amministrativa e nella regolazione*, in *GiustAmm.it*, n. 12/2021; G. Iudica, *Spigolature critiche sui patti d'integrità*, in *Riv. trim. app.*, 2020, 1727 ss.; S. Vinti, *I protocolli di legalità nelle procedure di evidenza pubblica e il giudice amministrativo come nuovo protagonista nelle politiche anticorruzione*, in *GiustAmm.it*, 2016, 2.

[54] Cfr. M. Allena, *op. ult. cit.*; M. Renna, *I principi*, in S. Fantini, H. Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, Milano, 2023, spec. 18 e 24.

[55] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722.

[56] Cfr. CGARS 12 gennaio 2022, n. 32.

contraenti, ove assume carattere preminente la regola dell'interpretazione letterale, con la conseguente necessità di ricostruire l'intento della p.a. alla stregua del contenuto complessivo dell'atto, ovvero l'art. 1366 c.c. sull'interpretazione del contratto secondo buona fede, cosicchè la perimetrazione degli effetti della clausola è limitata a quanto è dato ragionevolmente intendere, anche in virtù del principio di buon andamento che impone all'amministrazione di operare in modo chiaro e lineare, in modo da fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure[57]. Ciò, soprattutto, quando possono derivare specifiche conseguenze negative come, appunto, l'esclusione da una procedura di affidamento o la risoluzione di un contratto stipulato.

In sostanza, in relazione alla fase esecutiva, il patto implementa le ordinarie tutele del codice dei contratti pubblici, consentendo di configurare quale causa di scioglimento del vincolo provvedimenti occorsi in un determinato contesto; nel corso dell'evidenza pubblica le medesime circostanze possono incidere, in termini preclusivi, sull'aggiudicazione della procedura e sulla successiva stipula[58]. In conformità al principio di proporzionalità di matrice europea e all'esegesi della Corte di Giustizia[59], peraltro, protocolli e patti non devono eccedere quanto necessario per raggiungere gli obiettivi prestabiliti, per cui è rimessa alle stazioni appaltanti la valutazione in ordine all'idoneità della condotta, benintesa la garanzia del contraddittorio procedimentale e l'obbligo di motivare la scelta[60]. Se, dunque, le norme sopra richiamate non legittimano forme di automatismo espulsivo[61], come si intuisce, è stato necessario chiarirne la portata applicativa, attraverso un'interpretazione rigorosa, onde evitare una loro sovrapposizione alla disciplina della cause di esclusione recata dal codice dei contratti pubblici.

Anche per tale via emerge che il principio di tassatività preclude l'introduzione di cause di esclusione con *lex specialis* di gara o fonte regolamentare, ma non vieta al legislatore di accostare alle ipotesi espressamente enunciate dal d.lgs. n. 36/2023 fattispecie extracodicistiche. Si può convenire con l'osservazione, diffusa in dottrina, per cui la riscrittura della disciplina relativa alle cause di esclusione ha delineato un insieme di regole più organizzato e conciso[62] che risponde a esigenze di qualità della

[57] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989.

[58] Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 dicembre 2023, n. 18918.

[59] Il riferimento si intende effettuato a Corte giust., sez. X, 22 ottobre 2015, causa C-425/14, *Impresa Edilux e SICEF*, con nota di S. Vinti, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm*., 2016, 318 ss.

[60] Cfr. la delibera ANAC del 22 dicembre 2020, n. 1120, in merito alle novità introdotte dal d.l. n. 76/2020 in materia di patti di integrità.

[61] Tar Piemonte, sez. II, 2 aprile 2024, n. 322, allorquando il patto di integrità rilevante nel caso di specie si riferiva a una clausola risolutiva espressa e richiamava l'art. 1456 c.c., in linea a Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2023, n. 1302.

[62] In questi termini si esprime R. Rolli, *L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario*, in *Dir. econ*., 2024, 54. Cfr., inoltre, R. Spagnuolo Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 17/2023, 280. Sulla riserva di legge in tema di cause di esclusione dell'operatore economico, ulteriormente, S. Fantini, H.

regolazione e di conoscibilità preventiva delle condizioni di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica[63], tanto più in considerazione del principio di eterointegrazione già richiamato[64]. Sembra più difficile, invece, riconoscere valore precettivo all'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 e, a tale stregua, concludere per una "riserva di codice" in tema di cause di esclusione[65], per le seguenti ragioni.

In primo luogo, per quanto concerne le disposizioni volte a prevedere obblighi o divieti a pena di esclusione dalle gare pubbliche, in vigore al momento dell'emanazione del Codice, rileva osservare che l'art. 226 del d.lgs. n. 36/2023 non fa riferimento ad alcuna fattispecie escludente. In merito alle disposizioni successive, invece, appare dirimente l'interpretazione "autentica" fornita dal Consiglio di Stato nella Relazione sullo schema definitivo del nuovo Codice, che riconosce una chiara valenza programmatica all'art. 10 nella parte in cui stabilisce che le cause di esclusione espressamente definite dagli artt. 94 e 95 sono tassative. Tassatività significa tipicità delle cause di esclusione, cioè tali cause possono essere introdotte solo tramite fonti di rango primario. Ad assumere rilievo, pertanto, è una riserva di legge e non di Codice.

In secondo luogo, a proposito dell'esigenza di assicurare la certezza del diritto, in materia di contratti pubblici e per quanto in questa sede è più d'interesse, è stato chiarito che a essere vietate sono, per l'esattezza, interpretazioni giurisprudenziali relative a disposizioni nazionali poco chiare in grado di produrre un immediato effetto escludente, laddove il comportamento doveroso richiesto all'o-

---

Simonetti, *Lo svolgimento del procedimento e gli organi di gara*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., 169 ss.; B. Giliberti, *Art. 10*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2023, 76, per il quale la scelta di riservare al legislatore la competenza a introdurre ipotesi di esclusione dalle gare mira a fronteggiare «l'altrimenti naturale propensione delle stazioni appaltanti ad esercitare, non necessariamente in maniera arbitraria, discrezionalità in sede di *lex specialis*, mediante la individuazione di ipotesi di espulsione atipiche».

[63] In tale ottica va letto l'art. 226 del d.lgs. n. 36/2023, in base al quale «ogni intervento normativo incidente sulle disposizioni del codice e dei suoi allegati, o sulle materie dagli stessi disciplinate, è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in essi contenute».

[64] Bisogna, infatti, escludere che sia l'interprete a eterointegrare il bando sulla scia di valutazioni soggettive di opportunità ovvero laddove l'esegesi si sostanzi in operazioni ermeneutiche complesse o sia volta a recepire nell'ambito di una gara in corso sopravvenienze normative: cfr. B. Giliberti, *Art. 10*, cit., 78, che sul punto richiama l'indirizzo giurisprudenziale in base al quale l'eterointegrazione può operare solo mediante meccanismi automatici. Cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433, secondo cui «la procedura di affidamento di un contratto pubblico è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio *tempus regit actum* ed alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola, cui non solo le imprese partecipanti, ma anche l'amministrazione non può sottrarsi». Pertanto, anche in considerazione della tutela dell'affidamento degli operatori economici, si deve escludere che le sopravvenienze normative possano avere effetti diretti sul procedimento di gara, venendo altrimenti sacrificati i principi di certezza del diritto e di buon andamento, con assoluta imprevedibilità degli esiti (Cons. Stato, ad. plen., n. 9/2014, in linea alla quale v. Cons. Stato, sez. III, 1° settembre 2014, n. 4449). Cfr., inoltre, Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 7, con nota di M. Silvestri, *Dall'atipicità alla tassatività delle cause di esclusione dalle pubbliche gare*, in *Giur. it.*, fasc. 8-9, 2020, 1976 ss. Nella prospettiva accolta da Tar Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 5 novembre 2024, n. 19503, l'irrilevanza dello *ius superveniens* e il necessario rispetto del principio *tempus regit actum* si estende anche alla fase esecutiva dell'affidamento (v. anche Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1318).

[65] Cfr. N. Berti, *Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*, cit., spec. 267 s.

peratore economico non sia neppure individuabile in base alla disciplina di gara. Ciò è agevolmente riscontrabile in base alla pronuncia *Pizzo Pippo* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, per la quale «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti»[66].

La tassatività delle cause di esclusione, in definitiva, costituisce un argine nei confronti della discrezionalità amministrativa e non legislativa, almeno fintanto che vengano rispettati livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive europee. Il riferimento effettuato dall'art. 10, comma 2, del Codice alla nullità di clausole volte a introdurre ulteriori – rispetto agli artt. 94 e 95 – ipotesi di esclusione, pertanto, riguarda bandi e lettere di invito. Deriva da ciò che l'eterointegrazione della disciplina di gara enunciata dalla medesima norma, funzionale a garantire l'affidabilità dell'operatore economico che condiziona la possibilità di procedere all'aggiudicazione e alla stipula, data la necessità di assicurare l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della p.a. fin dal momento genetico[67], non potrà prescindere dalla considerazione di tutti i requisiti indicati da norme imperative, quand'anche si tratti di fattispecie tipizzate fuori Codice.

4. *Dicotomia delle cause di esclusione e affidabilità dell'operatore economico tramite meccanismi di ravvedimento operoso*

Giunti a questo punto dell'analisi appare opportuno chiarire l'assoluta compatibilità del principio di tassatività con la dicotomia della cause di esclusione, automatiche (art. 94) e non automatiche (art. 95) contemplate dal Codice. Nel primo caso la valutazione in ordine all'effetto espulsivo è compiuta direttamente dal legislatore senza che residuino in capo alla stazione appaltante margini di discrezionalità, ossia il potere amministrativo è vincolato. Nel secondo caso la stazione appaltante svolge valutazioni attinenti alla sussistenza di presupposti prefigurati a livello normativo che, laddove appurati, rendono necessitata l'esclusione dalla procedura di affidamento, ossia la discrezionalità è tecnica[68].

[66] Corte giust., sez. VI, 2 giugno 2016, causa C-27/15.

[67] Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2017, n. 3444.

[68] Come si legge nella Relazione sullo schema definitivo del nuovo Codice «il "potere" demandato alla stazione appaltante non riposa in una volizione, ma in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella

Per chiarire questi concetti, si prenda il caso dell'operatore economico che abbia reso false dichiarazioni o falsa documentazione. La stazione appaltante è tenuta a darne segnalazione all'ANAC che, riscontrando dolo o colpa grave, alla luce della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto per un periodo fino a due anni, a norma dell'art. 96, comma 15, d.lgs. n. 36/2023. L'iscrizione nel casellario vincola il potere espulsivo della stazione appaltante.

Diverso è il caso dell'operatore economico che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni della stazione appaltante circa la selezione o l'aggiudicazione, allorquando occorrerà verificare la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente la configurabilità di un illecito professionale grave, causa di esclusione non automatica *ex* artt. 95, comma 1, lett. e), e 98 del d.lgs. n. 36/2023. La stazione appaltante, in altri termini, è qui tenuta a operare una valutazione di integrità e affidabilità dell'operatore economico senza alcun automatismo espulsivo[69] e, tuttavia, la sussistenza dei predetti indizi renderebbe l'esclusione necessitata[70].

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi. Restando nell'ambito delle cause non automatiche di esclusione[71], si pensi alla fattispecie del conflitto di interessi, che il Codice ha esteso a qualsiasi soggetto, sia pure non dipendente in senso formale della stazione appaltante, che intervenga nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione con compiti funzionali, ossia implicanti l'esercizio di funzioni amministrative, allorchè, ai fini espulsivi, è sufficiente appurare che l'interesse finanziario, economico o altro – diretto o indiretto – interesse personale possa essere "percepito" come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità[72]. Si pensi, anco-

disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata». L'aggettivo "non automatiche" – impiegato anche da Cons. Stato, ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9 – in tale prospettiva consente di tracciare un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione "automatica" *ex* art. 94 «laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza».

[69] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, con nota di C. Napolitano, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020.

[70] Come precisato da Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2025, n. 167, spetta alla stazione appaltante, chiamata a valutare il punto di rottura del rapporto fiduciario con l'operatore economico, stabilire se l'informazione sia effettivamente falsa o fuorviante; se la stessa o l'omissione dichiarativa sia stata in grado di sviare le proprie valutazioni; se il comportamento tenuto dall'operatore economico abbia inciso in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Ne consegue che «gli obblighi dichiarativi imposti ai concorrenti hanno carattere strumentale rispetto alla valutazione di competenza della stazione appaltante sull'integrità e affidabilità degli stessi e, in quanto tali, si estendono necessariamente a "ogni dato o informazione comunque rilevante" rispetto alla valutazione stessa».

[71] Merita ricordare, al riguardo, che il legislatore europeo discorre di «motivi di esclusione facoltativi» (considerando 101 della direttiva 2014/24/UE) senza, peraltro, ambire alla loro omogeneità su tutto il territorio dell'Unione. La previsione di simili motivi di esclusione, infatti, è legata a considerazioni e obiettivi di ordine economico e sociale dei singoli Stati membri (Corte giust., sez. II, 30 gennaio 2020, causa C-395/18, *Tim s.p.a.*).

[72] Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. V, 4 dicembre 2023, n. 6670, che ha escluso la dimostrazione di un effettivo svolgimento di attività professionali da parte del presidente della commissione di gara in favore di

ra, alla distorsione della concorrenza derivante dal previo coinvolgimento dell'operatore economico nella preparazione della procedura di appalto, causa di esclusione non automatica la cui operatività è stata dalla giurisprudenza negata in presenza di attività di progettazione affidata mediante gara strumentale a una successiva procedura di affidamento per un servizio diverso[73]. In ipotesi del genere non opera alcun automatismo espulsivo, ma l'inaffidabilità del potenziale contraente della p.a., se verificata in concreto, preclude un'aggiudicazione a suo favore, donde l'adozione di un provvedimento di esclusione espressione di discrezionalità tecnica.

Non si tratta, peraltro, delle uniche ipotesi in tema ove ad assumere rilievo è la discrezionalità della stazione appaltante. La valutazione delle misure di *self cleaning* intraprese dall'operatore economico, a norma dell'art. 96, comma 6, del Codice, è espressione di discrezionalità implicante una prognosi, proporzionata e ragionevole, in ordine al ripristino, o meno, della "credibilità" del concorrente. Il *self cleaning*, infatti, rappresenta un meccanismo di ravvedimento operoso attivabile dall'operatore economico che versa in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 36/2023, a eccezione dei casi di esclusione per gravi violazioni in materia fiscale e previdenziale[74], sia automatiche che non automatiche[75], ovvero di esclusione conseguente a una sentenza definitiva[76].

Nel contesto del complessivo giudizio di affidabilità dell'operatore economico, le misure di *self cleaning* possono avere natura ripristinatoria oppure tec-

---

una delle società del raggruppamento aggiudicatario. Diversamente, Tar Puglia, Bari, sez. I, 11 giugno 2024, n. 736, ha annullato una gara in cui un dirigente della stazione appaltante vantava legami di stretta parentela con un dipendente di una società concorrente.

[73] Come il servizio di coordinamento della sicurezza in fase esecutiva (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2024, n. 6191).

[74] Per quanto concerne i tratti della "gravità" della violazione, nonché della "definitività" o meno dell'accertamento – circostanza, quest'ultima, che rileva ai fini della natura, automatica o non automatica, della causa di esclusione – si veda l'allegato II.10 al d.lgs. n. 36/2023. Da ultimo v. il parere di precontenzioso ANAC n. 564 del 3 dicembre 2024, in base al quale il limite dei € 5.000 di cui all'art. 48-*bis*, commi 1 e 2-*bis*, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (rilevante ai sensi e per gli effetti dell'art. 94, comma 4, d.lgs. n. 36/2023) va riferito all'importo complessivo delle violazioni accertate dall'Agenzia delle Entrate e la somma è comprensiva di interessi, sanzioni e altri oneri. Cfr., inoltre, la pronuncia del Cons. Stato, ad. plen., 24 aprile 2024, n. 7, la quale ha confermato che la carenza dei requisiti di regolarità fiscale può riguardare anche pagamenti non diretti all'Agenzia delle Entrate: nel caso di specie, l'aggiudicataria non aveva pagato le sanzioni irrogate per l'omesso versamento del contributo unificato rispetto a un precedente giudizio davanti al Consiglio di Stato e non aveva dichiarato detta carenza del requisito di regolarità fiscale, declinato come assenza di debiti tributari.

[75] In argomento, anche in rapporto al principio del risultato «che in effetti consente di orientare l'operato delle stazioni appaltanti anche avendo a riferimento il "criterio temporale" della tempestività dell'affidamento ed esecuzione del contratto, in sostanza imponendo il superamento delle situazioni di inerzia o di *impasse*», si veda Tar Campania, Napoli, sez. I, 18 novembre 2024, n. 6332. Più di recente, cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2025, n. 1628, che, nel riconoscere la legittimità dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di gara in presenza di gravi violazioni fiscali definitivamente accertate, ha riscontrato, altresì, i presupposti del grave illecito professionale non essendo state le stesse comunicate alla stazione appaltante in violazione dei principi di trasparenza, buona fede e leale collaborazione.

[76] Nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza, ai sensi dell'art. 96, comma 7, del Codice.

nico-organizzativa. Come riconosciuto fin dal considerando 102 della direttiva 2014/24/UE e, ulteriormente, specificato nel successivo art. 57, par. 6, l'operatore economico può «fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione», ossia egli può provare «di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti», mentre spetta alla stazione appaltante valutare dette misure «considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito». In modo del tutto analogo si esprime il legislatore nazionale, nell'art. 96 sopra citato, confermando che il giudizio di inadeguatezza della misura intrapresa andrebbe, comunque, congruamente motivato[77].

In entrambi i casi di *self cleaning*, ripristinatorio e tecnico-organizzativo, il ravvedimento operoso dell'operatore economico, laddove positivamente apprezzato, è idoneo a configurare un'eccezione alla regola della continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale[78]. Può, peraltro, accadere che la causa di esclusione si verifichi prima della presentazione dell'offerta, allorchè l'operatore economico dovrà comunicarla – contestualmente all'offerta – alla stazione appaltante dimostrando di avere adottato misure di *self cleaning* o di non averle potute adottare prima di quel momento, donde l'esigenza di comunicarle successivamente,

[77] Cfr. cit. Cons. Stato n. 167/2025, nonché Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2022, n. 9782; Tar Campania, Napoli, sez. I, 24 febbraio 2025, n. 1514; Tar Veneto, sez. I, 21 febbraio 2025, n. 254. Nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016, l'ANAC ha approvato apposite Linee guida (n. 6) al fine di chiarire la portata del *self cleaning* di natura tecnico-organizzativa (§ 14): «l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative; l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale; la rinnovazione degli organi societari; l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento; la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo»; tutte queste, nella prospettiva dell'ANAC, che tuttora può ritenersi un utile riferimento, rappresentano misure in cui si traduce un ravvedimento operoso dell'operatore economico potenzialmente in grado di dimostrare il ripristino della sua integrità e affidabilità. Ciò implica un contraddittorio con detto operatore economico, come si legge nel medesimo § 14 e risulta confermato dalla giurisprudenza dapprima citata, nell'ambito di un «confronto effettivo e coerente con il principio di proporzionalità e con i canoni generali della buona fede oggettiva».

[78] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, sulla cui scia, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2025, n. 1617; Id., sez. V, 24 maggio 2024, n. 4660. Costituiscono un corollario della regola sopra menzionata le disposizioni dell'art. 96, comma 14, del Codice, in base alle quali l'operatore economico è tenuto a comunicare alla stazione appaltante la sussistenza di fatti e provvedimenti che possono costituire causa di esclusione *ex* artt. 94 e 95, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. L'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare quale illecito professionale grave ai sensi dell'art. 98, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

ovvero che detta causa si verifichi dopo la presentazione dell'offerta. In quest'ultimo caso, nuovamente, in base ai principi generali di leale collaborazione e buona fede di cui all'art. 1, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990, nonché, con riferimento alla normativa settoriale, ai sensi degli artt. 2 e 5 del d.lgs. n. 36/2023, spetterà all'operatore economico comunicare senza indugio le misure di ravvedimento operoso intraprese per consentire alla stazione appaltante di valutarne l'idoneità.

Il possesso dei necessari requisiti di ordine morale, infatti, deve considerarsi un principio di carattere generale, applicabile anche ai contratti c.d. esclusi[79], strumentale a garantire la *par condicio* fra i concorrenti e il buon andamento nell'ottica della legalità di risultato. Le regole di concorrenza per il mercato vanno applicate con imparzialità, in considerazione di preminenti ragioni di ordine pubblico economico[80], il risultato consiste nel portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più confacente agli interessi della collettività[81], in ossequio alla normativa di riferimento[82].

Alla stregua di simili premesse, la giurisprudenza ha ritenuto il principio del risultato "immanente" al sistema, in quanto riconducibile al buon andamento, già prima della sua codificazione ad opera dell'art. 1 del nuovo Codice[83]. In effetti, l'attuale disciplina del *self cleaning* coniuga assieme concorrenza, massima partecipazione, imparzialità e trasparenza[84], in base ai presupposti principi di tipicità delle cause di esclusione e di possesso dei requisiti di carattere generale, consentendo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di selezionare operatori integri dal punto di vista "morale" e, quindi, affidabili. La valutazione della loro qualificazione sul piano della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale è successiva e, come si è visto, rimessa alla discrezionalità della p.a. che, onde assicurare un'ampia partecipazione strumentale alla selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è legittimata a individuare requisiti speciali attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto.

---

[79] Cfr. Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 1° dicembre 2021, n. 534.

[80] Cfr. Tar Liguria, sez. II, 11 gennaio 2016, n. 19. Si veda, inoltre, Corte giust., grande sezione, 24 maggio 2016, causa C-396/14, *MT Højgaard A/S e Züblin A/S*, ove si legge che «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza […] costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici». In tale ottica, in base alla medesima pronuncia, «il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti». Sul rispetto dei principi della parità di trattamento e di trasparenza in relazione alla tassatività delle cause di esclusione, altresì, Corte giust., grande sezione, 16 dicembre 2008, causa C-213/07, *Michaniki*.

[81] Sul punto cfr. A. Police, *La terra, l'aria e il fuoco*, cit., 140.

[82] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924.

[83] Cfr. Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 2 gennaio 2025, n. 4.

[84] R. Dipace, *Principio dell'accesso al mercato*, cit., 103.

Le misure di *self cleaning*, come meccanismi di ravvedimento operoso, consentono all'operatore economico di "dissociarsi" da condotte che ne determinerebbero l'esclusione. La pubblica amministrazione è chiamata a orientare la propria valutazione al risultato[85], declinazione del buon andamento – e dei correlati principi di economicità, efficacia ed efficienza – in materia di contratti pubblici, assicurando un contraddittorio effettivo e, comunque, la motivazione della propria decisione dalla quale dovrà emergere, in caso di esclusione, il punto di rottura del rapporto fiduciario con l'operatore economico. Il risultato, dunque, non autorizza alcuna forzatura del principio di legalità, nel cui perimetro rientrano i principi costituzionali e il formante normativo eurounitario[86], anzi la *vis espansiva* del principio del risultato – inteso come scopo di realizzare contratti pubblici con la massima celerità e il miglior rapporto qualità/prezzo[87] – è temperata da quello di legalità, cui non si potrebbe comunque derogare[88].

Se, dunque, è vero che la legalità non coincide con il mero formalismo legale[89], tanto più nel contesto dell'amministrazione di risultato, ciò non significa che il risultato possa prescindere dal rispetto della legalità. Il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione, infatti, avviene in ossequio ai principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Come osservato fin dalle battute introduttive, se quest'ultimo principio è funzionale a garantire il miglior risultato possibile, tramite

---

[85] Da ricercare, senza considerare direttamente le esigenze degli operatori economici, sul terreno dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto e, cioè, della risposta al singolo bisogno pubblico, come viene puntualmente osservato da F. Fracchia, *Il principio di risultato*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 28.

[86] F. Fracchia, *ibidem*, secondo cui «questa banale osservazione vale, da sola, a rigettare eventuali tentazioni di leggere il risultato nella prospettiva della logica aziendalistica e isolatamente strettamente intesa».

[87] L. Carbone, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, cit., 13, il quale sottolinea, ulteriormente, che «il risultato, in tempi di PNRR, è parte della legittimità stessa dell'atto amministrativo». Si veda, inoltre, F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti*, cit. Cfr., *amplius*, F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR*, cit.

[88] Sul rapporto tra principio di legalità e amministrazione di risultato, per tutti, L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. Pinelli (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti* (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Milano, 2000, 37 ss.; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004; A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. I, Napoli, 2001, 813 ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, nonché, da ultimo, Id., *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici*, cit., 210, il quale osserva: «Il ricorso alla terminologia "amministrazione di risultato", con il suo implicito richiamo anche semantico alle logiche aziendalistiche […] aveva generato perplessità negli studiosi preoccupati delle conseguenze che una subentrante "filosofia manageriale" avrebbe potuto produrre nei confronti della legalità, valore proprio e imprescindibile dell'agire amministrativo. La logica di ciò che veniva definito in senso dispregiativo "risultato a tutti i costi" avrebbe potuto compromettere seriamente il legittimo esercizio dell'attività amministrativa, obbligata a dare esecuzione ai dettati legislativi nel rispetto di tutte le regole poste dall'ordinamento».

[89] Seguendo il magistrale insegnamento di A. Romano Tassone, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, nonché di F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003.

le regole codicistiche di concorrenza per il mercato, e la trasparenza è proiettata alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione di tali regole, ne discende che entrambi i principi contribuiscono ad avverare la legalità di risultato.

Il potere è conferito in vista di uno specifico "risultato" – il fine determinato dalla legge, nei termini poc'anzi ricordati – il quale condiziona la formulazione delle regole che, sul piano dell'azione, disciplinano il potere medesimo. Il risultato, a tale stregua, è esso stesso elemento essenziale della fattispecie normativa e procedimentale, e contribuisce a delineare la regola del caso concreto[90] secondo quanto dispone l'art. 1 del Codice. Una simile impostazione «non soltanto consente di superare qualsiasi contraddizione fra risultato e legalità, ma rende il primo parametro di riferimento per la verifica della legittimità dell'operato dell'amministrazione»[91].

In base a tali premesse, ritenere che il conseguimento del risultato è inscritto nella norma attributiva del potere consente di ridimensionare l'osservanza della legalità come valore in sé, senza per questo dequotarne la portata sostanziale. Non si potrebbe, quindi, conseguire il risultato prescindendo dal rispetto della legalità, in ossequio al criterio di non contraddittorietà[92] inteso come conformità all'assetto normativo, proiettato a (e costruito in modo tale da) assicurare il raggiungimento di quel risultato.

5. *La versione "allargata" del* self cleaning *nel nuovo Codice*

In tale apparato concettuale, che ruota intorno alla legalità di risultato, si inserisce anche la nuova versione "allargata" del *self cleaning*. Per comprendere le novità dell'attuale disciplina è utile scindere l'analisi soffermandosi, in prima bat-

[90] Cfr. M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici*, cit., 221.

[91] M.R. Spasiano, *Ibidem*. Si segnala, inoltre, Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866: «L'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al contrario […] il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo", facendo "transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili"». Riecheggia qui l'impostazione dottrinale per la quale la rilevanza attribuita al risultato «costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari amministrativi intendono la loro azione» (F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir*., agg. VI, Milano, 2002, 101). Sul rapporto fra legalità di risultato e sindacato di legittimità sulla discrezionalità amministrativa, L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm*., 1998, 302 ss., nonché, più di recente, S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità* utile, II ed., Torino, 2024, 201 ss.

[92] Sul punto cfr. F. Fracchia, *Il principio di risultato*, cit., 39.

tuta, sui profili diacronici e, in seguito, su alcune novità normative in linea con l'ampliamento dell'efficacia delle misure di *self cleaning*.

Quanto al primo aspetto, non è superfluo ricordare che l'interpretazione giurisprudenziale del previgente art. 80, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 50/2016, avallata dall'Autorità nazionale anticorruzione[93], militava nel senso che «il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di *self cleaning* e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte»[94]. Il comportamento dell'operatore economico che, in presenza di un fatto di reato o di una condotta di illecito, avesse dimostrato di essersi adoperato per l'eliminazione retrospettiva del danno cagionato, ovvero per l'adozione di misure tecnico-organizzative idonee a prevenire la commissione di ulteriori reati o illeciti, in tale prospettiva, avrebbe potuto operare solo *pro futuro*. Ciò, principalmente, per non alterare la *par condicio* dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica[95] alla stregua del principio di libera concorrenza, vera e propria stella polare di tutte le politiche economiche degli Stati membri in grado di condizionare anche, e soprattutto, la materia dei contratti pubblici[96].

Bisogna, tuttavia, considerare che l'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE[97] non pone specifiche preclusioni circa il momento entro il quale attivare misure di *self cleaning*. A rilevare, piuttosto, è il giudizio di adeguatezza di tali misure sul piano della loro trasparenza, non discriminazione e proporzionalità[98]. Non si configurerebbe, quindi, alcuna lesione della *par condicio* dei concorrenti laddove si ammettesse il *self cleaning* a seguito del termine di presentazione delle offerte, sia perché gli operatori economici verrebbero comunque valutati sulla base di identiche condizioni, sia perché la valutazione da svolgere riguarda segnatamente la concreta incidenza delle misure in questione sull'affidabilità dell'operatore economico[99].

---

[93] Il riferimento è alle già citate Linee guida n. 6, ove si legge che «l'adozione delle misure di *self-cleaning* interviene entro il termine fissato per la presentazione delle offerte» (§ 14.2).

[94] Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2020, n. 481. Cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2024, n. 10105, che richiama detto indirizzo confermato anche da Cons. Stato, V, 22 agosto 2023, n. 7903; Id., sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659; Id., sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260.

[95] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158; Id., 24 gennaio 2019, n. 598.

[96] In argomento, senza pretesa di esaustività, R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Conc. e merc.*, 2015, 197 ss.; M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 705 ss.; nonché, per un più generale inquadramento a livello monografico, A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

[97] Una disposizione analoga non era rintracciabile nella precedente direttiva 2004/18/CE, la quale si limitava a prevedere (art. 51) la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti relativi alla loro situazione individuale.

[98] Sotto tale profilo è da salutare con favore il superamento della regola contenuta nel previgente art. 80, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016 che limitava la possibilità del *self cleaning* ai casi in cui la pena detentiva irrogata non fosse superiore a diciotto mesi ovvero a quelli nei quali la sentenza definitiva avesse riconosciuto l'attenuante della collaborazione.

[99] Cfr. Corte giust., sez. IV, 24 ottobre 2018, causa C-124/17, *Vossloh Laeis*.

Non si vede per quali ragioni, allora, gli effetti del *self cleaning* vadano limitati alle sole procedure di affidamento *pro futuro*. Se così fosse, a risentirne non sarebbe solo l'operatore economico estromesso dalla procedura, privato del diritto a invocare i benefici scaturenti da meccanismi di ravvedimento operoso[100], ma la stessa stazione appaltante alla quale sarebbe preclusa la possibilità di perseguire il miglior risultato possibile – che passa anche attraverso la valutazione di quell'operatore – nell'affidamento e nell'esecuzione del contratto. Si andrebbe, cioè, oltre quanto è necessario per il raggiungimento dell'obiettivo prefigurato dal punto di vista normativo.

Consegue da ciò, per un verso, che la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso ben potrà essere fornita dall'operatore economico sia di propria iniziativa che su espressa richiesta amministrativa e, per altro verso, che il momento di presentazione dell'offerta è inidoneo a impedire gli effetti del *self cleaning* nei confronti dei procedimenti in corso[101]. Se ne trae definitiva conferma nell'art. 96 del d.lgs. n. 36/2023[102] che, da un lato, fissa il principio di continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale e, dall'altro lato, pone le condizioni al ricorrere delle quali, nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione, l'operatore economico non viene comunque estromesso in quanto ha effettivamente dimostrato la propria dissociazione dalla condotta potenzialmente idonea a mettere in discussione la sua affidabilità. In tale scenario, il giudizio di sufficienza delle misure adottate consente *ex se* di prevenire l'esclusione dell'operatore economico qualora l'emenda sia intervenuta prima della presentazione dell'offerta, mentre rientra nel prudente apprezzamento della stazione appaltante considerare le misure adottate in corso di procedura e valutarne l'idoneità, anche alla luce della tempestività dell'intervento riparatore.

Esaurita la questione dei profili diacronici del *self cleaning*, a questo punto, si tratta di contestualizzare l'istituto nell'attuale Codice. Sono, infatti, individuabili una serie di previsioni innovative, da leggere nell'ottica della legalità di risultato e

---

[100] Cfr. Corte giust., sez. IV, 14 gennaio 2021, causa C-387/19, *RTS infra e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*.

[101] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 10 marzo 2025, n. 1937; Id., sez. VII, 21 novembre 2024, n. 9362; Id., sez. V, 25 agosto 2023, n. 7949; Id., sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1791; CGARS 13 luglio 2022, n. 829; Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2022, n. 4363. Tale linea interpretativa è stata avallata anche dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado. Si veda Tar Sardegna, sez. I, 24 giugno 2024, n. 489: «Il Collegio ritiene tale impostazione condivisibile anche in ragione di una interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, con la conseguenza che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, le misure di *self cleaning* non possono essere considerate irrilevanti per il solo fatto di essere state adottate successivamente alla presentazione delle offerte o nel periodo di tempo intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto. Dunque, le misure di "*self cleaning*" possono essere valutate non solo per il futuro, ma anche per le gare in corso».

[102] Lo rileva anche N. Paolantonio, *Grave illecito professionale*, in F. Manganaro, N. Paolantonio, F. Tigano (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici* (documento di lavoro AIPDA), Messina, 2024, 133, che, tuttavia, esprime qualche perplessità sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale in argomento.

della razionalizzazione delle cause di esclusione, munite di un'intrinseca coerenza con l'art. 96 più volte citato[103].

In primo luogo, viene in rilievo l'art. 97 del d.lgs n. 36/2023 sulle cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi, in base al quale, ferma restando la disciplina delle misure di *self cleaning* finora considerate[104], è possibile sostituire o estromettere un soggetto interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione, ovvero dal venir meno di un requisito di qualificazione[105]. Ciò, sia prima che dopo la presentazione dell'offerta[106], benintesa l'immodificabilità sostanziale dell'offerta medesima e la discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti circa la sufficienza e la tempestività dei provvedimenti di sostituzione o estromissione adottati, diretti a garantire l'integrità e l'affidabilità degli offerenti e, quindi, la mancata "rottura del rapporto di fiducia" con gli operatori economici interessati[107].

[103] A parte le previsioni che si passeranno in rassegna, idonee a rivelare (tutte) l'evoluzione ordinamentale all'insegna del principio della legalità di risultato, merita, altresì, richiamare gli artt. 94, comma 6, e 95, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 – norme, come anticipato, che delineano deroghe all'operatività del *self cleaning* nei casi di violazioni gravi e definitivamente (ipotesi di esclusione automatica) o non definitivamente (ipotesi di esclusione non automatica) accertate in materia fiscale e previdenziale – nelle parti in cui rispondono a una logica in senso lato di *self cleaning*. Ci si riferisce al fatto che l'operatore economico non sarebbe escluso dalla procedura di affidamento ove dimostrasse di avere ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale venisse comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si perfezionino anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II-*ter*, 3 febbraio 2025, n. 2546), ovvero – nell'ipotesi dell'esclusione non automatica – qualora l'operatore economico compensasse il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della p.a. (cfr. Tar Campania, Salerno, sez. II, 31 ottobre 2024, n. 2033).

[104] Incluse le eccezioni, per quanto in particolare attiene alla carenza dei requisiti di regolarità fiscale o previdenziale (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. V, 17 giugno 2024, n. 12296; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 22 gennaio 2024, n. 218). Merita segnalare la recente ordinanza con cui il Tar Lazio, Roma, sez. IV-*ter*, 2 aprile 2025, n. 6562, ha rimesso in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia la questione relativa all'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese per violazioni fiscali della mandante.

[105] Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. IV-*ter*, 24 dicembre 2024, n. 23457, secondo cui, in base al tenore letterale dell'art. 97 del d.lgs. n. 36/2023, le ipotesi di "carenza originaria" che possono rilevare ai fini dell'applicazione del rimedio dell'estromissione o della sostituzione sono specificamente quelle riferite ai requisiti generali di partecipazione, ai sensi degli artt. 94 e 95, e non anche ai requisiti speciali di cui all'art. 100 del Codice, per i quali il legislatore ha inteso limitare l'operatività della norma ai soli casi di "perdita" (e non anche di carenza originaria).

[106] Secondo quanto disposto dall'art. 97, comma 1, lett. a) e lett. b), del d.lgs. n. 36/2023. In argomento, merita ricordare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (27 maggio 2021, n. 10), onde prevenire possibili effetti distorsivi della concorrenza, aveva escluso la sostituibilità in corso di gara della mandante e della mandataria con altro operatore economico esterno al raggruppamento. La successiva pronuncia del 25 gennaio 2022, n. 2, d'altro canto, ha riconosciuto che la modificazione soggettiva dei RTI, in caso di perdita dei requisiti soggettivi *ex* art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, sarebbe possibile anche durante la procedura di gara, allorquando la stazione appaltante dovrebbe interpellare il raggruppamento e, ove quest'ultimo intendesse effettuare una riorganizzazione del proprio assetto per poter riprendere la partecipazione alla gara, assegnare un congruo termine per tale riorganizzazione.

[107] In tal senso v. Corte giust., sez. IV, 3 ottobre 2019, causa C-267/18, *Delta Antreprizã de Construcţii şi. Montaj 93*.

In tal modo, l'art. 97 delinea una disciplina speculare a quella sul *self cleaning* dettata dall'art. 96, attraverso l'istituzione di una modalità di superamento della regola della continuità nel possesso dei requisiti fissata dal primo comma di quest'ultima norma[108]. Si tratta di disposizioni deputate all'attuazione dell'art. 63, par. 1, della direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui il legislatore europeo fa riferimento alla sostituzione di un soggetto per il quale sussistono motivi obbligatori o non obbligatori di esclusione[109], e coerenti con il criterio di cui all'art. 1, comma 2, lett. n), della l. delega n. 78/2022 sulla semplificazione delle cause di esclusione. Bisogna, infatti, considerare che la disciplina codicistica della sostituzione o dell'estromissione in esame appare molto agile contemplando, sia prima che dopo la presentazione dell'offerta, meri oneri di comunicazione da parte del RTI o del consorzio alla stazione appaltante, nel rispetto del principio del risultato che richiede garanzie in ordine alle tempistiche dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti, soprattutto nella stagione del PNRR, compatibilmente con i programmi pubblici.

Ulteriori previsioni in linea con la versione allargata del *self cleaning* di cui all'art. 96 sono quelle dettate dall'art. 94, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 nella parte relativa al controllo giudiziario *ex* art. 34-*bis* del Codice antimafia. Una simile misura di prevenzione patrimoniale diversa dalla confisca, qualora applicata entro la data di aggiudicazione, è suscettibile di neutralizzare l'ipotesi di esclusione automatica derivante dall'adozione di un'informativa attestante un tentativo di infiltrazione mafiosa ai sensi dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 159/2011. Il riferimento alla data dell'aggiudicazione, che non compariva nell'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016[110], consente di superare l'indirizzo volto a circoscrivere gli effetti dell'ammissione al controllo giudiziario unicamente *pro futuro*, da cui discendeva che l'operatore economico avrebbe potuto beneficiarne solo con riguardo a procedure non ancora avviate[111].

Non meno rilevanti sono le disposizioni dell'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023 nella parte in cui non riproducono il riferimento ai «soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara» contenuto nell'art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016. A dispetto della possibilità contemplata dalla norma previgente di dimostrare una completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata[112], infatti, emergeva un "inutile appesantimento"

[108] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2024, n. 6944.

[109] Cfr. Corte giust., grande sezione, 7 settembre 2021, causa C-927/2019, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* (punti 149-158).

[110] In relazione a tale norma, cfr. G. Corso, G. Pesce, *Requisiti generali: in particolare la normativa antimafia*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 920 ss.

[111] Cfr. M. Allena, *Art. 96*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 872.

[112] In base alla c.d. teoria del contagio, l'affidabilità della persona giuridica non può che dipendere da quella degli esponenti persone fisiche attraverso le quali essa agisce. In tema, per alcuni rilievi critici, N. Paolan-

dei possibili oneri in capo agli offerenti, peraltro, privo di giustificazione in quanto riferibile a soggetti non facenti più parte della compagine societaria[113]. L'evoluzione normativa non solo si giustifica alla luce della segnalata esigenza di procedere alla razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, ma è coerente con l'ampliamento della sfera operativa del *self cleaning*. La predetta dissociazione, nei casi di condanne riportate da persone fisiche, è ora molto più celere.

Sotto diverso, ma connesso, aspetto anche l'attuale irrilevanza, nell'ambito delle cause di esclusione automatica di cui all'art. 94 del Codice, della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* art. 444 c.p.p. è sintomatica di un'evoluzione ordinamentale[114] incline ad ampliare il novero dei potenziali contraenti della p.a.[115]. Non è del tutto agevole, pertanto, inquadrare il richiamo alla pronuncia non irrevocabile di patteggiamento effettuato dall'art. 98 del Codice a proposito dei mezzi di prova adeguati per ricostruire l'illecito professionale grave[116], pur trattandosi di una causa non automatica di esclusione[117]. In tale ambi-

---

tonio, *Grave illecito professionale*, cit., 129 s.

[113] Così la Relazione sullo schema definitivo del nuovo Codice, la quale comunque precisa che l'omesso riferimento ai "soggetti cessati" non precluderebbe ipotesi espulsive nei casi di strumentale cessazione dalla carica e continuazione dell'attività gestoria, per effetto del richiamo all'amministratore di fatto *ex* art. 94, comma 3, lett. e), del d.lgs. n. 36/2023. Considerazioni analoghe, in tale prospettiva, potrebbero traslarsi alla figura – parimenti contemplata dall'art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 – del "socio di maggioranza" in caso di società con numero di soci pari o inferiore a quattro.

[114] Da inquadrare, nel caso di specie, alla luce del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia), che ha escluso gli effetti extra-penali, ossia le conseguenze in sede civile o disciplinare-amministrativa, del patteggiamento. In tema v. Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 3 marzo 2025, n. 166: l'art. 94, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 «appare in sintonia con il nuovo art. 445, comma 1-*bis*, c.p.p., giacché esclude che la sentenza irrevocabile di patteggiamento possa avere un effetto extra-penale sfavorevole quale causa di esclusione automatica dalle gare d'appalto».

[115] L'evoluzione in argomento è stata rilevata da Tar Lazio, Roma, sez. II, 9 gennaio 2025, n. 401: «Per quanto concerne il possesso del requisiti di ordine generale, l'art. 94, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 stabilisce che "è causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile". A differenza della vecchia formulazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, non è più prevista come causa automatica di esclusione la sentenza di patteggiamento *ex* art. 444 del c.p.p.».

[116] Coglie le criticità di un simile richiamo anche M. Allena, *Art. 94*, cit., 859, là dove osserva che «la sentenza (ancora) non definitiva, nonostante sia un atto dal contenuto di accertamento meno "sicuro", può paradossalmente rilevare come causa di esclusione, sia pure non automatica».

[117] Ciò anche in considerazione di significative innovazioni, ulteriori rispetto alla riscrittura del grave illecito professionale, che hanno riguardato la disciplina delle cause non automatiche di esclusione. Si pensi, ad esempio, alle previsioni sull'imputabilità delle offerte a un unico centro decisionale. L'art. 95, comma 1, lett. d), del Codice, nel recepire l'orientamento inaugurato da Corte giust., sez. IV, 19 maggio 2009, causa C-538/07, *Assitur s.r.l.*, supera nella sostanza la portata dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016, che individuava il presupposto dell'unico centro decisionale nella sussistenza di una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, in grado di alterare l'effettività della concorrenza. Il Codice fa ora più genericamente riferimento alla sussistenza di «accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara» e la sussistenza di una posizione di controllo societario o di una più generica relazione di fatto fra due concorrenti, in uno scenario informato alla legalità di risultato e alla valorizzazione della discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti, è condizione necessaria, ma non sufficiente affinché si possa inferire il reciproco condizionamento tra le offerte formulate (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. II, 26 settembre 2024, n. 1010).

to, peraltro, alla predetta pronuncia andrebbe *de iure condito* equiparata quella irrevocabile giacchè, se rileva la sentenza non irrevocabile di patteggiamento, a maggior ragione deve rilevare la sentenza irrevocabile che rappresenta un atto dal contenuto di accertamento più sicuro[118].

Il discorso potrebbe, ulteriormente, svilupparsi sul fronte delle novità normative riguardanti l'avvalimento sul piano del "ravvedimento" dell'ausiliata, in caso di dichiarazioni mendaci, consistente nell'indicazione di altra impresa ausiliaria idonea, purché una simile sostituzione non determini modifiche sostanziali dell'offerta[119], e del soccorso istruttorio "correttivo" di cui all'art. 101, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023 che prescinde dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente[120] e abilita il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, sempre nei limiti del rispetto dell'anonimato e della sostanziale immodificabilità. Tali previsioni, infatti, rispondono a una fondamentale direttiva antiformalistica che guida l'azione dei pubblici poteri e traducono canoni di leale collaborazione e reciproco affidamento nell'ottica della realizzazione di un certo risultato[121], giuri-

[118] In tal senso, infatti, si veda Tar Lombardia, Brescia, n. 166/2025: «Le alternative sono o che [*la sentenza irrevocabile*] abbia la stessa rilevanza della sentenza non irrevocabile di patteggiamento, cioè quale grave illecito professionale, causa di esclusione non automatica, oppure che abbia la stessa rilevanza della sentenza irrevocabile di condanna, cioè quale causa di esclusione automatica. La soluzione corretta è senz'altro la prima».

[119] Ai sensi dell'art. 104, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023. Per comprendere l'evoluzione normativa, merita almeno richiamare la pronuncia della Corte giust., sez. IX, 3 giugno 2021, causa C-210/20, *RAD Service s.r.l. Unipersonale*, che ha applicato l'istituto della sostituzione a una fattispecie di causa escludente, per false dichiarazioni, riguardante un'impresa ausiliaria nell'ambito di un rapporto di avvalimento. Secondo la Corte di Giustizia, l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, in combinato disposto con l'art. 57, par. 4, lett. h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso «osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto».

[120] Per cui non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto, come rilevato da Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870, sulla cui scia v. Cons. Stato, sez. III, 7 ottobre 2024, n. 8048; Id, sez. V, 4 giugno 2024, n. 4984; Tar Lazio, Roma, sez. V, 17 ottobre 2024, n. 18000; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 30 settembre 2023, n. 1192.

[121] Riecheggia qui la reciprocità invocata dall'art. 2 del d.lgs n. 36/2023 a proposito del principio della fiducia. Assumono rilievo previsioni, precipuamente, volte a favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici (sul punto cfr. A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ*., 2023, 154) «con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato». In argomento, fra i molti, E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici e le sue implicazioni*, in *Dir. pubbl*., 2024, 131 ss.; G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, spec. 7; R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 47 ss., ad avviso del quale, per quanto in questa sede è più d'interesse, il rafforzamento del soccorso istruttorio o le disposizioni sul *self cleaning* evocate come espressione della nuova narrazione collaborativa basata sulla fiducia sembrano, più correttamente, espressione dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (p. 58), fermo restando che, in termini più generali, la p.a. «può, e deve, sceglie-

dicamente qualificato dal punto di vista normativo e, come tale, incluso nel perimetro della legalità[122].

6. *Osservazioni conclusive*

L'analisi condotta induce a considerare la legalità di risultato il primo e più importante principio generale dell'azione amministrativa in materia di contratti pubblici[123], da assumere come parametro di riferimento per una corretta applicazione di tutti gli altri, a partire dal principio di concorrenza, per lungo tempo vero e proprio "totem" del diritto europeo degli appalti[124], da contemperare con la disciplina delle cause automatiche e non automatiche di esclusione[125]. La connessione tra *favor partecipationis* e tipicità di tali cause è ben evidenziata dall'art. 10 del Codice, che sanziona con la nullità le clausole che dovessero prevedere ulteriori ipotesi espulsive e valorizza la legalità tramite il principio di eterointegrazione di bandi e lettere di invito.

Ritenere che la concorrenza è strumentale al raggiungimento di uno specifico risultato, consistente nell'affidamento del contratto e nella sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, e che la stessa è bilanciata dalle norme sulle cause di esclusione, significa ammettere che il perseguimento di tale risultato è conformato dalla legalità. Il fine di attuare il

re in un clima di fiducia "legale"» (p. 71). La circostanza per cui la fiducia è «legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa», è stata evidenziata, congiuntamente alla centralità del fascicolo virtuale dell'operatore economico *ex* artt. 24 e 99 del Codice, da Tar Campania, Napoli, sez. I, 7 marzo 2025, n. 1894.

[122] Come è stato puntualmente osservato, in base alle attuali regole in materia di contratti pubblici, «è la fattispecie normativa che dà la misura della rilevanza giuridica del risultato e della sua efficacia giuridica», sicchè non può esservi alcun contrasto fra principio di legalità e risultato amministrativo, dal momento che è tale fattispecie a conferire rilevanza giuridica ed efficacia a detto risultato: così S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, cit., 8, il quale rileva che, accedendo a una simile impostazione, «il risultato amministrativo diventa un parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa concretamente posta in essere». Nella prospettiva di F. Fracchia, *Il principio di risultato*, cit., 41, che argomenta in base alla teoria sistemica di Niklas Luhmann configurando il risultato come forma di accompagnamento a due valori – riuscita o non riuscita dell'operazione nel mondo esterno – strumentale a gestire la complessità, «quando il codice si riferisce al risultato, riconducendolo alla legalità e al sistema del diritto, non intende dunque riferirsi alla "cosa" (che già è o che – nella fase di costruzione dell'operazione e di scelta dell'aggiudicatario – sarà) esistente "nel mondo esterno" e reale, ma al costrutto interno elaborato dal sistema del diritto che, irritato da quell'evento o dalla previsione dello stesso, si riallinea immediatamente a quanto comunicato dal sistema diverso».

[123] In termini più generali v. A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2025, 191, il quale rileva che il principio di legalità «costituisce l'unico e vero principio generale dell'azione amministrativa, che in sé racchiude ed è felice sintesi di tutti gli altri».

[124] Così F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.

[125] In tal senso v. S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, cit., 15.

buon andamento attraverso il principio del risultato, in altri termini, non è perseguibile derogando alla legalità[126].

Il legislatore, come si è visto, prescrive alle stazioni appaltanti di selezionare operatori economici integri, ossia affidabili, attraverso regole oggi più chiare e da interpretare in modo rigoroso. La valutazione della qualificazione di tali operatori sul piano della loro capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, mediante l'individuazione di requisiti speciali attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, in ossequio ai principi di accesso al mercato e di massima partecipazione, è successiva.

Anche la valutazione discrezionale delle misure di *self cleaning* adottate dagli operatori economici che si trovino in una delle situazioni di cui agli artt. 94 e 95 del Codice, con le eccezioni segnalate, è conformata dal principio del risultato. Tuttavia, come si è avuto modo di illustrare, non è autorizzata alcuna forzatura del principio di legalità. Si potrà finanche immaginare di rimeditare la teorica della discrezionalità e valorizzarne i contenuti alla luce del principio della fiducia enunciato dall'art. 2 del Codice, ma non depotenziare la legalità.

Se si tiene presente la correlazione e, al contempo, la peculiarità dei principi enunciati dal d.lgs. n. 36/2023, non sarà difficile scorgerne la convergenza nella legalità di risultato, che assurge a precipuo parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa in materia di contratti pubblici.

[126] Nella prospettiva indicata, per riprendere le parole di M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici*, cit., 212, il risultato «diviene la ragione della legittimazione anche costituzionale della disposizione attributiva del potere amministrativo e non soltanto alla luce del principio di buon andamento».

Giuseppe Andrea Primerano - Abstract

Tassatività delle cause di esclusione e self cleaning *"allargato" nel codice dei contratti pubblici*

Il contributo analizza la disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici in materia di cause di esclusione, prestando particolare attenzione alla loro tassatività, e di *self cleaning* "allargato" alla luce della legalità di risultato. Lo studio evidenzia la centralità di tale principio nell'ambito delle regole di concorrenza per il mercato senza trascurare le esigenze di razionalizzazione e semplificazione, indicate nella legge delega, finalizzate a superare meri formalismi ed a rendere più chiari i precetti sulla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica; approfondisce il tema dell'affidabilità degli operatori economici, che assume carattere pregiudiziale rispetto alla valutazione dei requisiti speciali di natura economico-finanziaria e tecnico-professionale; si occupa del ruolo che la discrezionalità delle stazioni appaltanti è destinato a svolgere in base all'attuale impianto normativo.

Mandatory of the causes of exclusion and "extended" self cleaning in the public contracts code

The paper analyses the discipline of the new public contracts code on the causes of exclusion, paying particular attention to their mandatory, and on the "extended" self cleaning in the light of the legality of result. The study highlights the centrality of this principle within the context of competition rules for the market without neglecting the need for rationalisation and simplification, indicated in the enabling law, aimed at overcoming mere formalisms and making clearer the precepts on participation in public evidence procedures; it explores the issue of the reliability of economic operators, which precedes the assessment of special economic-financial and technical-professional requirements; it deals with the role that the discretion of contracting authorities is intended to play under the current regulatory framework.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 345-368

Articoli e saggi

Confisca di prevenzione e interdittiva antimafia: riflessioni critiche su natura, differenze e implicazioni sistemiche

Renato Rolli

Sommario: 1. Prevenzione penale e amministrativa nel Codice antimafia: un sistema integrato e i suoi limiti. – 2. Evoluzione normativa delle misure patrimoniali: dalla legge Rognoni-La Torre al Codice antimafia. – 3. La confisca di prevenzione: presupposti, soggetti e questioni interpretative. – 4. La documentazione antimafia: strumenti amministrativi e funzione preventiva. – 5. L'interdittiva antimafia: applicazione, ambiti e criticità giurisprudenziali. – 6. Confisca e interdittiva a confronto: divergenze strutturali e profili problematici. – 7. Conclusioni: misure diverse per un obiettivo comune? Riflessioni critiche su efficacia e compatibilità costituzionale.

1. *Prevenzione penale e amministrativa nel Codice antimafia: un sistema integrato e i suoi limiti*

In ambito penalistico, il contrasto a determinate forme di criminalità si realizza anche mediante un sistema di misure di prevenzione, che si affianca alle tradizionali sanzioni previste dal diritto penale[1].

[1] Si allude alle pene, principiali e accessorie, la cui disciplina è contenuta all'interno degli artt. 17-38 c.p., che applica l'autorità giudiziaria in conseguenza dell'emissione di una sentenza di condanna. Diversi sono gli autori che rinvengono nell'affiancamento delle misure di prevenzione alle pene un «tratto distintivo della legislazione italiana»; nel quadro di una produzione scientifica oramai vastissima in tema di diritto penale e misure di prevenzione, si vedano, tra i tanti, P. Nuvolone, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in AA.VV., *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, 470 ss.; B. Siclari, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1971; G. Vassalli, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in AA.VV., *Studi in onore di B. Petrocelli,* 1972, 1391 ss.; F. Bricola, *Forme di tutela* ante delictum *e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, 434 ss.; G. Fiandaca, *Misure di prevenzione (profili sostanziali),* in *Dig. disc. pen.*, 1994, 109 ss.; P.V. Molinari, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, 1998, 550 ss.; F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali,* Milano, 2012; V. Maiello, *La prevenzione* ante-delictum*: lineamenti generali*, in F. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2015; A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile,* Pisa, 2019; E. Squillaci, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale reale,* Napoli, 2020.

L'adozione del Codice antimafia, introdotto con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, ha segnato la volontà del legislatore di contrastare il fenomeno mafioso non più esclusivamente attraverso la pena, intesa come espressione del potere punitivo statale, ma anche mediante l'aggressione ai patrimoni illecitamente accumulati[2].

Per quanto riguarda la prevenzione patrimoniale di matrice penale, il Codice antimafia affianca alle misure personali una serie di strumenti aggiuntivi, tra cui il sequestro (art. 20), la confisca (art. 24) [3], la cauzione (art. 31), e la più recente introduzione del controllo giudiziario delle aziende (art. 34-*bis*)[4].

Diversamente dal controllo giudiziario, che mira a neutralizzare le infiltrazioni mafiose salvaguardando la prosecuzione di attività imprenditoriali recuperabili, gli altri strumenti sono finalizzati a recidere in modo definitivo il legame tra il soggetto e i beni nella sua disponibilità[5].

Tale obiettivo può essere raggiunto anche indipendentemente dall'avvio di un procedimento penale o dalla verifica della responsabilità penale del soggetto colpito dalla misura.

Anche sul versante amministrativo non mancano strumenti utili al contrasto della criminalità organizzata, specie quella mafiosa, connotati da una forte anticipazione di tutela a scopo preventivo.

A tal proposito, dev'essere evidenziato che, oltre allo scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose[6], un fondamentale mezzo di contrasto all'inqui-

---

[2] G. Mazza, *La confisca di prevenzione: l'attenzione dell'ordinamento sull'intervento patrimoniale preventivo*, in *Dir. pen. e proc*., 2019, 6, 863.

[3] All'interno del *Codice antimafia* l'art. 25 disciplina anche il sequestro e la confisca per equivalente.

[4] Introdotto per effetto dell'art. 11, l. 17 ottobre 2017, n. 161, dal titolo «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate». La bibliografia sul controllo giudiziario delle aziende è già ampia; tra i tanti, R. Rolli, M. Maggiolini, *Atomo scisso e silenzio prefettizio: tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario*, in *www.giustiziainsieme.it*, 8 maggio 2024.

[5] Secondo O. Morcavallo, *L'informazione interdittiva antimafia e lo scioglimento dei comuni*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2024, 137, il controllo giudiziario delle aziende, dinamica risposta all'esigenza di contrasto delle infiltrazioni mafiose e particolarmente efficace per le imprese che lavorano in settori dell'economia dalla cui attività può scaturire una agevolazione occasionale a vantaggio della criminalità, si inserisce nel «novero di un sistema normativo ispirato alla logica della prevenzione dei condizionamenti di stampo mafioso e alla conservazione delle imprese nel circuito dell'economia legale, consentendone la prosecuzione da parte dell'impresa destinataria della misura»; alla stessa logica sarebbe anche ispirato il nuovo strumento, previsto all'interno dell'art. 94-*bis* del *Codice antimafia* ed introdotto per effetto dell'art. 49, co. 1, d.l. 6 novembre 2021, n. 152 (conv. con modificazioni in l. 29 dicembre 2021, n. 233), diretto all'adozione, da parte dei soggetti i cui tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni solamente occasionali, di misure amministrative di prevenzione collaborativa.

[6] Oggi disciplinato all'interno dell'art. 143 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 contenente il «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali», il quale ha ad oggetto i fenomeni di infiltrazione non solo mafiosi, ma anche similari. Sulla misura in commento v. R. Rolli, *Il comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, Roma, 2013, 129 ss. nonché, più di recente, D. Bonanno, *Lo scioglimento dei comuni per infiltrazioni mafiose: normativa attuale e proposte di riforma*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb*., vol XIX, 2021.

namento mafioso che finisce per riguardare inevitabilmente un'ampia gamma di soggetti è l'informazione antimafia, meglio conosciuta sotto il nome di interdittiva antimafia[7].

L'evolversi delle mafie degli ultimi decenni ha infatti permesso di osservare come la loro affermazione ed il consolidamento sul territorio avviene spesso anche con l'impiego di imprese e società i cui clan hanno avuto la capacità di diventare operatori finanziari a tutti gli effetti, lavorando in scenari caratterizzati tanto da traffici illeciti quanto soprattutto da traffici leciti[8], per tale ragione più difficili da individuare.

Proprio quest'ultimo aspetto ha indotto il legislatore – oramai può dirsi già da diversi anni[9] – all'implementazione del proprio armamentario contro le mafie con nuovi strumenti atti ad impedire efficacemente agli operatori a contatto con lo Stato, avvicinati dalla malavita organizzata, di divenire titolari di rapporti, contrattuali e non, con le amministrazioni pubbliche.

Immaginando di voler porre a confronto due tra le misure di prevenzione per eccellenza del *Codice antimafia*, la confisca di prevenzione *ante delictum* e l'interdittiva antimafia, se ne apprezzano indubbie somiglianze se non proprio una certa sinergia desumibile da genesi, scopi ed effetti. Residuano ineliminabili spazi di divergenza tra esse, giustificate dal rispettivo ambito applicativo.

2. *Evoluzione normativa delle misure patrimoniali: dalla legge Rognoni-La Torre al Codice antimafia*

La disciplina delle misure di prevenzione patrimoniale di natura penale ha subito, nel nostro ordinamento, numerosi interventi riformatori, in maniera similare a quanto è avvenuto per le misure di prevenzione personale colpite da numerosissimi interventi legislativi[10].

---

[7] Sull'interdittiva antimafia come potente strumento di contrasto al fenomeno mafioso vds. R. Rolli, *L'informazione antimafia come "frontiera avanzata" (nota a sentenza Consiglio di Stato Sez. III n. 3641 dell'08.06.2020)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2 luglio 2020.

[8] Cfr. P. Parisi, *Prevenzione amministrativa*, in R. Cantone, L. Della Ragione (a cura di), *Diritto penale dell'antimafia. Profili sostanziali e processuali. Prevenzione penale ed amministrativa. Sistema delle confische*, Pisa, 2021, 464, che afferma, a tal proposito, che quello dello sfruttamento del settore economico da parte delle mafie sarebbe un dato oramai «pacificamente acclarato»; sul fenomeno della trasformazione imprenditoriale delle mafie P. Arlacchi, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, Milano, 2010, 17; E. Mezzetti, *L'impresa mafiosa*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 204 ss. nonché, più di recente, R. Rolli, *L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario*, in *Articoli e saggi. «Il diritto dell'economia»,* 2024, 31 ss.

[9] Per le osservazioni di carattere storico relative alla nascita dell'interdittiva antimafia si rinvia al successivo § 5.

[10] Sulle riforme che hanno riguardato il settore delle misure di prevenzione in generale G. Macrina, *Misure di prevenzione. Profili di diritto sostanziale e processuale*, Pisa, 2019, nello specifico 17 ss.

Per comprendere l'attuale configurazione normativa codificata nel Codice antimafia, è necessario ripercorrere i principali interventi legislativi che ne hanno segnato l'evoluzione.

Un primo tentativo di ampliamento delle misure patrimoniali risale alla l. 31 maggio 1965, n. 575, che estese sequestro e confisca agli "indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose", sebbene l'assenza di una definizione normativa dell'associazione mafiosa ne limitò l'efficacia. È da rammentare che è solo con la l. 13 settembre 1982, n. 646, anche conosciuta con il nome di legge Rognoni-La Torre[11], che venne per la prima volta prevista la possibilità di incidere in concreto sul patrimonio personale dei singoli e di aggredire perciò la libera disponibilità patrimoniale, il diritto di proprietà e il diritto di impresa degli individui[12].

Rispetto a quelle personali[13], può affermarsi che le misure di prevenzione patrimoniale risultano un «ritrovato piuttosto recente»[14] la cui nascita è sicuramente da attribuire alla esigenza di contrastare gli interessi delle associazioni cri-

[11] Particolarmente nota per il fatto di avere previsto l'introduzione del delitto di associazione di tipo mafioso, l'art. 416-*bis*, all'interno del codice penale. Può essere opportuno evidenziare che la versione definitiva della legge in commento originava da una proposta di legge dell'on. Pio La Torre nella quale finirono per convergere due ulteriori disegni di legge dell'allora Ministro degli Interni Virginio Rognoni, da qui il nome appunto di legge Rognoni-La Torre; per alcune considerazioni su tale provvedimento normativo cfr. E. Musco, *Luci ed ombre della legge "Rognoni-La Torre"*, in *Leg. Pen*., 1986, 558 ss. nonché G. Insolera, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, in *Pol. dir*., 1982, 681 ss.

[12] In realtà, è opportuno ricordare che già durante il regime fascista il Testo Unico delle leggi in materia di pubblica sicurezza (l. 18 giugno 1931, n. 773), allo scopo di contrastare il brigantaggio e di colpire manifestazioni di dissenso politico, consentiva alle autorità di pubblica sicurezza di applicare alcune misure patrimoniali svincolate dalla pronuncia di una sentenza di condanna in sede penale. Per fare un esempio, l'art. 210 del citato corpo normativo attribuiva al prefetto la facoltà di sciogliere le associazioni, gli enti o gli istituti che svolgevano un'attività contraria agli ordinamenti politici dello Stato, unitamente alla possibilità di ordinare «la confisca dei beni sociali».

[13] Le cui origini sono indubbiamente più risalenti dal momento che la prima codificazione delle misure di prevenzione personali è fatta addirittura risalire al codice preunitario sardo-piemontese del 1839, e nello specifico all'art. 466 c.p. che prevedeva la possibilità di accompagnare la repressione penale delle persone sospette, degli oziosi, dei vagabondi, dei mendicanti e dei diffamati per crimini o per delitti, oppure di coloro i quali erano già stati sottoposti a sorveglianza speciale della polizia o che venivano trovati senza documenti che potessero giustificarne le qualità, con l'adozione di «altri provvedimenti particolari» di pubblica sicurezza. Circa le origini delle misure di prevenzione personali alcuni autori, tra cui M. Sbriccioli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Milano, 2007, 592 ss. e L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1996, 795 ss., hanno evidenziato che l'esistenza di un sistema di controllo sociale della devianza e della marginalità alternativo a quello penale è sempre stato un tratto costante della tradizione giuridica italiana; in effetti, la storia insegna che le misure di prevenzione personali possiedono antecedenti remoti perfino nel diritto romano, in quello medievale e negli ordinamenti di *ancien régime*. Su tale ultimo aspetto, anche per le indicazioni bibliografiche di dottrina ivi contenute, G. Gentile, *Prevenzione penale e sistema delle confische*, in R. Cantone, L. Della Ragione (a cura di), *Diritto penale dell'antimafia. Profili sostanziali e processuali-Prevenzione penale ed amministrativa-Sistema delle confische*, Pisa, 2021, 350, nello specifico nt. 4, 5 e 6.

[14] L'espressione è richiamata in F. Argirò, *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto antimafia)*, in R. Cantone, L. Della Ragione (a cura di), *Diritto penale dell'antimafia. Profili sostanziali e processuali. Prevenzione penale ed amministrativa. Sistema delle confische*, *op. cit.*, 395, cui si rimanda per la numerosa bibliografia citata.

minali emergenti in quel periodo che avevano dato prova di possedere straordinarie capacità imprenditoriali perfino capaci di inquinare i mercati legali e la libera circolazione dell'economia[15].

Quest'ultima può dirsi quindi essere la scelta di politica criminale alla base, non solo, della nascita di tutte le misure di prevenzione, ma anche di quella maggiormente afflittiva, la confisca di prevenzione.

Almeno inizialmente, la confisca di prevenzione incontrò i favori della pubblica opinione e di vasti settori della magistratura poiché, se da un lato, essa si presentava come strumento nuovo rispetto alle confische all'epoca già esistenti nell'ordinamento giuridico[16], dall'altro, costituiva un mezzo indubbiamente più risoluto nell'intenzione di rescindere il flusso di quei patrimoni illeciti che alimentavano le organizzazioni criminali dell'epoca[17], e ciò a prescindere dalla emersione nell'ambito di un processo penale della loro derivazione da un delitto e con effetti che potevano essere anticipati da uno speciale sequestro, anch'esso di prevenzione[18].

Sin dall'origine, quindi, come già si anticipava, l'applicazione del nuovo istituto, anche del sequestro finalizzato alla confisca, fu anzitutto ritenuta operante contro gli stessi destinatari delle misure di prevenzione personali secondo l'allora vigente art. 1, l. 31 maggio 1965, n. 575[19], vale a dire contro i soggetti genericamente pericolosi in quanto «abitualmente dediti a traffici delittuosi» o che comunque «per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», ovvero ancora perché «dediti alla commissione di reati che offendono

---

[15] Ivi, p. 396 il quale ricorda dell'organizzazione criminale denominata "Cosa nostra". Proprio su questa scia una parte della dottrina ha anche evidenziato che, in quel periodo, l'esercizio del potere di impiegare le misure del sequestro e della confisca di prevenzione fu fin da subito predisposto al sacrificio di taluni principi e diritti propri del processo penale e del diritto penale fino a quel momento di esclusiva applicazione; così G. Lauricella, *Le misure di prevenzione patrimoniali e le garanzie: tra politica (criminale) e (Stato di) diritto,* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, 244.

[16] Per la citata osservazione vds. F. Siracusano, *Commenti articolo per articolo l. 13 settembre 1982, n. 646, art. 14*, in *Leg. Pen*., 1983, 29 ss.; R. Bertoni, *La legge 13 settembre 1982, n. 646*, in *Quaderni del CSM*, 1983, 49 ss.; Id., *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. Pen*., 1983, 1027 ss.; F. Bricola, *Commenti articolo per articolo, l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg. Pen*., 1983, 240 ss.

[17] Anche secondo la dottrina era solo in questo modo che le associazioni criminali potevano essere indebolite perché lasciate prive di quei contributi finanziari necessari alla loro conservazione e all'accrescimento di un potere di condizionamento economico. Per una disamina più approfondita sulla già ricordata legge Rognoni, La Torre, con specifico riguardo all'art. 416-*bis* c.p., si veda G. Fiandaca, *Commento all'art. 1 l. 13/9/1982 n. 646*, in *Leg. Pen*., 1983, 257 ss.; Id., *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, Foro it., 1987, II, 364 ss.; G. Fiandaca, G. Costantino (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo - Bilancio di un'esperienza applicativa*, Milano, 1986, 25 ss.

[18] Attualmente disciplinato all'interno dell'art. 20 *Codice antimafia*.

[19] Recante «Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità».

o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica»[20].

In quel panorama, poi, la successiva e già ricordata legge Rognoni-La Torre provvide ad inserire nel corpo normativo della l. 31 maggio 1965, n. 575, dedicato alle misure di prevenzione personali, oltre che gli istituti del sequestro e della confisca, quelli della cauzione e della sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni; l'amministrazione dei beni personali era invece già prevista dall'art. 22, l. 22 maggio 1975, n. 152[21].

Dopo circa trent'anni, con l. 19 marzo 1990, n. 55[22] le misure di prevenzione patrimoniali furono rese applicabili anche agli indiziati di associazioni per delinquere finalizzate alla commissione di delitti in materia di sostanze stupefacenti e ai soggetti indiziati di vivere abitualmente, almeno in parte, con i proventi derivanti da delitti di estorsione e di sequestro di persona allo scopo di estorsione nonché agli indiziati dei delitti di riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita o di contrabbando.

L'art. 12 *quinquies*, co. 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356) ampliò ancor di più il numero dei destinatari delle suddette misure patrimoniali con la previsione della sottoposizione alle stesse degli indiziati dei delitti di cui all'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p., del delitto di trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori e di tutti i soggetti pericolosi individuati nell'art. 1, l. 27 dicembre 1956, n. 1423.

La successiva l. 24 luglio 1993, n. 256[23] inserì, ancora, tra i presupposti applicativi delle misure di prevenzione patrimoniali il requisito, oggi ancora richiesto, della sproporzione dei beni da apprendere rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta giungendo così ad ampliare le possibilità da parte dello Stato di apprendere beni patrimoniali sulla base di un nuovo e diverso fenomeno rispetto a quello tradizionale che fino ad allora applicava la confisca solamente quando si aveva motivo di ritenere che gli stessi fossero il frutto di attività illecite o che costituissero il reimpiego delle stesse.

Un'ultima tappa del percorso verso l'omogeneizzazione dell'ambito di applicazione soggettiva delle misure personali con quello della prevenzione patrimoniale venne, ancora, definitivamente suggellata con i cd. pacchetti sicurezza, entrati in vigore con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito in l. 24 luglio

[20] Previsione corrispondente all'attuale art. 1 *Codice antimafia*.

[21] F. Argirò, *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto antimafia)*, cit., 396.

[22] In materia di «Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale».

[23] Sulla «Modifica dell'istituto del soggiorno obbligato e dell'art. 2-*ter* della legge 31 maggio 1965, n. 575».

2008, n. 125)[24] e con la legge 15 luglio 2009, n. 94[25], che rappresentarono un vero e proprio «momento di svolta»[26] nel sistema della prevenzione patrimoniale.

Tra le innovazioni introdotte attraverso questi ultimi provvedimenti particolarmente significative furono, da una parte, l'affermazione del principio di autonomia delle misure di prevenzione patrimoniale da quelle personali e, dall'altra, quello della prevalenza dell'accertamento della pericolosità intrinseca della *res* da confiscare, perché ritenuta di sospetta provenienza illecita, sulla pericolosità del prevenuto fino ad allora requisito imprescindibile, oltre che per le misure di prevenzione personali, anche per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali[27].

Oggi, come si accennava, la disciplina delle misure di prevenzione in Italia è interamente contenuta nel *Codice antimafia* adottato allo scopo di eliminare la forte disorganicità causata dalla evidente frammentarietà della disciplina stratificatasi nel corso del tempo[28].

3. *La confisca di prevenzione: presupposti, soggetti e questioni interpretative*

Considerando i rilevanti effetti prodotti, il sequestro e la confisca di prevenzione rivestono un ruolo centrale all'interno della legislazione antimafia.

---

[24] Disciplina legata all'esigenza di potenziare gli strumenti di contrasto ai crescenti fenomeni di immigrazione clandestina e di criminalità organizzata, oltre che a quella specifica di assegnare maggiore tutela alla sicurezza della circolazione stradale con la previsione di norme maggiormente deterrenti delle imprudenti e sempre crescenti condotte assunte dai conducenti. Deve infatti ricordarsi che, durante il periodo di emanazione del citato decreto, gli incidenti stradali tornarono a crescere vertiginosamente dopo una temporanea flessione dovuta alla introduzione della patente a punti. Sullo specifico aspetto particolarmente utile L. Salamone, P. Silvestre, *Il decreto-legge n. 92 del 23 maggio 2008, recante Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica: un breve commento*, in *Diritto&Diritti*, Ragusa, 2008, 1.

[25] Sulla quale L. Filippi, M. Cortesi, *Novità sulle misure di prevenzione*, in A. Scalfati, (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008; sul citato c.d. pacchetto sicurezza in generale vedi anche V. Maiello, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2009, 805 ss.; F. Cassano (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il pacchetto sicurezza*, Roma, 2008; A.M. Maugeri, *La riforma delle sanzioni patrimoniali verso un actio in rem?,* in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008, 46 ss.

[26] Così F. Argirò, *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto antimafia)*, cit., 396.

[27] *Ibidem*.

[28] Fu proprio questo, in effetti, il dichiarato scopo perseguito dalla legge delega di riordino della disciplina di settore del 13 agosto del 2010, n. 136 dal titolo «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia». Secondo F. Basile, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in Id., (a cura di), *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, in *Giur. it.*, 2015, 1522, con tale provvedimento il legislatore avrebbe in effetti preso a cuore l'esigenza di «ricomporre in sistema la disciplina delle misure di prevenzione» che appariva assai frastagliata.

Il sequestro assume la forma di misura cautelare e temporanea[29], mentre la confisca di prevenzione si configura come provvedimento ablativo definitivo, subordinato alla presenza di specifici requisiti oggettivi[30].

L'art. 24, comma 1, del Codice antimafia stabilisce che il tribunale può disporre la confisca qualora siano accertati simultaneamente tre elementi essenziali: la titolarità o disponibilità illecita del bene, la sproporzione patrimoniale e la connessione con attività illecite[31].

La nozione di titolarità implica un'appartenenza giuridica del bene al soggetto interessato[32], mentre per disponibilità si intende un potere di fatto sul bene, tale da determinarne l'utilizzo, pur in assenza di un titolo formale di proprietà[33].

Il requisito della sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta dal soggetto riguarda, invece, il rapporto tra le componenti negative del patrimonio dell'interessato, le spese, con quelle attive, costituite dalle entrate[34].

Il requisito dell'origine illecita del bene si fonda su indizi che inducano a ritenere che il bene stesso derivi da attività criminose, oppure ne rappresenti il reimpiego, senza che sia necessario un previo accertamento penale in sede processuale[35].

Oltre a quelli appena menzionati, il *Codice antimafia* indica anche una serie di presupposti di carattere soggettivo che devono ricorrere per potere applicare la confisca di prevenzione.

---

[29] Tanto da perdere efficacia, ai sensi dell'art. 24, co. 2, *Codice antimafia,* quando «il tribunale non deposita il decreto che pronuncia la confisca entro un anno e sei mesi dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario».

[30] I contributi sulla confisca di prevenzione sono tantissimi. Senza pretesa di esaustività possono segnalarsi V. Contraffatto, *L'oggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in A. BalsamoV. Contraffatto, G. Nicastro (a cura di), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 110 ss.; S. Astarita, *La confisca di prevenzione strumento di prosciugamento dei patrimoni mafiosi,* in S. Furfaro (a cura di), *Misure di prevenzione*, Milano, 2013, 398 ss.; A. Mangione, *La situazione spirituale della confisca di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2017, 614 ss. e, più di recente, il lavoro monografico di S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione e* civil forfeiture*. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Milano, 2022.

[31] Secondo il comma successivo del medesimo articolo la confisca di prevenzione può avere ad oggetto, nell'ambito dell'ablazione delle partecipazioni sociali totalitarie, la sottrazione dei relativi beni costituiti in azienda ai sensi degli artt. 2555 e ss. c.c.

[32] F. Argirò, *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto antimafia)*, cit., 412.

[33] Indicativa, in tal senso, cass. pen, sez. III, 19 novembre 2021, n. 4456 la quale, sebbene in tema di confisca per equivalente, afferma che la disponibilità del bene quale presupposto del provvedimento ablatorio «non coincide con la nozione civilistica di proprietà, ma con quella di possesso, ricomprendendo tutte quelle situazioni nelle quali il bene stesso ricade nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di esso venga esercitato tramite terzi, e si estrinseca in una relazione connotata dall'esercizio dei poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà».

[34] A. Cairo*, Misure di prevenzione patrimoniali*, in R. Tartaglia (a cura di), *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi,* Roma, 2012, 1889.

[35] G. Macrina, *Le misure di prevenzione*, *op. cit.*, 106.

Sotto quest'ultimo aspetto, il richiamo ai soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria che l'art. 16 d.lgs. 6 settembre del 2011, n. 159, in materia di soggetti destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali, compie con il rinvio «ai soggetti di cui all'articolo 4»[36], che a sua volta rinvia, tra gli altri, ai soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali applicate dal questore di cui all'art. 1 del medesimo corpo normativo, consente oggi di applicare le misure di prevenzione patrimoniali ad una vastissima platea di soggetti[37], tra i quali si annoverano anche coloro che, per effet-

[36] Così l'art. 16, *lett. a), Codice antimafia* che, tra quelli richiamati, aggiunge anche, alla successiva *lett. b),* le «persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali».

[37] Tutti elencati, perciò, negli artt. 4 e 1 del *Codice antimafia* dei quali se ne riporta il contenuto per facilità di consultazione. «Art. 4. Soggetti destinatari. – 1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano: *a)* agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-*bis* c.p.; *b)* ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-*quinquies*, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o del delitto di cui all'articolo 418 del codice penale; *c)* ai soggetti di cui all'articolo 1; *d)* agli indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-*quater*, del codice di procedura penale e a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-*sexies* del codice penale; *e)* a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente; *f)* a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza; *g)* fuori dei casi indicati nelle lettere *d), e)* ed *f)*, siano stati condannati per il delitto di cui all'articolo 421-*bis* del codice penale o per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera *d)*; *h)* agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati; *i)* alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, nonché alle persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive; *i-bis)* ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-*bis* o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-bis del medesimo codice; *i-ter)* ai soggetti indiziati dei delitti di cui agli articoli 572 e 612-*bis* del codice penale o dei delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 575, 583, nelle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, 583-*quinquies* e 609-*bis* del medesimo codice».

«Art. 1. Soggetti destinatari. – 1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano a: *a)* coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; *b)* coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in

to dell'ampliamento dovuto alla l. 17 ottobre 2017, n. 161, risultino indiziati di delitti per i quali sarebbe difficile immaginare una possibile accumulazione illecita come derivazione dal reato[38].

Inoltre, il ricordato art. 16 del *Codice antimafia* richiama sia ipotesi di pericolosità c.d. generica[39] che di pericolosità c.d. qualificata[40] rendendo perciò perfettamente speculare l'ambito soggettivo delle misure di prevenzione personali con quello della confisca, che però può essere applicata anche a prescindere dalla previa o congiunta irrogazione di una misura di prevenzione personale al medesimo soggetto destinatario della misura patrimoniale.

Infine, l'art. 18 del medesimo testo legislativo, con il sancire che le misure di prevenzione personali e patrimoniali «possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione», ha in effetti introdotto la possibilità di una applicazione della confisca di prevenzione disgiunta da quella relativa alle misure di prevenzione personali al medesimo soggetto interessato[41].

---

parte, con i proventi di attività delittuose; *c)* coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'articolo 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica».

[38] La considerazione è di F. Menditto, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata (l. 17 ottobre 2017, n. 161)*, Milano, 2017, 42 ss., il quale menziona a tal proposito il delitto di atti persecutori previsto dall'art. 612-*bis* c.p. quale fattispecie delittuosa dalla dubbia compatibilità con il presupposto dell'arricchimento illecito che giustifica l'applicazione delle misure di prevenzione; al contrario di quanto invece avviene nel caso di delitti associativi finalizzati a commettere reati contro la Pubblica amministrazione ovvero nei delitti di truffa aggravata per il conseguimento di pubbliche erogazioni e simili ove la misura della confisca sembrerebbe essere invece oggettivamente più giustificata.

[39] Contenute nell'art. 1, *lett. a), b) e c), Codice antimafia*.

[40] Elencate nel già citato art. 4 *Codice antimafia*. La distinzione tra le due fattispecie di pericolosità, oltre che a desumersi dal dato normativo, è sostenuta energicamente anche da parte della dottrina; vds., tra i molti, M. Ceresa Gastaldo, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2015; A.M. Maugeri, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e principio di proporzione*, in *Ind. pen*., 2017, 38 ss.; M. Pellissero, *I destinatari della prevenzione* prater delictum*: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2017, 442 ss.; N. D'Ascola, *Il confine di carta. Prevenzione e punizione nel prisma della pericolosità da reato*, in *www.archiviopenale.it*, 15 dicembre 2020.

[41] Si tratta, a ben vedere, di una soluzione, adesso contenuta nell'articolo citato, che rappresenta però il frutto di diversi rimaneggiamenti della disciplina che, nell'impianto originario della l. 31 maggio 1965, n. 575, considerava all'opposto la pericolosità del proposto presupposto indefettibile dell'applicazione delle misure patrimoniali, destinate infatti ad operare congiuntamente a quelle personali; a ricordarlo è F. Argirò, *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto antimafia,* cit., 406. A tal riguardo, vale la pena segnalare che una diretta conseguenza del succitato principio di autonomia tra le misure di prevenzione personali con quelle patrimoniali fu quella di prevedere la possibilità, in realtà già in precedenza contenuta nell'art. 2-*bis*, co. 6-*bis*, l. 31 maggio 1965, n. 575, adesso confluita nell'art. 18, co. 2 e 3, *Codice antimafia*, di disporre le misure di prevenzione patrimoniali anche in caso di morte del proposto, e quindi a carico degli eredi o comunque degli aventi causa e, nel caso della confisca, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare.

Quest'ultima previsione, già all'indomani della sua introduzione fortemente criticata da quella parte della dottrina che sottolineava l'esigenza di doverla interpretare restrittivamente[42], trovò poi un definitivo consolidamento nella giurisprudenza della suprema corte la quale, cogliendo l'occasione per ribadire il principio secondo cui l'applicazione della confisca di prevenzione doveva prescindere dal requisito della pericolosità del proposto al momento dell'adozione della misura, stabiliva che era comunque necessario verificare che la stessa fosse accertata «con riferimento al momento dell'acquisto del bene oggetto della richiesta ablatoria»[43], e che quindi la pericolosità del soggetto inciso durante quel momento dovesse rimanere, in qualche modo, presupposto ineludibile di applicazione della confisca di prevenzione[44].

4. *La documentazione antimafia: strumenti amministrativi e funzione preventiva*

Nell'ambito della prevenzione amministrativa, il contrasto alla criminalità mafiosa si realizza, oltre che mediante lo scioglimento degli enti locali, soprattutto attraverso lo strumento della documentazione antimafia.

Come previsto dall'art. 84, comma 1, del Codice antimafia, la documentazione antimafia si articola in due forme: la comunicazione e l'informazione antimafia.

Sebbene alternative tra loro, entrambe le tipologie di certificazione condividono l'obiettivo di informare le Pubbliche amministrazioni circa l'esistenza di situazioni che impediscono l'instaurazione di rapporti con soggetti potenzialmente infiltrati dalla criminalità organizzata.

Al di là di questo elemento comune, le due certificazioni si distinguono in modo significativo per il diverso contenuto sostanziale.

Mentre in base all'art. 84, comma 2, la comunicazione antimafia si limita a verificare la presenza o meno delle cause ostative previste all'art. 67, legate all'applicazione di misure di prevenzione personali, il successivo comma terzo del medesimo articolo prevede che l'informazione antimafia è composta, oltre che della medesima attestazione della comunicazione antimafia, dalla «attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tenden-

---

[42] V. Maiello, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, *cit.*, 805 ss. nonché A. Gialanella, *Un punto di vista sulla resistibile novità della riforma della prevenzione patrimoniale antimafia*, in *Quest. giust.*, 2010, 19 ss.

[43] Cass. pen., 18 ottobre 2012, n. 10153, inedita.

[44] Oltre che "misura temporale" del suo ambito applicativo. In giurisprudenza, sul punto, cass. pen, sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 722 ss., con nota di V. Maiello; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 945 ss., con nota di A.M. Maugeri; in *Dir. pen. cont.*, 2015, 215 ss., con nota di F. Mazzacuva; in *Cass. pen.*, 2015, 3520 ss., con nota di M. Di Lello.

ti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicate nel comma 4»[45].

Con specifico riguardo alla interdittiva antimafia quest'ultimo comma elenca, poi, nel dettaglio, tutte le situazioni che sarebbe possibile ritenere «tentativi di infiltrazione mafiosa» il cui accertamento è in sostanza rimesso alla valutazione dell'Amministrazione[46].

Quest'ultima potrà in effetti applicare l'interdittiva antimafia in presenza: *(a)* di provvedimenti che abbiano disposto una misura cautelare o il giudizio penale ovvero che abbiano previsto una condanna, anche non definitiva, per taluni delitti contro la Pubblica amministrazione, contro la libertà individuale; contro il patrimonio commessi mediante violenza alle persone o mediante frode; di criminalità organizzata di competenza della D.D.A. e altri reati che creano forte allarme sociale commessi contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio; *(b)* della proposta o del provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione, personali o patrimoniali; *(c)* dell'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di concussione e di estorsione aggravati dall'utilizzo del metodo mafioso; *(d)* degli accertamenti disposti dal prefetto in base alla legge *(e)* e di quelli da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta di quello procedente; *(f)* di sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società e nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie effettuate da soggetti che convivono stabilmente con persone destinatarie dei provvedimenti di cui alle prime due lettere con modalità che suggeriscono l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia[47].

---

[45] Per alcuni approfondimenti, anche critici, in tema di interdittiva antimafia si rinvia a M. Mazzamuto, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati e giusto procedimento*, in *Giur.it*, 2020, 1471; Id., *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinitiva pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del Convegno di Copanello*, 28-29 giugno 2013, Torino, 2014, 177 e ss.; J.P. De Jorio, *Le interdittive antimafia e il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *www.federalismi.it*, n. 19/2019; C. Commandatore, *Interdittiva antimafia e incapacità giuridica speciale: un difficile equilibrio*, in *Resp. civ. prev.*, n. 3/2019, 917 e ss.; F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2018, 10 ss.; P. Pirruccio, *L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti*, in *Giur. mer.*, 2009, 503 ss.

[46] Cfr. sul punto G. Trombetta, *Le interdittive antimafia: un istituto sotto attacco?*, in *Democrazia e Sicurezza. Democracy and Security Review*, 2021, 98.

[47] Può essere utile evidenziare che cons. Stato, sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109 ha affermato che «gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un *numerus clausus*, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento». Sulla eccesiva genericità degli elementi sintomatologici della permeabilità mafiosa di cui alle *lett. d)* ed *e)* dell'art. 84 *Codice antimafia*, pur a fronte degli ultimi interventi novellistici in materia, si veda G. Amarelli, *Butterfly effect e interdittive antimafia. L'incostituzionalità di una norma edilizia regionale può determinare l'illegittimità delle interdittive generiche?*, in *www.sistemapenale.it*, 5 ss.

5. *L'interdittiva antimafia: applicazione, ambiti e criticità giurisprudenziali*

Anche la legge 31 maggio 1965, n. 575, seppur con un ruolo marginale, ha contribuito all'evoluzione della disciplina sull'informazione antimafia.

L'art. 10 della suddetta legge disponeva che, nei confronti degli indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose già destinatari di una misura di prevenzione definitiva, si applicassero automatismi decadenziali da specifiche licenze e concessioni[48].

Di fronte ai limiti che questo primordiale apparato di prevenzione amministrativa presentava – primo tra tutti, il fatto che a fronte della perdita di licenze già conseguite da parte delle consorterie interessate non corrispondeva affatto l'impedimento di acquisirne di nuove[49] – ci volle, ancora una volta, la successiva l. 13 luglio 1982, n. 646 (cd. Rognoni-La Torre) per stabilire, in aggiunta alla decadenza, il divieto di rilascio delle licenze su ricordate, nonché la l. 23 dicembre 1982, n. 936 (di modifica della prima) per affidare al Prefetto il compito di rilasciare la certificazione necessaria ad attestare la presenza o meno di fattori ostativi al rilascio dei provvedimenti amministrativi richiesti[50].

Proprio in quell'epoca iniziava a delinearsi il sistema delle certificazioni antimafia, destinato a evolvere fino a costituire l'attuale disciplina dell'informativa contenuta nel Codice antimafia[51].

Fu con il d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490[52] che l'informazione antimafia assunse per la prima volta un ruolo autonomo come strumento di controllo nei rapporti contrattuali con la Pubblica Amministrazione negli anni successivi, poi, intervennero altri provvedimenti[53] che, in aggiunta a diverse circolari esplicative nate anch'esse per razionalizzare la materia, finirono per fare della documentazione antimafia, e quindi anche dell'informazione antimafia, «uno dei capisaldi nella strategia preventiva del contrasto alla criminalità mafiosa»[54]; l'ultimo tassello, quindi, fu quello sigillato dall'entrata in vigore del *Codice antimafia*, nel tempo

[48] P. Parisi, *Prevenzione amministrativa*, cit., 466.

[49] Ivi, p. 467 cui si rinvia per la bibliografia citata circa i limiti della previsione normativa in commento.

[50] *Ibidem*.

[51] Vds. R. Cantone, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 889.

[52] Dal titolo «Disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia nonché disposizioni concernenti i poteri del prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata», come modificato ad opera dell'art. 2, co. 2, l. 15 luglio 2009, n. 94.

[53] Importante fu la l. 13 agosto 2010, n. 136 che stabiliva il nuovo «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia».

[54] Parisi, *Prevenzione amministrativa*, cit., 468.

colpito da varie riforme[55], che ancora oggi dedica alla informazione antimafia un rilevante numero di disposizioni[56].

Quando si prende in considerazione l'ambito di applicazione oggettivo dell'interdittiva antimafia è indispensabile rinviare al contenuto degli artt. 83 e 91 del *Codice antimafia*.

Se il primo, infatti, con riferimento ai soggetti che hanno l'obbligo di acquisire la documentazione antimafia, stabilisce, sul piano generale, eccezioni a parte[57], che, «prima di stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilate dallo Stato o da altro ente pubblico, e le società o le imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o servizi pubblici, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'art. 84 del medesimo decreto legislativo»[58]; il secondo, nel prevedere invece nello specifico i rapporti per i quali l'informazione deve essere ottenuta prima di contrattare con la Pubblica Amministrazione, aggiunge, oltre alla circostanza della sua raccolta solo quando la stipulazione, approvazione o autorizzazione di contratti e subcontratti ovvero il rilascio dei richiamati provvedimenti di cui all'art. 67 abbiano un valore determinato nel loro ammontare[59], che il tentativo di infiltrazione

[55] Per una ricostruzione recente delle più importanti riforme che hanno riguardato il *Codice antimafia* e per considerazioni vds. G. Amarelli, *Butterfly effect e interdittive antimafia. L'incostituzionalità di una norma edilizia regionale può determinare l'illegittimità delle interdittive generiche?*, cit., 2 ss.

[56] Oltre a quelle già ricordate nel paragrafo che precede che attengono, insieme ad altre non citate, alla documentazione antimafia in generale, può essere utile evidenziare che alle informazioni antimafia il legislatore ha dedicato ben sette disposizioni contenute negli artt. 90-95 *Codice antimafia*.

[57] Secondo l'art. 84, co. 3, *Codice antimafia*: «La documentazione di cui al comma 1 non è comunque richiesta: *a)* per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1; *b)* per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera *a)* ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67; c) per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza; *d)* per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale; *e)* per i provvedimenti, ivi inclusi quelli di erogazione, gli atti ed i contratti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro».

[58] Così O. Morcavallo, *L'informazione interdittiva antimafia e lo scioglimento dei comuni*, *cit.*, 1 parafrasando il contenuto dell'art. 83, co. 1, *Codice antimafia* il quale, nel successivo co. 3-*bis*, delinea quale ulteriore ipotesi in cui è necessario acquisire la documentazione antimafia, la concessione di terreni agricoli e zootecnici demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché quella relativa a tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore ad euro venticinquemila o di fondi statali per un importo maggiore ad euro cinquemila; in dottrina, vds. anche E. Pezzuto, *Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia,* in *Commentario al codice antimafia*, a cura di Razzante, Pisa, 2020, 152.

[59] L'art. 91, co 1, *Codice antimafia* stabilisce, infatti, che «I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, devono acquisire l'informazione di cui all'articolo 84, comma 3, prima di stipulare, approvare o autorizzare i con-

mafiosa (come detto, alla base della sua applicazione[60]) può essere desunto, oltre che dalla accertata violazione degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 l. 13 agosto 2010, n. 136, commessi con la condizione della reiterazione prevista dall'art. 8-*bis* l. 24 novembre 1981, n. 689, «da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata»[61].

Sul piano dell'ambito di applicazione soggettivo della informazione antimafia interdittiva, ovvero dei soggetti sottoposti alla verifica antimafia, è necessario fare riferimento al contenuto dell'art. 85 del *Codice antimafia* il quale si occupa di stabilire, attraverso un elenco ampio e variegato riferito sia alla comunicazione che all'informazione antimafia, quali debbano essere i soggetti sottoposti ad accertamento contemplando, tra questi, un'ampia gamma di personaggi riconducibili tanto ad imprese individuali quanto ad imprese collettive e considerando nello specifico le diverse forme e i diversi assetti scelti per l'esercizio dell'attività d'impresa; ancora, l'ambito di applicazione soggettiva della documentazione antimafia, e quindi anche della informazione, dopo essere esteso ad altri soggetti, come le associazioni e società anche prive di personalità giuridica[62], alle socie-

---

tratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia: *a)* pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; *b)* superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; *c)* superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche»; secondo il successivo comma 1-*bis*: «L'informazione antimafia è sempre richiesta nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 25.000 euro».

[60] Vedi *supra*, § 3.

[61] Vds., nello specifico, l'art. 91, co 6, *Codice antimafia.* Quanto a quest'ultimo aspetto, può essere utile ricordare che, sul piano pratico, l'informazione antimafia è rilasciata con la consultazione della Banca dati nazionale unica da parte di tutti coloro che ne sono autorizzati. L'art. 92 *Codice antimafia* si occupa di disciplinare, peraltro, due differenti modalità di rilascio dell'informazione, distinte, in un primo caso (per il quale si parla di "informazione antimafia liberatoria"), dall'ipotesi in cui a carico dei soggetti censiti non emerge la sussistenza delle citate cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67 né di tentativi di infiltrazione mafiosa ai sensi dell'art. 84, co. 4 dello stesso testo e, dunque, l'informazione sarà acquisita con il solo interpello del sistemo informatico; in un secondo caso (per il quale si parla invece di "informazione antimafia interdittiva"), da quelle ipotesi in cui, all'opposto, il soggetto con cui contrarre non risulti già in precedenza censito o se dalla consultazione della Banca dati non emerge a carico di quest'ultimo l'esistenza di una delle cause del citato art. 67 o dell'art. 84, co. 4, *Codice antimafia.* Dunque, in questi ultimi casi, quando l'informazione è interdittiva, essa conseguirà necessariamente ad una istruttoria condotta dal Prefetto del tutto assente nel caso di informazione antimafia cd. liberatoria. Circa le modalità di acquisizione della informazione antimafia R. Rolli, *L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario*, cit., 36.

[62] V. art. 85, co. 2-*bis, Codice antimafia.*

tà costituite all'estero prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato[63] e alle società di capitali concessionarie nel settore dei giochi pubblici[64], è perfino allargato «ai familiari conviventi di maggiore età» di tutti i soggetti su indicati[65]. Tuttavia, proprio in relazione all'ambito applicativo dell'informativa antimafia, merita attenzione un profilo di crescente attualità e dibattito: la tentazione di estendere l'utilizzo dell'interdittiva anche nei rapporti tra soggetti privati. In particolare, si registrano casi in cui imprese o enti privati, temendo responsabilità reputazionali o indirette, richiedono la produzione di documentazione antimafia in fase precontrattuale, come condizione per la stipula di rapporti giuridici.

Ebbene, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito l'illegittimità di simili richieste. Il Consiglio di Stato ha infatti stabilito[66] che l'informativa antimafia non può operare nei rapporti *iure privatorum*, in assenza di un'espressa previsione normativa che lo consenta. Tale limitazione riflette una precisa scelta di politica del diritto, volta a evitare una diffusione incontrollata dell'effetto "paralizzante" dell'interdittiva anche al di fuori dell'ambito pubblicistico, con gravi rischi per la libertà d'iniziativa economica e la certezza dei rapporti giuridici.

Questo orientamento conferma che l'interdittiva antimafia è uno strumento pensato per interrompere legami pericolosi tra mafie e pubblica amministrazione, ma che, se usata fuori da questo perimetro, rischia di distorcere il libero mercato e sovraccaricare di poteri discrezionali soggetti non istituzionalmente deputati al contrasto alla criminalità organizzata.

6. *Confisca e interdittiva a confronto: divergenze strutturali e profili problematici*

Pur riconoscendo alcune evidenti convergenze, è necessario soffermarsi sui profili che distinguono in modo significativo le due misure. Le differenze possono apprezzarsi in un duplice senso: l'uno, attinente ai destinatari delle misure, l'altro al carattere vincolante – o meno – delle stesse.

In particolare, l'informativa antimafia presenta un ambito applicativo limitato, in quanto non può essere estesa ai rapporti tra soggetti privati. In tal senso si è espressa la giurisprudenza del Consiglio di Stato[67], che ha ritenuto illegittima l'estensione dell'interdittiva antimafia ai rapporti di natura privatistica, qualo-

[63] Art. 85, co. 2 *ter*, *Codice antimafia*.
[64] V. art. 85, co. 2 *quater*, *Codice antimafia.*
[65] Art. 85, co. 3, *Codice antimafia*.
[66] Consiglio di Stato, III sezione, sentenza n. 452, 20 gennaio 2020.
[67] *Ibidem*.

ra non vi sia una previsione legislativa specifica. L'addentellato normativo di una simile conclusione è rappresentato dall'art 83 del Codice Antimafia, norma che, nell'individuare i soggetti tenuti ad acquisire la documentazione antimafia prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, menziona esclusivamente soggetti pubblici: si tratta delle Pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, degli enti e delle aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e delle società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché dei concessionari di lavori o di servizi pubblici; a tali soggetti si aggiungono i contraenti generali previsti dal Codice dei contratti pubblici.

Sul piano sistematico, l'art. 89 del Codice antimafia conferisce al Prefetto il potere di intervenire esclusivamente quando un soggetto privato instaura un rapporto con una pubblica amministrazione.

Di contro, con riferimento ai rapporti tra privati la normativa antimafia nulla prevede[68].

Questa lacuna normativa deve ritenersi frutto di una scelta legislativa consapevole, non colmabile attraverso interpretazioni analogiche estensive.

Prova di tale ratio legis si rinviene, altresì, nella modifica del comma 1 dell'art. 87 che, prima della novella introdotta dall'art. 4, d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218, prevedeva espressamente la possibilità che a chiedere la comunicazione antimafia fosse un soggetto privato.

Se il criterio di identificazione del destinatario della misura interdittiva antimafia è la natura pubblica del soggetto, la confisca di prevenzione muove da un criterio differente.

Invero, i soggetti destinatari della confisca di prevenzione sono individuati dall'art. 16 del Codice Antimafia, che menziona – oltre alle persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche – i soggetti di cui all'art. 4 del medesimo Codice. Tale rinvio interno implica una effettiva equiparazione dell'ambito applicativo della confisca a quello della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza: ambito applicativo che comprende al suo interno tanto le fattispecie di pericolosità generica (art. 1, lett. c) tanto quelle di pericolosità qualificata (ulteriori lettere dell'art. 4)[69].

[68] https://www.giustizia-amministrativa.it/-/la-normativa-vigente-non-consente-l-utilizzo-della-documentazione-antimafia-nei-rapporti-tra-privati.

[69] Così S. Finocchiaro, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5.

Sotto altro profilo, la misura interdittiva antimafia non risulta perfettamente sovrapponibile alla confisca preventiva: si tratta del carattere non vincolante delle informazioni interdittive "atipiche".

Se certamente rispetto alle misure tipiche, le stazioni appaltanti non hanno né il potere, né l'onere di verificare la portata o i presupposti dell'informativa prefettizia, ma anzi devono limitarsi ad attuarne gli effetti, tanto non può dirsi per le misure atipiche: queste non hanno il medesimo grado di obbligatorietà delle prime. In particolare, le informazioni antimafia atipiche non comprimono integralmente la discrezionalità delle amministrazioni, le quali possono valutare autonomamente le azioni da intraprendere, si pensi alla sospensione o alla risoluzione di un contratto, dandone adeguata motivazione.

La confisca di prevenzione, anche atipica (si pensi alla confisca allargata), ha carattere vincolante e determina l'acquisizione dei beni al patrimonio dello Stato, salvi procedimenti di impugnazione che conducano alla revoca della misura.

Accanto ai profili già considerati, emergono ulteriori divergenze sul piano dei meccanismi decisionali e delle conseguenze pratiche delle due misure.

Anzitutto, è opportuno evidenziare che le informative antimafia cosiddette "tipiche" sono vincolanti per le amministrazioni pubbliche: in presenza di una informazione prefettizia negativa, la stazione appaltante è tenuta a escludere l'operatore economico, senza margini di discrezionalità. Tuttavia, le informative "atipiche" – adottate in contesti diversi, ad esempio in fase esecutiva del contratto – non godono dello stesso effetto vincolante: in tali casi, le amministrazioni possono valutare autonomamente se sospendere, risolvere o rinegoziare il rapporto contrattuale, purché motivino adeguatamente la propria decisione. Ciò pone il tema della disomogeneità applicativa e dell'incertezza giuridica per gli operatori coinvolti.

Inoltre, va considerato che tra le due misure si riscontra una sostanziale asimmetria nella soglia probatoria. La confisca di prevenzione, pur non richiedendo un previo accertamento penale, presuppone un vaglio giudiziario approfondito, articolato su una pluralità di requisiti (pericolosità qualificata, sproporzione, disponibilità materiale, origine illecita). Al contrario, l'interdittiva antimafia può fondarsi su elementi indiziari e su valutazioni prognostiche del prefetto, anche prive di una corrispondente azione penale in corso. Tale squilibrio si riflette sul piano delle garanzie, poiché il giudizio amministrativo non sempre consente un riesame pieno della misura, soprattutto in tempi compatibili con l'interesse economico dell'impresa coinvolta.

Da ciò discende il rischio – non infrequente nella prassi – che un medesimo soggetto venga colpito contestualmente da entrambe le misure, con effetti potenzialmente ridondanti. Si pensi, ad esempio, a un imprenditore destinatario di una confisca di prevenzione su parte del patrimonio e, contestualmente, di un'inter-

dittiva antimafia sull'impresa: le due misure possono sovrapporsi senza un reale coordinamento, incidendo sia sul piano personale-patrimoniale che su quello aziendale, con effetti sanzionatori duplicati. Tale situazione, se non correttamente inquadrata, può dar luogo a una compressione eccessiva dei diritti economici e patrimoniali, in contrasto con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza dell'azione amministrativa.

7. *Conclusioni: misure diverse per un obiettivo comune? Riflessioni critiche su efficacia e compatibilità costituzionale*

Pur appartenendo a due ambiti distinti della legislazione antimafia – quello penale e quello amministrativo – la confisca *ante delictum* e l'interdittiva antimafia mostrano significative somiglianze, che meritano di essere analizzate criticamente.

Partendo dal profilo storico, un primo elemento di convergenza tra le due misure risiede nella matrice emergenziale che ha guidato il legislatore nella loro introduzione all'interno del sistema giuridico[70].

Con la legge Rognoni-La Torre si cercò di porre rimedio all'espansione incontrollata della criminalità organizzata, affrontando un'emergenza che richiedeva strumenti di contrasto più incisivi e innovativi rispetto al passato[71].

In quegli anni, la mafia si era ormai affermata come fenomeno criminale capace di assumere tratti eversivi, ponendosi come un potere alternativo a quello dello Stato, al punto da minacciarne la stessa tenuta istituzionale[72].

L'interdittiva antimafia, dal canto suo, è stata concepita per contrastare le nuove modalità operative delle mafie, sempre più orientate all'infiltrazione dell'economia legale attraverso imprese formalmente lecite.

Così come lo è ancora oggi, l'idea di fondo dell'interdittiva antimafia era quella che un organismo contaminato dalle consorterie malavitose non poteva

---

[70] Per i cui riferimenti si rinvia ai § 2 e 5.

[71] Così A. Costantini, *La confisca del diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, in AA.VV., *Studi di diritto penale costituzionale ed europeo*, Torino, 2022, 6; sulla attrazione della confisca di prevenzione nel paradigma del diritto dell'emergenza vds. S. Moccia*, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale,* Napoli, 1997; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Bari, 1999; G. Riccio, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982.

[72] Per tali considerazioni vds. G. Neppi Modona, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, 118 ss.; sulla efferatezza degli episodi criminali, che coinvolsero magistrati, politici, giornalisti, avvenuti in quella precisa epoca storica particolarmente utile V. Zagrebelsky, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola, V. Zagrebelsky, vol. IV, Torino, 1996, 559; L. Stortoni, *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *Crit. dir.*, 1992, 44 ss. nonché, più di recente, M. Donini, *Mafie e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *disCrimen*, 30 maggio 2019.

meritare la fiducia della Pubblica Amministrazione né nel caso della instaurazione di rapporti contrattuali con quest'ultima né di concessione di titoli abilitativi individuati dalla legge[73].

Anche sul piano dei diritti incisi dall'applicazione delle due misure di prevenzione è possibile registrare una ulteriore somiglianza; si tratta infatti di diritti la cui tutela è sancita costituzionalmente.

Se, a differenza delle misure di prevenzione personali, la confisca di prevenzione colpisce diritti di natura patrimoniale, l'interdittiva antimafia comprime la libertà di iniziativa economica dell'interessato[74].

Sempre a tal riguardo, è necessario aggiungere che anche l'esercizio del diritto di difesa ed il principio della presunzione di non colpevolezza, anch'essi tutelati dalla Costituzione[75], rischierebbero di subire compressioni considerevoli a seguito dell'applicazione delle due misure di prevenzione in commento.

Sotto quest'ultimo aspetto può essere rammentato che i principali dubbi della dottrina riguardano il rovesciamento dell'onere probatorio che, tanto nel procedimento di applicazione della confisca di prevenzione quanto in quello di rilascio della interdittiva, grava sull'interessato e che sarebbe possibile desumere dalla stessa disciplina della legislazione antimafia.

Ai sensi dell'art. 24 *Codice antimafia* incombe sul destinatario della confisca di prevenzione la prova della legittima provenienza dei beni oggetto di sequestro e della loro proporzione rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta; a proposito dell'interdittiva, l'art. 93, co. 7, *Codice antimafia* prevede che il prefetto competente all'adozione dell'informazione antimafia «può invitare in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre ogni informazione ritenuta utile, anche allegando elementi documentali, qualora non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento ovvero esigenza di tutela di informazioni che, se disvelate, siano suscettibili di pregiudicare procedimenti amministrativi finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose»[76].

È quindi evidente che ci si trova di fronte a limitazioni particolarmente consistenti nell'esercizio del diritto al contraddittorio il quale, nel caso dell'interdittiva, finirebbe per essere anche condizionato[77].

---

[73] P. Parisi, *Prevenzione amministrativa*, cit., 464.

[74] Tutelati, i primi, in virtù dell'art. 42 Cost. e la seconda in base all'art. 41 Cost.

[75] Se al diritto di difesa si riferisce l'art. 24, co. 2, Cost., al principio della presunzione di non colpevolezza fa, invece, riferimento l'art. 27, co. 2, Cost.

[76] Nel contenuto da poco modificato per effetto dell'art. 48, co. 1, *lett. b)*, d.l. 6 novembre 2021, n. 152 convertito, con modificazioni, nella l. 29 dicembre 2021, n. 233.

[77] Lo stesso principio sarebbe desumibile dal contenuto, anch'esso oggetto di novella ad opera dell'art. 48, co. 1, *lett. a)*, n. 2), d.l. 6 novembre 2021, n. 152 convertito, con modificazioni, nella l. 29 dicembre 2021, n. 233, dell'art. 92, co. 2-*bis*, *Codice antimafia* che subordina il rilascio della comunicazione di avvio del contraddittorio da parte del prefetto alla mancanza di «elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati

Un ulteriore connotato di somiglianza tra la confisca di prevenzione e l'interdittiva antimafia sembrerebbe potersi ricavare dall'esame del criterio di selezione delle fattispecie dalle quali è desumibile la pericolosità del bene o del soggetto quale presupposto indefettibile dell'applicazione delle due misure[78].

In entrambi, infatti, la disciplina del *Codice antimafia* fa riferimento sia a ipotesi tipizzate che ad ipotesi generiche[79] rimesse alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria o del prefetto, a seconda dei casi.

Sotto tale ultimo profilo, se si prendono in considerazione i presupposti applicativi, ad accomunare l'azione penale con quella amministrativa sarebbe, dunque, la funzione preventiva volta in entrambe le azioni, piuttosto che alla repressione, alla prevenzione attraverso un'azione tempestiva contro la criminalità organizzata, specie quella mafiosa, anche di quella a vocazione imprenditoriale.

In effetti, la confisca di cui all'art. 24 *Codice antimafia*, quando non direttamente diretta a neutralizzare la pericolosità sociale del reo, sembrerebbe potersi indirizzare anche a contenere il pericolo che quest'ultimo alteri il corretto funzionamento del mercato attraverso l'immissione al suo interno di capitali o beni di provenienza illecita[80].

In tale veste, dunque, la confisca di prevenzione funzionerebbe alla stregua di uno strumento di tutela del sistema economico nel suo complesso dai pericoli distorsivi derivanti dall'infiltrazione al suo interno di patrimoni di sospetta provenienza illecita[81].

---

alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose». Per un commento particolarmente utile in materia di contraddittorio e interdittiva antimafia si rinvia a M.A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in *www.giustiziainsieme.it*, 25 maggio 2023; per una ricostruzione particolarmente esaustiva circa la difficile compatibilità della interdittiva antimafia non solo con le norme costituzionali ma anche con quelle unitarie e internazionali si veda, invece, R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia tra norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie (nota a Consiglio di Stato, sez. III del 25 ottobre 2021, n. 7165)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 11 marzo 2022.

[78] Di cui già si è detto a proposito dei § 3 e 5.

[79] Si pensi, per la confisca di prevenzione, alle ipotesi che ai sensi dell'art. 1 *Codice antimafia* configurano la pericolosità cd. generica e a quelle atte a individuare, secondo l'art. 84, co. 4, *Codice antimafia*, i tentativi di infiltrazione mafiosa; a ciò si aggiunga che questa genericità risulterebbe peraltro ampliata dal fatto che il significato di «tentativi di infiltrazione mafiosa» contenuto nel *Codice antimafia* possiede connotati vaghi, difficili da rapportare all'ambito penalistico e per lo più appartenenti al campo della sociologia. Così P. Parisi, *Prevenzione amministrativa*, *cit.*, 486. A proposito del contenuto da attribuire ai tentativi di infiltrazione mafiosa vds., tra i tanti, anche V. Reale, R. Reale, *Il sistema normativo dei controlli antimafia e sui tentativi di infiltrazione mafiosa nelle attività contrattuali, autorizzati e concessorie pubbliche,* in *Nuova Rassegna*, 2011, 2208.

[80] Riconosce due distinti paradigmi all'interno della confisca con funzione preventiva A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, cit., 148.

[81] Si tratterebbe, dunque, di una confisca fondata su di un «concetto di pericolosità diverso rispetto a quello tradizionale di "pericolosità sociale", perché non riferito alla realizzazione di futuri comportamenti criminali da parte del destinatario, ma a una pericolosità intrinseca dei patrimoni di provenienza illecita, di per sé produttivi di destabilizzazione per il funzionamento dei mercati e della libera concorrenza»; cfr. A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, cit., 148 che, a tal proposito, immagina una confisca in funzione di prevenzione di pericolosità macrosistemica.

Ma l'aspetto che più avvicina la confisca *ante delictum* e l'interdittiva antimafia è quello che si ricava dall'analisi delle conseguenze prodotte sui soggetti colpiti dalla due misure che finiscono per essere sostanzialmente le stesse[82].

A ben vedere, infatti, entrambe le misure limitano o perfino eliminano la possibilità dei loro destinatari di accedere alle finanze liberamente, di esercitare diritti di proprietà, condurre affari e di mantenere una indipendenza economica.

Altre volte accade che gli effetti che derivano dall'applicazione di quelle misure si riversano, in entrambi i casi, su individui diversi da quelli direttamente colpiti come, ad esempio, nel caso dei familiari e degli eredi di questi ultimi oppure delle persone fisiche che ereditano il patrimonio del soggetto sottoposto a confisca o dei dipendenti dell'impresa raggiunta dall'interdittiva[83].

Al di là delle differenze[84] richiamate nel paragrafo precedente, dunque, il confronto tra la confisca di prevenzione e l'informazione antimafia interdittiva permette di intravedere tra le stesse indubbie somiglianze se non proprio identità.

In definitiva, il confronto tra confisca di prevenzione e interdittiva antimafia, pur mettendo in luce alcune affinità sistemiche, consente di cogliere con maggiore nitidezza tratti distintivi rilevanti sia sul piano strutturale che applicativo. Le differenze emerse – in termini di natura giuridica, soglia probatoria, vincolatività e destinatari – non sono mere sfumature tecniche, ma riflettono due diverse logiche di intervento: quella giudiziaria, soggetta a garanzie e a un rigoroso standard probatorio, e quella amministrativa, ispirata a una logica preventiva flessibile ma spesso priva di contrappesi adeguati.

L'impiego parallelo e talvolta sovrapposto di entrambe le misure, in assenza di una cornice normativa unitaria o di una chiara gerarchia funzionale tra gli strumenti, rischia di generare duplicazioni sanzionatorie, tensioni costituzionali e incertezze operative per imprese, pubbliche amministrazioni e autorità giudiziarie.

Ne deriva l'esigenza, oggi più che mai avvertita, di promuovere una razionalizzazione del sistema preventivo nel suo complesso, in modo da garantire effettività al contrasto alla criminalità mafiosa senza sacrificare, oltre il necessario, la certezza del diritto, l'iniziativa economica privata e il diritto alla difesa.

---

[82] Per alcune considerazioni che è possibile ricavare dal confronto tra l'interdittiva antimafia e la sanzione penale vds. R. Rolli, P. Pepe, *Interdittiva antimafia, sanzione penale?,* in *www.archiviopenale.it*, 2024, 2.

[83] Si occupano di descrivere i considerevoli effetti che derivano dall'interdittiva antimafia R. Rolli, M. Maggiolini, *Danni, danni a cascata nell'interdittiva antimafia illegittima (nota a CGRS n. 233/2024)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 31 luglio 2024.

[84] Come, a titolo esemplificativo, quella relativa al soggetto titolare dell'azione preventiva che, nel caso della confisca di prevenzione è individuato, secondo l'art. 17, co. 1, *Codice antimafia* nel procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, nel procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo e nel questore o nel direttore della Direzione investigativa antimafia nonché negli altri soggetti indicati ai commi successivi; nel caso dell'informazione antimafia interdittiva è invece indicata, ai sensi dell'art. 90 e ss. *Codice antimafia*, nella prefettura territorialmente competente.

La coesistenza di meccanismi preventivi di carattere penale e amministrativo all'interno di un unico testo normativo è in grado di delineare, in altri termini, un sistema di prevenzione costituito da due facce che appartengono ad una stessa medaglia.

Renato Rolli - Abstract

Confisca di prevenzione e interdittiva antimafia: riflessioni critiche su natura, differenze e implicazioni sistemiche

Il contributo pone a confronto le misure di prevenzione per eccellenza del Codice antimafia, la confisca di prevenzione *ante delictum* e l'interdittiva antimafia, mettendo in luce affinità sistemiche e tratti distintivi sia sul piano strutturale che applicativo.

Preventive Confiscation and Anti-Mafia Interdictive Measures: Critical Reflections on Their Nature, Differences, and Systemic Implication

The paper compares the prevention measures par excellence of the anti-mafia Code, the preventive confiscation *ante delictum* and the anti-mafia interdiction, highlighting their systemic similarities and distinctive features, both on a structural and applicative level.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 369-402

Articoli e saggi

Regole e soluzioni per l'applicazione dell'impronta di carbonio nel sistema spagnolo degli appalti pubblici

José Pernas Garcia*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'impronta di carbonio… – 2.1. (*segue*) …nell'individuazione degli investimenti sostenibili. – 2.2. (segue) …nei criteri e nelle clausole dei contratti pubblici. – 2.3. (*segue*) … nella legislazione sul cambiamento climatico e nel Real Decreto che istituisce il Registro nazionale dell'impronta di carbonio. – 3. L'impronta di carbonio nelle specifiche tecniche. – 3.1. Precisazioni riguardanti il calcolo dell'impronta. – 3.2. La definizione delle specifiche tecniche nelle normative di settore. – 4. L'impronta di carbonio nei criteri di aggiudicazione. – 4.1. I certificati del Registro nazionale dell'impronta di carbonio. – 4.2. Gli orientamenti giurisprudenziali. – 4.3 Criteri e clausole per l'utilizzo dell'impronta di carbonio. – 5. L'impronta di carbonio nelle condizioni di esecuzione. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'inserimento delle tematiche ambientali tra gli obiettivi prioritari dei contratti pubblici sta determinando cambiamenti profondi. Non si tratta solo di trasformazioni del quadro normativo mediante interventi che, ad esempio, potenziano il ricorso agli appalti verdi[1], ma anche di mettere a disposizione degli operatori strumenti e conoscenze adeguate.

* Il testo è stato tradotto in italiano con opportuni adattamenti da Michele Cozzio.

[1] In questa direzione sono orientate le strategie delle Istituzioni dell'Unione europea (Parlamento, Consiglio e Commissione) concordi nel ritenere che gli Stati membri non hanno sfruttato adeguatamente la normativa sugli appalti pubblici per perseguire soluzioni orientate alla sostenibilità, specie con riferimento agli obiettivi ambientali. Di qui la proposta del cambiamento: se l'obiettivo politico è quello di perseguire la sostenibilità attraverso gli appalti, «l'approccio volontario non è sufficiente»; si veda il report realizzato per la *Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori* del Parlamento europeo, *The EU's public procurement framework: how is contributing to achivement of the objectives of the Paris Agreement and the circular economy strategy?*, aprile 2020; le conclusioni del Consiglio, *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*, pubblicate nella *G.U.U.E.* C 412, 30 novembre 2020, la Comunicazione della Commissione, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più*

Attualmente, i criteri ambientali sono applicati spesso in modo formale, con risultati limitati in termini di riduzione degli impatti generati.[2] Per superare questa fase e rendere gli appalti strumento strategico per la sostenibilità[3] è necessario adottare metodologie più avanzate, come il calcolo delle esternalità ambientali applicato al costo del ciclo di vita e all'impronta di carbonio.

L'impronta di carbonio (o *carbon footprint*) indica le emissioni di gas a effetto serra correlate alla produzione di beni e allo svolgimento di attività / servizi. Il suo utilizzo nell'ambito degli appalti pubblici può favorire obiettivi di sostenibilità, contribuendo alla mitigazione degli impatti delle prestazioni appaltate, al contrasto del *greenwashing*, al buon uso delle risorse.

In questo scritto vengono indicate norme e soluzioni presenti nel sistema spagnolo dei contratti pubblici per l'utilizzo dell'impronta di carbonio.

Gli approfondimenti riguardano tanto il quadro normativo deputato alla regolamentazione dell'impronta, articolato sui diversi livelli istituzionali dello Stato e delle Comunità autonome, quanto i criteri e le clausole contrattuali presenti nella prassi. Non mancano rilievi critici diretti all'impostazione del quadro normativo, alle soluzioni emergenti nella prassi, alle interpretazioni della giurisprudenza amministrativa che su questi temi è chiamata a intervenire sempre più di frequente.

Le riflessioni dovrebbero risultare di grande interesse per i giuristi e gli operatori italiani, per i quali l'utilizzo dell'impronta di carbonio nei contratti pubbli-

---

competitiva, COM(2020) 98 final, 11 marzo 2020; il parere del Comitato europeo delle Regioni, *Il ruolo degli enti locali e regionali nella transizione verso un'economia circolare*, pubblicato nella *G.U.U.E.* C/2024/5365 del 17 settembre 2024. Il tema emerge anche dagli *Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2024-2029*, presentati dalla Presidente U. von der Leyen recanti le priorità dell'azione della Commissione nei prossimi anni; cfr. G. Benacchio, M. Cozzio, G. Lombardo (a cura di), *Report sulla consultazione per la revisione delle direttive UE su appalti pubblici e concessioni*, marzo 2025, disponibile nel sito web dell'*Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli appalti Pubblici* dell'Università di Trento (*http://www.osservatorioappalti.unitn.it*).

[2] Per una lettura critica dei risultati finora conseguiti si veda la Comunicazione della Commissione europea, *Attuazione delle politiche nazionali in materia di appalti e relative migliori prassi nelmercato interno*, COM(2021) 245, del 20 maggio 2021, con note di M. Cozzio, *Pochi, incompleti e confusi: i dati del monitoraggio sull'applicazione delle Direttive europee in tema di appalti e concessioni*, in *Riv. Trim. App.*, 2021, 4, 1555-1560; cfr. anche Id., *Transizione ecologica e appalti verdi: nuove regole e soluzioni dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Studium Iuris*, 2024, 1, 72, ove si evidenzia che la mancanza di dati impedisce di valutare l'impatto delle soluzioni normative, compresa quella italiana che dispone l'obbligatorietà dei cd. criteri ambientali minimi. In tal senso, pur potendo affermare con ragionevole certezza che il modello italiano è tra i più attenti nell'elaborazione di regole a favore degli appalti sostenibili, non possiamo dimostrare quali cambiamenti quali-quantitativi esse abbiano determinato sul comportamento delle amministrazioni e delle imprese, nonché sul perseguimento degli obiettivi di sostenibilità.

[3] Sul tema degli appalti strategici si veda per tutti J.M. Gimeno Feliu, *Hacia la buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*, Madrid, 2024. Con riferimento alla possibilità di utilizzare gli appalti pubblici per sostenere gli obiettivi delle politiche climatiche si veda tra le pubblicazioni recenti: X. Lazo Vitoria (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, Barcellona, 2022; R. Galán Vioque (dir.), *La contratación pública sostenible en la Ley de contratos del sector público*, Valencia, 2023; W. Janssen, R. Caranta (edited by), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law. Reflections on a Paradigm Shift*, Oxford, 2023.

ci rappresenta ancora una novità. Le soluzioni del sistema italiano, infatti, sono tra le più avanzate a livello europeo per quanto riguarda l'applicazione obbligatoria dei criteri ambientali minimi (cd. CAM)[4] ma l'applicazione dell'impronta di carbonio è altra cosa: come si dirà essa implica valutazioni più dettagliate e quantitative dell'impatto ambientale.

In tal senso, la conoscenza delle soluzioni e delle prassi spagnole può offrire spunti per l'evoluzione del quadro normativo italiano che solo recentemente -a seguito delle modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici dal cd. decreto Correttivo- ha disposto che l'offerta economicamente più vantaggiosa venga valutata «sulla base di criteri oggettivi, di *impatto* economico, sociale e ambientale».[5]

2. *L'impronta di carbonio…*

Attraverso il calcolo dell'impronta di carbonio vengono misurate le quantità di gas a effetto serra (CO_2 ed equivalenti)[6] emesse (in modo diretto o indiretto) nello svolgimento di attività e prestazioni necessarie per la realizzazione di servizi, beni, opere[7].

L'impronta di carbonio ha una duplice connotazione. Può riguardare un'organizzazione / impresa, in tal senso viene denominata *corporate carbon footprint*, oppure può riguardare uno specifico bene / prodotto.

Nel primo caso, l'impronta indica le emissioni generate dall'organizzazione nello svolgimento delle attività aziendali, nel secondo caso essa indica le emissioni derivanti dal ciclo di vita (o parte di esso) di un prodotto, servizio o lavoro.

La differenza tra le due tipologie assume risvolti pratici nel settore degli appalti pubblici, dove l'impronta può assumere valenza di: (i) specifica tecnica, (ii) requisito di capacità, (iii) criterio di aggiudicazione, (iv) condizione di esecuzione.

L'impronta di carbonio riferita ai prodotti può essere utilizzata per la definizione di specifiche tecniche, criteri di aggiudicazione e condizioni di esecuzione.

---

[4] Per l'applicazione dei criteri ambientali nel sistema spagnolo si veda, tra gli altri, X. Lazo Vitoria, *Le clausole di sostenibilità obbligatorie nel sistema spagnolo degli appalti pubblici*, in *Riv. Trim. App.*, 2024, 1, 233-246.

[5] Cfr. l'art. 108, co. 4, del D.Lgs. 36/2023, come modificato dal D.Lgs. 31 dicembre 2024 n. 209.

[6] Secondo i dati raccolti dall'Agenzia Europea per l'Ambiente le emissioni di gas a effetto serra nell'UE derivano dai seguenti settori: energia (ca. 77 %); processi industriali e utilizzo dei prodotti (ca. 9,10 %); agricoltura (ca. 10,55 %); gestione dei rifiuti (3,32 %); si veda anche Parlamento europeo, *Emissioni di gas serra per paese e settore: infografica*, del 28 marzo 2023. I dati offrono una indicazione dei settori nei quali gli acquisti della pubblica amministrazione possono generare maggiori impatti in termini di risuzione di CO_2.

[7] Si veda ad esempio la *Guía Técnica, Evaluación ambiental de productos de la madera*, Xunta, 2022; anche la *Guia de càlcul dèmissions de gasos amb efecte d'hivernacle (GEH)* de la Oficina Catalana del Canvi Climàtic, 29 maggio 2023, e la *Guía para el cálculo de la huella de carbono y para la elaboración de un plan de mejora de una organización*, Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2024.

Diversamente, l'impronta di carbonio dell'organizzazione ha un potenziale più limitato, potendo essere utilizzata principalmente come mezzo di prova della capacità tecnica di gestire le emissioni di gas serra. A nostro avviso, l'utilizzo dell'impronta di carbonio dell'organizzazione come specifica tecnica o come criterio di aggiudicazione non è consigliabile alla luce di alcune criticità (tecniche e giuridiche).

In generale, l'utilizzo dell'impronta di carbonio negli appalti pubblici richiede che siano soddisfatti una serie di presupposti.

In primo luogo, i risultati del calcolo dell'impronta (sia essa riferita all'organizzazione o al prodotto) devono essere comparabili. A tal fine più impronte sono fra loro comparabili solo se elaborate applicando la medesima metodologia e dati uniformi[8].

In secondo luogo, per effettuare i calcoli dell'impronta tutti gli interessati devono poter accedere a dati di riferimento uniformi.

Ecco che in sede di progettazione dell'appalto, le amministrazioni dovranno verificare se esistono dati o parametri di riferimento[9] utili per il calcolo dell'impronta. Tali dati, proprio perché uniformi, permettono di operare un confronto oggettivo delle offerte (ad esempio quando l'amministrazione abbia stabilito criteri di aggiudicazione basati sull'impronta di carbonio). Gli archivi con i dati per il calcolo dell'impronta[10] sono disponibili solo per alcuni settori (ad es. per l'edilizia), per molti altri le banche dati possono mancare, oppure non essere pubbliche e ufficiali, oppure non essere liberamente accessibili.

In terzo luogo, l'amministrazione dovrebbe indicare anche il software[11] per effettuare il calcolo dell'impronta di carbonio e tutti gli offerenti dovrebbero

[8] Si veda in questo senso la Raccomandazione (UE) 2021/2279 della Commissione del 15 dicembre 2021 *sull'uso dei metodi dell'impronta ambientale per misurare e comunicare le prestazioni ambientali del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni*; anche lo standard UNI EN 15978:2011, *sulla Sostenibilità delel costruzioni. Valutazione delle prestazioni ambientali degli edifici. Metodo del calcolo*. Per una spiegazione delle diverse metodologie di calcolo si veda *Guía Técnica, Evaluación ambiental de productos de la madera*, cit.

[9] Sull'importanza della disponibilità di dati ambientali che consentano un calcolo semplificato e oggettivo dell'impronta di carbonio, si veda *The construction material pyramid* del *Centre for Industrialised Architecture* (CINARK) della *Royal Danish Academy* (disponibile all'indirizzo web: *https://www.materialepyramiden.dk*).

[10] Per l'elenco dei database e dei software disponibili per effettuare i calcoli sull'impronta di carbonio si veda *Guía Técnica, Evaluación ambiental de productos de la madera*, cit.

[11] La città di Helsinki ha utilizzato alcuni criteri climatici per ridurre l'impronta di carbonio nella costruzione di edifici, utilizzando l'analisi del ciclo di vita. Nello specifico si è scelto di utilizzare l'impronta di carbonio nell'ambito dei criteri di aggiudicazione (con un valore di 14 punti su 100). La valutazione dell'impronta di carbonio è stata effettuata in conformità con lo standard UNI EN 15978 e con il metodo di valutazione dell'impronta di carbonio per gli edifici predisposto dal Ministero dell'Ambiente finlandese. Questo metodo si basa sul quadro comune dell'UE LEVEL(S) (metodologia che definisce un approccio comune per valutare e comunicare le prestazioni di sostenibilità degli edifici durante tutto il loro ciclo di vita) e sullo standard UNI EN 15978. Agli offerenti è stato richiesto di calcolare l'impronta di carbonio del progetto utilizzando *BIONOVA One Click LCA tool*. A questo scopo l'applicazione è stata condivisa con tutti gli offerenti, si è reso disponi-

potervi accedere o utilizzarlo in condizioni di parità, diversamente v'è il richio di casuare restrizioni ingiustificate.

Di seguito, riporto un esempio di calcolo dell'impronta di carbonio riguardante il trasporto di un prodotto. In questo caso l'impronta riguarda una parte dell'attività prevista nell'esecuzione di un appalto.

Dato quantitativo iniziale = *consumo di 60 litri di diesel per i veicoli impegnati*.

Fattore di emissione per litro del diesel = *2,52 CO_2 eq./l.*

Calcolo del dato rilevante per l'impronta di carbonio: *60 l. x 2,52 CO_2 eq./l. = 151,2 kg CO_2 eq*[12].

Infine, l'amministrazione deve precisare se il calcolo dell'impronta di carbonio va esteso a tutte o solo alcune attività dell'appalto (ad esempio la realizzazione dell'intero edificio o solo parti di esso) e a quali fasi del ciclo di vita dell'attività (la produzione, l'utilizzo, il riciclo, ecc.)[13].

Se l'amministrazione intende applicare l'impronta di carbonio come criterio di aggiudicazione si deve anche tener conto delle difficoltà che le imprese concorrenti possono incontrare a causa della mancanza di dati (ad esempio dati riguardanti la fase di estrazione delle materie prime impiegate direttamente o indirettamente nell'esecuzione dell'appalto). Pertanto, il calcolo dell'impronta dovrebbe essere limitato alle fasi del ciclo di vita che offrono maggiori garanzie riguardo la disponibilità, la qualità e l'uniformità dei dati.

Solo disponendo di dati oggettivi, come il livello di consumo o i chilometri percorsi, e di parametri uniformi, riguardanti ad esempio i fattori di emissione per tipologia di carburante e di veicolo (disponibili a livello comunitario e statale)[14] è possibile effettuare in modo sufficientemente agevole e corretto il calcolo delle emissioni.

L'esempio sopra riportato indica i dati necessari per il calcolo dell'impronta di carbonio relativa al trasporto di un bene impiegato nell'esecuzione delle attività appaltate (si fa riferimento all'impronta di una delle fasi del ciclo di vita dell'at-

---

bile un manuale per l'utilizzo e sono state effettuate sessioni di formazione. Si veda Commissione europea, *GPP in practice*, maggio 2021, n. 104.

[12] Esempio del calcolo dell'impronta di carbonio riferito al consumo di carburante dei mezzi di trasporto dei prodotti oggetto di un contratto di fornitura o utilizzati nell'ambito di un contratto di lavori o di servizi. Esempio tratto dalla *Guía Técnica, Evaluación ambiental de productos de la madera*, cit. Si veda anche, come documento di particolare interesse, per la determinazione di clausole di tale natura, la *Guia per a la quantificació d'emissions de gasos amb efecte d'hivernacle en els contractes públics*, pubblicata dalla Generalitat de Catalunya, 2020.

[13] Si veda per esempio la sezione 3.3.2.1. del Capitolato tecnico per la redazione del progetto e dell'esecuzione del Commissariato locale della Polizia Nazionale di Mahón (Isole Baleari), la quale definisce le fasi e gli elementi dell'opera da tenere in considerazione per il calcolo dell'impronta di carbonio.

[14] In Spagna, il Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico ha aggiornato i fattori di emissione per il calcolo da effettuare per l'iscrizione nel *Registro dell'impronta di carbonio* (si veda https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/factoresemision_tcm30-479095.pdf).

tività). Il risultato potrebbe essere facilmente utilizzato come criterio per l'aggiudicazione delle offerte, data la sua natura oggettiva.

Se si intendono utilizzare criteri di aggiudicazione basati sull'impronta di carbonio è necessario garantire che i risultati siano comparabili, ovverosia che tutti gli offerenti utilizzino la stessa metodologia e dati di riferimento per il calcolo. Metodologia e dati devono quindi essere precisati nella documentazione di gara, in quanti elementi imprescindibili per applicare criteri e clausole riferite all'impronta di carbonio. Non sempre è possibile / agevole indicare metodologie e dati.

Si comprende la necessità per le amministrazioni (e per le imprese) di disporre di tecnici specializzati in grado di conoscere le possibilità e i limiti per l'utilizzo dell'impronta di carbonio nelle diverse fasi della preparazione, aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici.

Nella Ley 11/2023 della Comunità di Aragón sull'*uso estratégico de la contratación pública*, il legislatore si dimostra consapevole di queste condizioni. La legge, infatti, riserva molta attenzione al tema della professionalizzazione di quanti intervengono nelle varie fasi della contrattazione pubblica[15]; l'obiettivo perseguito è quello di rafforzare le conoscenze tecniche all'interno delle amministrazioni. Del resto, poter disporre delle competenze tecniche è un requisito essenziale non solo per la corretta applicazione della metodologia del calcolo dell'impronta, ma anche per la corretta integrazione delle tematiche ambientali nei contratti pubblici.

Sulla base di questa impostazione la Ley 11/2023 stabilisce che venga rafforzata la formazione in materia di «appalti pubblici circolari, costo del ciclo di vita di un bene o servizio, calcolo dell'impronta di carbonio, impronta idrica, ecodesign e qualsiasi altro elemento che consenta di preservare il più a lungo possibile il valore dei materiali, sia mediante la riduzione dell'uso di materie prime non rinnovabili e la produzione di rifiuti, sia mediante l'utilizzo di energie rinnovabili»[16].

Un altro elemento da considerare è il costo che ricade sulle imprese per effettuare il calcolo dell'impronta di carbonio. Occorre evitare che l'utilizzo dell'impronta causi restrizioni dell'accesso agli appalti, specie per le imprese piccole e

[15] Si veda Ley 11/2023, del 30 marzo, sull'*uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón*, pubblicata nel Boletín Oficial de Aragón deò 27 novembre 2023, n. 228. Sul tema della professionalizzazione si veda E. Diaz Bravo, *La profesionalización: condición sine qua non de la contratación pública estratégica* e J.M. Gimeno Feliu, *La necesaria política de profesionalización en la contratación pública: alguna reflexión propositiva*, entrambi in J. Rodríguez-Arana Muñoz, Díaz Bravo (dir.), *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Valencia, 2023.

[16] Così l'art. 10 («*Profesionalizaciòn*») della Ley 11/2023, cit., a mente del quale: «*En todo caso, se reforzará la formación en materias tales como la subrogación laboral, la integración de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social en el mercado de trabajo, el acceso a los servicios públicos desde un punto de vista social, la contratación pública circular, el coste del ciclo de vida de un bien o servicio, el cálculo de la huella de carbono, la huella hídrica, el ecodiseño y cualquier otro mecanismo que permita retener el valor de los materiales en la economía durante el mayor tiempo posible, tanto por la reducción del uso de materias primas no renovables y la producción de residuos como por el uso de energías renovables*».

medie[17]. Spetterà alle amministrazioni confrontarsi con gli operatori (ad esempio mediante consultazioni preliminari del mercato) per valutare l'impatto degli obblighi derivanti dall'utilizzo dell'impronta di carbonio.

2.1. (segue) *…nell'individuazione degli investimenti sostenibili*

Per quanto nell'ordinamento spagnolo non vi sia alcun obbligo normativo di applicazione dell'impronta di carbonio nei contratti pubblici, è possibile rilevare che l'impronta di carbonio è presente nella prassi e nelle più recenti politiche nazionali e regionali che interessanto questo settore. Il suo utilizzo è indicato, ad esempio, per la selezione degli investimenti (più) sostenibili.

Si tratta, per altro, di una tendenza che possiamo riscontrare anche a livello europeo. Si consideri, ad esempio, la direttiva (UE) 2024/1275 del 24 aprile 2024 *sulla prestazione energetica nell'edilizia*, la quale stabilisce che l'impronta di carbonio dei nuovi edifici deve essere calcolata secondo il quadro comunitario LEVEL(S)[18] a partire dal 2030 (dal 2027 per gli edifici di grandi dimensioni). La direttiva indica le metodologie per il calcolo dell'impronta di carbonio e i dati necessari per l'elaborazione del calcolo[19].

---

[17] I giudici amministrativi si sono pronunciati sulla necessità di tener conto del costo nella determinazione delle condizioni di esecuzione dei contratti. Il Tribunale amministrativo dei contratti pubblici della Comunità Autonoma delle Canarie ritiene che «è requisito essenziale di qualsiasi condizione di esecuzione che il valore stimato dell'appalto comprenda ogni costo derivante dal contratto, diversamente significherebbe introdurre un criterio discriminatorio che impedirebbe agli offerenti di poter preparare le loro offerte in posizione paritaria» (si veda la Resolución nr. 63 del 22 maggio 2023, nonché le Resoluciones nr. 50 del 20 aprile 2017, nr. 88 del 28 marzo 2023).

[18] Il quadro comune dell'UE Level(s) raggruppa una serie di indicatori di sostenibilità per gli edifici. Può essere utilizzato per informare e migliorare le prestazioni di nuove costruzioni o grandi progetti di ristrutturazione. Level(s) è pensato per consentire ai professionisti coinvolti nella pianificazione, progettazione, finanziamento ed esecuzione di progetti di costruzione di contribuire ai miglioramenti delle performance ambientali delle opere a livello europeo. L'obiettivo perseguito attraverso Level(s) è quello di definire una terminologia comune sulla sostenibilità degli edifici definendo indicatori applicabili a edifici residenziali e uffici. Così JRC, *Level(s): el marco común de la UE de indicadores básicos de sostenibilidad para edificios residenciales y de oficinas*, Lussemburgo, 2021. Per quanto riguarda l'utilizzo del quadro Level(s), che sarà sempre più fequente negli appalti riguardanti edifici sostenibili, citiamo il contratto di servizio «Assistenza tecnica per la stesura del progetto di base ed esecutivo: Valencia / Quart de Poblet / Edificos y urbanización expansión UNICTF». La sezione 7 della documentazione prevede "Criterios bioclimáticos y de sostenibilidad" a cui devono attenersi gli offerenti nella redazione del progetto. Tra i criteri è compreso il potenziale di riscaldamento globale del ciclo di vita.

[19] Per il calcolo del potenziale di riscaldamento globale (cd. *global warming potential*, in sigla GWP) nel corso del ciclo di vita degli edifici di nuova costruzione a norma dell'articolo 7, paragrafo 2, il GWP totale nel corso del ciclo di vita è comunicato sotto forma di indicatore numerico per ciascuna fase del ciclo di vita espresso in $kgCO_2eq/(m^2)$ (di superficie coperta utile), calcolato per un periodo di studio di riferimento di 50 anni. La selezione dei dati, la definizione degli scenari e i calcoli sono effettuati conformemente alla norma EN 15978 (EN 15978:2011 *Sostenibilità delle costruzioni. Valutazione della prestazione ambientale degli edifici. Metodo di calcolo*) e tenendo conto di eventuali norme successive relative alla sostenibilità delle costruzioni e al metodo di calcolo per la valutazione della prestazione ambientale degli edifici. La portata degli elementi edilizi e delle

A sua volta, il regolamento delegato (UE) 2021/2139 del 4 giugno 2021, cd. *Tassonomia-Clima*[20], stabilisce che nel caso di edifici superiori a 5mila mq verrà calcolato il potenziale di riscaldamento globale (GWP).

2.2. (segue)… *nei criteri e nelle clausole dei contratti pubblici*

La legge spagnola sui contratti pubblici (Ley 9/2017 dell'8 novembre 2017, *de Contratos del Sector Público*, in sigla LCSP) stabilisce che «in tutti i contratti pubblici saranno applicati criteri sociali e ambientali […] collegati all'oggetto dell'appalto, nella convinzione che il loro utilizzo favorisca un miglior rapporto qualità-prezzo nonché l'uso migliore e più efficiente del denaro pubblico»[21].

La legge spagnola, dunque, non stabilisce un obbligo assoluto di applicazione di criteri riferiti alla riduzione dei gas a effetto serra. Essa impone genericamente l'utilizzo di criteri ambientali e sociali, senza ulteriori precisazioni riguardo la mitigazione del cambiamento climatico.

Nella *Estrategia Nacional de Contratación Pública (2023-2026)* viene dichiarato che «le amministrazioni, attraverso gli appalti, devono contribuire in modo decisivo alla lotta al cambiamento climatico e alla sostenibilità ambientale». Si tratta di una previsione generica, di natura programmatica, che dà priorità all'obiettivo strategico del contrasto al cambio climatico tramite l'attività contrattuale pubblica. Tuttavia, la formulazione è tale che da essa non sono attesi impatti significativi, mancando una concreta pianificazione di come debba trovare attuazione tale priorità[22], ad esempio attraverso specifiche previsioni organizzative,

---

attrezzature tecniche è definita nel quadro comune dell'UE Level(s) per l'indicatore 1.2. Se esiste uno strumento o un metodo di calcolo nazionale o se questo è necessario per fornire informazioni od ottenere licenze edilizie, il rispettivo strumento o metodo può essere utilizzato per fornire le informazioni richieste. Possono essere utilizzati altri strumenti o metodi di calcolo purché soddisfino i criteri minimi stabiliti dal quadro comune dell'UE Level(s). Se disponibili, devono essere utilizzati i dati relativi a prodotti da costruzione specifici, calcolati conformemente al Regolamento (UE) n. 305/2011 *che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei prodotti da costruzione*. Così l'Allegato III della Direttiva (UE) 2024/1275 del 24 aprile 2024, *sulla prestazione energetica nell'edilizia*.

[20] Si veda il Regolamento delegato (UE) 2021/2139 del 4 giugno 2021, *che integra il Regolamento (UE) 2020/852 fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale*.

[21] Si veda l'art. 1, co. 3, della Ley 9/2017 *de Contratos del Sector Público*, a mente del quale «*En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social*».

[22] La *Estrategia Nacional de Contratación Pública (2023-2026)* si limita ad un riferimento generico alla necessità di promuovere lo sviluppo di guide, raccomandazioni, istruzioni, cataloghi di servizi che facilitino le

metodologie, e quan'altro necessario per l'elaborazione e l'applicazione di criteri e clausole.

Tornando alla LCSP va rilevato che sebbene non disponga alcun obbligo specifico di utilizzo dei criteri climatici, ne consente l'applicazione in più momenti delle procedure di aggiudicazione, segnatamente quando l'amministrazione definisce:

- le specifiche tecniche, riferendole all'impatto climatico di lavori, servizi e forniture (art. 125, co. 1, LCSP);
- i criteri di aggiudicazione, riguardanti «la riduzione del livello di emissioni di gas serra" (art. 145, co. 2, LCSP);
- i criteri di aggiudicazione riguardanti il costo del ciclo di vita, che può includere il «costo delle emissioni di gas serra e di altre emissioni inquinanti, nonché altri costi di mitigazione del cambiamento climatico" (art. 148, co. 2, lett. a, LCSP);
- le condizioni di esecuzione, riferendole alla «riduzione delle emissioni di gas serra» (art. 202, LCSP).

In conclusione, possiamo dire che la LCSP: (1) *richiede* l'integrazione di criteri ambientali in tutti gli appalti pubblici e (2) *consente* l'utilizzo dell'impronta di carbonio per perseguire obiettivi climatici. In altri termini, non v'è alcun obbligo di utilizzo dell'impronta di carbonio ma ad essa si può fare riferimento per dar attuazione alla previsione di utilizzare criteri ambientali. Del resto, l'obbligo (generico) fissato nella LSCP di attivare contratti (ambientalmente e socialmente) sostenibili è compatibile con la discrezionalità delle stazioni appaltanti di individuare nella documentazione di gara specifiche tecniche, requisiti di capacità tecnica, criteri di aggiudicazione e condizioni di esecuzione *ad hoc*.[23]

In altre disposizioni il Legislatore spagnolo compie scelte più nette. È il caso, ad esempio, della citata Ley 11/2023 della Comunità di Aragon sull'uso strategico degli appalti pubblici, particolarmente nella parte dedicata alla promozione dell'alimentazione sostenibile. La legge aragonese stabilisce che le amministrazioni *devono* utilizzare criteri di aggiudicazione che considerano l'impronta ambientale delle attività oggetto dell'appalto, con riferimento ad esempio alla produzio-

---

buone pratiche e favoriscano l'applicazione di clausole – requisiti, criteri e condizioni per la contrattazione strategica. Sul tema si veda J.M. Gimeno Feliu, *Por una moderna Estrategia Nacional de Contratación Pública: cooperativa, proactiva y transformadora*, in *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, ottobre-novembre 2022.

[23] Si veda l'art. 124, («*Pliego de prescripciones técnicas particulares*») della LCSP, a mente del quale «*El órgano de contratación aprobará […] los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley […]*», anche l'art. 122, co. 2, («*Pliegos de cláusulas administrativas particulares*») a mente del quale «*en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán […] las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan […]*».

ne e al trasporto degli alimenti, in tal modo favorendo la filiera corta o misure che compensano le esternalità ambientali legate alla produzione e al trasporto dei beni impiegati nell'appalto[24]. Al contempo, la legge indica l'obiettivo di favorire soluzioni innovative in grado di ridurre l'impronta delle attività del contratto[25].

L'utilizzo dell'impronta di carbonio può tradursi, a seconda dello scopo e della natura delle attività oggetto dell'appalto, in specifiche tecniche, requisiti di capacità tecnica, criteri di aggiudicazione, condizioni di esecuzione. La normativa di alcune Comunità autonome indica espressamente la possibilità di utilizzare il calcolo dell'impronta di carbonio nel modo che meglio si adatta agli obiettivi climatici dell'appalto[26].

In ogni caso, l'utilizzo dell'impronta di carbonio come criterio di aggiudicazione richiede particolari cautele, tenuto conto delle difficoltà di disporre di dati e metodologie uniformi e, dunque, di disporre di impronte oggettivamente comparabili. Se per qualsiasi ragione non è possibile valutare le performance ambientali delle offerte sulla base di calcoli oggettivi e comparabili, sarà preferibile utilizzare l'impronta di carbonio per la definzione delle specifiche tecniche o delle condizioni di esecuzione.

---

[24] Si veda l'art. 33, co. 1, («*Fomento de la alimentación sostenible*») della Ley 11/2023 *de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón*, a mente del quale «*1. En las licitaciones cuyo objeto comprenda el suministro o la preparación de alimentos, deberá priorizarse la compra de productos de temporada, alimentos frescos, así como de agricultura ecológica. Asimismo, los órganos de contratación incorporarán criterios de adjudicación que valoren la huella ambiental del contrato, tomando como referencia las circunstancias relativas a la producción y el transporte de los alimentos, tales como el empleo de circuitos cortos de distribución o la existencia de medidas de carácter compensatorio que neutralicen el impacto ecológico negativo ligado a la producción y el transporte a través de inversiones medioambientales*».

[25] Si veda l'art. 54, co. 3, («*Promoción de la innovación*») della Ley 11/2023 *de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de AragónContratos del Sector Público*, a mente del quale «*Se considera promoción de la innovación aquellos contratos que plantean cambios significativos en la implantación y concepción de los bienes, servicios y procesos que son objeto de contratación por los sectores públicos autonómico y local, así como aquellos cuyo objeto dé cobertura al desarrollo de actuaciones científicas, tecnológicas, organizativas, financieras y comerciales dirigidas a promover la innovación en los productos y en los procesos. […] La innovación de procesos tendrá por objeto la adquisición de bienes, obras o servicios en los que la producción o la distribución hayan experimentado cambios significativos en lo relativo a técnicas, materiales o programas informáticos empleados, con el fin de disminuir los costes unitarios y la huella ambiental, incrementar la calidad o eficiencia, o presentar productos nuevos o sensiblemente mejorados. No tendrá la consideración de innovación, por sí misma, entre otros supuestos, la ampliación o sustitución de equipos, el abandono de prácticas obsoletas, los cambios por estacionalidad o la traslación de las variaciones en los costes a los precios*».

[26] Si veda l'art. 53, co. 1, («*Huella de carbono de productos, servicios y suministros en la contratación pública*») della Ley 8/2018, dell'8 ottobre, *de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía*, a mente del quale «*En las licitaciones que lleven a cabo la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes Instrumentales, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incluir en cualquier fase del procedimiento la necesidad de disponer de la huella de carbono de los productos, servicios y suministros objeto de las licitaciones en el sentido indicado en la normativa de contratación pública […]*». Si veda anche, sulla falsariga della norma citata, l'art. 60 («*Huella de carbono de productos, servicios y suministros en la contratación pública*») della Ley Foral 4/2022, del 22 marzo, *de Cambio Climático y Transición Energétic*a della Comunità Autonoma di Navarra.

2.3. (segue)… *nella legislazione sul cambiamento climatico e nel Real Decreto che istituisce il Registro nazionale dell'impronta di carbonio*

Nella legge nazionale sul cambiamento climatico sono presenti norme riguardanti la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra e, in particolare, il calcolo e l'uso dell'impronta di carbonio negli appalti pubblici.

Al riguardo va fatta menzione non solo della Ley 7/2021 sul cambiamento climatico e la transizione energetica, e part. del suo articolo 31[27], ma anche delle leggi delle Comunità autonome sul cambiamento climatico e gli appalti pubblici[28].

Inoltre, è opportuno fare riferimento al Real Decreto 163/2014 del 14 marzo che istituisce il Registro nazionale dell'impronta di carbonio[29]. Questa legge si basa sul presupposto, dichiarato nel preambolo, che l'acquisto di beni e servizi da parte delle amministrazioni incide sul riscaldamento globale, e dunque che ogni contratto pubblico è caratterizzato da un'impronta di carbonio. Di qui l'indicazione rivolta alle amministrazioni affinché riducano la propria impronta e, conseguentemente, si impegnino ad acquistare beni e servizi con la minor impronta di carbonio.

Nel Real Decreto viene chiarito che le stazioni appaltanti possono utilizzare l'impronta di carbonio nelle procedure di aggiudicazione (in quanto soluzione orientata al perseguimento di obiettivi ambientali), e che l'impronta può essere accertata mediante certificati o altri mezzi di prova equivalenti[30].

Riferimenti analoghi si trovano in molte disposizioni delle Comunità autonome[31].

---

[27] Si veda la Ley 7/2021, del 20 maggio, *de cambio climático y transición energética*, part. l'art. 31 («*Contratación pública*»).

[28] Si veda la Ley 16/2017, del primo agosto, *de cambio climático* della Catalogna, la Ley 8/2018, dell'8 ottobre, *de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético* dell'Andalusia (part. l'art. 30), la Ley 10/2019, del 22 febbraio, *de cambio climático y transición energética* delle Isole Baleari (art. 68), la Ley Foral 4/2022, del 22 marzo, *de cambio climático y transición energétic*a di Navarra (art. 23), la Ley 6/2022, del 5 dicembre, del *cambio climático y la transición ecológica* di Valencia; la Ley 6/2022, del 27 dicembre, *de cambio climático y transición energética* delle Canarie (art. 28, co. 22). Per l'analisi approfondita della legislazione delle Comunità autonome si veda F. Hernández González, *La compra pública verde en la legislación autonómica sobre cambio climático*, in X. Lazo Vitoria (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, cit.

[29] Con questa norma il Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico ha stabilito le metodologie di riferimento e le organizzazioni per la verifica dei calcoli dell'impronta di carbonio. Di particolare interesse, in questo senso, è la *Guía para el cálculo de la huella de carbono y para la elaboración de un plan de mejora de una organización* che il medesimo Ministero ha pubblicato nel 2023.

[30] Si veda il Real Decreto 163/2014, del 14 marzo, «*por el que se crea el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono*», segnatamente l'art. 10 («*Consideración de la Huella de Carbono en la contratación pública*») a mente del quale «*A efectos de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el órgano de contratación podrá incluir entre las consideraciones de tipo medioambiental que se establezcan en el procedimiento de contratación, las relativas a la huella de carbono, que podrán acreditarse mediante certificados equivalentes u otros medios de prueba de medidas equivalentes de gestión medioambiental*».

[31] Si veda l'art. 53 della citata Ley 8/2018, dell'8 ottobre, *de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético* dell'Andalusia e l'art. 60 della citata Ley Foral 4/2022, del 22 marzo,

I dati relativi all'impronta di carbonio certificata dal Registro nazionale, consentono ai titolari di dimostrare non solo di aver svolto il calcolo dell'impronta ma anche di aver operato per la sua riduzione (ed eventuale compensazione).

La possibilità di utilizzare i dati del Registro nelle procedure di aggiudicazione degli appalti incontra significative limitazioni, dovute principalmente al fatto che i dati là riportati fanno riferimento all'impronta delle organizzazioni, e non all'impronta di beni o servizi.

3. *L'impronta di carbonio nelle specifiche tecniche*

Le amministrazioni dispongono di ampia discrezionalità nella determinazione dell'oggetto degli appalti. Tale discrezionalità permette di considerare quali obiettivi ambientali perseguire e, conseguentemente, calibrare le caratteristiche di beni e servizi da acquistare, che si traducono in specifiche tecniche nella documentazione di gara.

Quando le amministrazioni intendono perseguire obiettivi ambientali o climatici mediante specifiche tecniche ad hoc, è opportuno che nella documentazione di gara (o nel contratto) utilizzino esplicitamente la rubrica con la dicitura «bassa impronta di carbonio» o «criteri climatici»[32].

Al riguardo, la LCSP stabilisce che «le specifiche tecniche sono definite facendo riferimento a criteri di sostenibilità e tutela dell'ambiente». Tale indicazione risulta essere vincolante solo quando l'oggetto dell'appalto «incide o può incidere» sull'ambiente[33]. In tal senso, l'applicazione di specifiche tecniche basate sull'impronta di carbonio è opportuna solo se le attività / i beni richiesti dall'amministrazione generano emissioni di gas a effetto serra (diversamente la scelta di applicare specifiche legate all'impronta potrebbe risultare eccessiva e sproporzionata).

---

de cambio climático y transición energética di Navarra.

[32] Tale precisazione rispone a quanto richiesto dall'art. 99, co. 1, della citata Ley 9/2017, dell'8 novembre, *de Contratos del Sector Público*, a mente del quale «*1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten*».

[33] Così per l'art. 126, co. 4, («*Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas*»), della citata Ley 9/2017, a mente del quale «*Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación*».

3.1. *Precisazioni riguardanti il calcolo dell'impronta*

Nella definizione delle specifiche tecniche l'amministrazione può rinviare a norme, documenti e standard tecnici, ovvero elencare le prestazioni e le esigenze funzionali alle quali i beni e i servizi devono corrispondere.[34]

Se la specifica tecnica indicata dall'amministrazione si basa sul calcolo dell'impronta di carbonio è opportuno che la documentazione di gara indichi la metodologia per il calcolo (alternativamente può indicare la norma tecnica ove si fa riferimento alla metodologia), indipendentemente dal fatto che l'impresa possa dimostrare il calcolo dell'impronta tramite certificati o altri mezzi di prova equivalenti.

La specifica tecnica può comportare l'obbligo di calcolare e/o analizzare l'impronta di carbonio nella fase di progettazione di appalti di servizi[35] e di opere[36]. In questo modo sarà possibile conseguire migliorie ambientali e garantire un minor impatto delle attività. È evidente quanto l'impronta di carbonio costituisca una soluzione estremamente valida per orientare le scelte dell'amministrazione verso investimenti sostenibili, sulla base di informazioni oggettive e comparabili, dunque senza rischio di *greenwashing* o forme di *mala administration*.

---

[34] Si veda l'art. 126, co. 5, («*Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas*»), della citata Ley 9/2017, a mente del quale «*Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, las prescripciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras: a) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo; b) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención «o equivalente» […]*».

[35] Nel *Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025)* viene previsto che nella preparazione dei contratti di servizi per l'organizzazione di eventi si possa richiedere (per le specifiche tecniche e i criteri di valutazione) di effettuare il calcolo delle emissioni di gas serra o dell'impronta di carbonio che l'evento comporta, e che si valuti positivamente la compensazione dell'impronta. In questi termini si pone la citata Ley 6/2022, del 5 dicembre, *del cambio climático y la transición ecológica* di Valencia, laddove l'art. 96 stabilisce che gli appalti per l'organizzazione di eventi incorporeranno criteri di sostenibilità, il calcolo dell'impronta di carbonio, la pubblicazione e la riduzione delle emissioni associate.

[36] Si veda, ad esempio, la documentazione di gara relativa al *Pliego de prescripciones técnicas del servicio de asistencia técnica a la redacción del proyecto básico y de ejecución de la Comisaría local de la Policía Nacional en Mahón* (Isole Baleari, doc. ref. Expte. 23.071.NPN2011.PY.04) la quale stabilisce l'obbligo per l'appaltatore di effettuare l'analisi dei costi del ciclo di vita del progetto. In particolare, il progetto deve essere proposto e realizzato con materiali sostenibili, considerando l'impronta di carbonio durante tutto il processo di produzione dei materiali, costruzione, valutando altresì la separazione delle frazioni di rifiuti generati nella costruzione, sia in cantiere che nel futuro processo di demolizione dell'edificio una volta esaurita la sua vita utile (pt. 3.3.1.4). Il punto 3.3.2.1 del bando stabilisce i requisiti metodologici che devono essere soddisfatti per effettuare l'analisi del ciclo di vita.

Inoltre, negli appalti o nelle concessioni di lavori può essere richiesto all'appaltatore di calcolare l'impronta di carbonio che verrà generata durante l'esecuzione dei lavoro e/o durante la vita dell'edificio. Questa soluzione permette di verificare il rispetto dei dati stimati nella fase di progettazione e ottenere i dati sull'effettivo impatto climatico delle attività svolte, (dati) che potranno essere divulgati e utilizzati per la valutazione dei risultati climatici collegati all'esecuzione del contratto.

La riduzione dell'impronta di carbonio può essere perseguita anche tramite l'utilizzo di prodotti o materiali a basso impatto (ad esempio in termini di minor generazione di emissioni di gas a effetto serra), come il legno[37]. Questa soluzione richiede l'utilizzo di prodotti che soddisfano determinati standard ecologici[38], basati sull'analisi del ciclo di vita[39], spesso oggetto di specifiche etichettature.

Sul punto va precisato che i certificati riguardanti l'impronta di carbonio sono differenti dalle etichette ecologiche (indicate dall'articolo 127 della LCSP).[40]

I certificati dell'impronta di carbonio indicano la prestazione ambientale di un prodotto (in termini di generazione di emissioni di gas a effetto serra), indipendentemente dal fatto che esso sia o non sia un prodotto ecologico. Tali certificati non servono dunque a caratterizzare un prodotto o un servizio come ecologico, ma offrono semplicemente una serie di informazioni. In tal senso non possono costituire un mezzo di prova del carattere ecologico di un bene o servizio[41].

---

[37] Si veda la *Guía para el fomento de la madera en contratación pública de edificaciones sostenibles*, 2023. La soluzione prospettata è coerente con quelle introdotta dalla citata Ley 7/2021, del 20 maggio, *de cambio climático y transición energética*, laddove l'art. 8, co. 2, stabilisce che i materiali utilizzati sia nella costruzione che nella ristrutturazione degli edifici devono avere la minore impronta di carbonio possibile al fine di ridurre le emissioni totali dell'intero intervento.

[38] Tra i sistemi di certificazione della sostenibilità degli edifici si possono citare BREEAM (*Building Research Establishment Environmental Assessment Methodology*); LEED (*Leadership in Energy and Environmental Design*); Certificación VERDE; WELL; Passivhaus; Certificación FSC de proyectos. Per l'utilizzo di tali certificazioni si richiama il *Contrato de servicios «asistencia técnica para redacción de proyecto básico y de ejecución: Valencia/Quart de Poblet/Edificos y urbanización expansión UNICTF*, laddove sia il progetto preliminare (pt. 5.2) sia il progetto esecutivo (pt. 5.3) devono integrare la documentazione relativa alla valutazione e certificazione di sostenibilità. In particolare viene richiesta una precertificazione del progetto esecutivo e una successiva certificazione dell'esecuzione dei lavori. È necessario ottenere un punteggio di quattro su cinque nei sistemi di certificazione VERDE del Green Building Council España o un punteggio equivalente di un altro Organismo di Certificazione di Sostenibilità.

[39] Sul punto si richiama la citata Ley 6/2022, del 5 dicembre, del *cambio climático y la transición ecológica* di Valencia laddove l'art. 93 stabilisce che le amministrazioni della Comunità di Valencia inseriranno nei documenti di gara per gli appalti o le concessioni di lavori la previsione di una certificazione di edilizia sostenibile (sia per le nuove costruzioni sia per le ristrutturazioni) che garantisca la riduzione delle emissioni di gas serra, l'efficienza energetica, il risparmio di acqua e la riduzione dei rifiuti.

[40] Si veda l'art. 127, («*Etiquetas*»), della citata Ley 9/2017, a mente del quale «*A los efectos de esta Ley, se entenderá por «etiqueta»: cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos*».

[41] Il tema è stato oggetto della decisione del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 145/2021. Il caso riguardava un bando che stabiliva per tutti i lotti in cui era suddiviso l'appalto l'obbligo di garantire prodotti con determinate etichette ambientali. Un offerente dimostrava la con-

Piuttosto, i dati certificati dall'impronta di carbonio possono essere utilizzati per selezionare la soluzione che tra più alternative genera il minor impatto o per confrontare le prestazioni climatiche di più beni o servizi (che pure sono conformi a determinati standard o etichette ecologiche).

Allo stesso modo, la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra può essere ottenuta richiedendo specifiche legate al risparmio o all'efficienza energetica, oppure richiedendo soluzioni che generano minor impatto climatico rispetto a quelle basate su combustibili fossili.

Queste soluzioni (definizione di specifiche tecniche a basso impatto oppure rinvio a eco etichette) sono piuttosto semplici, esse consentono il perseguimento degli obiettivi climatici senza l'applicazione delle metodologie per il calcolo dell'impronta di carbonio. Tuttavia, non può sottacersi il fatto che il calcolo dell'impronta consentirebbe di avere dati effettivi sulla riduzione dell'impatto climatico derivante dall'uso, ad esempio, di prodotti derivati dal legno o di prodotti a basso consumo energetico.

3.2. *La definizione delle specifiche tecniche nelle normative di settore*

La Ley spagnola 7/2021 sul cambio climatico e la transizione energetica stabilisce che nei contratti affidati dall'Amministrazione generale dello Stato (e dalle agenzie ed enti che ne fanno parte) vengano utilizzate specifiche tecniche riguardanti la riduzione delle emissioni e dell'impronta di carbonio (art. 126, co. 4). Disposizioni simili sono presenti nelle recenti leggi sul cambiamento climatico adottate dalle Comunità autonome[42].

formità a tale requisito dei beni offerti presentando l'attestato della rispettiva impronta di carbonio. La Corte ha ritenuto che ciò non fosse conforme ai requisiti del bando, nella misura in cui i certificati dell'impronta di carbonio non hanno il carattere di etichette ambientali. La Corte ha precisato che i sistemi di ecoetichettatura, quali ad esempio i sistemi di riconoscimento "Best in Class" (ecolabel), indicano che il prodotto ha superato una serie di requisiti che implicano un minore impatto ambientale rispetto ad altri prodotti dello stesso tipo.

[42] Si veda, ad esempio, l'art. 29, co. 1, lett. d, della Ley 16/2017, del primo agosto, *de cambio climático* della Catalogna, a mente del quale «*Los departamentos de la Generalidad y sus organismos dependientes deben: […] Incluir en todos los procedimientos de contratación pública en que resulte adecuado a su objeto especificaciones técnicas y criterios de adjudicación específicos relativos al uso eficiente de recursos y a la minimización de las emisiones de gases de efecto invernadero. La cuantificación del uso de recursos y de emisiones de gases debe incluirse en el cálculo del coste de inversión, de explotación y de mantenimiento del objeto del contrato*». Si veda anche la *Disposición adicional undécima* («*Disposiciones sobre contratación administrativa*») della la Ley Foral 4/2022, del 22 marzo, *de cambio climático y transición energética* di Navarra, secondo la quale: «*1. De conformidad con lo establecido en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos, en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios medioambientales y de sostenibilidad energética cuando guarden relación con el objeto del contrato, que deberán ser objetivos, respetuosos con los principios informadores de la contratación pública y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente. Para ello, la contratación de las administraciones públicas de Navarra y el conjunto de organismos y entidades del sector público foral incorporará, de conformidad con los artículos 60 y 61 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, como prescripciones técnicas par-*

La Ley 7/2021 introduce nella disciplina dei contratti pubblici l'obbligo di utilizzare prescrizioni tecniche volte a ridurre l'impronta di carbonio. Pertanto, oltre all'obbligo generico di utilizzare criteri ambientali (previsto dalla LCSP), questa normativa (speciale) introduce l'obbligo di specifiche tecniche riferite al clima. Tale obbligo, come ricordato, non assume valenza generale, in quanto sussiste solo quando l'oggetto del contratto incide o può incidere sulla generazione di emissioni di gas ad effetto serra. Per l'applicazione di tale obbligo la Ley 7/2021 stabiliva che entro un anno dalla sua adozione – termine già trascorso – venisse predisposto un elenco di beni e servizi per i quali le amministrazioni avrebbero dovuto applicare specifiche e criteri riguardanti il contrasto del cambio climatico, la riduzione delle emissioni e dell'impronta di carbonio[43].

Tale elenco dovrebbe includere, per i servizi più importanti e per quanto tecnicamente possibile, almeno i riferimenti alle metodologie e ai dati per il calcolo dell'impronta di carbonio.

Vero è che l'elenco, la cui pubblicazione è tuttora pendente, non dovrebbe limitarsi a indicare una serie di obiettivi generici o clausole vaghe[44], dovrebbe piuttosto essere il risultato di un lavoro tecnico e di una metodologia paragonabili a quelli sviluppati dalla Commissione europea con il supporto del Centro Comune di Ricerca (Joint Research Centre - JRC) per la definizione di criteri minimi per gli appalti verdi.

L'Amministrazione generale dello Stato non sembra consapevole della necessità di sviluppare conoscenze tecniche per la predisposizione di clausole e soluzioni da applicare nei contratti pubblici. Eppure questo è il modo più efficace per compiere progressi sul 'fronte' degli appalti sostenibili. In altri termini, non

---

ticulares en los pliegos de contratación, criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono dirigidos específicamente a la lucha contra el cambio climático».

[43] Si veda l'art. 31, co. 1, («*Contratación pública*») della Ley 7/2021, *de cambio climático y transición energética,* a mente del quale: «*1. De conformidad con lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público […] en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios medioambientales y de sostenibilidad energética cuando guarden relación con el objeto del contrato, que deberán ser objetivos, respetuosos con los principios informadores de la contratación pública y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente. Para ello, la contratación de la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal incorporará […] omo prescripciones técnicas particulares en los pliegos de contratación, criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono dirigidos específicamente a la lucha contra el cambio climático. A tal efecto, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y el Ministerio de Hacienda elaborarán un catálogo de prestaciones en cuya contratación se tendrán en cuenta los criterios de lucha contra el cambio climático mencionados en este apartado y en el que se identificarán tales criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono, incluidos los relacionados con una alimentación sostenible y saludable*».

[44] L'affermazione trae spunto da quanto previsto nella *Estrategia Nacional de Contratación Pública (2023-2026)* ove si fa riferimento alla necessità di promuovere lo sviluppo di guide, raccomandazioni, istruzioni, elenchi di servizi che facilitano le buone pratiche e favoriscono l'utilizzo degli appalti cd. strategici. Nel documento non vengono indicati obiettivi specifici, né metodologie, né termini, il che fa sorgere seri dubbi sul risultato atteso da siffatte previsioni.

sembra esservi la volontà politica di sviluppare i contenuti già previsti dal Legislatore. Un impulso significativo potrebbe venire dalla Commissione europea che ha annunciato interventi normativi per rendere obbligatori gli appalti verdi.

Oltre all'obbligo generico sopra ricordato, sempre l'art. 31 della Ley 7/2021, al co. 3, stabilisce che gli appalti (e le concessioni) in tema di progettazione e opere «possono contenere» requisiti tecnico climatici, quali in via esemplificativa:

«a) che il legno utilizzato nelle costruzioni provenga da foreste gestite in modo sostenibile e tenendo conto della loro impronta ecologica;

b) azioni di riforestazione con specie autoctone, come misura compensativa per ridurre l'impronta carbonica derivante dall'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto».

Non sono prescrizioni che si riferiscono direttamente al calcolo dell'impronta di carbonio, ma ne consentono la riduzione o la compensazione.

Nel caso delle misure compensative dell'impronta (*supra* lett. b) sarà necessario prevedere nella documentazione di gara l'obbligo di misurazione dell'impronta durante l'esecuzione del contratto, definendo altresì la metodologia da applicare per il calcolo. In questo modo si potrà verificare che la compensazione riguarda le emissioni effettive generate dall'appalto.

4. *L'utilizzo dell'impronta di carbonio nei criteri di aggiudicazione*

La legge spagnola sui contratti pubblici individua le tipologie merceologiche di appalti per i quali l'aggiudicazione va processata utilizzando più di un criterio (art. 145, co. 3, Ley 9/2017 o LCSP). Per tali tipologie possono essere presi in considerazione criteri riguardanti le tematiche ambientali.

In questi casi, dunque, è la norma che individua le tipologie di appalti la cui esecuzione genera impatti significativi sull'ambiente e per i quali vanno applicati criteri ambientali, misurabili, come il minor impatto ambientale, il risparmio e l'uso efficiente di acqua, energia e materiali, il costo del ciclo di vita, le procedure e i metodi di produzione ecologici, la produzione e la gestione dei rifiuti, l'uso di materiali riciclati o riutilizzati nonché di materiali ecologici[45].

[45] Si veda l'art. 145, co. 3, lett. h, («*Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato*»), della citata Ley 9/2017, a mente del quale: «*La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos: […] h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos*».

Negli appalti «con impatto significativo» sull'ambiente dovranno quindi essere utilizzati criteri volti a privilegiare offerte con minor impatto ambientale.

Per quanto la legge non faccia menzione esplicità di criteri o clausole specifiche sul clima è ragionevole pensare che per dette tipologie di contratti i criteri da utilizzare sono quelli riguardanti la decarbonizzazione e il contrasto del cambiamento climatico[46].

Le norme della LCSP sono integrate dalla Ley 7/2021 sul cambiamento climatico e la transizione energetica, secondo la quale gli enti statali «inseriscono» nella documentazione di gara di progetti, appalti o concessioni di lavori «alcuni» dei seguenti criteri di aggiudicazione (art. 31, co. 2):

- qualificazione energetica degli edifici;
- risparmio ed efficienza energetica che promuovano un elevato livello di isolamento termico negli edifici, energie rinnovabili e basse emissioni degli impianti;[47]
- utilizzo di materiali da costruzione sostenibili, tenendo conto della loro vita utile;
- misure per la riduzione delle emissioni di gas serra e di altri inquinanti atmosferici nelle diverse fasi del processo di realizzazione delle opere pubbliche;
- misure di adattamento ai cambiamenti climatici;
- minimizzazione della produzione di rifiuti.
- Scorrendo questo elenco si osserva che la norma sembra far riferimento non tanto a specifici criteri di aggiudicazione quanto a una serie di obiettivi, per il cui perseguimento vanno definiti criteri di aggiudicazione chiari, precisi e misurabili.

In particolare, la norma si stabilisce l'obbligo di utilizzare *alcuni*criteri di aggiudicazione legati agli obiettivi climatici elencati nell'art. 31, co. 2, della Ley 7/2 021. Tale obbligo non è condizionato al fatto che dall'appalto derivi un *impatto significativo*, come invece prevede l'art. 145, co. 3, lett. h, della LCSP.

---

[46] Sul punto giova richiamare la citata legge aragonese sull'uso strategico degli appalti pubblici (Ley 11/2023). Essa stabilisce (art. 33) che le amministrazioni devono utilizzare «criteri di aggiudicazione che valutino l'impronta ambientale dell'appalto". Per soddisfare questa indicazione le amministrazioni devono fare riferimento "alle circostanze relative alla produzione e al trasporto degli alimenti, quali filiere corte o misure compensative che neutralizzano l'impatto ecologico negativo legato alla produzione e al trasporto».

[47] Si veda I. Gallego Córcoles, *Compra pública ecológica: adquisición de energía procedente de fuentes renovables*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 2019, 1, 164 e ss.; anche E. Hernáez Salguero, *Análisis de las posibilidades de implementación de cláusulas de suministro de energía renovable en la doctrina de los tribunales de recursos contractuales*, in X. Lazo Vitoria (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, Atelier, 2022.

Vero è che l'indicazione della Ley 7/2021 va rispettata «fatte salve le disposizioni dell'art. 145, co. 2[48], della Ley 9/2017 sui contratti del settore pubblico» (art. 31, co. 2, Ley 7/2021).

Per effetto di questo richiamo i criteri di aggiudicazione devono sempre essere collegati all'oggetto dell'appalto. Inoltre, sempre secondo l'art. 145, co. 2, della Ley 9/2017 (LCSP) , tali criteri «devono essere accompagnati da un criterio relativo ai costi che, a discrezione dell'amministrazione, può essere il prezzo o un approccio basato sulla comparazione costo/efficacia, come il costo del ciclo di vita calcolato conformemente a quanto previsto dall'art. 148».

In tal senso, la legge nazionale sui contratti pubblici (LCSP) permette di applicare criteri di aggiudicazione riferiti al costo del ciclo di vita, che possono integrare il «costo delle emissioni di gas a effetto serra e di altre emissioni inquinanti, nonché altri costi di mitigazione del cambiamento climatico» (art 148. co. 2, lett. a, LCSP)[49].

Attraverso il calcolo dell'impronta di carbonio si possono avere numerose informazioni sulle emissioni di gas a effetto serra collegate allo svolgimento delle attività dell'appalto. Ad esempio, l'impronta permette di valutare il cd. costo ambientale delle attività, il che può avvenire se predefiniamo il costo assegnato a ciascun kg di CO_2 equivalente generato, costo che può essere collegato a quello definito nel mercato comunitario delle emissioni. L'impronta di carbonio costituisce un modo per determinare il costo del ciclo di vita del prodotto, in relazione anche alle esternalità ambientali (*rectius*: climatiche).

Sulla base di quanto detto si può affermare che l'art. 31, co. 2, («*Contratación pública*») della Ley 7/2021 *de cambio climático y transición energética* rafforza l'indicazione della LCSP, che per un verso si limita 'solo' a permettere l'utilizzo di criteri ambientale e, al contempo, li impone nel caso di attività che generano impatti significativi.

Vero è che l'obbligo di acquisti sostenibili stabilito dalla Ley 7/2021 ha un campo di applicazione limitato; esso, infatti, riguarda solo «appalti per la redazione di progetti, nonché appalti o concessioni di lavori». Esso, inoltre, va applicato, «all'Amministrazione generale dello Stato e all'insieme di agenzie ed enti che ne fanno parte».

---

[48] L'art. 145, co. 2, («*Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato*»), della citata Ley 9/2017, stabilisce la possibilità di utilizzare criteri di aggiudicazione ambientali; in dettaglio «le caratteristiche ambientali possono riferirsi, tra l'altro, alla riduzione del livello di emissioni di gas serra; all'adozione di misure di risparmio ed efficienza energetica e all'utilizzo di energia da fonti rinnovabili durante l'esecuzione del contratto; al mantenimento o al miglioramento delle risorse naturali interessate dall'esecuzione del contratto».

[49] Questa facoltà prevista dalla LCSP, nella normativa catalana diventa un vincolo, si veda il già citato art. 29, co. 1, lett. d, della Ley 16/2017, del primo agosto, *de cambio climático* della Catalona.

Tali limitazioni non sminuiscono l'importanza dell'obbligo introdotto, posto che i settori interessati – progettazione e opere pubbliche – sono quelli che generano il maggior impatto climatico: il settore delle opere rappresenta il 36% delle emissioni di gas a effetto serra e il 40% del consumo energetico. Agire su tali tipologie di contratti riduce in modo significativo l'impronta di carbonio.

In definitiva l'impronta di carbonio è utile per la definizione e l'identificazione degli investimenti sostenibili e, al contempo, per la riduzione del rischio di *greenwashing*. Facilita l'individuazione degli investimenti più rispettosi dell'ambiente, garantisce le migliori prestazioni climatiche, consente di comunicare – in modo oggettivo e affidabile – la sostenibilita di opere ed edifici realizzati dalle amministrazioni.

4.1. *I certificati del Registro nazionale dell'impronta di carbonio*

Il Real Decreto 163/2014 del 14 marzo, istitutivo del Registro nazionale dell'impronta di carbonio, stabilisce che le amministrazioni possono utilizzare l'impronta di carbonio tra i requisiti ambientali nelle procedure di aggiudicazione. Precisa, inoltre, che tali requisiti possono essere comprovati esibendo certificati o altri mezzi di prova equivalenti (art. 10).

La norma permette, così come la LCSP, di utilizzare requisiti che rinviano alle prestazioni climatiche delle attività appaltate. Essi possono tradursi in criteri di aggiudicazione riferiti all'impronta di carbonio, e la comprova delle prestazioni ambientali può basarsi su certificati o mezzi di prova equivalenti.

Ci si può chiedere se i certificati del Registro statale o dei Registri regionali dell'impronta di carbonio siano idonei a dimostrare le prestazioni ambientali di beni e servizi offerti dalle imprese. Al riguardo, anticipo che la mia valutazione è negativa, anche se non mancano orientamenti giurisprudenziali che, a fronte di determinati presupposti, ammettono questa possibilità.

Il tema può essere affrontato a partire da quanto indicato nel *Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado (2018-2025)*[50].

Qui risiede il 'peccato originale' delle prassi riguardanti l'utilizzo dei certificati del Registro a comprova del criterio di aggiudicazione fissato dalle amministrazioni.

Il Piano prevede che per 20 gruppi prioritari di beni, lavori e servizi sia necessario l'utilizzo di criteri di aggiudicazione basati: sull'iscrizione nel Registro

[50] Si veda J.J. Pernas Garcia, *Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica*, en *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, coord. por G. García-Álvarez García, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda, A. Nogueira López, Aranzadi, 2020.

dell'impronta di carbonio, nonché su compensazioni e progetti di assorbimento delle emissioni. Il Piano chiarisce che l'iscrizione di un'organizzazione nel Registro garantisce non solo che essa calcola le emissioni derivanti dalla sua attività, ma anche che dispone di un piano per la loro riduzione.

Questa previsione del Piano ha originato, a nostro avviso, una serie di cattive pratiche[51].

In primo luogo, essa ha influenzato le normative regionali sul cambiamento climatico.

Ne abbiamo dimostrazione, ad esempio, nella Ley 10/2019 del 22 febbraio, *de cambio climático y transición energética* delle Isole Baleari, laddove l'art. 68 stabilisce che «le amministrazioni introdurranno quali criteri di aggiudicazione l'iscrizione degli offerenti nei registri pubblici dell'impronta di carbonio e la riduzione o la compensazione delle loro emissioni».

La medesima disposizione è presente nella normativa delle Isole Canarie e di Valencia[52], entrambe del 2022.

Un'ulteriore conseguenza rimanda al fatto che l'applicazione di tali criteri non genera di fatto impatti positivi sulle prestazioni ambientali degli appalti, ed anzi si pone in contrasto con la normativa di settore, posto che i criteri applicati non sono collegati all'oggetto del contratto.

La situazione di incertezza giuridica che ne deriva è oggi aggravata da una serie di orientamenti giurisprudenziali che hanno ammesso l'utilizzo di questi criteri, consentendo l'assegnazione di punti premiali alle imprese che dimostrano l'iscrizione nel Registro dell'impronta di carbonio.

4.2. *Gli orientamenti giurisprudenziali*

I Tribunali amministrativi si sono pronunciati più volte sulla possibilità di utilizzare i certificati del Registro dell'impronta di carbonio tra i criteri di aggiudicazione delle offerte.

Tra il 2016 e il 2024 si contano trentanove casi giurisprudenziali riguardanti l'utilizzo di criteri collegati all'impronta di carbonio e alla sua certificazione.

I dati indicano un aumento significativo del contenzioso negli ultimi tre anni, arco temporale coincidente con l'approvazione della Ley 7/2021 *de cambio*

[51] Si veda O. Serrano Paredes, *Cambio climático y contratación pública: ¿es posible establecer como criterio de adjudicación la inscripción en el Registro de Huella de Carbono?*, en *Observatorio de Contratación Pública*, 2020.

[52] Si veda l'art. 90, co. 3, della Ley 6/2022, del 5 dicembre, del *Cambio Climático y la Transición Ecológica* della Comunità di Valencia. La norma aggiunge precisa che il criterio di valutazione deve essere «connesso all'oggetto del contratto… nei termini stabiliti dalla legislazione statale».

climático y transición energética e delle analoghe leggi regionali (Ley Foral 4/2022 di Navarra, Ley 6/2022 di Valencia Ley 6/2022 delle Isole Canarie).

I casi decisi dai Tribunali fanno riferimento solo ad appalti di servizi[53].

Il criterio contestato è riccorente: a fronte del certificato del Registro riguardante l'impronta di carbonio l'amministrazione assegna dei punti premiali all'impresa offerente[54].

La maggior parte delle decisioni sono contrarie all'utilizzo del criterio, in quanto privo di collegamento con l'oggetto del contratto[55]. Il criterio, infatti, facendo riferimento al Registro va a considerare l'impronta di carbonio dell'organizzazione e non del bene/servizio del contratto[56]. Più recentemente, tuttavia, alcune interpretazioni del Giudice amministrativo sembrano ammettere l'utilizzo del certificato di iscrizione nel Registro.

La decisione n. 175/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP) di Castilla y León riassume efficaciemente i punti sviluppati nella maggior parte delle decisioni[57]: «le certificazioni richieste, al pari di quelle che riguardano l'iscrizione nel Registro, fanno riferimento a caratteristiche struttura-

[53] Tutte le decisioni sono incentrate sull'applicazione dei criteri di aggiudicazione, la maggior parte riguarda la previsione di premialità comprovate dall'iscrizione nel Registro dell'impronta di carbonio. In alcuni casi, le decisioni dei Tribunali hanno riguardato l'ammissibilità di mezzi di prova equivalenti ai certificati di iscrizione nel Registro dell'impronta di carbonio, senza valutare nel merito la validità del criterio. Si vedano, in tal senso, le decisioni nn. 318/2023, 231/2023 e 1002/2019 del TARC Madrid.

[54] Siffatto criterio è stato dichiarato nullo dalla decisione del *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales* nn. 1048/2021.

[55] Tralasciando altri elementi di legittimità, per le clausole richiamanti l'iscrizione nel Registro dell'impronta di carbonio va considerato che l'applicazione di una clausola di questo tipo può causare restrizioni all'accesso del mercato. Ciò si verifica, ad esempio, per gli operatori che non riescono ad ottenere la documentazione richiesta entro il termine per la presentazione delle offerte; sul tema è intervenuta la decisione n. 9/2024 del 15 gennaio. L'impresa aveva effettuato la richiesta di iscrizione nel Registro il 30 giugno 2023 a fronte del termine del 31 luglio 2023 per la presentazione delle offerte. L'impresa non aveva ottenuto il certificato di iscrizione in tempo utile per la presentazione dell'offerta, per questo aveva allegato copia della domanda. Al riguardo il diudice amministrativo ha stabilito che: «l'iscrizione nel Registro deve essere avvenuta alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte […]. La clausola utilizzata dalla stazione appaltante non prevede che la presentazione della domanda di iscrizione nel Registro sia documento sufficiente a dimostrare il rispetto del requisito, né consente che vengano forniti altri documenti».

[56] La maggior parte delle decisioni giudiziali riguardano il collegamento del criterio con l'oggetto dell'appalto; al riguardo la decisione n. 407/2017 del TACP (Tribunal Administrativo de Contratación Pública) di Madrid ritiene che siffatto criterio viola il principio di non discriminazione in base alla nazionalità: del resto il criterio di iscrizione nel Registro dell'impronta di carbonio la valutazione delle offerte difficilmente potrà essere soddisfatto da imprese che non hanno la sede in altri Paesi dell'UE. In tal senso, il criterio favorirebbe le imprese spagnole, in modo discriminatorio e in contrasto con i principi generali che disciplinano gli appalti pubblici (tra i quali i principî della parità di trattamento e non discriminazione).

[57] Si vedano le decisioni: del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nn. 25/2021, 407/2017, 345/2022, 665/2022 e 833/2022; del Tribunal Administrativo de Contratación Pública di Madrid nn. 25/2021, 579/2017 e 407/2017; dell'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales della Comunità autonoma di Euskadi nn. 103/2022 e 34/2022; del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales dell'Andalusia n. 267/2022; del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales di Castilla y León nn. 74/2022 e 175/2022; del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos delle Canarie n. 239/2021.

li dell'azienda nel suo complesso, e non al contratto, per cui non possono considerarsi collegate all'oggetto del contratti, fermo restando che le certificazioni potrebbero essere richieste come requisito di capacità tecnica»[58].

Significativa è anche la decisione n. 1048/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ove il giudice amministrativo stabilisce che: «la Ley 9/2017 (LCSP) è intervenuta modificando i presupposti del nostro precedente orientamento, posto che la formulazione dell'art. 145, co. 2 e dell'art. 148, co. 1, permettono di utilizzare determinati certificati ambientali e sociali come criterio di aggiudicazione. […] Sulla base del nostro precedente orientamento [n. 456/2019] tale possibilità è subordinata al fatto che i requisiti siano collegati all'oggetto dell'appalto, ovverosia che essi facciano riferimento al servizio appaltato, in qualunque suo aspetto ed in qualunque fase del suo ciclo di vita. […] Per quanto riguarda il criterio del controllo e della riduzione delle emissioni di gas a effetto serra accertato tramite l'iscrizione nel Registro dell'impronta di carbonio, esso è ammissibile solo se fa riferimento esclusivamente alle prestazioni oggetto del contratto e non all'impresa nel suo complesso». In conclusione, il Tribunale dichiarava nulla la clausola inserita nella lex specialis.

Questa linea interpretativa è confermata nella decisione n. 833/2022: «Non emerge alcun rapporto dell'impronta di carbonio dell'organizzazione con i servizi oggetto dell'appalto, nemmeno emerge l'impatto che l'attività dei lavoratori dell'azienda può avere sulla produzione di gas ad effetto serra collegati all'oggetto del contratto».

Diversamente, con la decisione 1577/2022[59] il Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ammette la possibilità, entro certi limiti, di utilizzare i certificati del Registro[60]: «Sebbene il certificato collegato al Registro

[58] Si veda la decisione n. 175/2022 del TACP (Tribunal Administrativo de Contratación Pública) di Castilla y Leon. Si veda anche la decisione n. 1048/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ove il giudice stabilisce che: «la Ley 9/2017 (LCSP) è intervenuta modificando i presupposti del nostro precedente orientamento, posto che la formulazione dell'art. 145, co. 2 e dell'art. 148, co. 1, permettono di utilizzare determinati certificati ambientali e sociali come criterio di aggiudicazione. Sulla base del nostro precedente orientamento [n. 456/2019] tale possibilità è subordinata al fatto che i requisiti siano collegati all'oggetto dell'appalto, ovverosia che essi facciano riferimento al servizio appaltato, in qualunque suo aspetto ed in qualunque fase del suo ciclo di vita. […] Per quanto riguarda il criterio del controllo e della riduzione delle emissioni di gas a effetto serra accertato tramite l'iscrizione nel Registro dell'impronta di carbonio, esso è ammissibile solo se fa riferimento esclusivamente alle prestazioni oggetto del contratto e non all'impresa nel suo complesso». In conclusione, il Tribunale dichiarava nulla la clausola inserita nella lex specialis.

[59] L'orientamento stabilito con questa decisione è stato confermato nella successiva deecisione n. 1028/2023, del 28 luglio.

[60] La formulazione del criterio di valutazione, ritenuta legittimo dal Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, è la seguente: «sarà valutata la gestione attiva degli impatti climatici connessi all'attività dell'impresa offerente. […] Impresa non iscritta nel Registro dell'impronta di carbonio del Ministero: pt. 0. Iscrizione dell'impresa nel Registro dell'impronta carbonica del Ministero con la certificazione del calcolo: pt. 1. Iscrizione dell'impresa nel Registro dell'impronta carbonica del Ministero con scope 1+2 e certificazione «calculo y reduzco»: pt. 1.5. Iscrizione dell'impresa nel Registro dell'impronta carbonica del Ministero con

non sia normalmente utilizzabile tra i requisiti di aggiudicazione, in quanto fa riferimento all'impronta di carbonio dell'organizzazione, tuttavia è possibile utilizzarlo quando viene stabilito un chiaro collegamento con l'oggetto dell'appalto. In questo caso, infatti, viene utilizzato come strumento per misurare un miglioramento – sotto il profilo ambientale – del servizio. […] Le decisoni giurisprudenziali che hanno negato la possibilità di utilizzare il certificato del Registro come criterio di aggiudicazione si fondavano sul fatto che l'iscrizione nel Registro considera l'impresa nel suo insieme e non riguarda in alcun modo beni e servizi collegati all'oggetto del contratto. Nel caso in esame, invece, la clausola che stabilisce il criterio di aggiudicazione stabilisce che sarà valutata la gestione attiva degli impatti climatici connessi all'attività dell'impresa offerente, e precisa che per accedere ai punteggi […] l'impresa deve essere iscritta al Registro del Ministero e che detta iscrizione prevede nell'ambito del calcolo delle emissioni anche l'attività che è l'oggetto principale del contratto»[61].

Con la decisione 1577/2022, il Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ritiene ammissibile un criterio di aggiudicazione riferito all'iscrizione nel Registro dell'impronta di carbonio, a condizione che detta iscrizione includa il calcolo delle emissioni dell'organizzazione riferite ad attività che costituiscono l'oggetto principale del contratto[62].

Gli argomenti che sostengono la decisione sono molteplici: «È evidente, anche per chi non disponga di particolari conoscenze tecniche, che, l'utilizzo di alcune delle menzionate attività e macchine può causare un impatto negativo sull'impronta di carbonio, in tal senso, come abbiamo già stabilito nella decisione n. 984/2022, la scelta dell'amministrazione di valutare tra i criteri premiali quello dell'iscrizione nel Registro dell'impronta di carbonio (sempreché l'attività che rientra nel calcolo dell'impronta sia sufficientemente collegato all'ogget-

scope 1+2 e certificazione «calculo y reduzco y compenso»: pt. 2. Per beneficiare dei punteggi indicati l'impresa deve essere iscritta al Registro del Ministero, specificando che tale iscrizione comprende, nell'ambito del calcolo delle emissioni, l'attività oggetto principale del contratto».

[61] Così la citata decisione n. 1577/2022 dal Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, nonché le decisioni nn. 984/2022 e 1048/2021, anche il Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y Leon n. 3/2021.

[62] Ciò significa, ad esempio, che in un appalto per la raccolta dei rifiuti, bandito nel 2023, avremmo potuto richiedere, a comprova del criterio di aggiudicazione, un certificato del Registro dell'impronta di carbonio che faccia riferimento alle emissioni dell'azienda (ad es. quelle in tema di Recogida, tratamiento y eliminación de residuos, presenti nel Registro) collegate alle attività del contratto. Vero è, che i dati presenti nel Registro fanno riferimento alle emissioni dell'impresa nel suo complesso, dunque, riguardano attività solitamente più ampie e variegate di quelle del contratto, comprendendo servizi di natura diversa, come la gestione di un impianto di trattamento dei rifiuti. Inoltre, i dati presenti nel Registro si riferiscono ad emissioni già generate. Nell'esempio che stiamo riferendo, i dati del Registro sarebbero quelli del 2022, dunque un periodo antecendente la gara; il che rende difficile dimostrare il collegamento con l'oggetto del contratto che si sta aggiudicando.

to principale del contratto) soddisfa le finalità e le condizioni poste dall'art. 145, co. 5, della LCSP»[63].

L'orientamento della decisione 1577/2022 trova parziale conferma nella successiva decisione 1028/2023. Per quest'ultima è necessario (1) che la stazione appaltante motivi il collegamento tra il criterio premiale adottato e l'oggetto del contratto, e (2) che la valutazione delle offerte avvenga in condizioni di effettiva concorrenza. Ciò significa che il criterio deve fare riferimento ad attività svolte nell'esecuzione del contratto, in ogni suo aspetto e in qualsiasi fase del suo ciclo di vita (compresi i fattori coinvolti nel processo specifico di produzione o commercializzazione o nel processo specifico di un'altra fase del suo ciclo di vita, anche quando tali fattori non fanno parte della sua sostanza materiale).

Il ragionamento seguito dal Tribunale sembra denotare una non chiara comprensione delle differenze che intercorrono tra l'impronta di carbonio dell'organizzazione e l'impronta di carbonio dei beni / servizi. Non è chiaro, infatti, come possa esservi un collegamento tra l'oggetto dell'appalto e la certificazione dell'impronta dell'impresa, posto che quest'ultima si basa sulle emissioni riferite all'anno o agli anni precedenti la gara e riguardanti l'impresa nel suo insieme[64].

Questo orientamento del Tribunale è discutibile, a mio avviso, posto che non è possibile utilizzare un certificato attestante le emissioni generate nell'anno precedente la gara per dimostrare il minor impatto climatico delle attività dell'appalto in corso di aggiudicazione.

Non è una soluzione utile per ridurre le emissioni di gas serra derivanti dal contratto.

Se si volesse considerare l'impronta di carbonio di specifica attività tra i criteri di aggiudicazione, non è consigliabile basarsi sull'iscrizione nel Registro dell'impronta di carbonio, ancorché quest'ultima faccia riferimento ad attività oggetto del contratto.

---

[63] I macchinari collegati a un processo di esecuzione del contratto possono generare attraverso il consumo di carburante un impatto negativo sull'impronta di carbonio. In ogni caso, l'utilizzo di un criterio di aggiudicazione basato sull'iscrizione e sui dati presenti nel Registro fa riferimento a processi produttivi dell'anno antecedente la gara, e non alle caratteristiche ambientali delle attività e dei macchinari utilizzati nell'esecuzione del contratto. Dal nostro punto di vista, dunque, esso non consente una valutazione comparativa del livello di prestazione dei macchinari impiegati nell'esecuzione del contratto. In definitiva, l'iscrizione nel Registro non dice nulla sulle prestazioni ambientali delle attività e delle macchine che verranno impiegate nel contratto. Per valutare le prestazioni ambientali potrebbero essere utilizzati criteri di aggiudicazione di tipo tabellare riconducibili ai processi, ai prodotti, ai macchinari indicati per l'esecuzione del contratto. Si tratterebbe di criteri chiaramente legati all'oggetto del contratto, nella misura in cui si riferiscono o integrano i servizi che devono essere forniti. Si tratterebbero di criteri utili e, di conseguenza, proporzionati per il raggiungimento degli obiettivi climatici della stazione appaltante nell'esecuzione del contratto.

[64] In tal senso, disporre del requisito richiesto dalla stazione appaltante significa esibire un certificato vertente sull'impronta di carbonio che non riguarda le emissioni delle attività collegate all'oggetto dell'appalto (tali emissioni, infatti, possono essere calcolate solo facendo riferimento ai processi di produzione, organizzazione, commercializzazione e ai prodotti che sono presenti nell'offerta tecnica dell'impresa).

Si tratta, infatti, di una soluzione che rimanda al comportamento pregresso dell'impresa[65]. I dati del Registro fanno riferimento a emissioni già emesse, prima della gara e prima dell'esecuzione dell'appalto[66]. In questo senso, l'impronta di carbonio dell'organizzazione non è un strumento adeguato per misurare i miglioramenti, dal punto di vista ambientale, che possono derivare dallo svolgimento del contratto; piuttosto, l'impronta è uno strumento utile per dimostrare l'impatto climatico di un'organizzazione prima della partecipazione alla gara.

Se intendiamo utilizzare i certificati dei Registri delle impronte di carbonio dell'organizzazione, possiamo attribuire ad essi il valore di mezzo di prova della capacità tecnica dell'impresa, intesa come capacità di gestione delle emissioni derivanti dall'esecuzione del contratto.

Questa sembra la soluzione giuridicamente più adeguata.

Dobbiamo concludere, quindi, che non si ritiene consigliabile l'utilizzo di criteri di aggiudicazione che attribuiscono punteggi premiali alle organizzazioni che dispongono di un certificato di iscrizione nei Registri statali o regionali dell'impronta di carbonio (basati sull'impronta dell'organizzazione). Tale conclusione si fonda sia sulla mancanza di collegamento del criterio con l'oggetto del contratto, sia sulla violazione del principio di proporzionalità, nella misura in cui l'utilizzo dell'impronta dell'organizzazione non è utile per migliorare le performance ambientali collegate all'esecuzione del contratto.

Ciò non significa che non siamo favorevoli all'utilizzo dell'impronta di carbonio come criterio di aggiudicazione. Al contrario, come ho cercato di dimostrare, si può essere più ambiziosi utilizzando l'impronta di carbonio come strumento in grado di garantire prestazioni a basso impatto ambientale. Tuttavia, quando utilizziamo l'impronta di carbonio dobbiamo farlo sulla base delle migliori conoscenze tecniche, nel rispetto dei principi della disciplina degli appalti pubblici e con la definizione di criteri che favoriscano miglioramenti reali delle performance ambientali.

Il calcolo dell'impronta di carbonio può diventare nell'arco di poco tempo uno strumento indispensabile per prendere decisioni pubbliche sugli investimenti; dobbiamo utilizzare questo strumento correttamente, riducendo i rischi giuridici e massimizzando le performance ambientali. Non serve a nulla legittimare

---

[65] L'affermazione si basa sulla conoscenza del funzionamento e delle articolazioni del Registro. Sul tema si veda O. Serrano Paredes, *Cambio climático y contratación pública: ¿es posible establecer como criterio de adjudicación la inscripción en el Registro de Huella de Carbono?*, in *Observatorio de Contratación Pública*, 2020.

[66] Sempre O. Serrano Paredes, *Cambio climático y contratación pública…*, cit., ricorda: «Il fatto che un'impresa calcoli la sua impronta di carbonio e la iscriva nella sezione A del Registro non sembra includere la previsione che è oggetto del futuro contratto. L'offerente non sa, al momento del calcolo e della registrazione della sua impronta, a quali gara parteciperà nel prossimo futuro. In tal senso, è improbabile sia che possa includere nel suo piano di attività misure specifiche per la riduzione delle emissioni legate allo scopo del contratto, sia che possa compensare le emissioni legate all'esecuzione del servizio».

cattive pratiche o procedure formali, significherebbe, in definitiva, incoraggiare forme di *greenwashing* nel settore pubblico[67].

4.3. *Criteri e clausole per l'utilizzo dell'impronta di carbonio*

L'utilizzo dell'impronta di carbonio dell'organizzazione presenta limiti e criticità che abbiamo descritto nei paragrafi precedenti. Tali limitazioni non sussistono quando si utilizza l'impronta di carbonio di prodotti, servizi o lavori. Gli elementi tecnici e giuridici di cui l'amministrazione deve tener conto nella formulazione di clausole e criteri riguardano:

- la definizione dell'ambito di applicazione dell'impronta di carbonio; occorre definire se essa riguarda tutte le attività o solo una parte, e di esse tutto il ciclo di vita o solo una parte (ad esempio, se l'impronta riguarda il ciclo di vita dell'intero edificio o solo la fase di trasporto dei prodotti necessari per la realizzazione);
- la definizione della metodologia che le imprese devono utilizzare per effettuare il calcolo dell'impronta;
- l'individuazione dei dati (e delle fonti) ai quali fare riferimento per il calcolo dell'impronta di carbonio, e se necessario del software col quale svolgere il calcolo.

Senza la preventiva valutazione di questi tre elementi, non è possibile definire clausole né criteri di aggiudicazione che facciano riferimento all'impronta di carbonio.

Nel caso di utilizzo dell'impronta di carbonio tra i criteri di aggiudicazione possono essere assegnati punti aggiuntivi alle imprese che si impegnano al calcolo dell'impronta durante l'esecuzione del contratto[68], in relazione ad esempio

[67] Sul tema del collegamento con l'oggetto dell'appalto va seguita l'indicazione della Corte di giustizia nel *leading case* Concordia Bus, ove ammette criteri di aggiudicazione di tipo ambientale, ancorché privi di rilevanza economica o senza ricadute sulla qualità del servizio. Il collegamento con l'oggetto dell'appalto non dovrebbe essere visto come una limitazione nell'utilizzo di criteri ambientali. Al contrario, il rispetto della condizione fissata dai giudici europei assicura non solo la corretta applicazione del principio di parità di trattamento e di non discriminazione, ma anche un'efficace performance ambientale nell'esecuzione del contratto e, di conseguenza, il rispetto del principio di proporzionalità.

[68] Con riferimento ad appalti che hanno per oggetto la «progettazione, costruzione e gestione di immobili adibiti ad uffici" nel *Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025)* è prevista la possibilità di articolare un criterio di aggiudicazione in relazione "alla realizzazione di uno studio sull'impronta di carbonio dell'edificio, sia nella fase di costruzione che in quella d'uso, utilizzando strumenti propri o quelli accessibili pubblicamente, fornendo informazioni sulle diverse opzioni prese in considerazione e proponendo un'opzione finale. Parimenti, per quanto riguarda gli appalti di "servizi di giardinaggio", verrà stabilita come condizione per l'esecuzione della manutenzione del giardino la possibilità di attribuire "punti aggiuntivi o la predisposizione di uno studio sulle emissioni di gas serra implicate negli interventi di concimazione e manutenzione". Per questo potranno essere

al consumo di carburante o all'utilizzo di determinati veicoli. L'amministrazione potrebbe richiedere (oltre al calcolo e alla riduzione delle emissioni) anche la compensazione delle emissioni, attraverso la realizzazione di specifici progetti di assorbimento.

Ulteriori opzioni riguardano l'utilizzo di:

- criteri di aggiudicazione di tipo tabellare / automatico, tali per cui i punti assegnati corrispondono all'impegno di conseguire determinati risultati. In tal caso è fondamentale definire metodologie e criteri applicativi nonché gli obblighi di comunicazione dei dati. Inoltre, vanno definite le modalità di verifica che verranno utilizzate nella fase di esecuzione (ad es. mediante la presentazione di certificati emessi da soggetti terzi);
- stime delle emissioni derivanti da specifiche attività oggetto del contratto, particolarmente il trasporto[69]. Questa soluzione, tra l'altro, favorisce logiche di prossimità dei prodotti[70] (e non del radicamento territoriale degli operatori economici);

---

utilizzati gli strumenti pubblici del Registro dell'impronta di carbonio e i progetti di compensazione del Ministerio para la Transición Ecológica. Infine, in relazione alla costruzione di strade, nel Plan viene indicato che può essere preso in considerazione un criterio di valutazione che attribuisca "punti aggiuntivi alla realizzazione di uno studio sull'impronta di carbonio della strada nella sua fase di utilizzo, utilizzando strumenti CO_2TA del CEDEX o similari, fornendo informazioni sulle diverse opzioni considerate e sull'opzione finale selezionata.

[69] Un criterio di aggiudicazione può essere definito facendo riferimento all'impronta di carbonio del trasporto di prodotti o materiali individuata dall'ente appaltante. Un esempio potrebbe essere il seguente: «L'impatto climatico dei prodotti sarà valutato nei moduli A2 e A4 del ciclo di vita (EN 15978) dell'edificio; ciò corrisponde alle fasi di trasporto del materiale, compresa la fase del processo di costruzione. Le emissioni associate ai trasporti saranno valutate in kg CO_2 eq. Gli offerenti calcoleranno l'impronta di carbonio secondo la seguente formula […]. I dati necessari per il calcolo devono essere supportati dalla *Guía de inventario de emisiones de contaminantes atmosféricos EMEP/EEA* specificando l'anno di pubblicazioine al quale fare riferimento. Per la valutazione comparativa, gli offerenti forniranno una relazione scritta [potrebbe essere richiesta la verifica da parte di un terzo indipendente nel caso di contratti di valore elevato, ove ritenuto adeguato] che indicherà le emissioni previste associate al trasporto in kg CO_2 eq e motiverà adeguatamente i risultati ottenuti sulla base del metodo di calcolo indicato. In assenza di giustificazione tecnica o quando questa sia insufficiente e inadeguata, a questo criterio verranno assegnati zero punti. Questo è un criterio che può essere valutato attraverso l'applicazione di una formula. Lo *scoring* viene effettuato applicando criteri di proporzionalità e assegnando il punteggio massimo ai migliori valori di emissioni di CO_2 associate ai trasporti. Tenendo conto che il cambiamento climatico e le politiche di efficienza energetica sono priorità, si raccomanda di assegnare un punteggio significativo a questo criterio di aggiudicazione, per trasmettere un messaggio coerente al mercato. Questo esempio si basa sulla *Guía para fomentar a madeira na contratación pública de edificacións sustentables* approvata nel novembre 2023. Per una migliore comprensione si veda l'Allegato III della Guia, che comprende una *Breve explicación sobre los métodos de cálculo para huella de carbono del transporte por carretera*. Sul tema del calcolo dell'impronta di carbonio legata ai trasporti si veda la *Guia per a la quantificació d'emissions de gasos amb efecte d'hivernacle en els contractes públics* pubblicata nel 2020 dalla *Generalitat de Catalunya*.

[70] Sul tema va menzionata la decisione n. 378/2023, del 19 ottobre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública di Madrid, che ammette la validità di un criterio di prossimità, giustificato sulla base della riduzione dell'impronta di carbonio. Sul rapporto tra politiche di prossimità e appalti pubblici si veda il numero monografico *Producto local y contratación pública*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 2023, nr. 64 coordinato da Ximena Lazo Vitoria.

- relazioni delle emissioni generate nell'esecuzione del contratto (validate da un verificatori indipendenti). Le relazioni dovrebbero dimostrare le emissioni generate, calcolate secondo il metodo definito nei documenti di gara. Le emissioni dovrebbero risultare essere pari o inferiori alle emissioni proposte nell'offerta[71];
- emissioni del ciclo di vita completo[72] di un prodotto, servizio o lavoro. In ogni caso, l'amministrazione deve preventivamente verificare la disponibilità di dati uniformi necessari per il calcolo dell'impronta, e per la sua successiva valutazione comparativa[73].

5. *L'impronta di carbonio nelle condizioni di esecuzione*

Gli obiettivi ambientali si traducono anche in condizioni che l'appaltatore deve rispettare nell'esecuzione dei contratti.

Al riguardo, l'art. 202 della LCSP obbliga le stazioni appaltanti alla definizione di almeno una condizione cd. strategica (ovverosia diretta a finalità socia-

[71] Per garantire che i livelli di emissioni di gas serra definiti nell'offerta non vengano superati nella fase di esecuzione, può essere utile che la *lex specialis* preveda sanzioni sufficientemente dissuasive, nel quadro delle possibilità permesse dall'art. 191 della LCSP. Nel caso in cui siano accertati valori inferiori a quelli stabiliti dovranno essere irrogate le penalità corrispondenti, che dovranno in ogni caso essere proporzionate al peso del criterio nella fase di valutazione delle offerte.

[72] Di seguito un esempio dell'utilizzo del criterio di valutazione dell'impronta di carbonio dei prodotti da costruzione nell'ambito di un appalto o di una concessione di lavori: l'impatto climatico dei prodotti sarà valutato secondo i moduli da A1 a A3 del ciclo di vita delle costruzioni secondo la norma EN 15978. Le emissioni saranno valutate in kg CO_2 eq/m² costruito. Per specificare i criteri di aggiudicazione, è necessario stabilire la tipologia o le tipologie di prodotti, nonché gli scopi e gli usi specifici nell'ambito dell'esecuzione del progetto. Gli offerenti calcoleranno il potenziale di riscaldamento globale (GWP) in conformità alla norma EN 15978. Dovranno fornire una relazione scritta che indicherà le emissioni associate al trasporto in kg CO_2 eq/m², corrispondenti ai moduli da A1 a A3 della norma EN 15978. L'amministrazione si riserva la possibilità di chiedere chiarimenti in merito ai dati indicati dagli offerenti. Le emissioni di carbonio di tutti i materiali e dei prodotti saranno giustificate utilizzando database del ciclo di vita conformi alle disposizioni della norma EN 15978:2012. Le banche dati devono coprire almeno i moduli A1, A2 e A3. Sarà necessario che i concorrenti alleghino il documento o certificato che giustifichi i valori delle emissioni di CO_2 equivalenti. Dovranno inoltre dimostrare che sono state applicate le norme tecniche e le banche dati indicate. In assenza di giustificazione tecnica o quando questa è insufficiente e adeguata, per questo criterio verranno assegnati zero punti. Questo esempio riporta quello indicato nella *Guía para fomentar a madeira na contratación pública de edificacións sustentables*, cit.

[73] Per garantire che i livelli di emissioni di gas serra definiti nell'offerta non vengano superati nella fase di esecuzione, può essere utile che la lex specialis preveda sanzioni sufficientemente dissuasive, nel quadro delle possibilità permesse dall'art. 191 della LCSP. Se la stazione appaltante non dispone di conoscenze specialistiche per verificare la validità dei calcoli indicati nelle offerte, essa può avvalersi della consulenza di un valutatore specializzato nell'analisi del ciclo di vita. Va rimarcato che per utilizzare un criterio di questo tipo è essenziale possedere conoscenze tecniche per valutare i dati forniti dagli offerenti e le metodologie utilizzate. Inoltre, quando si stabilisce un criterio di questo tipo, è necessario tenere conto, caso per caso, della proporzionalità del costo per ottenere e calcolare i dati sull'impronta di carbonio e del suo potenziale impatto sulle PMI. sul tema si veda quanto indicato nella *Guía para fomentar a madeira na contratación pública de edificacións sustentables*, cit.

li, ambientali o per l'innovazione). Le amministrazioni possono quindi stabilire condizioni di esecuzione che fanno riferimento all'impronta di carbonio (la finalità, infatti, è ambientale, in quanto diretta alla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra)[74].

L'art. 22 della Ley 7/2021 del 20 maggio, *sul cambio climatico e la transizione energetica* stabilisce che le stazioni appaltanti possono applicare (negli appalti che hanno per oggetto forniture di prodotti alimentari) condizioni di esecuzione che privilegiano alimenti freschi o di stagione e del tipo ' a filiera corta' o 'a km 0'.

La giurisprudenza amministrativa ha dimostrato una certa flessibilità interpretativa nell'ammettere condizioni di esecuzione riferite all'impronta di carbonio[75]. Si tratta quindi di una valida alternativa per le stazioni appaltanti, ancorché si debba prestare attenzione a non causare restrizioni ingiustificate nell'accesso alle gare.

La previsione di una condizione incentrata sull'obbligo per l'appaltatore della progressiva riduzione e/o della compensazione delle emissioni generate durante l'esecuzione del contratto è pienamente compatibile con la disciplina dei contratti pubblici[76].

---

[74] Sul tema si veda anche l'art. 88 della Ley 2/2011, del 4 marzo, sull'economia sostenibile; in letteratura C. de Guerrero Manso, *La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública*, in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2019, 19, 164 e ss.

[75] In tal senso si veda la decisione n. 489/2019, del 9 maggio 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, secondo la quale: «una cosa sono le condizioni particolari di esecuzione e ben diversi sono i criteri di aggiudicazione che, in effetti, devono avere una relazione o un collegamento con l'oggetto dell'appalto nei termini che sono stati espressi nella decisione di questo Tribunal n. 235 /2019, dell'8 marzo. […] Ma nel caso di condizioni particolari di esecuzione, il collegamento con l'oggetto del contratto è soddisfatto dal fatto che la condizione viene adempiuta durante l'adempimento e nell'esecuzione della prestazione contrattata, e non altrove. […] In questo senso si pronuncia anche la Direttiva 2014/24 nei suoi considerando. Essa precisa che il requisito del collegamento all'oggetto dell'appalto è soddisfatto nelle condizioni particolari di esecuzione quando queste vengono eseguite o eseguite nell'adempimento della prestazione che costituisce oggetto del contratto. Nel caso analizzato, l'impegno dell'aggiudicatario riguarda il fatto che eventuali nuove assunzioni, licenziamenti o sostituzioni nel corso dell'esecuzione del contratto sono conformi ai requisiti dell'art. 70 della Direttiva 2014/24/UE e all'articolo 202 della LCSP». Il caso riguardava la validità di una condizione di esecuzione che stabilisce l'obbligo di assumere una percentuale pari o superiore al 5% delle persone con particolari difficoltà di accesso al mercato del lavoro, in caso di nuove assunzioni, cessazioni o sostituzioni.

[76] Di seguito si riporta un esempio riguardante la definizione di condizione specifiche di esecuzione speciale riferite al calcolo dell'impronta di carbonio per l'organizzazione di eventi. Nel caso di appalto di servizi per l'organizzazione di eventi, all'impresa può essere richiesto di calcolare l'impronta di carbonio legata alla celebrazione dell'evento. Il calcolo quantificherà le emissioni di gas serra in tonnellate di CO_2 eq, derivanti dall'evento. La metodologia utilizzata per effettuare i calcoli sarà conforme alle linee guida della norma ISO 14064 e includerà, come minimo, le emissioni collegate: al consumo energetico delle strutture in cui si svolge l'evento; al consumo di acqua delle strutture in cui si svolge l'evento; ai viaggi associati agli organizzatori e ai relatori; ai viaggi effettuati dai partecipanti a questi eventi; alla generazione e alla corretta separazione dei rifiuti per materiali. Quanto al calcolatore dell'impronta di carbonio può essere utilizzato come riferimento quello messo a disposizione dalla Generalitat di Ctalunya. Può altresì essere richiesta la compensazione delle emissioni di CO_2 attraverso il finanziamento o la realizzazione di un progetto di assorbimento o compensazione, che deve essere eseguito nel territorio comunale in cui viene eseguito il contratto. L'ente appaltante dovrà determinare il costo economico del calcolo dell'impronta di carbonio e l'eventuale progetto di compensazione per la sua integrazione nel

Nel caso l'amministrazione stabilisca un criterio di aggiudicazione basato sull'impronta di carbonio, essa dovrà altresì stabilire – quale condizione di esecuzione per l'appaltatore – il calcolo delle emissioni, definendo la metodologia e i dati da utilizzare, nonché le eventuali attestazioni rilasciate da soggetti terzi[77].

Nel caso di servizi continuativi, la richiesta di effettuare il calcolo dell'impronta di carbonio può impattare anche su contratti futuri. Infatti, la disponibilità di informazioni sulla generazione delle emissioni permette di fissare obiettivi di miglioramento nelle gare successive. Sul tema interviene la recente Ley 11/2023 di Aragon stabilendo che "nei contratti che hanno come obiettivo la soddisfazione di bisogni ricorrenti e che sono stati oggetto di preventiva aggiudicazione, la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra può essere incentivata attraverso un sistema di premi legati alla riduzione delle emissioni rispetto a quelle generate dall'appaltatore precedente" (art. 27, co. 3, Ley 11/2023).

L'applicazione di una clausola di questo tipo richiede continuità nelle misurazioni con metodologie e dati comparabili, in modo che le informazioni relative al precedente appaltatore possano essere confrontate. A partire da tale scenario, i documenti di gara possono anche stabilire soluzioni di pagamento legate alle prestazioni climatiche rilevate nell'esecuzione dei contratti, con ciò andando premiando gli sforzi dell'appaltatore per la riduzione delle emissioni.

6. *Conclusioni*

L'impronta di carbonio si rivela soluzione ottimale per dare attuazione all'obbligo normativo di utilizzare criteri e clausole ambientali negli appalti pubblici (art. 1.3, LCSP) nonché per il perseguimento degli obiettivi di contrasto al

budget base di gara dell'appalto. Può inoltre essere stabilita una percentuale del budget a base di gara che l'appaltatore dovrà dedicare alla realizzazione di progetti di assorbimento o compensazione delle emissioni. L'assorbimento delle emissioni deve essere effettuato con la metodologia determinata dall'ente appaltante. Potrebbero essere richiesti, tenuto conto dei costi e della proporzionalità, la verifica e la certificazione dell'impronta di carbonio e progetti di assorbimento o compensazione da parte di un soggetto terzo indipendente, al fine di garantire la qualità dei dati reali e che il compenso sia reale ed efficace. All'appaltatore può essere richiesto di pubblicizzare i risultati del calcolo e dell'assorbimento o compensazione delle emissioni affinché possano essere conosciuti dalla società, indicando la metodologia di calcolo, l'entità delle emissioni incluse, le misure attuate per ridurre le emissioni e l'assorbimento e progetto di compensazione.

[77] Per garantire il rispetto delle condizioni ambientali riferite all'esecuzione del contratto, possono essere previste sanzioni per il caso di inadempimenti (art. 202, co. 3, LCSP). A tali condizioni può essere attribuito anche il carattere di obbligazioni contrattuali essenziali, per cui la loro inosservanza determina la risoluzione del contratto (art. 211, lett. f, LCSP). L'amministrazione potrebbe considerare tale inosservanza come un'infrazione grave, secondo quanto previsto dall'art. 71, co. 2, lett. c, LCSP. In tal caso, l'inosservanza genererebbe il divieto di contrattare con le pubbliche amministrazioni (art. 73, co. 2, LCSP).

cambiamento climatico previsti dalle recenti normative dello Stato e delle Comunità autonome.

L'impronta di carbonio delle organizzazioni, oggetto della certificazione collegata al Registro nazionale, ha un campo di utilizzo limitato. Può fungere da mezzo di prova della capacità tecnica dell'impresa (*id est*: capacità di gestione delle emissioni di gas a effetto serra nell'esecuzione del contratto). In via generale, e conformemente agli orientamenti prevalenti della giurisprudenza amministrativa, il suo utilizzo tra i criteri di aggiudicazione solleva criticità, stante la sua tendenziale estraneità all'oggetto del contratto e non idoneità alla effettiva riduzione delle emissioni di gas serra nello svolgimento delle attività appaltate.

Diversamente, l'impronta di carbonio del prodotto è più adatta per definire criteri e clausole proporzionate e conseguire benefici effettivi, senza rischio di *greenwashing*.

L'impronta di carbonio del prodotto può essere utilizzata per definire specifiche tecniche, criteri di aggiudicazione e condizioni di esecuzione.

Questo strumento facilita la selezione di investimenti sostenibili, la selezione delle offerte con le migliori performance climatiche, l'accesso ai dati riguardanti il calcolo delle emissioni che verranno generate nell'esecuzione del contratto, la possibilità di accertare (*in intinere* ed *ex post*) riduzioni e compensazioni delle emissioni.

L'applicazione di clausole e criteri riferiti all'impronta delle prestazioni appaltate richiede la definizione nei documenti di gara della metodologia e dei dati per il calcolo dell'impronta da parte degli offerenti, in modo che i risultati siano comparabili. L'uso dell'impronta può garantire ottime prestazioni ambientali delle attività appaltate; tuttavia, le complessità legate alla sua applicazione richiedono adeguate conoscenze tecniche da parte delle amministrazioni e degli operatori economici.

L'utilizzo di criteri di aggiudicazione basati sull'impronta di carbonio richiede preliminarmente di verificare la comprabilità dei risultati, in particolare è necessario che tutte le imprese utilizzino la stessa metodologia e gli stessi dati di riferimento. La mancanza o l'insufficienza di tali dati costituisce uni dei principali ostacoli per l'utilizzo dell'impronta tra i criteri di aggiudicazione.

Al riguardo è necessaria un impulso da parte delle autorità per sviluppare banche dati sul potenziale di riscaldamento globale, specie nei settori prioritari.

Nel caso in cui non sia possibile effettuare un'analisi obiettiva della performance delle offerte per la mancanza di conoscenze e dati, sarà preferibile utilizzare l'impronta di carbonio nell'ambito delle specifiche tecniche o delle condizioni di esecuzione (entrambe soluzioni che rendono facilmente accertabile il risultato ambientale perseguito). La definizione di specifiche tecniche e di condizioni di esecuzione è, per il momento, la soluzione più sicura, dal punto di vista giuridi-

co, per l'utilizzo dell'impronta di carbonio negli appalti pubblici; essa garantisce anche che lo svolgimento delle attività sia a basso impatto climatico, evidenziando la riduzione (e le eventuali compensazioni) delle emissioni generate nel corso dell'esecuzione.

José Pernas Garcia - Abstract

Regole e soluzioni per l'applicazione dell'impronta di carbonio nel sistema spagnolo degli appalti pubblici

Nello scritto vengono commentate norme e soluzioni per l'utilizzo dell'impronta di carbonio nel sistema spagnole dei contratti pubblici. Gli approfondimenti riguardano tanto il quadro normativo, articolato tra Stato e Comunità autonome, quanto i criteri e le clausole in uso nella prassi. Sono porposti rilievi critici sull'impostazione della norma, sulle soluzioni emergenti e sulle interpretazioni della giurisprudenza amministrativa, sempre più coinvolta su questi temi. Le riflessioni risultano di interesse per giuristi e operatori italiani, per i quali l'uso dell'impronta di carbonio nei contratti pubblici è ancora una novità, poco sviluppata rispetto ai criteri ambientali minimi (CAM). L'esperienza spagnola offre spunti per l'evoluzione del sistema italiano che, a seguito delle modifiche del decreto Correttivo, ha disposto la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa "sulla base di criteri oggettivi, di impatto economico, sociale e ambientale".

Rules and Solutions for the Application of the Carbon Footprint in the Spanish Public Procurement System

The paper analyzes standards and solutions for the use of carbon footprinting in the Spanish public procurement system. The discussion covers both the regulatory framework, structured between the State and Autonomous Communities, and the criteria and clauses applied in practice. Critical remarks are offered on the regulatory approach, emerging solutions, and interpretations of administrative jurisprudence, which is increasingly involved in these issues. These reflections are of interest to Italian legal scholars and practitioners, for whom the use of carbon footprinting in public contracts remains a novelty, underdeveloped compared to the Minimum Environmental Criteria (CAM). The Spanish experience provides insights for the evolution of the Italian system, which, following the amendments introduced by the Correttivo decree, now requires the evaluation of the most economically advantageous offer "on the basis of objective criteria of economic, social, and environmental impact".

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 403-415

Articoli e saggi

Alcune considerazioni in tema di esenzione fiscale a proposito della *vexata quaestio* che ha come protagonista l'ente con finalità di religione o di culto

Faustino de Gregorio

Sommario: 1. Nozioni preliminari intorno alla natura giuridica del patrimonio ecclesiastico. – 2. L'apparato normativo di riferimento. – 3. L'Ordinanza n. 2899/2024 della Sezione Tributaria della Corte Suprema di Cassazione. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Nozioni preliminari intorno alla natura giuridica del patrimonio ecclesiastico*

L'ipotesi di mero godimento di immobili in capo all'ente ecclesiastico che rivendica specifiche esenzioni fiscali, ricorre in quei casi in cui i predetti immobili sono posseduti dall'ente al mero scopo di trarne redditi di natura fondiaria, attraverso i quali lo stesso si sostiene e si procura i proventi per poter raggiungere i fini istituzionali escludendo, tuttavia, che possa operarsi una gestione caratterizzata dalla presenza di atti volti alla trasformazione del predetto patrimonio immobiliare con implicazioni di carattere che rimandano alla concorrenzialità per come disciplinata dal libero mercato.Si ripropone, forte, il tema delle esenzioni tributarie invocate con insistenza dagli enti ecclesiastici sparsi in ogni dove del nostro Paese (e non solo), che sempre più spesso sono oggetto dei pronunciamenti dalle giurisdizioni territoriali di merito sui quali, la maggior parte delle volte, hanno espresso i loro giudizi gli interventi dei Supremi Giudici di Piazza Cavour, emanando decisioni che hanno lasciato campo aperto ad ogni tipo di discussione sull'argomento, come è il caso della Ordinanza n. 2899 del 14 dicembre del 2023 e pubblicata il successivo 31 gennaio 2024 della Sezione Tributaria Civile della Corte Suprema di Cassazione[1].

[1] Cass. civ., ord. 31 gennaio 2024 n. 2899, in causa Agenzia delle Entrate c. Istituto di sostentamento del clero di Todi Orvieto.

Ma prima di addentrarci nelle motivazioni che hanno portato alla decisione che si discute, è il caso di chiarire, seppur brevemente, cosa si intende nello specifico, per Istituto Centrale per il Sostentamento del Clero, non trascurando di fare un breve cenno all'iter che, giuridicamente parlando, qualifica l'ente ecclesiastico come tale[2].

Come ha ricordato Cinzia Brunelli nello *Studio n. 864 bis* per il Consiglio Nazionale del Notariato, la nozione di ente ecclesiastico «indica una categoria giuridica propria dell'ordinamento statuale e non dell'ordinamento canonico, non è intrinseca alla natura dell'ente né a quella che lo stesso riveste ai fini del diritto canonico, è attribuita dallo Stato in stretta relazione con l'attività effettivamente espletata dall'ente, che deve perseguire fini di religione o di culto. Detta nozione va riferita non soltanto agli enti di culto cattolico, ma anche agli istituti di culti diversi dalla religione dello Stato, per usare la stessa terminologia del legislatore (art. 2 della legge 24 giugno 1929, n. 1159; art. 10 del D.R. 28 febbraio 1930, n. 289), chiamati pure enti di "culti acattolici" (cfr. art. 14 della legge n. 1159/1929) con terminologia preferita dalla dottrina»[3].

Si è sempre raccontato che nel compiere la sua missione salvifica, la Chiesa Cattolica Apostolica Romana ha avuto e, continua ad avere, bisogno anche dei beni materiali, associati a quelli spirituali ovviamente, necessari, come recita il canone 1254, per il raggiungimento dei di lei fini, quand'anche i beni temporali fossero considerati semplicemente come strumento utile a corredo degli obiettivi 'superiormente' ordinati[4].

Si parla, a questo proposito, di diritto patrimoniale canonico quando si vuole fare riferimento al diritto della Chiesa, di servirsi dei beni materiali necessari e di supporto a quelli spirituali, che le sono propri, così è a dire per il sostentamento del clero, del culto, delle opere di apostolato e di carità, giusto per ricordarne alcuni maggiormente significativi[5].

Delineato il perimetro d'indagine, con riferimento alla qualifica dell'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero (il più delle volte semplicemente citato con la sigla IDSC), chiariamo subito che trattasi di un ente ecclesiastico della Chiesa Cattolica Apostolica Romana in Italia, ed è un organo direttamente collegato con la Conferenza Episcopale Italiana (CEI), espressamente voluto ed istituito con l'Accordo di Villa Madama del 1984, esercitando la sua missione di supporto e a fianco degli Istituti diocesani, affinché fosse assicurato il giusto sostenta-

[2] G. Casuscelli (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Torino, 2015, 283-321.

[3] C. Brunelli, *Enti ecclesiastici con particolare riferimento al d. lgs. n. 460/1997*, in *Studio n. 864 bis*, Consiglio Nazionale del Notariato, s.d., 1-30 ed il riferimento a pagina 1.

[4] Ancora oggi, per una migliore lettura storico-giuridica del tema in argomento, si rimanda al lavoro di Pio Fedele, *Lezioni di diritto patrimoniale canonico*, Roma, 1977.

[5] Cfr. per tutti, J. Miñambres, J-P. Schouppe, *Diritto patrimoniale canonico*, Roma, 2022, 7-32.

mento ai sacerdoti, nonché il supporto assistenziale e previdenziale, oltre ad intrattenere gli usuali rapporti con tutti gli apparati delle Amministrazioni statali[6].

È l'articolo 21 delle Norme sugli enti e sui beni ecclesiastici approvate dalla Santa Sede e dal Governo Italiano, il dato normativo di riferimento dal quale prendere le mosse allorquando, nel 1984 venne siglato l'Accordo di Villa Madama che consentì, all'atto pratico, non solo la costituzione del 'nuovo' organismo ecclesiastico ma, anche, che tutti i beni «della mensa vescovile e dei benefici parrocchiali o similari» confluissero in quell'ente, – inteso l'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero –, con il compito di amministrare e gestire il patrimonio economico ed immobiliare delle diocesi e farsi di conseguenza carico del sostentamento del clero[7].

Più nello specifico, l'Istituto Centrale per il Sostentamento del Clero è tendenzialmente formato da due organi che sovraintendono alla organizzazione ed al buon andamento e sono, nell'ordine, un Consiglio di Amministrazione ed un Consiglio di Revisione dei Conti, oltre ad avere personalità giuridica, sia nel perimetro che rimanda alla materia canonistica, che in quello di pertinenza civilistica istituito, detto istituto, come ricordavamo, con la legge 20 maggio 1985, n. 222, in base all'accordo di revisione dei Patti Lateranensi del 1929, siglati tra lo Stato Italiano e la Santa Sede giusto l'anno precedente (1984)[8].

Ora, volendo sinteticamente ipotizzare le voci degli introiti sui quali il predetto Istituto potrà maggiormente fare affidamento, non avremo difficoltà ad individuarle – dette voci – principalmente nella devoluzione dell'8XMille e, poi, nelle molteplici e variegate oblazioni, ed ancora, negli affitti o nelle vendite degli immobili di proprietà, potendo usufruire, altresì, di alcune specifiche detrazioni fiscali, indissolubilmente legate proprio alla alienazione degli immobili di proprietà, a tacere di un vasto ed ulteriore ambito beneficiario[9].

2. *L'apparato normativo di riferimento*

Per avere piena contezza del come e perché la Ordinanza che si commenta ha rinviato alla Corte di Giustizia Tributaria di Secondo Grado, è il caso di

---

[6] P. Cavana, *Rilevanza canonistica dei controlli civili e rilevanza civile dei controlli canonistici nell'amministrazione degli enti ecclesiastici*, in J.M. Arrieta (a cura di), *Enti ecclesiastici e controlli dello Stato. Studi sull'istruzione CEI in materia amministrativa*, Venezia, 2007, 289 ss.

[7] Può consultarsi M. Ferrante, *Enti religiosi/ecclesiastici e riforma del terzo settore*, Torino, 2019.

[8] L'Istituto Centrale per il Sostentamento del Clero (ICSC) è stato eretto il 23 ottobre 1985, con decreto del Presidente della Conferenza Episcopale Italiana, dall'allora Cardinale Ugo Poletti, in attuazione dell'articolo 21 delle Norme sugli enti e sui beni ecclesiastici approvate dalla Santa Sede e dal Governo Italiano con Protocollo del 15 novembre 1984.

[9] F. de Gregorio, *La devoluzione spontanea del contribuente italiano di un "tesoretto" per alcuni mirati scopi a favore del soggetto beneficiario: a proposito del sistema dell'8 per mille* in *Rivista DPT*, 3, 2023, 841-857.

sgombrare da principio il campo da equivoci interpretativi, ribadendo che l'apparato normativo di cui alla Legge 20 maggio 1985, n. 222, rimanda al sistema di derivazione pattizia in quanto è innegabile che mira a dare esecuzione alle norme concordatarie, per cui è facile comprendere che le disposizioni ivi espresse, per ciò stesso, non sono in alcun modo modificabili dallo Stato unilateralmente[10].

Nella nostra esposizione, per evitare vuoti normativi di riferimento al caso che ci occupa, in sequenza cronologica non possiamo non specificare, quand'anche lo ribadiremo più volte in queste pagine, che gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, avendo fini di religione o di culto sono equiparati agli enti aventi fini di beneficenza e di istruzione i quali, in virtù di ciò, beneficiano della agevolazione consistente nella riduzione della metà dell'IRES, a mente dell'art. 6, lett. *c)* del d.P.R. n. 601/1973, allo stesso modo di come lo sono, per il pagamento della TASI, gli enti *non profit* nei casi in cui riescono a dimostrare, tuttavia, che nei locali di loro proprietà vengono svolte esclusivamente attività didattiche o ricreative, oppure sportive, o assistenziali, o culturali e così dicendo escludendo, ad ogni modo, finalità di profitto economico secondo le regole che disciplinano il mercato libero[11].

Ricordato sommariamente il precedente apparato legislativo, le norme di cui alla legge 20 maggio 1985, n. 222, prevedono come gli enti destinati al culto si identificano come enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, con il compito di adoperarsi affinché venga preservato il patrimonio ecclesiastico, ed altresì, ne venga accresciuto il valore patrimoniale, certamente anche con l'aiuto dello Stato e, in questo caso però, secondo gli impegni cristallizzati nelle norme concordatarie[12].

Ora, gli studi condotti in tema di riconoscimento degli enti religiosi in sede civile ricordano che, può dichiararsi corretto il procedimento: a) per quegli enti nati prima della formazione dello Stato italiano, purché riconosciuti dalle autorità ivi preposte e, nel corso degli anni, non siano intervenuti atti successivi da parte del legislatore italiano in senso contrario; b) per legge (è proprio il caso degli Istituti per il Sostentamento del Clero o della CEI); c) a mente della legge all'uopo dedicata, secondo la procedura ordinaria e/o speciale e, dunque, per decreto ministeriale; ed infine, d) attraverso procedimento abbreviato nei casi in cui è l'autorità amministrativa a riconoscerne la personalità giuridica dell'ente, posto che, preventivamente, la stessa autorità amministrativa ne controlla poi, la regolarità nonché la legittimità degli atti che l'autorità ecclesiastica pone in essere[13].

---

[10] Per una visione in generale ci permettiamo di rinviare all'articolo pubblicato sulla *Rivista DPT*, 5, 2022, 1829-1840.

[11] A. Interguglielmi, *Le caratteristiche e le peculiarità degli Enti ecclesiastici nell'ordinamento giuridico italiano*, Roma, 2016, 1-47.

[12] P. Consorti, *La remunerazione del clero. Dal sistema beneficiale agli istituti per il sostentamento del clero*, Torino, 2000.

[13] N. Fiorita, *Remunerazione e previdenza dei ministri di culto*, Milano, 2003.

Pierluigi Consorti nel suo manuale *Diritto e religione*, specifica molto bene come è disciplinata la materia della quale si discute, «[…] la Conferenza episcopale italiana stabilisce l'importo dovuto a ciascun sacerdote seguendo un sistema "a punti", per cui a ciascun punto equivale un valore in euro (nel 2019 pari a 12,36 euro, invariato dal 2009): a ciascun sacerdote spetta un punteggio che parte da una base uguale per tutti (pari a 80 punti) cui si aggiungono ulteriori punti con riferimento all'anzianità, agli incarichi svolti e alle condizioni di servizio. Il punteggio massimo è pari a 138 punti: per cui il valore della remunerazione mensile va da un minimo di 988,80 euro, per un sacerdote appena ordinato, ad un massimo di 1.705, 68 euro, per un vescovo in prossimità della pensione al lordo delle imposte dovute (al netto, la stessa forbice va da 903,52 euro a 1.404,96 euro). L'ordinamento della Chiesa attribuisce l'onere del pagamento di queste somme alla comunità che si avvantaggia del servizio prestato dal sacerdote: ad esempio, la comunità parrocchiale deve remunerare il proprio parroco. Se non lo fa, o non riesce a farlo nella misura minima stabilita dalla Conferenza episcopale, interviene l'Istituto diocesano per il sostentamento del clero, che versa l'intero importo dovuto o la sola quota necessaria per raggiungere la soglia stabilita. Se nemmeno l'Istituto diocesano riesce a soddisfare questa necessità, sopraggiunge l'Istituto centrale per il sostentamento del clero, che ha sede in Roma e ha il compito di ricevere quanto avanza dagli istituti diocesani per ripartirlo fra quelli che presentano un disavanzo. Per garantire il diritto alla remunerazione del clero, ed evitare quindi che qualche sacerdote non riceva quanto necessita, l'Istituto centrale attinge anche alla quota dell'8 per mille»[14].

Ora, prescindendo dal riconoscimento giuridico, in senso stretto, per gli enti cattolici, anche con riferimento ad alcuni specifici requisiti sia di tipo soggettivo che oggettivo, a mente del combinato disposto dell'art. 7, n. 5, di cui all'Accordo di Villa Madama del 1984, nonché al rimando degli artt. 1, 2 e 3 della Legge 20 maggio 1985, n. 222, è comunque l'articolo 16 lett. *a*) della predetta Legge che attribuisce agli apparati burocratici statali il compito di verificare se l'ente ha e/o continua ad avere le finalità dichiarate al momento della costituzione «[…] dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi e alla educazione cristiana», le quali, come già specificato, sono quelle di assistenza, beneficenza, istruzione e cultura, quand'anche, a parte si dovessero pur considerare, come da elenco e con i dovuti distinguo, le attività commerciali e quelle a scopo di lucro[15].

A quanto sopra riportato e, per ciò che attiene la pronuncia della Ordinanza della Cassazione n. 2899/2024 che si commenta, per meglio comprendere la

[14] P. Consorti, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, Roma-Bari, 2020, 239.
[15] C. Cardia, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna, 1999, 344 ss.

questioni in una prospettiva di più ampia portata, Ludovica Decimo ricorda, che l'articolo 91-*bis* del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, precisa che: «a) qualora l'unità immobiliare abbia un'utilizzazione mista, l'esenzione si applica solo alla frazione di unità nella quale si svolge l'attività di natura non commerciale, se identificabile attraverso l'individuazione degli immobili o porzioni di immobili adibiti esclusivamente a tale attività. Alla restante parte dell'unità immobiliare, in quanto dotata di autonomia funzionale e reddituale permanente, si applicano le disposizioni dei commi 41, 42 e 44 dell'art. 2 del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2006, n. 286. Le rendite catastali dichiarate o attribuite in base al periodo precedente producono effetto fiscale a partire dal 1°gennaio 2013; b) nel caso in cui non sia possibile procedere ai sensi del precedente comma 2, a partire dal 1°gennaio 2013, l'esenzione si applica in proporzione all'utilizzazione non commerciale dell'immobile quale risulta da apposita dichiarazione. L'ipotesi di utilizzazione mista è prevista nel solo caso in cui l'immobile sia destinato ad una delle attività di cui alla lettera i) del citato art. 7 e, allo stesso tempo, anche ad un'attività di natura commerciale. L'applicazione della normativa dovrebbe avvenire secondo criteri rigorosi in quanto essa prevede che l'esenzione si applichi nel solo caso in cui l'immobile sia destinato esclusivamente alle attività culturali o sia utilizzato per lo svolgimento delle attività di religione di cui all'art. 16, lett. a) della l. n. 222/1985, nonché alle relative pertinenze, per la cui individuazione non si dovrebbe deflettere dalla definizione civilistica»[16].

Fermiamo qui i riferimenti storico-normativi e passiamo ora ad analizzare, nel concreto, l'Ordinanza n. 2899 del 2024 emessa dai Supremi Giudici di Piazza Cavour della Sezione Tributaria della Corte di Cassazione, cercando di comprendere il come ed il perché si è giunti ad un pronunciamento di accoglimento del ricorso proposto dalla Agenzia delle Entrate Provinciale di Perugia, con conseguente cassazione e rinvio alla Corte di Giustizia Tributaria di Secondo Grado dell'Umbria.

3. *L'Ordinanza n. 2899/2024 della Sezione Tributaria della Corte Suprema di Cassazione*

Evitando di appesantire oltre il dovuto il presente commento, omettiamo di riportare pedissequamente le fasi del processo, rimandando alla lettura delle sentenze di Primo e Secondo grado del giudizio di cui trattasi concentrando, vice-

[16] L. Decimo, *Templa moderna: i luoghi di Dio. La disciplina giuridica degli edifici di culto*, Napoli, 2021, 96-97.

versa, la nostra attenzione, sul giudicato di legittimità del quale si è occupato la Sezione Tributaria della Suprema Corte di Cassazione con l'Ordinanza n. 2899 decisa il 14 dicembre 2023 e pubblicata il successivo 31 gennaio 2024 con la quale, all'Agenzia delle Entrate, Direzione Provinciale di Perugia, viene riconosciuta la fondatezza del proposto ricorso, avverso il resistente–controricorrente Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero di Todi Orvieto il quale, per gli anni 2011 e 2012, aveva omesso il pagamento dell'IRES a mente delle agevolazioni di cui all'art. 6, comma 1, lett. *c)* del d.P.R. n. 601 del 1973[17].

Non si ritiene opportuno altresì, in questa sede, analizzare le eccezioni sollevate nel controricorso dall'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero di Todi Orvieto, che rimandano alle norme del codice di procedura civile a proposito della inammissibilità del ricorso con riferimento alla presunta mancata specificità del rinvio agli atti processuali, ed alla omessa censura della *ratio decidendi* da parte della Agenzia delle Entrate, atteso che il nostro compito è quello di indagare se, quando e come ricorrono e vengono applicate alcune specifiche esenzioni a favore degli enti ecclesiastici[18].

Prendendo le mosse proprio dal d.P.R. n. 601 del 1973, la motivazione assunta dei Supremi Giudici sposa il criterio espositivo proposto dalla ricorrente Agenzia delle Entrate con il quale, nella narrazione dei fatti declinati nell'atto processuale, denuncia anche la violazione e falsa applicazione dell'articolo 7, n. 3, degli Accordi di Villa Madama del 1984, ratificati dalla Legge 25 marzo 1985, n. 121, e degli artt. 15-16 della Legge n. 122 del 1985, nonché dell'art. 53 della Costituzione, in relazione all'articolo 360, comma 1, n. 3 del codice di procedura civile[19].

Infatti, nel richiamato ricorso, condiviso dalla Suprema Corte di Cassazione, viene messa in primo piano la circostanza che l'agevolazione tributaria, perché possa operare nella direzione invocata dall'Ente necessita, oltre alla qualifica in sé e per sé, anche dell'attività effettivamente svolta, compito quest'ultimo condotto in autonomia dall'Autorità tributaria locale all'uopo preposta la quale, per parte sua, accerterà se l'Ente abbia oppure no svolto attività diversa da quella di religione o di culto, come recita, del resto, il richiamato art. 7, comma 3, dell'Accordo tra Santa Sede e Stato Italiano di cui alla Legge n. 121 del 1985[20].

Nei motivi della decisione del Supremo Consesso, viene ricordato che «[…] la natura dell'attività non può essere presunta né si può ritenere presuntivamen-

[17] Per una visione più ampia del tema si rinvia a C. Elefante, *Fiscalità di vantaggio ed economia sociale religiosa nella dinamica dei rapporti tra diritto eurocomunitario e diritto interno. Principi consolidati ed applicazioni controverse*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2017, 3, 665-682.

[18] Chi fosse interessato agli aspetti processual-civilistici con particolare riferimento al sistema tributario, può consultare il volume di F. Randazzo, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2020.

[19] N. Pollari, A. Iacopino, T.E. Faenza, *Compendio di diritto tributario*, Roma, 2024, 127 ss.

[20] P. Floris, *Apertura e destinazione al culto*, in D. Persano (a cura di), *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, Milano, 2008, 71 ss.

te accertato che i proventi della riscossione dei canoni di locazione siano destinati in ogni caso a integrare il compenso percepito dai sacerdoti senza che l'ente abbia mai dimostrato l'effettiva destinazione dei proventi; l'errore commesso è individuato nell'aver CTR in sostanza ritenuto che l'attività di locazione degli immobili e di un'azienda agraria, attraverso una struttura amministrativa composta da dipendenti a tempo indeterminato, costituirebbe di per sé attività strumentale meritevole dell'esenzione, finendo per attribuire a quest'ultima, nel caso di specie, natura di agevolazione soggettiva, peraltro in contrasto con i principi comunitari»[21].

Sono di supporto ai ragionamenti portati avanti dai Supremi Giudici di piazza Cavour per dare conto della decisione assunta, alcuni specifici precedenti giurisprudenziali e, in particolare, il richiamo alla sentenza di Cassazione n. 25586/2016, sottolineando che, ai fini del riconoscimento dell'agevolazione dell'articolo 6 d.P.R. n. 601 del 1973, non sia sufficiente il mero requisito soggettivo, cioè quello di svolgere attività di beneficenza, istruzione etc. per come analiticamente riportato nell'atto costitutivo che lo qualifica, ma che nel concreto, poi, l'ente eviti di perseguire il procacciamento dei mezzi economici rivestendo, in tal caso, un carattere di tipo commerciale in via esclusiva se non addirittura principale, finendo per essere classificato, il fine, come attività diversa tradendone dunque il vero scopo, quello di religione o di culto e, per ciò stesso, soggetta all'ordinaria tassazione, senza se e senza ma[22].

In fondo, viene ad essere rimarcata la circostanza che, per l'ente "esente", non può qualificarsi quell'attività volta al procacciamento dei mezzi economici quando «per la intrinseca natura di essa o per la sua estraneità rispetto al fine (di religione o di culto), non sia con esso coerente in quanto indifferentemente utilizzabile per il perseguimento di qualsiasi altro ed ulteriore fine; quando si tratti, cioè, di un'attività volta al procacciamento di mezzi economici da impiegare in una ulteriore attività direttamente finalizzata, quest'ultima, al culto o alla religione», e ciò vuol dire essenzialmente che l'esistenza del fine di religione o di culto rappresenta una condizione necessaria ma non sufficiente per la spettanza della agevolazione fiscale in quanto il beneficio non è applicabile solo in ragione della qualificazione soggettiva dell'ente, bensì anche in considerazione dell'elemento oggettivo cioè, nel concreto, dal tipo di attività che effettivamente viene svolta[23].

Lo ha messo molto bene in vista, nero su bianco, la ricordata sentenza n. 25586/2016 della Cassazione, quando ha sottolineato, in motivazione, che le norme agevolatrici, come quelle previste per gli enti con finalità di religione o di culto, sono norme eccezionali e, in quanto tali, di stretta interpretazione, ripren-

---

[21] V. Cass. civ., ord. 31 gennaio 2024 n. 2899, 3.
[22] P. Consorti, *Diritto e religione*, cit., 247-254.
[23] *Ibidem*, 4.

dendo un parere del Consiglio di Stato il quale ribadiva che «l'agevolazione può configurarsi solo in ragione della considerazione della attività che determinate categorie di contribuenti svolgono»[24].

I Supremi Giudici di piazza Cavour spostano, poi, la loro attenzione sulla natura dell'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero, oltre a valutare, nel concreto, la possibilità di considerare l'attività di concessione a terzi la locazione di immobili, come strumentale e diretta al fine statutario, chiarendo, quanto agli Istituti Diocesani per il Sostentamento del Clero, che possono essere civilmente riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili, rientrando nella fattispecie di ente ecclesiastico e che il riferimento normativo rimanda agli artt. 21, 22 e 1-5 della legge 20 maggio 1985, n. 222[25].

Non bisogna trascurare di ricordare, poi, che è il canone 1274 del codice di diritto canonico a specificare che «nelle singole diocesi ci sia un istituto speciale che raccolga i beni o le offerte, al preciso scopo che si provveda al sostentamento dei chierici che prestano servizio a favore delle diocesi, a norma del canone 281, a meno che non si sia provveduto diversamente», circostanza replicata, con minime variazioni, dall'art. 21 della legge 20 maggio 1985, n. 222, nel quale è detto che in ogni diocesi «venga eretto, entra il 30 settembre 1986, con decreto del Vescovo diocesano, l'Istituto per il Sostentamento del Clero», mentre il successivo art. 24, comma 1, specifica che dal 1° gennaio 1987 ognuno di essi provveda, in conformità con lo statuto, ad assicurare, «nella misura periodicamente determinata dalla Conferenza Episcopale Italiana il congruo e dignitoso sostentamento del clero che svolge servizio in favore della relativa diocesi»[26].

I Giudici Supremi, richiamano gli articoli 27-38 della legge 20 maggio 1985, n. 222, i quali disciplinano, a vario titolo, tutta una serie di situazioni che abbracciano più campi, spaziando dalla previdenza sacerdotale, all'integrazione economica eventualmente spettante ai sacerdoti della diocesi con i redditi del proprio patrimonio, (salvo l'intervento dell'Istituto centrale qualora non fossero sufficienti), all'assistenza nei casi di abbandono dell'abito talare per quei soggetti privi di alcun sostentamento, all'estinzione delle mense vescovili, dei benefici capitolari, parrocchiali, vicariali curati, o comunque denominati, esistenti nelle diocesi, al momento dell'emanazione del decreto di erezione di ciascun singolo istituto, il quale, poi, una volta incamerato il relativo patrimonio si occuperà, di conseguenza, dell'alienazione dei beni, ed anche degli immobili entro i limiti, tuttavia, fissati dalla legge[27].

---

[24] Cons. Stato, parere dell'8 ottobre 1991, n. 1296 (consultabile sul sito *www.iusinitinere.it*).

[25] M. Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 2010, 219-225.

[26] M.C. Folliero, A. Vitale, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole. Quaderno 2, I principi scritti*, Torino, 2013, 141-170.

[27] A. Bettetini, A Perego, *Diritto ecclesiastico*, Padova, 2023, 127-157.

L'Ordinanza in commento, richiama un precedente della Corte di Cassazione del 30 luglio 2019 n. 20480, con il quale si specifica che, dal complesso delle disposizioni di cui alla legge 20 maggio 1985, n. 222, il legislatore non ha inteso escludere che l'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero, accanto alle attività di religione o di culto, possa, poi, nel concreto, assumere ulteriori compiti, anche di natura e rilevanza economica e commerciale, indirizzata alla produzione dei redditi del proprio patrimonio con i quali provvedere alle necessità dell'apparato clericale (previdenza, assistenza, remunerazione etc.), negando tuttavia, questo c'è da sottolinearlo, fini di concorrenzialità di mercato[28].

È proprio quest'ultimo aspetto, quello cioè dell'esercizio "commerciale" e di impresa ad essere oggetto del contendere in quanto è da escludersi che l'ente ecclesiastico pur prevedendo, legittimamente si intende, il ricorso al reperimento dei fondi necessari per il raggiungimento dei propri fini tramite il godimento patrimoniale dei beni dei quali è detentore, non potrà nel contempo, tuttavia, dedicarsi ad una qualsiasi attività organizzata in forma di impresa e, conseguentemente, impiegare le proprie strutture ed i propri mezzi con fini di concorrenzialità sul mercato avvalendosi, altresì, di ulteriori strumenti usualmente adottati dagli operatori economici di professione, come può essere, ad esempio, il caso di una capillare e massiccia campagna pubblicitaria[29].

Ecco allora che, la verifica da parte degli apparati della Amministrazione statale con competenze nel campo delle fiscalità e dei tributi, è mirata proprio ad accertare se il "mero godimento" degli immobili posseduti dagli enti ecclesiastici, attraverso i quali si procurano i mezzi sufficienti per i propri obiettivi, non siano, invece, indirizzati ad "altre" attività, tradendo la finalità di religione o di culto, anche con riferimento all'aspetto riferito al Sostentamento del Clero ed alle altre attività istituzionali per come analiticamente declinate nell'atto di costituzione[30].

Sulla base dei richiamati dubbi, l'Ordinanza n. 2899/2024 della Suprema Corte di Cassazione, Sezione Tributaria, nel ribadire ulteriormente che, il godimento in chiave meramente conservativa del patrimonio immobiliare, i cui proventi «costituiscono i mezzi necessari per il perseguimento dello scopo principale», non deve porsi in contrasto con le finalità ideali e non economiche perseguite dall'ente, ha ritenuto di accogliere il ricorso proposto dalla Agenzie delle Entrate, cassando la sentenza impugnata e rinviando alla Corte di Giustizia Tributa-

[28] Consultabile su www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/rassegna_mensile_luglio-2019.pdf.

[29] Si rinvia al saggio di G. Rivetti, *Declino del sistema concordatario e progressiva affermazione di una regolamentazione statuale (unilaterale) in materia di enti e attività diverse. Profili tributari*, in A. Fuccillo, L. Decimo (a cura di), *Gli enti religiosi. Tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, Napoli, 2022, 187-203.

[30] G. D'Angelo, *Il favor fiscale dell'ente ecclesiastico-religioso "imprenditore sociale" nella prospettiva del divieto europeo di aiuti di Stato: conferme problematiche della recente giurisprudenza UE in tema di esenzione IMU/ICI*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2016, 3, 661 ss.

ria di Secondo Grado dell'Umbria «in diversa composizione per un nuovo esame, anche delle questioni assorbite, e cui demanda di provvedere sulle spese del giudizio di legittimità»[31].

4. *Considerazioni conclusive*

Qualche tempo fa, intervenendo in un ideale dibattito che aveva come oggetto proprio le esenzioni fiscali degli enti cattolici, richiamando quanto avessero deciso alcuni pronunciamenti di provenienza comunitaria, concludevo affermando, che la concessione di una esenzione fiscale a favore di un ente religioso appartenente, nella circostanza, alla Chiesa cattolica, per opere realizzate in un immobile destinato all'esercizio di attività prive di finalità strettamente religiose, rimanda ai divieti specifici per come declinati nella legislazione di riferimento se ed in quanto, aggiungevo, le attività dei predetti enti avessero rivestito il carattere commerciale e/o di impresa in forma concorrenziale e proiettate nel gioco di un mercato "aperto", circostanza quest'ultima, specificavo, che avrebbe comportato, da parte delle Autorità statali, interventi correttivi nella direzione di escludere l'invocato beneficio fiscale procedendo alle rituali tassazioni, a nulla valendo, altresì, il richiamo ad alcune norme del Trattato del Laterano, quand'anche c'è da aggiungere, fossero state fatte salve alcune specifiche attività "esenti"[32].

Non vorrei dire, ma quasi tutti i giudizi che vedono coinvolti gli enti ecclesiastici, hanno come "petitum" la richiesta della esenzione tributaria, invocando il fine di religione o di culto, pur in presenza di acclarate circostanza messe in luce, dopo le verifiche del caso, dagli uffici territoriali delle Amministrazioni statali all'uopo preposte, che ne tradiscono il fine[33].

Così è stato anche nel caso della Ordinanza n. 2899/2024 che si è inteso annotare, con la quale i Supremi Giudici della Sezione Tributaria, hanno messo l'accento sul fatto che, l'esistenza del fine di religione o di culto dell'ente rappresenta una condizione necessaria ma non sufficiente per la spettanza delle agevolazioni in quanto, il "beneficio" assume rilevanza anche sotto l'aspetto oggettivo che, nel caso di specie, è materialmente rappresentato dal tipo dell'attività svolta dall'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero di Todi-Orvieto.

Infatti, concludendo le minime riflessioni che si intendono d'invito ad una più approfondita disamina del problema, il punto focale di tutta la questione sul-

---

[31] Cfr. Cass. civ., ord. 31 gennaio 2024 n. 2899, 7.

[32] Sul punto si rimanda L. Salvini (a cura di), *Diritto tributario delle attività economiche*, Torino, 2022.

[33] Cfr. in generale E. Bani, P. Consorti (a cura di), *Finanze vaticane e Unione europea. Le riforme di papa Francesco e le sfide della vigilanza internazionale*, Bologna, 2015.

la quale si è maggiormente soffermata la Ordinanza in discussione ha riguardato in primo luogo l'aspetto riferito al mero godimento del patrimonio immobiliare, finalizzato al reperimento dei fondi necessari per il raggiungimento dei preposti fini, risolvendosi, in ultima analisi, nella pura e semplice riscossione dei canoni, senza però, una specifica e dedicata organizzazione di mezzi e risorse funzionali all'ottenimento del risultato economico, cioè a dire, valutando e verificando nel concreto da parte degli uffici locali del fisco, che la gestione patrimoniale del predetto ente Diocesano per il Sostentamento del Clero, non assumesse i caratteri della concorrenzialità che, lo ricordiamo, sono propri delle regole che dominano i mercati e la libera circolazione dei beni[34].

Insomma, in ipotesi di mero godimento degli immobili, occorre che i relativi proventi maturati siano finalizzati esclusivamente per le attività di religione o di culto ai quali il predetto ente è votato ma, qualora lo stesso ente risultasse svolgere anche altre attività diverse, con l'aggiunta di impiego delle strutture e dei mezzi, il tutto organizzati e finalizzati all'esercizio che regola la concorrenzialità sul mercato, allora, in questi casi, le invocate agevolazioni fiscali esenti, difficilmente possono trovare una qualche giustificazione e men che mai un legittimo accoglimento nelle aule dei Tribunali.

[34] M. Cian (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2021.

Faustino de Gregorio - Abstract

Alcune considerazioni in tema di esenzione fiscale a proposito della vexata quaestio che ha come protagonista l'ente con finalità di religione o di culto

Viene evidenziata la circostanza che, al fine di ottenere le esenzioni fiscali, la gestione patrimoniale dell'ente Diocesano per il Sostentamento del Clero, non può assumere i caratteri della concorrenzialità i quali, si ribadisce, sono propri delle regole che dominano i mercati e la libera circolazione dei beni per cui, in presenza di tali circostanze, gli invocati benefici non operano.

Some considerations on the subject of tax exemption regarding the vexed question that has as its protagonist the entity with religious or cult purposes

It is highlighted that, in order to obtain tax exemptions, the asset management of the Diocesan entity for the Support of the Clergy cannot assume the characteristics of competition which, it is reiterated, are typical of the rules that dominate the markets and the free circulation of goods, so that, in the presence of such circumstances, the invoked benefits do not operate.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 417-457

Articoli e saggi

L'intelligenza artificiale nell'amministrazione sanitaria. Riflessioni a margine della recentissima Legge n. 132/2025

Silia Gardini

Sommario: 1. L'intelligenza artificiale come nuova frontiera del diritto amministrativo sanitario. – 2. Come cambia il diritto alla salute nell'era degli algoritmi. – 3. Il punto di partenza: la parabola normativa europea. – 3.1. GDPR e protezione dei dati sanitari. – 3.2. MDR/IVDR: software di AI come dispositivi medici. – 3.3. L'*AI Act.* – 3.4. L'*EHDS*: verso un'infrastruttura europea dei dati sanitari. – 4. La Legge 132/2025. Prima lettura nella prospettiva della pubblica amministrazione. – 5. L'intelligenza artificiale nell'amministrazione sanitaria: i capisaldi della Legge n. 132/2025. – 5.1. L'intelligenza artificiale nei percorsi di cura. – 5.2. Intelligenza artificiale, ricerca e sperimentazione scientifica in ambito medico. – 5.3. La nuova infrastruttura pubblica. – 5.4. La gestione del rischio algoritmico nell'amministrazione sanitaria. Qualche indicazione operativa. – 5.5. *Time-line* attuativa. – 6. Conclusioni.

1. *L'intelligenza artificiale come nuova frontiera del diritto amministrativo sanitario*

Ogni epoca storica delinea le sue soglie giuridiche[1]: varchi oltre i quali il diritto è chiamato a interrogare sé stesso, alla luce di nuove forze che irrompono nel tessuto ordinamentale e ne mettono alla prova le categorie fondamentali.

[1] Nel XIX secolo la nascita della burocrazia moderna offrì alla giovane statualità europea una nuova architettura e impose al diritto di interrogarsi sul rapporto tra poteri e regole, tra discrezionalità e controllo, inaugurando il primo capitolo della legalità amministrativa. Il Novecento aprì un'altra stagione: lo Stato sociale non si accontentava più di governare e mantenere l'ordine, ma puntava a garantire istruzione, salute, previdenza. L'amministrazione diventò progressivamente veicolo di inclusione e motore di politiche sociali, assumendo una "responsabilità" verso la collettività. L'ultimo scorcio di secolo e l'inizio del nuovo millennio hanno consegnato all'amministrazione altre prove. La globalizzazione e l'integrazione europea hanno imposto coordinamento e apertura verso ordinamenti sovranazionali, mentre la digitalizzazione ha cominciato a ridefinire intrinsecamente il linguaggio degli apparati pubblici.

L'avvento dell'intelligenza artificiale (di seguito anche IA) rappresenta, senza ombra di dubbio, il nuovo grande "salto di fase" nell'evoluzione dell'amministrazione contemporanea[2].

Non siamo dinnanzi ad ausili informatici che velocizzano le procedure: l'intelligenza artificiale[3] è destinata a operare come una vera e propria infrastruttura cognitiva del potere pubblico[4], capace di apprendere, selezionare, classificare e soprattutto di orientare – fino a co-determinare – le decisioni amministrative.

[2] In dottrina si discute di nuova «società algoritmica». Cfr. M. Bassini, L. Liguori, O. Pollicino, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. Pizzetti, Torino, 2018, 333 ss. Sul tema, si vedano anche L. Casini, *Il futuro dello stato (digitale)*, in *Riv. trim. dir. pub*., 2024, 2; A. Pajno, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 206-207; A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, in *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, a cura di A. D'Aloia, Milano, 2020, 170 ss.; L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023.

[3] Non è agevole fornire una definizione univoca di "intelligenza artificiale", che richiama e ricomprende meccanismi anche molto diversi tra loro (cfr. G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, 2, 431 ss.). La versione in lingua italiana dell'art. 3 dell'AI Act definisce un sistema di IA come «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali». Alla base del suo funzionamento potrebbe esserci, dunque, sia un approccio di tipo logico-deduttivo, sia un approccio di tipo induttivo, quale è il *machine learning*. In questa sede, non si può ricostruire il ricco dibattito letterario e scientifico sull'inquadramento generale del fenomeno. Ai nostri fini – in ragione dell'avanzamento del processo di digitalizzazione della p.a. – si può dare per acquisito il fatto che oggi le pubbliche amministrazioni utilizzano strumenti digitali dotati di intelligenza artificiale, più o meno complessa. Si può, dunque, legittimamente parlare di "amministrazione algoritmica" e di "atto amministrativo algoritmico" ogni qual volta la volontà procedimentale si formi (anche) attraverso connettori automatici e "i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione", richiamati dall'art. 3 della l. n. 241/1990 vengano (anche in parte) acquisiti, valutati e riversati nella decisione dalla macchina. Cfr. P. Forte, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa Artificiale (AAI)*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 1, 265.

[4] Non è possibile approfondire in maniera adeguata il tema dei rapporti tra esercizio del pubblico potere e intelligenza artificiale, rispetto al quale la dottrina ha ampiamente discusso. Per un inquadramento del tema, si vedano, *ex multis*, il volume di M. Protto (a cura di), *Pubblica amministrazione e tecnologie emergenti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2022, 6; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019; M. Macchia, A. Mascolo, *Intelligenza artificiale e sfera pubblica: lo stato dell'arte*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 4, 556 ss.; V. Neri, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile,* in *Urbanistica e Appalti,* 2021, 5; F. Laviola, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Biodiritto*, 2020, 3; L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi*, 2018, 21; S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl*., 2019; M. Timo, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 1, 753 ss.; D.U. Galetta, J. Ziller (a cura di) *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018; J. Cobbe, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*, Cambridge, 2019; E. Picozza, *Intelligenza artificiale e diritto. Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. it.,* 2019, 7, 1657 ss.; B. Raganelli, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in *Federalismi*, 2020, 22; M. Corradino, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, settembre 2021; P. Otranto, *Riflessioni in tema*

Le questioni che discendono da tale innovazione abbracciano inevitabilmente profili generali di governo e di legittimazione del sistema. Quando la logica del potere si intreccia con quella dell'algoritmo, occorre, dunque, individuare un punto di equilibrio che scongiuri distorsioni patologiche nelle decisioni pubbliche e chiarire quali siano gli elementi essenziali per garantire legalità e buon andamento dell'agire amministrativo. In questa prospettiva, l'amministrazione è chiamata ad assicurare la resilienza dei propri processi organizzativi e decisionali: la capacità di adattarsi, correggersi e mantenere continuità di tutela di fronte ai rapidi mutamenti tecnologici. Come ha osservato il Consiglio di Stato, i rischi connessi all'uso sempre più diffuso di strumenti algoritmici non possono essere neutralizzati mediante la rigida applicazione delle regole procedimentali della legge n. 241 del 1990, ma richiedono un impegno ulteriore, in primo luogo sul versante della trasparenza[5].

È in questa traiettoria di analisi che, con il presente lavoro, si intende circoscrivere l'attenzione sull'amministrazione sanitaria[6], laddove l'innovazione algo-

di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità, in *Federalismi*, 2021, 7; R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi e M. Protto (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022; E. Chiti, B. Marchetti, N. Rangone, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali*, in *BioLaw Journal*, 2022, 2; G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024; G. Sgueo, *L'uso dell'IA nelle pubbliche amministrazioni: mitologia informatica?*, in *Irpa.eu*, 2024; G. Gardini, *Dall'amministrazione analogica all'amministrazione per algoritmi. varianti e invarianti di un processo evolutivo*, in *Dir. amm.*, 2025, 3.

[5] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472. Il Consiglio di Stato ha costruito negli ultimi anni un nucleo solido di principi a presidio dell'uso degli algoritmi nella pubblica amministrazione, incentrato su legalità, trasparenza e non discriminazione. In primo luogo, l'algoritmo è considerato una regola tecnica amministrativa soggetta al principio di legalità e ai principi generali dell'azione amministrativa, tra cui imparzialità e trasparenza (Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Ne discende il dovere per l'amministrazione di rendere conoscibili i criteri decisionali incorporati nel software, pena l'illegittimità del provvedimento per opacità (Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *www.giustizia-amministrativa.it*). La giurisprudenza distingue tra algoritmi decisionali – che richiedono piena trasparenza e supervisione – e strumenti informatici di supporto, per i quali si ammette un margine maggiore di riservatezza tecnica (Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 2025, n. 4857, in *www.giustizia-amministrativa.it*). A ciò si affianca il principio di non discriminazione algoritmica, ispirato al GDPR, secondo cui la PA deve prevenire effetti iniqui o distorsivi, adottando misure idonee a neutralizzare *biases* nei dati o nei criteri di calcolo (Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Infine, anche nei sistemi completamente automatizzati, l'amministrazione resta tenuta a garantire l'accessibilità, la comprensibilità e la tracciabilità delle decisioni: non è ammessa alcuna deresponsabilizzazione per ragioni tecniche o delegate a terzi (Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2025, n. 4929, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Si tratta di profili che saranno approfonditi e contestualizzati rispetto al settore sanitario nei paragrafi che seguono.

[6] Sul tema dell'applicazione dei sistemi di IA nel settore sanitario, si vedano: E.A. Ferioli, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano?*, in *BioLaw Journal*, 2019, 163 ss.; C. Casonato, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, *ivi*, 711 ss.; A. D'Aloia, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, *ivi*, 3 ss.; M. Hansen, T. Miron-Shatz, A.Y. Lau, C. Paton, Big *Data in Science and Healthcare: A Review of Recent Literature and Perspectives. Contribution of the IMIA Social Media Working Group*, 2014; A. Biancardo, *Problematiche etico-giuridiche relative all'utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario*, in *JusOnline*, 3-2021, 102 ss.; V. Zagrebelsky, *Un progetto di ricerca su medici e pazienti nel rapporto con l'intelligenza artificiale*, in *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, III, *Pandemia e tecnologie. L'impatto su processi, scu-*

ritmica assume contorni di particolare complessità e interesse, per almeno due ragioni fondamentali[7].

La prima ragione è di ordine tecnico. La medicina è, per sua natura, terreno privilegiato per lo sviluppo dell'intelligenza artificiale (dispone di grandi quantità di dati, opera attraverso processi in larga parte formalizzabili e richiede un costante aggiornamento scientifico[8]) e la macchina amministrativa che la circonda riflette questa caratteristica.

Sul versante più strettamente amministrativo, gli algoritmi sono utilizzati per programmare e allocare risorse, per gestire i flussi di pazienti, definire priorità di accesso, per monitorare la qualità dei servizi, per rilevare inefficienze ed elaborare modelli epidemiologici utili alla pianificazione sanitaria[9]. Sul versante clinico, invece, i sistemi automatizzati supportano la diagnostica, la valutazione prognostica e i percorsi terapeutici, interagendo con le competenze professionali del personale sanitario e influenzando inevitabilmente l'esercizio dei diritti dei pazienti. La coesistenza di questi due livelli – amministrativo e clinico – conferisce senza dubbio al settore sanitario un ruolo strategico nella definizione di un modello di legalità algoritmica coerente con i principi costituzionali.

La seconda ragione è di carattere giuridico-istituzionale e riguarda la peculiarità della sanità come apparato amministrativo. Nel settore sanitario il potere pubblico si interseca in maniera molto incisiva con la vulnerabilità umana, nella sua forma più radicale: nella malattia, nella cura, nella tutela della salute fisica e psichica. Di conseguenza, un algoritmo che ordina le liste d'attesa, che segnala un'a-

---

ola e medicina, a cura di A. Pajno e L. Violante, Bologna, 2021, 54 ss.; G. Fares, A*rtificial intelligence in social and health services: A new challenge for public authorities in ensuring constitutional rights*, in *The IT revolution and its impact on State, constitutionalism and public law*, a cura di M. Belov, Oxford, 2021, 269 ss.; A. Aliper, R. Kudrin, D. Polykovskiy, P. Kamya, E. Tutubalina, S. Chen, F. Ren, A. Zhavoronkov, *Prediction of Clinical Trials Outcomes Based on Target Choice and Clinical Trial Design with Multi-Modal Artificial Intelligence,* in *Clinical Pharmacology & Therapeutics*, 2023, 972 ss.; P. Phan, S. Mitragotri, Z. Zhao, *Digital therapeutics in the clinic*, in *Bioengineering and translational Medicine*, vol. 8(4), e10536, 2023.

[7] Anche l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) – nelle *Linee guida per l'adozione, l'acquisto e lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione,* previste dal *Piano Triennale per l'Informatica nella PA 2024-2026* e in corso di pubblicazione (cfr. *infra*) – ha riconosciuto la sanità come uno dei fondamentali settori di applicazione dell'AI, sia in ambito clinico che in tutto il resto della sfera sanitaria, ponendo particolare interesse nello sviluppo di modelli affidabili, responsabili (*Trustworthy AI*) e antropocentrici.

[8] Cfr. A. Petersen, D. Rotolo, L. Leydesdorff, *A Triple Helix Model of Medical Innovation: Supply, Demand, and Technological Capabilities in terms of Medical Subject Headings*, arXiv, 2015; A. Kerr, *Embodied Innovation and Regulation of Medical Technologies*, in *BioSocieties*, 2015; O. Zecchino, *The Medical Art Towards New Paradigms*, in *Springer Nature*, 2024; D.A. Petrie, *Integration as Innovation in Healthcare Systems*, in *Journal of Health Services Research & Policy*, 2024.

[9] In Italia la trasformazione algoritmica dell'amministrazione sanitaria sconta una base digitale ancora incompleta: nel 2024 il nostro paese ha registrato 62 punti nell'*eGovernment Benchmark*, contro una media UE di 76, con ritardi rispetto a Francia, Germania e Spagna. La digitalizzazione, senza una strategia di implementazione e di competenze, non produce di per sé semplificazione; al contrario, nel tempo di transizione può accentuare complessità e diseguaglianze di accesso ai servizi. Cfr. *Digital Decade 2024: eGovernment Benchmark* consultabile alla pagina internet: digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/digital-decade-2024-egovernment-benchmark.

nomalia clinica o che orienta un ente pubblico nella programmazione delle risorse economiche non svolge mai un compito asettico e poco rilevante. Ogni operazione riverbera inevitabilmente su diritti fondamentali della persona, costituzionalmente protetti. A ciò si aggiunga che la sanità è il settore a più alta densità di dati sensibili, il cui trattamento richiede un presidio giuridico e tecnico particolarmente rigoroso. L'intenso valore predittivo di questi dati li rende al tempo stesso risorsa e rischio: risorsa per la medicina personalizzata, la ricerca e la prevenzione; rischio per la *privacy*, la discriminazione algoritmica e la sorveglianza sanitaria.

In definitiva, pare corretto ritenere che in nessun altro settore, come in quello sanitario, la promessa di efficienza tecnologica si intrecci in modo tanto stretto con l'esigenza di preservare la pienezza delle garanzie amministrative e costituzionali. Da ciò discende la necessità di riflettere su almeno tre profili essenziali: 1) la ridefinizione dei procedimenti e le responsabilità pubbliche nell'impiego dell'intelligenza artificiale, chiarendo chi decide, chi controlla e chi risponde; 2) l'introduzione di una disciplina specifica sull'uso degli algoritmi in sanità, capace di assicurare trasparenza, tracciabilità e verificabilità delle decisioni automatizzate; 3) la promozione di una cultura amministrativa digitale in ambito sanitario, fondata sull'integrazione di competenze giuridiche, etiche, mediche e tecnologiche, tale da garantire che l'innovazione rimanga al servizio della tutela della salute e dell'uguaglianza nell'accesso alle cure.

In questa direzione, non stupisce che proprio la sanità occupi una posizione centrale nel recente intervento legislativo in materia di intelligenza artificiale, la legge 23 settembre 2025, n. 132, entrata in vigore il 10 ottobre 2025, di cui meglio si dirà nel prosieguo della trattazione.

2. *Come cambia il diritto alla salute nell'era degli algoritmi*

L'intelligenza artificiale è, a tutti gli effetti, una nuova dimensione del potere amministrativo che incide sui criteri di legittimazione dell'azione pubblica e sulla stessa definizione dell'interesse generale. In sanità, più che altrove, la "macchina" incontra la Costituzione ed è a partire da questo incontro che il diritto amministrativo è chiamato a ridefinire la propria misura.

La Costituzione italiana colloca la salute in un punto nevralgico dell'ordinamento, al crocevia tra l'interesse individuale (come diritto fondamentale della persona) e l'interesse generale (come garanzia di tutela collettiva). Da questa duplice dimensione emerge una tensione giuridica delicata, nella quale il diritto inviolabile del singolo ad accedere a cure efficaci e tempestive si intreccia con la responsabilità pubblica di preservare il bene comune, secondo criteri di universa-

lità, equità e solidarietà[10]. La dimensione pubblicistica della salute, in questa prospettiva, non si esaurisce nella prestazione sanitaria in senso stretto, ma si estende all'organizzazione, alla programmazione e alla regolazione dei processi decisionali, attraverso i quali la tutela viene concretamente realizzata.

L'intelligenza artificiale influenza questo equilibrio, poiché trasforma lo "spazio" nell'ambito del quale il diritto alla salute si esercita e viene garantito. La decisione amministrativa clinico-sanitaria in forma algoritmica si fonda su una valutazione che non è più esclusivamente espressione del discernimento umano, ma è il prodotto di correlazioni e inferenze, spesso non comprensibili né verificabili dal cittadino e, potenzialmente, dello stesso operatore sanitario. La capacità dei sistemi di IA di processare in tempi rapidissimi enormi volumi di dati sanitari consente, in astratto, di accrescere la qualità e l'efficienza delle prestazioni: si pensi alla possibilità di ottenere diagnosi più precoci, di ridurre i tempi di attesa o di ottimizzare l'allocazione delle risorse. Tuttavia, la medesima logica algoritmica può generare effetti distorsivi, amplificando disuguaglianze preesistenti (quando i dati di addestramento siano incompleti o non rappresentativi) e consolidando discriminazioni strutturali, sotto la parvenza di una neutralità tecnica[11].

In altre aree di azione amministrativa la correttezza dell'algoritmo può essere accertata *ex post*, con parametri di efficienza o legittimità formale. Nel campo della salute, invece, l'errore algoritmico incide immediatamente sulla vita e sull'integrità fisica della persona: il tempo del rimedio giuridico non coincide con il tempo del danno[12]. La tutela può, dunque, diventare fragile ogni qual volta il contenuto della decisione (diagnostica, organizzativa o allocativa) non sia immediatamente riconducibile a un procedimento controllato e guidato.

---

[10] Per una ricostruzione della dottrina sul tema, senza pretese di esaustività, cfr.: S. Lessona, *La tutela della salute pubblica*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana* diretto da P. Calamandrei e A. Levi, I, Firenze, 1950; C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1961; A. Giannini, *La tutela della salute come principio costituzionale*, in *INADEL*, 1960; L. Carlassare, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L'amministrazione sanitaria*, Atti del Congresso Celebrativo del Centenario delle Leggi amministrative di Unificazione, a cura di R. Alessi, Vicenza, 1967-1969; B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e Società*, 1984, 1; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002; G. Cosmacini, *Storia della medicina e della sanità in Italia*, Roma-Bari, 2005; A. Simoncini, E. Longo, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Vol. I, Torino, 2006; C. Bottari, *Il diritto alla tutela della salute*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania, P. Ridola, Vol. III, Torino 2006; R. Balduzzi, *Diritto alla salute*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 5393 ss.; Id., *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009; R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007.

[11] Il tema sarà meglio inquadrato *infra*.

[12] La lesione dei diritti fondamentali che può essere provocata da un uso non corretto delle applicazioni di IA «è in alcuni casi talmente grave da non essere in alcun modo riparabile o compensabile *ex post*», anche a causa della «estrema velocità con la quale si muove lo sviluppo delle nuove tecnologie». Così, C. Schepisi, *Diritti fondamentali, principi democratici e rule of law: quale ruolo e quale responsabilità per gli Stati nella regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Diritti fondamentali, dati personali e* regolazione, a cura di A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci, Vol. I, Bologna, 2022, 206.

In questo nuovo scenario, l'effettività del precetto costituzionale dell'art. 32 non può misurarsi solo sul *quid* della tutela – la cura, l'autorizzazione, la prestazione – alla cui formazione ha concorso la macchina. L'orizzonte costituzionale del diritto alla salute si deve espandere, fino a ricomprendere necessariamente anche il diritto a un'amministrazione sanitaria "giusta nell'utilizzo della tecnologia": un diritto che – come meglio si vedrà – richiede una particolare attenzione alla gestione dei processi e alla loro piena riferibilità umana.

In sostanza, l'intelligenza artificiale non modifica soltanto l'assetto tecnico delle decisioni sanitarie, ma incide anche sulla struttura relazionale della cura, che rappresenta una componente essenziale del diritto alla salute. Da questo punto di vista, l'IA rappresenta una soglia critica del costituzionalismo sanitario: promette una medicina più precisa e predittiva, ma al tempo stesso rischia di ridurre la cura a un processo impersonale, in cui la valutazione clinica potrebbe essere sempre più sovrastata dalle correlazioni algoritmiche e il medico potrebbe diventare un supervisore di *output* automatizzati. La tutela costituzionale del diritto alla salute non può tollerare una simile deriva, perché l'oggetto della protezione non è solo la funzionalità biologica, ma anche la relazione umana della cura.

Sul piano amministrativo, questa esigenza si traduce in una serie di regole e doveri positivi, che la ricca normativa europea – e ora anche la legge nazionale – hanno in parte delineato. Di certo, è solo entro un chiaro perimetro di applicazione che l'utilizzo dell'intelligenza artificiale può tradursi in un effettivo potenziamento del servizio pubblico di cura, che non sacrifichi la dimensione costituzionale della relativa tutela.

3. *Il punto di partenza: la parabola normativa europea*

La recentissima legge n. 132 del 2025 si presenta come il primo tentativo organico di un ordinamento nazionale di dotarsi di un quadro giuridico dettagliato sull'intelligenza artificiale. La portata innovativa di questo intervento normativo – soprattutto nel settore sanitario – può essere pienamente compresa soltanto se collocata dentro la sequenza di passaggi che, *in primis* a livello sovranazionale, ha progressivamente tracciato i confini giuridici dell'IA.

Il percorso europeo può essere articolato in quattro momenti che, pur diversi per oggetto e ambito, delineano una traiettoria coerente: il GDPR, che ha consacrato la protezione dei dati (anche) sanitari come primo pilastro; i regolamenti MDR e IVDR, che hanno qualificato i *software* a finalità clinica come dispositivi medici, assoggettandoli a standard di sicurezza e di efficacia; l'AI Act del 2024, che ha imposto un regime fondato sulla classificazione per livelli di rischio; lo

Spazio europeo dei dati sanitari (EHDS) del 2025, che ha posto le basi per una gestione integrata e controllata delle informazioni cliniche a livello continentale.

La legge italiana si innesta in questo mosaico con una importante funzione di raccordo: parte dalle coordinate fissate a livello unionale e le innerva dei principi costituzionali interni, assumendo – a tal fine – proprio il settore sanitario come banco di prova privilegiato.

3.1. *GDPR e protezione dei dati sanitari*

Dietro ogni algoritmo, dietro ogni modello predittivo, c'è un meccanismo che analizza, elabora e combina una serie di informazioni eterogenee: dati clinici, immagini, cartelle elettroniche, parametri biometrici, valori di laboratorio, per rimanere nell'ambito del settore sanitario. Se questi dati non vengono trattati con rigore giuridico e adeguate garanzie di sicurezza, l'intero edificio algoritmico rischia di poggiare su fondamenta instabili. Per questo motivo il primo, grande tema che deve essere affrontato con riguardo all'impiego dell'IA è quello del trattamento dei dati – nello specifico, sanitari – definendo quali possano essere messi a disposizione della tecnologia, in che modo possano essere utilizzati e alla luce di quali controlli giuridici.

Il Regolamento (UE) 2016/679, noto come GDPR (*General Data Protection Regulation*) costituisce la chiave di volta nella definizione del rapporto tra intelligenza artificiale, dati e diritti fondamentali. Il GDPR ha riconosciuto che i dati relativi alla salute delle persone[13] appartengono a una categoria particolarmente esposta al rischio di lesione della dignità e dell'integrità della persona, e per questo soggetta a un regime di protezione rafforzato[14]. La disciplina del GDPR, in questa prospettiva, influisce sull'amministrazione sanitaria lungo tre direttrici fondamentali[15].

[13] La definizione di "dato sanitario" rappresenta uno dei nodi più complessi e dinamici del diritto europeo dei dati personali. La nozione non si presta a essere circoscritta in un perimetro stabile, confinata al solo ambito clinico. Essa va, piuttosto, intesa come una categoria funzionale e contestuale, la cui qualificazione dipende non soltanto dal contenuto dell'informazione, ma anche dal modo in cui essa viene utilizzata, dalle finalità perseguite e dal contesto di trattamento. Il legislatore europeo, attraverso il considerando 35 del GDPR, ha inteso abbracciare una visione ampia, includendo tra i dati relativi alla salute "qualsiasi informazione che riveli lo stato di salute fisica o mentale di una persona". Cfr. P. Guarda, *I dati sanitari*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019.

[14] Cfr. F. Di Ciommo, *Il trattamento dei dati sanitari tra interessi individuali e collettivi*, in *Danno e resp*., 2-2002; M.S. Bonomi, *Privacy e dati sanitari: le principali novità introdotte dal GDPR,* in *Federalismi*, 2018; R. Panetta (cur.), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 679/2016 e al d.lgs. 101/2018*, Milano, 2019; E. Pellecchia, *Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, de-identificati: combinazioni possibili di livelli molteplici di identificabilità nel GDPR*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2020.

[15] Chiaramente non è possibile, in questa sede, approfondire in maniera adeguata e completa il tema del trattamento dei dati sanitari, così come delineato dalla ricca normativa europea e interna. Per una ricostru-

La prima riguarda la regola della minimizzazione. I dati possono essere raccolti e trattati soltanto nella misura necessaria agli scopi perseguiti e dichiarati. Ciò implica che le amministrazioni sanitarie e le strutture ospedaliere – a maggior ragione laddove si discuta di sistemi algoritmici – non possono accumulare informazioni in maniera indifferenziata, ma devono disegnare con precisione i confini di ogni trattamento, collegandolo a finalità specifiche e proporzionate. In questo modo il principio di proporzionalità, già radicato nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa, si proietta dentro l'universo digitale, influenzando *ex ante* la conformazione stessa delle banche dati e degli algoritmi che su di esse operano[16].

La seconda direttrice si innesta sui principi di *privacy by design* e *by default*. Il primo impone di incorporare le regole in materia di protezione dei dati personali a partire dalla progettazione del processo; il secondo obbliga all'adozione di misure tecniche ed organizzative atte a garantire che siano trattati solamente i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. La protezione dei dati non rappresenta, dunque, un adempimento successivo alla progettazione, ma è un vincolo incorporato nella struttura stessa dei sistemi. Ogni architettura informatica deve, così, essere pensata in modo da garantire condizioni predefinite di trattamento, rispettose della riservatezza e costantemente supervisionate[17].

La terza direttrice, la più importante ai fini della nostra analisi, è cristallizzata nell'art. 22 del GDPR. Questa norma sancisce il diritto di non essere sottoposti a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato (compresa la profilazione) laddove la stessa produca effetti giuridici sulla sfera giuridica personale o incida significativamente sulla persona.

Accanto a queste tre direttrici, il GDPR introduce un altro strumento di particolare rilievo per la sanità pubblica: la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (*Data Protection Impact Assessment*, DPIA). Si tratta di una procedura obbligatoria per tutti i trattamenti che presentano rischi elevati per i diritti e le libertà delle persone fisiche e che richiede di individuare i rischi, valutarne la probabilità e la gravità, adottare misure di mitigazione e documentare l'intero processo. La DPIA traduce, in chiave operativa, il principio di *accountability*: ciò che

---

zione unitaria del tema e della prevalente dottrina, si veda L. Bolognini, S. Zipponi, *Privacy e diritto dei dati sanitari*, Milano, 2024.

[16] Cfr. M. Sinisi, *Uso dei big data e principio di proporzionalità*, in *Federalismi*, 2020; M. Bassini, *La svolta della privacy europea: il nuovo pacchetto sulla tutela dei dati personali*, in *Quad. cost*., 2016, 3.

[17] Cfr. A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings,* in *Contratto e impresa/Europa*, 2015, 1; cfr. anche A. Cavoukian, *Privacy by design: the definitive workshop - A foreword by Ann Cavoukian, IDIS* 2010, 3; cfr. B.J. Koops, R. Leenes, *Privacy Regulation Cannot Be Hardcoded. A critical comment on the "privacy by design" provision in data protection law,* in *International Review of Law, Computers & Technology,* 2014, 28.

rileva non è soltanto il rispetto delle regole, ma la capacità di governare consapevolmente il rischio tecnologico e organizzativo[18].

La giurisprudenza e le Autorità di controllo hanno già avuto modo di applicare questi principi. Il Garante per la protezione dei dati personali, in più occasioni, ha censurato l'uso di sistemi algoritmici in sanità per carenza di base giuridica o per l'assenza di una DPIA adeguata, ribadendo che l'innovazione non può sottrarsi al vaglio di proporzionalità e necessità[19]. Sul piano amministrativo, la disciplina del GDPR appare coerente con i principi generali dell'azione pubblica: la minimizzazione dei dati rappresenta una forma di legalità sostanziale; la *privacy by design* e *by default* si traducono in un modello di buon andamento nella dimensione digitale; il divieto di decisioni interamente automatizzate costituisce presidio di imparzialità e garanzia di eguaglianza sostanziale.

3.2. *MDR/IVDR: software di AI come dispositivi medici*

Il secondo snodo della parabola normativa europea coincide con l'entrata in vigore, nel maggio 2021, dei Regolamenti (UE) 2017/745 e 2017/746, rispettivamente dedicati ai dispositivi medici (*Medical Device Regulation* - MDR) e ai dispositivi medico-diagnostici in vitro (*In Vitro Diagnostic Medical Device Regulation* - IVDR).

Se nel primo stadio normativo l'attenzione era focalizzata sull'utilizzo e la protezione dei dati personali, con i Regolamenti MDR e IVDR il baricentro si sposta: la priorità diventa la qualità clinica e la sicurezza funzionale delle tecnologie. I due regolamenti stabiliscono una regola chiave: un *software* progettato con una destinazione d'uso medico – sia essa la diagnosi, il *triage*, il monitoraggio cli-

[18] Ai sensi dell'art. 35, par. 1 del GDPR, la DPIA è necessaria «quando un tipo di trattamento, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche». Sul tema, cfr. A. Montalero, *Il nuovo approccio della valutazione del rischio nella sicurezza dei dati,* in *Il nuovo Regolamento sulla privacy e sulla protezione dei dati personali,* a cura di G. Finocchiaro, Bologna, 2017, 287; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo,* Vol. II, Torino, 2016, 297-298.

[19] V. Garante per la protezione dei dati personali, Newsletter 24 gennaio 2023, in relazione ai provvedimenti adottati nei confronti di tre Aziende sanitarie del Friuli-Venezia Giulia per l'utilizzo di sistemi di profilazione algoritmica privi di adeguata base giuridica e di valutazione d'impatto preventiva, doc. web nn. 9844989, 9845156, 9845312; nonché doc. web n. 9845106, relativo all'istruttoria avviata nei confronti della Regione Veneto per l'impiego di un algoritmo di gestione delle liste d'attesa; ancora, Provv. 4 agosto 2025, concernente l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Careggi di Firenze, in materia di *dossier* sanitario elettronico e misure di sicurezza, doc. web n. 10166336, in Newsletter 25 settembre 2025.

nico o il supporto terapeutico – non è qualificabile come mero strumento informatico, ma acquista a pieno titolo la natura giuridica di dispositivo sanitario[20].

Questa qualificazione ha conseguenze di vasta portata.

Anzitutto, comporta l'obbligo della marcatura CE, che è condizione imprescindibile per l'immissione del dispositivo sul mercato europeo e comporta una procedura rigorosa di valutazione di conformità commisurata al rischio clinico[21].

In secondo luogo, diventa necessario dimostrare la sicurezza e la prestazione clinica del *software* sulla base di evidenze scientifiche validate (artt. 61 ss. MDR e Allegato XIV).

Il Regolamento MDR estende, poi, al *software* il regime di vigilanza *post-market* (artt. 83-86), fondato sulla raccolta sistematica di dati d'uso e sulla segnalazione di incidenti o malfunzionamenti. Tale obbligo grava primariamente sul fabbricante[22], ma si riflette anche sugli operatori sanitari e sulle amministrazioni pubbliche che impiegano tali strumenti, chiamati tutti a garantire un controllo costante e documentato delle prestazioni algoritmiche. Si configura una forma di responsabilità amministrativa diffusa, che proietta nel dominio digitale la logica della farmacovigilanza.

Il *Medical Device Coordination Group* (MDCG), istituito dall'art. 103 dello stesso Regolamento, ha progressivamente precisato questa architettura attraverso una serie di linee guida dedicate ai *medical device software* (MDSW). Tra queste, l'MDCG 2018-5 stabilisce i criteri per l'assegnazione dell'*Unique Device Identifier* (UDI) ai *software* medici, assicurando la piena tracciabilità del ciclo di vita dei dati impiegati o generati dal dispositivo. L'MDCG 2019-11 estende la qualifica di dispositivo medico anche ai *software* indipendenti – inclusi i sistemi di intelligenza artificiale – a prescindere dalla loro collocazione (su *cloud* o su dispositivo locale) e dall'utilizzatore (medico o paziente), riconoscendo che la funzione clinica non dipende più dal supporto materiale, ma dall'elaborazione dei dati. L'MDCG 2020-1 impone anche la necessità di prove cliniche adeguate anche per

[20] L'articolo 2, paragrafo 1, del Regolamento MDR definisce infatti dispositivo medico anche il *software* «destinato dal fabbricante a essere impiegato per finalità mediche specifiche», introducendo un criterio teleologico fondato sulla finalità d'uso.

[21] L'art. 51 del regolamento 2017/745 (MDR) classifica i dispositivi medici secondo un approccio basato sul rischio, considerando la sicurezza degli utenti come una priorità e valutando i potenziali rischi associati all'uso del dispositivo. Il *software* che fornisce informazioni utilizzate per decisioni terapeutiche rientra almeno nella classe IIa, mentre quello che può incidere in modo grave o letale sulla salute del paziente è classificato in classe III. Questa graduazione, chiarita dalle Linee guida del *Medical Device Coordination Group* (MDCG 2021-24), introduce un principio di proporzionalità tecnica che impone, per gli algoritmi più complessi, controlli *ex ante* e sorveglianza *ex post* di particolare intensità.

[22] Le responsabilità dei produttori dei dispositivi medici vengono definite, in particolare, dall'art. 10 e dell'Allegato I del Regolamento, che richiama i requisiti di sicurezza e prestazione da rispettare, l'obbligo agli aggiornamenti e gestione della qualità da parte delle aziende sviluppatrici, l'obbligo di garantire che i dispositivi medici continuino a rispettare i requisiti etici durante tutto il ciclo di vita dello strumento e le responsabilità del produttore in caso di danni causati dal dispositivo difettoso.

i *software* basati su algoritmi, affinché la generazione e l'utilizzo dei dati avvengano nel rispetto di criteri di sicurezza, affidabilità e replicabilità scientifica[23].

In definitiva, con la *Medical device regulation* l'attenzione si sposta dalla componente materiale alla funzione clinica del prodotto, accostando l'algoritmo sanitario al regime dei presidi medici tradizionali e proiettandolo nel paradigma del rischio clinico: non basta che il sistema funzioni, ma è necessario che sia scientificamente affidabile, riproducibile e tracciabile. Ogni passaggio – dalla progettazione, all'immissione in uso, fino alla dismissione – deve essere documentato, validato e riconducibile a standard tecnico-clinici validati e verificabili.

A ben vedere, l'elemento realmente innovativo di tale normativa non risiede nella riclassificazione, nei termini esposti, degli strumenti tecnologici di IA medica, ma nella loro prima sostanziale giuridificazione.

3.3. *L'*AI Act

L'adozione del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, meglio noto come AI Act, segna l'ingresso dell'intelligenza artificiale nel diritto positivo dell'Unione[24]. Per la prima volta a livello mondiale una normativa costruisce un quadro giuridico generale della tecnologia algoritmica, istituendo un insieme coerente di regole, principi e procedure che traducono in legalità pubblica la tensione tra innovazione e diritti.

L'AI Act si colloca nel solco tracciato dal Libro Bianco sull'intelligenza artificiale[25] e dalla Strategia europea per i dati[26] del 2020, che individuano due direttrici tuttora centrali nella politica dell'Unione: la fiducia, intesa come sicurezza per i cittadini che i sistemi di IA operino nel rispetto della dignità umana, dell'u-

[23] Cfr. F. Bini, M. Franzò, A. Maccaro, D. Piaggio, L. Pecchia, F. Marinozzi, *Is medical device regulatory compliance growing as fast as extended reality to avoid misunderstandings in the future?*, in *Health and Technology*, 2023, vol. 13, n. 5, 831-842.

[24] Ai sensi dell'art. 1, il dichiarato scopo del Regolamento è «migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, e promuovendo l'innovazione»

[25] Commissione Europea, *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale: Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 final. Il contributo del Libro bianco intende regolamentare e promuovere l'utilizzo dell'intelligenza artificiale attraverso la sensibilizzazione dell'opinione pubblica circa il suo concreto apporto evolutivo nel processo di digitalizzazione dei servizi e della pubblica amministrazione. Proprio alla PA la Commissione indirizza le raccomandazioni del documento, con l'invito a implementare soluzioni digitali intelligenti compatibili con principi, valori europei e diritti fondamentali. Cfr. M. Tresca, *I primi passi verso l'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 3.

[26] Commissione Europea, *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66 final.

guaglianza e della protezione dei dati personali e l'eccellenza, intesa come sostegno alla ricerca, alla competitività e all'innovazione.

Il Regolamento 2024/1689 costituisce la traduzione normativa di quella visione, la sua incarnazione in regole giuridiche vincolanti. Non nasce, infatti, come regolazione "di settore", ma si pone come quadro orizzontale volto a garantire e disciplinare la circolazione dei sistemi IA negli Stati membri[27]. Come riportato anche nel primo considerando, il Regolamento n. 2024/1689 intende promuovere l'impiego di un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile, garantendo al contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il tratto metodologico che conferisce all'AI Act la sua originalità è l'approccio fondato sul rischio[28]. Non tutte le intelligenze artificiali sono uguali: un algoritmo che ottimizza il traffico cittadino o organizza la logistica di un magazzino non può essere equiparato a un *software* che stabilisce la priorità di un paziente in pronto soccorso o che segnala una lesione sospetta in una TAC. Per tale ragione, il legislatore europeo si è orientato verso un modello graduato, nel quale l'intensità delle garanzie varia in funzione del livello di rischio che il sistema di IA comporta per i diritti, la sicurezza e la salute delle persone[29]. Tale impostazione traduce sul piano normativo la logica della proporzionalità già propria del diritto amministrativo: la misura dell'intervento pubblico non è uniforme, ma varia in relazione all'intensità del rischio e alla gravità degli interessi coinvolti[30].

---

[27] Gli obiettivi perseguiti dal Regolamento UE sono esplicitamente indicati all'art. 1. Tra questi, il testo del Regolamento fa riferimento anche alla tutela della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali delle persone, della democrazia, dello Stato di diritto e alla protezione dell'ambiente. Cfr. F. Donati, *La protezione dei diritti fondamentali nel regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Rivista AIC*, 2025, 1.

[28] Cfr. E. Longo, *La disciplina del rischio digitale*, in *La regolazione europea della società digitale*, a cura di F. Pizzetti, Torino, 2024; A. Alemanno, *The Past, Present and Future of Risk Regulation*, *European Journal of Risk Regulation,* 2017, 8, 1; C. Novelli, *L'Artificial Intelligence Act Europeo: alcune questioni di implementazione*, in *Federalismi*, 2024; L. Magli, *AI Act: i diritti sono tutelati?*, in *Irpa.eu*, 2024; V. D'Antino, *L'approccio basato sul rischio nell'AI Act: un nuovo paradigma di regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Federalismi*, 2025.

[29] Cfr. A. Di Martino, *Le proposte emendative del Parlamento europeo sull'Artificial Intelligence Act: percorsi di avanzamento o fase di stallo?*, in *Irpa.eu*, 2022; E. Mandarà, *Il Regolamento UE sull'intelligenza artificiale*, in *AI Act: Principi, regole ed applicazioni pratiche del Reg. UE 1689/2024*, a cura di M. Iaselli, Rimini, 2024; O. Pollicino, G. De Gregorio, F. Bavetta, F. Paolucci, *Regolamento AI, la "terza via" europea lascia troppi nodi irrisolti: ecco quali*, in *agendadigitale.eu*, 21 maggio 2021; R. Petruso, G. Smorto, *Il Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale: una prima lettura*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, n. 4, 2024; F. Donati, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'Intelligenza Artificiale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, 3-4; E. Raffiotta, *I profili definitori ed i principi dell'AI Act*, in *Navigare l'European AI Act*, AIRIA Associazione per la Regolazione dell'Intelligenza Artificiale, Milano, 2024; A. Giovene, *AI Act. Tra perfettibilità e compromessi*, in *Federalismi*, 2024; G. Lo Sapio, *L'Artificial Intelligence Act e la prova di resistenza per la legalità algoritmica*, in *Federalismi*, 2024.

[30] A riguardo, L'*High-Level Expert Group* della Commissione europea, all'interno delle raccomandazioni del 2019 aveva elaborato sette principi etici (intervento e sorveglianza umana; robustezza tecnica e sicurezza; vita privata e governance dei dati; trasparenza; diversità, non discriminazione ed equità; benessere sociale e ambientale; responsabilità) che, benché non vincolanti, vengono richiamati anche all'interno del Regolamento

Il settore sanitario è collocato tra le aree di impiego dell'intelligenza artificiale considerate ad alto rischio, ai sensi dell'articolo 6 e dell'allegato III del Regolamento. I sistemi di IA utilizzati – tra le altre cose – per diagnosi, prognosi, *triage* o gestione delle risorse cliniche sono dunque soggetti ai requisiti previsti dagli articoli 9-15: gestione del rischio, qualità e rappresentatività dei dati, documentazione tecnica, registrazione automatica delle operazioni, trasparenza e supervisione umana.

Il principio di trasparenza è certamente uno dei pilastri del Regolamento, che lo concepisce come strumento trasversale, funzionale alla comprensione, al controllo e alla responsabilità umana del sistema di IA.

La trasparenza serve a rendere l'uso dell'IA "governabile", a tre livelli.

Il primo livello è rivolto a chi impiega professionalmente sistemi di intelligenza artificiale, come ospedali, enti pubblici o imprese. L'articolo 13 del Regolamento stabilisce, infatti, che i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio devono fornire agli utilizzatori «istruzioni d'uso chiare, comprensibili e adeguate al contesto»[31]. Il secondo livello di trasparenza riguarda la spiegabilità funzionale dei sistemi, ossia la possibilità per l'essere umano di capire e dominare il comportamento dell'algoritmo. L'articolo 14 dell'AI Act impone, in tal senso, che tutti i sistemi di IA ad alto rischio siano progettati e sviluppati in modo da consentire una supervisione umana efficace[32]. Un terzo livello di trasparenza riguarda il rapporto tra l'IA e la persona che ne è destinataria o interagisce con essa. L'art. 86 introduce, in questa direzione, un vero e proprio "diritto all'esplicazione" per chi è oggetto di una decisione significativamente influenzata da un sistema di IA ad alto rischio[33]. Nel contesto sanitario, tale obbligo si intreccia con il principio

come criteri orientativi per la disciplina dei sistemi di IA. Cfr. M. Cardone, *La Strategia nazionale sull'Intelligenza artificiale e le prossime sfide dell'Italia*, *Irpa.eu*, 2022.

[31] Queste istruzioni devono indicare, tra l'altro: la finalità prevista del sistema e le sue capacità e limitazioni; le prestazioni attese, le condizioni d'uso e i potenziali rischi; i requisiti qualitativi dei dati utilizzati o necessari al funzionamento; le misure di sicurezza e i sistemi di registrazione automatica delle operazioni (*logging*); le modalità con cui deve essere esercitata la supervisione umana. Questa disposizione non si limita a un obbligo documentale: mira a garantire che chi utilizza l'IA possa comprenderne il funzionamento e gli effetti in modo sufficiente per usarla in modo corretto, prevenendo errori o abusi. In questo senso, l'art. 13 si collega agli artt. 11 e 12, che prevedono rispettivamente: la redazione di una documentazione tecnica completa, che consenta alle autorità di controllo di ricostruire come il sistema è stato progettato e testato; la creazione di registri di attività (*logs*) che documentano il comportamento del sistema, permettendo un controllo ex post sulla sua affidabilità e correttezza.

[32] Il Regolamento specifica che anche l'interfaccia e il *design* del sistema devono permettere all'operatore umano di: comprendere le capacità e i limiti del sistema, anche in relazione al contesto d'uso; interpretare correttamente le uscite (*output*) generate; individuare anomalie, errori o *biases*; interrompere o annullare l'esecuzione del sistema quando necessario; prevenire l'*automation bias*, cioè l'eccessiva fiducia passiva nelle decisioni automatizzate.

[33] «Ogni persona interessata, oggetto di una decisione che incide in modo significativo sui suoi diritti o interessi e che è stata adottata mediante o con il contributo di un sistema di IA ad alto rischio, ha diritto a otte-

del consenso informato, estendendolo alla conoscenza dell'uso di strumenti di IA nella diagnosi, nella terapia o nella gestione dei dati clinici[34].

In questo contesto, il diritto amministrativo ritrova molte delle sue categorie tradizionali. La documentazione tecnica svolge la funzione del fascicolo istruttorio, il controllo umano integra il momento della ragionevolezza della decisione, la trasparenza degli algoritmi diviene strumento di motivazione e di sindacato pubblico. In particolare, l'elemento dell'umanità – in forza della quale l'essere umano deve mantenere un ruolo centrale nel ciclo esplicativo dell'intelligenza artificiale[35] – richiamata dall'articolo 14, rappresenta il cardine di questa impostazione, poiché garantisce che la decisione rimanga imputabile a un soggetto e quindi sia sottoponibile ai regimi ordinari di responsabilità. In tal senso, l'AI Act traduce in regola positiva il principio già affermato dal GDPR all'articolo 22 e conferma la centralità della responsabilità personale come elemento essenziale della legalità algoritmica.

Rilevante è anche il richiamo al principio di *accountability*. L'AI Act obbliga i produttori e gli utilizzatori di sistemi di IA a documentarne la conformità ai requisiti di legge, predisponendo sistemi di gestione e di *audit* continui. Si tratta di un insieme di obblighi che attraversano l'intero ciclo di vita del sistema, dalla progettazione alla dismissione, in coerenza con la *regulation by design* già tracciata dal GDPR.

Il regolamento istituisce un modello di *governance* multilivello, con un *AI Office* europeo incaricato del coordinamento e della vigilanza e autorità nazionali responsabili della notifica e della sorveglianza del mercato. In questa architettura, il potere pubblico recupera un ruolo di direzione e di garanzia nell'ecosistema digitale, assumendo la funzione di custode della correttezza procedurale e dell'affidabilità tecnica dei nuovi strumenti.

L'impianto complessivo dell'*AI Act* non è esente da rilievi critici. Pur configurandosi come il più ambizioso tentativo di regolazione pubblica dell'intelligenza artificiale a livello mondiale, il Regolamento rivela un equilibrio ancora fragile tra promozione dell'innovazione e garanzie sostanziali dei diritti. La centralità del modello *risk-based*, che rappresenta la principale novità metodologica della disciplina, va accolta con una certa cautela: ancorare la tutela dei diritti alla quantificazione del rischio significa, in fondo, assimilare la protezione della persona a

nere dal soggetto utilizzatore una spiegazione chiara e significativa del ruolo svolto dal sistema di IA nella procedura decisionale e dei principali elementi della decisione adottata»: art. 86, Regolamento (UE) 2024/1689.

[34] In tema sarà approfondito *infra*, par. 5.1.

[35] Cfr. B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2021, 2; I.P. Di Ciommo, *La prospettiva del controllo nell'era dell'Intelligenza Artificiale: alcune osservazioni sul modello Human In The Loop*, in *Federalismi*, 2023; D. Martire, *Human in the loop. L'essere umano come fattore condizionante della – o condizionato dalla– intelligenza artificiale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2024, 2.

una logica di sicurezza del prodotto. Ne deriva il timore che la valutazione del rischio finisca per sostituirsi alla garanzia dei diritti, riducendo la loro inviolabilità a una soglia di "accettabilità", variabile nel tempo e nello spazio applicativo. Come rilevato in dottrina, l'AI Act fissa standard di sicurezza finalizzati a prevenire rischi sistemici generali nella diffusione di applicazioni dell'IA sul mercato europeo, non per garantire il rispetto di regole procedimentali da parte dell'autorità pubblica che fa uso di questa tecnologia. Questa peculiare impostazione lo rende "inadeguato" rispetto alla tutela dei diritti dei cittadini nel rapporto con l'autorità pubblica, se lo si misura con i parametri delle garanzie che devono circondare l'esercizio del potere pubblico[36].

E, in effetti, un recente studio[37] – avviato proprio con l'intento di verificare a livello empirico il livello di efficacia in ambito sanitario delle prescrizioni di trasparenza previste dal diritto dell'Unione nell'utilizzo dei sistemi di IA – ha rilevato l'esistenza di un divario profondo tra trasparenza formale (intesa come adempimento regolatorio, alla luce della normativa europea in materia) e trasparenza sostanziale (intesa come comprensibilità, accessibilità e utilità dell'informazione da parte di tutti i soggetti coinvolti). Questa asimmetria informativa riguarda tutti gli attori del procedimento sanitario algoritmico: i medici esprimono l'esigenza di comprendere il meccanismo di apprendimento e validazione dei dati, per poter esercitare un controllo critico sull'*output* dell'algoritmo; i pazienti, invece, chiedono di sapere "perché" una determinata raccomandazione o diagnosi li riguardi, ossia cercano una spiegazione narrativa più che tecnica; i manager e tecnici si concentrano su affidabilità, robustezza e riferimenti normativi.

C'è da dire, però, che il percorso è ancora in una fase iniziale. L'AI Act non è ancora interamente operativo, poiché prevede un'applicazione lenta e progressiva. Gli anni immediatamente prossimi costituiranno una importante fase di adeguamento, in cui le amministrazioni (anche) sanitarie dovranno farsi parte attiva

---

[36] Così, G. Gardini, *L'uso preparatorio dell'AI come limite agli eccessi regolativi. Per una valutazione "in concreto" dell'intelligenza artificiale applicata all'agire pubblico*, in *Istituzioni del Federalismo*, aprile/giugno 2025, *Nuove tecnologie per nuove amministrazioni. L'intelligenza artificiale applicata alla sfera pubblica*, 275

[37] Cfr. A. Spagnolli, C. Tolomini, E. Beretta, C. Sarra, *Transparency in Healthcare AI: Testing European Regulatory Provisions against Users' Transparency Needs*, Università di Padova, 2025, https://arxiv.org/pdf/2505.17105. La ricerca ha analizzato oltre cento *Instructions for Use* (IFU) di dispositivi e *software* medici basati su IA approvati in Europa tra il 2023 e il 2025, incrociando l'analisi documentale con questionari e interviste a oltre ottocento operatori del settore. È emerso che, nella quasi totalità dei casi, le IFU rispettano i requisiti minimi previsti dal MDR – descrizione delle funzioni, limiti d'uso, rischi noti – ma non consentono una reale comprensione della logica decisionale o della provenienza dei dati utilizzati dal sistema. La maggior parte degli utenti non è in grado di individuare con chiarezza in quale parte del documento si trovino le informazioni che cercano, e tende a sovrastimare la propria capacità di orientarsi tra le sezioni tecniche. Il 66% dei bisogni informativi mappati risulta, infatti, "disperso" tra più sezioni o collocato in modo ambiguo. Le IFU – pensate per un destinatario astratto – non riescono a differenziare i livelli e i linguaggi della trasparenza, finendo per essere documenti formalmente completi ma sostanzialmente opachi.

del processo, integrando stabilmente nei propri processi i protocolli, le procedure e i sistemi previsti dal Regolamento.

3.4. *L'*EHDS*: verso un'infrastruttura europea dei dati sanitari*

Il Regolamento (UE) 2025/327, che istituisce lo Spazio europeo dei dati sanitari (*European Health Data Space* - EHDS), costituisce l'ultimo e più recente tassello del quadro normativo europeo che definisce il regime giuridico dell'intelligenza artificiale in sanità. L'EHDS nasce con l'intento di creare un'infrastruttura giuridica e tecnologica capace di disciplinare in modo unitario la raccolta, la circolazione e l'utilizzo dei dati sanitari, superando la frammentazione nazionale e assicurando standard omogenei a livello europeo.

L'Unione ha così inteso affermare una vera e propria sovranità digitale in materia di salute, declinando il dato sanitario come bene collettivo, la cui gestione deve essere conformata a criteri di equità, sicurezza e rappresentatività[38].

Il regolamento opera una distinzione fondamentale tra uso primario e uso secondario dei dati sanitari. Nel primo caso, i dati servono alla cura diretta del paziente, con l'obiettivo di consentire a ogni cittadino europeo di accedere alle proprie informazioni sanitarie e di condividerle in modo sicuro con i professionisti di altri Stati membri. Questa funzione è assicurata da *MyHealth@EU*, la rete che collega i sistemi sanitari nazionali e garantisce l'interoperabilità dei fascicoli sanitari elettronici[39] attraverso direttive comuni (*European Electronic Health Record Exchange Format* - EEHRxF).

---

[38] Cfr. R. Hussein, L. Scherdel, F. Nicolet, F. Martin-Sanchez, *Towards the European Health Data Space (EHDS) ecosystem: A survey research on future health data scenarios, International Journal of Medical Informatics*, Volume 170, 2023; E. Biasin, *Spazio europeo dei dati sanitari al rush finale: ecco come cambia la Sanità digitale nell'UE*; G. Cucchiarato, S. Zipponi, *EHDS e uso secondario dei dati sanitari: regole, ruoli e implicazioni*; L. Falciai, P. Perri, *Il regolamento European Health Data Space: l'Europa abbatte le frontiere dei dati medici*, tutti in *Agendadigitale.eu*, 2024-2025.

[39] L'interoperabilità non si esaurisce nella sola capacità tecnica di un sistema di inviare un dato da un nodo ad un altro della rete. Come chiarito dallo *European Interoperability Framework* (EIF) – quadro di riferimento elaborato dalla Commissione europea nel 2017 per la costruzione di servizi pubblici europei digitali e interoperabili – l'interoperabilità si articola su quattro livelli: giuridico, organizzativo, semantico e tecnico. Sul piano giuridico, essa implica la capacità degli ordinamenti nazionali di dialogare attraverso regole armonizzate, superando frammentazioni normative e assicurando una base uniforme per i servizi sanitari digitali. Il Regolamento EHDS realizza tale condizione imponendo agli Stati membri l'adozione di un formato europeo comune per le cartelle cliniche elettroniche e standard condivisi per la gestione e l'uso secondario dei dati. L'interoperabilità organizzativa riguarda invece l'allineamento dei processi e delle responsabilità tra le amministrazioni sanitarie, così da garantire coerenza, comprensibilità e cooperazione tra i diversi livelli del sistema pubblico. A queste si aggiunge la dimensione semantica, che assicura la conservazione del significato e della struttura logica dei dati scambiati. Solo in presenza di standard comuni di rappresentazione e codifica l'informazione sanitaria può essere realmente riutilizzata per scopi clinici, amministrativi o di ricerca, preservando la correttezza del dato originario. Infine, l'interoperabilità tecnica – basata su protocolli e specifiche – rappresenta il fondamen-

Nel secondo caso, i dati vengono utilizzati per finalità di interesse pubblico o scientifico – ricerca, innovazione, programmazione sanitaria, definizione delle politiche pubbliche – attraverso l'infrastruttura *HealthData@EU*, che connette le autorità nazionali responsabili dell'autorizzazione e del controllo dei flussi informativi.

La distinzione tra uso primario e secondario esprime due diversi paradigmi di legittimazione del trattamento: il primo fondato sulla continuità della cura e sull'autodeterminazione informata del paziente; il secondo ancorato all'interesse pubblico alla generazione di conoscenza e alle garanzie procedimentali poste a presidio del suo esercizio.

L'uso secondario costituisce il cuore innovativo dell'EHDS[40], sottoposto a tre regole cardine. Il Regolamento richiede, anzitutto, che l'accesso ai dati avvenga in forma ove possibile anonimizzata o, in alternativa, pseudonimizzata, al fine di non consentire l'identificazione[41] (art. 44, par. 4 e art. 50, par. 2). Ogni accesso deve, poi, essere autorizzato da un organismo competente, incaricato di valutare la legittimità e la proporzionalità della richiesta (artt. 36-38). È, infine, vietato in modo tassativo qualsiasi utilizzo per scopi non sanitari o che possa determinare discriminazioni, profilazioni indebite o forme di sfruttamento commerciale (art. 54).

Questo quadro normativo ha un ruolo cruciale per lo sviluppo e l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale in sanità. L'IA si alimenta di dati e proprio la frammentazione delle informazioni sanitarie ha costituito fino ad ora uno dei principali ostacoli alla progettazione di algoritmi pienamente efficaci e affidabili in campo medico. Con l'EHDS questo limite viene astrattamente superato: l'Unione mira a istituire una infrastruttura europea del dato sanitario e un ambiente tecnico-giuridico che dovrebbe consentire di utilizzare i dati sanitari in modo dif-

---

to operativo dell'intero sistema, ma anche il livello più critico, poiché deve superare l'attuale frammentazione dei sistemi informativi nazionali e regionali. Cfr. *https://ec.europa.eu/isa2/sites/default/files/eif_brochure_final.pdf*. Sul concetto giuridico di "interoperabilità", cfr. M. Cardone, *L'interoperabilità nella pubblica amministrazione*, in *Munus*, 2024, 3, 1043 ss.

[40] Il regolamento (art. 71) riconosce agli interessati il diritto di opporsi – *pro futuro* e con effetti reversibili – all'uso secondario dei propri dati (c.d. *opt-out*), ma prevede eccezioni nei casi in cui la ricerca risponda a motivi di rilevante interesse pubblico, quali la sorveglianza epidemiologica, la farmacovigilanza, o la valutazione di politiche sanitarie. Il regolamento demanda agli Stati membri la concreta attuazione procedurale del diritto di opposizione, nonché l'eventuale individuazione di eccezioni all'*opt-out*. Come rilevato, questa ampia discrezionalità nazionale potrebbe sollevare il rischio di una tutela diseguale dei diritti informativi all'interno dell'Unione, con possibili divergenze nella protezione effettiva della riservatezza e, di riflesso, nella qualità e rappresentatività dei dataset sanitari europei. Cfr. N. Foggetti, G. Pesole, F. De Leo, B. Fosso, M.A. Tangaro, A. Cestaro, F. Licciulli, C. Lo Giudice, M. Chiara, G. Cauli, M. D'ambrosio, *EHDS e Data Governance: Verso un'Europa della Condivisione dei Dati Sanitari*, 2025.

[41] L'anonimizzazione elimina stabilmente ogni legame tra dato e identità, sottraendo il trattamento dall'ambito del GDPR; la pseudonimizzazione, invece, conserva una potenzialità identificativa mediata da una chiave separata e rimane pienamente soggetta alla disciplina del GDPR.

fuso, sicuro, trasparente e verificabile[42]. Da un lato, attraverso fascicoli elettronici interoperabili tra tutti i Paesi dell'Unione; dall'altro, mediante il sistema comune *HealthData@EU*.

L'attuazione del Regolamento, ovviamente, non è immediata. Ogni Stato dovrà adeguare i propri sistemi nazionali di fascicolo sanitario elettronico, istituire un'*Health Data Access Body* (HDAB) e connettersi alla piattaforma europea. Si tratta di un processo complesso, ma di certo destinato a ridefinire il rapporto tra informazione, sanità e amministrazione, con il passaggio dalla tutela del dato individuale a una sua legalità istituzionale, in cui la stessa condivisione dell'informazione diventa esercizio di sovranità e strumento di tutela dei diritti.

4. *La Legge n. 132/2025. Prima lettura nella prospettiva della pubblica amministrazione*

L'analisi della trama normativa europea, maturata in meno di un decennio, ha definito principi e strumenti destinati a orientare l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi sanitari. Dalla protezione dei dati personali alla qualificazione dei *software* come dispositivi medici, dall'approccio *risk-based* dell'AI Act alla costruzione dello Spazio europeo dei dati sanitari, il diritto dell'Unione ha fissato le coordinate essenziali entro cui l'innovazione algoritmica dovrà muoversi nel prossimo futuro.

In continuità con questa base normativa si colloca la recentissima Legge 23 settembre 2025, n. 132, entrata in vigore il 10 ottobre 2025 e rubricata "Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale" [43]. Si tratta di una legge-quadro, articolata in sette capi e ventotto articoli[44], che – in una

[42] Cfr. S. Corso, *Lo spazio europeo dei dati sanitari: la Commissione Europea presenta la proposta di regolamento*, in *Federalismi*, 2022.

[43] La Legge n. 132/2025 definisce l'intelligenza artificiale, rinviando a quanto stabilito all'art. 3 dell'AI Act, come «sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali», comprendendo sostanzialmente nella nozione sia sistemi predittivi, sia quelli cc.dd. generativi.

[44] La bibliografia sulla legge n. 132/2025 è ovviamente al momento ridottissima. Per un primo inquadramento, si vedano F. Manganaro, *IA e attività amministrativa, alla luce della Legge n. 132/2025*, in *Astrid*, 15/2025; M. D'Amico, *Intelligenza artificiale: nella via italiana una strategia di sviluppo*, Il Sole 24Ore, 25 settembre 2025; O. Pollicino, G. Muto, *La legislazione delegata in materia di intelligenza artificiale: la costruzione di una disciplina organica al confine tra scelte governative, controllo parlamentare e vincoli europei*, in *Media Laws*, 2025, 2; D. Marongiu, *Algoritmi e diritti. Trasparenza, non-discriminazione e proprietà degli output dell'intelligenza artificiale,* Milano, 2025, 66 ss.; G. Terracciano, *I sistemi di intelligenza artificiale, l'attività amministrativa e il sindacato giurisdizionale, in considerazione della legge n. 132 del 2025*, in *Amministrativamente*, 3-2025; M. Cappai, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali nel d.d.l. n. 1146: quale governance nazionale?*, in *Federalismi,* 2024, 30.

dimensione strategica di sviluppo[45] – intrecciano i principi del diritto dell'Unione con l'ordinamento nazionale.

L'art. 3 della Legge n. 132/2025 costituisce la clausola di principio dell'intero impianto normativo. Il legislatore vi condensa la proiezione costituzionale del fenomeno tecnologico, delineando una cornice di legalità sostanziale che subordina la ricerca, la sperimentazione e l'impiego dell'IA al rispetto dei diritti fondamentali e della dignità della persona. Il richiamo ai principi di trasparenza, proporzionalità, accuratezza, spiegabilità e prevenzione del danno conferisce alla norma una portata precettiva che configura un dovere di conformazione dell'azione pubblica e privata ai canoni della responsabilità tecnologica[46]. Come meglio si dirà, l'IA viene sottoposta a un vincolo di giuridicità sostanziale[47], in virtù del quale si stabilisce che la tecnologia può incidere sui processi, non sulle fonti della legittimazione.

Il lessico si allinea al quadro europeo e diviene strumento di indirizzo dell'azione amministrativa, predisponendo sistemi di programmazione e di vigilanza e indicando ambiti settoriali in cui l'intelligenza artificiale deve essere governata con particolare attenzione, primo fra tutti il settore sanitario.

L'articolo 14 della Legge n. 132/2025 rappresenta una delle disposizioni di maggior rilievo sistematico nella nostra prospettiva, poiché definisce i principi generali che regolano l'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito specifico dell'azione pubblica[48]. In dottrina è stata elaborata da tempo la nozione di "intel-

[45] L'articolo 5 della Legge n. 132/2025 rappresenta il punto di convergenza tra la disciplina pubblicistica dell'intelligenza artificiale e la politica industriale nazionale, configurando lo sviluppo tecnologico come interesse pubblico primario. La norma introduce un deciso profilo di sovranità tecnologica, che riafferma il ruolo attivo dello Stato nell'indirizzare, promuovere e garantire i processi di innovazione. Il legislatore riconosce nella valorizzazione produttiva dell'intelligenza artificiale non solo uno strumento di competitività economica, ma anche un fattore di modernizzazione amministrativa e di rafforzamento dell'autonomia strategica del Paese.

[46] Particolarmente rilevante è la saldatura tra cybersicurezza e tutela della persona vulnerabile, che riflette l'intento di integrare la sicurezza digitale nella più ampia architettura dei diritti umani. L'obbligo di garantire l'accesso alle tecnologie per le persone con disabilità, in conformità alla Convenzione ONU del 2006, segna l'ingresso del principio di inclusività algoritmica nel diritto positivo italiano.

[47] Prima dell'approvazione della Legge n. 132/2025, l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) ha avviato e concluso la consultazione pubblica delle *Linee guida per l'adozione, l'acquisto e lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione,* previste dal *Piano Triennale per l'Informatica nella PA 2024-2026*. Aperta a febbraio 2025 e conclusa il 20 marzo 2025, la consultazione ha rappresentato il primo confronto strutturato tra amministrazioni, università, imprese e cittadini sull'impiego pubblico dell'IA. Le Linee guida si inseriscono nel percorso di progressiva costruzione di una legalità algoritmica, fornendo alle amministrazioni un quadro operativo di riferimento per la valutazione, l'acquisto e la gestione dei sistemi di IA. Pur in attesa della pubblicazione definitiva ai sensi dell'art. 71 del Codice dell'amministrazione digitale, esse hanno avuto il merito di anticipare i temi poi cristallizzati nella Legge n. 132/2025: la necessità di una trasparenza effettiva dei processi decisionali automatizzati, la tracciabilità delle decisioni e la formazione del personale come condizione di responsabilità istituzionale nell'uso della tecnologia.

[48] Secondo parte della dottrina, con questa norma il legislatore italiano intende ridimensionare notevolmente il *favor* per la decisione algoritmica, «non solo ribadendo l'imprescindibilità della "sorveglianza umana", ma

ligenza artificiale amministrativa" [49], per descrivere l'insieme delle implicazioni giuridiche, organizzative e procedimentali derivanti dall'introduzione di sistemi intelligenti nei processi decisionali della pubblica amministrazione. Tale concetto s'incardina sulla concezione per la quale la tecnologia non rappresenta un mero strumento tecnico, ma è un fattore strutturale di trasformazione del modo stesso di amministrare.

Il legislatore nazionale, nel delineare questa prospettiva, si colloca in coerenza con il Regolamento (UE) 2024/1689 (AI Act), che individua le pubbliche amministrazioni tra i *deployers*, vale a dire i soggetti che utilizzano «sistemi di intelligenza artificiale sotto la propria autorità» [50]. Tale qualifica comporta una serie di obblighi specifici – di controllo, documentazione, sorveglianza e trasparenza – che rendono l'amministrazione pubblica non solo utilizzatrice di tecnologia, ma anche garante della sua conformità giuridica e del rispetto dei diritti fondamentali [51].

Il legislatore affronta direttamente la questione e colloca l'IA in una prospettiva strumentale rispetto all'efficienza della funzione pubblica: può ampliare la capacità operativa dell'amministrazione, ma non sostituirne la decisione [52]. Il richiamo – centrale – alla conoscibilità del funzionamento e alla tracciabilità dell'impiego dell'IA traduce la tensione, ormai centrale nel diritto amministrativo contemporaneo, tra efficienza algoritmica e controllo democratico. Ed è anche una proiezione interna del principio di *accountability* già sancito dall'AI Act e dal GDPR e qui declinato come forma di legalità procedimentale. L'IA può supportare, ma non sostituire, l'esercizio della discrezionalità amministrativa e la responsabilità giuridica e morale del provvedimento deve rimanere in capo alla persona fisica [53].

---

anche sbarrando la strada all'utilizzo dei sistemi di IA nella fase decisoria del procedimento, per relegarla alla fase istruttoria». Cfr. C. Polidori, *Procedimento amministrativo e algoritmi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2025.

[49] Cfr. P. Forte, *Diritto amministrativo e data Science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, 1; G. Terracciano, *I.I.A. (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale*, in *Amministrativ@mente*, 2022, 2.

[50] Cfr. art. 3, paragrafo 1, n. 4, Regolamento UE 2024/1689.

[51] Come ben sintetizzato da M. Corradino, *Potere pubblico e intelligenza artificiale*, in L*'intelligenza artificiale tra regolazione e esperienze applicative. AI Act (regolamento UE) e disegno di legge governativo*, a cura di. A.F. Uricchio e C. Caldarola, 42 ss., la giurisprudenza amministrativa ha individuato, progressivamente, tre limiti nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale da parte della pubblica amministrazione, a garanzia dei diritti fondamentali dei cittadini. Il primo è il limite della "conoscibilità" dell'algoritmo; il secondo è quello della "non esclusività" (*human in the loop*); il terzo è il limite della "non discriminazione". Questi profili sono tutti presi in considerazione dal legislatore, in particolare – come meglio si vedrà – con riferimento al settore sanitario.

[52] In linea con la giurisprudenza amministrativa: cfr., da ultimo, Cons. di Stato, sezione IV, 4 giugno 2025, n. 4857, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «occorre distinguere tra decisione amministrativa algoritmica e algoritmo di mero supporto alle decisioni che restano rigorosamente affidate al fattore umano e che, dunque, si inscrivono nella più tradizionale impostazione, che vede nell'informatica un mero ausilio rispetto allo svolgimento dell'attività amministrativa nelle sue classiche modalità operative».

[53] La dottrina, sul punto, è ferma. Cfr. G. Clemente di San Luca, M. Paladino, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Federalismi*, 2025, 4, 133, che richiamano il principio di "non esclusività della decisione algoritmica", secondo cui nel processo decisionale deve sempre esistere «un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica»; N. Paolantonio, *Il potere discrezionale della pubblica*

Questa clausola di imputazione soggettiva è presidio fondamentale di legittimità, finalizzato a garantire che l'algoritmo non venga mai considerato autonomo soggetto di azione, neppure nei casi di sistemi di apprendimento automatico.

Di particolare rilievo è, nella stessa direzione, l'obbligo di formazione e di competenza digitale degli operatori amministrativi, che segna il passaggio da una logica di mera adozione tecnologica a una di "apprendimento istituzionale". L'efficacia dell'IA nella pubblica amministrazione non può, infatti, dipendere soltanto dalla sofisticazione degli strumenti, ma richiede la capacità dell'apparato di comprenderne i limiti, i rischi e le implicazioni (giuridiche, tecniche, etiche). In tal senso, la disposizione si allinea a un nuovo paradigma culturale, che mette al centro un'amministrazione che apprende, riflette e governa consapevolmente l'innovazione[54].

La Legge n. 132/2025 istituisce un modello organico di *governance* pubblica dell'intelligenza artificiale, superando la frammentarietà degli interventi precedenti.

L'articolo 19 istituisce la Strategia nazionale per l'intelligenza artificiale, che rappresenta il fulcro dell'intero impianto di *policy*. Il documento deve essere ela-

---

automazione. Sconcerto e stilemi (sul controllo giudiziario delle decisioni algoritmiche), in *Dir.Amm*., 2021, 4, 820 ss., secondo cui l'imputabilità della decisione algoritmica deve «restare all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo»; D.U. Galetta, J. Corvalán, *Intelligenza artificiale per una PA 4.0*, in *Riv. it. dir. pub. com*., 2021, 113 ss., che evidenziano come l'automazione dell'azione pubblica possa accrescere l'efficienza amministrativa, ma solo entro un quadro che preservi i principi di imparzialità, trasparenza e responsabilità. Nella stessa direzione: G. Pasceri, *Le incertezze dell'istruttoria nella decisione amministrativa algoritmica*, in *Amministrativamente*, 2023, 120 ss.; G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2021, 436 ss.; M. Botto, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2022, 1013 ss.; M. Timo, *Algoritmo e potere amministrativo*, in Questa Rivista, 2020, 1, p. 753 ss.; M. Francaviglia, *L'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa: principî e garanzie costituzionali nel passaggio dalla regula agendi alla regola algoritmica*, in Federalismi, n. 17/2024, 121 ss.; E. Carloni, *Algoritmi su carta. Amministrazione digitale e trasparenza algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pub*., 2020, 627 ss., che sottolinea come la legalità amministrativa nell'era digitale richieda non solo la tracciabilità tecnica dei processi decisionali automatizzati, ma anche la loro piena intelligibilità giuridica. Come si vedrà *infra*, con specifico riguardo al settore sanitario, la trasparenza algoritmica deve essere intesa, ancor di più, come dovere di motivazione in senso sostanziale, che consente al cittadino e al giudice di comprendere le ragioni della decisione e di esercitare un controllo effettivo sulla stessa.

[54] Le "*Linee guida per l'adozione, l'acquisto e lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione"*, previste dal *Piano Triennale per l'Informatica nella PA 2024-2026 e predisposte da*l'Agenzia per l'Italia Digitale (in corso di pubblicazione; cfr. *supra* nota 47) prevedono, tra le figure professionali di cui le pubbliche amministrazioni devono dotarsi nello sviluppo e gestione di progetti e soluzioni che si basano sull'IA, quella del *"*giurista informatico*"*, definito come «un esperto in grado di combinare competenze legali e informatiche per fornire consulenze legali relative all'uso delle tecnologie informatiche che possano impattare su temi come la protezione dei dati personali, la sicurezza informatica e la proprietà intellettuale. Una figura professionale in grado anche di redigere e revisionare contratti relativi a *software*, licenze ecc., assicurando che siano conformi alle normative vigenti senza dimenticare le tematiche legate alla compliance, alla gestione delle controversie e all'analisi e la valutazione dei rischi derivanti dall'uso di una tecnologia come l'intelligenza artificiale». Gli ulteriori profili professionali di cui l'amministrazione dovrebbe dotarsi, pure richiamati dalle Linee guida, sono molteplici e altamente specializzati: *data engineer*, *machine learning engineer*, *prompt engineer*, *deep learning engineer*, *data scientist*, *AI engineer*, *AI architect*, *esperto di cybersecurity*, *AI ethicist*.

borato dal Dipartimento per la trasformazione digitale presso Presidenza del Consiglio dei ministri, d'intesa con le Autorità nazionali per l'intelligenza artificiale e deve essere approvata dal Comitato interministeriale per la transizione digitale, con cadenza almeno biennale. La Strategia definisce le priorità di intervento e costituisce il quadro di riferimento vincolante per le amministrazioni pubbliche, con la funzione di orientare la ricerca pubblica e privata, coordinare i programmi di investimento, orientare la collaborazione tra p.a. e soggetti privati[55].

L'articolo 20 individua le due Autorità nazionali per l'intelligenza artificiale, in linea con l'art. 59 dell'AI Act europeo: l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) e l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN). All'AgID spettano compiti di promozione, standardizzazione, registrazione e notifica dei sistemi di IA, nonché il raccordo tecnico con la Commissione europea e con l'AI Office istituito a Bruxelles. All'ACN sono invece attribuite le funzioni di vigilanza sui sistemi di IA ad alto rischio, di verifica della sicurezza informatica e di coordinamento con le reti europee di cybersicurezza.

Presso la Presidenza del Consiglio è istituito un Comitato di coordinamento interistituzionale, composto dai direttori generali di AgID e ACN e dal Capo del Dipartimento per la trasformazione digitale, con il compito di assicurare l'uniformità di indirizzo, l'interoperabilità delle piattaforme pubbliche e la circolarità delle informazioni tra le autorità coinvolte. Il Comitato svolge una funzione di cabina di regia del sistema nazionale dell'intelligenza artificiale, evitando duplicazioni e garantendo un raccordo operativo tra i livelli tecnico, politico e amministrativo.

Rimangono ferme, in questo quadro, le competenze del Garante per la protezione dei dati personali, che mantiene la propria autonomia funzionale, costituendo il presidio indipendente della tutela dei diritti nel trattamento dei dati.

La *governance* dell'IA viene, così, formalmente inscritta in un sistema ordinato di azione. La realtà applicativa rischia, però, di essere molto meno lineare ed efficace rispetto alla prospettazione legislativa. Da una parte, come rilevato in dottrina, vista l'attitudine dell'IA a "fondersi" con il decisore umano (se non tendenzialmente a sostituirlo)[56], le enunciazioni della Legge n. 132/2025 potrebbero essere del tutto insufficienti se non accompagnate – in tempi rapidi – dall'elaborazione di protocolli procedimentali *ad hoc* e regole di buona amministrazione algoritmica[57].

---

[55] La stessa norma istituisce un Comitato di coordinamento con composizione interministeriale e funzioni rivolte al raccordo delle attività di indirizzo esercitate sugli enti e sulle fondazioni, pubbliche o private, che operano nel campo dell'innovazione digitale e dell'intelligenza artificiale e che sono sottoposti a vigilanza o finanziamento pubblico.

[56] Cfr. G. Terracciano, *I sistemi di intelligenza artificiale, l'attività amministrativa e il sindacato giurisdizionale, in considerazione della legge n. 132 del 2025*, cit., 823.

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

Dall'altra, la stessa legge sembra talvolta confidare eccessivamente nella capacità autoregolativa dell'apparato pubblico. L'architettura enunciata è ambiziosa, ma i meccanismi di attuazione rimangono incerti e affidati a una "*governance* per principi" che rischia di tradursi in una diluizione di responsabilità. Ad esempio, l'obbligo di formazione e competenza digitale, seppur cruciale, è privo di una reale strategia di implementazione e il rinvio alle risorse presenti "a legislazione vigente" (art. 14, comma 4) segnala il limite materiale di una riforma che pretende di trasformare l'amministrazione senza dotarla di mezzi adeguati. Anche l'ampiezza del mandato affidato alla Presidenza del Consiglio e alle agenzie tecniche rischia di concentrare in un unico polo decisionale poteri eterogenei – normativi, tecnici e di controllo – senza ancora un chiaro bilanciamento istituzionale. La piena effettività della *governance* delineata dipenderà in ampia parte anche dalla capacità di coordinamento verticale tra ministeri, regioni e autorità indipendenti, che restano titolari di competenze settoriali rilevanti.

Nel complesso, la Legge n. 132/2025 introduce un paradigma potenzialmente evolutivo, ma ancora sospeso tra l'enunciazione di principi e la costruzione di strumenti effettivi di attuazione.

5. *I tre capisaldi della Legge n. 132/2025 per l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel settore sanitario*

Nel disegno della Legge n. 132/2025 la sanità rappresenta il banco di prova più significativo per la nuova regolazione dell'intelligenza artificiale.

L'impianto normativo si articola lungo tre direttrici complementari, che delineano un quadro organico di regole: la tutela dei percorsi di cura, con la riaffermazione della centralità del giudizio umano nel processo decisionale sanitario (art. 7); la regolazione del trattamento dei dati sanitari anche per finalità di ricerca, sperimentazione e sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale (art. 8); la creazione di un'infrastruttura pubblica nazionale per l'utilizzo dell'IA in sanità, integrata con il Fascicolo Sanitario Elettronico e con le piattaforme digitali del Servizio Sanitario Nazionale (art. 10). Queste tre componenti delineano un modello di IA che ambisce a coniugare l'innovazione tecnologica con la responsabilità istituzionale, secondo criteri di affidabilità, equità e controllo.

5.1. *L'intelligenza artificiale nei percorsi di cura*

La garanzia dei percorsi di cura, innanzitutto, viene ancorata al principio dell'imputazione personale e umana della decisione. Il giudizio clinico e la determinazione terapeutica devono rimanere riferibili a un soggetto umano, perché solo la persona può assumerne la responsabilità giuridica, scientifica e morale (art. 7, comma 5, l. n. 132/2025). L'algoritmo deve rimanere strumentale rispetto ai processi di prevenzione, diagnosi, cura e scelta terapeutica e lasciare impregiudicata la decisione, che è sempre rimessa agli esercenti la professione medica. Tale clausola interna – già prevista in termini generali dalla legge – riflette il divieto di decisioni unicamente automatizzate previsto dall'art. 22 del GDPR e il presidio di controllo umano imposto dall'art. 14 dell'AI Act per i sistemi ad alto rischio.

La riaffermazione dell'imputazione personale segna solo il primo livello di garanzia. Il secondo, di natura sostanziale, riguarda la posizione soggettiva del paziente, poiché l'impiego dell'intelligenza artificiale nei percorsi di cura influisce direttamente sul suo diritto all'autodeterminazione terapeutica[58]. Ne deriva che l'obbligo di informare l'interessato circa l'utilizzo e il funzionamento dei sistemi algoritmici impiegati (art. 7, comma 3, l. n. 132/2025) deve essere interpretato come nuovo corollario imprescindibile del consenso informato[59]. L'informazione deve essere effettiva e comprensibile e riguardare, ragionevolmente, almeno quattro profili: (i) la presenza dell'IA nel percorso; (ii) la natura di supporto dell'*output*; (iii) le principali logiche dell'elaborazione, espresse in un linguaggio accessibile; (iv) le limitazioni note (ambito di validità clinica, rischio di errore, necessità di verifica).

---

[58] Cfr. C. De Menech, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 2022, 193 ss.; D. Morana, T. Balduzzi, F. Morganti, *La salute "intelligente": eHealth, consenso informato e principio di non discriminazione*, in *Federalismi*, 2022, 34, 27 ss.; A.G. Grasso, *Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica*, in *Riv. dir. civ*., 2023, 353 ss.

[59] Come rileva V. Viti, *Consenso al trattamento terapeutico e intelligenza artificiale*, in *Giureta, Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, XXIII, 2025, 665, la maggior parte degli autori che si sono occupati della questione si è espressa in favore dell'inclusione dell'informazione sull'utilizzo di sistemi intelligenti nell'obbligo comunicativo dell'operatore sanitario. Cfr. R. Messinetti, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. e impr*., 2019, 861 ss.; C. Casonato e L. Violante, *Forum: AI and Law*, in *BioLaw Journal*, 2020, 463 ss.; G. Muto, L. Tosco, *Forum: AI and Law*, ivi, 507; A.E. Tozzi, G. Cinelli, *Informed consent and artificial intelligence*, *ivi*, *Special Issue*, 2021, 2, 106 ss.; D. Morana, T. Balduzzi, F. Morganti, *La salute "intelligente"*, cit., 141 ss.; A.G. Grasso, *Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica*, cit., 354 ss.; P. Zuddas, *Intelligenza artificiale in medicina: alcune risposte – significative, ma parziali – offerte dal codice di deontologia medica (in materia di non discriminazione, consenso informato e relazione di cura)*, in *Riv. it. inf. dir*., 2024, 2, 28 ss. In questa stessa direzione si pongono anche sia la Legge n. 219/2017 ("Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"), il cui art. 1, comma 3 impone un'informazione al paziente completa e comprensibile su diagnosi, prognosi, benefici e rischi dei trattamenti, sia l'art. 78 del Codice di deontologia medica, che prevede l'obbligo del medico di acquisire il consenso del paziente «nell'uso degli strumenti informatici» e di assicurare la consapevole partecipazione dell'assistito.

In tal modo, la conoscibilità delle procedure e delle logiche algoritmiche – benché non possa essere intesa come piena "*comprensibilità",* nel senso tradizionalmente attribuito al principio di trasparenza amministrativa[60] – assume la forma di un "diritto di spiegazione ragionevole"[61]. Si tratta di un livello di trasparenza funzionale e proporzionata, che non pretende la divulgazione integrale del codice o dei modelli computazionali, ma garantisce al paziente la possibilità di capire in che modo l'algoritmo ha inciso sul percorso di cura e di esercitare consapevolmente i propri diritti di contestazione, verifica e riesame umano[62].

Il secondo comma dell'articolo 7 focalizza un altro profilo molto importante, ovvero il rischio che dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale possano derivare, anche in modo indiretto, condizionamenti negativi nell'erogazione delle prestazioni sanitarie.

L'intelligenza artificiale, in particolare nei sistemi basati sul *machine learning*[63], non è mai intrinsecamente neutrale: nutrendosi dei dati inseriti nel sistema, riflette la loro qualità, rappresentatività e coerenza. Ogni sua applicazione in sanità agisce come un prisma che può rifrangere il principio di uguaglianza in diverse direzioni: rafforza l'equità e la qualità dei servizi quando è governata con criteri di trasparenza e inclusività; la compromette quando opera attraverso logiche indecifrabili o su basi informative non rappresentative. La correttezza del sistema non dipende, dunque, soltanto dalla qualità del *software* che viene impie-

[60] Cfr. M. Ramajoli, *L'amministrazione pubblica deve cercare di sfruttare tutte le potenzialità insite nell'Intelligenza artificiale, senza però abbandonare l'aspirazione a essere aperta e adattabile alle circostanze concrete*, in *Il Mulino*, 2024.

[61] Come già rilevato, nel lessico giuridico internazionale, il principio della *explainability* – riconosciuto, in forma implicita, dal combinato disposto dell'art. 22 GDPR, dell'art. 13 dell'AI Act e dal Consiglio d'Europa nel 2023 (*Recommendation CM/Rec[2023]2 on the Ethics of AI in Healthcare)* – indica la necessità che l'algoritmo resti, almeno nei suoi tratti essenziali, intellegibile all'uomo. Cfr., *supra*, par. 3.3. La spiegabilità essenziale rappresenta una soglia invalicabile, al di là della quale l'algoritmo si riduce a una delega cieca, incompatibile con la responsabilità che caratterizza l'agire pubblico. Cfr. M. Zalnieriute, L. Bennet Moses, G. Williams*, The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making*, in *The modern Law Review*, 2019, 435; U. Pagallo, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2020, 96 ss.; M. Palmirani, *Big Data e conoscenza*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2020, 74 ss.; Per alcune considerazioni sulla conoscibilità dell'algoritmo, si vedano M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi*, 2019; A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di Bio Diritto*, n. 1, 2019; F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015.

[62] Il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato che l'utilizzo di sistemi algoritmici e procedure automatizzate non può essere invocato dalla pubblica amministrazione per limitare o negare il diritto di accesso agli atti. Le difficoltà tecniche connesse alla gestione dell'intelligenza artificiale, al funzionamento di piattaforme esterne o alla necessità di coinvolgere soggetti terzi non costituiscono un valido motivo di diniego del diritto di accesso agli atti. Cfr., da ultimo, Cons. di Stato, sez. VI, 6 giugno 2025, n. 4929, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[63] In questi casi il dispositivo agisce sulla base di algoritmi di autoapprendimento, in grado di attribuire ad esso una spiccata autonomia che si manifesta nella capacità dello strumento di autoprogrammarsi e di operare scelte elaborando notevoli volumi di dati attraverso complessi percorsi che tendono a rimanere in parte ignoti agli stessi programmatori. Il fenomeno viene sinteticamente qualificato con la formula della *black box*: cfr. F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, 2015.

gato, ma anche dall'integrità del patrimonio informativo su cui esso opera. Un *dataset* incompleto o distorto (come nei casi in cui manchino dati relativi alle specificità sintomatologiche femminili, predicate dalla c.d. medicina di genere) produce decisioni cliniche parziali e, in ultima analisi, discriminatorie.

Si produce, dunque, quello che nel linguaggio tecnico viene identificato come *bias*.

Nel contesto dell'IA applicata alla sanità, il *bias* può essere definito come qualsiasi differenza sistematica e non giustificata nelle previsioni riferite a diversi gruppi di pazienti, tale da produrre trattamenti diseguali nell'erogazione delle cure. Attraverso questi meccanismi, l'algoritmo può generare o amplificare disparità nei benefici o nei rischi attribuiti a specifici individui o categorie, indebolendo la capacità del sistema sanitario di garantire prestazioni eque, imparziali e realmente adeguate ai bisogni di tutti[64]. Nella nostra prospettiva, i *biases* dei sistemi di intelligenza artificiale valgono come veri e propri "vizi di giuridicità", che alterano la parità di trattamento e incidono sull'eguaglianza sostanziale nell'esercizio del diritto alla salute, ponendo in discussione la conformità stessa dell'azione amministrativa sanitaria ai principi costituzionali che la governano.

Anche alla luce di tale rischio, il requisito di affidabilità dei sistemi di intelligenza artificiale, previsto dall' art. 7, comma 6, assume un rilievo decisivo. La norma proietta il controllo tecnico sulle tecnologie algoritmiche tra le garanzie intrinseche del buon andamento. Ciò si traduce, sul piano pratico, in un insieme articolato di obblighi a carico delle strutture sanitarie, tenute ad assicurare la validazione iniziale dei sistemi, la verifica periodica delle loro prestazioni, l'individuazione di soglie di allerta e di procedure per la disattivazione o la ricalibrazione in presenza di deviazioni significative. Il controllo e l'aggiornamento dei sistemi

[64] Cfr. M. DeCamp, C. Lindvall, *Latent bias and the implementation of artificial intelligence in medicine*, in *J. Am. Med. Inform. Assoc*., 2020, 27; L.H. Nazer et al., *Bias in artificial intelligence algorithms and recommendations for mitigation*, in *PLOS Digital Health*, 2023. I *biases* possono essere suddivisi in quattro macrocategorie: *human biases*; *data biases*, *algorithmic biases* e *model deployment biases*. Appartengono alla prima categoria: il *bias implicito*, cioè l'influenza di stereotipi inconsci nelle decisioni cliniche; il *bias sistemico*, legato a norme e pratiche istituzionali che generano disuguaglianze strutturali; il *bias di conferma*, che porta a privilegiare dati o interpretazioni coerenti con convinzioni preesistenti; il *training–serving skew*, cioè la divergenza tra i dati utilizzati in fase di addestramento e quelli incontrati nella pratica corrente; il *concept shift*, che riguarda i cambiamenti nel significato clinico di diagnosi o variabili nel tempo. I *data biases* includono il *bias di rappresentazione*, dovuto alla sotto o sovra rappresentazione di alcuni gruppi di pazienti; il *bias di selezione*, quando il campione incluso non riflette la popolazione reale; il *bias di campionamento*, derivante da raccolta non casuale dei dati; il *bias di misurazione*, introdotto da differenze tecniche nelle modalità di acquisizione o processamento delle informazioni. Gli *algorithmic biases* comprendono l'*aggregation bias*, legato all'uniformazione dei dati che cancella le specificità dei sottogruppi, e il *feature selection bias*, cioè la scelta inappropriata di variabili o proxy che distorce le previsioni. Infine, i *model deployment biases* includono l'*automation bias*, ossia un'eccessiva fiducia nelle raccomandazioni dell'IA; il *feedback loop bias*, in cui gli errori dell'IA vengono rinforzati attraverso cicli di riaddestramento; e il *dismissal bias* o *alert fatigue*, che porta gli utenti a ignorare segnalazioni e avvisi a causa della loro frequenza o scarsa accuratezza. Cfr. F. Hasanzadeh, C.B. Josephson, G. Waters *et al. Bias recognition and mitigation strategies in artificial intelligence healthcare applications*, in *npj Digit. Med.,* 2025, 8, https://doi.org/10.1038/s41746-025-01503-7.

basati su IA deve sempre avvenire in maniera controllata e documentata, così da poter ricostruire anche a distanza di tempo le modifiche apportate e garantire una piena trasparenza e responsabilità nell'utilizzo della tecnologia[65].

Il controllo di affidabilità diventa, così, uno strumento di giustizia sostanziale, volto a garantire che l'efficienza della tecnologia non si traduca in diseguaglianza delle cure. In questa stessa direzione si colloca la clausola di accessibilità e inclusione prevista dal medesimo comma 6 dell'art. 7, che impone la progettazione di interfacce comprensibili e canali alternativi di informazione e consenso, in coerenza con i requisiti di progettazione dei sistemi ad alto rischio previsti dall'AI Act e con la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (ratificata con Legge n. 18/2009).

L'innovazione tecnologica non è neutra né fine a sé stessa: nel paradigma delineato dal legislatore, essa deve essere orientata alla rimozione delle barriere e non alla loro proliferazione, facendo dell'affidabilità algoritmica una componente imprescindibile della tutela della salute e della realizzazione dell'eguaglianza effettiva tra i cittadini. In definitiva, con il nuovo sistema normativo della legge n. 132/2025, vengono interiorizzati dall'ordinamento nazionale tre presidi fondamentali di legalità applicabili ai percorsi di cura integrati dall'uso di IA: la decisione clinica umana effettiva, con responsabilità imputabile e controllo sostanziale sull'*output* algoritmico (c.d. *human in the loop*); l'informazione qualificata all'assistito e tracciabilità dell'uso dell'IA nel fascicolo clinico, a tutela di consenso, contestabilità e riesame; la verificabilità e l'aggiornamento dei sistemi secondo standard europei di qualità del dato, sicurezza, equità e sorveglianza continua, con integrazione – ove applicabile – dei regimi MDR/IVDR.

5.2. *Intelligenza artificiale, ricerca e sperimentazione scientifica in ambito medico*

L'articolo 8 della Legge n. 132/2025 disciplina in modo organico il trattamento dei dati personali utilizzati per la ricerca e la sperimentazione scientifica nella creazione di sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario[66]. La dispo-

[65] Al fine di prevenire i *biases*, a ciò si aggiunge l'esigenza di verificare periodicamente come il sistema si comporta nei confronti dei diversi gruppi di pazienti – distinti, ad esempio, per età, sesso o condizioni cliniche – così da rilevare con tempestività eventuali distorsioni sistematiche nelle sue valutazioni. È inoltre necessario annotare gli eventi avversi e gli episodi che avrebbero potuto degenerare in errore (*near miss*), in modo da disporre di un quadro informativo utile al miglioramento continuo dello strumento. Quando i sistemi di IA rientrano nel perimetro dei dispositivi medici (MDS), tali obblighi devono integrarsi con le procedure previste dal Regolamento (UE) 2017/745 (MDR), in particolare in materia di marcatura CE, sorveglianza *post-market*, vigilanza e gestione del rischio. Cfr., *supra*, par. 3.2.

[66] Al comma 1 dell'art. 8, il legislatore delimita tassativamente l'area di applicazione della norma, individuando un ambito oggettivo costituito dai «trattamenti di dati anche personali e di quelli particolari/sensibili,

sizione mira a comporre un equilibrio fra due poli tradizionalmente in tensione: da un lato, la tutela dei diritti fondamentali di protezione dei dati e riservatezza; dall'altro, la promozione della ricerca e dell'innovazione biomedica come espressione dell'interesse pubblico alla salute e al progresso scientifico.

Il comma 1 della norma stabilisce, innanzitutto, chi sono i soggetti legittimati a trattare i dati. Sono sempre ammessi i soggetti pubblici (università, enti di ricerca, aziende sanitarie locali, ospedali pubblici) e i soggetti privati senza scopo di lucro (fondazioni, associazioni di ricerca, istituti scientifici riconosciuti). Anche i soggetti privati a fini di lucro possono operare, ma esclusivamente se inseriti in progetti di ricerca congiunti con enti pubblici, Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS) o organizzazioni non *profit*. La collaborazione pubblico-privata, dunque, è ammessa quando la finalità del progetto sia chiaramente di interesse pubblico e quando la *governance* dei dati sia garantita da un ente amministrativo o da un organismo indipendente.

Lo stesso comma qualifica "di *rilevante interesse pubblico"* i trattamenti di dati effettuati per la sperimentazione e la realizzazione di sistemi di IA destinati a prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, allo sviluppo di farmaci, dispositivi medici e tecnologie sanitarie[67]. Tale espressione rinvia direttamente all'articolo 9, paragrafo 2, lettera g) del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), che consente il trattamento di categorie particolari di dati personali senza il consenso dell'interessato quando il legislatore nazionale individui un motivo di interesse pubblico rilevante e stabilisca garanzie adeguate[68]. Ne consegue che, per i trattamenti contemplati dall'art. 8, la base giuridica non è il consenso, ma la qualificazione normativa dell'attività di ricerca come interesse pubblico primario. Ciò non comporta una riduzione delle tutele, poiché il trattamento resta comunque subordinato

rivolti a ricerca, sperimentazione scientifica nella realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale finalizzati alla prevenzione, diagnosi, cura di malattie, sviluppo di farmaci, terapie e tecnologie riabilitative, realizzazione di apparati medicali, salute pubblica, incolumità della persona; nonché a quei trattamenti rivolti alla: ricerca e sperimentazione scientifica nella realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale finalizzati allo studio della fisiologia, della biomeccanica e della biologia umana anche in ambito non sanitario in quanto necessari alla realizzazione e all'utilizzazione di banche dati e modelli di base».

[67] La formulazione adottata dal legislatore è particolarmente ampia e ricomprende anche lo sviluppo di apparati medicali, protesi e interfacce uomo-macchina, fino a includere lo studio della fisiologia, della biomeccanica e della biologia umana, anche quando tali attività si svolgano in ambito non sanitario. L'elencazione normativa, pur dettagliata, deve ritenersi non tassativa: ciò che rileva è che il trattamento sia necessario per la realizzazione o l'utilizzazione di banche dati, modelli di base o sistemi algoritmici destinati a finalità di salute pubblica, sicurezza sanitaria o avanzamento della conoscenza biomedica e biotecnologica.

[68] In base a tale disposizione, il trattamento delle categorie particolari di dati personali – tra cui rientrano i dati sanitari – è in linea di principio vietato, salvo che sia "necessario per motivi di rilevante interesse pubblico", sia fondato su una norma di diritto nazionale e accompagnato da misure adeguate a tutelare i diritti dell'interessato. L'articolo 8 risponde precisamente a questa logica, costituendo la base giuridica interna che abilita il trattamento dei dati sanitari senza il consenso individuale, quando sia diretto alla tutela della salute pubblica o al progresso della conoscenza scientifica.

al rispetto delle misure tecniche e organizzative richieste dal GDPR, che operano come contrappeso essenziale[69].

Il comma 2 della norma si occupa, poi, del riutilizzo degli stessi dati sanitari per scopi di ricerca ulteriori o diversi da quelli per cui erano stati originariamente raccolti. Questa disposizione è di grande importanza pratica: consente ai soggetti indicati nel comma 1 di impiegare dati già disponibili – anche appartenenti alle categorie particolari – senza acquisire un nuovo consenso, a condizione che tali dati siano privi di elementi identificativi diretti. L'accesso all'identità dell'interessato rimane possibile solo in casi eccezionali, quando ciò sia inevitabile o necessario per garantire la tutela della sua salute, ad esempio per comunicare un risultato clinicamente significativo o un rischio emerso durante l'attività di ricerca.

Questa previsione recepisce, a livello nazionale, la logica del *secondary use* dei dati sanitari delineata dal Regolamento (UE) 2025/327 sullo Spazio europeo dei dati sanitari (EHDS), secondo cui i dati raccolti per finalità di cura (uso primario possono essere riutilizzati per scopi di interesse pubblico o scientifico, quali ricerca, innovazione, programmazione sanitaria o sviluppo di modelli algoritmici, purché siano adeguatamente anonimizzati o pseudonimizzati e il loro accesso sia sottoposto alla verifica dell'*Health Data Access Body* nazionale[70].

Il terzo comma dello stesso art. 8 consente, infine, il trattamento dei dati personali sanitari, anche appartenenti a categorie particolari, per finalità diretta di anonimizzazione, pseudonimizzazione o creazione di dati sintetici. Queste operazioni costituiscono un prerequisito essenziale per lo sviluppo di modelli di *machine learning* e per la validazione degli algoritmi, poiché consentono di disporre di *dataset* ampi e statisticamente rappresentativi, senza compromettere la riservatezza individuale[71]. L'anonimizzazione e la pseudonimizzazione, già previste dal Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), rappresentano due diverse modalità di riduzione del rischio di re-identificazione: la prima elimina in modo irreversibile ogni legame con la persona; la seconda conserva una chiave di corrispondenza, utilizzabile solo da soggetti autorizzati. A queste si aggiunge la più recente pratica della generazione di dati sintetici, contemplata anche dal Regolamento (UE) 2025/327 (EHDS), che

[69] In particolare: la pseudonimizzazione, la limitazione delle finalità, la minimizzazione dei dati e la valutazione d'impatto (DPIA). Chiaramente, resta obbligatoria – in tutti i casi contemplati dalla norma – anche la previa informativa all'interessato, che può essere fornita anche in forma generale, ad esempio pubblicata sul sito *web* del titolare del trattamento. Questa soluzione semplifica la gestione di progetti di ricerca complessi, che coinvolgono grandi quantità di dati, senza sacrificare la trasparenza nei confronti delle persone.

[70] Cfr., *supra*, par. 3.4.

[71] La norma aggiunge che sono ammessi analoghi trattamenti anche per lo studio dei gesti atletici e delle prestazioni sportive, purché vengano rispettati i principi della legge e i diritti economici di chi organizza le competizioni sportive. Si tratta di un'estensione interessante: il legislatore riconosce che la ricerca sul movimento umano, pur non essendo strettamente sanitaria, può contribuire allo sviluppo di tecnologie di riabilitazione e dispositivi assistivi.

riproducono, mediante modelli statistici o di apprendimento automatico, le caratteristiche aggregate dei dati reali, senza riferirsi a individui specifici.

In sintesi: il comma 1 riguarda i trattamenti effettuati per svolgere attività di ricerca e sperimentazione qualificati dal legislatore come "di rilevante interesse pubblico"; il comma 2 disciplina il riutilizzo degli stessi dati per attività di ricerca ulteriori rispetto alle finalità originarie; il comma 3 ha invece natura tecnica e consente il trattamento volto a anonimizzare, pseudonimizzare o generare dati sintetici.

In questa prospettiva complessiva, il dato personale sanitario, tradizionalmente concepito come oggetto di tutela diretta, viene reinterpretato come bene funzionale all'interesse collettivo. La disposizione definisce un modello di "legalità proporzionata", in cui il consenso individuale viene sostanzialmente traslato su un piano sistemico, dove la legittimazione deriva dalla finalità pubblica del trattamento e dal rispetto di una serie di garanzie oggettive.

La tutela del dato si trasfigura in requisito procedimentale dell'innovazione.

All'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (AGENAS) è attribuito il compito di definire, con il parere del Garante per la protezione dei dati personali, delle linee guida in materia di anonimizzazione, pseudonimizzazione e produzione di dati sintetici, per garantire l'omogeneità degli standard tecnici e giuridici sull'intero territorio nazionale. Particolarmente significativa è la disciplina del meccanismo di comunicazione preventiva al Garante (art. 8, comma 5), che impone a qualunque soggetto intenzionato a effettuare i trattamenti previsti dalla norma di informare l'Autorità circa: le misure tecniche e organizzative adottate; le valutazioni d'impatto sulla protezione dei dati (DPIA); l'eventuale designazione dei responsabili del trattamento[72]. I trattamenti possono avere inizio trascorsi trenta giorni dalla comunicazione, salvo che il Garante disponga, entro tale termine, il blocco motivato dell'attività. Non si tratta, dunque, di un sistema autorizzatorio in senso stretto, ma di un modello di vigilanza preventiva che consente all'Autorità di esercitare controllo e di intervenire prima che il trattamento produca effetti potenzialmente lesivi. In astratto, ciò aumenta la capacità di intercettare rischi prima che si traducano in danno; nella pratica, tuttavia, potrebbe generare un flusso massivo di comunicazioni standardizzate, difficilmente gestibile dall'Autorità senza risorse aggiuntive.

Il successivo art. 9 demanda a un decreto del Ministro della Salute la definizione delle *modalità operative* dei trattamenti di dati destinati alla ricerca e alla sperimentazione di sistemi di IA in sanità. Il decreto ministeriale sarà chiamato a colmare una lacuna regolativa significativa. La legge definisce l'ambito applicati-

[72] Opportuna è stata la scelta, operata dal legislatore, di sopprimere l'obbligo di preventiva approvazione da parte dei comitati etici, emerso nel corso dell'*iter* parlamentare di discussione del progetto di legge. In tal modo è stato alleggerito l'onere procedurale senza tuttavia pregiudicare i poteri ispettivi, interdittivi e sanzionatori del Garante della Privacy. Cfr. www.senato.it/leggi-e-documenti/disegni-di-legge/scheda-ddl?did=59313.

vo, ma non ne disciplina alcuni punti chiave, tra cui i criteri per valutare la necessità del trattamento senza consenso, il coordinamento con la DPIA, le misure tecniche di prevenzione dei *biases* algoritmici, le condizioni per l'eventuale riidentificazione nei casi eccezionali[73]. Regolazione che difficilmente potrà avvenire nel termine di 120 giorni. Il ritardo (altamente probabile) nell'emanazione del decreto non sospenderà l'efficacia della norma primaria, ma scaricherà sui titolari del trattamento un onere interpretativo elevato, con il rischio di generare comportamenti difensivi, applicazioni eterogenee sul territorio e potenziali frizioni con il Garante.

5.3. *La nuova infrastruttura pubblica*

L'articolo 10 della legge n. 132/2025 interviene sul decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, (convertito con modificazioni nella legge 17 dicembre 2012, n. 221), che costituisce il quadro normativo del Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE)[74]. La disposizione introduce il nuovo articolo 12-*bis*, rubricato «Intelligenza artificiale nel settore sanitario», con l'obiettivo di integrare in modo sistematico l'uso di tecnologie di IA nella gestione del FSE e affida a uno o più decreti del Ministro della Salute il compito di definire sia le caratteristiche tecniche e funzionali dei sistemi di IA, sia le categorie di soggetti abilitati ad accedervi.

Per il supporto alle finalità di cura, in particolare dell'assistenza territoriale, il nuovo art. 12-*bis* istituisce una "Piattaforma di intelligenza artificiale". La progettazione, la realizzazione, la messa in esercizio e la gestione della piattaforma sono attribuite all'AGENAS (Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regiona-

[73] Sul piano sistematico, il decreto costituirà la cerniera tecnico-giuridica tra il quadro normativo nazionale e quello europeo. Il documento dovrebbe ragionevolmente disciplinare anche: la standardizzazione dei protocolli di anonimizzazione, pseudonimizzazione e generazione di dati sintetici, in coerenza con le linee guida AGENAS (art. 8, co. 4); la predisposizione di modelli di DPIA rafforzata, con metriche di rischio, accuratezza e distorsione, nonché soglie di riesame periodico; la fissazione di moduli uniformi di comunicazione preventiva al Garante (art. 8, co. 5); l'individuazione di tempi di conservazione, *logging* e *audit trail*, per garantire la tracciabilità e la responsabilità delle operazioni; il raccordo con lo Spazio europeo dei dati sanitari (EHDS), per assicurare interoperabilità e compatibilità con il sistema *MyHealth@EU* per l'uso primario e con il futuro *Health Data Access Bodies* per l'uso secondario.

[74] L'art. 12 del decreto-legge n. 179 del 2012 definisce il FSE come l'insieme dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e sociosanitario conseguenti ad eventi clinici attuali o passati con riferimento al singolo assistito. Il D.P.C.M. 29 settembre 2015, n. 178 ha, poi, qualificato il *nucleo minimo* dei dati che compongono il Fascicolo Sanitario Elettronico, comprendente *dati identificativi e amministrativi dell'assistito, referti, prescrizioni, dati relativi all'assistenza domiciliare e specialistica, diagnosi, piani terapeutici, verbali di pronto soccorso e consenso alla donazione di organi e tessuti*. Cfr. S. Corso, *Sanità digitale e riservatezza. Interpretazioni sul fascicolo sanitario elettronico*, in *La protezione dei dati sanitari. Privacy e innovazione tecnologica tra salute pubblica e diritto alla riservatezza*, a cura di A. Thiene, S. Corso, Napoli, 2023. Questa struttura costituisce il substrato informativo di base su cui si innestano oggi i servizi di intelligenza artificiale previsti dalla legge n. 132/2025, in una prospettiva di integrazione funzionale e di interoperabilità nazionale ed europea (cfr. D.P.C.M. 29 settembre 2015, n. 178, art. 2, comma 2).

li), che assume espressamente la funzione (supplementare) di Agenzia nazionale per la sanità digitale.

La piattaforma dovrà erogare servizi di supporto rivolti a tre categorie di destinatari.

In primo luogo, ai professionisti sanitari, per migliorare la presa in carico della popolazione assistita. In secondo luogo, ai medici, per l'attività clinica quotidiana, attraverso sistemi che forniscano suggerimenti diagnostici e terapeutici non vincolanti[75]. Infine, ai cittadini, per agevolare l'accesso ai servizi sanitari, in particolare nelle Case della Comunità[76].

Per la definizione operativa dei servizi, la norma prevede che AGENAS adotti un provvedimento, da emanarsi previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, che specifichi nel dettaglio le funzionalità della piattaforma e garantisca il raccordo con i sistemi informativi regionali.

La disciplina ribadisce la centralità della protezione dei dati sanitari e della sicurezza informatica. AGENAS è individuata come titolare del trattamento dei dati raccolti e generati all'interno della piattaforma, assumendo piena responsabilità sulla loro gestione, nel rispetto del Regolamento (UE) 2016/679. Il nuovo articolo 12-*bis* impone ad AGENAS anche l'obbligo di adottare – previo parere del Ministero della Salute, del Garante per la protezione dei dati personali e dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale – un provvedimento che descriva in modo puntuale le tipologie di dati trattati, le operazioni di trattamento e le misure tecniche e organizzative destinate a garantirne la sicurezza.

La nuova disciplina, pur innovativa, presenta alcune criticità applicative.

In primo luogo, la clausola di invarianza finanziaria (art. 10, comma 2, l. n. 132/2025), che esclude nuovi oneri per la finanza pubblica. L'assenza di fondi dedicati rischia di rallentare lo sviluppo della piattaforma e di limitarne la portata innovativa, salvo attingere a risorse già stanziate in altri programmi nazionali o europei in materia di sanità digitale (quali PNRR, *EU4Health* o *Digital Europe*).

Un secondo profilo critico riguarda l'integrazione della piattaforma con i sistemi regionali e con il Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE), ancora caratterizzati da eterogeneità strutturale e semantica. Il Fascicolo Sanitario Elettronico, disciplinato dall'art. 12 del d.l. 179/2012 e dal D.P.C.M. 29 settembre 2015, n. 178, costituisce già un archivio digitale unitario dei dati clinici e amministrativi dell'assistito, istituito a livello regionale ma interoperabile in ambito nazionale. L'interoperabilità è assicurata dall'Infrastruttura nazionale per l'interoperabilità (INI), istituita ai sensi dello stesso art. 12 del d.l. n. 179/2012 e regolata dal

[75] Si pensi, ad esempio, ad allerte su interazioni farmacologiche o anomalie cliniche e a raccomandazioni basate su dati epidemiologici e predittivi.

[76] Obiettivo da perseguire, ad esempio, tramite servizi digitali intelligenti come assistenti virtuali, *triage* automatizzato o percorsi guidati di prenotazione e orientamento.

D.P.C.M. n. 178/2015, poi potenziata dall'art. 11 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, che ne ha esteso funzioni e flussi informativi[77]. In questo quadro, l'introduzione dell'art. 12-bis fa sì che l'INI assuma, in via sistemica, il ruolo di naturale punto di interfaccia tra i fascicoli regionali e la piattaforma AGENAS, anche al fine di consentire la circolazione standardizzata dei dati e il loro riutilizzo per finalità di analisi predittiva e supporto clinico, nel rispetto dei requisiti previsti dal Regolamento (UE) 2025/327 sullo Spazio europeo dei dati sanitari (EHDS)[78]. La piattaforma di intelligenza artificiale attribuita ad AGENAS si colloca dunque in una cornice multilivello già stratificata, fungendo da diaframma funzionale nazionale incaricato di elaborare i flussi informativi provenienti dai fascicoli regionali e dai sistemi di telemedicina, secondo i principi europei di minimizzazione, sicurezza e supervisione pubblica.

La piena attuazione della disciplina richiederà, evidentemente, un complesso lavoro di armonizzazione tecnica e giuridica, in buona parte delegato ai decreti attuativi e ai provvedimenti di AGENAS. In assenza di un disegno tecnico e semantico realmente efficace, il rischio è che la piattaforma AGENAS si sovrapponga – più che innestarsi – sull'ecosistema esistente, trasformando l'INI da motore di interoperabilità a mero collettore di complessità.

Un terzo aspetto critico riguarda la formazione del personale sanitario. L'utilizzo dei sistemi di IA richiede competenze altamente qualificate, che le amministrazioni sanitarie in buona parte non possiedono. La legge n. 132/2025 dedica alla formazione un riferimento solo indiretto (art. 14), rinviando a futuri programmi, ma non prevede obblighi minimi né una strategia nazionale legata all'introduzione della piattaforma AGENAS. Sarebbe, dunque, auspicabile che AGENAS, il Ministero della Salute e le Regioni[79] – in raccordo con università e ordi-

[77] Cfr. E. Sorrentino, A.F. Spagnuolo, *La sanità digitale in emergenza Covid-19. Uno sguardo al fascicolo sanitario elettronico,* in *Federalismi*, 2020; 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*, 2021.

[78] L'EHDS, come già ricordato, impone infatti agli Stati membri di assicurare l'interoperabilità dei fascicoli sanitari nazionali mediante *MyHealth@EU* e l'adozione di formati comuni europei per le categorie di dati clinici. Cfr., *supra*, par. 3.4. L'INI costituisce, a ben vedere, la condizione tecnica necessaria per la portabilità transfrontaliera dei dati e la mutua leggibilità dei documenti clinici. Il decreto del Ministero della salute del 31 dicembre 2024, pubblicato il 5 marzo 2025 ha istituito, in attuazione dell'art. 12, comma 15-*quater*, del d.l. n. 179/2012, anche l'Ecosistema dei dati sanitari (EDS). Si tratta di un'infrastruttura tecnologica progettata per ricomprendere i dati trasmessi al Fascicolo sanitario elettronico (FSE) dalle strutture sanitarie e sociosanitarie e dagli enti del Servizio sanitario nazionale (SSN), nonché i dati resi disponibili tramite il sistema Tessera sanitaria. Il sistema dovrebbe entrare in funzione entro il 31 marzo 2026.

[79] Come rileva M. De Donno, *Le Regioni e l'intelligenza artificiale*, in *Istituzioni del Federalismo*, aprile/giugno 2025, *Nuove tecnologie per nuove amministrazioni. L'intelligenza artificiale applicata alla sfera pubblica*, 253 ss., anche il recente Regolamento UE 2024/903, *Interoperable Europe Act* prevede – e raccomanda agli Stati membri – un coinvolgimento diretto di Regioni ed enti locali per la sua attuazione. Secondo i Considerando 9, 10 e 12, ad enti regionali e locali va riconosciuto «un ruolo attivo» tanto «nello sviluppo delle soluzioni di interoperabilità» quanto nel coinvolgimento di «PMI, istituti di ricerca e istruzione e [della società civile».

ni professionali – avviassero fin da ora programmi formativi obbligatori e linee guida nazionali, affinché l'evoluzione normativa non resti disallineata rispetto alle reali capacità operative del sistema sanitario.

5.4. *La gestione del rischio algoritmico nell'amministrazione sanitaria. Qualche indicazione operativa*

L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale introduce una morfologia del rischio profondamente diversa da quella che l'amministrazione ha finora conosciuto. L'analisi delle pagine precedenti consente di isolare almeno sei aree di rischio particolarmente rilevanti per il settore sanitario che, tradotte in chiave giuridico-amministrativa, delineano altrettante sfere di adempimenti per le strutture pubbliche.

Un primo profilo riguarda il rischio di *bias* e di discriminazione, connesso alla possibilità che gli algoritmi, se addestrati su dati non rappresentativi o incompleti, generino decisioni distorte e discriminatorie. In coerenza con l'art. 10 dell'AI Act, con l'art. 7 della l. n. 132/2025 e con il principio di non discriminazione algoritmica elaborato dal Consiglio di Stato[80], le strutture sanitarie sono chiamate a introdurre meccanismi di validazione dei *dataset*, *audit* periodici sulla qualità dei dati e procedure di tracciabilità delle fonti (c.d. *data lineage*), così da garantire imparzialità e coerenza nelle basi informative.

Un secondo ambito è costituito dal rischio di errore clinico o decisionale, che si manifesta quando l'algoritmo produce raccomandazioni errate o non aggiornate, intrecciato con quello dell'imputabilità delle decisioni automatizzate. Da ciò deriva l'obbligo di assicurare una supervisione umana effettiva (*human-in-the-loop*), prevista dagli artt. 3, 7 e 14 della legge n. 132/2025, in forza della quale ogni decisione automatizzata deve essere validata da un operatore qualificato. Le strutture sanitarie dovrebbero pertanto designare, per ogni processo in cui interviene un sistema algoritmico, un referente clinico-amministrativo responsabile della validazione, dotato della possibilità di sospendere, correggere o disattendere l'*output* dell'algoritmo quando necessario. Contestualmente, è necessario documentare nel fascicolo procedimentale – o nel fascicolo sanitario elettronico,

[80] Il Consiglio di Stato ha stabilito che l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, dagli algoritmi al c.d. *machine learning*, va inteso quale modulo procedimentale per lo svolgimento dell'attività autoritativa in modalità più efficienti ed è regolato dai principi di conoscibilità e comprensibilità, non esclusività della decisione algoritmica, non discriminazione algoritmica. In questa direzione, l'amministrazione non può mai trincerarsi dietro la non conoscibilità o l'opacità dei meccanismi informatici di gestione. Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, nonché, da ultimo, Cons. di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2025, n. 4929, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

a seconda dei casi – l'utilizzo del sistema, la persona fisica incaricata della supervisione e le motivazioni della decisione finale.

Vi è poi il rischio di uso improprio, che si verifica quando un algoritmo viene riutilizzato al di fuori del contesto per il quale era stato progettato. In base al principio di limitazione della finalità (art. 5 GDPR), l'amministrazione sanitaria, per agire nella piena legalità, dovrebbe istituire registri dei sistemi di IA con l'indicazione delle finalità autorizzate, dei responsabili di progetto e delle eventuali riutilizzazioni.

Particolarmente delicato è poi il rischio per la *privacy* e la sicurezza dei dati, atteso che i sistemi di IA sanitaria si fondano sull'elaborazione massiva di dati sensibili. Ne derivano precisi e imprescindibili adempimenti: condurre DPIA preventive (art. 35 GDPR), adottare adeguate misure di sicurezza *by design* e *by default* (art. 25 GDPR), mantenere un registro dei trattamenti (art. 30 GDPR) e coinvolgere attivamente il *Data Protection Officer* (DPO) nelle fasi di progettazione e monitoraggio.

Un quinto rischio riguarda la mancata trasparenza e spiegabilità (*explainability*) dei processi algoritmici. L'art. 13 dell'AI Act, l'art. 7 della l. n. 132/2025 e il principio di legalità algoritmica impongono che le decisioni automatizzate siano comprensibili e verificabili. Di conseguenza, le strutture sanitarie dovrebbero conservare *log* e documentazione tecnica delle decisioni automatizzate, garantire la comunicabilità della logica del sistema ai medici e ai pazienti e predisporre *report* di trasparenza algoritmica accessibili alle autorità di controllo[81].

Infine, va considerato il rischio di obsolescenza e mancato aggiornamento. Gli algoritmi clinici, se non sottoposti a revisione periodica, possono perdere affidabilità tecnica. Ai sensi degli artt. 83 e ss. del Regolamento (UE) 2017/745 (MDR), le strutture devono pretendere dai produttori un programma di sorveglianza *post-market*, con controlli periodici di accuratezza, revisione annuale dei modelli e nuova validazione clinica in caso di modifiche sostanziali. Il mancato aggiornamento potrebbe integrare una forma di *culpa in vigilando* e violare il principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

[81] L'art. 30, comma 2, lett. a) del Codice dei contratti pubblici, D.lgs. n. 36/2023 richiede che, nell'acquisire soluzioni informatiche fondate su procedure automatizzate, l'amministrazione disponga del codice sorgente, della documentazione tecnica e degli elementi necessari a comprenderne le logiche di funzionamento. Come rilevato da M. Corradino, in *Potere pubblico e intelligenza artificiale*, in L*'intelligenza artificiale tra regolazione e esperienze applicative*, cit., 52, la natura opaca dei modelli di intelligenza artificiale e la tutela del segreto industriale rendono spesso difficile verificare realmente ciò che la norma pretende, esponendo la P.A. al rischio di un controllo solo apparente e a una dipendenza informativa dal fornitore. In questo scenario, secondo l'A., acquistano rilievo i contratti innovativi previsti dall'art. 70 dello stesso Codice dei contratti pubblici, che permettono all'amministrazione di "dialogare" con il mercato e di partecipare alla definizione della soluzione tecnologica. Attraverso tali procedure, già diffuse in altri ordinamenti europei, la P.A. potrebbe contribuire alla costruzione dell'algoritmo sin dalla fase progettuale, assicurando trasparenza, verificabilità e un effettivo presidio umano sul processo decisionale.

5.5. **Time-line *attuativa***

L'attuazione della Legge 132/2025 si estrinsecherà in un contesto normativo europeo molto complesso e in rapido movimento[82]. La piena operatività delle misure nazionali dipenderà in buona parte dal progressivo allineamento, in particolare, con due regolamenti chiave dell'Unione: l'AI Act e il Regolamento sullo Spazio europeo dei dati sanitari (EHDS). Entrambi i testi fissano scadenze e obblighi che incidono e si intersecano con l'architettura italiana dell'intelligenza artificiale in sanità. Altri adempimenti, seppur non espressamente circoscritti temporalmente dalla legge, dovrebbero effettuarsi di pari passo.

Entro centoventi giorni dall'entrata in vigore della legge (11 ottobre 2025), dovrà essere emanato il decreto del Ministro della Salute previsto dall'articolo 9, volto a precisare le modalità operative del trattamento dei dati sanitari per finalità di ricerca e sperimentazione scientifica. Questa prima tappa è fondamentale per rendere applicabili gli articoli 8 e 10 della legge, che disciplinano rispettivamente la ricerca basata su intelligenza artificiale e la piattaforma nazionale AGENAS.

Nel primo semestre del 2026 potrebbero vedere la luce le prime linee guida dell'AGENAS sulle tecniche di anonimizzazione e sulla generazione di dati sintetici (art. 8, comma 4, l. 132/2025). Nello stesso periodo, l'Agenzia dovrebbe avviare la progettazione della piattaforma di intelligenza artificiale in sanità, da sottoporre all'intesa della Conferenza Stato-Regioni (art. 10, comma 3, l. 132/2025). Questi atti, di natura tecnico-operativa, rappresentano la prima condizione per la costruzione della nuova infrastruttura nazionale che dovrà interagire con il Fascicolo Sanitario Elettronico 2.0 e con l'Infrastruttura Nazionale per l'Interoperabilità (INI).

Sempre nel 2026, sul piano europeo, il Regolamento sullo Spazio europeo dei dati sanitari (EHDS) – che impone agli Stati membri di garantire l'interoperabilità dei fascicoli sanitari e di istituire un organismo nazionale di accesso ai dati *Health Data Access Body* (artt. 7-10 e 33-38 EHDS) – inizierà a essere concretamente attuato, in vista delle prime scadenze applicative. Parallelamente, anche l'AI Act avvierà la sua fase di piena applicazione. Entro il 2026 la Commissione europea metterà a regime l'*AI Office*, incaricato di coordinare le autorità nazionali e di gestire il registro dei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio (artt. 56-57 AI Act). L'Italia dovrà quindi completare la designazione formale di AgID e ACN come Autorità nazionali per l'IA, in conformità con l'articolo 59 dell'AI Act e predisporre i relativi regolamenti interni.

[82] Come rilevato da G. Gardini, *L'uso preparatorio dell'AI come limite agli eccessi regolativi*, cit., 263, da più parti sono state espresse preoccupazioni per la *overregulation* dei sistemi di AI.

Il 2027 costituirà l'anno di consolidamento. È in questa fase che dovrebbe avvenire la pubblicazione della prima Strategia nazionale per l'intelligenza artificiale, adottata dalla Presidenza del Consiglio tramite il Dipartimento per la Trasformazione Digitale e approvata dal Comitato interministeriale per la transizione digitale (art. 19, commi 1-3, l. 132/2025). Il documento dovrà definire gli obiettivi generali, i piani di investimento e i meccanismi di coordinamento con le politiche europee in materia di ricerca e salute digitale. Contestualmente, AGENAS dovrebbe completare la valutazione d'impatto (DPIA) sul trattamento dei dati della piattaforma, acquisire i pareri del Ministero della Salute, del Garante e dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale e adottare il provvedimento attuativo che disciplina le operazioni e le misure di sicurezza interne (art. 10, comma 5, l. 132/2025).

Il 2028 rappresenterà la tappa di piena integrazione. Entro tale anno dovrebbero trovare applicazione le principali previsioni del Regolamento EHDS, con l'interconnessione dei sistemi nazionali alla rete europea *MyHealth@EU* (artt. 12-15 e 49-52 EHDS) e dovrebbe dunque essere messa a regime la piattaforma AGENAS, interoperabile con i fascicoli sanitari regionali (art. 10, commi 2-3, l. 132/2025). Nello stesso arco temporale, le autorità nazionali per l'IA (AgID e ACN) saranno probabilmente tenute a pubblicare le prime relazioni annuali sull'attività di vigilanza e sull'allineamento con gli standard europei di sicurezza e conformità (art. 20, comma 5, l. 132/2025, in raccordo con art. 59 AI Act).

Nel complesso, l'Italia dovrà procedere su due piani paralleli: da un lato, la costruzione interna di infrastrutture e procedure; dall'altro, l'integrazione di tali strumenti nel più ampio quadro europeo di *governance* dei dati e dell'intelligenza artificiale. La sfida principale sarà mantenere sincronismo tra le tappe nazionali e quelle europee, evitando che ritardi nei decreti o nelle linee guida compromettano la partecipazione del Paese alle reti e ai registri comuni. Se il calendario verrà rispettato, entro la fine del 2028 la Legge n. 132/2025 potrà dirsi pienamente avviata, segnando il completamento della prima infrastruttura pubblica di intelligenza artificiale sanitaria a livello europeo.

6. *Conclusioni*

Dall'analisi condotta sono emerse alcune indicazioni utili per rispondere alle questioni poste in apertura. I tre profili individuati – la ridefinizione dei procedimenti e delle responsabilità pubbliche, la necessità di una disciplina specifica per l'uso degli algoritmi sanitari e la costruzione di una cultura amministrativa digitale – appaiono strettamente interconnessi e reciprocamente dipendenti. In questa prospettiva, la Legge n. 132/2025 rappresenta un punto di equilibrio

dinamico, che prefigura una nuova legalità algoritmica sanitaria, in cui la decisione deve rimanere umana, motivata, trasparente e contestabile e l'algoritmo si pone come uno strumento sottoposto a regole specifiche. Specularmente, ne deriva un'immagine di "IA pubblica" trasparente nei presupposti, giustificata nei processi, contestabile negli esiti.

La ricerca condotta suggerisce che il diritto alla salute, nell'era algoritmica, si espande fino a includere come suo fondamentale corollario un nuovo "diritto alla trasparenza delle tecnologie" che lo mediano. L'accesso alle cure non può essere separato dall'accesso alla conoscenza dei processi che le generano. Per il giurista pubblicista ciò significa che la trasparenza non è più soltanto un dovere dell'amministrazione, ma anche un elemento costitutivo della stessa legalità sanitaria digitale.

L'efficacia della riforma si giocherà probabilmente su tre fronti.

Primo, l'attuazione. I provvedimenti secondari previsti dalla legge dovranno trasformare i principi in procedure verificabili. Senza standard chiari e pubblici, l'innovazione rischia di frammentarsi in sperimentazioni diversificate.

Secondo, la tutela giurisdizionale. L'ingresso dell'algoritmo nei procedimenti sanitari sposterà il fuoco del sindacato sulla qualità del processo tecnico-amministrativo di gestione della tecnologia. Ciò implica doveri di tracciabilità e motivazione idonei a consentire accesso, contraddittorio e verifica, inclusa la spendibilità processuale degli elementi essenziali del funzionamento del sistema, quando rilevanti ai fini del giudizio[83].

Terzo, la cultura istituzionale. La supervisione umana non può ridursi a convalida formale. Richiede alfabetizzazione tecnica e giuridica del personale sanitario e amministrativo, protocolli di uso clinico responsabile dei suggerimenti non vincolanti, capacità di interpretazione e di giustificazione delle scelte assistite dall'algoritmo[84].

Ogni trasformazione amministrativa porta con sé nuove regole, ma anche nuove immagini del potere. L'intelligenza artificiale ha aggiunto, in questa direzione, un ulteriore strato simbolico, quello della decisione pubblica integrata da

[83] La giurisprudenza del Consiglio di Stato – dalle c.d. sentenze gemelle n. 8472, 8473 e 8474 del 2019 (in ordine alla possibilità di utilizzare sistemi di IA anche nella formazione di decisioni che costituiscono espressione di un potere discrezionale), fino alle più recenti pronunce – ha già tracciato un percorso, affermando che l'amministrazione algoritmica deve restare conoscibile, motivata e contestabile. Ma l'applicazione di questi principi al campo sanitario, dove l'automazione incide su diritti fondamentali e dati sensibili, richiederà un salto di competenza e di metodo.

[84] Pienamente condivisibili sono le riflessioni di G. Montedoro, *Intelligenza artificiale e digitalizzazione fra Costituzione, amministrazione e giustizia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2024, secondo cui: «si dovrebbe tentare un esercizio di ri-scrittura dell'art. 97 Cost. portando il problema al livello costituzionale che gli spetta in modo che l'amministrazione possa orientare la sua azione nella direttiva del digitale al rispetto della dignità umana ed alla massimizzazione della trasparenza (evitando di squilibrare i poteri a favore dell'esecutivo con un eccesso di concentrazione del dominio sull'AI negli apparati dello Stato…)».

macchine capaci di apprendere e di elaborare. È in questo spazio che il diritto amministrativo deve riaffermare il proprio ruolo: dare forma a un'amministrazione capace di restare fedele ai principi della Costituzione, anche mentre si serve di strumenti che si specchiano in un universo cognitivo inedito.

L'orizzonte da seguire, soprattutto nel settore sanitario, non è quello di un'amministrazione più veloce, ma quello di un'organizzazione pubblica capace di unire il linguaggio della tecnica con quello dei diritti e di restituire al cittadino la fiducia che ogni sistema di cura deve garantire.

Silia Gardini - Abstract

La regolazione giuridica dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione sanitaria. Riflessioni a margine della recentissima Legge n. 132/2025

Il lavoro analizza l'impatto dell'intelligenza artificiale sull'amministrazione sanitaria, mostrando come l'innovazione algoritmica incida sulla struttura costituzionale del diritto alla salute e sulla configurazione della decisione pubblica in ambito clinico-assistenziale. La Legge n. 132/2025 è esaminata nella cornice europea costituita da GDPR, MDR/IVDR, AI Act ed EHDS, che delinea un modello di legalità fondato su trasparenza, controllo umano, qualità dei dati e presidio del rischio. La ricerca evidenzia che la riforma non si limita a introdurre nuovi strumenti tecnologici, ma riorganizza la legalità sanitaria: rafforza la responsabilità personale del decisore, impone tracciabilità istruttoria e mantiene la supervisione umana quale elemento strutturale delle decisioni assistite da sistemi algoritmici.

The Legal Framework for Artificial Intelligence in Healthcare Administration: Reflections Following Italy's New Law No. 132/2025

The paper examines the impact of artificial intelligence on healthcare administration, showing how algorithmic innovation affects the constitutional framework of the right to health and the configuration of public decision-making in clinical and care settings. Law No. 132/2025 is analysed within the European framework shaped by the GDPR, MDR/IVDR, the AI Act and the EHDS, which outlines a model of legality grounded in transparency, human oversight, data quality and risk governance. The study demonstrates that the reform does not merely introduce new technological tools, but reorganises the legal architecture of healthcare administration: it reinforces the personal accountability of decision-makers, requires full procedural traceability, and maintains human supervision as a structural element of decisions supported by algorithmic systems.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 459-472

Articoli e saggi

Luci (normative) e ombre (interpretative) nell'applicazione degli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore previsti dal d.lgs. n. 117/2017

Rocco Parisi

Sommario: 1. Contratti pubblici e modelli solidaristici di amministrazione condivisa: alle radici del problema. – 2. L'apparente soluzione normativa del problema nelle riforme dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e dei contratti pubblici. – 3. I dubbi interpretativi alimentati dal diritto positivo. – 4. Il persistente "riflusso concorrenziale". – 5. Conclusioni.

1. *Contratti pubblici e modelli solidaristici di amministrazione condivisa: alle radici del problema*

Il rapporto tra la disciplina dei contratti pubblici e gli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore di cui al Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017 (c.d. «Codice del terzo settore») rappresenta una tematica ormai nota al dibattito giuridico e solo apparentemente sopita a seguito delle recenti riforme legislative.

Com'è noto le questioni più rilevanti hanno riguardato la co-progettazione e le convenzioni disciplinate dal d.lgs. n. 117/2017, in quanto strutturalmente idonee ad estendersi alla fase esecutiva dei servizi e, perciò, a porsi in possibile sovrapposizione con il contratto di appalto, ponendo il rischio di elusione della disciplina pro-concorrenziale dettata dal codice dei contratti pubblici.

La tematica, a ben vedere, affonda le proprie radici su due profili fondamentali: da un lato, la qualificazione giuridica e costituzionale degli istituti previsti dagli articoli 55 e seguenti del Codice del terzo settore; dall'altro lato, l'esatta perimetrazione degli obblighi pro-concorrenziali imposti dall'Unione Europea.

In riferimento al primo dei profili segnalati, per lungo tempo l'orientamento prevalente, soprattutto in giurisprudenza, ha negato l'autonomia giuridica degli istituti del Codice del terzo settore, appiattendoli erroneamente sull'archetipo contrattuale ed imponendo, perciò, il ricorso alla gara pubblica per l'affidamento nei confronti di enti del terzo settore di servizi sociali «economicamente rilevanti» ma non anche «remunerativi», caratterizzati cioè dall'erogazione da parte dell'amministrazione di un contributo economico idoneo a coprire le spese sostenute e documentate dall'ente privato, ma non anche ad ingenerare un utile economico nei suoi confronti.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa, a partire dal noto parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato[1], ha subordinato l'applicazione degli istituti del Codice del terzo settore ad un presupposto, quello della «gratuità» del servizio, in alcun modo richiesto dal d.lgs. n. 117/2017 e tale da escludere ogni forma di rimborso delle spese relative ai fattori produttivi, ivi compresi i costi inerenti alla remunerazione dei lavoratori impiegati dall'ente privato nell'esecuzione del servizio.

In virtù di tale assunto, fondato sull'assolutizzazione della *vis attractiva* della contrattualistica pubblica rispetto ad ogni rapporto economicamente rilevante[2], è stata limitata l'applicazione degli istituti del Codice del terzo settore alle sole fattispecie caratterizzate da una gestione integralmente gratuita del servizio, ovvero in perdita, in cui l'ente privato è onerato delle spese necessarie a garantire la corretta erogazione delle prestazioni.

Tuttavia, tale impostazione è stata criticata in ragione della piena autonomia giuridica e costituzionale degli istituti di coinvolgimento attivo previsti dal Codice del terzo settore, che perciò rappresentano un modello, legislativamente riconosciuto, equipollente ed alternativo a quello dei contratti pubblici, sganciato dai presupposti della «gratuità» o della «irrilevanza economica» delle prestazioni, invero non previsti dal d.lgs. n. 117/2017.

Infatti, alla luce della *ratio* e dei valori sottesi all'intervento dei privati in ambito sociale, gli articoli 55 e seguenti del Codice del terzo settore rinvengono il pro-

[1] Ci si riferisce, in particolare a Cons. Stato, ad. comm. spec., 20 agosto 2018, parere n. 2052.

[2] Sul punto, è significativo l'inciso riportato nel parere n. 2052/2018, in cui il Consiglio di Stato ritiene che in virtù degli obblighi imposti dall'ordinamento dell'Unione Europea è necessario «sottoporre alla disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da un rilievo economico, allo scopo di evitare la permanenza di sacche sottratte al confronto competitivo e, dunque, potenzialmente assoggettabili a discipline nazionali contrarie allo spirito uniformatore sotteso ai Trattati».

prio addentellato costituzionale nei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale[3] di cui rappresentano un'espressa trasposizione sul piano legislativo[4].

Gli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore, dunque, costituiscono modelli di cooperazione pubblico-privata paritaria del tutto sganciati dai caratteri egoistico-lucrativi che connotano il modello concorrenziale emergente dall'art. 41 Cost., che muovono dal momento programmatorio (con la co-programmazione) e si estendono alla progettazione ed alla realizzazione degli interventi (con la co-progettazione e le convenzioni), realizzando così un "ciclo di vita" dei servizi sociali del tutto distinto da quello dei contratti pubblici, fondato su proprie logiche solidaristiche e sussidiarie. Tra ente del terzo settore e pubblica amministrazione si instaura un rapporto basato sulla convergenza di interessi, volto al perseguimento del medesimo bene comune[5], in cui il contributo economico versato dall'amministrazione non costituisce la remunerazione sinallagmatica per l'attività svolta dall'ente del terzo settore, bensì – per l'appunto – un "contributo", messo in comune con quello (umano, conoscitivo, materiale, ecc.) apportato dall'ente privato per il perseguimento dello stesso interesse generale.

Tale rapporto è qualificato, e si legittima sul piano costituzionale ed eurounitario, anche sul versante soggettivo, in virtù della natura *lato sensu* (teleologi-

---

[3] Sul fondamento costituzionale degli istituti previsti dal Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017 e, in particolare, sul rapporto con il principio di sussidiarietà orizzontale, si veda B. Giliberti, *L'amministrazione condivisa: co-programmazione e co-progettazione nel Terzo settore tra autonoma iniziativa delle formazioni sociali e poteri delle pubbliche amministrazioni*, in *Annuario Aipda 2023. Atti del Convegno annuale 2023 sul tema "Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere"*, Napoli, 2024, 321. Per un'approfondita disamina sul principio di sussidiarietà orizzontale, si rimanda, senza pretesa di esaustività, a: P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; Id., *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 140 ss.; V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà (dir. amm.) (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 2004, 1 ss.; G. Pastori, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, II, 2005, 1756 ss.; Q. Camerlengo, *Art. 118 (Commento)*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2006, 2333 ss.; T.E. Frosini, *Sussidiarietà (principio di)*, in *Enc. Dir., annali*, 2007, 1133; Id., *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Riv. giur. mezz.*, 2000, 15 ss.; C. Panzera, *Il doppio volto della sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 4, 2003; F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 3 ss.; R. Parisi, *Il sistema dei servizi sociali tra Stato, mercato e Terzo settore*, Napoli, 2023.

[4] Peraltro, un fondamento costituzionale diretto è rinvenibile nell'art. 38 della Costituzione che, sancendo la libertà dell'assistenza sociale privata, formalizza a livello costituzionale un sistema di *welfare* pubblico-privato (c.d. «*welfare mix*»).

[5] Si tratta di un modello di rapporto pubblico-privato già prefigurato da F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 884, laddove con il termine «demarchia» l'Autore individuava il venir meno dell'esclusività della funzione pubblica nel perseguimento dell'interesse pubblico e l'instaurazione della democrazia nell'amministrazione, con conseguente attribuzione al cittadino del ruolo di co-attore nella realizzazione degli interessi della collettività. Più di recente, tale modello è stato sviluppato con la teorica della «amministrazione condivisa», elaborata da G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 29 ss. Sul tema, si veda anche V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, 21; M. Bombardelli, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, 113.

camente) pubblica degli enti del terzo settore, quali soggetti giuridici formalmente privati ma spontaneamente animati dal perseguimento di finalità generali e di interesse pubblico.

La natura para-pubblicistica di tali enti emerge direttamente dai presupposti costitutivi previsti dal d.lgs. n. 117/2017 per il riconoscimento della qualifica giuridica di «ente del terzo settore», che rappresenta, a sua volta, condizione essenziale per accedere agli istituti disciplinati dal Titolo VII.

In particolare, l'art. 4 del d.lgs. n. 117/2017 individua come elementi costitutivi degli enti del terzo settore[6]: *i)* la natura privata; *ii)* l'assenza di finalità lucrative; *iii)* il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale; *iv)* l'iscrizione nel Registro unico nazionale del terzo settore (c.d. «RUNTS»).

Soffermandosi sull'assenza del fine di lucro, deve rimarcarsi che essa non impedisce all'ente privato di svolgere la propria attività avvalendosi anche dell'apporto di lavoratori subordinati o collaboratori esterni, ai quali peraltro deve essere garantito ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 117/2017 un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dal CCNL di categoria.

Emerge, al riguardo, una netta, ma forse poco considerata, distinzione tra l'assenza del «lucro soggettivo»[7] dell'ente, intesa come divieto di redistribuzione degli utili tra i membri dell'associazione, che costituisce un elemento costitutivo degli enti del terzo settore, ed il fine lucrativo delle persone che prestano la propria attività (ad esempio, a titolo di lavoro dipendente e/o di collaborazione esterna) all'interno dello stesso ente, che legittimamente percepiscono una remunerazione per l'attività svolta.

Tale distinzione è altresì suffragata dall'ulteriore, e più significativo, presupposto per l'attribuzione della qualifica di ente del terzo settore, costituito dal perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una delle attività di interesse generale previste dall'art. 5 del Codice del terzo settore. Tale requisito "teleologico", che distingue gli enti del terzo settore da altri enti solo *no profit*, consente di rinvenire nell'ampia platea degli enti privati solo quei soggetti statutariamente (dunque, volontariamente) istituiti per il perseguimento di interessi non egoistici, bensì generali e collettivi, che proprio

[6] Sugli enti del terzo settore, anche alla luce della disciplina di cui al d.lgs. n. 117/2017, si veda R. Morzenti Pellegrini, *Il ruolo del Terzo settore nel sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, 279.

[7] Cfr. M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Quale sistema di welfare di fronte alle nuove fragilità?*, in *Annuario Aipda 2021. Atti del Convegno annuale 2021 sul tema "Il diritto amministrativo per la ripresa: nuove fragilità, nuovi bisogni, nuove sfide"*, Napoli, 2022, 58.

per questo motivo sono legittimati a cooperare in maniera paritaria con l'amministrazione nella programmazione, ideazione ed esecuzione dei servizi sociali[8].

Ebbene, l'art. 4 individua diverse modalità alternative attraverso cui le attività di interesse generale possono essere svolte, tra cui alle forme gratuite («di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi») si affiancano quelle prive del carattere della gratuità («di produzione o scambio di beni o servizi»). Sicché, l'attività di interesse generale dell'ente del terzo settore, pur non potendo mai essere lucrativa (per l'ente), può essere o meno gratuita, potendo essere svolta alternativamente senza la copertura economica dei fattori di produzione e della manodopera (resa in maniera volontaria), ovvero attraverso la remunerazione di attività precipuamente lavorativa.

Risulta, dunque, confermata la distinzione tra l'assenza di lucro del soggetto giuridico, che rappresenta un presupposto indefettibile per la qualificazione di ente del terzo settore, e la gratuità delle prestazioni, che può o meno connotare l'attività di interesse generale dello stesso ente.

Il divieto di lucro, legislativamente imposto all'ente, non può essere indistintamente esteso anche ai lavoratori/collaboratori che operano al suo interno, anche perché questi ultimi sono soggetti giuridicamente distinti dagli enti del terzo settore, che intervengono secondo logiche e prospettive diverse, contribuendo in maniera sovente decisiva all'erogazione delle prestazioni o alla specializzazione e professionalizzazione dell'attività svolta. Si pensi, ad esempio, alle funzioni amministrative, contabili o di segreteria di un'associazione *no profit*, ovvero alle professionalità necessarie a garantire le prestazioni socio-assistenziali, che spesso risultano difficilmente reperibili nella platea del volontariato "puro", quantomeno in maniera esaustiva e continuativa.

Ciò posto, solo in presenza dei requisiti tipizzati dal d.lgs. n. 117/2017 gli enti possono ottenere l'iscrizione nel RUNTS, conseguendo la qualifica di ente del terzo settore e, di conseguenza, la "certificazione" di una comunanza di interessi con la pubblica amministrazione che ne giustifica, in attuazione dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, il coinvolgimento attivo e paritario secondo gli istituti previsti dagli artt. 55 e seguenti del Codice del terzo settore.

In quest'ambito, incentrato sul modello dell'amministrazione condivisa e sui valori costituzionali di solidarietà sociale, eguaglianza e sussidiarietà orizzontale, non c'è spazio per valutazioni economiche e di mercato che, di converso, connotano i contratti pubblici.

Venendo al secondo dei profili segnalati in apertura, non può trascurarsi di considerare che anche la perimetrazione degli obblighi pro-concorrenziali imposti dall'Unione Europea ha costituito per molto tempo un fattore determinan-

[8] Cfr. D. Palazzo, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022, 153 ss.

te di limitazione degli istituti previsti dal Codice del terzo settore, in virtù della posizione eccessivamente pro-concorrenziale assunta (soprattutto) dalla giurisprudenza amministrativa.

Tuttavia, contrariamente a quanto a lungo sostenuto, l'Unione Europea, pur avendo progressivamente escluso che la natura solidaristica dei servizi sociali potesse *ex se* legittimarne l'esclusione dai Servizi di interesse economico generale (SIEG) e dall'applicazione della disciplina concorrenziale, ha ammesso (soprattutto a partire dalle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25 UE) un'importante deroga per l'esternalizzazione dei servizi *de quibus*, consentendo che gli stessi possano essere forniti anche attraverso modalità alternative ai contratti pubblici[9], nei limiti in cui ciò non comporti un utile per l'ente privato.

Tale assunto è stato confermato dalla Corte di Giustizia UE, sia pur nell'ambito di un orientamento non sempre univoco ed omogeneo, con la nota sentenza «Spezzino», laddove è stato evidenziato che l'affidamento dei servizi sociali resta estraneo alla disciplina dei contratti pubblici ove il contributo economico erogato dall'amministrazione si riferisca unicamente al rimborso delle spese sostenute e documentate dal privato, ivi comprese quelle relative ai fattori di produzione e, dunque, alla remunerazione del personale dipendente. Al riguardo, i giudici europei hanno espressamente evidenziato che ove venisse esclusa dal contributo pubblico la copertura dei costi relativi alla retribuzione dell'attività lavorativa interna all'ente *no profit*, gli stessi enti «sarebbero pressoché privati della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato»[10].

Per tale via, è stato registrato, anche a livello europeo, un importante riconoscimento della conciliabilità tra solidarietà e rilevanza economica dei servizi, per cui non dev'essere imposta aprioristicamente l'applicazione della disciplina dei contratti pubblici rispetto a servizi economicamente rilevanti, non remunerativi per l'ente e preordinati al perseguimento di finalità solidaristiche e di utilità generale.

2. *L'apparente soluzione normativa del problema nelle riforme dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e dei contratti pubblici*

I principi e le coordinate ermeneutiche sopra riportate, di matrice sia costituzionale che euro-unitaria, sono state espressamente valorizzate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 131/2020[11] e, finalmente, recepite dal legislatore italiano nelle recenti riforme.

[9] Cfr. Direttiva 2014/24/UE, cons. 114.

[10] Cfr. Corte di Giustizia UE, 11 dicembre 2014, causa 113/13, *Azienda Sanitaria n. 5 "Spezzino"*.

[11] La sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale viene diffusamente considerata come «pietra miliare» nell'inquadramento degli istituti di amministrazione condivisa previsti dal Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017 e in particolar modo della co-progettazione, che secondo la Corte costituisce espressione «di un

Ci si riferisce, anzitutto, alla materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, laddove il d.lgs. n. 201/2022 ha espressamente riconosciuto, proprio in relazione a servizi pubblici economicamente rilevanti, piena autonomia agli istituti del Codice del terzo settore, in quanto espressione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, ammettendo la possibilità per gli enti locali di ricorrere alle forme di partenariato ivi previste a condizione che il contributo erogato dall'amministrazione sia limitato al rimborso dei costi variabili, fissi e durevoli necessari all'esecuzione del servizio[12].

Dunque, l'unico limite per l'operatività degli istituti del Codice del terzo settore è rinvenuto, non nella rilevanza economica delle prestazioni, insita nella stessa natura dei servizi pubblici disciplinati, bensì nella remuneratività, integrata ove il contributo pubblico risulti eccedente al rimborso dei costi (anche di produzione) sostenuti dall'ente privato per l'erogazione del servizio.

Ancor più significativa ai fini di cui ci occupa è la disciplina del d.lgs. n. 36/2023, di riforma dei contratti pubblici, il cui art. 6 ha riconosciuto piena autonomia giuridica ai «modelli di amministrazione condivisa», che: siano dotati di uno specifico fondamento costituzionale nei «principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale»; si riferiscano ad «attività a spiccata valenza sociale»; siano «privi di rapporti sinallagmatici» e «fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del terzo settore». Il perseguimento delle finalità sociali dev'essere inoltre realizzato in «condizioni di pari trattamento», in «modo trasparente» e nel «rispetto del principio del risultato». Il secondo periodo dell'art. 6 precisa, infine, che restano al di fuori dell'ambito di applicazione del Codice dei contratti gli istituti disciplinati dal Titolo VII del d.lgs. n. 117/2027.

Dunque, il legislatore del nuovo Codice dei contratti pubblici ha trasposto in legge gli elementi giuridici e costituzionali che qualificano il modello sussidiario di co-amministrazione, rendendolo autonomo ed alternativo rispetto a quello contrattualistico, e che, di conseguenza, ne consentono l'applicazione in presenza delle condizioni (soggettive, oggettive e strutturali) previste dal Codice del terzo settore ed indipendentemente dalla rilevanza economica delle prestazioni.

Addirittura, il riconoscimento cristallizzato nell'art. 6 sembra andare oltre gli istituti disciplinati dal Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017, ammettendo al primo periodo l'autonomia giuridica di tutti i modelli di co-amministrazione parita-

nuovo rapporto collaborativo» tra amministrazione ed enti del Terzo settore, il cui presupposto fondamentale è costituito dalla natura teleologicamente para-pubblicistica di tali enti, cristallizzata dai presupposti previsti dall'art. 4 del d.lgs. n. 117/2017 per l'iscrizione nella categoria del terzo settore. Un modello che, secondo la Consulta, è perfettamente conforme al diritto dell'Unione Europea, il quale invero riconosce «agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)».

[12] Si veda, al riguardo, l'art. 18 del d.lgs. n. 201/2022.

ria con gli enti del terzo settore permeati dai caratteri ivi indicati, rispetto ai quali la co-programmazione, la co-progettazione e le convenzioni di cui al Titolo VII rappresentano una *species*, espressamente considerata dal secondo periodo.

Sicché, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022 e del d.lgs. n. 36/2023 la problematica dei rapporti tra modelli concorrenziali e sussidiari di gestione dei servizi sociali era apparsa finalmente risolta, in virtù delle chiare e specifiche indicazioni dettate dal legislatore.

Tuttavia, gli auspici e gli entusiasmi destati dal nuovo quadro normativo sono stati disattesi nella realtà, ove continuano a registrarsi orientamenti non sempre ossequiosi della *ratio* e dei presupposti giuridico-costituzionali sottesi agli istituti in esame.

3. *I dubbi interpretativi alimentati dal diritto positivo*

Alcune problematiche interpretative sono alimentate da imprecisioni testuali rinvenibili nell'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023, astrattamente idonee a pregiudicarne la corretta applicazione.

In primo luogo, il riferimento normativo ad «attività a spiccata valenza sociale», quale presupposto per l'applicazione dei modelli di amministrazione condivisa con gli enti del terzo settore appare non solo eccessivamente generico, non essendo agevole individuare quali attività presentino «valenza sociale» e per di più «spiccata», ma anche diverso dal requisito previsto dagli artt. 4-5 del Codice del terzo settore (*id est*: «attività di interesse generale»). Ne deriva, dunque, un'incertezza interpretativa di non poco conto, inerente all'individuazione di uno dei presupposti necessari per l'applicazione dei modelli di co-amministrazione previsti dal d.lgs. n. 117/2017.

In secondo luogo, il riferimento al «principio del risultato», alla cui osservanza è subordinata l'applicabilità dei modelli di amministrazione condivisa, è idoneo a restringere sensibilmente l'ambito di applicazione degli istituti previsti dal d.lgs. n. 117/2017, ove siffatto principio sia inteso nel senso di imporre all'amministrazione una previa valutazione di maggiore convenienza economica dei modelli di co-amministrazione rispetto al mercato. In tal caso, infatti, verrebbe imposta una condizione non prevista dal Codice del terzo settore, se non per le convenzioni di cui all'art. 56.

Giova all'uopo rilevare che il riferimento al principio del risultato non possa essere inteso nel senso, appena indicato, di imporre all'amministrazione una previa valutazione di maggiore convenienza economica rispetto al mercato, venendo in rilievo talune ragioni testuali e sistematiche.

Anzitutto, sul piano letterale, siffatta valutazione preventiva non è imposta espressamente dall'art. 6, come invece previsto da altre disposizioni del Codice dei contratti pubblici, come ad esempio l'art. 7 in riferimento agli affidamenti *in-house*. Pertanto, può ritenersi che ove il legislatore avesse voluto imporre tale valutazione lo avrebbe fatto espressamente, come riportato in altre disposizioni.

Inoltre, sul versante sistematico, deve rilevarsi che il principio del risultato non si sovrappone affatto al principio di concorrenza, essendo di converso preordinato a garantire la massima tempestività ed il miglior rapporto qualità/prezzo nella realizzazione del servizio. Si consideri, al riguardo, che già all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023 i primi commentatori hanno messo in luce come il principio del risultato abbia scardinato il precedente sistema dei contratti pubblici, improntato prioritariamente sulla tutela della concorrenza e del mercato, rimettendo al centro del sistema la funzione di committenza pubblica[13].

Considerando, peraltro, che il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto[14] se ne può desumere che il richiamo contenuto nell'art. 6 cristallizzi un criterio volto ad orientare la scelta nell'*an* dell'amministrazione di procedere (o meno) alla gestione del servizio attraverso gli istituti del Codice del terzo settore[15], in modo tale che il ricorso ai modelli di co-amministrazione assicuri comunque la tempestività e la qualità del servizio, nonché un ragionevole impiego di risorse umane, materiali ed economiche. Emerge, sotto tale ultimo profilo, un chiaro riferimento al buon andamento amministrativo, di cui il principio del risultato rappresenta espressa attuazione nel settore dei contratti pubblici[16] e che, peraltro, è già di per sé applicabile agli istituti di co-amministrazione, in quanto espressamente richiamato dagli artt. 55 e seguenti del Codice del terzo settore.

Ancora, il riferimento normativo alla «condivisione della funzione amministrativa», su cui si fondano i modelli di co-amministrazione, risulta erroneo ed improprio, ove la nozione di «funzione amministrativa» sia riferita ad (o comunque comprensiva di) attività amministrativa autoritativa o di comando. Infatti, il principio di sussidiarietà orizzontale ed il relativo modello dell'amministrazione condivisa può essere riferito allo svolgimento di «attività di interesse generale», tra

[13] Cfr. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Gior. dir. amm.*, 3, 2023, 289; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023; F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; A. Giusti, *Al centro del risultato: l'affidamento dei servizi globali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2024, 2, 562.

[14] Cfr. art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023.

[15] Al riguardo, è significativa la pronuncia del TAR Liguria, Sez. I, 3 maggio 2024, n. 310, nella parte in cui i giudici amministrativi hanno sostenuto che l'amministrazione è tenuta a motivare puntualmente le scelte discrezionali assunte per il modello (solidaristico o concorrenziale) di gestione dei servizi sociali, dando atto delle ragioni individuate nel caso concreto.

[16] Cfr. art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023.

cui rientrano le attività relative all'erogazione di servizi e benefici per la collettività, non anche alle funzioni che presuppongono l'esercizio di poteri autoritativi e di comando[17]. Dunque, il riferimento alla «condivisione della funzione amministrativa», oltre a risultare erroneo, appare astrattamente idoneo ad estendere l'ambito di applicazione dell'amministrazione condivisa oltre il consentito, ovvero rispetto ad attività (autoritative) in cui tale modello non può essere ammesso.

Ulteriori incertezze applicative sono alimentate dalla mancanza di una specifica disciplina procedimentale per gli istituti di co-amministrazione previsti dal d.lgs. n. 117/2017, soprattutto con riferimento alla co-progettazione, stante l'eccessiva genericità dell'art. 55 del Codice del terzo settore.

Al riguardo, può ritenersi applicabile alla co-progettazione lo statuto procedimentale previsto dagli artt. 11 e 12 della l. n. 241/1990[18], onde – da un lato – conciliare l'esercizio del potere amministrativo con il carattere collaborativo che connota la co-progettazione e – dall'altro lato – imporre all'amministrazione di predeterminare (*ex* art. 12) i criteri e le modalità per l'erogazione del contributo economico nei confronti dell'ente del terzo settore. Tale modulo procedimentale garantisce inoltre il rispetto dei principi fondamentali di imparzialità, trasparenza e buon andamento, imposti dall'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023 e dall'art. 55 del Codice del terzo settore.

Sul punto, invero, non si sono registrate in sede applicativa particolari problematiche. In alcune pronunce, la giurisprudenza ha sostenuto che il ricorso ai modelli di co-amministrazione previsti dal d.lgs. n. 117/2017 rende di per sé inapplicabile la disciplina dei contratti pubblici prevista dal d.lgs. n. 36/2023, anche in riferimento agli istituti ed alle regole che caratterizzano la procedura ad evidenza pubblica, essendo il relativo procedimento disciplinato dai principi e dalle norme contenute nel Codice del terzo settore e, per rimando, nella l. n. 241/1990. Di conseguenza, fermo restando che l'amministrazione è tenuta al rispetto dei principi di imparzialità e di trasparenza, è stato ritenuto che alle procedure di co-programmazione e di co-progettazione non si applicano rigidamente i principi di segretezza delle offerte e di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica[19].

---

[17] Al riguardo, è stato condivisibilmente rilevato in dottrina che l'esercizio di attività autoritative e di comando esclude l'operatività della sussidiarietà orizzontale, la quale infatti «non può mai riguardare la distribuzione di poteri di comando (almeno nel nostro ordinamento), giacché i privati non possono comandare su altri privati e meno che mai usare la forza (nei casi marginali in cui ciò è ammesso i privati divengono per ciò solo esercenti di pubbliche funzioni, e quindi assimilati nei limiti e doveri ad organi e funzionari pubblici)» (cfr. G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 19).

[18] Cfr. S. Pellizzari, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. ed enti del terzo settore*, in *Munus*, 2019, 2, 570; E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 218; L. Galli, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, Torino, 2022, 239.

[19] Cfr. TAR Milano, Sez. II, 1 ottobre 2024, n. 2533.

In altre pronunce, è stato evidenziato che dalla inapplicabilità della disciplina dettata dal Codice dei contratti deriva, sul piano processuale, l'inapplicabilità del rito speciale in materia di appalti di cui agli artt. 119-120 c.p.a.[20] .

4. *Il persistente "riflusso concorrenziale"*

La problematica ad oggi più significativa, che riversa parecchie "ombre" sulla corretta applicazione degli strumenti di amministrazione condivisa previsti dal Codice del terzo settore, è costituita da un persistente "riflusso concorrenziale" emerso in alcune pronunce giurisprudenziali.

Infatti, nonostante l'art. 6 del Codice dei contratti pubblici abbia, almeno sulla carta, superato definitivamente la posizione pro-concorrenziale assunta dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018, non subordinando affatto l'operatività degli istituti del d.lgs. n. 117/2017 alla «gratuità» delle prestazioni, in alcuni casi i giudici amministrativi continuano ad individuare proprio nella «gratuità» e nella «non economicità» del servizio un presupposto indefettibile per l'applicazione dei modelli solidaristici di amministrazione condivisa.

Viene in rilievo, al riguardo, una sentenza del TAR Liguria, Sez. I, n. 310/2024, nella parte in cui è stato sostenuto che «le procedure contemplate dal d.lgs. n. 117/2017 non rientrano nel fuoco del codice dei contratti quando l'organismo del terzo settore svolga il servizio in forma gratuita, trattandosi, in tal caso, di un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato e, quindi, radicalmente estraneo alle regole competitive di matrice eurounitaria. La prestazione si considera gratuita se viene effettuato il rimborso a piè di lista delle spese vive incontrate dall'ente, analiticamente rendicontate e documentate, mentre rimane esclusa la remunerazione dei fattori di produzione interni all'ente stesso, anche in forma indiretta o attraverso rimborsi spese forfettari: segnatamente, dev'essere acclarata l'assenza, a carico del soggetto pubblico affidante, di qualunque compenso per i membri e per il personale dell'ente del terzo settore, dipendente o volontario, quale che ne sia la formale denominazione e qualunque sia il meccanismo economico o contabile». Sulla scorta di tali considerazioni, è stata sostenuta l'illegittimità della procedura di co-progettazione espletata dall'amministrazione, nella parte in cui era stato previsto il rimborso delle spese sostenute dall'ente del terzo settore per la retribuzione del personale dipendente.

In un'altra occasione[21], i giudici amministrativi, pur richiamando i principi espressi dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018 sulla «gratuità» delle

[20] Cfr. TAR Catania, Sez. V, 15 marzo 2024, n. 1047.
[21] Cfr. T.A.R. Napoli, Sez. V, 2 maggio 2023, n. 2621.

prestazioni, hanno ritenuto legittima una procedura espletata dall'amministrazione ai sensi dell'art. 57 del Codice del terzo settore, nella parte in cui era imposto all'organizzazione di volontariato affidataria di assorbire il personale già impiegato nel servizio dagli operatori uscenti, sia pur nei limiti consentiti dalla struttura volontaristica dell'associazione, ovvero in misura inferiore al 50% del numero dei volontari e rispetto allo svolgimento di attività strettamente necessarie a garantire il regolare funzionamento o a qualificare/specializzare l'attività svolta. Per tale via, è stata riconosciuta alle organizzazioni di volontariato, ovverosia ad enti assoggettati dalla legge a condizioni più stringenti per l'utilizzo di personale dipendente rispetto agli altri enti del terzo settore[22,] la possibilità di servirsi dell'attività lavorativa di personale dipendente per l'esecuzione del servizio[23], i cui costi, pertanto, non possono che rientrare tra le spese documentabili e rimborsabili attraverso il contributo economico erogato dall'amministrazione.

5. *Conclusioni*

Nonostante le recenti riforme legislative sembrassero aver risolto l'annosa questione dei rapporti tra Codice dei contratti pubblici e Codice del terzo settore, portando a compimento il lungo percorso di riconoscimento legislativo dei modelli sussidiari e solidaristici delineati dalla Costituzione, ancora oggi si registra in giurisprudenza un orientamento eccessivamente pro-concorrenziale, volto a subordinare l'applicabilità dei modelli di co-amministrazione alla «non economicità» ed alla «gratuità» delle prestazioni, ovvero a presupposti non previsti dalle disposizioni vigenti.

Tale impostazione non risulta condivisibile, per molteplici ragioni.

Anzitutto, la tesi in esame risulta evidentemente lesiva dell'autonomia giuridica e costituzionale attribuita ai modelli di co-amministrazione. È sin troppo agevole rilevare, infatti, che se si riconosce autonomia giuridica ai modelli di co-amministrazione previsti dal Codice del terzo settore, se ne deve garantire l'operatività in presenza dei requisiti, peraltro stringenti, delineati dallo stesso d.lgs. n. 117/2017, senza poter individuare ulteriori presupposti, come la «gratuità», non tipizzati e volti a garantire una super tutela della concorrenza.

---

[22] Al riguardo, l'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 117/2017 dispone che «Le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta. In ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari».

[23] Negli stessi termini, anche Cons. Stato, Sez. III, 8 gennaio 2024, n. 249.

Inoltre, l'orientamento in esame pare addirittura *contra legem*, atteso che l'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023 e gli artt. 4, 5 e 55 ss. del d.lgs. n. 117/2017 consentono all'amministrazione di ricorrere ai modelli di co-amministrazione in virtù della *ratio* solidaristica e sussidiaria che li connota ed in presenza dei presupposti normativi all'uopo previsti, che ne legittimano l'applicazione sul piano sia nazionale che euro-unitario.

Presupposti, tra i quali, non figura affatto la «gratuità» o la «non economicità» delle prestazioni, bensì l'assenza di utile economico (c.d. «lucro soggettivo») in capo all'ente, senza alcuna preclusione rispetto alla possibilità che gli enti del terzo settore, e persino le forme qualificate da una più intensa partecipazione di personale volontario (come le organizzazioni di volontariato), si servano per lo svolgimento della propria attività anche di personale dipendente, la cui retribuzione, di conseguenza, non può che rientrare tra le spese rimborsabili dall'amministrazione nell'applicazione degli istituti previsti dagli artt. 55 ss. del Codice del terzo settore.

Luci (normative) e ombre (interpretative) nell'applicazione degli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore previsti dal d.lgs. n. 117/2017

Il lavoro esamina la problematica inerente al rapporto tra la disciplina dei contratti pubblici e gli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore di cui al Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017 (c.d. «Codice del terzo settore»). La tematica in esame ha trovato un importante approdo risolutivo, a livello legislativo, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, e del d.lgs. n. 36/2023, in materia di contratti pubblici. Entrambi i testi normativi, infatti, hanno espressamente riconosciuto piena autonomia giuridica ai modelli di amministrazione condivisa, in quanto espressione dei principi costituzionali di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, nonché privi di qualsivoglia finalità lucrativa.Ciò nonostante, emerge ancora in alcune pronunce giurisprudenziali una sorta di "reflusso pro-concorrenziale", volto a subordinare l'applicazione degli istituti del Codice del terzo settore ad alcuni presupposti, della «non economicità» e della «gratuità» delle prestazioni, non previsti dalla disciplina vigente e contrari alla *ratio* sottesa ai modelli di amministrazione condivisa previsti dal d.lgs. n. 117/2017.

(Normative) lights and (interpretative) shadows in the application of the active involvement of third sector entities providing for by legislative decree n. 117/2017

This paper examines the complex relationship between the legal framework governing public contracts and the instruments for the active involvement of third-sector entities provided for in Title VII of legislative decree n. 117/2017 (the so-called «Third Sector Code»). This issue has found significant legislative resolution with the entry into force of legislative decree n. 201/2022, regarding local public services of economic importance, and legislative decree n. 36/2023, regarding public contracts. Both legislative texts, in fact, expressly recognized full legal autonomy for shared-administration models, as they express the constitutional principles of social solidarity and horizontal subsidiarity, and are devoid of any profit-making purpose. Despite this, certain judicial decisions still reveal a form of "pro-competitive reflux", aimed at making the application of the third sector code's provisions subject to certain conditions, «non-economic nature» and «gratuitousness» of the services, that are not covered by the current legislation and are contrary to the rationale underlying the shared-administration models envisaged by legislative decree n. 117/2017.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 473-484

Articoli e saggi

Fiducia ed e-commerce: una visione sociologica

Daniel Wagner Haddad

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La fiducia. – 3. La fiducia nell'*e-commerce.* – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*[1]

Il presente contributo si propone di analizzare il tema della fiducia nell'ambito del commercio elettronico (da qui e-commerce), mettendone in luce la rilevanza sistemica e le eterogenee modalità di manifestazione. A tal fine, si assume come riferimento teorico il paradigma relativo al concetto di fiducia elaborato da Niklas Luhmann.

In via preliminare, si rileva come il commercio tradizionale si sia storicamente strutturato quale attività intrinsecamente basata su rapporti fiduciari tra le parti coinvolte. In modo analogo, l'e-commerce – affermatosi nel corso degli ultimi tre decenni – si configura quale sistema economico il cui funzionamento presuppone, parimenti, l'instaurazione di relazioni di fiducia tra i soggetti coinvolti nello scambio.

Ne discende che la fiducia costituisce un presupposto essenziale e irrinunciabile tanto nei rapporti economici tradizionali quanto in quelle virtuali.

In particolare, l'evoluzione recente dell'e-commerce ha registrato una crescita esponenziale, favorita dalla progressiva sedimentazione di un clima di fiducia collettiva nei confronti di tale modalità di contrattazione di beni e servizi.

Invero, se in una fase iniziale del fenomeno si privilegiava la relazione fiduciaria con il singolo contraente, l'attuale configurazione dell'e-commerce si fonda su forme di fiducia istituzionalizzata, radicate in meccanismi e strumenti di garanzia strutturati, quali ad esempio le certificazioni di qualità, i sistemi di valu-

[1] Vorrei ringraziare la dott.ssa Martina Maggiolini dell'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro per il suo prezioso contributo e la dedizione dimostrata nella revisione del testo. Il suo lavoro è stato cruciale per la pubblicazione dell'articolo.

tazione, le piattaforme digitali di intermediazione e altri strumenti funzionali alla tutela dell'affidabilità e regolarità del rapporto contrattuale.

Nel mutato contesto digitale, si rende imprescindibile la promozione di una fiducia diffusa nei confronti dell'intero "ecosistema elettronico", nonché delle modalità contrattuali telematiche, da intendersi non esclusivamente quali strumenti di natura tecnologica, bensì quali infrastrutture sociali e normative, idonee a sorreggere e legittimare l'e-commerce.

L'analisi del concetto di fiducia in tale ambito impone un superamento dell'approccio incentrato sulla relazione intersoggettiva tra i singoli contraenti, per orientarsi verso una prospettiva sistemica, atta a valorizzare gli assetti strutturali e istituzionali preposti alla garanzia della fiducia all'interno del contesto digitale.

In tal senso, risulta opportuno adottare un impianto teorico che consenta di interpretare la fiducia non già in termini esclusivamente individuali, bensì come fenomeno sistemico e funzionale all'ordinamento complessivo del sistema sociale.

A tale proposito, si è inteso assumere quale riferimento metodologico il modello proposto da Niklas Luhmann[2], il quale configura la fiducia quale meccanismo essenziale per la riduzione della complessità nei sistemi sociali moderni.

A mente della ricostruzione luhmanniana, la fiducia ottempera alla funzione di semplificazione decisionale, operando come filtro che permette agli individui e alle istituzioni di adottare scelte pur in presenza di incertezza e rischio.

Sicché ogni scelta fiduciaria porta con sé inevitabilmente l'esclusione di possibili alternative, determinando la contingenza, intesa quale possibilità che gli esiti degli eventi possano sempre configurarsi in modo diverso e multiforme.

In tale quadro si colloca il concetto fondante di "doppia contingenza", secondo cui l'interazione sociale presuppone che ciascun attore agisca tenendo conto delle aspettative dell'altro, in un gioco reciproco.

La nozione di doppia contingenza, così come elaborata da Niklas Luhmann, rappresenta una condizione strutturale fondamentale dell'interazione sociale, la quale si configura ogniqualvolta due individui si relazionano in assenza di una conoscenza reciproca preventivamente consolidata.

In tale scenario, ciascun soggetto genera aspettative circa il comportamento dell'altro, pur in assenza di certezze o garanzie in merito alla risposta dell'interlocutore. La fiducia si configura come dispositivo relazionale volto a dare soluzione alla doppia contingenza: essa consente l'instaurazione dell'interazione sociale e dello scambio, nonostante l'elevato grado di incertezza e di complessità che ne caratterizzano il contesto.

[2] N. Luhmann, *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral.* Petrópolis: Vozes. 2016b, 219.

Sul punto, Raffaele De Giorgi[3] evidenzia come la contingenza si manifesti nella forma dell'incertezza, della pluralità di esiti possibili e dell'esposizione all'imprevedibile. Essa, pertanto, implica la consapevolezza che ogni aspettativa può essere delusa, costituendo al contempo un'opportunità cognitiva al fine di apprendere e di ridefinire le proprie azioni nel sistema.

D'altronde, anche Talcott Parsons aveva individuato nella doppia contingenza il fondamento originario dell'emergere del sistema sociale, ritenendo che essa potesse essere superata mediante il consenso, inteso quale adesione condivisa a un medesimo sistema valoriale. In tale prospettiva, l'azione coordinata tra i soggetti è possibile solo in quanto fondata su un insieme comune di riferimenti normativi e simbolici.

Diversamente, Luhmann interpreta la doppia contingenza non come un ostacolo da neutralizzare attraverso l'omogeneità valoriale, bensì come il motore generativo stesso del sistema sociale. In questo senso, la doppia contingenza si configura non già come problema da risolvere, ma come condizione abilitante la costituzione di forme comunicative complesse e strutturate.

Dunque, Niklas Luhmann interpreta la doppia contingenza non quale ostacolo all'interazione sociale, bensì quale principio generativo del sistema sociale stesso, configurandola come elemento dinamico da cui scaturisce l'ordinamento dell'interazione. L'ordine sociale, in questa prospettiva, non è presupposto, bensì risultato della continua riduzione della complessità.

Ogni azione comunicativa può essere intesa, infatti, come un atto di selezione tra molteplici possibilità alternative, ovvero come una riduzione della contingenza. È attraverso tale costante opera di selezione e stabilizzazione, funzionale alla gestione dell'incertezza, che si determinano progressivamente configurazioni normative e assetti di ordine sociale. La normatività sociale, pertanto, non deriva da un atto costitutivo originario o da un consenso predefinito, ma emerge dall'interazione sistemica tra soggetti, i quali, nel tentativo di ridurre l'imprevedibilità dell'agire altrui, danno vita a meccanismi regolativi, aspettative stabili e forme istituzionalizzate di comportamento[4].

Una delle implicazioni teoricamente più rilevanti connesse alla condizione di doppia contingenza risiede nell'emergere della fiducia o, alternativamente, della sfiducia, che costituiscono risposte funzionali e strutturate sull'incertezza che caratterizza l'interazione tra individui privi di conoscenza reciproca.

Tali atteggiamenti, infatti, possono manifestarsi unicamente all'interno del quadro della doppia contingenza, poiché presuppongono un contesto di incer-

[3] R. De Giorgi, *Ciência do direito e legitimação Crítica da Epistemologia Jurídica Alemã de Kelsen a Luhmann*, Curitiba, 2016, 241

[4] N. Luhmann, *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*, cit.; Y. Hui, *Recursivity and Contingency*, Londres,, 2019, 31.

tezza relazionale e la necessità di elaborare aspettative rispetto al comportamento dell'altro. In questo senso, fiducia e sfiducia[5] non sono mere disposizioni soggettive, ma configurano meccanismi selettivi attraverso cui il sistema sociale stabilizza le interazioni, riducendo la complessità e rendendo possibile la prosecuzione degli scambi e delle relazioni in condizioni di rischio e indeterminatezza.

Sicché il sistema sociale, assorbendo la contingenza, trasforma l'imprevedibile in atteso, ossia costruisce aspettative stabili che consentono la riproduzione della comunicazione[6]. È proprio questo processo di sistematizzazione che rende possibile lo sviluppo della fiducia come fenomeno sociale: la fiducia consente al sistema di funzionare, semplificando la complessità attraverso l'accettazione consapevole del rischio[7].

In questo solco si colloca uno dei paradossi centrali della teoria luhmanniana: la fiducia presuppone il rischio e, allo stesso tempo, lo riduce. È nella fiducia che si realizza la possibilità di agire in un mondo complesso senza essere paralizzati dall'incertezza, ed è attraverso di essa che si stabiliscono norme, ruoli e aspettative condivise.

In definitiva, può sostenersi che l'impianto teorico proposto da Niklas Luhmann assume i tratti di una "prima sociologia" aristotelica, orientata all'individuazione dei principi fondativi del fenomeno sociale[8].

Invero, come affermato dallo stesso Luhmann[9], la società si configura quale sistema autopoietico la cui unità elementare è la comunicazione significativa. Essa non è costituita da individui né da azioni isolate, bensì da atti comunicativi che, in quanto tali, si autoriproducono e si articolano secondo una logica sistemica autonoma.

La comunicazione, in questa prospettiva, non rappresenta soltanto il mezzo, ma la sostanza e la forma stessa della socialità. Non è, dunque, concepibile alcuna forma di società al di fuori della comunicazione, la quale ne costituisce il fondamento strutturale e operativo.

Sulla base di tali premesse teoriche, il presente contributo si propone di analizzare il nesso tra fiducia ed e-commerce, assumendo il paradigma sociologico luhmanniano quale strumento privilegiato d'interpretazione al fine di comprendere i meccanismi fiduciari nel contesto digitale.

---

[5] N. Luhmann, *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*, cit., 151 ss.

[6] Y. Hui, *Recursivity and Contingency*, cit., 31.

[7] N. Luhmann, *Confianza.* Barcelona, 2005, 124 ss.

[8] J. Nafarrete in A. Silva. *10 Lições sobre Luhmann*. Petrópolis, 2016.

[9] N. Luhmann*, Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System*, Zeitschrift fur Soziologie, Jg. 13, Heft 4, Oktober 1984, 321.

2. *La fiducia*

La fiducia, intesa quale consapevole affidamento nelle aspettative individuali sul comportamento altrui, si determina quale elemento strutturale ed imprescindibile della vita intersoggettiva.

Seppur si riconosce all'individuo un margine di discrezionalità nella scelta se accordare – o meno- fiducia in determinate situazioni, è fuor di dubbio che una carenza assoluta della stessa fiducia rischierebbe di compromettere la possibilità dell'agire anche nel quotidiano. Invero, in un simile scenario, l'individuo sarebbe esposto a una condizione paralizzante di incertezza e di rischio generalizzato, tanto da rendere impercorribili anche le più elementari attività della vita quotidiana. La fiducia, pertanto, non si configura soltanto come un'opzione soggettiva, bensì come presupposto sistemico per la stabilità e la continuità dell'azione sociale.[10].

La fiducia si sviluppa progressivamente a partire da aspettative di continuità, le quali tendono a consolidarsi in principi relativamente stabili, idonei a orientare le scelte individuali e a regolare la condotta sociale.

In tal senso, la fiducia emerge in modo graduale quale esito della stabilizzazione delle aspettative, che si trasformano in criteri normativi dotati di efficacia orientativa[11].

Sul punto, Niklas Luhmann osserva come, pur rivestendo un ruolo cruciale nei processi sociali, la fiducia non sia mai stata oggetto centrale di elaborazione teorica nella sociologia[12].

A tale disinteresse è seguita una relativa carenza di elaborazioni teoriche sistematiche sul tema, lasciando la fiducia in una zona d'ombra tra concetti morali ed esperienze quotidiane.

Ancora, rileva la riflessione di Luhmann[13] ove si interroga sulla legittimità di adottare in sociologia concetti tratti dal linguaggio ordinario o dal lessico etico, ritenendo ciò ammissibile soltanto ove detti concetti siano rielaborati all'interno di una posizione teorica autonoma, idonea ad interloquire criticamente con il senso comune. In tale prospettiva, la fiducia assume una funzione strutturale nei sistemi sociali, operando quale meccanismo di riduzione della complessità e strumento di gestione del rischio, volto a conferire stabilità alle relazioni sociali.

---

[10] N. Luhmann, *Confianza*, cit., 5.

[11] Ivi, 41.

[12] N. Luhmann, *Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives*, in D. Gambetta (ed.) *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, electronic edition, Department of Sociology, University of Oxford, 2000, 1, chapter 6, pp. 94-107.

[13] Ivi, 4.

Inoltre, nel suo paradigma teorico, Luhmann[14] distingue tra familiarità, fiducia e l'atto di "avere fiducia in", fondando tali categorie su forme di autoreferenzialità, per cui ciascun soggetto agisce secondo proprie modalità.

In particolare, la fiducia riposta nel sistema si configura come atteggiamento distinto rispetto alla fiducia nei singoli attori, trattandosi di opzioni alternative suscettibili di reciproca influenza. Un indebolimento della fiducia sistemica o l'incapacità di individuare referenti affidabili può determinare un effetto domino regressivo, limitando progressivamente le possibilità operative del sistema.

La familiarità, a sua volta, presuppone una distinzione asimmetrica tra sistema e ambiente, radicandosi nell'abitudine e nella prevedibilità, senza richiedere un'elaborazione consapevole. Dunque, si è nell'ambito della familiarità in ciò che è noto, mentre l'ignoto permane opaco[15].

Sul punto, Arianna Maceratini[16] evidenzia come il nesso tra fiducia e rischio consente di distinguere quest'ultima dalla mera interazione sociale fondata sulla familiarità. Con l'affermarsi della differenziazione funzionale, la fiducia assume connotati riflessivi, propri dei sistemi sociali complessi, evolvendo in fiducia nei sistemi specializzati.

A tal proposito, Tercio Sampaio Ferraz Junior[17] segnala che ogni situazione sociale presente è proiettata verso un futuro caratterizzato da una pluralità di possibilità, delle quali solo una può realizzarsi. Finché presente e futuro coincidono, la selezione di una possibilità garantisce stabilità; in caso contrario, insorge l'instabilità. In tale quadro, la fiducia si configura quale strumento essenziale per gestire l'equilibrio tra sicurezza e rischio.

In presenza di una pluralità di scelte, ciascuna con esiti diversi, risulta necessario un meccanismo idoneo a stabilizzare le relazioni sociali, riducendo l'incertezza e contenendo il rischio. Quest'ultimo non è oggettivo, ma è prodotto dal sistema: sussiste solo ove un esito negativo può essere ricondotto a una decisione specifica. Dunque, la fiducia rappresenta un dispositivo essenziale per la riduzione della complessità decisionale.

Anche Lucas Fucci Amato[18] approfondisce tale prospettiva, sostenendo che l'insicurezza configura un'incertezza non governabile dal sistema. Tuttavia, quando un sistema funzionale domina un mezzo simbolico e supera l'improbabilità

---

[14] N. Luhmann, *Confianza*, cit., 3.

[15] N. Luhmann, *Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives*, in D. Gambetta (ed.) *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations, electronic edition*, cit., 4 ss.

[16] A. Maceratini, *Trust and Power. Potere, fiducia, sistemi*. *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica* - A. X (2018) n. 1, 72.

[17] T. Ferraz Junior, *Suspeição e Impedimento na Arbitragem: sobre o dever de revelar na Lei 9.307/96*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar. 2011 ano 8, vol. 28.

[18] L. Amato, *Law and economy without 'law and economics'? From new institutional economics to social systems theory*, in *Luhmann and Socio-Legal Research An Empirical Agenda for Social Systems Theory*, London, 2021.

comunicativa, può imporre la fiducia quale risposta ai rischi. La fiducia diventa allora una strategia di semplificazione, fondata sulla convergenza delle aspettative reciproche. L'equilibrio sistemico dipende dalla capacità di istituzionalizzare tali aspettative, legittimarle mediante consenso sociale e sanzionarne le violazioni.

In tale ottica, i conflitti appaiono come elementi disfunzionali e il diritto assume una funzione immunitaria, volta alla gestione e contenimento del rischio.

Anche Celso Campilongo[19], rielaborando il pensiero luhmanniano, sottolinea che la fiducia costituisce la base per la costruzione delle relazioni sociali future, configurandosi come fede in un'aspettativa e anticipazione del futuro. Essa riduce la complessità e, conseguentemente, i rischi connessi all'azione sociale. Nella prospettiva della teoria dei sistemi, tale fiducia si esalta nella fiducia riposta nel sistema stesso[20].

Dunque, Luhmann[21] individua nella funzione del diritto una duplice configurazione: in senso astratto, quale strumento di gestione dei costi sociali derivanti dal vincolo temporale delle aspettative; in senso concreto, quale meccanismo di stabilizzazione delle aspettative normative, attraverso la regolazione delle loro generalizzazioni di ordine temporale, oggettivo e sociale.

Pertanto, il diritto consente ai soggetti di comprendere quali aspettative possono fondarsi su un riconoscimento sociale e quali, al contrario, sono destinate a non essere avvalorate. Così, l'individuo è in grado di riconoscere, ovvero disconoscere, fiducia in modo consapevole, affidandosi alle tutele previste dall'ordinamento giuridico. Questo rende possibile la convivenza in una società ad elevata complessità, nella quale le dinamiche relazionali fondate sull'interazione personale risultano insufficienti. Tuttavia, proprio in quanto struttura di sostegno sistemico alla fiducia, anche il diritto può essere soggetto a crisi: la sua inosservanza o inapplicabilità determina effetti che trascendono la violazione formale della norma, compromettendo la fiducia collettiva nel sistema stesso.

In altri termini, in una società complessa, il sistema sociale agisce quale meccanismo di riduzione della complessità, attribuendo significato alle informazioni circolanti. In tale quadro, la fiducia nel sistema assume una funzione essenziale, garantendo stabilità, coerenza e continuità all'interno delle relazioni sociali.

---

[19] C. Campilongo Celso, *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*, 1ª edição, São Paulo, 2014, 98.

[20] Ad un'analisi più approfondita della fiducia nei contratti, soprattutto quelli a lungo termine, vedi la nostra tesi di dottorato: D.Wagner Haddad, *Contratos de consumo de longa duração: análise sob o lume da confiança*, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023. Link: https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/32244.

[21] N. Luhmann. *Direito da sociedade*. São Paulo,, 2016a, 175 ss.

In proposito, Arianna Maceratini[22], richiamando la definizione di fiducia proposta da Luhmann in Confiança, la qualifica come un "investimento rischioso", volto a colmare il divario tra conoscenza limitata e ignoranza parziale rispetto alle operazioni di selezione effettuate nei contesti comunicativi. Secondo l'impostazione sistemica, la società complessa si costituisce attraverso tali contesti, i quali procedono alla selezione e organizzazione delle informazioni acquisite dalle evidenze disponibili.

L'analisi della fiducia, intesa quale risposta contingente all'incertezza insita nell'interazione tra sistema e ambiente, si colloca nell'ambito del dibattito sulla complessità ambientale e sui meccanismi attraverso i quali il sistema sociale opera una selezione interpretativa di tale complessità. Il sistema sociale si definisce, infatti, come una rete di azioni dotate di significato, che si riferiscono reciprocamente e si distinguono dall'ambiente esterno, costituito da azioni ritenute prive di rilevanza sistemica.

In tale apparato, la fiducia si determina come privilegiato strumento di riduzione della complessità, divenendo una condizione necessaria per il generale funzionamento dei sistemi sociali.

L'evoluzione tecnologica e l'implementazione dell'intelligenza artificiale generativa hanno determinato una semplificazione della complessità decisionale. Ora, nell'ambito del e-commerce è evidente come la fiducia assuma un ruolo cruciale. In tale prospettiva, il centro decisionale non risiede più esclusivamente nel sistema individuale del soggetto, ma risulta parzialmente trasferito alla macchina e ai suoi processi algoritmici. Ciò comporta una riformulazione del concetto di fiducia, che oggi si realizza nella delega di scelte al sistema tecnologico. In tal senso, la fiducia si esprime nell'adesione del consumatore alle proposte formulate dalla tecnologia, nella convinzione – o nella speranza- che esse rispondano ai propri interessi.

3. *La fiducia nell'e-commerce*

L'e-commerce presuppone l'instaurazione di un rapporto giuridico tra acquirente e venditore. In tale contesto, si rileva una marcata asimmetria informativa: da un lato, il consumatore si trova sovente in una condizione di vulnerabilità –tecnica, informativa ed economica; dall'altro, il venditore gode di un vantaggio strutturale, disponendo di conoscenze e risorse tecniche, giuridiche e commerciali superiori.

[22] A. Maceratini, *Trust and Power. Potere, fiducia, sistemi. Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, cit., 73.

Sebbene risulta sussistere tale squilibrio, le parti sono formalmente libere di contrattare. Tuttavia è evidente che la parte contrattualmente più debole – ossia il consumatore – presta fiducia nella corrispondenza tra il bene o servizio acquistato e le legittime aspettative maturate in sede precontrattuale. Ne deriva la necessità di tutelare tali aspettative, anche prevenendo l'inserimento di clausole contrattuali ingannevoli ovvero di condizioni che aggravino la posizione di vulnerabilità del consumatore.

Anche nel contesto digitale, l'acquisto di beni o servizi implica la formazione di un contratto. In questo ambito, la valutazione dell'affidabilità della reputazione digitale assume rilevanza centrale.

Pertanto, la fiducia opera quale strumento di attenuazione dei rischi derivanti dall'asimmetria informativa, incidendo significativamente sulla struttura e sull'efficacia dei rapporti giuridici.

Come osserva Claudia Lima Marques[23], «nell'economia digitale e nella sharing economy, senza eccezioni, gratuite o costose, la parola chiave è fiducia, e vi sarà responsabilità per la fiducia creata». La fiducia, dunque, non rappresenta soltanto il fondamento del vincolo contrattuale – in particolare nel contesto del e-commerce – bensì costituisce il presupposto affinché il contratto realizzi la funzione economico-sociale a cui è preordinato: la soddisfazione dell'interesse di entrambe le parti.

L'evoluzione tecnologica nei modelli di consumo e nelle dinamiche economiche ha determinato una profonda ridefinizione del ruolo della fiducia.

In tale contesto, si sono affermate nuove forme di comunicazione, originate dall'interconnessione tra reti informatiche, tra cui si annoverano fenomeni come le criptovalute, la blockchain e i token, inclusi quelli non fungibili.

Dopotutto, secondo l'impostazione sistemica di Niklas Luhmann, ogni comunicazione si configura quale sintesi di tre elementi: emissione, informazione e comprensione. Tale struttura trova esatta corrispondenza nelle tecnologie digitali basate su codici – come la blockchain- ove l'emissione coincide con l'inserimento del codice, l'informazione con il contenuto trasmesso, e la comprensione con la decodifica e accettazione condivisa all'interno della rete.

In questi sistemi si assiste all'emergere di una forma di autopoiesi comunicativa, nella quale solo il codice è in grado di generare ulteriore codice. Sicché l'evoluzione della tecnologia blockchain ha condotto alla creazione dei c.d. smart contracts, ovvero contratti intelligenti, che si eseguono automaticamente trami-

[23] C.L. Marques, *A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo, Revista de Direito do Consumidor*, 2017, vol. 111, ano 26, São Paulo, 252 ss.

te protocolli blockchain, senza necessità di intervento umano nelle singole fasi. Si tratta, pertanto, di contratti autoeseguibili.

In tali ipotesi, non è più richiesta una relazione fiduciaria personale tra le parti, in quanto la fiducia viene assorbita e trasferita all'infrastruttura tecnologica[24]. Essa viene, dunque, riposta nel sistema stesso. Tale configurazione comporta uno spostamento dell'affidabilità dalle istituzioni centralizzate – quali banche o Stati- a una rete decentralizzata di utenti, i quali interagiscono mediante strumenti crittografici e codici informatici. In questo contesto, numerosi intermediari tradizionalmente qualificati come attori fiduciari risultano progressivamente superati[25].

Pertanto è evidente che, nell'ambito dell'e-commerce e delle nuove modalità di contrattazione digitale, la fiducia assume un ruolo centrale e articolato. Tale fenomeno risulta ulteriormente amplificato alla luce della rapida evoluzione e capillare diffusione dell'intelligenza artificiale generativa.

In effetti, l'intelligenza artificiale generativa ha già acquisito un ruolo significativo nell'e-commerce. Secondo i dati rilevati dall'indagine What matters to today's consumer 2025[26], condotta da Capgemini, il 61% dei consumatori italiani ha acquistato prodotti suggeriti da strumenti basati su IA generativa. L'adozione di tali tecnologie digitali risulta in costante espansione: il 25% dei consumatori italiani ha già fatto ricorso a tali strumenti per i propri acquisti, mentre un ulteriore 32% dichiara l'intenzione di farlo in un prossimo futuro.

Analogamente, un rapporto dell'ANSA [27] evidenzia che «la fiducia è tale che il 57% degli italiani ha sostituito i motori di ricerca tradizionali con strumenti di IA generativa per ottenere raccomandazioni sui prodotti». Tali dati attestano come i consumatori attribuiscano all'intelligenza artificiale un elevato grado di affidabilità, lasciandosi orientare dalle sue indicazioni nella selezione di beni e servizi.

È *ictu oculi* che, con il progressivo sviluppo dell'intelligenza artificiale generativa e il suo crescente impiego nei contesti digitali – incluso l'e-commerce- la questione della fiducia rivestirà un ruolo sempre più rilevante. Non più soltanto quale elemento relazionale intersoggettivo, bensì quale forma di fiducia sistemica: ossia quella riposta nella tecnologia, nei relativi processi decisionali automatizzati e nelle infrastrutture digitali, che tendono a sostituire ovvero integrare le tradizionali relazioni giuridiche.

---

[24] R. Koulu, *Law, Technology and Dispute Resolution – Privatisation of coertion*, New York, 2019, 12.

[25] M. Campbell-Verduyn, *Bitcoin and Beyond. Cryptocurrencies, blockchains, and global governance*. New York, 2018, 3.

[26] Capgemini, *What matters to today's consumer 2025*, Capgemini Research Institute. I risultati di questa ricerca possono essere visualizzati su: https://www.capgemini.com/insights/research-library/what-matters-to-todays-consumer-2025/.

[27] ANSA, *Acquisti, 6 italiani su 10 scelgono prodotti suggeriti da IA*. ANSA, Milano, https://www.ansa.it/amp/canale_tecnologia/notizie/future_tech/2025/01/27/acquisti-6-italiani-su-10-scelgono-prodotti-suggeriti-da-ia_34789c8d-d8a8-4249-ad4b-53776d517050.html.

4. *Conclusioni*

In una società moderna e complessa, connotata da una molteplicità di relazioni e da un ritmo di innovazione tecnologica senza precedenti, la fiducia riveste un ruolo essenziale. Tradizionalmente intesa quale presupposto ontologico per l'esistenza dei sistemi sociali, la fiducia assume, oggi, la connotazione di elemento imprescindibile al fine di garantire la continuità e la stabilità delle relazioni giuridiche, economiche, politiche e, in senso più ampio, di ogni ambito riconducibile alla differenziazione funzionale dei sistemi.

La fiducia svolge una funzione primaria di riduzione della complessità, consentendo la comunicazione anche in presenza della cosiddetta doppia contingenza, ossia dell'incertezza reciproca che connota ogni interazione tra soggetti. In tale prospettiva, le relazioni giuridiche intersoggettive risultano praticabili soltanto in virtù della fiducia.

Sicché nel peculiare contesto digitale, si impone l'esigenza di una transizione dalla fiducia individuale a quella sistemica. Tale trasformazione è stata progressivamente favorita dall'affermazione delle piattaforme digitali, le quali, mediante la standardizzazione dei processi e l'introduzione di strumenti di garanzia, hanno contribuito all'istituzionalizzazione della fiducia nel sistema.

In tal senso, l'ordinamento giuridico svolge una funzione di supporto sostanziale, mediante la predisposizione di tutele a favore del consumatore e la salvaguardia delle sue legittime aspettative, concorrendo al rafforzamento della fiducia nei rapporti contrattuali digitali.

In altri termini, la fiducia si configura quale elemento primo non soltanto dell'e-commerce, ma di ogni ambiente virtuale. Pertanto, risulta indispensabile che gli algoritmi rispettino le legittime aspettative degli utenti, garantendo la trasparenza operativa e l'adeguata protezione contro possibili interferenze.

Dunque, la fiducia che tradizionalmente ha rappresentato il fondamento dei rapporti commerciali, riemerge con rinnovato valore nell'era digitale, rappresentando, oggi, il trait d'union tra sostenibilità delle nuove modalità di interazione economica e coerenza con i valori sociali.

In conclusione, la fiducia è condizione imprescindibile al fine di coniugare lo sviluppo tecnologico con l'esperienza umana; solo attraverso la tutela e il consolidamento della fiducia sarà possibile formare sistemi digitali sostenibili ed idonei a integrarsi con i diritti e i bisogni degli individui.

Daniel Wagner Haddad - Abstract

Fiducia ed e-commerce: una visione sociologica

Il presente contributo si propone di approfondire il tema della fiducia nell'ambito dell'e-commerce assumendo quale riferimento teorico il paradigma elaborato da Niklas Luhmann. Lo studio sin concentra sulla funzione imprescindibile della fiducia ai fini dell'operatività degli ambienti digitali, configurandosi quale strumento giuridicamente rilevante per la tutela delle legittime aspettative del consumatore nonché per la riduzione della complessità derivante dall'asimmetria informativa. Ai fini della ricerca è stata utilizzata una revisione bibliografica.

Trust and E-commerce: A Sociological Perspective

This article aims to analyze the topic of trust, with a sociological view of the subject, taking as a theoretical reference in particular Niklas Luhmann, limiting this analysis of trust to electronic commerce and the virtual contractual environment, as well as the application of artificial intelligence in these forms of contracting. It is concluded that the protection of trust is fundamental in this virtual environment, as a way to protect the legitimate expectations of the consumer. A bibliographic review was used for the research.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 485-519

Articoli e saggi

Riflessioni sulla nozione giuridica di reddito. Ricognizioni e prospettive pubblicistico-tributarie

Alessandro Tropea

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La necessità di un principio positivizzato di reddito. – 3. Il contenuto del principio. – 4. Uno sguardo agli ordinamenti esteri, in comparazione con quello italiano. – 5. Il dibattito italiano e i risultati attualmente raggiunti. – 6. I problemi conseguenti all'inesistenza di una definizione legale di reddito. Alcuni "paradossi" recenti. – 6.1. Incongruenze giurisprudenziali. – 6.2. (*Segue*) normative. – 6.3. (*Segue*) di prassi. – 7. Criticità prospettiche dell'attuale sistema. Il caso dei redditi fondiari. – 8. Intelligenza artificiale, capacità contributiva elettronica e tassazione degli "arricchimenti immeritati". Spunti riflessivi sistematici. – 9. Il c.d. "contenuto minimo" del principio generale di reddito. Tentativo di una ricostruzione dogmatica.

1. *Introduzione*

L'ordinamento tributario italiano non definisce cosa sia il reddito[1]. L'art. 1 del T.U.I.R. dispone solamente che il presupposto dell'Irpef è rappresentato dal possesso di redditi in denaro o in natura[2]. Nell'attuale sistema, il reddito consi-

[1] La dottrina sul tema è vasta. Con specifico riguardo alla formulazione normativa, si veda L. Tosi, *La nozione di reddito*, in Aa.Vv., *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, diretta da F. Tesauro, Torino, 1994, 3 ss., in part. 7. L'a. rileva come la nozione di reddito dovrebbe indicare qualcosa di logicamente anteriore rispetto alle singole fattispecie oggetto di tassazione. Dovrebbe venire codificata una definizione di reddito, capace di inglobare molteplici fattispecie.

[2] Secondo A. Giovannini, *Concordato preventivo e progettazione giuridica di reddito*, in *Rass. trib.*, 2024, 514, la nozione di reddito appare ellittica, nel senso che la norma è «ancorata sì alla sua misura, ma composta in guisa da considerare tale quello che discende solo da fatti qualificati». Alla nozione ellittica si riferisce anche A. Vicini Ronchetti, *Nozione di reddito: spunti di carattere sistematico e considerazioni de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2023, 437 ss.

ste in una ricchezza novella, che incrementa il patrimonio, individuata con norme specifiche[3].

Ma nessuna delle disposizioni sui singoli redditi elencati dall'art. 6 (fondiari, lavoro subordinato, lavoro autonomo, impresa, capitali, diversi) contiene significati generici, tali da legittimare il prelievo su fattispecie non statuite[4]. Il sistema è chiuso. Non è possibile, senza la legge, allargare le fattispecie imponibili[5].

Lo stesso dicasi per i proventi derivanti da attività illecite[6]. Qualora il provento delittuoso non fosse inquadrabile in una delle categorie reddituali statuite dall'art. 6 del T.U.I.R., esso – come imposto da norme speciali – va ricompreso fra i redditi diversi, purché sia reddito. Sicché, l'incremento patrimoniale da condotta illecita rappresenta – ai fini fiscali – un provento tassabile solo quando tale attività generi ricchezza novella. Si tratta, anche in questo caso, di una mera qualificazione categoriale, che rimanda ad una nozione di reddito che l'ordinamento non ha, comunque, fornito[7].

Questa rigidità casistica della nozione di reddito si è sempre esposta a qualche critica. In primo luogo, l'individuazione analitica delle ricchezze tassabili ai fini reddituali, se da una parte tenta di ridurre l'incertezza dei meccanismi impositivi, dall'altra, però, favorisce la proliferazione di microsistemi normativi tra

---

[3] C. Glendi, *La nozione di reddito fiscale*, in Aa.Vv., *Il reddito di impresa nel nuovo Testo Unico*, Padova, 1988, 127 sostiene che è reddito solo ciò che è normativamente qualificato come tale. Secondo R. Rinaldi, *L'evoluzione del concetto di reddito*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1981, I, 439, il reddito sarebbe quella grandezza che il legislatore considera preliminarmente presupposto dell'imposta, elaborando i dati offerti dalla realtà.

[4] G. Tinelli, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, Milano, 1991, 54, ha affermato che la completezza delle ipotesi di ricchezza tassabile ben può essere perseguita mediante una produzione normativa a «getto continuo». Quindi, secondo l'a., il principio di tassatività delle categorie di reddito, che caratterizza il T.U. delle imposte sui redditi, assumerebbe una funzione delimitativa della nozione di reddito, ampliabile – all'occorrenza – dall'intervento del legislatore.

[5] Vi sono nel T.U. delle imposte sul reddito formule residuali che potrebbero apparire ampie, tali da farvi rientrare tipologie di ricchezze non perfettamente disciplinate. Ci si riferisce, ad esempio, all'art. 44, comma 1, lett. h, o all'art. 67, comma 1, lett. l. Pur trattandosi di formule elastiche e non rigide, comunque, da sole, non consentono l'elaborazione di una nozione di reddito generale, che prescinda dalle singole categorie precostituite.

[6] In argomento, per tutti, A. Giovannini, *Provento illecito e presupposto dell'imposta personale*, Milano, 2000, 74 ss.; A. Marcheselli, *Le attività illecite tra fisco e sanzione*, Padova, 2001, 31 ss.; G. Falsitta, *La tassazione dei proventi da reato nell'analisi della giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Rass. trib.*, 2001, 1123 ss.

[7] Come rileva P. Boria, *La nozione di reddito ed il regime dei proventi illeciti nel sistema delle imposte dirette*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, 3 ss., in specie 20, l'art. 14, comma 4, l. 537/1993 costituisce un criterio ermeneutico, ricostruttivo di principi già esistenti nel sistema delle imposte dirette. L'art. 36, comma 34-bis, d.l. 223/2006, nello stabilire che i proventi di fonte illecita non classificabili nelle sei categorie di reddito già esistenti vanno inquadrati nella categoria dei redditi diversi, rappresenta una norma analitica, che non lascia spazio a speculazioni generali. Infatti, essa va comunque interpretata nel senso che l'illiceità deve – in ogni caso – provocare un "reddito", cioè un incremento patrimoniale del soggetto passivo, non potendo ricadere nel reddito diverso le c.d. "spoliazioni patrimoniali" (furti, rapine, estorsioni), i quali non sono – in alcun modo – atti o attività idonei a generare un flusso di nuova ricchezza.

loro non coordinati (vedasi, ad esempio, i redditi di capitali e i redditi diversi di natura finanziaria)[8].

In secondo luogo, disposizioni così statiche potrebbero non intercettare forme di ricchezza non tradizionali[9]. Infatti, l'elencazione delle fattispecie imponibili, selezionate secondo l'esperienza di volta in volta acquisita dal legislatore, non accompagnata da una regola generale di coordinamento sul reddito, renderebbe il sistema privo della capacità di tassare forze economiche del tutto nuove, non facenti ancora parte dell'elenco[10].

Ma la capacità contributiva – in aderenza alla lettura che la Corte costituzionale dà dell'art. 53 Cost. – presuppone che il privato concorra alle spese pubbliche entro e non oltre la propria forza economica. Sicché, oggetto del sacrificio fiscale devono essere tutti i fatti espressivi di essa[11]. Far dipendere la determinazione della quota di contribuzione di ciascuno da fatti non tempestivamente selezionati dal legislatore, fomenterebbe una convivenza non pacifica fra i consociati: verrebbe a sfilacciarsi quel legame solidale tra chi più ha e chi meno dispone[12].

Per tale ragione, la dottrina ha sovente evocato la necessità di individuare un principio generale di reddito, certamente da positivizzare, che si accompagni alla casistica. Il principio dovrebbe manifestare una superiorità valoriale rispetto alle singole regole impositive esistenti. L'auspicio sarebbe quello di condurre il sistema verso connotazioni generali, capaci – quindi – di espandere la propria efficacia verso quelle nuove forme di ricchezza create dall'ingegno dell'uomo e (anche) da quello artificiale[13].

---

[8] Cfr. G. Tremonti, *Scienza e tecnica della legislazione*, in *Riv. dir. fin.*, 1992, I, 51; G. Zizzo, *Riflessioni in tema di tecnica legislativa e norma tributaria*, in *Rass. trib.*, 1988, I, 183 ss.

[9] E. De Mita, in molteplici scritti (*Certezza del diritto e perequazione nel testo unico delle imposte sui redditi*, in *Il fisco*, 1987, 2010 ss.; *La nozione di reddito*, in Aa.Vv., *Commentario al Testo Unico ed altri scritti*, Roma-Milano, 1990, 13 ss.; *Principi di diritto tributario*, Milano, 2019, 142 ss.) ha stigmatizzato la previsione dei redditi tassabili senza una definizione di reddito: un tale sistema non sarebbe costituzionalmente corretto, perché posto in violazione del principio di riserva di legge.

[10] Secondo P. Boria, *La nozione di reddito*, cit., 14, il modello casistico dell'individuazione delle fattispecie tassabili impone al legislatore di adottare la c.d. "strategia delle rincorsa", funzionale a regolare espressamente le fattispecie non appena ne abbia accertato la necessità.

[11] Nel precedente T.U. disegnato dal d.p.r. 597 del 1973, l'art. 80 stabiliva che era tassabile «ogni altro reddito diverso da quelli espressamente considerati» dalla legge. Dunque, i redditi «espressamente considerati» rappresentavano un elenco di un generale concetto di reddito. Sulla qualificazione di tale disposizione alla stregua di una «norma in bianco», si veda F. Tesauro, *La norma «residuale» dell'art. 80 D.P.R. n. 597: norma inutile o incostituzionale?*, in *Corr. trib.*, 1985, 2563.

[12] L'affermazione della concezione solidaristica del dovere fiscale si rinviene nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Il giudice delle leggi abbandona la qualificazione dell'obbligo tributario come coattivo e lo rileva come doveroso. Si introduce, così, la dimensione solidaristica di tale obbligo, incentrata sulla funzione redistributiva del pagamento del singolo a favore della collettività. Da ultimo, S. Dorigo, *Dovere fiscale e solidarietà transnazionale*, Pisa, 2024, 46-47.

[13] Tra gli studiosi che hanno contribuito alla discussione sulla definizione giuridica del reddito si segnala N. D'Amati, *La progettazione giuridica del reddito*, vol. I, Padova, 1973, 21 ss.; Id., *La trama giuridica del reddito*, Bari, 1972, 44 ss. Secondo l'a., il reddito consiste in un fenomeno sulla cui giuridicità non è possibi-

Si badi bene che l'opzione verso modelli casistici non è *tout court* da rigettare. Anzi, tramite l'individuazione analitica delle ricchezze da sacrificare all'imposizione reddituale si raggiunge efficacemente l'obiettivo pubblicistico circa il sollecito incameramento delle risorse finanziarie da parte dello Stato. Infatti, la casistica permette di definire, eliminando le approssimazioni, le sostanze da tassare, a tutto vantaggio – quindi – di un efficacie (e non conflittuale) rapporto tributario tra il creditore pubblico e il debitore privato[14].

Seguendo questa logica ne consegue che un ipotetico modello di imposizione reddituale basato esclusivamente su di un principio generale, privo di un'analitica individuazione delle fattispecie tassabili, sarebbe ovviamente da scongiurare. Difatti, ragionando per astrazione, un siffatto sistema, apparentemente unificante di tutta l'imposizione reddituale, risulterebbe ambiguo e vago, perciò di difficile applicazione pratica, perché estremamente strumentalizzabile dall'interprete. Sicché, in ultima analisi, una legislazione dell'imposizione reddituale costituita solamente da principi perderebbe la sua funzione epistemica razionale.

L'attuale modello adottato dal legislatore, come si diceva, elenca solo la fattispecie tassabile, mancante di una normativa generale idonea a giustificare – tramite principi univoci – il sacrificio impositivo reddituale richiesto ai contribuenti, si espone al rischio di disciplinare micro-prelievi, giustificati da ragioni giuridiche differenti, a protezione – magari – di alcuni interessi settoriali e ad esclusivo danno di altri.

Ebbene, un principio positivizzato di reddito, abbinato alla razionale casistica delle fattispecie tassabili, consentirebbe al sistema una maggiore flessibilità interpretativa, potendosi aprire – entro certi limiti – all'innovazione concettuale, eliminando l'attuale scarsa razionalità dei variegati prelievi reddituali.

2. *La necessità di un principio positivizzato di reddito*

Prima di provare a identificare l'implementazione e la portata della nozione generale di reddito (contenuto), appare opportuno spiegare la – secondo noi – incomprimibile necessità della costruzione giuridica di esso (contenitore).

---

le dubitare. È critico a questa indagine G. Puoti, *Riflessioni sulla definizione giuridica di reddito*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1976, 271 ss.

[14] Si veda, in argomento, il pensiero di E. Vanoni, *Osservazioni sul concetto di reddito in finanza*, Milano, 1932, 372 ss.; Id., *L'imposta personale sul reddito e gli utili di società non distribuiti*, in Aa.Vv. (a cura di), *Studi in memoria di Guglielmo Masci*, Milano, 1943, vol. II, 315 ss.; Id., *Chiose alle nuove imposte sul patrimonio e sull'entrata*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1940, I, 22 ss.; F. Bosello, *La fiscalità tra crisi del sistema e crisi del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, I, 1073 ss.

Il punto critico sul quale riflettere si traduce nel seguente quesito: il principio generale di reddito, ammesso che possa essere ricavato dai mutevoli fenomeni economici che caratterizzano la realtà, può essere trasfuso nell'ordinamento senza alcuna sua espressa positivizzazione, statuendone, invece, solo gli effetti?

Il quesito stimola una risposta che potrebbe erroneamente esaurire l'indagine. Sarebbe negativa detta risposta perché la tassatività delle sei tipologie di reddito non permetterebbe l'ingresso di modelli impositivi diversi da quelli positivizzati, se non in base ad una legge che abbia preventivamente disciplinato tale comando[15]. La risposta è certamente vera, ma – come si diceva – parziale.

Vi sono ragioni scientifiche più profonde che spiegano la necessità di "costruire" un principio generale sulla nozione di reddito, che sia efficace sul piano giuridico mediante una sua esplicita previsione normativa. In particolare:

i) in un contesto economico internazionale, sempre più dinamico e dematerializzato, non può ancora valere il dogma secondo il quale il diritto basta a sé stesso[16] e che, pertanto, l'imposizione sui redditi possa muoversi nell'ambito di una dimensione meramente giuridica, impermeabile alle nuove tecniche di generazione di ricchezza, nate senza che il diritto le abbia potute prevedere. È inevitabile, nel tempo corrente, dotare gli interpreti di una nozione generale di reddito, capace di colmare le lacune delle disposizioni esistenti, potendole anche razionalizzare all'occorrenza[17];

ii) un siffatto principio avrebbe certamente una spiccata capacità di trasformare il diritto esistente, diminuendo la certezza e la prevedibilità dell'imposizione[18]. Ciò è vero, ma la tassatività delle categorie di reddito non significa inamovibilità delle tipologie di ricchezza tassabili. Anzi, il principio di capacità contributiva esige – per certi versi – l'effetto opposto, quello di rinunciare alla certezza perché vi sono ragioni di equità, ragionevolezza e solidarietà che giustificano l'eliminazione di un eventuale tabù[19];

---

[15] Sul punto, E. De Mita, *Principi*, cit., 142, afferma che l'imposta, secondo l'art. 23 Cost., deve essere «sufficientemente determinata». Un'imposta sul reddito «fatta solo di casi e non di una definizione generale rischia di apparire incostituzionale per l'indeterminatezza del suo oggetto».

[16] Come rileva C. Luzzati, *Prìncipi e princìpi. La generalità nel diritto*, Torino, 2012, 58, i principi fanno circolare all'interno del sistema giuridico molteplici valori. La modalità che permette a essi di assumere una piena rilevanza giuridica è la positivizzazione dei principi in leggi.

[17] E. De Mita, *La definizione giuridica dell'imposta di famiglia*, Napoli, 1965, 41, affermava che l'esasperata «normativizzazione», in assenza di un concetto unitario di reddito, non è garanzia di tassazione di tutte le ricchezze, perché alcune potrebbero sfuggire al legislatore.

[18] A. Contrino, *Sulla certezza del diritto in materia tributaria tra unità del diritto e pluralità di ordinamenti giuridici*, in *Riv. dir. trib.*, 2024, I, 37 ss., in part. 43. Qui l'a. afferma che «sussistono in questo ambito [tributario] esigenze di carattere logico, costituzionale e sociologico che rendono la certezza del diritto un valore essenziale e positivo […] nei rapporti tra poteri pubblici e amministrati, l'incertezza del diritto può essere veicolo di abusi da parte del potere».

[19] Si osservino, ad esempio, le forme di imposizione dettate dalla contingenza. La Corte costituzionale (Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10; Id., 3 luglio 2024, n. 111) ha considerato legittima l'imposizione

iii) i principi, in generale, in quanto strumenti che tendono alla sistematicità, mediante l'eliminazione di rigidità ingiustificate, non necessariamente devono essere tradotti in norme per essere applicati dall'ordinamento[20]. Tuttavia, con specifico riguardo al prelievo fiscale basato sul reddito, la positivizzazione parrebbe imprescindibile. Infatti, chiedere ai giudici di annettere la ricchezza del caso specifico dentro la definizione generale di reddito, eventualmente elaborata in sede giurisprudenziale, richiederebbe un tempo di consolidamento delle pronunce che non esiste, perché altre – successive – verrebbero emesse e potrebbero avere come contenuto nuove forme di arricchimento da tassare. Quindi, l'eventuale principio di fonte giurisprudenziale sarebbe, per assurdo, momentaneo, perché sostituito da successive sentenze, per questo un non-principio[21].

In definitiva, rispondendo all'originaria domanda, relativa alla costruzione del "contenitore", risulterebbe indispensabile la positivizzazione del principio generale di reddito nella legge generale delle imposte personali. Ciò rispetterebbe pienamente il doppio volto del principio di legalità, sbrigativamente menzionato in precedenza[22].

Infatti, da una parte, con riguardo alla legalità tipica dello Stato di diritto, il potere esecutivo e giurisdizionale verrebbe subordinato alla legge ordinaria espressiva del principio. Dall'altra, con riguardo, invece, alla legalità dell'attuale Stato costituzionale, il potere legislativo di formare tale principio sarebbe rispettoso del superiore postulato della capacità contributiva[23].

3. *Il contenuto del principio*

Dal contenitore, passiamo al contenuto. Astrattamente, una definizione ampia di reddito richiederebbe un intervento limitato del legislatore. I diretti interessati, quali il contribuente, l'amministrazione e il giudice, assicurerebbero

degli extraprofitti generati da contribuenti collocati, momentaneamente, in segmenti di mercato più profittevole rispetto ad altri.

[20] Ad esempio, la laicità dello Stato è un principio enunciato dalla Corte costituzionale (Corte cost., 19 aprile 1989, n. 203), ma mai la parola "laicità" compare nella Costituzione. Cfr. M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, 301 ss.

[21] Come rileva E. De Mita, *Principi*, cit., 142, prevedere le tipologie di redditi tassabili, seguendo il principio della legislazione a «getto continuo», non sarebbe affatto sintomo di un sistema certo e inamovibile, ma – all'opposto – di un sistema caotico, perché imprevedibilmente mutevole.

[22] Le difficoltà nell'individuazione dei confini di un tale concetto sono evidenziate da L. Einaudi, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, 1938, 56. Peculiari sono, altresì, le osservazioni di F. Paparella, *Possesso dei redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000, 88.

[23] In questi termini, V. Omaggio, *Saggi sullo Stato costituzionale*, ed. II, Torino, 2022, 33. L'a. ricostruisce la tecnica di positivizzazione dei principi nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale, soffermandosi sulla forza della legge nell'ambito di costituzioni rigide.

la giusta tassazione della ricchezza tramite la composizione del "sano" conflitto di interessi di cui ciascuno è rispettivamente portatore[24].

All'opposto, in assenza di un principio positivizzato, il legislatore dovrebbe costantemente aggiornare le categorie reddituali, inserendovi – di volta in volta – le moderne forme di ricchezza che la realtà presenta, affinché – sempre astrattamente – nessuna manifestazione di capacità contributiva venga esclusa dal sacrificio fiscale[25].

Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, non appare affatto fuori contesto indagare i motivi politici che hanno condotto l'ordinamento a rinunciare ad una nozione generale di reddito rilevante fiscalmente. L'indagine sul punto è meramente scientifica; quindi, volta ad appurare la ragionevolezza giuridica e gli effetti sociali conseguenti ad una tale scelta.

L'indagine può essere condotta seguendo tre direttrici: comprendere quale sia l'approccio legislativo adottato dagli altri ordinamenti nel mondo; verificare se i risultati della ricerca dottrinale italiana necessitano di radicali ripensamenti oppure di meri aggiornamenti; individuare eventuali cause che ostacolano la positivizzazione di un principio generale di reddito, che accompagni la casistica.

4. *Uno sguardo agli ordinamenti esteri, in comparazione con quello italiano*

Quasi tutti gli Stati del mondo disciplinano l'imposizione sul reddito. Prima di analizzare dall'interno l'ordinamento italiano, una comparazione con altri ordinamenti, anche lontani economicamente e giuridicamente dal nostro, potrebbe rappresentare un'opportunità per riflettere. Sapere se e in quale maniera gli Stati esteri definiscono la nozione di reddito disvela, come si vedrà, il modello di sviluppo sociale da essi adottato[26].

---

[24] Secondo H.B. Àvila, *La teoria della certezza del diritto*, Torino, 2023, 89, i principi possono condurre alla certezza del diritto solo se sono conoscibili, affidabili e calcolabili. Specificatamente, A. Giovannini, *Per principi*, Torino, 2022, 20-21, evoca la coerenza del diritto mediante l'interpretazione delle regole fiscali coerentemente ai principi costituzionali («L'interpretazione *secundum costitutionem* è il mezzo che meglio di altri consente di adeguare singoli disposizioni a quei principi»).

[25] Ragionando in termini generali, A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, I, 634, afferma che nessun interprete, nemmeno il giudice, crea il diritto *ex nihilo*. È sempre la legge il materiale primario che legittima nuove argomentazioni interpretative. Nel settore tributario, con riguardo alla specificità delle categorie reddituali, F. Paparella, *Possesso*, *op. cit.*, 92, definisce «estrema» la tesi di una loro definizione affidata totalmente alle scelte del legislatore.

[26] F. Gallo, *La nozione dei redditi di capitale alla luce del D.Lgs. 21 novembre 1997*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, 1220, mette in evidenza la nozione di reddito presente negli ordinamenti francese e statunitense. Con riguardo alle categorie, M. Basilavecchia, A. Pace, *I nuovi conflitti tra categorie di reddito*, in *Rass. trib.*, 2022, 21 ss., in part. 27, evidenziano le tecniche d'imposizione dei redditi guadagnati e dei redditi speculativi adottati dagli ordinamenti dei singoli Stati europei.

Sono stati selezionati gli Stati economicamente più grandi e significativi del mondo. In particolare, gli ordinamenti che disciplinano una definizione di reddito, sono gli Stati Uniti d'America, la Francia, l'Australia e, anche se con qualche peculiarità, la Germania. Invece, tra coloro che non possiedono una definizione e privilegiano il metodo casistico, si segnalano la Cina, la Turchia, la Russia e, per certi aspetti, anche l'India[27].

Già dal solo elenco emergono peculiari riflessioni. Quella parte del mondo che privilegia l'organizzazione privata della ricchezza possiede una definizione generale di reddito, difficilmente amovibile con leggi ordinarie, in quanto un siffatto principio rappresenta un dogma sedimentato nel tessuto giuridico dello Stato. Invece, gli ordinamenti che sviluppano un sistema economico regolamentato dal potere politico rimandano alla legge, facilmente amovibile da chi comanda, cosa sia sostanza economica da tassare. Andiamo nello specifico.

Negli Stati Uniti d'America, la sezione 61 dell'*Internal Revenue Code* definisce il reddito la ricchezza derivante da qualsiasi fonte. La disposizione utilizza un c.d. "pleonasmo", cioè un'aggiunta di parole rafforzative del pensiero che si vuole esprimere. Infatti, viene specificato, tramite parentesi, che sono reddito "non solo" quelli elencati, ma anche tutte le altre forme di capacità economica emergenti da qualsiasi fonte[28].

In Francia la nozione di reddito si ricava dalla lettura congiunta degli artt. 12, 13 e 156 del *Code général des impôts*. Il reddito è inteso come ogni forma di guadagno, profitto o beneficio che una persona fisica o giuridica percepisce nel periodo d'imposta. La nozione di reddito francese è agganciata alla "realizzabilità" e alla "disponibilità" di un'utile o di un'entrata da parte del contribuente[29].

In Australia l'art. 6-5 dell'*Income Tax Assessment* Act distingue tra reddito ordinario («*income according to ordinary concepts*») e guadagni soggetti a regimi specifici. Il reddito ordinario comprende qualsiasi profitto o guadagno che rappresenti un beneficio economico per il contribuente. Essi sono rilevanti giuridicamente, anche se derivanti da una fonte non necessariamente individuata anticipatamente dalla legge[30].

---

[27] Sono stati selezionati i Paesi economicamente più sviluppati e appartenenti al c.d. "Gruppo dei 20 (G20)". Tali otto Stati presi in considerazione rappresentano circa i due terzi del commercio mondiale, ossia circa il 70% del PIL del Mondo, e oltre il 70% della popolazione terrestre.

[28] Sul punto, S.A. Lind, D.J. Lathrope, H.M. Field, *Fundamentals of Federal Income Taxation*, ed. XII, New York, 2022, 39 ss; J. Newman, D. Brown, B. Crawford, *Federal Income Taxation: Cases, Problems, and Materials*, ed. XVII, Eagan, 2019, 31 ss.

[29] Per questo ordinamento, compiutamente, sulla nozione di reddito fiscale, vedi R. Sebasti, *Contribution à l'étude de la notion de revenus en droit prive*, Peripignan, 2003, *passim*. In generale, J.R. Pellas, C. Sinnassamy, *Droit fiscal*, Parigi, 2024, 165 ss.

[30] Si veda, per un'osservazione generale del sistema reddituale australiano, Aa.Vv., *Principles of Taxation Law*, Pyrmont, 2024, § 5. Con specifico riguardo alla definizione di reddito, si veda Aa.Vv., *Australian Taxation Law*, Oxford, 2021, § 16.

In Germania il par. 2 dell'*Einkommensteuergesetz* elenca sette tipologie di reddito. Non sussiste una specifica sua definizione. Tuttavia, la seconda parte della norma dispone che, nel caso di agricoltura e silvicoltura, di attività commerciali e lavoro autonomo, è reddito il "profitto". Invece, nel caso di altri tipi di guadagni, è reddito la sola "ricchezza eccedente" le spese sostenute. Le due nozioni sono ampie e superano la rigidità dell'elenco casistico[31].

Dunque, nei citati ordinamenti il significato legale di reddito è – in generale – rappresentato da una risorsa economica, di segno positivo per il percipiente, derivante da una fonte o da una disponibilità del risultato causato dall'anzidetta fonte. Certamente, in aderenza ai rispettivi principi di riserva di legge vigenti in detti ordinamenti, ogni definizione è resa determinata dall'elenco di categorie economiche, ma esso è meramente esemplificativo, non evocativo di un sistema chiuso, come è quello italiano.

Con riguardo all'altro gruppo di Paesi, la Cina, all'art. 2 della Legge sull'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche (个人所得税法) non presenta una definizione generale di reddito, ma definisce sette categorie di reddito imponibile[32]. È peculiare sottolineare che non solo è reddito ciò che è esclusivamente previsto da dette categorie, ma – nella sostanza – il potere di interpretare ed applicare dette norme appartiene all'autorità amministrativa. Gli organi giurisdizionali svolgono ruoli molto limitati[33].

Nello stesso senso anche la Turchia. L'art. 2 della Legge sull'imposta sul reddito (*Gelir Vergisi Kanunu*) dispone che i guadagni e i ricavi inclusi nel reddito sono solo quei sette puntualmente elencati. La classificazione contenuta in questa ultima disposizione assume una funzione specificatamente delimitativa dei redditi suscettibili di formare oggetto dell'imposta personale[34].

Guardando alla Russia, gli artt. 209-224, Parte II, del Codice Fiscale della Federazione Russa (Налоговый кодекс Российской Федерации, Nalogovy Kodeks Rossiyskoy Federatsii), dispongono che è reddito ciò che il contribuente ha ricevuto in contanti o in natura, nonché il diritto di disporre e di beneficia-

[31] Per l'ordinamento tedesco, comprendente anche nozioni austriache, si veda F. Hofstätter, K. Reichel, *Die Einkommensteuer. Rechtsprechung*, t. II, 2023, §12. Si osservi, altresì, H. Kube, *Entwicklungslinien und Zukunftsfragen des Einkommensteuerrechts*, in *FS BFH*, 2018, 1145 ss.

[32] Si veda, diffusamente, L. Wen Tao, S. Shan, Z. Qing Liang, *Tax Law (Concise Edition)*, ed. II, Pechino, 2021, *passim*. Si veda, anche, per una comprensione unitaria dell'imposta personale sul reddito, Aa.Vv., *China Master Tax Guide*, Pechino, 2021, § 2.

[33] Sebbene all'organo legislativo, rappresentato dal Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo, sia conferito anche il potere esecutivo di interpretare le leggi, di fatto – in ambito tributario – tale compito viene svolto esclusivamente dall'amministrazione finanziaria cinese. Sul punto, D. Qui, *Interpretation of Tax Law in China: Moving Towards the Rule of Law?*, in *HKU Scholars Hub*, 2011, 6.

[34] In argomento, Ş. Kızılot, M. Taş, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Ankara, 2013, § 11. Si veda altresì, con riguardo alle nozioni di reddito, A. Başpınar, *Taxation In Turkey*, Ankara, 2011, § 3; A. Erol, *Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku*, Ankara, 2023, §§ 7-8.

re di una determinata ricchezza identificata – analiticamente – dall'art. 212. Tale ultima norma descrive quattro tipologie di reddito[35].

Infine, in India, l'art. 2(24) dell'*Income Tax Act* disciplina cinque categorie di reddito, senza stabilirne una definizione generale. Però, ogni categoria appare contenere una formula aperta. L'elenco dei redditi è chiuso, ma ognuno di essi viene completato da una formula ampia, capace di includervi fattispecie non esplicitamente normate. Si tratta di un sistema composito, chiuso nel genere e aperto nella specie[36].

La scelta del legislatore italiano di non identificare alcuna nozione generale di reddito si avvicina, e – per certi versi – si sovrappone perfettamente, a quella fatta da questi ultimi Paesi presi a riferimento. È reddito ciò che la legge ordinaria specifica. Una ricchezza non specificata nella legge deve ritenersi esclusa dall'imposizione.

È chiara la scelta di fondo: solo il legislatore – se e quando vuole – può esercitare il potere di imposizione. La sua azione legislativa non deve risultare ancorata o, per meglio dire, limitata al rispetto di alcun dogma superiore, rappresentato da un principio generale di reddito sedimentato nella cultura giuridica dell'ordinamento tributario dello Stato.

Stride, e non poco, dover affiancare il modello legislativo italiano dell'imposizione sulle ricchezze private a quello adottato da Paesi a noi lontani per cultura giuridica e per connessione economica e sociale. Indaghiamone i motivi, partendo dai risultati raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale.

5. *Il dibattito italiano e i risultati attualmente raggiunti*

Volgiamo l'attenzione agli studi sul reddito condotti dalla dottrina italiana. Da tale ricerca emergono cinque aspetti su cui i teorici convergono e uno – estremamente rilevante – sul quale divergono. Si ripercorreranno in questo paragrafo passaggi ampiamente noti. Ma la loro schematizzazione unitaria permette una

[35] Si veda, sul punto, M. Karasseva, *Tax Law in Russia*, Amsterdam, 2001, 56 ss., in part. 60-63. Più recentemente, Aa.Vv., *Налоговое право (общая часть) в схемах и таблицах* (Diritto tributario. Parte generale. Schemi e tabelle), Mosca, 2024, § 2. Sul rapporto tra imposizione e potere pubblico, si vedano le recenti riflessioni di C. Silovich, *О происхождении налогообложения: древние корни налоговых систем* (Sull'origine della tassazione: antiche radici dei sistemi fiscali), Mosca, 2024, *passim*, la quale sostiene che «la tassazione richieda non tanto uno Stato potente quanto un legittimo potere pubblico riconosciuto dalla comunità. Il sostegno pubblico è una condizione per lo sviluppo della tassazione».

[36] Per la nozione di reddito, si veda M.K. Pithisaria, A. Pithisaria, *Income Tax Law*, vol. 1, ed. VIII, New Delhi, 2024, 4 ss. Con riguardo alla definizione delle categorie reddituali, vedi B.J. Kanga, N. Palkhivala, *The Law and Practice of Income Tax*, New Delhi, 2020, § 3.

visione d'insieme. Da essa sarà possibile estrapolare le basi teoriche per un tentativo di ampliamento e sviluppo dogmatico del tema.

Guardando alle convergenze, emerge, in primo luogo, che la nozione di reddito – visibile o taciuta che sia – deve fungere da mero strumento idoneo a raggiungere uno specifico scopo. Una siffatta definizione deve solo limitarsi a identificare le regole – valevoli per tutti – che permettano ai contribuenti e alla finanza la misurazione, in termini monetari, della ricchezza individuale, così che una parte di essa possa rappresentare l'oggetto del sacrificio tributario[37].

Dunque, si riscontra nel reddito la caratteristica della generalità. Il reddito è la sommatoria delle diverse grandezze che si manifestano in capo ad uno specifico soggetto, dirette ad accrescere il patrimonio, «nulla lasciando immune da tassazione»[38]. Qualora una grandezza, venuta ad esistenza, sfuggisse dal calcolo complessivo del reddito, significa che una siffatta regola sarebbe contraria ai principi di ragionevolezza e proporzionalità insiti nell'art. 53 Cost.[39]

In secondo luogo, afferma la dottrina, non basta che la legge sia semplicemente agganciata alla realtà economica in cui si trovano ad operare i contribuenti, occorre – più di ogni cosa – che essa individui i criteri capaci di discriminare i soggetti a seconda del diverso fenomeno economico realizzato. Da qui l'importanza della determinazione della ricchezza al netto dei fattori produttivi, tenendo altresì conto del diverso grado di utilità che ogni individuo ritrae da essa (c.d. minimo vitale)[40].

Inoltre, si è pressoché concordi nel ritenere che non esiste una univoca nozione di reddito maturata dalle scienze delle finanze e dalle scienze economiche. Per cui, tali discipline, ammesso che sia scientificamente corretto una trasposizione della loro nozione di reddito nel diritto tributario, non possono essere elevate *tout court* a parametro di certezza definitoria[41]. Infatti, sono note le divergen-

---

[37] In questi termini, cfr. N. D'Amati, *La progettazione*, vol. I, cit., 41; E. De Mita, *Principi*, cit., 142; P. Russo, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2019, 58; G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2021, 17-18.

[38] Così L. Einaudi, *Corso di scienza delle finanze*, Torino, 1926, p. 300. Il pensiero dell'autore è stato formulato nell'epoca in cui il sistema d'imposizione personale era incardinato sulla tassazione della ricchezza immobiliare e, solo in via residuale, su quella generata da una fonte produttiva mobile.

[39] Come rileva A. Giovannini, *Provento illecito*, cit., 50 ss., in part. vedi 63-66, un conto è individuare il reddito ai fini economici, altro è qualificarlo ai fini giuridici. In quest'ultimo caso, la ricchezza diviene fattispecie impositiva se la fonte che la genera è conforme ai principi costituzionali, cioè «alla dimensione della legalità». Si prescinde, dunque, dalla mera attitudine economica espressa dalla ricchezza prodotta o pervenuta.

[40] Cfr. A. Parlato, *Disposizioni in materia di determinazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi, di rimborso dell'imposta sul valore aggiunto e di contenzioso tributario*, Padova, 1992, 76; M. Miccinesi, voce *Reddito delle persone fisiche (imposta sul)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. XII, Torino, 1996, 216; L. Ferlazzo Natoli, *Il fatto rilevante in diritto tributario*, Messina, 1994, 57 ss.; R. Lupi, *Diritto delle imposte*, Milano, 2020, 4-285;

[41] Già J.R. Hicks, *Valore e Capitale*, Torino, 1954, 187 ss. (trad. it., G. Di Nardi), affermava che la nozione di Reddito, come quelle di Risparmio, Deprezzamento, Investimento, sono connotati da «ben troppa equivocità» e, non essendo «per nulla categorie logiche», gli sforzi definitori di ognuno hanno incrementa-

ti definizioni di "reddito entrata", "reddito prodotto" e "reddito spesa" elaborate dalla letteratura economica[42].

Un'altra convergenza d'intenti che si registra tra gli studiosi moderni è quella relativa alla non più attuale definizione di reddito, non economica, bensì giuridica, formulata da Oronzo Quarta nella nota opera *Commento alla legge sull'imposta di ricchezza mobile* del 1917[43]. I tre elementi che caratterizzavano la sua nozione di reddito (ricchezza novella, fonte produttiva, possibilità di riproduzione della ricchezza), se trasposti nell'attuale contesto economico-produttivo, provocherebbero delle gravi anomalie di sistema[44].

Ad esempio, con riguardo al primo elemento della c.d. "ricchezza novella", si affermava che è reddito la ricchezza prodotta da una ricchezza preesistente. Essa doveva aver acquisito un grado di autonomia, tale da poter essere impiegata senza intaccare la ricchezza previgente. Oggi, un'apodittica applicazione di tale formula escluderebbe dalla nozione di reddito il risarcimento del lucro cessante (art. 6, comma 2, T.U.I.R.), perché privo di una fonte di ricchezza anteriore, dalla quale si separerebbe il frutto.

Anche il secondo elemento della c.d. "fonte produttiva" esprimerebbe perplessità. Ammettere che il reddito debba ricondursi necessariamente ad una fonte produttiva, identificata nei fattori capitale, lavoro o dalla combinazione di entrambi, significherebbe escludere dalla tassazione tutti i proventi occasionali (art. 67, comma 1, lett. d, T.U.I.R.) o i guadagni ritratti dall'assunzione di obblighi di fare, non fare o permettere (art. 67, comma 1, lett. l, T.U.I.R.).

La critica non è rivolta alla fonte in sé, ma alla caratteristica della produttività che ad essa si vuole associare. Infatti, nelle ipotesi dei redditi appena citati, certamente vi è una fonte, di tipo contrattuale. Ma detta fonte non sarebbe produttiva in quanto non idonea a cumulare i fattori economici (capitale, lavoro, inge-

---

to l'imprecisione terminologica. Per una definizione attuale di reddito in economia, cfr. F. Forte, *Manuale di scienze delle finanze*, Milano, 2020, 391 ss.

[42] Come rileva puntualmente G. Corasaniti, *Le attività finanziarie nel diritto tributario*, Milano, 2012, 10 ss., in part. 16, note 28-29-30, le teorie sul reddito di Haig-Simmons-Schanz, maturate a ridosso del XX Secolo, presentano considerazioni eterogenee sulla qualificazione della ricchezza-reddito (grandezza flusso), idonea ad incrementare il patrimonio (grandezza stock).

[43] O. Quarta, *Commento alla legge sulla imposta di ricchezza mobile*, vol. I, Milano, 1917, 100 ss. affermava testualmente che è reddito «la novella ricchezza che deriva, secondo un rapporto di effetto a causa, da una fonte produttiva da cui si distacca o separa mantenendo la possibilità del ritorno o successiva produzione di altra somigliante ricchezza». In questi termini anche C. Battistella, *Il concetto di reddito in economia, in finanza e nel diritto finanziario*, Rovigo, 1913, 52.

[44] La teoria elaborata da Quarta è stata criticata da R. Rinaldi, *L'evoluzione*, *op. cit.*, 439. Secondo l'a., esaminando il dato testuale delle norme sul reddito che si sono susseguite, afferma che non si può definire il reddito come una ricchezza novella, proveniente da una fonte produttiva, avente l'attitudine del ritorno. Sarebbe reddito – sostiene l'a. – quella grandezza positivizzata dal legislatore. Tale pensiero si espone – secondo noi – ad alcune critiche, sviluppate nei seguenti par. 6 e 9.

gno) dalla cui elaborazione possa emergere una ricchezza (frutto) suscettibile di essere sacrificata ad imposizione[45].

Inattuale è altresì la nozione di "riproduzione della ricchezza", intesa nel senso di possibilità – ininterrotta – di ritorno di essa dall'impiego della medesima fonte[46]. Una tale caratteristica esclude dalla definizione di reddito tutte quelle tipologie di ricchezza generate *una tantum*, restringendo enormemente il campo di applicazione dell'attuale imposta sul reddito. Ad esempio, rimarrebbero esclusi dall'imposizione le plusvalenze realizzate mediante cessione, occasionale, di metalli preziosi, allo stato grezzo o monetato (art. 67, comma 1, lett. c-ter, T.U.I.R.). Una volta ceduti gli oggetti preziosi, non si ripeterà più una tale plusvalenza (potendosi, semmai, registrare in capo al contribuente una nuova plusvalenza dalla cessione di ulteriori e distinti oggetti preziosi).

Un ultimo elemento sul quale la dottrina converge è rappresentato dalla comune critica circa la frammentazione della tassazione delle ricchezze personali[47]. Il principio generale dell'imposizione complessiva (art. 8 T.U.I.R.) è stato sovvertito. Negli ultimi anni sono proliferati molteplici regimi sostitutivi, in grado di sottrarre una data ricchezza dalle aliquote progressive Irpef, riservandogli, invece, aliquote proporzionali. Sicché, la progressività appare oggi riservata solo ai redditi di lavoro, prevedendo invece aliquote proporzionali ai guadagni ritratti dall'impiego del capitale, degli immobili e dei lavoratori meno affluenti[48].

Agli elementi convergenti qui elencati se ne contrappone uno divergente. Viene data una duplice considerazione di reddito: una privilegia il punto di vista della fonte e l'altra quello del percettore. Seguendo la fonte, il reddito è una nuova ricchezza, che si produce quando subisce un distacco alla fonte che l'ha prodotto. Invece, seguendo il percettore, il reddito viene considerato come l'incremento generalizzato del patrimonio di un soggetto[49], proveniente o meno da una fonte produttiva.

---

[45] Su questi aspetti la letteratura è molto vasta. Si veda, per tutti, G. Falsitta, *Manuale*, cit., 14. L'a. ripercorrendo e sviluppando il pensiero di A.D. Giannini, afferma che il reddito necessariamente abbisogna di una fonte causativa, ma sono gli effetti «esclusivi» e/o «necessari» a condizionare il conseguimento della novella ricchezza da tassare.

[46] Sono note le critiche sulla riproduzione della ricchezza di L. Einaudi, *Intorno al concetto di reddito imponibile e di un sistema di imposte sul reddito consumato*, Torino, 1912, *passim*. L'a. propende per una nozione di reddito «entrata» (non «prodotto»), dal quale occorre esentare le forme di ricchezze provenienti dal risparmio.

[47] Gli artt. 5 e 6 della l. 9 agosto 2023, n. 111 (Delega al Governo per la riforma fiscale), auspicavano la revisione dell'Irpef. Tuttavia, il conseguente d.lgs. 13 dicembre 2024, n. 192 si è limitato solo ad una razionalizzazione di aspetti marginali dei singoli redditi.

[48] Per le considerazioni di carattere generale, si veda D. Stevanato, *Dalla crisi dell'Irpef alla Flat tax*, Bologna, 2017, *passim*. Con riguardo alla necessità di introdurre nell'imposizione reddituale italiana un sistema duale, cfr. M. Basilavecchia, A. Pace, *I nuovi confini*, *op. cit.*, 21 ss.

[49] D. Stevanato, *Forme del tributo nell'era industriale. Ascesa dell'imposta sul reddito e segni di un declino*, Torino, 2021, 118 ss., in part. vedi 123-124 e note 29 e 30, mette puntualmente in evidenza il dibattito sulla categorizzazione di cosa sia reddito.

Il primo approccio, quello della fonte, mette in evidenza il risultato di ogni singola ricchezza. Infatti, ognuna viene giuridicamente differenziata dall'altra in raffronto alla causa generatrice[50]. Invece, l'approccio del percettore giustifica «un apprezzamento unitario e complessivo di tutti gli elementi che concorrono ad integrare le variazioni patrimoniali» dell'individuo[51]. Le due considerazioni riflettono i due corni di un unico dilemma.

Considerare il reddito in base alla fonte significa individuare – tramite leggi – la sorgente che accresce la ricchezza individuale. Quindi, tali leggi devono riflettere i titoli giuridici attraverso i quali determinare ogni tipologia di guadagno, utilità o beneficio economico. Una volta positivizzato detto titolo giuridico, esso non può arbitrariamente non essere esteso anche ad altre sorgenti, originariamente non disciplinate come fonti reddituali[52].

All'opposto, considerare il reddito come ricchezza globale commisurata al percettore significa considerare le articolazioni di guadagno, di utilità o di beneficio in raffronto alle caratteristiche individuali di ciascuno, non in base alla fonte. Qui, competerebbe al legislatore individuare regole di «catastatizzazione dei contribuenti», così che ad ogni categoria predeterminata di individui corrisponda una specifica percezione della ricchezza, sia "prodotta", ma anche semplicemente "ricevuta"[53].

Proprio sul nesso di causa ed effetto, la dottrina ha ampiamente dibattuto. Alcuni iniziarono a considerare reddito tutto ciò che si «produce» (reddito prodotto), altri tutto ciò che si «percepisce», a prescindere dalla produzione (reddito entrata) [54]. Entrambe le scuole di pensiero evocavano definizioni imperfette elaborate dall'economia. Secondo noi, è questa distinzione la causa che ostacola il sistema verso una positivizzazione del principio generale di reddito.

Difatti, nell'attuale T.U. delle imposte sul reddito coesistono casi di tassazione di ricchezze derivanti da una fonte identificata di produzione e ipotesi in cui nessuna fonte è riscontrabile. Rientrano in questa ultima ipotesi, fra i tanti esempi, l'assegno divorzile, assimilato ai redditi di lavoro dipendente; oppure,

---

[50] Così G. Falsitta, *Le plusvalenze nel sistema dell'imposta mobiliare*, Milano, 1966, 78 ss. In questi termini anche G. Marongiu, *Storia del fisco in Italia*, Torino, 1995, 139.

[51] Così A. Fedele, *Imposte reali ed imposte patrimoniali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2002, 456 ss.

[52] Identificare il reddito come ricchezza derivante da una fonte non consente di considerarla come una entrata qualunque, ma tipizzata a seconda della sorgente (G. Falsitta, *Manuale*, cit., 17).

[53] Il reddito non emerge solo dall'esercizio di attività, dirette al conseguimento di un risultato economico (A.D. Giannini, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, 44).

[54] Sulla distinzione di reddito, come prodotto o come entrata, si veda E. Vanoni, *Osservazioni sul concetto di reddito in finanza*, *op. cit*., 372 ss. Più recentemente, D. Stevanato, *Forme del tributo*, cit., 118 ss.

gli assegni periodici riconosciuti mediante testamento. Essi sono redditi tassabili, senza essere agganciati ad alcuna sorgente produttiva[55].

La giurisprudenza costituzionale non offre coordinate giuridiche che aiutino a stabilire la legittimità o meno di ipotesi di reddito prive di fonte produttiva. La Corte, pur intervenendo in molteplici occasioni, non ha mai fornito una definizione di reddito. Dalle recenti pronunce si ritrae un insegnamento: tutte le tipologie d'imposizione, quelle reddituali specialmente, non necessariamente devono sacrificare indici tradizionali di ricchezza, potendo incidere forme più evolute di capacità contributiva, quali – ad esempio – una forza o una potenzialità economica[56].

Secondo il Giudice delle leggi, la capacità contributiva va adeguata «alla moderna evoluzione dei dinamismi economici». Nell'attuale contesto, infatti, «la ricchezza può sfuggire agli inquadramenti tradizionali». Dal concorso alle spese pubbliche non possono essere esclusi quei soggetti che esprimono una forza economica data dalle «nuove e multiformi creazioni di valore». Non inglobando tali soggetti nel novero dell'imposizione verrebbe compromessa la solidarietà tra i consociati[57].

È certamente razionale l'allarme prospettico, esplicito e non affatto velato, lanciato dalla Corte costituzionale sulla mutevolezza ed imprevedibilità delle occasioni di ricchezza che il legislatore potrebbe non tassare. Tuttavia, la soluzione a tale (reale) problema non si ottiene – a nostro avviso – con l'allargamento, senza limiti, delle equivalenti nozioni di "forza", "indice" o "fatti rilevatori" di ricchezza.

Ciò incrementerebbe, non ridurrebbe, l'incertezza giuridica, soprattutto in una materia già frammentata come quella dell'imposizione reddituale. Occorrerebbe, invece, una puntuale qualificazione di ricchezza tassabile, seguendo – a nostro avviso – il principio di effettività dell'imposizione, il quale si traduce nella pretesa impositiva alla realizzazione di ricchezza tangibile, non astratta[58].

Dunque, potrebbero essere così sintetizzate le coordinate di riferimento intorno al reddito, offerte oggi dalla dottrina[59], in parte già accennate. Analiticamente:

---

[55] G. Corasaniti, *Le attività finanziarie*, cit., 14-15 afferma che l'attuale quadro normativo propende per il "reddito prodotto", ma vi sono chiari segni di superamento.

[56] È il caso degli extraprofitti (Corte cost., 3 luglio 2024, n. 111; Id., 23 settembre 2020, n. 201) o delle società bancarie (Corte cost., 27 dicembre 2019, n. 288), così come delle società petrolifere (Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10).

[57] In questi termini, Corte cost. 21 febbraio 2024, n. 21; Id., 27 dicembre 2019, n. 288; Id., 26 gennaio 2022, n. 12; Id., 10 maggio 2001, n. 156. In argomento, vedi anche F. Gallo, *Il futuro non è un vicolo cieco*, Palermo, 2019, 21-79-104.

[58] Per un recente approfondimento di questi temi si rinvia a P. Arginelli, *Sistematica tributaria dei principi costituzionali e integrazione giuridica*, in *Giur. imp.*, 2022, 9 ss.

[59] Vi sono tentativi di superamento delle tradizionali logiche. P. Boria, *Il sistema dei tributi. Le imposte dirette*, t. I, Torino, 2018, 29, individua i "redditi da atto" e i "redditi da attività". I primi sono proventi gene-

i) il reddito si sostanzia – come detto – in un accrescimento del patrimonio dell'individuo. Esso è «un *quid novi* che si aggiunge al patrimonio che già si possedeva all'inizio del periodo di riferimento dell'imposta, incrementandolo»[60]. Il reddito è un «flusso» che ingrandisce uno «stock»[61];

ii) prendendo a riferimento il patrimonio, il suo accrescimento può essere declinato in tre differenti dimensioni: aumento del numero degli elementi che compongono l'attivo; una diminuzione degli elementi passivi; incremento/decremento del valore degli elementi che già costituiscono il patrimonio (attivo e passivo)[62];

iii) però, in aderenza al principio di effettività della capacità contributiva[63], il sacrificio fiscale connesso al reddito comporta che esso sia «disponibile». La disponibilità evoca la capacità dell'obbligato di pagare il tributo, versando al fisco una porzione del reddito, senza intaccare il patrimonio preesistente[64];

iv) quindi, distinguendosi dalla nozione generale di patrimonio, secondo il diritto tributario, non sono redditi gli incrementi patrimoniali di tipo «virtuale», la cui forza economica sia rappresentata dall'incremento nominale del valore del patrimonio, senza una sua effettiva disponibilità[65].

I punti che precedono possono essere definiti, certamente con qualche distinguo, come assiomi consolidati nella dottrina tributaria. È la "forza dell'evidenza" desunta dai vari testi normativi che si sono susseguiti nel tempo a qualificare tali considerazioni come pilastri dello studio sul reddito[66].

Le osservazioni svolte ci conducono ad alcune considerazioni di sistema. I risultati cui è pervenuta la dottrina non necessitano affatto di radicali ripensamen-

---

rati dal compimento di un atto gestorio connesso al patrimonio, mobiliare o immobiliare. I secondi individuano, invece, i flussi incrementali di un patrimonio, dovuti all'impiego del lavoro, del capitale o di entrambi.

[60] Così G. Falsitta, *Manuale*, cit., 7. Il reddito è un'acquisizione patrimoniale netta, costituita da una somma di denaro o da un bene in natura, facilmente traducibile in una somma di denaro.

[61] L'incremento di patrimonio deve considerarsi depurato delle spese necessarie a generarlo. La determinazione «al netto» evoca molteplici temi, quali l'effettività dell'imposizione soprattutto. Cfr. L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, 200 ss.

[62] La nozione di patrimonio gode di una univoca interpretazione dottrinale. Essa matura dalla locuzione *Vermögen* (complesso di rapporti giuridici valutabili in denaro). Cfr. G. Roppo, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1045.

[63] Sull'effettività dell'imposizione reddituale la dottrina è ampia. Si veda, per una ricostruzione unitaria, L. Tosi, *Il requisito di effettività*, in F. Moschetti (a cura di), *La capacità contributiva*, Padova, 1993, 101 ss. Di diverso avviso è F. Gallo, *Il futuro*, cit., 25 ss.

[64] M. Versiglioni, *Reddito liquido, Teoria e pratica dell'imposta liquida*, vol. 1, Pisa, 2024, 69, considera reddito il saldo finanziario generato dal contribuente nell'anno d'imposta. Occorrerebbe abbandonare la sua determinazione secondo la competenza, privilegiando il criterio di cassa.

[65] Il prelievo sarebbe un'imposta patrimoniale e non reddituale qualora incidesse il mero incremento di valore del patrimonio, senza che ad esso corrisponda un flusso positivo conseguito nel periodo d'imposta. Cfr. E. Marello, *Mitologia dell'imposta sul patrimonio*, Milano, 2022, 40.

[66] Il T.U. n. 4021/1877, così come il T.U. n. 645/1958, fino a giungere all'attuale d.P.R. n. 917/1986, ripetono sempre i medesimi connotati generali: il reddito è ciò che il legislatore prevede come tale e deve trattarsi di un'entrata netta funzionale ad accrescere il patrimonio.

ti, ma di un'opera di attualizzazione. In particolare, serve comprendere – osservando soprattutto le concrete caratteristiche della società italiana su cui ricade il sacrificio – se l'attuale imposizione reddituale possa reggere le sfide del prossimo futuro.

Tali sfide sono – da una parte – il finanziamento della crescente spesa pubblica tramite tributi, in un contesto in cui i contribuenti diminuiscono per la generalizzata riduzione della popolazione italiana e – dall'altra – l'avvento di ricchezze personali derivanti da fonti non propriamente produttive, come fino ad oggi intese, quali possono essere le macchine intelligenti (*Artificial Intelligence*)[67].

6. *I problemi conseguenti all'inesistenza di una definizione legale di reddito. Alcuni "paradossi" recenti*

L'assenza di una definizione generale di reddito nel sistema tributario italiano, incapace di qualificare quale ricchezza incidere con l'imposta progressiva personale, non rappresenta una frivola esercitazione dottrinale. Tale ricerca serve – secondo noi – a dare corporeità alle norme vigenti in materia di Irpef.

In passato, il sistema italiano si è mostrato irrazionale. La dottrina e i pratici del diritto, secondo le rispettive competenze, hanno saputo illuminare molteplici zone d'ombra latenti, le quali sono state così tante da qualificare l'intero sistema come disequilibrato[68].

Nondimeno, più recentemente, si sono registrate ulteriori specifiche circostanze che non rasentano semplicemente l'ondivaga razionalità, fenomeno di per sé grave in termini di certezza ed affidabilità del sistema impositivo, ma si è assistito a puri fenomeni di incongruenza, purtroppo[69].

Molto probabilmente tale deriva sarebbe stata evitata se il quadro normativo dell'imposizione reddituale avesse agganciato la propria efficacia intorno ad una nozione generale di reddito, rispettosa del paradigma dell'effettività del sacrificio tributario richiesto ad ognuno.

---

[67] In generale, con riguardo alle sfide che il sistema politico italiano è chiamato ad affrontare nel prossimo futuro, anche in tema di contrazione della popolazione residente e dell'incremento delle ricchezze ritratte dall'intelligenza artificiale, si veda R. Garofoli, B.G. Mattarella, *Governale le fragilità. Istituzioni, Sicurezza nazionale, Competitività*, Milano, 2025, 113 ss.

[68] Molteplici sono i lavori critici sull'imposizione reddituale. Vedi G. Falsitta, *La tassazione delle plusvalenze e delle sopravvenienze nelle imposte sui redditi*, Padova, 1986, 479; R. Perrone Capano, *Imposizione ed inflazione*, Napoli, 1979, 74; L. Carpentieri, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Milano, 1997, I, 60; R. Lupi, *Gli interessi nell'imposizione diretta*, in *Dir. prat. trib.*, 1990, I, 486; F. Picciaredda, *La nozione di reddito agrario*, Milano, 2004, 169.

[69] Significative, ad esempio, appaiono le osservazioni critiche in materia di redditi finanziari mosse da G. Corasaniti, *Le attività finanziarie*, cit., 76 ss. e, recentemente, da A. Marinello, *Redditi di capitale e redditi diversi di natura finanziaria: principi e regole impositive*, Torino, 2018, 65 ss.

Andando nel concreto, i sottoparagrafi che seguono mettono in luce tre circostanze (allarmanti, secondo la nostra sensibilità). In particolare, di seguito si segnalano i paradossi cui sono giunti – in ordine – il giudice di legittimità, il legislatore e l'amministrazione finanziaria.

6.1. *Incongruenze giurisprudenziali*

La prima fattispecie critica attiene alla mobile giurisprudenza della Corte di cassazione nell'approdare a convincimenti opposti, talvolta ritenendo tassabile e talvolta no il corrispettivo che i privati si scambiano in concomitanza della volturazione di una licenza amministrativa (licenza taxi, ma non solo)[70].

La Corte di cassazione, con le sentenze n. 954 del 20 gennaio 2016 e n. 16836 del 24 luglio 2014, specificava che lo scambio di denaro tra privati, conseguente alla volturazione di una licenza eseguita dall'ufficio pubblico che l'ha emanata, non rappresenterebbe né un ricavo, né una plusvalenza e nemmeno una sopravvenienza reddituale[71].

La licenza – affermava la Corte – appartiene all'ente che l'ha formata e rilasciata. Quindi, non rappresenta un bene privato relativo all'impresa di colui che l'ha ottenuta. Sicché, non si può configurare né una sua cessione tra privati e nemmeno un plusvalore ritraibile dalla volturazione di essa.

Inoltre, il corrispettivo che i privati si sono scambiati – prosegue la Corte – non rappresenta nemmeno una «indennità per mancati futuri guadagni» (art. 17 T.U.I.R.). Tale introito sarebbe collegato ai «diritti legati alla ceduta licenza». Infine – conclude la Corte – tale ricchezza non è disciplinata da alcuna norma, sicché essa deve legittimamente sfuggire all'imposizione[72].

Opposto è il convincimento maturato dalla medesima Corte a partire dalla sentenza n. 17476 del 14 luglio 2017, confermato fino alla più recente ordinanza n. 31099 del 4 dicembre 2024. Il corrispettivo conseguito dal privato, in concomitanza alla volturazione della licenza taxi, deve intendersi un plusvalore, perché essa costituirebbe un bene primario dell'impresa.

---

[70] È regola generale quella secondo cui una licenza amministrativa, di qualsiasi tipologia, non possa essere ceduta in virtù di un semplice accordo tra privati. Cfr., per tutti, B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 127 ss.

[71] Sulla intrasferibilità dell'autorizzazione e della licenza amministrativa, come conseguenza del carattere personale di essa, si veda S. Mezzanotte, *Cessione di azienda e autorizzazione amministrativa all'esercizio dell'attività d'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2008, 518 ss.

[72] La licenza amministrativa taxi è soggetta ad una disciplina speciale stabilita dalla l. 15 gennaio 1992, n. 21. L'art. 9 consente al titolare della licenza di richiedere alla competente autorità comunale il suo trasferimento a persona da lui stesso designata, purché titolare dei requisiti.

La Corte giunge a questa persuasione non sulla base di un principio generale di reddito, quale ricchezza novella, che accresce effettivamente un precedente patrimonio, ma sulla base del generico (e non calzante) «fatto notorio dell'esistenza di un vero e proprio mercato di rivendita delle licenze»[73].

Scientificamente, se rapportassimo il provento ritratto da tale volturazione della licenza amministrativa ai canoni generali che caratterizzano il reddito potremmo constatare che: (i) è vero che tale introito è una ricchezza novella in raffronto al preesistente patrimonio del contribuente; (ii) è altrettanto vero che l'incameramento di questo introito è idoneo ad accrescere un elemento dell'attivo di tale patrimonio, infatti vengono ad incrementarsi le «disponibilità liquide» del soggetto; (iii) ma – a rigore – non può dirsi che il debito tributario, l'Irpef, dovuto dal contribuente promani dalla fonte produttiva «impresa». La licenza non costituisce – da sola – l'impresa. La fonte, semmai, come si vedrà, è un'altra.

In primo luogo, la licenza appartiene all'amministrazione che l'ha formata. Non è un bene di cui il privato può disporne liberamente[74]. Quindi, non si potrebbe generare alcun plusvalore dalla volturazione fatta dall'amministrazione. In secondo luogo, ammesso per assurdo che la licenza facesse parte dell'impresa, la sua cessione la farebbe venire meno, venendo – quindi – a mancare l'asserita fonte.

Pertanto, ragionando nei termini indicati dai giudici di legittimità, non si avrebbe reddito, per assenza di fonte. Sicché, per astrazione, sarebbe valido il primo orientamento giurisprudenziale del 2014 e non il secondo del 2017. Infatti, come in principio sostenuto dalla Corte, sarebbe errato tassare una ricchezza, per quanto novella e capace di accrescere il patrimonio dell'individuo, comunque priva di una fonte causativa[75].

Invero, a nostro avviso, sarebbe valido il secondo ed attuale orientamento se così impostato: i privati si scambiano denari affinché il primo titolare della licenza si impegni a "segnalare" all'autorità pubblica la volturazione a nome dell'altro. Sarebbe tale impegno, qualificabile come "obbligo di fare" (art. 67, comma 1, lett. l, T.U.I.R.), la fonte, non produttiva, bensì contrattuale, della ricchezza novella.

---

[73] Oltre a Cass. civ., sez. trib., 12 dicembre 2024, n. 32130, in questo senso anche Cass. civ., sez. trib., 2 agosto 2018, n. 4945; Cass. civ., sez. trib., 14 luglio 2017, n. 17476; Cass. civ., sez. trib., 4 ottobre 2017, n. 23143.

[74] La licenza si inserisce all'impresa per connessione, ma non ne fa parte. L'art. 9, l. 15 gennaio 1992, n. 21, non consente la trasferibilità della licenza taxi. Il suo trasferimento dipende comunque dall'autorità pubblica. Sul punto, N. Centofanti, *I beni pubblici*, Milano, 2007, 199 ss.

[75] L'autorizzazione amministrativa non può essere annoverata tra i beni d'impesa. Si veda, Cass. civ., sez. II, 6 febbraio 2004, n. 2240, in *Giust. civ.*, 2004, I, 891. In dottrina, R. Tommasini, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, 74.

6.2. (**Segue**) ***normative***

Passiamo ad un altro esempio, più articolato del precedente. Trattasi dei plusvalori generati dalle persone fisiche in occasione di cessione di immobili, oro e oggetti d'arte. L'indagine attiene alla determinazione dei plusvalori nell'ipotesi di cessione di detti beni dopo averli acquisiti mediante una successione *mortis causa*[76]. Il quadro normativo è così delineato.

(*i*) La lettera b) del comma 1 dell'art. 67 dispone che restano escluse dalla tassazione le plusvalenze derivanti dalla cessione di immobili acquisiti per successione. L'art. 68, nella prima parte del comma 1, disciplina il caso della donazione, ma non della successione[77], affermando che, in tale prima circostanza, il costo di acquisto o il prezzo di costruzione è quello sostenuto dal donante. Invece, chi vendesse un immobile ricevuto per *mortis causa* genererebbe un plusvalore non soggetto all'imposta personale sul reddito[78].

(*ii*) L'art. 5, lett. h), n. 3, l. 29 agosto 2023, n. 111 (Delega al Governo per la riforma fiscale) auspicava l'introduzione di una disciplina che regolasse la tassazione delle plusvalenze generate dalla cessione onerosa di oggetti d'arte, di antiquariato, da collezione o di opere dell'ingegno. Il delegante – però – precisava puntualmente due circostanze: non dovevano configurare plusvalori tassabili le cessioni di detti beni qualora fosse mancato un intento speculativo del cedente e qualora tali beni fossero stati acquisiti per via di una successione o di una donazione[79].

Nulla prevedeva la norma generale in materia di determinazione della base imponibile connessa alla cessione di tali beni, qualora ottenuti per successione. La volontà del delegante non pare sia stata realizzata, al momento, dal legislatore delegato. Infatti, non è stato emanato alcun decreto attuativo che introduca una siffatta previsione nella legge generale sull'imposta sul reddito.

La giurisprudenza, all'infuori del mercante d'arte, che genera reddito d'impresa dalla compravendita di tali oggetti, afferma che lo speculatore occasionale genera un reddito tassabile, anche se causale ed imprevisto (art. 67, comma 1,

---

[76] Per le analisi generali, v. G. Falsitta, *Studi sulla tassazione delle plusvalenze*, Milano, 1991, 24 ss. Con riguardo alla determinazione, cfr. D. Stevanato, voce *Plusvalenze e minusvalenze nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. comm.*, vol. XI, Torino, 1995, 95 ss.

[77] Cfr. V. Mastroiacovo, *Beni immobili pervenuti per successione e donazione*, in *Corr. trib.*, 2007, 1866. Da ultimo, G. Gaffuri, A.M. Gaffuri, *L'imposta sulle successioni e sulle donazioni*, Milano, 2024, 220.

[78] Sul punto, S. Pansieri, *I redditi diversi*, in G. Falsitta (a cura di), *Manuale*, cit., 267. Più recentemente, v. G. Melis, *Manuale di diritto tributario*, Torino, ed. VI, 2024, 698. L'art. 7, d.lgs. 13 dicembre 2024, n. 192 ha modificato solo le plusvalenze delle aree edificabili ricevute in donazione.

[79] Per un'esamina generale del tema, v. E.M. Bagarotto, *Regime tributario della cessione di opere d'arte*, in *Rass. trib.*, 2019, 209 ss. Diffusamente, cfr. P. Scarioni, P. Angelucci, *La tassazione delle opere d'arte*, Milano, 2014, 18 ss.

lett. i, T.U.I.R.); il collezionista puro non genera alcun reddito, perché la cessione non è stata mossa dall'intento speculativo[80].

Perciò, nella realtà, qualora un soggetto dovesse ricevere in successione un'opera d'arte e la dovesse successivamente rivendere a terzi non sarà inciso dall'Irpef solo se tale cessione non risulti animata dall'intento di trarre alcuna utilità economica[81].

(*iii*) Il comma 6 dell'art. 68 prescrive che le plusvalenze realizzate mediante cessione di metalli preziosi allo stato monetato o grezzo sono costituite dalla differenza tra il corrispettivo percepito e il costo o il valore di acquisto, aumentato degli oneri inerenti alla loro produzione. Qualora tali beni fossero stati acquisiti per successione, il loro costo sarebbe quello dichiarato agli effetti dell'imposta di successione[82].

Ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 346/1990, il valore di tali beni è pari al valore venale assunto alla data di apertura della successione[83]. Quindi, semplificando, la cessione onerosa di monete preziose o di oro non lavorato, acquisito per via di una successione, genera un plusvalore – *ex* art. 67, comma 1, lett. c-ter – la cui base imponibile è data dalla differenza tra il prezzo di cessione e il valore assunto alla data dell'apertura della successione stessa[84].

Ora proviamo ad inserire le tre fattispecie dentro le specifiche coordinate che governano il reddito. In effetti, da tale esercizio emerge che: (*i*) dall'alienazione dell'immobile, dell'oro e dell'opera d'arte il cedente consegue una ricchezza novella; (*ii*) tale ricchezza incrementa il patrimonio dell'individuo, ampliandone le «disponibilità liquide»; (*iii*) con riguardo all'effettività del sacrificio fiscale, si registra che l'eventuale Irpef applicabile alla plusvalenza generata da tali cessioni intaccherebbe una ricchezza disponibile, non assorbendo porzioni del patrimonio preesistente.

Parrebbe non emergere alcuna dissonanza, ma non è così. Infatti, se approcciassimo la nozione di reddito in raffronto alla fonte, e non semplicemente seguendo l'accrescimento generale della ricchezza del percettore, affiora che tutte

[80] Da ultimo, Cass. civ., sez. trib., 15 luglio 2024, n. 19363. In particolare, con riguardo all'esamina giurisprudenziale precedente, C. Gianoncelli, *Tra opere d'arte e reddito imponibile: il collezionista, lo speculatore occasionale e il mercante d'arte*, in *Dir. prat. trib.*, 2024, 247 ss.

[81] Secondo la giurisprudenza di legittimità, il collezionista acquista l'opera per ritrarre il piacere dal semplice possesso. Un'eventuale cessione dell'opera non sarebbe l'obiettivo preminente (Cass. civ., sez. trib., 3 dicembre 2024, n. 30895).

[82] La definizione di metalli preziosi si rinviene all'art. 1, comma 1, l. 17 gennaio 2000, n. 7 e nella C.M. n. 165 del 1998. Si generano plusvalenze tassabili solo mediante la cessione di metalli preziosi grezzi o monetati (ad esempio, oro, argento o platino), nulla rilevando i gioielli.

[83] Cfr. G. Gaffuri, A.M. Gaffuri, *L'imposta*, *op. cit.*, 240. La base imponibile per i beni e i diritti non espressamente contemplati dagli articoli precedenti al T.U.S. è rappresentata dal valore venale del bene in comune commercio all'apertura della successione.

[84] L'art. 68, comma 7, lett. d), T.U.I.R. è stato modificato dall'art. 1, comma 92, l. 213/2023. Nella versione precedente, in mancanza della documentazione del costo di acquisto, le plusvalenze venivano determinate in misura del 25 per cento del corrispettivo della cessione.

e tre le tipologie di ricchezze promanano da sorgenti che rappresentano – come noto – i «beni rifugio», all'interno dei quali le famiglie italiane hanno sempre fatto confluire il frutto degli sforzi del lavoro e del capitale[85].

Ebbene, se la tipologia della sorgente è pressoché identica per tutte e tre i beni considerati, non si comprende perché la plusvalenza della cessione dell'immobile e dell'opera d'arte debba essere esclusa dall'Irpef e, invece, la plusvalenza della cessione dell'oro grezzo o monetato debba essere fiscalmente sacrificata.

Un esempio numerico chiarisce velocemente la perplessità. Se la casa, il quadro e l'oro venissero acquisiti per successione al valore di dieci e successivamente fossero ceduti dall'erede al prezzo di cinquanta, algebricamente si registrerebbe – per tutti i beni – un plusvalore aritmetico di quaranta.

Però, ai fini tributari, se tale plusvalore fosse generato da colui che cede l'immobile o cede il quadro (senza essere mosso da alcuno spirito lucrativo), questi non sarebbe soggetto passivo Irpef. Invece, se il medesimo plusvalore fosse generato dal soggetto che aliena l'oro, nel duplice stato grezzo o monetato, questi rimarrebbe inciso dal tributo sostitutivo, avente un'aliquota pari al 26%[86].

A noi sembra che i titoli giuridici che giustificano l'esclusione dal sacrificio fiscale delle plusvalenze generate dalla cessione di immobili e di opere d'arte si riscontrino anche nelle plusvalenze generate dalla cessione dell'oro. Perciò, una loro tassazione appare una discriminazione arbitraria delle sorgenti reddituali. La cessione dei beni rifugio, originariamente acquisiti per successione, meritano un medesimo trattamento tributario[87].

6.3. (Segue) *di prassi*

Un'ulteriore irrazionalità si riscontra nella posizione assunta dall'amministrazione finanziaria, la quale è intervenuta sull'*an* e sul *quomodo* dell'imposizione delle riserve di rivalutazione presenti nel patrimonio netto di enti collettivi o imprenditori individuali aventi dimensioni che superano i limiti sanciti dall'art. 18 del d.P.R. 600/1973.

---

[85] La nozione di bene-rifugio spiega una fattispecie di investimento avente il pregio di costituire una forma redditizia di impiego del capitale. Sarebbe quella parte di risorse non destinate al consumo a finanziare l'acquisizione di tali beni. Cfr. F. Forte, *Manuale*, *op. cit.*, 421.

[86] L'art. 3, d.l. 24 aprile 2014, n. 66 stabilisce che il plusvalore generato dalla cessione di metalli preziosi deve scontare un tributo pari al 26%. Tale disposizione ammette che a tale reddito straordinario, non ricorrente, venga riservata un'imposizione sostitutiva all'ordinaria Irpef.

[87] Come rileva M. Logozzo, *Famiglie e imposizione fiscale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2023, 629 ss., la famiglia non è mai stata considerata, salvo alcune eccezioni, come soggetto unitario ai fini dell'imposizione reddituale. Tale scelta contrasta con le legislazioni degli altri Stati europei.

La Circolare n. 57/E del 2001 precisava che il contribuente in regime di contabilità ordinaria che, a seguito della rivalutazione di beni immobilizzati, avesse proceduto alla rilevazione della riserva in patrimonio netto, al successivo passaggio alla contabilità semplificata, avrebbe dovuto tassare tale riserva, a prescindere dal suo effettivo smobilizzo[88].

Ciò perché, sosteneva l'amministrazione, la contabilità ordinaria permette la visibilità della riserva nella contabilità del contribuente. Quindi, è possibile per l'autorità un controllo su valori "in sospensione d'imposta". Invece, la contabilità semplificata non consente di mantenere alcun monitoraggio su tale vincolo originariamente visibile. Pertanto, il passaggio dalla contabilità ordinaria a quella semplificata implicherebbe la tassazione.

La medesima amministrazione, con la Risposta all'interpello n. 178 del 2024, è ritornata sul punto, osservando, questa volta, la rilevanza fiscale della riserva di rivalutazione emergente in capo ad una società di persone, che aveva eseguito il passaggio (opposto al precedente) dalla contabilità semplificata alla contabilità ordinaria.

In questo contesto, l'autorità ha sostenuto che la rivalutazione effettuata dai contribuenti in regime di contabilità semplificata non genera – a differenza di quanto accade per gli altri contribuenti in contabilità ordinaria – la "creazione" di una corrispondente riserva di patrimonio netto in sospensione d'imposta.

In questo caso, il maggior valore del bene rivalutato troverebbe la sua contropartita, nel passaggio al regime ordinario, in una riserva – qualificabile fiscalmente come riserva di utili – libera da vincoli, con la conseguenza che il successivo annullamento di essa – per consentire, ad esempio, l'assegnazione dei beni aziendali ai soci – non sarà assoggettata ad imposta[89].

I due indirizzi appena esaminati evocano seri dubbi in tema di parità di trattamento tra contribuenti. Infatti, seguendo il pensiero dell'amministrazione finanziaria, il contribuente in contabilità semplificata, che avesse eseguito una rivalutazione del proprio patrimonio, in caso di assegnazione di esso ai soci, dopo essere passati alla contabilità ordinaria, non avrebbe alcuna riserva patrimoniale da tassare.

Invece, il contribuente in contabilità ordinaria, che avesse eseguito – allo stesso modo – una rivalutazione patrimoniale, in caso di passaggio alla contabilità semplificata, dovrebbe essere sacrificato da un'imposizione connessa al c.d. "impiego virtuale" di riserve originariamente registrate nel patrimonio netto.

---

[88] In argomento, per i profili generali, si veda C. Garbarino, *La tassazione delle operazioni sul capitale e sulle poste del patrimonio netto*, Milano, 1993, 41 ss. Recentemente, D. Stevanato, *Forme del tributo*, cit., 342 ss., in part. vedi 346-349 e nota 66.

[89] Le considerazioni generali in materia di assegnazione dei beni societari a favore dei soci sono rinvenibili in Agenzia delle Entrate, Circ. 26/E del 1° giugno 2016; Id., Circ. 37/E del 16 settembre 2016; Id., Risp. 505 del 10 dicembre 2019; Id., Risp. 332 del 8 agosto 2019.

Ciò rappresenta, a nostro modesto avviso, una grave violazione del richiamato principio della parità di trattamento tra contribuenti che si trovano nella medesima situazione fiscale, differendo solo la modalità di rilevazione contabile dei fatti gestionali ordinari e straordinari[90].

Si dubita severamente che la mera condizione formalistica della tenuta della contabilità possa essere elevata a fattispecie giuridica capace di discriminare il trattamento fiscale di contribuenti simili, se non proprio uguali[91]. L'indirizzo dell'Agenzia dà luogo ad un prelievo distorsivo.

Infatti, replicando – anche per questa fattispecie – l'esame del caso concreto all'interno dei principi generali che governano la nozione di reddito fiscale, emerge che: (i) l'incremento del valore meramente nominale di un elemento dell'attivo, al quale corrisponde – per logica civilistica – l'inserimento del corrispondere valore incrementale in una voce indisponibile di patrimonio netto, non rappresenta una ricchezza «disponibile»; (ii) tuttavia, quando tale riserva viene "smobilizzata" – a prescindere da come formalmente il contribuente l'abbia rilevata, se mediante una rilevazione contabile ordinaria o semplificata – essa diviene ricchezza «reale», idonea ad evocare la capacità del beneficiario di pagare il tributo.

Dunque, escludere – come sostiene l'Agenzia delle Entrate – dalla platea dei debitori dell'imposta i privati, non solo imprenditori o professionisti, ma anche titolari di quote societarie di imprese in contabilità semplificata, equivale a riconoscere loro un «privilegio», in raffronto agli altri contribuenti che adottano un sistema di rilevazione dei fatti di gestione aziendale in maniera ordinaria[92].

Inoltre, ed è questo l'elemento ancor più irrazionale, individuare il momento impositivo dei contribuenti in contabilità ordinaria al solo passaggio alla contabilità semplificata, e non all'effettivo "smobilizzo" della riserva di patrimonio netto, rappresenta una pretesa impositiva priva di concreta ricchezza tassabile.

In definitiva, l'amministrazione finanziaria – mediante i documenti di prassi sopra citati – pare essersi sostituta al legislatore, formulando un comando impositivo contrario ai principi di ragionevolezza ed effettività di cui all'art. 53 Cost.[93].

---

[90] Pagare il tributo al mero passaggio dalla contabilità ordinaria alla semplificata rappresenta una tassazione di profitti societari non distribuiti. Perciò, l'imposta incide una ricchezza virtuale. Così E. Giardina, *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Milano, 1961, 385.

[91] In generale, su questi temi, cfr. F. Montanari, *La prevalenza della sostanza sulla forma nel diritto tributario*, Milano, 2019, 150 ss., in part. 156-157. Come rileva l'a., l'idoneità alla contribuzione di un determinato soggetto è giustificata dalla sussistenza di effettiva forma economica tassabile, nulla rilevando la mera formalità di sua rilevazione contabile.

[92] In generale, quasi sistematicamente, il legislatore introduce delle forme d'imposizione agevolata dirette a tassare, solo lievemente, la rivalutazione dei valori dei beni patrimoniali delle società e la relativa riserva. Da ultimo, vedi l'art. 14, d.lgs. 13 dicembre 2024, n. 192.

[93] Sulla coniugazione del principio di effettività e dell'imposizione delle ricchezze virtuali presenti nel patrimonio netto delle società, v. L. Tosi, *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale*, Milano, 1999, 85-289.

7. *Criticità prospettiche dell'attuale sistema. Il caso dei redditi fondiari*

L'imposta sul reddito delle persone fisiche rappresenta, per eccellenza, quell'obbligazione di riparto di oneri economici pubblici, entro la quale ciascuno è il debitore, assieme alla platea di tutti gli altri contribuenti, di una quota delle risorse necessarie a finanziare l'ente statale[94].

Dunque, il nucleo essenziale dell'Irpef riguarda l'individuazione degli indici di riparto, cioè i fatti o le situazioni dalle quali la legge fa dipendere la determinazione della quota di contribuzione gravante su ciascuno e alla quale corrisponde il debito individuale[95].

Il giudizio sulla razionalità dell'attuale sistema impositivo va dato non solo osservando il passato, come fatto nei paragrafi precedenti, ma anche scorgendo una sua sostenibilità futura. Quindi, occorre verificare se le cause che oggi legittimano i prelievi reddituali incideranno, nel futuro, vere ricchezze «disponibili».

In quest'ottica prospettica, gli attuali redditi fondiari dei fabbricati, che hanno sempre attratto peculiari critiche della dottrina per la non realità dell'imposizione[96], se ritratti dalla società italiana dei prossimi venticinque anni, perderanno definitivamente quella, già labile, caratteristica di prelievo reddituale, trasformandosi totalmente in uno di tipo patrimoniale[97].

I dati sui quali riflettere sono questi. Nell'anno d'imposta 2022, l'Irpef ritratta dallo Stato ammonta a 174,2 miliardi di euro, di cui 37,7 miliardi di euro sono l'introito Irpef sui redditi fondiari dei fabbricati[98]. Tutta l'Irpef è stata dichiarata da 32,4 milioni di contribuenti. I redditi fondiari sono stati ritratti da circa 66 milioni di unità immobiliari, di cui 58,7 milioni sono riconducibili alle persone fisiche[99].

Questi dati sono stati generati da una popolazione di soggetti residenti pari a circa 59 milioni di individui, costituiti in 25,6 milioni di nuclei familia-

---

[94] In argomento, da ultimo, S. Dorigo, *Dovere fiscale e solidarietà transnazionale*, Pisa, 2024, 70 ss.; A. Giovannini, *Per principi*, cit., 20; A. Perrone, *Sussidiarietà e fiscalità: un nuovo modo di concepire il concorso alle spese pubbliche?*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, I, 437 ss.

[95] Si osservi F. Maffezzoni, voce *Imposta*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, vol. XX, 441 ss. L'a. mette a confronto le teorie italiane sugli indici di riparto, esaminando Griziotti, Tesoro, Giannini, Ingrosso, Vanoni, Pugliese, Cocivera, Liccardo, Allorio, Berliri, Micheli, Alessi.

[96] La dottrina ha molto dibattuto sul tema. Si veda G. Falsitta, *Manuale*, cit., 47 ss.; Id., *Il concetto di reddito medio ordinario e la revisione degli estimi degli immobili urbani*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, II, 557 ss.; N. D'Amati, *Profili costituzionali del catasto*, in *Rass. trib.*, 1986, II, 699.

[97] Sul punto, L. Tosi, *Le predeterminazioni*, cit., p. 315 ss.; D. Stevanato, *Forme del tributo*, cit., 55 ss. Peculiari sono le analisi di L. Einaudi, *La terra e l'imposta*, Torino, 1942, 31 ss.

[98] Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento delle Finanze, *Sintesi dei dati – Dichiarazioni dei redditi persone fisiche (Irpef) e dichiarazioni IVA per l'anno d'imposta 2022*.

[99] Cfr. Agenzia delle Entrate, *Gli immobili in Italia – 2023*, *Lo stock immobiliare in Italia: analisi degli utilizzi*, Vol. 1.

ri, dei quali il 77,4% è titolare almeno di un'abitazione principale[100]. Escludendo la popolazione giovanissima (0-14 anni), su 59 milioni di residenti, gli adulti potenzialmente titolari di unità immobiliari sono 51,6 milioni. Tra questi ultimi, quelli in età lavorativa (15-64 anni) sono 37,5 milioni[101].

Tuttavia, seguendo le dinamiche demografiche recessive, l'attuale popolazione passerà a 54,8 milioni nel 2050. Gli individui in età lavorativa passeranno da 37,5 a 29,7 milioni. Mentre, gli adulti in età non lavorativa passeranno da 14,1 a 18,9 milioni.

Approssimando i dati esposti è possibile affermare che gli attuali 37,7 miliardi di Irpef sui redditi fondiari vengono prelevati (al massimo) da 51,6 milioni di individui, di cui il 73% genera un reddito lavorativo, il restante 27% un reddito da pensione.

Invece, fra venticinque anni, volendo considerare tendenzialmente stabili il numero delle unità immobiliari e le tariffe d'estimo ad esse connesse, tale gettito verrà corrisposto (al massimo) da 48,6 milioni di individui, di cui il 61% genererà un reddito lavorativo, mentre il 39% un reddito da pensione.

Oltre ai dati demografici, occorre aggiungere un'informazione puramente economica. Nel 2022, la ricchezza netta delle famiglie italiane è stata pari a 10.421 miliardi di euro. Rispetto al 2021, essa è diminuita del 12,5% in termini reali, usando come deflatore l'indice dei prezzi al consumo[102]. La tendenza alla diminuzione è costante a partire dalla fine dei primi anni del XXI Secolo e non pare arrestarsi[103].

Tutti questi dati dimostrano – anche se con un'ampia approssimazione – che, nel prossimo futuro, il patrimonio immobiliare degli italiani si concentrerà verso pochi soggetti, tendenzialmente sempre più poveri. Costoro dovranno far fronte al debito Irpef conseguente alla tassazione di una ricchezza figurativa, qual è il reddito fondiario[104], considerando che solo 11% delle unità immobiliari esistenti è locato, generando – quindi – un frutto capace di staccarsi dalla sua fonte[105].

Quindi, nel futuro, l'Irpef sui fabbricati, ma lo stesso vale anche per quella sui terreni, continuerà a gravare una ricchezza virtuale, ma con una differenza.

---

[100] Cfr. ISTAT-Istituto Nazionale di Statistica, *Previsioni della popolazione residente e delle famiglie*, *Base 1.1.2023*, pubblicato il 24 luglio 2024.

[101] È difficile stimare il numero esatto di proprietari, poiché molti immobili sono cointestati o intestati a più proprietari. Cfr. Agenzia delle Entrate, *Gli immobili in Italia – 2023*, cit., 15.

[102] Cfr. Banca d'Italia-ISTAT, *La ricchezza dei settori istituzionali in Italia (2005-2022)*, pubblicato il 29 gennaio 2024, 3.

[103] Sulla tendenza prospettica dell'economia italiana, connessa agli aspetti demografici, si veda G. Marini, G. Rodano, *L'economia delle migrazioni. Il caso italiano*, Roma, 2024, 13 ss.

[104] Le perplessità sulla determinazione del reddito fondiario come media dei risultati ritraibili dal cespite, G. Falsitta, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008, 137 ss.

[105] Cfr. Agenzia delle Entrate, *Gli immobili in Italia – 2023*, cit., p. 16. Su 58,7 milioni di unità immobiliari, le abitazioni principali e le pertinenze sono 33,7 milioni. Quelli locati sono 6 milioni.

Quando fu istituita, essa intendeva colpire la «attitudine del bene a produrre un reddito economico e non [il] reddito che ne ricava il possessore», favorendo così «un migliore adempimento dei doveri di solidarietà economica ed un più ampio contributo al progresso del Paese (artt. 3 e 4 Cost.)»[106].

In questi termini si era pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 16 del 31 marzo 1965. Ma il convincimento cui era pervenuto il Giudice delle leggi era stato maturato in un contesto socioeconomico caratterizzato dai noti *boom delle nascite* e *boom economico*. Quindi, all'epoca, i fabbricati, quale la fonte di reddito figurativo, erano ampiamente distribuiti fra tutti i consociati. Essi erano capaci di versare il conseguente tributo, impiegando risorse ritratte da altre fonti, tendenzialmente idonee ad offrire ricchezze crescenti.

Contrariamente al passato, in un contesto regressivo e destabilizzante come quello attuale, tale tributo non mira più a colpire, come era convenzionalmente concepito, il reddito figurativo derivante dall'uso dell'abitazione principale del debitore, bensì anche altri immobili che a questi perverranno in via successoria. Detto reddito genererà un debito da estinguersi o ricorrendo a risorse, via via minori, pervenute da altre fonti di reddito, o alienando la fonte immobiliare medesima per evitare la generazione di questo risultato "virtuale".

Dunque, la tendenza prospettica è la seguente. Alla contrazione del numero dei contribuenti corrisponderà l'incremento del numero di unità immobiliari di loro proprietà. Costoro, diversamente dal passato, per il semplice fatto di ricevere il patrimonio generato-accumulato da altri, non possono essere automaticamente qualificati come "contribuenti affluenti", cioè capaci di generare maggiore ricchezza "flusso" rispetto alla generazione passata[107].

I potenziali eredi, in via del tutto generale, si troveranno ad operare in un contesto economico meno florido del precedente. Sicché, mediamente, a parità di numerosità di fonti reddituali rispetto al passato, da esse si "staccheranno" ricchezze più ridimensionate. Dunque, non è escluso che il futuro debitore dell'Irpef sui fabbricati non potrà estinguere l'obbligazione tributaria se non intaccando direttamente il valore della grandezza "stock" patrimoniale pervenuta in successione[108].

Ecco il risvolto pratico dell'indagine. La futura tassazione del reddito patrimoniale, basata sul «reddito di catasto», che è un reddito medio, ordinario e continuativo, inciderà una ricchezza «psichica»[109], che non è né nominale e nemme-

[106] Corte cost., 18 marzo 1965, n. 16. Nello stesso senso, Corte cost., 17 ottobre 1985, n. 229. In argomento, M. Interdonato, *I redditi fondiari*, in Aa.Vv., *L'imposta*, cit., 171.

[107] Di peculiare rilevanza sono le analisi di P. Krugman, *What's the Matter With Europe?*, New York Times, 30 gennaio 2024. Le crisi demografiche incidono sulla crescita economica europea.

[108] Novantamila miliardi di euro è il valore del patrimonio che verrà ereditato in venti anni (F. Nobili, *Eredità, come mettere in sicurezza il patrimonio*, Corriere della Sera, 27 dicembre 2024).

[109] La locuzione è del sociologo V. Pareto, *Manuale di economia politica*, Milano, 1906. Il Cap. VIII è dedicato agli effetti dei tributi incidenti ricchezze psichiche, quali quelle fondiarie.

no virtuale. Prima, la liquidità per pagare l'Irpef connessa al fabbricato si ritraeva dal reddito che dava il lavoro e il capitale messo a frutto. Nel futuro, tali fonti non necessariamente saranno in grado di garantire al soggetto un *surplus* di liquidità funzionale ad estinguere più d'una Irpef collegata a molteplici fabbricati ereditati.

Dunque, il prelievo potrebbe risultare giustificabile, al massimo, solo dal «prestigio» riconducibile al debitore nel possedere più d'un immobile. Se così fosse, la ricchezza tassata è, appunto, meramente psichica, cioè insita nell'immaginario collettivo degli individui. Quindi, non connessa all'incremento di alcun valore, nemmeno potenziale, della fonte dalla quale essa dovrebbe promanare. Perciò, l'imposizione Irpef dei fabbricati assumerà, nel corso dei prossimi venticinque anni, le sembianze di un vero e proprio prelievo di natura patrimoniale.

Un siffatto prelievo diventerebbe totalmente regressivo[110], provocando, salvo qualche eccezione rappresentata da pochissimi grandi città italiane, l'inevitabile collocazione degli immobili sul mercato per essere venduti e il contestuale abbassamento dei loro valori reali, vista l'innalzamento dell'offerta e l'abbassamento della domanda.

Senonché, l'originario obiettivo dell'imposizione catastale di stimolare la produttività degli immobili, tassando il reddito medio ordinario, esentando l'eccedenza, si potrebbe trasformare nella causa di sperequazione degli averi. Il vasto patrimonio immobiliare italiano – astrattamente – potrebbe concentrarsi in mano a pochi soggetti, quelli veramente affluenti[111].

Sarebbe opportuno una presa di coscienza politica di tale circostanza. L'obiettivo dovrebbe essere quello di istituire un'imposta sul patrimonio, senza nasconderla all'interno di leggi dirette a disciplinare l'imposizione reddituale. Un vero e razionale coordinamento della *wealth tax* italiana permetterebbe di eliminare le attuali caratteristiche «espropriative», emergenti dall'insieme dei prelievi che colpiscono gli immobili[112].

Essi, infatti, a seconda dell'articolazione delle pretese tributarie, sono incisi, oltre che dall'Irpef, anche dall'Imu, dall'imposta successoria, di registro, dalle imposte ipotecarie e catastali, e via dicendo. Il sistema italiano prevede già imposte patrimoniali, occorre solo razionalizzarle, scongiurando ulteriori parcellizzazioni provocate – automaticamente – dall'invecchiamento della popolazione italiana[113].

---

[110] Sulla regressività dell'imposizione dei fabbricati, v. G. Giusti, *La fiscalità immobiliare tra imposizione reddituale e tassazione patrimoniale: appunti per una prospettiva di riforma*, in *Riv. dir. trib.*, 2022, 461.

[111] Vedi L. Einaudi, *L'imposta patrimoniale*, Torino, 1946, 42 ss. Il saggio spiega gli effetti di un prelievo immobiliare nell'ambito di un precario contesto economico nell'Italia del dopoguerra.

[112] L'analisi italiana e comparata dell'imposizione patrimoniale è di M. Logozzo, *Imposta patrimoniale*, in *Temi di diritto tributario*, ed. II, Pisa, 2022, 247 ss.

[113] Un'ipotesi di riforma in tale senso è stata prospettata da A. Manzitti, *Considerazioni sull'imposizione patrimoniale*, in *Riv. dir. trib.*, 2021, 55 ss.

8. *Intelligenza artificiale, capacità contributiva elettronica e tassazione degli "arricchimenti immeritati". Spunti riflessivi sistematici*

È a tutti noto che, fino a pochi anni fa, le macchine tecnologiche erano capaci di apportare all'uomo dati ed informazioni che mai sarebbe stato in grado di elaborare con l'applicazione della sua intelligenza. Dipendeva comunque dall'uomo adottare specifiche iniziative al fine di trarre vantaggio dall'utilizzo di tali strumenti innovativi.

Oggi, invece, l'intelligenza artificiale consente alle macchine di "autoapprendere" regole presenti nel mondo reale (*"deep learning"*) e di processarle istantaneamente senza l'ausilio dell'uomo (*"black box learning"*). Ciò genera un'imponente mole di *output,* apparentemente simili all'andamento del pensiero umano, ma che, in realtà, l'uomo mai potrebbe riprodurre[114].

Lo sviluppo delle tecnologie digitali super-intelligenti in tutte le attività umane mette in discussione l'originaria posizione dominante ricoperta dall'uomo nella società. Ne dà atto il Parlamento europeo e il Consiglio col Reg. Ue 1689/2024 del 13 giugno 2024. Si tratta della prima disposizione organica mondiale che disciplina l'impiego dell'intelligenza artificiale nelle attività umane[115].

Il Regolamento fornisce agli operatori obblighi stringenti nell'impiego dell'IA. La disposizione è stata congeniata sulla gradazione del rischio che il suo l'impiego potrebbe ingenerare nella società. Per cui, sono state individuate specifiche aree, quali salute, trasporti, commercio, presso ognuna delle quali è richiesta l'adozione di specifici strumenti di protezione dei dati e trasparenza degli algoritmi utilizzati.

Questo contesto stimola due riflessioni di carattere tributario. Per un verso, ci si interroga se possa esistere una "capacità contributiva elettronica", distinta dalla "capacità contributiva umana" finora conosciuta, in grado di legittimare l'imposizione della forza economica espressa dalle sole macchine intelligenti[116]. Dall'altro, merita riflettere sull'opportunità di tassare più aspramente, mediante prelievi reddituali o patrimoniali, le ricchezze ritratte dall'IA, in quanto ritenute "non meritate", perché generate senza l'impiego di sforzi umani, né patrimoniali[117].

Secondo noi, prima di rispondere a tali interrogativi, occorre precisare che essi parrebbero essere stati stimolati da un travisamento interpretativo della realtà.

---

[114] Cfr. A. Kapoor, A. Gulli, *Deep Learning with TensorFlow and Keras. Build and deploy supervised, unsupervised, deep, and reinforcement learning models*, New York, 2022, 7 ss.

[115] Si veda V. Calaprice, *Il Regolamento europeo (c.d. AI Act)*, in R. Razzante (a cura di), *Manuale sull'Intelligenza Artificiale*, Torino, 2024, 17 ss.

[116] La dottrina sul punto è vasta. Si vedano le analisi di X. Oberson, *Taxing Robot. Hepling the Economy to Adapt to the Use of Artificial Intelligence*, Cheltenham, 2019, *passim*.

[117] Il tema è stato molto sviluppato dagli economisti classici. Per un'analisi recente, si veda T. Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, New York, 2017, *passim*.

Invero, il connubio tra intelligenza artificiale e realtà economica sta modificando radicalmente solo le tradizionali modalità di distribuzione della ricchezza, rimanendo immutate, invece, le tecniche e le sorgenti causative di sua generazione[118].

Partiamo da un dato reale. L'avvento di tecnologie intelligenti sta sostituendo i lavoratori. Le analisi e le decisioni assunte dalle persone vengo sempre più eseguite dalle macchine, automaticamente[119]. Perciò, nell'ottica tributaria, semplificando, il reddito dei dipendenti si riduce e aumenta, per l'effetto, quello d'impresa o quello del soggetto titolare di tale tecnologia. Inoltre, i benefici goduti dall'impresa che impiega IA possono confluire nel reddito societario mediante la loro determinazione al valore normale[120].

Quindi, la ricchezza e la determinazione tramite la sua fonte è un'operazione logica uguale alla precedente. Infatti, rimangono invariate le categorie di lavoro subordinato, di organizzazione dei fattori produttivi all'interno dell'impresa o nell'ambito di un lavoro libero-professionale, alle quali sottrarre o imputare la forza economica generata da una macchina intelligente[121]. Ciò che muta è solo la distribuzione di detta ricchezza tra le sorgenti prese a riferimento[122]. Nulla di più.

Ritorniamo alle due questioni di partenza: capacità contributiva elettronica e gravosa tassazione di ricchezze "immeritate".

È pacifico che il principio di capacità contributiva, ritraibile espressamente o tacitamente dalle Leggi fondamentali di ogni Stato occidentale, dispone il concorso di "tutti" alle spese pubbliche, in forza della possibilità economica di ciascuno. Le Carte costituzionali vigenti sono notoriamente incentrate sui principi fondamentali di libertà, dignità, uguaglianza della persona, non della macchina eventualmente intelligente. Quindi, attualmente, la "capacità contributiva elettronica" non è un principio positivizzato da nessun ordinamento[123]. Prevederla significa modificare la Costituzione dello Stato.

---

[118] Cfr. FMI, *World Economic Outlook. Steady but Slow: Resilience amid Divergence*, 2024, 19. L'AI interesserebbe il 40% dei posti di lavoro nell'economia mondiale.

[119] Vedi A. Uricchio, *I redditi dei lavori tra autonomia e indipendenza*, Bari, 2006, 41; Id., *Robot tax: modelli di prelievo e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, 2019, 1752, in part. nota 26.

[120] Di diverso avviso è M. Pontillo, *Robot intelligenti: possibile riconoscimento come soggetti passivi del tributo*, in A. Guidara (a cura di), *Soggettività e situazioni tributarie*, Napoli, 2023, 179.

[121] Il mutamento provocato dall'IA è analogo a quello avvenuto con la rivoluzione industriale. All'abbassamento dei redditi di fonte agricola è seguito l'innalzamento di quello di fonte del lavoro.

[122] Secondo A. Vicini Ronchetti, *Nozione*, *op. cit.*, 437 ss., la ricchezza emergente dalle criptovalute sarebbe una nuova manifestazione di capacità contributiva, che può essere captata da una nozione di «reddito entrata». Secondo noi, invece, la novità risiede solo nella qualificazione nominalistica della fonte, ma la ricchezza che si ritrae proviene sempre dall'impiego di un capitale iniziale, la cui aleatorietà fa ricadere detta tipologia di sorgente tra i redditi diversi.

[123] In argomento, A. Giovannini, *Per principi*, cit., 34, afferma che – anche nelle moderne ipotesi di creazione della ricchezza – «L'obbligazione d'imposta […] non può che nascere e rimanere in capo a chi realizza il presupposto espressivo di capacità contributiva».

Il secondo tema è così enucleato. In passato si dibatteva sulla meritevolezza di un'imposizione nei confronti del proprietario terriero che si arricchisce dormendo: «senza aver fatto alcun sacrificio, in termini di risparmio, di iniziative imprenditoriali, di lavoro, il suo fondo comunque aumenta di valore»[124]. Qualcuno vorrebbe estendere l'antico pensiero a quel contribuente che si arricchisce per il semplice fatto di essere titolare della macchina intelligente, senza aver impiegato alcun fattore produttivo, né intellettuale e nemmeno materiale[125].

In via generale, non v'è dubbio che il legislatore può sottoporre a tassazione qualsiasi fatto avente contenuto economico, purché – in ogni caso – il presupposto selezionato dalla legge esprima, in termini razionali e coerenti, un indice rilevatore di ricchezza. Dunque, come rileva la Corte costituzionale, deve essere razionale il criterio che collega la situazione economica da sacrificare al soggetto individuato come debitore del tributo[126]. Ma, come noi crediamo, il sacrificio sopportato dal contribuente deve essere agganciato ad una sostanza realmente venuta ad esistenza.

Sulla base di questi canonici insegnamenti emerge che la macchina intelligente non è dotata di autonoma soggettività passiva tributaria, distinta da quella dell'uomo. Sicché, sarebbero l'individuo o la società i soggetti passivi del tributo idoneo a colpire la ricchezza ritratta dall'IA. Solo costoro, infatti, esprimono una signoria sulla tecnologia ritraendone ricchezza, anche senza sforzi.

A ciò si aggiunge un'altra considerazione. È vero che, nel rispetto del principio di effettività, il tributo dovuto al creditore pubblico corrisponderebbe ad una quota parte del reddito generato dalla macchina intelligente, così salvaguardandone il valore, ma il titolo giuridico che legittimerebbe tale sacrificio sarebbe – al pari di ogni altro cespite o compendio patrimoniale – il possesso di una siffatta tecnologia da parte del debitore.

Tuttavia, sarebbe opportuno identificare un prelievo agganciato al reddito conseguito dal soggetto titolare della macchina intelligente e non alla mera proprietà o disponibilità in generale. Ciò consentirebbe, sotto il profilo dell'etica pubblica, di giustificare il dovere tributario di ciascuno, individui e società, in base a criteri di giustizia distributiva: si tasserebbe un'entrata netta, che si aggiunge al patrimonio del debitore. Inoltre, sotto l'ulteriore profilo dell'uguaglianza,

---

[124] L'affermazione di è D. Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, Londra, 1817, 131, formulata nell'abito della teoria delle rendite differenziali. Più recentemente, cfr. F. Forte, *Manuale*, *op. cit*., 415.

[125] Sul punto, Y. Varoufakis, *A Tax on Robots?*, in *Innovation & Tecnology*, 4 maggio 2019, propone un "dividendo di base universale" funzionale a contrastare la polarizzazione delle ricchezze derivante da macchine intelligenti.

[126] Cfr. Corte cost., 7 luglio 1986, n. 178; Id., 3 dicembre 1987, n. 465; Id., 19 novembre 1987, n. 400; Id., 4 maggio 1995, n. 143; Id., 21 maggio 2001, n. 156. In dottrina, G. Falsitta, *Il principio della capacità contributiva*, Milano, 2014, 148 ss.

un'imposizione reddituale supererebbe la divisione in classi tra contribuenti proprietari e non proprietari di patrimoni (anche intelligenti).

Concludendo, l'avvento dell'intelligenza artificiale non introduce nulla di nuovo nel diritto tributario. Non vi sono categorie concettuali nuove che dovrebbero sostituire quelle fino ad oggi utilizzate[127]. La c.d. «AI» impegnerebbe semplicemente gli ordinamenti sovrani ad imporre ai titolari di macchine intelligenti una loro rilevazione.

Provocatoriamente, si dovrebbe passare da un catasto di immobili ad un catasto di macchine intelligenti, così che il titolare (proprietario) di esse possa essere facilmente individuato e tassato in base al reddito, effettivo e non figurativo, generato dal proprio patrimonio virtuale. Idea estremamente difficile da implementare, ma solo così potrebbero continuare a essere garantiti, da una parte, l'interesse fiscale statuale e, dall'altra, il limite all'imposizione d'ognuno secondo la propria forza economica.

9. *Il c.d. "contenuto minimo" del principio generale di reddito. Tentativo di una ricostruzione dogmatica*

Ideologicamente, il principio generale sul reddito – come qualsiasi altro principio – dovrebbe enunciare una definizione capace di far esattamente cogliere al contribuente l'informazione che il legislatore vuole enunciare, senza ingenerare incertezza riguardo ai confini del concetto.

Nell'attuale T.U. delle imposte sul reddito manca una siffatta certezza. È, infatti, imprecisa l'affermazione secondo la quale ciò che non sarebbe qualificato dalla legge come materia imponibile non assumerebbe rilevanza tributaria. La certezza giuridica non si ricava dal solo, seppur irrinunciabile, dogma della riserva di legge (art. 23 Cost.).

Infatti, come rilevato dalla dottrina, l'esasperata casistica delle tipologie di reddito si giustifica se ciò rappresenta l'applicazione di una regola generale; altrimenti, come visto dagli esempi che precedono, all'interno dell'uguaglianza meramente formale del sistema impositivo delle ricchezze reddituali si possono annidare trattamenti tributari disarmonici e incoerenti[128].

---

[127] Sulla soggettività in relazione all'intelligenza artificiale, peculiari sono le riflessioni di M. Negro, *Gli oggetti intelligenti e la crisi del soggetto*, in G. Salanitro (a cura di), *Scenari dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2024, 13 ss., in part. 17 e nota 13.

[128] Così E. De Mita, *Politica e diritto dei tributi in Italia. Dalla Riforma del 1971 a oggi*, Milano, 2000, 259. L'a. riprende il pensiero dell'economista N. Kaldor, *An Expenditure Tax*, Cambridge, 1955, 31 ss., evidenziando come l'uguaglianza formale nell'imposizione reddituale non necessariamente corrisponde un sistema tributario razionale e coerente.

Ebbene, esaminando il cuore del discorso, l'imposizione è, secondo noi, reddituale se il prelievo incide un effettivo guadagno, inteso come reale arricchimento conseguente dall'impiego di fattori produttivi, individuabili in una fonte unitaria. Inoltre, l'imposizione è di tipo reddituale se pagata col frutto concretamente percepito dal debitore, generato nell'unità di tempo stabilita dalla legge (anno d'imposta), senza che l'estinzione dell'obbligazione avvenga con ricchezza risparmiata o ricchezza proveniente dallo smobilizzo di patrimonio.

Non v'è dubbio – come ha più volte evidenziato la Corte costituzionale[129] – che la nozione generale di reddito, valevole ai fini tributari, possa essere costruita sulla progettazione della ricchezza "prodotta" da una fonte, ma anche su quella meramente "entrata" nella disponibilità del percipiente. La scelta del legislatore tra l'uno e l'altro sistema è libera, dovendo risultare – in ogni caso – ancorata al rispetto del principio generale di razionalità, insito in quello della capacità contributiva[130].

Ebbene, concretamente, le categorie di reddito poste dall'articolo 6 del T.U. hanno in comune la sussistenza di una fonte produttiva, sia essa lavoro, capitale, impresa e via dicendo. È vero che in molteplici parti della legge generale sull'imposta sul reddito si rintracciano ricchezze pervenute al contribuente che sono sganciate dalle sorgenti produttive anzidette, ma esse sono ipotesi – a nostro avviso – funzionali a completare la tassazione del guadagno prodotto[131]. Tali tipologie di "entrate" senza fonte – da sole – non alludono ad altri concetti di reddito diversi da quello prodotto[132].

Per cui, il prelievo, osservato in aderenza all'art. 53 Cost., dovrebbe coincidere con l'attitudine che il soggetto ha alla contribuzione[133]. Quindi, il reddito può risultare prodotto da una sorgente, ma anche incamerato da altre cause giu-

---

[129] Cfr. Corte cost., 28 maggio 1987, n. 200; Id., 23 marzo 1980, n. 42; Id.., 20 luglio 1994, n. 315; Id., 27 luglio 1995, n. 410; Id.., 19 gennaio 1995, n. 14.

[130] Si veda, sul punto, M. Beghin, *Alla ricerca della nozione «fiscale» di reddito*, in *Studi in onere di Enrico De Mita*, Napoli, 2012, 85 ss.

[131] Ad esempio, l'art. 67 del T.U.I.R. identifica ricchezze atipiche, perché caratterizzate dall'aleatorietà della nascita del reddito, perché detto reddito è non ricorrente, ma straordinario, e via dicendo. Ma, in tutti i casi evidenziati, ricorre sempre una fonte produttiva, anche se menomata di un qualche elemento caratteristico, quale appunto la certezza e la continuità dell'impiego dei fattori produttivi.

[132] E. De Mita, *Politica e diritto*, cit., 260 – più esplicitamente – affermava che gli artt. 6, comma 2, e 81 (ora 67) del T.U. delle imposte sul reddito, vanno interpretati restrittivamente, in quanto espressivi di definizioni assimilabili alla nozione di reddito prodotto. In questo senso, recentemente, anche L. Del Federico, *L'applicabilità dell'IRPEF alle indennità risarcitorie nelle controversie lavoristiche*, in *Riv. dir. trib.*, 2024, 319 ss., in part. p. 327, il quale afferma che «Nel nostro ordinamento il concetto di reddito tassabile risponde pur sempre, di massima, al concetto di reddito prodotto da una specifica attività, non essendo mai stato recepito appieno il concetto di reddito entrata».

[133] Così G. Gaffuri, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969, 150 ss.; R. Lupi, *Diritto delle imposte*, Milano, 2020, 20, sottolinea che «tutte le imposte si pagano "coi redditi", anche se non sono "sui redditi"».

stificatrici assimilabili alle fonti di produzione di ricchezza, purché – in ogni caso – il prelievo non incida il patrimonio del percipiente[134].

Una tale nozione di reddito, essendo rispettosa del principio della capacità contributiva, sarebbe il parametro cui il legislatore ordinario dovrebbe rifarsi ogniqualvolta intenda selezionare una nuova ricchezza da sottoporre a tassazione reddituale.

Così verrebbe definitivamente ad interrompersi l'attuale dipendenza della mutevole nozione di reddito dalla casistica individuata dal legislatore. Sarebbe il principio generale che governerebbe la fattispecie particolare.

[134] L. Tosi, *La nozione*, cit., 8, declina la nozione di reddito in una grandezza flusso capace di accrescere il patrimonio, che sia effettiva e che risulti posseduto realmente dal soggetto chiamato a versare il tributo corrispondente.

Alessandro Tropea - Abstract

Riflessioni sulla nozione giuridica di reddito. Ricognizioni e prospettive pubblicistico-tributarie

L'ordinamento italiano non dispone di una nozione giuridica di reddito. Esso è ciò che il legislatore tassativamente ritiene ricchezza tassabile. Disposizioni statiche potrebbero non intercettare forme di ricchezza non tradizionali, cioè non tempestivamente previste dal legislatore come sintomi di sostanze tassabili. Ma il principio di capacità contributiva – in aderenza alla lettura che la Corte costituzionale dà dell'art. 53 Cost. – presuppone che il privato concorra alle spese pubbliche entro e non oltre la propria forza economica. Sicché, oggetto del sacrificio fiscale personale devono essere tutti i fatti espressivi di essa. Dunque, far dipendere la determinazione della quota di contribuzione di ciascuno da fatti non tempestivamente selezionati fomenterebbe una convivenza non pacifica fra i consociati: verrebbe a sfilacciarsi quel legame solidale tra chi più ha e chi meno dispone. In definitiva, l'irrazionalità del sistema impositivo personale, il calo demografico dei contribuenti italiani e l'avvento di ricchezze generate dalle nuove tecnologie intelligenti impongono specifiche considerazioni di fondo circa il fatto di definire positivamente una nozione generale di reddito o abbandonare l'imposizione reddituale e dirigere il sistema verso forme d'imposizione sul valore o sulle utilità conseguite dai privati.

Reflections on the legal notion of income. Overview and public-fiscal law perspectives

The Italian legal system does not possess a juridical notion of income. Income is whatever the legislator strictly considers to be taxable wealth. Static provisions may fail to capture non-traditional forms of wealth – that is, those not promptly identified by the legislator as indicators of taxable resources. However, the principle of contributive capacity – in accordance with the interpretation given by the Constitutional Court to Article 53 of the Constitution – requires that individuals contribute to public expenses only within the limits of their economic strength. Therefore, all facts that express such economic strength must be subject to personal tax sacrifice. As a result, tying each individual's tax contribution to facts not promptly identified would undermine peaceful coexistence among citizens: the bond of solidarity between those who have more and those who have less would begin to fray. Ultimately, the irrationality of the personal tax system, the demographic decline of Italian taxpayers, and the emergence of wealth generated by new intelligent technologies call for fundamental considerations about whether to positively define a general notion of income or to abandon income taxation altogether and redirect the system toward forms of taxation based on value or benefits obtained by individuals.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 521-542

Articoli e saggi

Il ruolo del *public* e *private enforcement* nel *Digital Markets Act*

Anna Licastro, Ilaria Ottaviano*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il *public enforcement* del DMA: nel segno della contaminazione fra intensa centralizzazione e flebile decentralizzazione. – 3. L'incerto ruolo del *private enforcement* nel DMA. – 4. Gli strumenti di tutela collettiva nel DMA. – 5. Note conclusive.

1. *Introduzione*

Nel Rapporto dal titolo *Protecting competition in a changing world. Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years*, pubblicato il 24 giugno 2024, la Direzione generale della Concorrenza presso la Commissione europea ha sostenuto che, ad aver influito sul cambiamento delle politiche antitrust nel quadro ordinamentale europeo nell'arco degli ultimi venticinque anni, siano stati fattori non solo legati alla struttura del mercato, come il progresso tecnologico, ma anche più prettamente istituzionali. Rientra in questi ultimi, assieme a molte altre soluzioni normative[1], l'adozione del *Digital Markets Act* (d'ora in

* Il lavoro è stato condotto nell'ambito del PRIN 2022 *Towards Stricter Rules on Transparency and Liability for Online Platforms in the European Digital Single Market*, codice 20223KNYEX, responsabile nazionale Prof. Giuseppe Morgese, finanziato dall'Unione Europea - PNRR Next Generation EU - Investimento M4.C2.1.1. ed è frutto di una riflessione comune degli autori. Peraltro, il paragrafo 3 è stato scritto da Ilaria Ottaviano, i paragrafi 1, 2, 4 e 5 da Anna Licastro.

[1] *Protecting competition in a changing world. Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years*, Luxembourg, 2024, 16 e ss., in https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2024-06/KD0924494enn_Protecting_competition_in_a_changing_world_staff_report_2024.pdf. Nello specifico fra i fattori di tipo istituzionale che avrebbero avuto un peso di non poco conto nel contribuire a trasformare la competizione fra imprese rivali, il rapporto menziona, accanto al *Digital Markets Act*, anche l'adozione delle politiche commerciali, sulla sicurezza e protezione dei dati personali, sui diritti di proprietà intellettuale e la disciplina delle procedure di insolvenza.

avanti, DMA o Regolamento)[2], il Regolamento UE 2022/1925 entrato in vigore il 1° novembre 2022 ed applicato a partire dal 2 maggio 2023 che tenta di assicurare un mercato unico digitale europeo equo e contendibile[3]. Ben consapevole non solo dei limiti mostrati dal *public enforcement* antitrust europeo rilevatosi – in più di un'indagine istruttoria – intempestivo, inefficace ed asistematico nel perseguire le pratiche anticoncorrenziali delle *big tech companies*[4], ma anche dei rischi di un'eventuale frammentazione del mercato interno per effetto dell'applicazione di normative diversificate fra Stati Membri sull'*agere* economico digitale[5], l'esecutivo europeo ha apprestato per la regolazione dei mercati digitali uno strumentario giuridico in grado di combinare insieme aspetti di diritto antitrust e regolazione economica settoriale[6]. Questa natura giuridica del DMA che, non a caso, attenta dottrina ha definito ibrida[7] si manifesta in maniera piuttosto evidente nelle obbligazioni imposte ai guardiani dei mercati[8]. Seppur ispirate alle condotte anticoncorrenziali delle grandi piattaforme digitali sanzionate sino a oggi *ex post*[9], come richiesto dai dettami tradizionali della disciplina antitrust, sono pensate per operare *ex ante* ed avere, quindi, un effetto prescrittivo teso ad indirizzare in via preventiva i comportamenti dei *gatekeepers*[10], rivelando così di voler orientare la disciplina dei mercati digitali verso logiche esplicitamente regolato-

---

[2] In merito al potenziale trasformativo del DMA, P. Ibáñez Colomo, *New Times for Competition Policy in Europe: The Challenge of Digital Markets*, in *JECLAP*, Vol. 12, 7, 2021, 491 e ss., il quale sostiene che: «*Whether or not the Draft DMA succeeds in its ambitions, it will have transformed, beyond recognition, the way competition policy is formulated and implemented in Europe. Even if conceived for digital markets, its effect are likely to spread across sectors*».

[3] Art. 1, par. 1 DMA.

[4] Ad aver sottolineato questi aspetti D. Geradin, D. Katsifis, *Strengthening effective antitrust enforcement in digital platform markets*, in *Eur. Compet. J.*, 2022, Vol. 18, 2, 359. Si veda altresì F. Jenny, *Competition law enforcement and regulation for digital ecosystems: Understanding the issues, facing the challenges and moving forward,* September 2021, *Concurrences n° 3-2021, Art. n° 101662,* 38-62; nonché A. Lamadrid, *Can This Be the New Normal? 10 Questions on the Proposed New Competition Tool*, in *Chillin'Competition*, 11 June 2020, consultabile in https://chillingcompetition.com/2020/06/11/can-this-be-the-new-normal-10-questions-on-the-proposed-new-competition-tool/; ed ancora sui problemi dell'*enforcement* in materia di concentrazioni O. Budzinski, *An Institutional Analysis of the Enforcement Problems in Merger Control*, in *Eur. Compet. J.*, Vol. 2010, 6, 2, 445 ss.; sulla visione per così dire "miope" del diritto *antitrust* dinanzi alle condotte anticompetitive delle società della rete e sulla impossibilità delle categorie tradizionali della suddetta disciplina di fronteggiare l'elevata concentrazione di potere digitale, E. Bietti, *A Genealogy of Digital Platform Regulation*, in *Geo. L. Tech. Rev.*, 2023, Vol. 7, 1, 51 ss.

[5] Considerando 8, 9, 10 del DMA.

[6] H. Schweitzer, *The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to know what is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal*, in *ZEuP*, 3, 2021, 503 ss.

[7] P. Ibáñez Colomo, *New Times for Competition Policy in Europe: The Challenge of Digital Markets*, *op. cit.*, 491.

[8] N. Dunne, *Competition Law and Economic Regulation*, Cambridge, 2015, 43 ss.

[9] Per approfondimenti su una delle condotte anticompetitive dei guardiani dei mercati sanzionata *ex post* prima dell'entrata in vigore del DMA, nello specifico il *self-preferencing*, A. Licastro, *Il self-preferencing come illecito antitrust* in questa *Rivista*, 2021, 2, 401 ss.

[10] F. Bostoen, *Understanding the Digital Markets Act*, in *Antitrust Bulletin*, 2023, Vol. 68, 2, 263 e ss.

rie e collocandosi sulla scia di una tradizione già precedentemente inaugurata nel contesto dei mercati tradizionali dall'introduzione dell'istituto degli impegni di cui all'art. 9 del Regolamento CE 2003/1 che ha, di fatto, sancito lo spostamento del baricentro del diritto antitrust verso la regolazione, come ben sostenuto da Margherita Ramajoli[11].

La natura giuridica che accompagna il DMA non è la sola cifra innovativa che irradia l'architettura istituzionale disegnata per la disciplina del mercato unico digitale europeo. Un approccio, per certi aspetti sperimentale[12], è ravvisabile nel modello di regolazione prescelto. La direzione impressa dal modello non è riconducibile alla tradizionale direzione bilaterale fra regolatore e regolato[13] in virtù della quale «l'organo di regolazione e il settore economico sottoposto alla disciplina cercano di controllarsi l'un l'altro»[14], quanto piuttosto una direzione trilaterale che vede interfacciarsi all'interno del processo regolatorio la Commissione europea, quale organo di vertice al quale viene demandata l'esecuzione esclusiva del DMA, i guardiani dei mercati destinatari delle obbligazioni prescrittive ed infine gli *stakeholders*, ricorrenti in molti dei procedimenti aventi ad esame l'accertamento di illeciti antitrust ascrivibili ai *gatekeepers*. Sono, dunque, portatori di interessi confliggenti a quelli dei soggetti regolati, ma possono da questo "osservatorio privilegiato" offrire al regolatore europeo informazioni utili sulle strategie commerciali messe in atto a loro discapito[15].

Si delinea, così, nel DMA un'idea di regolazione partecipativa. Nell'affidare ai guardiani dei mercati il compito di integrare nei propri modelli di *business* il contenuto delle misure di conformità previste *ex ante* dall'autorità pubblica si attribuisce, proprio a quest'ultima, il compito *ex post* di supervisore nonché di unico esecutore del Regolamento, tentando infine di coinvolgere, per ora solo timidamente, anche le parti interessate nel sistema di *public enforcement*. Eppure, sono gli utenti commerciali e finali a subire in prima battuta gli effetti pregiudizievoli di

[11] Per approfondimenti si veda il contributo di M. Ramajoli, *Peripezie passate e presenti della tutela della concorrenza*, in *RMM*, 2024, 2, 7.

[12] Sul concetto di *experimentalist governance* in materia di regolazione, Y. Svetiev, *Experimentalist Competition Law and Regulation of Markets*, Oxford-New York, 2020, 14 e ss.

[13] Si veda in tal caso l'idea di regolazione intesa come controllo esercitato dai poteri pubblici sui destinatari di determinate regole di condotta e, dunque, quale espressione di una *directive function* fra regolatori e regolati, di uno dei maggiori esperti nel campo della regolazione, A. Ogus, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 2004, 2.

[14] S. Cassese, *La vecchia costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in S. Cassese (a cura di) *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, ristampa, 2023, 33.

[15] C. Carugati, *A model for a participative approach to digital competition regulation*, Policy Brief, 5, 2023, 2-3, consultabile in https://www.bruegel.org/policy-brief/model-participative-approach-digital-competition-regulation.

pratiche sleali e condizioni inique[16] per cui sarebbe più che legittimo coinvolgerli nei procedimenti affinché anche i loro diritti possano essere ben rappresentati.

Nello specifico, il presente contributo si propone di analizzare gli aspetti problematici che si celano nelle maglie dello strumento di regolazione normativa apprestato dalle istituzioni euro-unitarie per rendere i mercati digitali equi e contendibili, usando quale lente di osservazione privilegiata in primo luogo quella del *public enforcement* ed in secondo luogo quella del *private enforcement* concepito – già a partire dal Regolamento CE 2003/1 – quale sistema di tutela privata della concorrenza avente «un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri»[17]. Il lavoro sosterrà la tesi secondo cui il DMA sul fronte della tutela pubblica della concorrenza avrebbe tralasciato di riconoscere un ruolo effettivo alle parti interessate che verrebbero coinvolte solo "sulla carta" in un sistema di *public enforcement* che, al momento, si rivela solo potenzialmente multi-partecipativo. Sul fronte della tutela privata della concorrenza, invece, il DMA avrebbe inoltre mancato di apprestare una difesa effettiva ed efficace in favore dei consumatori quali portatori di interessi individuali processualmente rilevanti innanzi al giudice nazionale. A ben vedere, infine, anche le azioni rappresentative degli interessi diffusi dei consumatori disciplinate dalla Direttiva UE 2020/1828, espressamente richiamata dal Regolamento in esame, presentano talune criticità sia con riguardo ai portatori di interessi collettivi omogenei e sia con riguardo alle modalità di adesione nelle azioni esperite per ottenere provvedimenti inibitori o compensativi.

2. *Il public enforcement del DMA: nel segno della contaminazione fra intensa centralizzazione e flebile decentralizzazione*

Il sistema di *public enforcement* previsto dal DMA si snoda secondo due dinamiche di segno opposto. Segue un approccio centralizzante tendente al contempo alla decentralizzazione. La prima tendenza è riscontrabile già a partire dall'art. 1, par. 5, del DMA che impedisce agli Stati membri di imporre ai guardiani dei mercati obblighi ulteriori a quelli previsti agli articoli 5, 6 e 7 del DMA attribuendo alla Commissione europea la competenza per materia esclusiva nell'accertamento delle condotte commerciali considerate contrarie ai principi di *fairness* e *contestability*[18]. A ben vedere, è il considerando 91 a spingersi oltre.

[16] Lo ricorda bene il considerando 4 Regolamento (UE) 2022/1925.

[17] Considerando 7 Regolamento (CE) 2003/1.

[18] M. Nicotra, *I poteri della Commissione europea nel Digital Markets Act*, in L. Bolognini, E. Pelino, M. Scialdone (a cura di), *Digital Services Act e Digital Markets Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, Milano, 2023, 366.

Nel riconoscere in fase di applicazione e supervisione della normativa il ruolo di unico "esecutore" alla Commissione ha contribuito a rafforzare l'idea secondo cui il DMA avrebbe accentrato in capo all'esecutivo euro-unitario non solo l'attività legislativa, ma anche l'intero sistema di *public enforcement*.

A ben vedere, la complessità del nuovo strumentario giuridico è tale che esso non può prestarsi unicamente ad un'analisi di facile evidenza secondo cui sarebbe possibile rinvenire nel DMA un'architettura istituzionale fortemente accentrata sulla Commissione. Vi sono, di converso, degli elementi di cui si rinviene traccia nel sistema di *public enforcement* apprestato dalla legge sui mercati digitali che sono in grado di mettere in discussione questa interpretazione. Al di là dell'attribuzione alla Commissione del ruolo di organo di vertice che non può di certo essere negata[19], è evidente che la funzione regolatoria sia stata costruita all'interno del DMA su logiche maggiormente partecipative, sia nell'ipotesi in cui l'*enforcement* di natura pubblica sfrutti a proprio vantaggio logiche persuasive sia nell'ipotesi in cui, al contrario, faccia leva su misure costruite su logiche punitive. Una scelta che nasce dalla difficoltà di constatare quanto sia complicato governare il potere digitale usando il tradizionale approccio regolatorio *top down*[20].

Ad essere preso in considerazione, viste le finalità che il presente contributo si prefigge di perseguire, è l'approccio con finalità punitive. Quest'ultimo, infatti, vede dipanarsi fra i diversi attori della struttura di *governance* predisposta per la regolazione dei mercati digitali l'emersione, seppur al momento solo in potenza, di un modello di *enforcement* multi-partecipativo e multilivello che tenta di instaurare relazioni di reciproca interlocuzione con le "*third parties*". Una categoria piuttosto ampia che, come tale, è in grado di includere al suo interno utenti commerciali, utenti finali, associazioni rappresentative di categoria, organizzazioni *no-profit* ed infine anche soggetti istituzionali. Tale approccio multi-partecipativo e multilivello conferma l'esistenza di due tendenze di segno opposto nell'architettura istituzionale adottata.

Una tendenza verso la centralizzazione del processo di *public enforcement* si può senz'altro riscontrare nel Capo IV con riguardo alla procedura per la designazione di *gatekeeper*. Un meccanismo associabile per alcuni suoi elementi di similarità al procedimento dello sportello unico (c.d. *one-stop shop*) applicato nella disciplina delle concentrazioni di dimensione euro-unitaria. In tale ultimo caso la valutazione preventiva dell'acquisizione da parte della Commissione richiede la previa notifica dell'impresa acquirente e, correlativamente, la legge sui mercati digitali impone ai soggetti designabili quali *gatekeepers* la previa noti-

[19] Sul ruolo di unica autorità cui è stato demandato il compito di applicare la normativa si veda C. Brunetti, *I mercati digitali tra regolazione e concorrenza*, in *ODC*, 2024, 3, 1104.

[20] Si vedano le opportune considerazioni in tema di regolazione di L. Ammannati, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giur. Cost.*, 2023, 3, 1454 ss.

fica del raggiungimento delle soglie quantitative utili ai fini della designazione. È affidata, così, al pari della procedura di controllo sulle concentrazioni di dimensione euro-unitaria, la decisione finale sulla designazione alla competenza esclusiva della Commissione[21]. Lo stesso dicasi nel caso in cui, pur raggiungendo tali soglie, l'impresa non soddisfi i criteri qualitativi di cui all'art. 3, par. 1, DMA e ciò nonostante, venga ugualmente designata quale *gatekeeper* da parte dell'esecutivo europeo[22]. Altresì, in fase di verifica delle misure di conformità, la Commissione può con atto di esecuzione imporre rimedi strutturali o comportamentali per assicurare il rispetto del Regolamento[23].

Al di là del ruolo preminente dell'esecutivo euro-unitario nel procedimento di designazione, ìndice di una spinta centralizzante, è possibile rinvenire elementi decentralizzanti nell'interazione non tanto con soggetti privati, quali le imprese designande, ma con i soggetti istituzionali. Prima dell'adozione della decisione finale in merito alla designazione, è necessario infatti che la Commissione riceva il previo parere del Comitato consultivo per i mercati digitali presieduto dalla medesima Commissione e composto, a norma del Regolamento UE 2011/182[24], dai rappresentanti degli Stati membri[25]. L'importanza del parere non può essere sindacata[26]. In caso di esito negativo dello stesso, la Commissione non può in alcun modo adottare l'atto di esecuzione e nella sola ipotesi in cui si presenti una necessità evidente, potrà optare per sottoporne una versione modificata allo stesso Comitato oppure rinviarla al Comitato di appello[27].

Una spinta decentralizzante quest'ultima, ravvisabile anche nel coinvolgimento di soggetti non istituzionali. In ipotesi di accertamento di inosservanza sistemica agli obblighi di cui agli artt. 5, 6, e 7 del DMA nonché nell'ipotesi di aggiornamento degli obblighi, la Commissione, d'ufficio o su richiesta motivata di almeno tre Stati membri, può aprire un'indagine di mercato per aggiornare l'elenco dei servizi di piattaforma di base, introdurne di nuovi oppure individuare la messa in atto di pratiche anticoncorrenziali ulteriori rispetto a quelle già note alle *authorities* della concorrenza[28]. A differenza di quanto avvenuto con la designa-

[21] G. Monti, *Procedures and Institutions in the DMA*, December 2022, 5, consultabile in https://cerre.eu/publications/procedures-and-institutions-in-the-dma/.

[22] Art. 3, par. 5, Regolamento UE 2022/1925.

[23] Art. 18 Regolamento UE 2022/1925.

[24] Si tratta nello specifico del Regolamento UE 2011/182 che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione. Sul punto M. Savino, *La comitologia dopo Lisbona: alla ricerca dell'equilibrio perduto*, in *Giornale Dir. Amm*, 2011, 10, 1044 ss.

[25] Art. 4 del Regolamento (UE) n. 182/2011.

[26] In senso contrario S. Vergnolle, *Enforcement of the DSA and the DMA: What did we learn from the GDPR?*, in *VerfBlog*, September 3, 2021, consultabile in https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-10/.

[27] Art. 5 Regolamento UE 2011/182.

[28] Art. 19 Regolamento UE 2022/1925.

zione, l'interazione in tali circostanze avviene con gli *stakeholders* e coinvolge nel procedimento di indagine le imprese commerciali e i consumatori che si avvalgono del nuovo servizio di piattaforma e subiscono gli effetti deleteri delle pratiche commerciali sleali oggetto di istruttoria.

Una dinamica partecipativa emerge, seppur a fatica, anche al Capo V del Regolamento relativo all'ambito di supervisione e monitoraggio degli obblighi *ex ante*. L'esercizio dei poteri istruttori da parte della Commissione prevede un tentativo di interlocuzione con le parti interessate. È previsto che la Commissione possa richiedere informazioni alle imprese ed alle associazioni di imprese, ascoltare in audizione ogni persona fisica o giuridica informata su fatti pertinenti all'indagine in corso ed infine effettuare ispezioni con l'assistenza di revisori o esperti nominati dalla Commissione stessa. L'art. 26 del DMA, inoltre, attribuisce alla Commissione nell'adozione dei provvedimenti necessari a monitorare l'attuazione e l'osservanza effettive degli obblighi sanciti dagli articoli 5, 6 e 7 la facoltà di nominare esperti, revisori esterni indipendenti nonché funzionari designati dalle autorità nazionali competenti per assisterla nel monitoraggio degli obblighi, proprio in virtù di conoscenze, anche tecniche, specifiche che all'esecutivo euro-unitario potrebbero mancare.

Se è vero che tale apertura nei riguardi di soggetti terzi potrebbe essere ìndice della volontà della Commissione di non voler accentrare totalmente su di sé l'intera attività di monitoraggio, è anche vero che questo tentativo di decentralizzazione – almeno per il momento – rimane in potenza perché manca di effettiva concretizzazione. Non a caso in ognuna delle ipotesi descritte nelle quali si è evidenziato uno sforzo decentralizzante del sistema di *public enforcement*, l'azione della Commissione si colloca sul piano della possibilità piuttosto che del dovere. Facendo salva l'ipotesi concernente l'adozione della decisione finale in merito alla designazione (che obbliga la Commissione a ricevere il previo parere del Comitato consultivo), in tutte le altre ipotesi l'unica autorità cui compete l'applicazione della normativa ha la facoltà di coinvolgere i terzi, senza però avere alcun obbligo di farlo. Difatti, viene sancita la regola secondo cui i terzi interessati possono presentare osservazioni sulla sintesi non riservata e in merito al contenuto principale degli impegni[29] e, ancora, la Commissione può consultare terze parti in caso di indagine sui nuovi servizi e sulle nuove pratiche[30], può richiedere informazioni alle imprese ed alle associazioni di imprese[31], può, infine, consultare terzi parti in caso di adozione di una decisione relativa all'inosservanza come sancito all'art.

[29] Art. 18, par. 6, Regolamento UE 2022/1925.
[30] Art. 19, par. 2, Regolamento UE 2022/1925.
[31] Art. 21, par. 1, Regolamento UE 2022/1925.

29, par. 4 del DMA. Tuttavia, in tutte queste ipotesi l'intervento delle parti interessate è il risultato di una valutazione discrezionale da parte della Commissione.

Se si sposta il *focus* dell'analisi del sistema di *public enforcement* ai rapporti che la Commissione intrattiene con le autorità nazionali della concorrenza (di seguito, anche NCAs) non è possibile rintracciare un atteggiamento del tutto differente da parte dell'esecutivo europeo. D'altro canto, se si ripercorresse a ritroso la storia della genesi del DMA sarebbe possibile verificare che la proposta iniziale di Regolamento presentata il 15 dicembre 2020 non prevedeva alcun meccanismo di cooperazione con le autorità nazionali[32]. È stato proprio in fase di negoziazione che si è resa evidente la necessità di trovare una soluzione di compromesso fra posizioni istituzionali diametralmente opposte[33]. Da un lato, il Consiglio che affermava con forza la necessità di un maggior coinvolgimento delle autorità nazionali, dall'altro il Parlamento europeo che sosteneva, al contrario, l'urgenza di centralizzare l'*enforcement* esclusivamente intorno all'esecutivo unionale per evitare di incorrere nel rischio, tutt'altro che remoto, di frammentazione normativa[34].

L'adozione finale della legge sui mercati digitali per l'appunto formalizza il raggiungimento del compromesso fra posizioni divergenti, grazie anche alle dichiarazioni di principio già pubblicate precedentemente all'interno di un documento congiunto della Rete Europea di concorrenza (c.d. *European Competition Network*)[35]. In virtù della complementarità fra gli obbiettivi perseguiti dal DMA ed il buon funzionamento del mercato[36], viene sancita all'art. 1, par. 6 l'applicazione in parallelo degli articoli 101 e 102 TFUE nonché delle corrispondenti norme nazionali in materia di concorrenza con le disposizioni del DMA[37] rendendo così possibile l'assunzione da parte delle NCAs di un ruolo di supporto nei riguardi della Commissione nell'applicazione del Regolamento[38], purché sia garantita fra di esse reciproca cooperazione, come prescritto dall'art. 37 DMA.

Trattandosi di un ruolo di mero supporto, il margine di intervento in fase di esecuzione per le autorità garanti, benché riconosciuto dal DMA, risulta assai

---

[32] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), Bruxelles, 15.12.2020 COM(2020) 842 final 2020/0374 (COD).

[33] G. Colangelo, *The European Digital Markets Act and antitrust enforcement: a liaison dangereuse*, in *Eur. Law Rev*., 2022, 5, 618 ss.

[34] *Ibidem*.

[35] *Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union1 How national competition agencies can strengthen the DMA*, 2021.

[36] Considerando 10, Regolamento UE 2022/1925.

[37] T. Käseberg, S. Gappa, *Article 1. Subject matter and scope*, in R. Podszun (ed.), *Digital Markets Act. Article-by-article Commentary*, Oxford, 2024, 23-25 e ancora K. Bania, *Fitting the Digital Markets Act in the existing legal framework: the myth of the "without prejudice" clause*, in *Eur. Compet. J.*, 2023, Vol. 19, 1, 140-141.

[38] Sul ruolo di supporto delle autorità nazionali garanti della concorrenza, R.A. Struijlaart, J.W. Dibbits, M. Wiggers, *The DMA, Article 102 TFEU and national (competition) laws: the conundrum of parallel application*, in *Mededingingsrecht in de Praktijk*, 2024, 3, 9.

limitato. L'art. 38, par. 1, del DMA se da un lato prevede la collaborazione fra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza nei diversi Stati membri, sancendone l'attuazione mediante lo scambio reciproco di informazioni, incluse quelle di natura confidenziale, dall'altro statuisce che la Commissione debba essere previamente informata dalle autorità garanti di ogni indagine avviata che abbia ad oggetto la condotta del guardiano ritenuta potenzialmente illecita in base alle norme nazionali[39] oppure dell'imposizione di ulteriori obblighi su soggetti diversi dai *gatekeepers*[40] da parte di un'altra disciplina nazionale. un'altra disciplina nazionale. Del pari, il par. 7 della medesima disposizione, pur attribuendo alle autorità garanti della concorrenza il potere di avviare indagini volte ad accertare la violazione degli artt. 5, 6 e 7 del DMA sul proprio territorio, ne subordina nuovamente l'avvio alla previa comunicazione scritta alla Commissione e le solleva anche dal darvi corso o nel caso dal proseguirle, laddove venga contestualmente avviato il procedimento di indagine dall'esecutivo europeo ai sensi dell'art. 20 DMA[41].

Vi è, inoltre, da aggiungere che, pur in assenza di un intervento in tal senso da parte dalla Commissione, alle autorità nazionali viene preclusa l'adozione di qualsiasi decisione definitiva del caso istruttorio. In quest'ultima disposizione, dunque, il tentativo di impedire alle NCAs di interpretare la normativa sui mercati digitali in senso difforme dalla Commissione, quasi a considerarle "incapaci" di garantire con essa l'uniforme applicazione di questo nuovo sistema di regolazione normativa[42]. Una lettura che troverebbe, peraltro, conferma all'art. 1, par. 7, DMA che preclude NCAs l'adozione di decisioni in contrasto con quelle della Commissione. L'art. 38, par. 7, DMA prevedendo che le autorità nazionali riferiscano alla Commissione i risultati dell'indagine condotta sino a quel momento sembrerebbe attenuare il sistema centralizzato di *public enforcement*[43]. Tale interpretazione potrebbe essere facilmente contraddetta in quanto il potere di riferire i risultati della propria indagine sembra funzionale a «sostenere la Commissione nel suo ruolo di unica autorità preposta all'applicazione del […] regolamento[44]» piuttosto che a configurare l'avvio di uno scambio interlocutorio fra l'esecutivo

[39] Art. 38, par. 2 Regolamento UE 2022/1925.

[40] Art. 38, par. 3 Regolamento UE 2022/1925.

[41] In tal senso G. Colangelo, *The European Digital Markets Act and antitrust enforcement: a liaison dangereuse*, *op. cit.*, 618 ss.

[42] Per approfondire questi aspetti, L.F. Pace, K. Seidel, *The Drafting and the Role of the Regulation 17. A Hard-Fought Comprimise*, in K.K. Patel, H. Schweitzer (eds.), *The Historical Foundation of EU Competition Law*, Oxford, 2013, 54 ss. e ancora A.C. Witt, *The Digital Markets Act - Regulating the Wild West*, in *Common Mark. Law Rev.*, 2023, Vol. 60, 3, 625 ss.

[43] Per queste considerazioni si veda A. Ribera Martínez, *The Supporting and Complementary Role of National Authorities in Enforcing the DMA: All Enforcement Systems Go*, in *Mededingingsrecht in de Praktijk*, 3, 2024, 47.

[44] Art. 38, par. 7, Regolamento UE 2022/1925.

europeo e le autorità nazionali che, fra l'altro, sarebbe a beneficio dell'organo di vertice che ha avocato a sé il procedimento.

Una timida apertura verso un'interlocuzione maggiormente cooperativa è ravvisabile, infine, sul piano della cooperazione verticale. Se all'art. 37, par. 2 del DMA la Commissione ha la facoltà e non il dovere – si badi bene – di consultare le autorità nazionali su questioni inerenti l'applicazione del Regolamento, all'art. 39, che ricalca i dettami dell'art. 15 del Regolamento UE 2003/1, l'interscambio pare orientato verso una maggiore reciprocità. Se il par. 1 dispone, infatti, che i tribunali nazionali possano chiedere alla Commissione di trasmettere tutte le informazioni in suo possesso su questioni attinenti l'applicazione del DMA, il par. 3 consente uno scambio di informazioni inverso in virtù del quale è pur sempre l'esecutivo a rivolgersi alle giurisdizioni nazionali per richiedere la trasmissione dei documenti necessari per valutare il caso e formulare correttamente le proprie osservazioni[45]. Non sembra, dunque, in questo specifico caso che il coordinamento sia puramente formale o quanto meno unidirezionale[46].

È vero, dunque, che dalla fase di designazione sino a quella di applicazione ed esecuzione della normativa è possibile rintracciare un forte accentramento in capo alla Commissione dell'attività di *public enforcement* del DMA. Tuttavia, pare opportuno sottolineare che a spinte innegabilmente centralizzanti fanno da contraltare tendenze decentralizzanti che, seppur flebili, paiono voler favorire nel processo di applicazione della normativa in esame l'intervento di soggetti ulteriori rispetto alla sola Commissione. Il sistema di tutela pubblica della concorrenza basato sull'approccio punitivo ed inibitorio del DMA avrebbe così introiettato in sé entrambe, ereditando le prime dal Regolamento CEE 1962/17 e le seconde dal Regolamento UE 2003/1.

Tale sistema tende a muoversi nel solco dell'esperienza inaugurata dal Regolamento CEE 1962/17 che era stato pensato per introdurre nel quadro ordinamentale europeo un sistema di *enforcement* antitrust centralizzato ed indipendente da affidare in via esclusiva alla Commissione in cui il ruolo delle autorità nazionali, anche se non del tutto assente, fosse destinato a rimanere per lo più esiguo.

---

[45] Per le assonanze con l'art. 15 del Regolamento UE 2003/1 si veda F. Croci, *Judicial Application of the Digital Markets Act: the Role of National Courts*, in L. Calzolari, A. Miglio, C. Cellerino, F. Croci, J. Alberti (eds.), *Public and private enforcement of EU competition law in the age of Big Data*, Torino, 2024, 243.

[46] A sostenerlo di recente fra i molti J. Hoffmann, L. Herrmann, L. Kestler, *Gatekeepers's potential privilege – the need to limit DMA centralization*, in J. *Antitrust Enforc.*, 2024, Vol. 12, 1, 128 ss. e ancora sul ruolo limitato degli Stati membri si vedano N.M. Belloso, N. Petit, *The EU Digital Markets Act (DMA): a Competition Hand in a Regulatory Glove*, in *Eur. Law Rev.*, 2023, 4, 391 ss.; infine, si veda il *position statement* di J. Drexel, B. Conde Gallego, B. González Otero *et al.*, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 2 Mat 2023 on the implementation of the Digital Markets Act*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, 2023, no. 23-11, 20. Sulla dinamica bidirezionale dello scambio A. Ribera Martínez, *The Supporting and Complementary Role of National Authorities in Enforcing the DMA: All Enforcement Systems Go*, *op. cit.*, 47.

Tende, inoltre, a non voler dimenticare le ragioni che hanno portato all'adozione del Regolamento UE 2003/1 con la cui approvazione si è avviato il processo di modernizzazione delle norme comunitarie *antitrust*. Difatti, il Regolamento UE 2003/1, pur riconoscendo alla Commissione il ruolo di guardiano dei Trattati e delle norme di diritto della concorrenza europee, ha previsto il conseguente ampliamento delle competenze delle autorità nazionali e dei giudici nell'applicazione decentrata delle regole di concorrenza[47].

Questa duplice "anima" dell'architettura istituzionale del sistema di *public enforcement* del DMA lo rende, a ben ragione, qualificabile come un sistema di applicazione delle norme quasi-centralizzato[48]. Tuttavia, la previsione di un modello di regolamentazione in cui convivono insieme accentramento in favore dell'esecutivo europeo e decentramento in favore delle autorità nazionali non può essere considerata una novità. È ben riscontrabile anche in altri ambiti, in special modo, nel sistema europeo di vigilanza finanziaria[49]. Come è stato rilevato in dottrina[50] la creazione dell'Unione Bancaria Europea in risposta alla crisi finanziaria del 2008 e alla successiva crisi del debito sovrano, ha senza dubbio consentito a quest'ultima di assumere il ruolo di *primus inter pares* nell'adozione di scelte e decisioni in materia di azioni di supervisione, ponendole in capo al Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) il cui controllo per l'appunto è affidato alla BCE, seppur all'interno di «un sistema integrato di autorità di vigilanza»[51].

Lasciando da parte questa sporadica riflessione comparativa fra modelli di regolazione che per alcuni aspetti presentano elementi di similarità benché afferenti l'uno alla vigilanza bancaria e l'altro alla regolazione dell'economia digita-

---

[47] Sulle novità introdotte con la riforma nota come modernizzazione, specie avendo riguardo al rapporto fra la Commissione europea e gli Stati membri si veda D.J. Gerber, *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, in *Fordham Int. Law J*. 2007, Vol. 31, 5, 1241-1242 e inoltre si vedano P. Ibáñez Colomo, *The Coming of Age of the Coming of Age of EU Competition Law* in *JECLAP*, 2023, Vol. 14, 8, 457 nonché I. Graef, *Future-Proofing Plural Antitrust Enforcement Models: Lessons from the United States and The European Union*, in *Antitrust L.J*., 2023, Vol. 85, 2, 345.

[48] In tal senso le riflessioni di A. Ribera Martínez, *The Decentralisation of the DMA's Enforcement System*, in *GRUR,* 2024, Vol. 73, 12, 1121.

[49] Sul legame ravvisabile fra il sistema regolatorio previsto dal DMA e quello di supervisione finanziaria europea, B. Beems, *The DMA in the broader regulatory landscape of the EU: an institutional perspective*, *op. cit.*, 22.

[50] A. Kern, *The ECB's role in the European Banking Union*, in T. Beukers D. Fromage, G. Monti (a cura di), *The New European Central Bank: taking stock and looking ahead*, Oxford, 2022, 163 ss. e ancora M.E. Salerno, *Il ravvicinamento delle legislazioni bancarie nazionali: soluzioni normative per un'armonizzazione reale*, in *Dir. banca mercato fin*., 2023 4, , 535 ss.

[51] Questa definizione appartiene a I. Ottaviano, *Profili di tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria*, *op. cit.*, 6 e inoltre per ulteriori approfondimenti sul tema, F. Capriglione, *European Banking Union: a Challenge for a more United Europe*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, Vol. 2, part. 1, 24 ss. Inoltre, per approfondire quale legame esiste fra il sistema europeo di vigilanza finanziaria accentrata e il c.d. *Single Rulebook*, quale complesso di norme prudenziali armonizzate, V. Babis, *The Single Rulebook and the European Banking Authority*, in F. Fabbrini, M. Ventoruzzo (eds), *Research Handbook in European Economic Law*, Cheltenham, 2019, 262 ss.

le, è evidente che il DMA sia espressione di un sistema di *governance* istituzionale meno gerarchica[52] rispetto a quella ravvisabile nel sistema bancario europeo; tale sistema di governance rivela di essere non solo altamente centralizzato, ma anche maggiormente orientato a favorire, in un'ottica di decentramento, l'entrata nel processo di applicazione della normativa di soggetti ulteriori rispetto al regolatore e ai soggetti destinatari della regolazione[53], anche non esclusivamente istituzionali.

Alcuni dubbi ed incertezze, riguardano, come si è già anticipato precedentemente nel lavoro, il grado di effettivo coinvolgimento di tali soggetti, in special modo, delle parti interessate. È innegabile che, per ora, un coinvolgimento sia strettamente legato ad una scelta discrezionale della Commissione[54], risultando così sul piano del *public enforcement* con finalità punitive più che altro una mera eventualità. Se l'interlocuzione con le parti interessate è in potenza e non in atto, anche i rapporti con le autorità nazionali garanti della concorrenza non sono niente affatto differenti. Non solo le NCAs sembrerebbero ridotte a meri recettori passivi di una volontà che continua ad imporsi dall'alto, ma paiono anche del tutto prive di un qualsiasi ruolo formalizzato persino sul piano procedurale[55]. Se si presta poi attenzione alla tutela privata della concorrenza, la situazione non cambia, anzi peggiora per la tutela degli utenti impossibilitati a far valere i propri interessi individuali, come si spiegherà nel prosieguo.

3. *L'incerto ruolo del private enforcement nel DMA*

La struttura di *governance* disegnata dal Regolamento UE 2022/1925 non rende *self evident* la possibilità per *stakeholders* e consumatori di ricorrere al *private enforcement* per la tutela dei propri interessi.

Infatti, se si esclude un riferimento alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori violati dai *gatekeeper*[56], il DMA non contiene norme esplicite su azioni in materia di danni, restituzioni, ingiunzioni, nullità

[52] A. Tzanaki, J. Nowag, *The Institutional Framework of the DMA: From Hybrid to Mature?* in C. Ahlborn, P. Ibáñez Colomo, W. Leslie (eds.) *The Law and Economics of the Digital Markets Act*, Oxford, 2024.

[53] V. Falce, N.M. F. Faraone, *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Dir. Ind.* 2022, 1, 6-8, osservano che si tratta di una centralizzazione funzionale dell'*enforcement* del DMA che avrebbe quale esito finale quello di «incentivare la proliferazione di legislazioni nazionali parallele, con il risultato di una maggiore frammentazione normativa».

[54] K. Cseres, L. de Korte, *Participation of Third Parties in the public Enforcement of the Digital Markets Act: between Democracy and Technocracy*, in *J. Antitrust Enforc.*, 2025, 15.

[55] J. van den Boom, Jasper. R. Podszun, *Procedures in the DMA: Non-Compliance Navigation - Exploring the European Commission's Space for Discretion and Informality in Procedure and Decision-making in the Digital Markets Act*, 2025, consultabile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5091649, 29-30.

[56] Art. 42 del Regolamento UE 2022/1925, in combinato disposto con l'art. 52 Regolamento (UE) 2022/1925.

o misure cautelari. Ad esempio, sebbene la Corte di giustizia abbia riconosciuto che l'applicazione privata del diritto UE, e in particolare l'azione di risarcimento danni, miri ad integrare e non a sostituire il *public enforcement*, costituendo «parte integrante del sistema di applicazione di tali regole»[57], nel DMA manca un esplicito riferimento alle azioni risarcitorie, a differenza del *Digital Services Act* (DSA)[58] o della direttiva pratiche commerciali sleali[59]. In relazione alla direttiva, è noto come l'art. 11 *bis*, introdotto da una modifica applicabile dal 2022[60], stabilisce che «i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito». Allo stesso modo, l'art. 54 del *Digital Services Act*[61] apertamente menziona il diritto al risarcimento.

L'esplicita e certamente non involontaria distanza fra le previsioni di tali ultimi atti normativi e il DMA rende incerta l'effettiva riconducibilità del *private enforcement* alla legge sui mercati digitali.

E la natura direttamente applicabile del DMA ai sensi dell'art. 288 TFUE non appare da sola sufficiente a riconoscere effetti diretti orizzontali a tutte le sue norme[62], stante la necessità di verificare che esso ponga diritti chiari, precisi e incondizionati agli utenti, applicabili direttamente nei tribunali nazionali. In primo luogo, gli obblighi negativi in capo ai *gatekeepers* si rendono applicabili solo posteriormente alla designazione da parte della Commissione ai sensi dell'art. 3 del DMA e dunque, ad esempio, la mancata designazione non è azionabile in un giudizio nazionale. La Commissione, peraltro, si vede riconosciuta la possibilità di adottare, in relazione agli obblighi previsti negli artt. 6 e 7, atti di esecuzione che specifichino «le misure che il *gatekeeper* interessato deve attuare per garanti-

[57] Corte di giustizia UE, 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska Industrial Solutions and Others*, punto 45.

[58] Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali).

[59] Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

[60] Direttiva UE 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le Direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

[61] Art. 54 Regolamento UE 2022/2065: «I destinatari del servizio hanno il diritto di chiedere un risarcimento, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, ai fornitori di servizi intermediari relativamente a danni o perdite subiti a seguito di una violazione degli obblighi stabiliti dal presente regolamento da parte dei fornitori di servizi intermediari».

[62] J. Winter, *Direct applicability and direct effect. Two distinct and different concepts in Community law,* in *CML Rev.*, 1972, 425 ss.; L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2020, 291. Con specifico riferimento al DMA, M. Del Moral Sánchez, *The Devil is in the Procedure: Private Enforcement in the DMA and the DSA,* in *University of Bologna Law Review*, 2024-05, 7 ss.

re un'osservanza effettiva degli obblighi»[63]. Anche la sospensione degli obblighi imposti ad un *gatekeeper*, qualora dimostri che questi comportino un rischio per la redditività economica della propria attività[64], non è azionabile davanti ad un giudice nazionale, così come la possibile esenzione dagli obblighi per motivi di salute pubblica e sicurezza pubblica ai sensi dell'art. 10 del DMA[65]. Infine, appare problematico il riconoscimento di effetti diretti alle previsioni in materia di integrità e sicurezza, laddove si consenta al *gatekeeper* l'adozione di misure protettive ai sensi dell'art. 6, par.4 e 7 del DMA, che rendono difficilmente qualificabili gli obblighi come incondizionati.

Inoltre, in relazione alla possibilità di esigere un risarcimento per i danni subiti a causa del comportamento del *gatekeeper*, rimane dubbia anche l'applicabilità della direttiva danni[66] per le finalità perseguite dal DMA[67]. La direttiva, infatti, pur introducendo un sistema che rende ampiamente riconosciuto ed applicabile il *private enforcement* nel sistema giuridico dell'Unione, trova applicazione in via retrospettiva, *ex post*, tipica del sistema *antitrust*, laddove è nota l'operatività *ex ante* della normativa DMA[68].

Tuttavia, il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione e, in particolare, il diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 191, TUE e art. 47 CDF, nonché la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia[69] sul punto, non possono essere *disregarded* e militerebbero per un'applicazione privata del DMA.

---

[63] Art. 8(3) Regolamento (UE) 2022/1925. La dottrina maggioritaria sul punto ritiene comunque che il processo volto a precisare gli obblighi di cui all'art. 6 costituisca solo una possibile eventualità ma che gli obblighi ivi previsti abbiano comunque piena efficacia e debbano essere in ogni caso rispettati, in presenza o in assenza di tale processo. V. M. Del Moral Sánchez, *The Devil is in the Procedure: Private Enforcement in the DMA and the DSA*, *op. cit.*, 7 ss.; F. Chirico, *Digital Markets Act: A Regulatory Perspective,* in *JECLAP,* 2021, 493 ss.

[64] A causa di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo: Art. 9 DMA.

[65] V. R. Podszun, *Private enforcement and Gatekeeper Regulation: Strengthening the Rights of Private Parties in the Digital Market Act,* in *JECLAP*, 2021, 1 ss.; C. Schepisi, *Digital Market Act e private enforcement*, in G. Caggiano, G. Contaldi, P. Manzini (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, 155 ss.

[66] Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

[67] Art. 1, par. 1, Regolamento UE 2022/1925: contribuire al «*proper functioning of the internal market by laying down harmonized rules ensuring for all businesses, contestable and fair markets in the digital sector across the Union where gatekeepers are present, to the benefit of business users and end users*».

[68] È stato comunque sostenuto in dottrina che la duplice base giuridica della direttiva (articoli 103 e 114 TFUE) potrebbe consentire in astratto un'operatività anche nell'ambito del DMA, basata sul solo art. 114 TFUE: T. Margvelashvili, *Charting the course of DMA's private enforcement: unveiling the forum shopping challenge,* in *Eur. Compet. J.*, 2024, 588 ss.

[69] Corte di giustizia UE, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*: «[i]l diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il trattato espressa-

Alcuni elementi in questo senso possono rinvenirsi già nel regolamento. Il considerando 42 del DMA[70] riconosce agli utenti commerciali e finali la possibilità di sollevare davanti agli organi giurisdizionali nazionali questioni relative a pratiche sleali dei *gatekeeper* che pongano un problema di inosservanza del pertinente diritto dell'Unione o del diritto nazionale.

Accanto a tale previsione non vincolante, l'art. 39, par. 5 del DMA[71], introdotto nel regolamento su proposta del Consiglio[72] (stante la completa assenza di previsioni relative al *private enforcement* nella originaria proposta della Commissione[73]), impone ai giudici nazionali di non formulare decisioni che siano in contrasto con una decisione adottata o contemplata dalla Commissione in applicazione del DMA. Tale previsione, pur se inserita in un articolo volto ad istituire un meccanismo di coordinamento tra la Commissione e i giudici nazionali[74], sem-

---

mente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal trattato ai singoli, agli stati membri o alle istituzioni comunitarie»; Corte di giustizia UE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage* e *Crehan*.

[70] Considerando 42 Regolamento UE 2022/1925: «Al fine di preservare un contesto imprenditoriale equo e proteggere la contendibilità del settore digitale, è importante tutelare il diritto degli utenti commerciali e degli utenti finali, inclusi gli informatori, di sollevare presso qualsiasi autorità amministrativa o altra autorità pubblica competente, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, questioni relative a pratiche sleali dei *gatekeeper* che pongano un problema di inosservanza del pertinente diritto dell'Unione o del diritto nazionale. È possibile, per esempio, che gli utenti commerciali o gli utenti finali vogliano denunciare diversi tipi di pratiche sleali, quali condizioni di accesso discriminatorie, chiusura ingiustificata degli account degli utenti commerciali o motivi poco chiari di eliminazione di prodotti dai listini. È pertanto opportuno vietare qualsiasi pratica che impedisca o ostacoli in ogni modo la possibilità per tali utenti di sollevare preoccupazioni o di presentare ricorso, per esempio mediante clausole di confidenzialità contenute in accordi o altre condizioni scritte».

[71] Art. 39, Regolamento UE 2022/1925. Cooperazione con gli organi giurisdizionali nazionali: «1. Nei procedimenti relativi all'applicazione del presente regolamento, gli organi giurisdizionali nazionali possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o il suo parere su questioni riguardanti l'applicazione del presente regolamento. 2. Gli Stati membri inoltrano alla Commissione copia di tutte le sentenze scritte emesse dagli organi giurisdizionali nazionali sull'applicazione del presente regolamento. Tale copia è trasmessa senza indugio dopo che il testo integrale della sentenza scritta è stato notificato alle parti. 3. Ove necessario ai fini dell'applicazione coerente del presente regolamento, la Commissione può, agendo di propria iniziativa, presentare osservazioni scritte agli organi giurisdizionali nazionali. Previa autorizzazione dell'organo giurisdizionale in questione, la Commissione può inoltre formulare osservazioni orali. 4. Ai soli fini della preparazione delle sue osservazioni, la Commissione può chiedere all'organo giurisdizionale nazionale in questione di trasmetterle o di fare in modo che le vengano trasmessi i documenti necessari alla valutazione del caso. 5. Gli organi giurisdizionali nazionali non formulano decisioni che siano in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione a norma del presente regolamento. Essi evitano inoltre decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati a norma del presente regolamento. A tal fine l'organo giurisdizionale nazionale può valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da essa avviati. Ciò lascia impregiudicata la possibilità degli organi giurisdizionali nazionali di chiedere una pronuncia pregiudiziale a norma dell'art. 267 TFUE».

[72] COREPER I, Orientamento generale, Fascicolo interistituzionale 2020/0374(COD), 16 novembre 2021, che introduce l'art. 32-*ter*.

[73] COM(2020) 842, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali). La proposta trovava ispirazione nelle previsioni molto simili già presenti negli articoli 15 e 16 del regolamento 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza.

[74] Nell'ottica di garantire coerenza e cooperazione fra sistemi di regolazione e *antitrust*, la stessa norma impone ai giudici nazionali di non emettere una decisione contrastante con quella già presa o contemplata dal-

bra implicitamente aprire alla possibilità per gli organi giurisdizionali nazionali di agire, non solo a seguito di una decisione della Commissione europea, ma anche in un procedimento parallelo a quello, eventualmente avviato da utenti commerciali e finali[75].

Ma la lettura di tale norma appare ambigua: se da un lato alcuni autori[76] propendono per una interpretazione estensiva del testo, intendendolo non limitato ad azioni successive a decisioni della Commissione in ragione dell'assenza di una esplicita previsione contraria nel regolamento e del contributo che tale interpretazione offre agli obiettivi perseguiti dal DMA, dall'altro lato altri commentatori evidenziano il rischio di eccessiva frammentazione nell'applicazione *stand alone* del DMA[77].

In alcuni Stati è stata incoraggiata l'applicazione privata del DMA nei propri processi legislativi[78] e, se in alcuni casi un adattamento della legislazione nazionale è allo studio[79], la Germania ha già aggiornato la propria legge sulla concorrenza[80], includendovi strumenti che consentono l'applicazione privata del DMA. La previsione consente ai concorrenti dei *gatekeepers* o ad altri partecipanti al mercato potenzialmente danneggiabili[81] la possibilità di richiedere, in caso di violazione imminente o in corso degli obblighi di cui agli artt. 5-7 del DMA, provvedimenti

---

la Commissione, al contempo riconoscendogli la possibilità di richiedere alla Commissione la trasmissione delle informazioni in proprio possesso o il proprio parere su questioni riguardanti l'applicazione del regolamento (parallelamente, è riconosciuta alla Commissione la possibilità di intervenire nei procedimenti giudiziari degli Stati membri come *amicus curiae*).

[75] Sul tratto *stand alone* del *private enforcement* nel DMA, mirante a responsabilizzare i singoli nell'applicazione del diritto dell'Unione al fine di consentirne l'effetto utile, C. Schepisi, *Digital Market Act e private enforcement*, in G. Caggiano, G. Contaldi, P. Manzini (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, 155 ss.

[76] È favorevole a una lettura estensiva della norma R. Podszun, *Private Enforcement and Gatekeeper Regulation: Strengthening the Rights of Private Partiesin the Digital Markets Act, op. cit.*, 255.

[77] Per voce critica rispetto a tale possibilità si veda A.P. Komninos, *The Digital Markets Act and Private Enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement*, in N. Charbit, S. Gachot (eds), *Eleanor M. Fox Liber Amicorum, Antitrust Ambassador to the World*, 2021, 438.

[78] Si veda ad esempio il *non-paper Strengthening the Digital Markets Act and its Enforcement* del 27 maggio 2021 relativo alla pubblicazione della proposta della Commissione sul DMA, firmato dai friends del DMA, i ministri economici di Francia, Germania e Olanda, disponibile online.

[79] Ad esempio in Olanda.

[80] Undicesimo emendamento alla legge contro le restrizioni della concorrenza (ARC). La possibilità di tale applicazione parallela trova peraltro conforto in una pronuncia della Corte federale tedesca del 10 febbraio 2021 (caso KZR 63/18, par. 36 - Schienenkartell VI), in cui viene sottolineata la natura indiretta ma preventiva del *private enforcement* nei casi di danni da cartello.

[81] In materia di diritto di concorrenza, la possibilità astratta di essere danneggiati dalla violazione del diritto della concorrenza è stata ritenuta sufficiente da parte dei giudici tedeschi (decisione del 28 gennaio 2020 - KZR 24/17, par. 25 - Schienenkartell II), sulla scorta della pronuncia della Corte di giustizia (Corte di giustizia UE, sentenza del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*, punto 26), che ha riconosciuto in via generalizzata il diritto di far valere efficacemente rivendicazioni per violazioni del diritto della concorrenza. Appare dunque probabile l'adozione di una simile ampia interpretazione della legittimazione ad agire anche con riferimento all'applicabilità privata del DMA.

ingiuntivi e di risarcimento dei danni ai sensi delle sezioni 33 e 33a, in linea con i principi che regolano l'applicazione tradizionale delle norme *antitrust*[82].

Allora, stante la natura concisa ed incerta delle disposizioni di *private enforcement* nel DMA, apparrebbe opportuno un chiarimento da parte della Corte di giustizia in ordine alla portata dei diritti di risarcimento e ai limiti dello *stand alone* nel DMA, anche al fine di evitare applicazioni differenziate della norma negli Stati membri dell'Unione, lesive dello scopo uniformante dei regolamenti, con le possibili correlate questioni di *forum shopping*[83] che applicazioni differenziate dell'atto normativo UE possono innescare.

4. *Gli strumenti di tutela collettiva nel DMA*

A differenza di quanto accade per l'esercizio innanzi alla giurisdizione ordinaria dei diritti soggettivi, l'art. 42 in combinato disposto con l'art. 52 ed il considerando 104 del DMA prevede che la Direttiva UE 2020/1828[84] in tema di azioni rappresentative per la tutela degli interessi dei consumatori si applichi espressamente nelle ipotesi in cui i *gatekeepers* abbiano operato in violazione degli artt. 5, 6 e 7 del DMA, ponendo in essere pratiche commerciali in grado di pregiudicare equità e contendibilità nonché, di conseguenza, interessi diffusi dei consumatori. Occorre specificare che, diversamente dalla Direttiva CE 2009/22 che prendeva ad esame le sole azioni inibitorie[85], la Direttiva UE 2020/1828 – dalla quale la prima è stata abrogata e sostituita – istituisce a partire dal 2023 un quadro comune euro-unitario in materia di tutele collettive di *redress* sia in ipotesi di adozione di provvedimenti inibitori sia in ipotesi di adozione di provvedimenti risarcitori[86]. In tema di legittimazione ad agire, è ravvisabile una certa continuità con le previsioni della direttiva abrogata. Quest'ultima affidava ad enti legitti-

[82] Per un'analisi della legge tedesca S. Horn, L. Rindsfus, *Private enforcement of the Digital Markets Act in Germany,* in *TaylorWessing,* 2024, disponibile online; G. Rurali, M. Seegers, *Private Enforcement of the EU Digital Markets Act: The Way Ahead after Going Live,* in *Kluwer Competition Law Blog*, 20 June 2023, consultabile in https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/06/20/private-enforcement-of-the-eu-digital-markets-act-the-way-ahead-after-going-live/. Gli autori si interrogano anche sull'eventuale inversione – alleggerimento dell'onere della prova a carico dei ricorrenti, derivante dal combinato disposto della normativa tedesca con le previsioni di cui al regolamento DMA. Si veda anche T. Margvelashvili, *op. cit*., 588 ss., che contiene anche un'analisi di una analoga proposta legislativa nei Paesi Bassi.

[83] T. Margvelashvili, *op. cit.,* 588 ss.; L. Hornkohl, A. Ribera Martínez, *Collective Actions and the Digital Markets Act: A Bird Without Wings* in *Antitrust Bull.*, 2024.

[84] Direttiva UE 2020/1828 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

[85] Direttiva (CE) 2009/22 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori abrogata dalla Direttiva (UE) 2020/1828.

[86] F. Battaglia, *Recenti novità in materia di azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, 2, 351.

mati la protezione degli interessi collettivi dei consumatori pregiudicati da pratiche illecite di professionisti. Nel nuovo quadro normativo si prevedono presupposti più stringenti per la designazione da parte degli Stati membri degli enti che si fanno portatori degli interessi diffusi dei consumatori[87]. Infatti, le associazioni dei consumatori[88] legittimate ad intraprendere azioni rappresentative vengono differenziate a seconda che agiscano a livello nazionale, transfrontaliero oppure su entrambi i livelli[89].

Venendo ai rapporti fra la Direttiva UE 2020/1828 ed il DMA sono riscontrabili talune problematicità concernenti il diverso modo di intendere i soggetti destinatari di tutela collettiva, l'esclusione degli utenti commerciali dall'azione esperita e infine i meccanismi previsti per l'adesione alle azioni di *collective redress*. Con riguardo alla prima questione è evidente che la definizione di consumatore prevista dalla direttiva del 2020 sia ben diversa da quella di utente finale rinvenibile nel DMA. Secondo i dettami dell'art. 3, punto 1 della suddetta direttiva il consumatore non può che essere «qualsiasi persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale», mentre l'art. 2, punto 20, del DMA concepisce l'utente finale come «qualsiasi persona fisica o giuridica diversa da un utente commerciale che utilizza i servizi di piattaforma di base». Se nel primo caso ad avere importanza sono da un lato l'agire per soddisfare bisogni che attengono alla sfera privata e dall'altro l'estraneità all'attività professionale del soggetto in questione[90], nel secondo è l'uso del servizio di piattaforma di base che assume rilievo, a prescindere dallo scopo per il quale lo si utilizza sia esso di natura professionale oppure privata[91]. In dottrina, emergono a ben vedere due considerazioni diverse. Da un lato, l'idea che il consumatore e l'utente finale non possano essere considerati sinonimi[92], dall'altro l'idea secondo cui la definizione di utente finale sarebbe associabile a quella di consumatore proprio in virtù del rapporto di alterità che rende gli *end users* diversi dai *business users*. Questi ultimi, infatti, si avvalgono del servizio di piattaforma di base nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali al fine di raggiungere gli utenti finali, mentre gli utenti finali ne fanno un uso prettamente

[87] E. Camilleri, *La Dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il "sistema delle prove". La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 4, 1082 ss.

[88] Sul *favor* per le associazioni dei consumatori della Direttiva 2020/1828, G. Vecchio, *Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi: le associazioni dei consumatori hanno più considerazione in Europa che in Italia?* in *federalismi.it*, 2022, 13, 233-234.

[89] Art. 4, par. 2, Direttiva (UE) 2020/1828.

[90] E. Guerinoni, *I contratti del consumatore in generale*, in G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (a cura di), *Concorrenza, Mercato e Diritto dei Consumatori*, Milano, 2018, 1376 ss.

[91] V. P. Bongartz, A. Kirk, *Article 2. Definitions*, in R. Podszun (ed.), *Digital Markets Act. Article-by-article Commentary*, *op. cit.*, 52-53.

[92] *Ibidem*.

personale e sono come tali equiparabili alla categoria dei consumatori di cui alla direttiva in materia di *collective redress*[93]. In considerazione dell'applicabilità della direttiva, le violazioni degli obblighi *ex ante* saranno rilevabili in giudizio dalle associazioni dei consumatori aventi legittimazione mediante ricorso dinanzi alle giurisdizioni ordinarie o alle autorità nazionali competenti. Una possibilità ulteriormente desumibile dal tenore letterale dell'art. 27, par. 1 del DMA che riconosce anche ai rappresentati degli utenti finali il potere di informare l'autorità nazionale competente delle pratiche commerciali realizzate in spregio agli obblighi *ex ante* del Regolamento.

Il richiamo alle associazioni dei consumatori, quali enti legittimati ad intervenire, pone l'ulteriore questione dell'esclusione degli utenti commerciali dalle azioni di tutela collettiva. È pur vero che la Direttiva UE 2020/1828 è rivolta esclusivamente ai consumatori ma è anche vero che, come ben esplicitato al par. 1 dell'art. 1 del DMA, la creazione di un mercato unico digitale europeo equo e contendibile costituisce un vantaggio tanto per gli utenti commerciali quanto per gli utenti finali. Barriere all'ingresso o all'uscita molto alte, conseguenti effetti di *lock-in* ed impossibilità di *multi-homing* nonché l'esistenza di squilibri gravi in termini di potere contrattuale pregiudicano tanto gli utenti commerciali quanto quelli finali. Tuttavia, il rinvio dell'art. 42 del DMA a forme di tutela collettiva inibitoria e compensativa previste dalla Direttiva UE 2020/1828 esclude alla radice tale possibilità determinando un vuoto normativo che, invece, andrebbe colmato.

Con riguardo ai meccanismi di partecipazione alle azioni rappresentative, la direttiva del 2020 distingue fra sistemi di *opt-out* e sistemi di *opt-in.* Con riguardo ai primi, i consumatori non sono tenuti a manifestare la propria volontà di farsi rappresentare in azioni in cui l'ente legittimato agisce sul piano nazionale per chiedere provvedimenti inibitori[94]. Avendo riguardo ai secondi, invece, tale manifestazione di volontà è necessaria al fine di ottenere provvedimenti risarcitori[95]. È evidente che la preferenza per un certo sistema piuttosto che un altro è necessariamente collegata anche al tipo di danno sopportato dal consumatore. Se di modesta entità, la scelta preferenziale dovrebbe essere quella dell'*opt-out*. In caso contrario, i costi di adesione espressa per un numero elevato di consumatori e quelli di notifica per i professionisti sarebbero evidentemente più alti del *quantum debeatur* da liquidare e per di più i consumatori aderenti, visti i costi, sarebbero quantitativamente inferiori rispetto al numero previsto e non trarrebbero neppure giusta soddisfazione dal risarcimento liquidato. Se, al contrario, il danno accertato fosse considerevole ed i consumatori pregiudicati fossero un numero limitato sarebbe opportuno lasciarli liberi di decidere se aderire o meno al conten-

[93] L. Hornkohl, A. Ribera Martínez, *op. cit.*, 32-35.
[94] Art. 8, par. 3, Direttiva (UE) 2020/1828.
[95] Art. 9, par. 2, Direttiva (UE) 2020/1828.

zioso mediante clausola *opt-in*[96]. Le oscillazioni a livello istituzionale fra l'adozione dell'uno o dell'altro dei sistemi di ricorso per i danni collettivi e le loro implicazioni sul piano risarcitorio hanno fatto sì che le istituzioni europee lasciassero liberi gli Stati membri di scegliere il meccanismo più opportuno da adottare sino a prevedere anche l'adozione di sistemi ibridi[97].

Le criticità subentrate in tema di scelta fra sistemi di adesione alle azioni di *collective redress* potrebbero estendersi alle azioni a tutela degli interessi diffusi degli utenti finali pregiudicati dalle condotte dei *gatekeepers*. Nello specifico, né il sistema *opt-out* né il sistema *opt-in* potrebbero rilevarsi opportuni e convenienti in termini di economia processuale. Se da un lato infatti il numero considerevole di utenti finali pregiudicati dalle condotte dei guardiani dei mercati renderebbe più conveniente un meccanismo di *opt-out*, dall'altro, proprio in considerazione dei pregiudizi considerevoli determinate dalle condotte illecite dei guardiani da misurarsi in termini di lesione di *fairness* e *contestability*, potrebbe, invece, rendere più opportuno agire su mandato dei consumatori interessati, adottando un meccanismo di *opt-in*. Ed è bene anche considerare che dinanzi a tale eventualità i costi per l'adesione al ricorso o per la notifica potrebbero disincentivare il numero delle adesioni che sarebbe largamente inferiore a quello dei *class members* potenziali da coinvolgere.

5. *Note conclusive*

I limiti mostrati dal sistema di *enforcement* antitrust nel perseguire le condotte anticompetitive dei guardiani dei mercati hanno col tempo reso inidoneo il diritto della concorrenza europeo a correggere le distorsioni cui è stato sottoposto il mercato unico europeo per effetto di un potere, quello digitale, a natura reticolare[98], impossibile da arginare tanto sul piano dell'*enforcement antitrust* quanto sul piano della regolazione economica. Da qui, l'idea di prevedere una normativa che sia in grado di avvalersi non solo dei tradizionali rimedi della disciplina *antitrust* unionale ma anche di strumenti di regolazione economica[99]. Il sistema di applicazione delle regole del DMA è peraltro riconducibile ad un'architettura istituzionale costruita su un'idea di regolazione partecipativa che vede in rela-

[96] Parere del Comitato economico e sociale europeo, del 20 settembre 2018, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, 2018/0089 (COD), par. 4.12.

[97] Per approfondimenti a partire dalla proposta di Direttiva sino alla sua adozione si v. R. Amaro *et al.*, *Collective redress in the Member States of the European Union*, Brussels, 2018, 85-86.

[98] L. Torchia, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il Mulino*, 2024, 1, 18.

[99] M. Libertini, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit*, in *ODC*, Fascicolo speciale, 2021, 357.

zione fra di loro in triplice dialettica la Commissione, i soggetti destinatari delle norme e, infine, gli *stakeholders* privati e pubblici. Se sul piano della *compliance* il tentativo di coinvolgere soggetti ulteriori al regolatore e al regolato nel modello normativo prescelto si è tradotto in un monologo regolatorio piuttosto che in un dialogo effettivo[100], sul piano del *public enforcement* di matrice punitiva e sanzionatoria il tentativo si rileva ancora manchevole. Difatti, il sistema approntato dimostra di essere solo potenzialmente multi-partecipativo senza essersi tradotto in una concreta interlocuzione normativa con le parti interessate. Nel modello di *enforcement* costruito su logiche deterrenti[101], la Commissione, pur mantenendo fede a quanto previsto nel considerando 91, e cioè di essere l'unica esecutrice del Regolamento e l'organo di vertice del modello regolatorio, ha predisposto un sistema di implementazione della normativa all'interno del quale la tendenza decentralizzante ereditata dal Regolamento UE 2003/1 traspare in maniera netta. Da un lato, rendendo il modello regolatorio multi-partecipativo mediante l'ingresso nei processi decisionali delle imprese regolate e degli *stakeholders*, dall'altro coinvolgendo le NCAs nei rapporti con la Commissione. Tuttavia la spinta decentralizzante rimane al momento solo in potenza. L'eventuale coinvolgimento delle parti interessate nel processo regolatorio, infatti, è rimesso alla mera valutazione discrezionale della Commissione e anche il margine di intervento delle NCAs è assai limitato, trattandosi per lo più di un mero supporto all'esecutivo.

Se l'interlocuzione è manchevole sul piano del *public enforcement*, lo è in altrettanta misura sul piano del *private enforcement* che vede gli utenti impossibilitati a far valere i propri interessi individuali innanzi ai tribunali nazionali, a differenza di quanto previsto dal DSA o dalla direttiva in materia di pratiche commerciali sleali. Un vuoto che sembra essere in parte colmato, nell'ambito relativo alla tutela degli interessi collettivi, dall'espressa previsione di applicazione della Direttiva UE 2020/1828 in tema di azioni rappresentative a tutela dei consumatori, a prescindere poi da talune criticità relative all'estensione del campo applicativo della suddetta direttiva ai mercati digitali. Si pensi all'esclusione dalle azioni di *collective redress* di alcuni dei soggetti potenzialmente lesi dal rapporto con i guardiani, con specifico riferimento agli utenti commerciali, pregiudicati allo stesso modo degli utenti finali da pratiche commerciali inique.

Tali manchevolezze sono evidenti, non possono essere ignorate e necessitano, dunque, di essere chiarite mediante l'opportuno e quanto mai auspicabile intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea, se non addirittura da un nuovo e necessario intervento normativo del legislatore europeo sul regolamento in vigore.

---

[100] A. Licastro, *La configurazione dei mercati digitali a partire dal Digital Markets Act*, in *RRM*, 2025, 1, 11.

[101] Si vedano i Capi IV e V dell'impianto normativo in esame.

Il ruolo del public e private enforcement nel Digital Markets Act

L'approvazione del *Digital Markets Act* ha rappresentato un cambiamento epocale nel panorama normativo, finora definito dalle autorità di regolamentazione per garantire il corretto funzionamento della concorrenza nei mercati digitali. Tuttavia, tale regolamento presenta molti aspetti critici, soprattutto se si presta attenzione all'attuale sistema di attuazione. Lo scopo di questo contributo è quello di indagare le criticità che emergono dall'analisi del sistema di applicazione del *Digital Markets Act*. Sebbene, infatti, a livello di tutela pubblica della concorrenza sia possibile riscontrare un coinvolgimento delle parti interessate il quale, anche se timido, rivela l'intenzione di costruire un sistema di applicazione multi-stakeholder, a livello di tutela privata della concorrenza il coinvolgimento delle parti interessate è quasi del tutto assente. Fatta eccezione per il riferimento alla direttiva UE 2020/1828 che sembra aprire la strada, nonostante alcune criticità, ad azioni risarcitorie collettive.

The role of public and private enforcement in the Digital Markets Act

The adoption of the Digital Markets Act represented an epoch-making change in the regulatory landscape so far designed by regulators to ensure the proper functioning of competition in digital markets. However, there are many critical issues about that regulation, especially if one pays attention to the current enforcement system. The aim of this contribution is to investigate the criticalities that emerge from the analysis of the enforcement system of the Digital Markets Act. Although on the level of public protection of competition it is possible to discern a stakeholder involvement that, albeit timidly, reveals the intention to build a multi-stakeholder enforcement system, on the level of private protection of competition stakeholder involvement is almost completely absent. Except for the reference to Directive UE 2020/1828 that seems to pave the way for, despite some criticalities, to collective redress actions.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 543-558

Articoli e saggi

Analisi comparata dei modelli partecipativi. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*

Cristina Fragomeni

Sommario: 1. La scansione dell'*iter* procedimentale spagnolo. – 2. Gli strumenti partecipativi apprestati dalla *Ley n. 39/2015*. Rilievi critici nel raffronto con la disciplina della Legge n. 241/1990. – 3. Riflessioni conclusive.

1. *La scansione dell'*iter *procedimentale spagnolo*

Il *procedimiento administrativo*, regolato nell'ordinamento spagnolo dalla *Ley n. 39/2015 de 1° de octubre, del Procedimiento Administrativo Común*, è la forma tipica di estrinsecazione della funzione amministrativa, l'*iter* che l'amministrazione è tenuta a seguire nell'esercizio del potere pubblico, il canale attraverso cui fluiscono la volontà e l'attività amministrativa[1].

Ricorrente, nella dottrina spagnola, è il richiamo della definizione elaborata da Agustín Gordillo, il quale ha descritto il procedimento amministrativo come la parte del Diritto amministrativo che studia la regolamentazione dell'intervento dei soggetti interessati in sede di predisposizione nonché di contestazione della determinazione amministrativa; il procedimento amministrativo – prosegue l'autore – è il terreno di coinvolgimento e di tutela degli interessati, in ogni fase di formazione della volontà amministrativa[2].

---

* Lo scritto costituisce la rielaborazione, con opportune integrazioni, della relazione svolta nell'ambito dell'*encuentro internacional de Derecho administrativo* dal titolo «*La participación del ciudadano en el procedimiento administrativo*», tenutosi presso l'*Universidade de Santiago de Compostela* il 26 febbraio 2025.

(*Alla memoria di mia nonna, luce costante del mio percorso*).

[1] J. González Pérez, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 2002, 76.

[2] A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, Buenos Aires, 2003, 396. Precisamente – scrive l'Autore – il procedimento amministrativo studia «*reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa. Estudia por lo tanto la participación y defensa de los interesados* […] *en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa (sea de tipo individual como general; en este último caso es específicamente el procedimiento de audiencia pública el que debe también seguirse, sin*

È manifesta, sin dalla ricostruzione concettuale innanzi riportata, la centralità rivestita dalla partecipazione e dalle prerogative difensive dei soggetti interessati.

Nel quadro della scansione del *procedimiento administrativo*, la *fase de iniciación* è innescata da un'*iniciativa de officio* ovvero su *solicitud del interesado* (art. 54, *Ley n. 39/2015*). È espressamente previsto che l'*iniciativa de officio* possa essere stimolata da una *denuncia*, direttamente rivolta alla pubblica amministrazione, da parte di chiunque giunga a conoscenza di un fatto che potrebbe giustificare l'intrapresa di un procedimento amministrativo[3]. In tale ipotesi, l'iniziativa permane in capo all'amministrazione procedente, la quale, in via effettiva, decide se avviare o meno il procedimento, in relazione alla rilevanza ascritta al fatto segnalato; tant'è vero che la presentazione della *denuncia* non comporta, di per sé stessa, l'acquisizione da parte del segnalante della qualifica di *interesado* (art. 62, *Ley n. 39/2015*). In senso affine, pur in carenza di una previsione espressa, nell'ordinamento italiano, nelle ipotesi in cui difettino in capo al privato un interesse protetto ed in capo alla pubblica amministrazione un obbligo di procedere, l'impulso del privato è propriamente qualificato non come istanza, bensì come denuncia, veicolo di sottoposizione all'attenzione della pubblica amministrazione di una situazione di fatto, rispetto alla quale si sollecita l'adozione di una misura adeguata (si pensi all'invito all'autotutela, il cui esercizio è rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione)[4].

All'interno della successiva *fase de la instrucción*, l'amministrazione acquisisce e pondera fatti e atti rilevanti ai fini dell'emissione della *resolución*. Si tratta, pertanto, della fase in cui prende forma la *participación del ciudadano en el procedimiento administrativo,* nucleo della comparazione che il presente scritto intende sviluppare.

Infine, a completamento dell'*iter* procedimentale si pone la *fase de la finalización*. Ai sensi dell'art. 21 della *Ley n. 39/2015*, sulla pubblica amministrazione incombono gli obblighi di adottare una decisione espressa e di provvedere alla notificazione della medesima, in tutti i procedimenti, indipendentemente dalla relativa modalità di avvio. La *resolución* dovrà rispecchiare i requisiti contenutistici prescritti dall'art. 89.

L'argomento che si accinge ad affrontare, profondamente sviscerato dalla dottrina, presenta interessanti profili di attualità. Precisamente, il riferimen-

---

perjuicio del trámite administrativo corriente) y desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere a la defensa, participación e intervención de dichos interesados».

[3] Per quanto concerne l'iniziativa d'ufficio, più puntualmente, l'art. 58 della *Ley n.* 39/2015, rubricato «*Iniciación de oficio*», dispone che: «*Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia*».

[4] E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2025, 400. Come precisa l'Autore, l'ordinamento regola ipotesi in cui il procedimento di secondo grado deve essere obbligatoriamente attivato se la sollecitazione proviene da un'autorità indipendente.

to corre alla controversia definita lo scorso anno dal *Tribunal Supremo spagnolo*, *Sala de lo Contencioso - Administrativo*, *Sección Quinta*, adito da *Xunta de Galicia*, *EGA (Asociación Eólica de Galicia)* e *EDP Renovables España, S.L.U.* avverso la sentenza del *Tribunal Superior de Justicia de Galicia*, con la quale si disponeva l'annullamento dell'approvazione del progetto di realizzazione di un parco eolico nel Comune di Ponteceso. La questione nevralgica del giudizio di annullamento ha riguardato il momento di introduzione dei rapporti settoriali (*informes sectoriales*), necessari ai fini della valutazione di impatto ambientale, nella fattispecie non acquisiti anteriormente al *trámite de información pública* (sul punto si tornerà *infra*), peraltro temporalmente compresso, in asserita violazione del diritto alla partecipazione effettiva.

Il *Tribunal Supremo* sulla scorta della considerazione per cui né la direttiva 2011/1992/UE né la normativa spagnola impongono il recepimento dei rapporti settoriali preliminarmente alla sottoposizione del progetto alla fase di *información pública*, ha accolto il ricorso e annullato la sentenza impugnata, con conseguente reviviscenza della validità del progetto afferente al parco eolico. In tale direzione, è stato conferito valore dirimente all'effettività della partecipazione, che, in concreto, non avrebbe ricevuto alcun *vulnus* per effetto della contrazione del *trámite de información pública* e dell'omessa acquisizione degli *informes sectoriales* con priorità rispetto all'apertura della fase in argomento[5].

2. *Gli strumenti partecipativi apprestati dalla* Ley n. 39/2015. *Rilievi critici nel raffronto con la disciplina della Legge n. 241/1990*

Nell'architettura della *Ley n. 39/2015*, è dedicato alla disciplina dell'*instrucción del procedimiento* il *Capítulo IV*, composto dagli artt. 75-83.

L'art. 76 della *ley del procedimiento administrativo común* regola l'introduzione di *alegaciones*, *documentos*, *elementos de juicio* da parte degli *interesados*, in qualunque momento procedimentale anteriore al *trámite de audiencia* (che si esaminerà nel prosieguo)[6]. Il successivo art. 77 si occupa della produzione dei mezzi di prova, ammessi dalla legge[7], a suffragio dei fatti rilevanti per la decisione finale. Ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, l'amministrazione può rav-

[5] Cfr., più approfonditamente, *STS 25 de enero de 2024, rec. n. 4795/2022.*

[6] Il secondo comma dell'art. 76 consente, in casi determinati, il superamento del predetto limite temporale, disponendo quanto segue: «*En todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria*».

[7] Sul punto, sono richiamati i criteri fissati dalla *Ley 1/2000, de 7 de enero,de Enjuiciamiento Civil.*

visare i presupposti per l'apertura di un *período de prueba*, di durata oscillante tra un minimo di dieci giorni ed un massimo di trenta giorni; in aggiunta, su richiesta degli *interesados* e se giudicato indispensabile, l'*instructor* può promuovere un *período extraordinario de prueba*, che non potrà protrarsi oltre i dieci giorni[8]. L'avvio delle *actuaciones necesarias* per l'esperimento delle prove ammesse deve essere comunicato a cura dell'amministrazione procedente agli *interesados* con congruo anticipo, ai sensi dell'art. 78.

Istruito il procedimento, si articola una sorta di fase subprocedimentale, il *trámite de audiencia*, ai sensi dell'art. 82, in cui ha luogo la produzione da parte degli *interesados* di *documentos* e *justificaciones* considerati pertinenti; tale attività deve essere espletata in un arco temporale ricompreso tra i dieci e i quindici giorni.

L'art. 83 regola l'attivazione di un *período de información pública*, ove l'organo a cui compete l'adozione della determinazione conclusiva lo ritenga necessario in ragione della natura del procedimento pendente. Affinché qualunque persona fisica o giuridica possa prendere visione del fascicolo del procedimento, il secondo comma dello stesso articolo prevede la pubblicazione nel *Diario oficial* di un avviso, contenente le indicazioni del luogo di esposizione e del termine, in nessun caso inferiore a venti giorni, per la formulazione di *alegaciones*. La comparizione nel *trámite de información pública* non determina, per ciò solo, l'acquisizione della qualifica di *interesado*. Ciononostante, i soggetti che presentano in tale sede *alegaciones* ovvero *observaciones* hanno il diritto di ottenere una risposta motivata da parte dell'amministrazione. In chiusura, l'articolo in commento stabilisce che, conformemente alle disposizioni di legge, le pubbliche amministrazioni possono definire forme, mezzi e percorsi alternativi di partecipazione al procedimento delle persone, direttamente o attraverso associazioni ed organismi riconosciuti *ex lege*.

A ben vedere, l'illustrato art. 83, nel disciplinare il *trámite de información pública*, trascura una precisazione determinante, poiché non predefinisce la sezione procedimentale in cui deve essere avviata tale procedura, là dove il precedente art. 82, quanto all'*audiencia de los interesados*, specifica, sin dall'apertura, il relativo inquadramento cronologico (tra la conclusione dell'*instrucción* e la formulazione, ove previsto, della *propuesta de resolución*, su cui si approfondirà *infra*). L'indeterminatezza sotto il profilo temporale della sola disciplina del *trámite de información pública*, e non anche di quella avente ad oggetto il *trámite de audiencia*, troverebbe spiegazione nella diversità di *ratio* che ispira le procedure in esa-

[8] L'attività di acquisizione del materiale probatorio riveste un'importanza «*medular*» nello svolgimento della fase istruttoria; attraverso l'attività in argomento, «*la autoridad administrativa puede formarse convicción respecto a la resolución del caso concreto, en mérito de la verdad material a obtener. Es mediante la actividad probatoria que se comprueban los datos aprobados por los administrados o los obtenidos por la Administración*». In tal senso, C. Guzmán Napurí, *La Instrucción del Procedimiento Administrativo*, *Derecho & Sociedad*, 2005, 300.

me: la prima costituisce un presidio partecipativo strumentale alla introduzione di elementi potenzialmente in grado di influire sul contenuto del provvedimento che l'amministrazione adotterà[9]; l'*audiencia de los interesados*, diversamente, è teleologicamente orientata a preservare le situazioni giuridiche soggettive connesse allo specifico procedimento incardinato.

Com'è chiaro, l'ubicazione temporale dell'*información pública* in un determinato segmento procedimentale piuttosto che in un altro trascina con sé una serie di risvolti. In termini più puntuali, l'esperimento della procedura in discorso nel momento embrionale della *fase instructoria* alimenterebbe le probabilità di incidenza degli elementi introitati sul contenuto della determinazione conclusiva, a fronte del concomitante rischio che la partecipazione civica si esplichi in uno stadio in cui non siano ancora maturate le condizioni essenziali ai fini dell'elaborazione di una posizione fondata. Del resto, il rischio profilato sarebbe scongiurabile attraverso lo svolgimento dell'*información pública* all'esito del completamento dell'*instrucción*, sulla falsariga del *trámite de audiencia*, in un frangente in cui, tuttavia, i margini di incidenza sul progetto di decisione tendono a decrescere[10].

A differenza che nell'ordinamento italiano, è dunque la stessa *ley del procedimiento administrativo común* a prevedere l'apertura di un canale di partecipazione civica all'interno dei procedimenti la cui natura lo esiga.

In Spagna, la disciplina ad opera della legge del coinvolgimento dei cittadini nel procedimento preordinato all'adozione di determinazioni amministrative che li concernono rinviene fondamento costituzionale in una specifica disposizione. L'art. 105, lett. *a)*, della *Constitución*, demanda alla legge la disciplina dell'audizione dei cittadini, in forma diretta ovvero per il tramite delle organizzazioni e delle associazioni riconosciute *ex lege*, nell'ambito del procedimento di formazione delle decisioni amministrative che li riguardano[11]. L'art. 83, *supra* esaminato, costituisce, pertanto, l'immediata attuazione di tale previsione costituzionale.

---

[9] Sulla duplice finalità, garantistica e partecipativa, del *trámite de información pública*, si vedano, più approfonditamente, C. Cierco Seira, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo,* Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, 253 ss; J.A. Tardío Pato, *Alegationes, audiencia y participación de los interesados*, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico del básico del sector público*, II, E. Gamero Casado (director), Valencia, 2017, 1613. Quanto alle criticità insite nello stesso strumento, anche alla luce del raffronto con il modello francese, si veda R. Parada, *Régimen júridico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, 1999, 323.

[10] Sulla questione si vedano, più approfonditamente, L. Miguez Macho, *La modernización del procedimiento administrativo*, Aranzadi, 2021, 53; A. Nogueira López, *La participación en la evaluación de impacto ambiental. Dogma y realidad, La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, A. García Ureta (coord.), Madrid, 2016, 125-126.

[11] Testualmente, il citato articolo affida alla legge «*la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten*».

Parallelamente, nel panorama normativo italiano, a livello costituzionale, il principio di partecipazione non è espressamente sancito[12]. La dottrina ne ha rintracciato un fondamento nell'art. 3, comma 2, Cost.[13], in cui si specchierebbe la nozione «politica» di partecipazione[14], che, prescindendo dalla riferibilità di una puntuale legittimazione procedimentale, si sostanzierebbe nella «capacità generale» dei cittadini di rappresentare le proprie posizioni ed opinioni all'autorità decidente[15].

---

[12] Invero, ancor prima dell'entrata in vigore della Costituzione, elementi idonei a suffragare la vigenza di un principio generale di partecipazione nell'ordinamento italiano potevano evincersi dalla legislazione ordinaria, precisamente dall'art. 3, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, il quale, tuttavia, ha sofferto di una scarsa applicazione, addebitata alle perplessità destate da un istituto la cui generalizzata attuazione avrebbe potenzialmente ostruito l'esercizio dell'azione amministrativa. In tal senso, E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 106. Nella medesima direzione, sottolineano l'aggravio del procedimento amministrativo che conseguirebbe alla partecipazione E. Cardi, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I e II, Rimini, 1983-1984, 3; R. Dahrendorf, *Il conflitto sociale nella modernità*, Bari, 1989; V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in *Giustamm.it*, 2005. Quanto alle opinioni favorevoli all'applicazione generalizzata del citato art. 3, l. n. 2248/1865 a tutti i procedimenti di primo grado, si vedano G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958, 76 ss; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, II, s.d., 541.

[13] In tal senso, U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, 119 ss; V. Atripaldi, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione dell'art. 3 della Costituzione*, in Aa.Vv., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli, 1974, 13. La facoltà del cittadino di partecipare al procedimento amministrativo è stata, altresì, riconnessa al principio costituzionale di imparzialità, che imporrebbe alla pubblica amministrazione l'obbligo di recepire e ponderare anche gli interessi dei cittadini. In tal senso, G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969, 46 ss. A tale riconduzione è stato opposto il rilievo per cui l'art. 97 Cost. dovrebbe essere interpretato alla stregua di una direttiva che il legislatore ha l'obbligo seguire nel regolamentare i singoli procedimenti (M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004, 28). Una posizione più radicale ha, invece, scorto tra l'imparzialità e la partecipazione un rapporto di reciproca esclusione, atteso che la prima postulerebbe la neutralità dell'amministrazione «e quindi l'assenza di pressione degli amministrati». In tal senso, S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur*., 1970, 25.

[14] Invero, com'è stato osservato, l'art. 3, comma 2, Cost., parla, oltre che di partecipazione «politica», di partecipazione «sociale» ed «economica». In tal senso, A. Valastro, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti. Relazione introduttiva alle giornate di studio su "Le regole della partecipazione. Cultura giuridica e dinamiche istituzionali dei processi partecipativi"*, Perugia, 11-12 marzo 2010, in *Astrid-online.it*. Rileva, inoltre, l'Autrice che, d'altra parte, le interpretazioni che valorizzano la connessione tra partecipazione ed eguaglianza sostanziale, subordinando l'attuazione dei diritti partecipativi alla predisposizione di un «sistema di interventi positivi», condurrebbero all'assimilazione di tali diritti ai diritti sociali (che, a differenza dei primi, presuppongono l'estraneità del cittadino rispetto allo Stato).

[15] S. Cognetti, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 3 ss. L'Autore accosta all'illustrata nozione politica di partecipazione, la nozione giuridica, riconducibile agli artt. 24 e 113 Cost. e comprensiva dei risvolti, giuridicamente rilevanti, scaturenti dall'esercizio della partecipazione da parte del soggetto legittimato ad intervenire nel procedimento, comportando la «doverosità del comportamento dell'autorità amministrativa», da intendersi come obbligo di recepire e soppesare l'interesse esternato nonché di fornire una risposta che offra contezza dell'adeguata ponderazione delle circostanze (fattuali e giuridiche) prefigurate dal partecipante. Sicché, da ultimo, il valore giuridico della partecipazione ricomprenderebbe in sé stesso il risultato giuridicamente conseguibile, oggetto di tutela in sede giurisdizionale. In senso affine, è stato rilevato il carattere disorganico del fenomeno partecipativo, osservando che la partecipazione si declinerebbe in strumento di «difesa preventiva», se legittimata in ragione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva che sarà incisa dagli effetti della decisione; si sostanzierebbe, invece, in collaborazione all'assunzione di decisioni concernenti «interessi ultraindividuali», nel caso in cui la legittimazione

A livello settoriale, giungono in considerazione le normative che espressamente regolano il coinvolgimento del cittadino in determinati procedimenti, là dove la partecipazione civica acquisisce un senso. Affiorano all'attenzione, in tale contesto, a titolo meramente esemplificativo, i procedimenti tesi all'emissione di atti di pianificazione, sottratti dallo spettro applicativo del Capo III della Legge 7 agosto 1990, n. 241, ai sensi dell'art. 13, per essere assoggettati alle peculiari norme che specificamente li regolano – nell'esempio proposto, trattasi, com'è noto, della Legge 17 agosto 1942, n. 1150[16] – e che preservano il contraddittorio tra soggetti pubblici e privati[17].

Diversamente, alla stregua di quanto *supra* rilevato, nel quadro della *Ley n. 39/2015*, il descritto meccanismo di sostituzione – della disciplina di cui al Capo III della legge sul procedimento da parte della normativa settoriale[18] – cede il passo ad un meccanismo di integrazione: la disciplina della *ley del procedimiento administrativo común*, precisamente l'art. 83 regolante il *trámite de información pública* avuto riguardo ai procedimenti la cui natura lo richieda, riceve completamento dalla normativa di settore.

---

discenda dalla qualità di cittadino. Cfr., sul punto, F. Trimarchi Banfi, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 1, 1.

[16] L'art. 9 della citata legge stabilisce che il progetto di piano regolatore generale del Comune rimane depositato presso la Segreteria comunale per trenta giorni, affinché chiunque possa prenderne visione. Entro i trenta giorni successivi alla scadenza del periodo di deposito, è riconosciuta la possibilità di formulare osservazioni alle associazioni sindacali ed agli altri enti pubblici ed istituzioni interessate; tale ultima previsione è interpretata estensivamente, in modo da consentire la presentazione di osservazioni anche ad altri soggetti privati. In tal senso, F. Ciarlariello, *Macro-rigenerazione urbana: tra partecipazione dei privati e discrezionalità amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2024, 28, 23. Tuttavia, come osserva l'Autrice (23 ss), l'attitudine della partecipazione privata a realizzare una concreta incidenza sull'attività amministrativa è irrisoria, attesa, soprattutto, l'assenza in capo all'amministrazione di un obbligo di analiticamente motivare il rigetto ovvero l'accoglimento delle osservazioni prodotte dai privati. Il quadro muta con riferimento ai piani particolareggiati, in esecuzione del piano regolatore generale, in relazione ai quali l'art. 15 della Legge n. 1150/1942 riconosce la possibilità ai proprietari di immobili situati nelle zone incluse nei piani nonché alle associazioni sindacali interessate di avanzare (non osservazioni ma) opposizioni. In tal caso, la giurisprudenza ha ritenuto necessaria l'esternazione da parte della pubblica amministrazione di «un motivo, sia pure del tutto succinto» per il quale le opposizioni non sono state valutate meritevoli di accoglimento, in considerazione della natura esecutiva dei piani e dell'effetto dichiarativo della pubblica utilità delle opere contemplate. Cfr., sul punto, TAR Marche, Sez. I, 28 dicembre 2006, n. 1555.

[17] Cfr., *ex multis*, TAR Veneto, Sez. I, 5 marzo 2014, n. 298, che evidenzia il carattere non necessario, nella scelta pianificatrice, del contraddittorio, ai sensi dell'art. 7 della Legge n. 241/1990, giacché «secondo pacifica giurisprudenza, le esigenze di contraddittorio trovano ampio soddisfacimento, in sede di procedimento pianificatorio, negli istituti dell'adozione e pubblicazione dello strumento e delle osservazioni su di esso formulabili dagli interessati». Nel medesimo senso, Cons. Stato, Sez. IV, 22 novembre 2013, n. 5547.

[18] Invero, sul punto, la giurisprudenza ha affermato che l'obiettivo dell'art. 13 della Legge n. 241/1990 consiste nell'arginare «la *duplicazione* delle forme di partecipazione procedimentale», non nello sradicarle con la conseguenza di precludere il recepimento e la valutazione degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del potere di pianificazione territoriale, così ledendo il principio costituzionale di buon andamento; «sicché, se nella disciplina della pianificazione del territorio manca ogni altra previsione di partecipazione procedimentale, l'art. 7 finisce col disciplinare l'unica forma di partecipazione procedimentale dei privati ad un assetto del territorio che interferisca coi loro interessi». Cfr., in tal senso, TAR Lombardia, Sez. I, 14 gennaio 2002, n. 16; Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5720.

Ancora, nel medesimo ordinamento spagnolo, l'art. 105, lett. *c)*, della *Constitución*, affida alla legge la regolamentazione del procedimento finalizzato all'emissione di atti amministrativi, con la garanzia, ove occorra, dell'audizione dell'interessato[19]. In tal guisa, è assicurato ancoraggio costituzionale al *trámite de audiencia*, di cui all'art. 82 della *Ley n. 39/2015*. È questa, con ogni probabilità, la differenza più notevole rispetto all'ordinamento italiano, in cui le garanzie connaturate al procedimento amministrativo, come confermano gli arresti della giurisprudenza costituzionale in materia di giusto procedimento[20], non godono di un'esplicita copertura costituzionale[21].

Nel sistema normativo nazionale, un istituto di peculiare interesse nella prospettiva della effettività del contraddittorio procedimentale, come risaputo, è il cosiddetto preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-*bis* della Legge n. 241/1990[22]. Nel sistema spagnolo, uno strumento assimilabile è previsto, nella *ley del procedimiento administrativo común*, dall'art. 89; il raffronto in questione, difettando di una piena linearità, postula talune precisazioni preliminari. La *propuesta de resolución* trova spazio, eccettuate le ipotesi tipizzate dal primo comma del menzionato art. 89[23], nei procedimenti ordinari ogniqualvolta non ricorra coinciden-

[19] Ai sensi dell'articolo in disamina, la legge regolerà: «c) *el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado*».

[20] Sul giusto procedimento amministrativo, tra i tanti autorevoli contributi, si vedano, a titolo esemplificativo, V. Crisafulli, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost*., I, 1962; G. Roehrssen, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, 1; M.C. Cavallaro, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro Amm*., 2001, 6; G. Manfredi, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amministrativo: Tar -2007*; A. Zito, *Il principio del giusto procedimento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 509 ss.

[21] Emblematica, in tal senso, Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, in cui si rimarca che il principio del giusto procedimento, «in virtù del quale i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni», non può reputarsi «assistito in assoluto da garanzia costituzionale». Più puntualmente, la Corte costituzionale si è misurata a partire dagli anni Sessanta (sent. 2 marzo 1962, n. 13) con la questione del riconoscimento di rango costituzionale al principio in argomento, qualificando in questa sede, per la prima volta, l'esigenza del giusto procedimento come principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato. Ai fini di una più completa ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia, sia consentito rimandare a C. Fragomeni, *Il dibattito attuale sulla configurabilità della riserva di partecipazione*, in *questa Rivista*, 2024, 3, 355 ss.

[22] In particolare, come ricorda Cons. Stato, Sez. III, 28 gennaio 2014, n. 418, l'art. 10-*bis* della Legge n. 241 del 1990 è stato introdotto dall'art. 6 della Legge 11 febbraio 2005, n. 15 (successivamente novellato per effetto del terzo comma dell'art. 9 della Legge 11 novembre 2011, n. 180), che ha immesso, in via generale, nell'ordinamento nazionale, il cosiddetto preavviso di diniego. L'istituto ha la funzione di rendere edotto il soggetto che ha presentato una domanda alla pubblica amministrazione in ordine ai motivi che impediscono di accoglierla, così consentendo all'interessato medesimo, in via amministrativa e precontenziosa, di rappresentare all'amministrazione, nel termine assegnato, le ragioni che, diversamente, militano in favore dell'accoglimento della sua domanda.

[23] Ai sensi del citato comma, l'organo istruttore delibera la conclusione del procedimento, senza dar luogo alla *propuesta de resolución*, allorquando, nel corso dell'istruttoria, si appuri una delle seguenti circostanze: «a) *La inexistencia de los hechos que pudieran constituir la infracción*. b) *Cuando los hechos no resulten acreditados*. c) *Cuando los hechos probados no constituyan, de modo manifiesto, infracción administrativa.* d) *Cuando no exista o no se haya podido identificar a la persona o personas responsables o bien aparezcan exentos de responsabilidad*. e) *Cuando se concluyera, en cualquier momento, que ha prescrito la infracción*».

za tra l'organo che ha condotto l'istruttoria e l'organo deputato all'assunzione della decisione, fungendo, in tale configurazione, da elemento di raccordo tra i due organi. La *propuesta* si colloca, cronologicamente, al termine del *trámite de audiencia* e non viene notificata agli interessati. I predetti profili denotano una divaricazione apprezzabile rispetto all'istituto del preavviso di diniego, ponendo in risalto differenti *ratio* e funzione.

Eventuali affinità potrebbero cogliersi avendo riguardo alla disciplina di cui al secondo comma del medesimo art. 89[24], circoscritta, tuttavia, ai soli procedimenti di natura sanzionatoria. In tale settore, in ossequio al principio della separazione tra organo istruttore e organo decisore, sancito dall'art. 63 della *ley del procedimiento administrativo común*, si prevede che il primo sia tenuto a formulare una proposta di decisione, la quale, a differenza che nel modello ordinario, dovrà essere notificata agli *interesados*. La *propuesta de resolución* dovrà contenere le indicazioni delle modalità di accesso agli atti del procedimento e del termine per la presentazione di osservazioni, documenti e informazioni reputati pertinenti. In aggiunta, la *propuesta de resolución* dovrà specificare, nonché motivare: i fatti contestati che si considerano provati, la relativa qualificazione giuridica, la violazione che tali fatti integrano, il soggetto ovvero i soggetti responsabili, la sanzione proposta, la valutazione delle prove effettuata (specialmente di quelle sottese alla decisione), le misure provvisorie eventualmente adottate[25].

Nella prospettiva delineata, nei procedimenti sanzionatori, l'istituto della *propuesta de resolución* assume una valenza garantistica nei confronti dei destinatari, contenendo, peraltro, la precisazione dei termini per il successivo *trámite de audiencia*, in modo da assicurare all'interessato un contraddittorio effettivo e, dunque, la tangibile possibilità di proferire l'ultima parola prima della decisione definitiva.

Sul versante della comparazione tra le discipline, giunge previamente in considerazione l'attitudine della stessa topografia ad integrare un indice discretivo: mentre l'art. 10-*bis* è ubicato nel Capo della legge sul procedimento centrato sulla partecipazione, l'art. 89 rientra nella *Sección segunda*, dedicata alla *resolución*, del *Capítulo V*, che tratta della *finalización del procedimiento*.

Tanto basterebbe ad escludere la piena sovrapponibilità tra i due istituti, che, pertanto, rimarrebbero meramente accostabili nella struttura e nella funzionalità all'esercizio della difesa da parte del destinatario del provvedimento.

---

[24] In termini più puntuali, il comma in disamina recita testualmente: «*En el caso de procedimientos de carácter sancionador, una vez concluida la instrucción del procedimiento, el órgano instructor formulará una propuesta de resolución que deberá ser notificada a los interesados. La propuesta de resolución deberá indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes*».

[25] Ai sensi dello stesso terzo comma dell'art. 89: «*Cuando la instrucción concluya la inexistencia de infracción o responsabilidad y no se haga uso de la facultad prevista en el apartado primero, la propuesta declarará esa circunstancia*».

Ove ciò non fosse sufficiente, occorre osservare che mentre il preavviso di rigetto deve applicarsi, nel nostro ordinamento, a tutti i procedimenti amministrativi attivati su istanza di parte – con esclusione delle procedure concorsuali e dei procedimenti in materia previdenziale e assistenziale – la *propuesta de resolución* è uno strumento la cui portata garantistica è circoscritta ai procedimenti di carattere sanzionatorio. In tale constatazione risiede il principale punto di discontinuità tra gli istituti in disamina: il preavviso di rigetto mira a salvaguardare l'effettività della partecipazione procedimentale[26]; la *propuesta de resolución* si pone a presidio del diritto dell'*acusado* di essere reso edotto in ordine all'addebito a suo carico, ai sensi dell'art. 24.2 della *Constitución*[27], nel perimetro dei procedimenti sanzionatori[28]. In tale chiave si comprende la ragione per cui l'art. 89 della *ley del procedimiento administrativo común* non si sofferma sull'eventualità della reiterazione, ad opera dell'amministrazione, all'indomani dell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento, di un nuovo atto in cui siano trasposti motivi già risultanti dall'istruttoria del provvedimento annullato (fulcro della modifica normativa apportata all'art. 10-*bis* dal legislatore del 2020).

Alcune analogie rispetto alla disciplina di cui all'art. 10-*bis* della Legge n. 241/1990 sono riscontrabili, ancora, con riguardo all'art. 87 della *Ley n. 39/2015* (sebbene anch'esso rientri *Sección segunda* del *Capítulo V*). A tenore dell'articolo richiamato, si prevede la possibilità, anteriormente all'adozione della decisione finale, in capo all'organo competente, tramite *acuerdo motivado*, di chiedere l'esperimento di *actuaciones complementarias* indispensabili per la definizione del procedimento. In tal senso, l'*acuerdo de realización de actuaciones complementarias* deve essere notificato agli *interesados*; costoro avranno a disposizione sette giorni di tempo per la formulazione di *alegaciones*. Le *actuaciones complementarias*, il cui svolgimento determina la sospensione del termine di conclusione del procedimento, non possono perdurare oltre quindici giorni.

Ancorché il citato art. 87 non chiarisca in cosa debbano consistere le *actuaciones complementarias*[29], tale attività «complementare», in linea con quanto sug-

[26] Cfr. sul punto la recente Tar Calabria, Reggio Calabria, 19 agosto 2024, n. 532.

[27] A tenore del citato articolo: «*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*».

[28] In tal senso, *STS, 3 de noviembre de 2003, rec. n. 4896/2000*, che afferma: «*El derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en esta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquella se liga en el caso de que se trata*».

[29] Diversamente, lo stesso art. 87 precisa in cosa le *actuaciones complementarias* non debbano consistere: «*No tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento*».

gerito dalla nomenclatura, dovrebbe sostanziarsi nell'acquisizione di informazioni necessarie e/o nel chiarimento di informazioni disponibili, nell'ottica dell'affinamento della volontà amministrativa già formata, che confluirà nella *resolución*. In senso differente, l'art. 10-*bis* promuove un'interazione dialettica tra privato e amministrazione che, non essendo (espressamente) limitata a profili complementari, consentirebbe, astrattamente, di realizzare sul contenuto del provvedimento finale un più penetrante influsso.

Parimenti da respingere è la corrispondenza tra le *actuaciones complementarias* ed il cosiddetto soccorso istruttorio di cui all'art. 6, primo comma, lett. *b)*, della Legge n. 241/1990, atteso il valore dirimente rivestito, ancora una volta, dal dato temporale: il posizionarsi delle *actuaciones complementarias* in un momento successivo al compimento dell'*instrucción* sigilla la distinzione tra le due discipline.

A corroborare la tesi esposta concorre, da ultimo, il rilievo per cui la competenza a richiedere le *actuaciones complementarias* si appunta in capo all'*órgano competente para resolver*, che non sempre coincide con l'organo responsabile dell'*instrucción*; anzi, siffatta coincidenza è categoricamente esclusa nell'ambito dei procedimenti di natura sanzionatoria, ai sensi del già richiamato art. 63 della *Ley n. 39/2015*[30]; in materia di soccorso istruttorio, invece, a procedere è il responsabile del procedimento, che potrebbe essere competente in ordine all'adozione del provvedimento finale.

3. *Riflessioni conclusive*

La Legge n. 241/1990, forgiata come legge di principi, delinea e regola, con un testo snello, la struttura del procedimento amministrativo; diversamente, la *Ley n. 39/2015* racchiude una regolamentazione ipertrofica, in quanto non si sofferma esclusivamente sull'impianto procedimentale, ma si focalizza, altresì, sull'esercizio dell'iniziativa legislativa e su quello del potere regolamentare, sulle regolamentazioni dei procedimenti sanzionatori e del regime di responsabilità patrimoniale delle amministrazioni, sui ricorsi amministrativi[31].

Sul punto, occorre rimarcare che le leggi in rassegna costituiscono il prodotto di concepimento di due tradizioni differenti. La *ley del procedimiento administrativo común* affonda le origini in una tradizione particolarmente consolidata. La Spagna ha, infatti, intrapreso l'attività di codificazione del procedimento

[30] Precisamente, l'art. 63, primo comma, dispone quanto segue: «*Los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos*».

[31] V. De Falco, *Relazioni* ad extra *e procedimento amministrativo comune nell'esperienza spagnola. Un'affinità che non convince*, in *DPCE online*, 2019, 1, 41.

amministrativo con anticipo rispetto agli altri Stati europei, attraverso la *Ley de bases del procedimiento administrativo de 19 octubre de 1889*, riformata nel 1958, nel 1992 ed infine nel 2015.

Invero, pur in carenza di una legge generale sul procedimento amministrativo fino al 1990, l'ordinamento italiano non può dirsi estraneo al fenomeno della regolamentazione dei singoli procedimenti, radicato ancor prima dell'entrata in vigore del testo costituzionale. Ne costituisce un esempio la Legge 25 giugno 1865, n. 2359, che conteneva la disciplina generale ed organica del procedimento espropriativo. Peraltro, già nel corpo di tale normativa, era ammessa la possibilità di includere i cittadini nella progettazione delle opere pubbliche. L'art. 4 della Legge n. 2359/1865 prevedeva il deposito della relazione e del piano di massima nell'Ufficio del Comune in cui l'opera avrebbe dovuto eseguirsi, per un periodo di quindici giorni, nel corso del quale, a norma del successivo art. 5, chiunque – e, dunque, non soltanto i proprietari dei beni immobili incisi dall'espropriazione – avrebbe potuto acquisirne cognizione ed articolare le proprie osservazioni, a cui l'amministrazione, a sua volta, avrebbe potuto replicare[32].

D'altro canto, nell'ordinamento giuridico spagnolo, a riprova della pregnanza della tradizione in argomento, il primo antecedente storico del *trámite de información pública* appare nel testo dell'art. 3 della *Ley de expropriación forzosa de 17 julio de 1836*, che contemplava ipotesi di pubblicazione della dichiarazione di pubblica utilità e del permesso di intraprendere l'opera nel *boletín oficial*, con annessa concessione di un termine adeguato affinché «*los habitantes del pueblo o pueblos que se supongan interesados puedan hacer presente al gobernador civil lo que se les ofrezca y parezca*». Tale procedura, a cui la successiva *Ley de 19 octubre de 1889* non faceva cenno, fu conservata nella legislazione di settore[33].

Alla luce del tessuto disciplinare sommariamente ricostruito, inoltre, risulta *ictu oculi* come, nel raffronto con la legge sul procedimento, la *ley del procedimiento administrativo común*, accolti i dettami della *Constitución*, disciplini più analiticamente l'esercizio dei diritti dei partecipanti al procedimento, provvedendo, a cagion d'esempio, alla fissazione di termini che l'art. 10 della Legge n. 241/1990, quanto alla produzione di memorie scritte e documenti, non rende espliciti nonché alla previsione di momenti di apertura del procedimento alla partecipazione civica.

[32] F. Ciarlariello, *Macro-rigenerazione urbana: tra partecipazione dei privati e discrezionalità amministrativa*, cit., 22.

[33] In tal senso, L. Miguez Macho, *La modernización del procedimiento administrativo,* cit., 44 ss. L'Autore riferisce che gli esempi più risalenti di impiego dell'espressione «*información pública*», nel suo tenore letterale e nella disciplina amministrativa, risalgono all'epoca della Restaurazione; tra essi è annoverato il *Reglamento para la ejecución de la Ley general de obras públicas de 13 de abril de 1877*, approvato con *Real Decreto de 6 de julio de 1877*. Ai fini del definitivo consolidamento della procedura in disamina, precisa l'Autore, occorre, ad ogni modo, attendere gli anni Cinquanta del secolo scorso, in cui si ascrive, tra gli esempi vagliati, la *Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropriación forzosa*, attualmente vigente, il cui art. 18 regola un *trámite de información pública* interno al *procedimiento de declaración de la necesidad de ocupación*.

In chiusura, si propone una breve riflessione sulla Legge n. 241/1990, condotta tenuto conto delle divergenze trapelate nel confronto con l'ordinamento spagnolo.

Dal testo della legge sul procedimento amministrativo emerge nitidamente, come pacificamente acclarato in dottrina, la cosiddetta «polifunzionalità» dell'istituto partecipativo, vale a dire l'idoneità della partecipazione ad assolvere ad una pluralità di funzioni (garantistica, collaborativa, democratica)[34].

Il legislatore del 1990 ha inteso assegnare alla partecipazione procedimentale l'obiettivo prioritario di assicurare la tutela sostanziale del destinatario degli effetti dannosi del provvedimento amministrativo, promuovendo un proficuo contraddittorio sin dalla sede procedimentale[35], anche nella prospettiva di deflazionare il contenzioso, e ponendo le altre funzioni – specie quella democratica, ad avviso di chi scrive – nell'alveo «delle conseguenze indotte»[36].

La funzione collaborativa si estrinseca nell'introduzione nel procedimento di fatti e interessi suscettibili di condizionare il contenuto della decisione finale. Si pensi al preavviso di rigetto, in cui gli aspetti collaborativi si intrecciano con quelli garantistici: mediante la rappresentazione di fatti ed interessi volti a confutare gli approdi provvisori dell'amministrazione procedente, l'interessato concorre a favorire il migliore esercizio della funzione amministrativa, fornendo alla pubblica amministrazione elementi che potrebbero accrescere il suo patrimonio di conoscenze, nella traiettoria dell'adozione di una decisione finale legittima[37].

Per quanto attiene alla funzione democratica[38], la partecipazione regolata dalla Legge n. 241/1990 si concreta nella predisposizione di un contraddittorio

---

[34] Sulle declinazioni della nozione di partecipazione, si vedano, in particolare, F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21 ss; F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 26 ss.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; F. Saitta, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 247 ss.

[35] Sulle finalità difensiva e collaborativa della partecipazione al procedimento, si veda la recente TAR Puglia, Bari, Sez. III, 7 gennaio 2025, n. 9.

[36] F. Saitta, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 249 ss.

[37] F. Saitta, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 271. A cagion d'esempio, in materia di procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, la giurisprudenza ha affermato quanto segue: «L'istituto del preavviso di rigetto, stante la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui all'art. 10-bis l. n. 241/1990 in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e dunque della possibilità di un apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda». Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 8 ottobre 2020, n. 1067; Cons. Stato, Sez. VI, 18 gennaio 2019, n. 484.

[38] Ai fini di una ricostruzione dell'istituto partecipativo come l'*ubi consistam* della democrazia, si veda G. Sala, R. Villata, *Procedimento amministrativo (ad vocem)*, *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996. L'attribuzione alla partecipazione di una funzione democratica, secondo M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministra-*

cartolare tra soggetti rientranti in un insieme chiuso: l'amministrazione, da un lato, ed i soggetti pregiudicati, direttamente o indirettamente, dal provvedimento, dall'altro[39]. È dunque evidente l'assenza di un elemento costitutivo della democrazia partecipativa (in relazione alla quale chiunque può partecipare al procedimento in ragione del legame che intrattiene con il territorio su cui la decisione amministrativa produrrà i propri effetti): il «principio di massima inclusività», in virtù del quale l'intervento nel procedimento deve essere esteso al *quisque de populo*, superando il coinvolgimento dei soli soggetti titolari di interessi qualificati[40]. In definitiva, la partecipazione procedimentale non si traduce nel «prendere parte a un'attività condivisa», giacché l'amministrazione conserva la titolarità esclusiva della potestà decisionale diretta alla realizzazione dell'interesse pubblico[41].

Ciononostante, non può escludersi *in toto* la riferibilità alla partecipazione procedimentale di finalità democratiche, pur *lato sensu*, appartenendo allo spirito della Legge n. 241/1990 l'intensificazione del contatto tra cittadino e amministrazione, perseguita tramite l'ampliamento del principio democratico all'azione amministrativa[42].

Segnatamente, è proprio con riferimento alla funzione democratica che sembrano emergere le principali differenze rispetto alla disciplina del procedimento spagnolo. Sebbene l'atteggiarsi a differenza della previsione nella *ley del procedimiento administrativo común* del *trámite de información pública* sia il frutto di una mera illusione ottica, in quanto sistemi analoghi esistono nella nostra disciplina di settore, non può sottacersi che l'enunciazione di un tale precetto all'interno della legge generale sul procedimento amministrativo consentirebbe l'attivazione della procedura di coinvolgimento dei cittadini direttamente sulla base della stessa legge che regola il procedimento, eventualmente (ed astrattamente) anche in casi distinti ed ulteriori rispetto a quelli trattati dalla legislazione settoriale[43].

In proposito, giova rimarcare che la legge sul procedimento amministrativo non rappresenta l'unico canale di concretizzazione del fenomeno partecipativo. Ad

tiva generale, Padova, 2010, 31, avrebbe costituito, in Italia, il risvolto delle soluzioni prospettate, anteriormente all'approvazione della L. n. 241/1990, al problema della tutela degli interessi superindividuali.

[39] M. Timo, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, in *Osservatorioaic.it*, 2016, 3, 7.

[40] M. Dell'Omarino*, La funzione democratica della partecipazione al procedimento: alcune considerazioni a partire dalle recenti riforme in materia di dibattito pubblico*, in *Federalismi.it*, 2024, 11, 4 ss.

[41] M. Timo, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, cit., 7.

[42] Ivi, 6.

[43] Questo è quanto si è verificato nell'ordinamento spagnolo all'esito dell'entrata in vigore della *Ley de procedimiento administrativo de 1958*, il cui art. 87, per la prima volta, ha disciplinato in senso generale la *información pública*. Tuttavia, la procedura in discorso era intesa come obbligatoria nei soli casi contemplati dalla normativa di settore, mentre negli altri casi acquisiva carattere facoltativo e comportava, pertanto, l'esercizio da parte dell'organo competente di un ampio apprezzamento teso a rintracciare la sussistenza dei relativi presupposti. Sul punto, L. Miguez Macho, *La modernización del procedimiento administrativo,* cit., 48.

essa si affiancano ulteriori discipline, talune evocate nel presente scritto, che sovente hanno costituito la risposta ordinamentale all'intervento del legislatore europeo.

Uno degli ambiti in cui è stata più acutamente avvertita l'esigenza di coinvolgere il privato nelle decisioni, con conseguente sviluppo della nozione di democrazia partecipativa, è quello ambientale, regolato dal D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152. In tale settore sono stati implementati meccanismi di interessamento dei cittadini (si pensi alla consultazione pubblica in materia di valutazione di impatto ambientale) funzionali a contrarre lo spazio esistente tra il soggetto pubblico ed il privato su cui ricade la decisione, sul presupposto della relazione di proporzionalità diretta che si assume intercorrere tra la democraticità e il buon andamento dell'amministrazione[44].

L'impellenza di incrementare l'inclusione dei cittadini è stata, altresì, recepita dalla normativa in materia di trasparenza[45]. Non appare superfluo rammentare che con il D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, in attuazione della Legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, è stata attuata l'evoluzione dell'accesso civico, in accoglimento delle doglianze, radicate in dottrina, relative all'assenza nell'ordinamento italiano di un «accesso generalizzato a titolo di cittadinanza». Tramite l'innesto del secondo comma sull'accesso civico generalizzato nell'art. 5 del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, alla «trasparenza proattiva», implicante, per l'amministrazione, l'osservanza degli obblighi di pubblicazione, si è affiancata la «trasparenza reattiva», che garantisce risposte pubbliche alle istanze dei privati[46].

Mediante l'esercizio dell'accesso civico, specialmente nella sua declinazione di accesso civico generalizzato, è concretamente attuato il principio di democraticità, la cui essenza alberga nell'instaurazione di un rapporto diretto tra il cittadino e la pubblica amministrazione[47].

---

[44] M. Dell'Omarino, *La funzione democratica della partecipazione al procedimento: alcune considerazioni a partire dalle recenti riforme in materia di dibattito pubblico*, 4, nota 9.

[45] Sul tema della trasparenza, tra i tanti autorevoli contributi, si vedano R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss; A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 101 ss; E. Cannada Bartoli, *A proposito di tutela della riservatezza e trasparenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 725 ss; M.R. Spasiano, *Qualità e strumentalità del diritto di informazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione*, Torino, 2005, 129 ss; G. Arena, *Trasparenza amministrativa* (voce), in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945 ss; F. Manganaro, *Pubblicità e accesso per la trasparenza amministrativa*, in L. Giani, M. Immordino, F. Manganaro (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, 95 ss.

[46] In tal senso, F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 760.

[47] P. Silvestri, *Dal "giusto procedimento" alla democrazia di tipo partecipativo*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, 2020, 2, 117.

Cristina Fragomeni - Abstract

Analisi comparata dei modelli partecipativi. Le esperienze italiana e spagnola a confronto

Il contributo esamina, in prospettiva comparata, i modelli di partecipazione procedimentale nell'ordinamento spagnolo e in quello italiano, soffermandosi sull'analisi sistematica della *Ley n. 39/2015* in raffronto con la Legge n. 241/1990 nonché sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale della partecipazione in taluni specifici ambiti settoriali. L'indagine, esplorando profili di convergenza e di discontinuità, evidenzia l'incidenza che le scelte normative ed i contesti giuridici di riferimento esercitano sulla portata dell'istituto partecipativo.

Comparative analysis of participatory models. The Italian and Spanish experiences compared

The essay examines, from a comparative perspective, the procedural participation models in the Spanish and Italian legal systems, focusing on the systematic analysis of *Ley n. 39/2015* in comparison with Law n. 241/1990 as well as on the regulatory and jurisprudential evolution of participation in some specific sectoral areas. The investigation, exploring profiles of convergence and discontinuity, highlights the impact that regulatory choices and the legal contexts of reference are able to exercise on the scope of the participatory institution.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 559-586

Articoli e saggi

Brevi note in materia di differenze tra il contenzioso-amministrativo spagnolo e processo amministrativo italiano con cenni, in particolare, all'istruttoria e all'onere della prova

Giovanna Pileri

Sommario: 1. I tratti essenziali del contenzioso amministrativo spagnolo e differenze principali con il processo amministrativo italiano. 2. La fase istruttoria e i relativi poteri del giudice amministrativo spagnolo. 3. L'onere della prova. 4. Alcune riflessioni sul presunto carattere inquisitorio dei poteri istruttori del giudice amministrativo spagnolo e sulla loro compatibilità con il riparto dell'onere probatorio.

1. *I tratti essenziali del contenzioso amministrativo spagnolo e differenze principali con il processo amministrativo italiano*

Gli ordinamenti processuali italiano e spagnolo sono caratterizzati da molti tratti comuni, tuttavia per quanto concerne il settore della giustizia amministrativa, il *contencioso-administrativo* iberico presenta alcuni rilevanti elementi di differenziazione rispetto al processo amministrativo italiano[1]: in questa sede si è ritenuto di doversi soffermare maggiormente sulla fase istruttoria e, in particolar modo, sul riparto dell'onere della prova.

Prima di esaminare tali specifici aspetti, è comunque doveroso fornire rapidi cenni in merito all'evoluzione storica del contenzioso spagnolo e, in seguito, ai principali elementi che lo distinguono dal processo italiano.

In origine anche la giurisdizione amministrativa spagnola aveva subìto l'influenza del modello francese tanto che, nel 1845 con le leggi del 2 e 6 aprile, le decisioni in tale materia furono riservate al re di concerto con il Governo e pre-

[1] Sul punto si veda L. Belviso, *Il processo amministrativo in Italia e Spagna: un hermano gemelo di quello italiano?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 98 ss., spec. 133 sulla manifesta diversità dei due processi.

vio parere del Consiglio reale (organo anteriore al Consiglio di Stato): il provvedimento adottato in questi casi prendeva il nome di *Real decreto sentencia*[2]. Tale sistema rimase sostanzialmente immutato – fatta eccezione per un breve lasso di tempo coincidente con la rivoluzione del 1868 in cui il controllo sulla legalità dell'azione amministrativa venne attribuito ai tribunali[3] – sino alla promulgazione della Legge del 13 settembre del 1888 a cura del giurista Vincente Santamaria De Paredes[4]. A quest'ultimo studioso va, infatti, attribuita la concezione «*armonica*» della composizione dei tribunali del *contencioso-administrativo* ove tale termine indica l'appartenenza di una parte dei membri dell'organo giurisdizionale alla magistratura e per quella restante all'Amministrazione[5]. Questa soluzione rappresentava un compromesso tra il modello francese e l'antecedente spagnolo e si articolava in due distinti organi giurisdizionali: il Tribunale provinciale del contenzioso amministrativo e il Tribunale nazionale che consisteva in una *sala* del Consiglio di Stato[6]. L'adozione del modello armonico si può, dunque,

[2] L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, XXXI ed., 2020, spec. 541 ss.; sul punto si veda anche J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, I, XIII ed., Navarra, 2019, spec. 444 ss. Sebbene dalla denominazione del provvedimento sembri potersi desumere la provenienza monarchica dello stesso, si ravvisano alcune similitudini con il ricorso gerarchico francese che prevedeva l'emanazione del provvedimento da parte del Capo dello Stato, sentito il parere del *Conseil d'Etat*. Tuttavia, nei fatti l'organo che decideva la questione controversa era proprio il *Conseil d'Etat*, poiché il Capo dello Stato si limitava soltanto ad uniformarsi al parere espresso da quest'ultimo. In tal senso A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVI ed., Torino, 2024, 7 ss.

[3] Si veda sul punto L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 541 ss. Sempre sulla base di tale bibliografia, si segnala anche che in precedenza fu adottato il modello interamente giurisdizionale anche con la Costituzione di Cadice del 1812.

[4] Vincente Santamaria De Paredes (Madrid,17 maggio 1853 – Ivi, 26 gennaio 1924), fu il titolare della cattedra di *Derecho Politico y Administrativo* presso l'Università di Valencia e successivamente presso l'Università Complutense a Madrid, ove rimase sino al termine della sua carriera. Le sue opere principali sono: *Curso de Derecho Político, según la filosofía política moderna, la historia general de España y la legislación vigente* (Valencia, 1880-1881); *Curso de Derecho Administrativo según principios generales y la legislación actual de España* (Madrid, 1885). Come si dirà a breve, egli prese parte (e ne fu anche l'ispiratore) alla Commissione del Congresso dei Deputati per la riforma del contenzioso amministrativo spagnolo. Nel suo discorso a difesa del progetto, innanzi alla Commissione, sancì i tre punti cardine della riforma: la delimitazione della materia contenzioso amministrativa come quella consistente nella sola attività regolamentata (e quindi vincolata) dell'Amministrazione; la composizione mista dei tribunali amministrativi (c.d. concezione armonica); il rito processuale che doveva essere seguito da tali tribunali. Maggiori riferimenti sulla figura di Santamaria De Paredes possono essere reperiti al seguente *link* collegato al Ministero della scienza, dell'innovazione e dell'Università della Spagna: https://historia-hispanica.rah.es/biografias/40989-vicente-santamaria-de-paredes.

[5] Pur se l'economia del presente lavoro non consente una trattazione approfondita, è necessario segnalare il noto scambio di (divergenti) vedute tra José Ramón Parada Vázquez e Alejandro Nieto nella *Revista de Administración Publica*, tra il 1968 e 1969. In particolare, la disputa tra i due verteva sull'origine del contenzioso amministrativo spagnolo e sulla concezione c.d. «*Revisora*» di cui si parlerà a breve. Per i riferimenti si veda J.R. Parada, *Privilegio de la decisión ejecutoria y proceso contencioso*, in *RAP*, n. 55, 1968, 65 ss.; A. Nieto, *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígines de lo Contencioso-administrativo*, ivi, n. 57, 1968, 9 ss.; J.R. Parada, *Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contecioso-administrativo*, *ivi*, n. 59, 1969, 41 ss.

[6] Il Tribunale provinciale era composto dal presidente, due magistrati e due deputati provinciali; il Tribunale nazionale, invece, era composto dal presidente e undici consiglieri, di cui tre dovevano possedere i requisiti per essere nominati giudici nel *Tribunal Supremo*.

intravedere tanto nella composizione del Tribunale provinciale, quanto nell'unitarietà del sistema, poiché mentre il Tribunale provinciale seguiva il modello giurisdizionale, il Tribunale nazionale recepiva il modello francese, in cui rivestiva un ruolo predominante il parere del Consiglio di Stato. Successivamente, la Legge del 5 aprile 1904 – c.d. *Ley Maura-Silvela* – trasformò la *Sala* del Consiglio di Stato in una nuova *Sala* del *Tribunal supremo* e ne modificò la composizione riducendola a otto membri; lo stesso provvedimento modificò anche il criterio di riparto della giurisdizione, passando dall'elenco di materie attribuite alla giurisdizione amministrativa all'adozione di una clausola generale di attribuzione, secondo la quale erano di competenza di tali organi tutte le controversie concernenti provvedimenti amministrativi che recavano un nocumento ai diritti soggettivi[7]. Per quanto attiene maggiormente al tema della fase istruttoria, è doveroso segnalare che con la Legge del 1888 gli accertamenti effettuati dall'Amministrazione nell'ambito del procedimento amministrativo erano direttamente recepiti in sede di contenzioso alla stregua di prove e, dato che la loro ripetizione era considerata ridondante, questi non erano oggetto di alcuna verifica: tale prassi era il frutto della c.d. concezione «*revisora*» della giurisdizione amministrativa, secondo la quale nella fase del contenzioso non era ritenuta necessaria l'assunzione di alcuna prova poiché la finalità di quest'ultimo era limitata, appunto, ad una mera revisione del potere amministrativo esercitato[8].

Questa situazione perdurò sino al 1956, ossia l'anno in cui venne adottata la legge che, per la prima volta, disciplinava interamente il contenzioso amministrativo. Nella parte introduttiva, comunemente denominata *preámbulo*, sono riportate in modo chiaro, sintetico e discorsivo le motivazioni che hanno portato a riformare la giurisdizione amministrativa e che, in questa sede, possono essere riassunte nei mutamenti di carattere sociale e giuridico che si sono susseguiti dal 1888 in poi e nei conseguenti propositi di riforma pervenuti dalla magistratura, dall'avvocatura e anche dalla dottrina[9]. Questo provvedimento, sebbene non abbia modificato il sistema armonico, ha delineato i tratti principali dell'odierna giurisdizione amministrativa spagnola, ponendosi la finalità di tutelare il cittadino dagli atti dell'Amministrazione lesivi dei suoi interessi e, di riflesso, anche quella di controllare la legalità dell'azione amministrativa. Ulteriori

[7] Su tali punti si rinvia a E. García de Enterría, T. Ramón Fernández, *Curso de derecho admnistrativo*, II, XVII ed., Navarra, 2022, 592 ss., L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 541 e J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 445.

[8] N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objecto, carga y valoración)*, Madrid, 1992, spec. 7 ss.; C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, in *REDA*, 2014, par. 1.

[9] Si veda *Ley de 27 de diciembre 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa*, pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado*, n. 363, 28 dicembre 1956, 8138. La Legge è stata successivamente oggetto di modifiche.

elementi significativi introdotti allora e tuttora vigenti sono l'attribuzione della natura giurisdizionale all'ordinanza emessa a seguito del procedimento[10] e il rinvio per quanto non espressamente disciplinato alla *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC)[11]. Per quanto concerne la fase istruttoria, si segnala una lieve attenuazione della concezione *revisora* che è chiaramente desumibile dal *preámbulo* alla legge, secondo il quale sebbene le prove raccolte durante la fase istruttoria del procedimento siano utilizzabili anche in sede processuale, il contenzioso amministrativo non rappresenti un riesame dell'istruttoria procedimentale, ma un autonomo grado di giurisdizione[12].

A seguito della caduta del regime, nel 1978 entrò in vigore l'attuale *Constitución*[13] ove sono contenute alcune disposizioni che influiscono notevolmente sul contenzioso amministrativo. Segnatamente, assume un ruolo fondamentale l'art. 24 che sancisce, tra gli altri[14], il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e interessi legittimi[15], il diritto di difesa e di utilizzare i mezzi di prova più appropriati per realizzarlo[16]. Secondo l'opinione maggioritaria, l'introduzione dell'art. 24 CE ha sancito la fine della concezione *revisora* del contenzioso amministrativo spagnolo, poiché il diritto di chiedere l'assunzione di

[10] Sul punto si rinvia a J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 446 ss.

[11] Sul punto si veda N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objecto, carga y valoración)*, cit., spec. 5 ss., il quale afferma che il contenzioso amministrativo spagnolo è fondato in parte sul processo civile.

[12] Si veda *Ley de 27 de diciembre 1956 reguladora de la Jurisdiccin contencioso administrativa*, cit., spec. 8139; J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 446 ss.

[13] In merito alla Costituzione spagnola del 1978 si segnalano le opere di Gregorio Peces-Barba, si vedano in particolare: G. Peces-Barba, *Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofia del Derecho*, *RFDUC*, 1980, 95 ss.; G. Peces-Barba e L. Prieto Sanchís, *La Constitucion española de 1978. Un estudio de derecho y politica, Valencia*, 1981.

[14] Le altre disposizioni rilevanti sono l'art. 9.1 ove viene sancito che «I cittadini e i poteri pubblici sono soggetti alla Costituzione e al rimanente ordinamento giuridico»; l'art. 103.1 secondo il quale «La Pubblica Amministrazione serve con obiettività gli interessi generali e agisce in conformità ai principi di efficienza, gerarchia, decentramento, deconcentrazione e coordinazione, con piena sottomissione alla legge e al Diritto» e il 106.1 «I Tribunali controllano la potestà regolamentare e la legalità dell'azione amministrativa, così come la corrispondenza di questa ai fini che la giustificano». È anche sancito il diritto ad un giudice precostituito per legge, al patrocinio legale, a essere informati dell'accusa formulata, a un processo pubblico senza indebite dilazioni e con tutte le garanzie, a non fare ammissioni contro sé medesimi, a non confessare la propria colpevolezza e alla presunzione di innocenza. Naturalmente, questi principi sono propri anche dell'ordinamento italiano e sono sanciti nella Costituzione agli artt. 111 ss.

[15] Per una disamina sulle ripercussioni dell'art. 24 *Constitución* sul contenzioso amministrativo si rinvia a E. Garcia De Enterria, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989, spec. 51 ss. Inoltre, sotto questo punto di vista, l'ordinamento spagnolo si distingue da quello italiano nella parte in cui il principio di effettività non è sancito espressamente nella Costituzione, ma soltanto nel d.lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo) all'art. 1. Tuttavia, in Italia, si è soliti ricondurre l'effettività della tutela sotto l'ombrello dell'art. 24 Cost. anche se non mancano pronunce giurisprudenziali che ritengono detto principio compreso in altre disposizioni della Carta, sul punto si rinvia a M. Luciani, *Garanzia ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014.

[16] Si vedano su tale articolo le sentenze Ss TC 11 settembre 1995, n. 131; 26 giugno 2000, n. 173 e 14 gennaio 2004, n. 1.

mezzi di prova ovvero introdurre elementi probatori nel giudizio è divenuto fondamentale e, pertanto, inderogabile[17]. Alcuni in dottrina non hanno mancato di sottolineare l'evidente coincidenza (anche nella numerazione) tra l'art. 24 *Constitución* e l'art. 24 della nostra Costituzione nella parte in cui garantiscono la tutela giurisdizionale ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi[18] entrambe. Tuttavia, la similitudine si arresta alla sola formulazione letterale poiché dal punto di vista contenutistico e, segnatamente, tra i concetti di interesse legittimo italiano e spagnolo sussistono profonde differenze. Essendo il *contencioso-administrativo* un ramo della giurisdizione ordinaria, il cittadino spagnolo che si ritiene leso da un provvedimento emanato dall'*administración publica* è titolare di un diritto soggettivo, ossia di una tutela piena ed efficace mirata al ripristino della lesione sofferta; l'interesse legittimo nel modello spagnolo è la posizione giuridica soggettiva la cui titolarità deriva da una lesione di grado inferiore rispetto alla prima descritta e, per definirsi tale, è comunque necessario che tragga la propria origine dall'attività amministrativa (ad esempio l'interesse a che detta attività si svolga secondo la legge). Il diritto soggettivo, dunque, assume una posizione di preminenza nel *contencioso-adiministrativo*, lasciando la titolarità dell'interesse legittimo a soggetti che sono definiti terzi o, comunque, non destinatari specifici del provvedimento. Il *discrimen* tra le due figure è dato dal grado del pregiudizio patito: ad una lesione di tipo diretto che incida sulla sfera giuridico-patrimoniale del soggetto corrisponderà il diritto soggettivo onde garantire maggiormente l'effettività della tutela, mentre ad un suo coinvolgimento minore – ma da cui comunque deriva una pretesa tutelabile – conseguirà la titolarità dell'interesse legittimo e la conseguente legittimazione ad agire in giudizio. Il criterio distintivo appena riportato non consente una precisa delimitazione delle due figure e alcuni autori sono giunti alla conclusione che le due posizioni giuridiche soggettive hanno perso i tratti caratteristici che le differenziavano con la conseguenza che l'interesse legittimo in Spagna non rappresenta altro che una mera declinazione del diritto soggettivo[19].

[17] Così N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objecto, carga y valoración)*, cit., spec. 11; J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 446. Tuttavia in un articolo antecedente all'entrata in vigore della Constitución, la concezione revisionista si riteneva superata, si veda S. Muñoz Machado, *La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problematica en la materia de sanciones administrativas*, in *REDA*, 1976, 734 ss.

[18] Così L. Medina Alcoz, *El interés legítimo como situación activa del administrado. Razones para no importar la teoría italiana*, in *Intereses colectivos y legitimación activa*, di E. Carbonell Porras e R. Cabrera Mercado, Navarra, 2014, 257 ss., spec. 262.

[19] Per quest'ultima considerazione, come anche per alcuni riferimenti di tipo storico, si veda D. Utrilla Fernández-Bermejo, *Situaciones subjectivas y relaciones jurídicas*, in *Manual de derecho administrativo*, di F. Velasco Caballero e M. Mercè Darnaculleta Gardella, Madrid, 2024, 179 ss., spec. 187; L. Medina Alcoz, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjectivo e interés legitimo: una revision*, Madrid, 2016, 153 ss. e la recensione di D. Utrilla Fernández-Bermejo, *LUIS MEDINA ALCOZ: Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, in *RAP*, 2017, 491 ss. Per considerazioni di più ampio spettro sull'interesse legittimo si veda J. Espinoza Espinoza, *Naturaleza Jurídica del Legitimo Interés hacia*

Proseguendo ancora con l'evoluzione del processo amministrativo spagnolo, gli ulteriori cambiamenti di carattere politico, sociale e amministrativo verificatisi in Spagna a seguito della caduta del regime franchista, furono la causa che portò, da ultimo, all'introduzione della *Ley* n. 29 del 13 luglio del 1998 (*reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, d'ora in poi LJCA) che sostituì la disciplina del 1956 e regola tutt'oggi il processo amministrativo[20].

Poste tali premesse di carattere storico, verranno ora esaminati i principali aspetti che contraddistinguono il *contencioso-administrativo* rispetto al processo amministrativo italiano: l'economia del presente studio non consente una disamina puntuale e, pertanto, l'analisi si soffermerà sulle discrepanze ritenute maggiormente rilevanti quali il criterio di riparto della giurisdizione, l'oggetto del giudizio e la competenza.

Come in Italia e Francia, anche in Spagna è presente il *Consejo de Estado*, ma per espressa previsione costituzionale questo è titolare della sola funzione consultiva suprema del governo[21], senza avere alcun potere giurisdizionale che, invece, è attribuito a specifici organi di giustizia amministrativa i quali – come si è già avuto modo di accennare – rientrano nel complesso della giurisdizione ordinaria e si

el rescate de su Autonomía Conceptual, in *Derecho & sociedad*, 2001, 16, 287 ss. Quello che si è appena descritto è il punto di arrivo del percorso evolutivo in materia di interesse legittimo. Sebbene non sia questa a sede per approfondire l'articolata vicenda che ha portato alle teorie attuali, vale la pena di sottolineare il fatto che in Spagna l'introduzione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva autonoma e distinta dal diritto soggettivo non è stata vista favorevolmente dalla dottrina, poiché espressione di una logica autoritaria e di supremazia dell'amministrazione rispetto al cittadino. La tutela offerta a chi risultava titolare di un interesse legittimo non era ritenuta piena, dato che l'unico risultato che il privato poteva ottenere era l'annullamento dell'atto. Con l'entrata in vigore della *Constitución* del 1978, l'interesse legittimo è divenuto una mera specificazione del diritto soggettivo e, dunque, meritevole del medesimo grado di tutela: un ruolo decisivo verso questo cambio di paradigma, se così può essere definito, fu giocato da E. García De Enterría che nel 1975 qualificò l'interesse legittimo come «*derecho subjectivo reaccional*», ossia come un pregiudizio cagionato dall'amministrazione verso un privato che faceva sorgere un diritto soggettivo. Per maggiori riferimenti ed evoluzioni di questa teoria si veda ancora L. Medina Alcoz, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjectivo e interés legitimo: una revision*, cit., 153 ss. Ad oggi, dunque, l'interesse legittimo non gode più di alcuna considerazione in Spagna, tanto che i riferimenti bibliografici su tema risultano essere un numero limitato e, per la maggior parte, volti al confronto con l'interesse legittimo italiano, così L. Medina Alcoz, *El interés legítimo como situación activa del administrado. Razones para no importar la teoría italiana*, in *Intereses colectivos y legitimación activa*, cit., 257 ss.

[20] *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado*, n. 167, 14 luglio 1998, successivamente oggetto di modifiche. Più precisamente, le ragioni per cui si ritenne necessaria l'adozione di una nuova legge consistono nel progressivo sviluppo della società e nell'espansione e decentralizzazione dell'Amministrazione hanno portato ad un incremento della mole di contenzioso impossibile da gestire con il precedente sistema. Pertanto, era particolarmente sentita la necessità di un controllo legale sull'attività dell'Amministrazione e l'introduzione delle misure cautelari. Questo è quanto afferma il preambolo alla nuova disciplina.

[21] Si veda l'art. 107 *Constitución*. Il *Consejo de Estado* ha origini risalenti nel tempo: fu istituito nel 1526 da Carlo V, era costituito da nobili e prelati di alto rango e aveva la funzione di rendere pareri alla monarchia spagnola in materia di politica estera. Il *Consejo de Estado*, tuttavia, è stato titolare di funzioni giurisdizionali dal 1845 al 1904, anno in cui venne attribuita la giurisdizione amministrativa alla Corte suprema.

pronunciano su controversie aventi come parte un'amministrazione pubblica[22]. Essendo, pertanto, un giudice ordinario «specializzato» le Corti amministrative in Spagna possono pronunciarsi indifferentemente tanto sulla lesione di diritti soggettivi quanto di interessi legittimi (questi ultimi nei termini sopra esplicitati). A tal proposito l'art. 1.1 LJCA afferma che il giudice amministrativo conosce degli atti dell'Amministrazione Pubblica soggetti al diritto amministrativo e sancisce che in tale dicitura sono comprese, in primo luogo, l'Amministrazione Generale e quelle territoriali dello Stato e, successivamente, alcune pretese derivanti da atti emanati da enti non elencati nel primo paragrafo, ma aventi ugualmente carattere pubblicistico[23]. D'altro canto, è la stessa LJCA che disciplina puntualmente i (pochi) casi in cui la giurisdizione contenzioso-amministrativa è esclusa. Il primo di questi concerne le materie attribuite espressamente alla giurisdizione civile e penale e le questioni aventi ad oggetto diritti sociali o politici, anche se originate da un provvedimento amministrativo[24]; sono del pari esclusi i ricorsi aventi ad oggetto provvedimenti disciplinari militari, i conflitti di giurisdizione tra Corti e Pubblica Amministrazione e i conflitti di competenza tra amministrazioni diverse; infine, sono esclusi i ricorsi presentati contro le leggi fiscali delle Assem-

[22] L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 542; F. Ruiz Risueño España, *El proceso Contencioso-administrativo*, XII ed., Navarra, 2022, cap. III, par. 1, b).

[23] Con la finalità di agevolare il lettore si riporta il testo integrale dell'articolo citato: «*1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.*

2. Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas:

a) La Administración General del Estado.

b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

c) Las Entidades que integran la Administración local.

d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

3. Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General».

Sugli atti che ricadono nella giurisdizione amministrativa si veda anche J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 450 ss. Il successivo art. 2 LJCA contempla altre fattispecie che possono essere oggetto di un'ordinanza contenzioso-amministrativa e si ritiene sia integrativo dell'art. 2, si veda sul punto E. Espín Templado, *Commento all'art. 1 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, a cura di E. Espín Templado, Valencia, 2016, 15 ss.

[24] Tuttavia, qualora in un giudizio dinanzi alla giurisdizione amministrativa, sorga una questione pregiudiziale o incidentale che concerna il diritto civile o sociale (restando escluse le questioni penali, costituzionali e quelle vertenti su trattati internazionali), il giudice potrà comunque pronunciarsi sul punto. Così J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 453.

blee Generali dei Territori Storici dei Paesi baschi[25]. Per quanto concerne gli atti di governo[26], questi a parere della dottrina e dello stesso preambolo della LJCA sono sindacabili da parte degli organi di giustizia amministrativa con alcune eccezioni[27] diversamente rispetto all'Italia, ove l'art. 7 c.p.a. sancisce l'insindacabilità degli atti del governo nell'esercizio del potere politico, secondo la logica della separazione dei poteri[28].

Sinteticamente, per quanto concerne invece l'oggetto del giudizio, è opinione pressoché condivisa che nel contenzioso amministrativo spagnolo questo sia rappresentato dalla pretesa fatta valere ossia, più precisamente, dal diritto soggettivo proprio del ricorrente e ritenuto leso dall'azione amministrativa[29]. Questa concezione ampia dell'oggetto del giudizio può essere considerata come un precipitato dell'introduzione del principio di effettività a cui si è brevemente accennato *supra*, poiché la finalità della giurisdizione amministrativa è tutelare le situazioni giuridiche soggettive del privato, ossia i suoi interessi[30] contro tutti i tipi di atti delle amministrazioni pubbliche secondo quanto sancito espressamente dalla LJCA[31].

---

[25] Mentre i primi tre casi elencati esulano chiaramente dalla disciplina amministrativistica, la ragione dell'esclusione dei ricorsi contro le leggi fiscali dei Paesi Baschi, inserita dalla LO 1/2010, trova la sua *ratio* in questioni puramente politiche a cui consegue, tuttavia, un minor controllo giurisdizionale su tali provvedimenti, così E. Espín Templado, *Commento all'art. 3 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., spec. 24. Sul particolare regime di autonomia attribuito ai Paesi baschi si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a R. Jimenez Asensio, *La reforma del estatudo de autonomia del Pais Vasco*, in *Revista de Estudios Politicos*, 1985, 475 ss.

[26] Gli atti di governo citati corrispondono sostanzialmente a quelli che in Italia vengono definiti come atti politici. Tale ultima definizione non trova, infatti, accoglimento nell'ordinamento iberico poiché sottintende un regime autoritativo da cui il legislatore si è volutamente discostato: pertanto, l'atto di governo risulta, almeno parzialmente, sindacabile dal giudice, come si specificherà nella nota successiva.

[27] Si veda in termini L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 542 ss., che non manca di segnalare anche Autori che, al contrario, ritengono l'atto politico insindacabile. Nel preambolo della LJCA è sancito che «*En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera caber al respecto, la Ley señala -en términos positivos una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes*».

[28] Sulla figura e sulla (in)sindacabilità dell'atto politico nel processo amministrativo in Italia si rinvia all'approfondito studio V. Giomi, *L'atto politico nella prospettiva del giudice amministrativo: riflessioni su vecchi limiti e auspici di nuove aperture al sindacato sul pubblico potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 21 ss.

[29] Così L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 543.

[30] Si rinvia a E. Garcia De Enterria, *Hacia una nueva justicia administrativa*, spec. 52.

[31] Sotto questo punto di vista, la LJCA comprende il sindacato in caso di inattività dell'amministrazione, ossia avverso il silenzio come in Italia (art. 29 della Ley), e *actuación in via de hecho* (art. 30 LJCA). Anche su questo punto il preambolo alla LJCA dedica un passo specifico: «*Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos admini-*

Da ultimo, si ritiene di dover riservare alcuni cenni ai diversi organi competenti a pronunciarsi sui diritti lesi dai provvedimenti amministrativi.

Diversamente dal sistema di giurisdizione amministrativa adottato in Italia[32], la LJCA spagnola agli artt. 6 ss. ripartisce la competenza tra tutta una serie di organi in base alla materia oggetto dell'atto impugnato e, talvolta, del luogo in cui lo stesso è stato adottato. Nello specifico, gli organi elencati sono: i *Juzgados de lo Contencioso-Administrativo* che esercitano la loro competenza su atti tassativamente indicati delle Amministrazioni locali o Comunità autonome[33]*; Juzgados centrales de lo Contencioso-Administrativo*, che spiegano la loro attività sull'intero territorio spagnolo*; Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia*, sono competenti in unica istanza per atti (anch'essi indicati tassativamente) degli enti locali e delle Comunità autonome e, in secondo grado, per le pronunce degli *Juzgados; Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional*, competente a giudicare gli atti emanati dai Ministri e dal Segretario di Stato e, in secondo grado, le pronunce degli *Juzgados Centrales; Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo*, competente a pronunciarsi sugli atti governativi e per il *recurso de casación* per le materie di diritto interno o comunitario[34]. Gli articoli 8, 9, 10, 11, 12 della LJCA disciplinano puntualmente per ciascuno di questi organi le materie di loro competenza, talvolta anche in unica istanza; sembrano, dunque, avere valore residuale i criteri di tipo territoriale di cui all'art. 14 della stessa Legge secondo cui la competenza a giudicare spetta, in primo luogo, al Tribunale del distretto in cui è stato emanato l'atto[35].

Quelli di cui si è dato brevemente conto sono i principali caratteri peculiari del *contencioso-administrativo* che valgono a distinguerlo da altri modelli adotta-

---

strativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración».

[32] Gli organi della giurisdizione amministrativa italiana sono disciplinati dagli artt. 4 ss. del Codice del processo amministrativo e per quanto concerne la competenza si applica il criterio territoriale e, a seconda della materia trattata, il criterio funzionale (artt. 13 ss. c.p.a.).

[33] I *Juzgados de lo Contencioso-Administrativo* sono organi monocratici e furono introdotti dalla *Ley Orgánica del Poder Judicial* con la precipua finalità di smaltire l'elevata mole di contenzioso che gravava sui *Tribunales Superiores de Justicia*: una parte del contenzioso fu infatti sottratto ai secondi e devoluto ai primi, lasciando impregiudicata la competenza dei *Tribunales Superiores* per le questioni più rilevanti. Si rinvia al paragrafo riservato agli organi della giurisdizione e alla competenza del preambolo alla LJCA.

[34] Sulla materia del controllo giurisdizionale degli atti del Governo davanti alla giurisdizione amministrativa, si rinvia a S. Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, II, Madrid, 2006, 1299 ss. Mentre per quanto riguarda l'ulteriore organo della Sala especial del artículo 61 LOPJ si rinvia per i dovuti cenni a E. García de Enterría, T. Ramón Fernández, *Curso de derecho admnistrativo*, cit., spec. 612.

[35] Quelli appena elencati sono i principali criteri di riparto della competenza a cui, comunque, si affiancano altri criteri come quello organico o soggettivo, funzionale e residuale (art. 14.2 LJCA). Sul punto si rinvia a L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 554 ss.; J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 450 ss. Per maggiori approfondimenti si rinvia ai commenti degli articoli citati a cura di E. Espín Templado, Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 33 ss.

ti dagli altri Paesi europei e che paiono utili a delineare un quadro sinteticamente descrittivo delle scelte di politica processuale amministrativistica operate dal legislatore spagnolo. Tuttavia, in questa sede non è stato possibile esaminare tutti gli altri elementi di distinzione, pur di pari rilevanza, poiché ciò avrebbe comportato un mero elenco delle differenze che intercorrono, su tutti, tra il processo amministrativo italiano, francese e spagnolo, il cui esame non pare certamente compendiabile nelle poche pagine di un articolo. Per ovvie ragioni di economia, dunque, il lavoro proseguirà con l'analisi della fase istruttoria, oggetto specifico del presente studio[36].

2. *La fase istruttoria e i relativi poteri del giudice amministrativo spagnolo*

Alla fase istruttoria nella LJCA sono dedicati soltanto due articoli inseriti nel Titolo IV, Capitolo I, sezione VI: il primo, l'art. 60, è dedicato alla richiesta, disposizione ed espletamento della prova; il secondo, l'art. 61, disciplina principalmente i poteri esercitabili d'ufficio dal giudice[37].

Prendendo le mosse dall'analisi della prima disposizione citata, la LJCA sottolinea che i mezzi di prova devono essere richiesti dalle parti negli scritti introduttivi del giudizio ossia la *demanda*, la *contestación* e anche in quelle che vengono definite come le allegazioni complementari. Da ciò – e prima ancora da quanto sancito all'art. 33.1 LJCA, ai sensi del quale gli organi della giurisdizione amministrativa esercitano le loro funzioni nei limiti delle pretese formulate dalle parti in giudizio – si può sostenere che anche la fase istruttoria del *contencioso-administrativo* segua il dettato del principio dispositivo, ossia dell'iniziale fissazione del *thema probandum* a cura delle parti[38]. Quest'ultime hanno il dovere di specificare l'oggetto e il mezzo di prova richiesto, d'altro canto il giudice nell'ambito della

[36] Pare comunque doveroso effettuare un accenno in nota a tali altri aspetti. Uno di questi è certamente la figura del *Letrado de l'Administración de Justicia*. Definito dall'art. 440 LOPJ come «*funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad, ostentando la dirección de la Oficina judicial*», svolge delle importanti funzioni di controllo durante quasi tutte le fasi del procedimento contenzioso-amministrativo, in particolar modo nella fase introduttiva. Si rinvia per i dovuti approfondimenti a L. Parejo Alfonso, *Lecciones de derecho administrativo*, XII ed., Valencia, 2022, 1251 ss.

[37] Per alcuni riferimenti di massima su tali disposizioni si rinvia ai seguenti commentarii: R. Fernandez Montalvo, *Commento all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, a cura di E. Espín Templado, Valencia, 2016, 368 ss.; J. Oliván Del Cacho, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, diretto da A. Ezquerra Huerva e J. Oliván Del Cacho, Valencia, 2021, 1183 ss; J. Oliván Del Cacho e A. Ezquerra Huerva, *Estudio de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valencia, 2014, 500 ss. Si intende qui richiamata anche la manualistica citata in precedenza.

[38] Si rinvia per tale considerazione a C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 7.

valutazione per l'eventuale disposizione del mezzo istruttorio deve tenere conto di indici quali la pertinenza e l'influenza dei fatti ritenuti suscettibili di prova in merito all'oggetto del giudizio e, come da *littera legis*, della discordanza tra i fatti dedotti e quelli ritenuti oggetto di prova. Il giudice non è vincolato ad ammettere il mezzo di prova richiesto, tuttavia l'art. 60.3 LJCA sancisce che in caso di sanzioni amministrative qualora i fatti dedotti in giudizio siano contrastanti tra loro, il giudice sia obbligato a disporre le prove per fare luce sui punti discordanti[39]. L'assunzione della prova viene disposta con un atto definito come «*auto*» che può essere equiparato all'ordinanza istruttoria del processo amministrativo italiano (artt. 63 ss. c.p.a.): tale atto può essere impugnato mediante appello per il riesame (art. 79 LJCA) dato che sono esclusi rispettivamente dagli artt. 80 e 87 LJCA il *recurso de apelación* e *de casación* e, quando si ritiene violato il proprio diritto fondamentale alla difesa mediante l'assunzione di mezzi di prova, si può ricorrere al *Tribunal Constituciónal* per violazione dell'art. 24.2 CE[40].

Una volta accolta la richiesta effettuata dalla o dalle parti, la LJCA sancisce un termine pari a trenta giorni che può essere, eventualmente, soggetto a proroga per cause non imputabili[41]; per quanto concerne i mezzi di prova ammessi e la modalità della loro assunzione, l'art. 60.4 rinvia alle norme del processo civile (disciplinato dalla LEC) in considerazione del fatto che, come anticipato, il *contencioso-administrativo* può essere considerato speciale per la materia trattata, ma tale specialità non si riferisce al giudice a cui sono affidate le controversie. La LJCA, dunque, non disciplina singolarmente i mezzi di prova ammissibili, ma si

[39] Si rinvia per ulteriori approfondimenti a N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objecto, carga y valoración)*, cit., spec. 29; R. Fernandez Montalvo, *Commento all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 374; F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, III, 2 ed., Madrid, 2006, 244 ss. Questi ultimi, a tale proposito, sostengono che abbiano valenza anche nel contenzioso-amministrativo spagnolo i principi «*iura novit curia*» e «*da mihi facto, dabo tibi ius*» e, pertanto, le norma giuridiche non devono essere provate dalle parti in giudizio. Tuttavia sussistono alcune eccezioni a tali principi poiché il giudice non ha il dovere di conoscere le consuetudini e il diritto straniero (in cui non è ovviamente compreso il Diritto dell'Unione Europea che egli, invece, ha il dovere di conoscere). Un interessante approfondimento a cui si rinvia riguarda le circolari, gli ordini e le istruzioni emessa dall'Amministrazione che, analogamente all'Italia, hanno la sola funzione organizzativa dell'ufficio da cui provengono e pertanto non vincolano il giudice, ma i soli funzionari. Nel caso in cui sorga la necessità di un loro impiego nel giudizio, gli atti interni debbono essere oggetto di prova nel solo caso in cui non siano stati pubblicati nel *Diario Oficial*.

[40] Su tali punti si rinvia a R. Fernandez Montalvo, *Commento all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 374; F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, cit., spec. 254. Si precisa, inoltre, che l'*apelación* e la *casación* possono essere esperiti comunque se, rispettivamente, la prova non è stata assunta per cause non imputabili alla parte e se ha causato un *vulnus* alla difesa purché sia stato precedentemente attivato il rimedio del riesame (*reposición*).

[41] In precedenza erano previsti due distinti termini: il primo, pari a quindici giorni, per la proposizione della prova ed il secondo, trenta giorni, per assumerla. A seguito della riforma operata con la Ley 10 *de octubre de* 2011, n. 37, il primo termine è stato abrogato. Si rinvia a R. Fernandez Montalvo, *Commento all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 369.

limita a porre delle preclusioni nei commi 3 e 4 dell'art. 56 secondo i quali l'allegazione dei documenti deve essere effettuata al momento della produzione degli scritti introduttivi; tuttavia l'attore conserva tale facoltà nella fase finale del processo, qualora siano derivate delle discordanze sui fatti dalle controdeduzioni alla domanda della controparte[42].

I mezzi di prova ammessi nel contenzioso amministrativo sono, pertanto, gli stessi del processo civile e sono elencati dall'art. 299 LEC quali: l'interrogatorio delle parti, i documenti pubblici, i documenti privati, la perizia, il riconoscimento giudiziario, la prova testimoniale[43].

Come nel processo italiano, anche nel modello spagnolo assumono particolare rilevanza le prove documentali e la perizia[44].

Per quanto concerne i documenti, la LEC distingue i documenti pubblici rispetto a quelli privati.

L'art. 317 LEC elenca, sostanzialmente, tre categorie di documenti pubblici: nella prima rientrano i documenti giudiziari (art. 317.1, n. 1, LEC); nella seconda sono compresi i documenti amministrativi (art. 317.1, nn. 4, 5, 6 LEC); nella terza categoria rientrano i documenti notarili e i registri commerciali (art. 317.1, nn. 2 e 3, LEC).

I documenti privati sono individuabili negli scritti redatti da privati o, per esclusione, in ciò che non rientra nelle categorie dei documenti pubblici[45].

---

[42] Si rinvia a F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, cit., spec. 252.

[43] Sul concetto di prova e la distinzione tra i diversi tipi di prova nel diritto spagnolo si rinvia a M. Ortells Ramos, in Aa.Vv., *Derecho procesal civil*, diretto da M. Ortells Ramos, XX ed., Navarra, 2022, 237 ss. In particolare, per mezzi di prova l'Autore intende l'attività processuale delle parti o del giudice con la finalità di introdurre in giudizio possibili fonti di prova. Sul punto si veda anche F. Ruiz Risueño España, *El proceso Contencioso-administrativo*, XII ed., Navarra, 2022, secondo il quale la disciplina dei mezzi di prova non è altro che l'applicazione del sopra citato principio «*da mihi factum, dabo tibi ius*». Secondo C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 20, l'art. 299 LEC crea confusione la distinzione tra mezzi di prova e fonti di prova e tale incertezza si ripercuote sulla possibilità di avvalersi delle c.d. prove atipiche nel processo. A riguardo si sono formate due teorie: secondo la prima, attribuendo ai mezzi di prova la finalità di ammettere nel processo le fonti di prova, vale il principio del *numerus clausus*, dato che solo la legge può disciplinare le attività che si svolgono nel processo; per la seconda teoria, invece, ciò non può valere qualora le fonti di prova siano considerate qualcosa di «extragiuridico». L'Autore, tuttavia, ritiene che il solo problema rilevante sia come far accedere le fonti di prova al processo mediante i mezzi di prova e che la LEC afferma che queste debbano essere ammesse, senza specificare il mezzo.

[44] Si rinvia per questa osservazione a C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 20 e F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, cit., spec. 252.

[45] Si veda sul punto, J. Martín Pastor, in Aa.Vv., *Derecho procesal civil*, diretto da M. Ortells Ramos, XX ed., Navarra, 2022, 237 ss. La valenza probatoria del documento pubblico e privato è assimilabile a quella vigente in Italia, in quanto il documento pubblico farà piena prova di quanto riportato dal pubblico ufficiale in sede di stesura, della data e della identità delle parti (art. 319 LEC). Mentre, per quanto concerne il valore probatorio dei documenti privati, l'art. 326 LEC stabilisce che questi faranno prova sin quando la loro autenticità non sia stata impugnata dalla parte a cui detto documento reca pregiudizio.

Ancora, e in breve, per quanto attiene alla perizia, la LEC la disciplina compiutamente agli artt. 335 ss., ma non si ritiene necessario indugiare diffusamente sul punto poiché, la disciplina spagnola è sotto diversi aspetti simile a quella italiana disciplinata dal Codice del processo amministrativo[46].

Il giudice può valutare le prova, compresa la perizia, secondo la regola della «*sana critica*» ossia secondo il suo libero convincimento[47] e, anche sotto questo aspetto, sostanzialmente non si registrano differenze rispetto al processo italiano.

Proseguendo con l'esame della fase istruttoria, l'art. 61 LJCA disciplina i poteri che il giudice può esercitare d'ufficio: il primo paragrafo afferma che il giudice o il Tribunale possono ammettere e disporre tutte le prove che ritengano necessarie per la più corretta decisione della causa e il paragrafo successivo consente l'esercizio di tale potere anche dopo la fase istruttoria e, comunque, prima della sentenza. Da ciò si può dedurre che anche nel *contencioso-administrativo* il giudice abbia un ampio margine di discrezionalità nella scelta di avvalersi dei poteri istruttori, tuttavia è peculiare il fatto che alcuni studiosi hanno attribuito carattere inquisitorio alla facoltà – propria del giudice – di introdurre nel giudizio nuovi motivi che le parti hanno omesso ovvero non hanno approfondito ai sensi degli artt. 33.2 e 65.2 LJCA nonostante, come già si è accennato, il contenzioso amministrativo sia retto dal principio dispositivo[48].

Per quanto concerne i poteri istruttori in senso proprio, ossia la disposizione e l'assunzione di nuove prove, l'art. 61 LJCA li disciplina diversamente a seconda della fase in cui vengono esercitati: qualora il giudice decida di avvalersene durante la fase istruttoria, allora potrà disporre dei mezzi di prova che ritiene pertinenti; al contrario, nel caso in cui eserciti detti poteri nella fase immediatamente precedente alla sentenza, dovrà attenersi al requisito della rilevanza del mezzo istruttorio prescelto. I successivi paragrafi 3 e 4 si occupano di stabilire con quali

[46] Dunque, anche nel processo amministrativo spagnolo la perizia può essere richiesta dalle parti o disposta dal giudice ove sia necessario in giudizio l'apporto di conoscenze di tipo tecnico-scientifico o, comunque, altamente specialistico che il giudice non possiede; il perito deve essere nominato tra quelli presenti in una lista giudiziaria e può esercitare la facoltà di astensione ovvero essere riscusato; le parti possono nominare i loro consulenti tecnici per prendere parte alle operazioni così come, ai sensi dell'art. 60 LJCA, par. 6, possono chiedere chiarimenti al consulente entro cinque giorni dal deposito della perizia.

[47] In tal senso si vedano R. Fernandez Montalvo, *Commento all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 377 e F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, cit., spec. 254.

[48] Sul punto si vedano N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objecto, carga y valoración)*, cit., spec. 32; C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 7; in modo più approfondito Id., in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Navarra, 2017, 45 ss. A tal proposito è molto interessante l'analisi di D. Blanquer, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valencia, 2006, 157 ss., il quale mette a confronto sotto diversi punti di vista il modello civile (dispositivo) e quello penale (inquisitorio) per comprendere in quale delle due categorie rientri il contenzioso amministrativo. L'Autore, a p. 163, sebbene sembri propendere per la natura dispositiva del processo in esame, afferma che il giudice ha poteri di tipo inquisitorio.

modalità debba svolgersi il contraddittorio tra le parti in tali casi, diritto che viene espressamente riconosciuto. Nello specifico, qualora le parti non abbiano avuto in sede di udienza o negli scritti conclusivi la possibilità di discutere le risultanze della prova disposta o assunta dal giudice, deve essere concesso loro un termine pari a cinque giorni per consentire il contraddittorio.

Al giudice, tuttavia, è consentito esercitare detti poteri istruttori soltanto nei limiti di quanto già affermato dalle parti, ossia all'interno dei fatti che le stesse hanno allegato e, pare dunque di intendere, senza alcuna finalità «esplorativa»[49]. Quest'ultimo limite, accanto a quello relativo alla mera applicazione di norme giuridiche di cui il giudice in virtù del principio *iura novit curia* può disporre come meglio crede, vale anche per i nuovi motivi introdotti dal giudice ai sensi dei citati artt. 33.2 e 65.2 LJCA che consisterebbero – ma sul punto non c'è uniformità di vedute – in nuovi argomenti giuridici e che non devono mutare l'oggetto del processo[50]. Tali aspetti peculiari saranno oggetto di riflessione nelle battute conclusive del lavoro.

Appurato, dunque, il fatto che anche il giudice amministrativo spagnolo può esercitare diversi poteri istruttori, l'unico *discrimen* tra il processo amministrativo italiano e spagnolo parrebbe essere l'asserito carattere inquisitorio di alcune disposizioni posto che, come noto, il processo amministrativo italiano non accoglie il sistema inquisitorio, bensì il principio dispositivo temperato dal metodo acquisitivo secondo la teoria elaborata da Feliciano Benvenuti[51]. Il giudice amministrativo italiano, infatti, può disporre d'ufficio tutti i mezzi istruttori, ma non può in nessun caso introdurre per mezzo di questi nuovi fatti che prima non facevano parte del processo: il compito di allegare i fatti, primari e secondari, spetta in via esclusiva alle parti secondo una più ristretta accezione del principio dispositivo.

---

[49] R. Fernandez Montalvo, *Commento all'art. 61 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 381. L'Autore sottolinea il fatto che detta facoltà non può essere confusa con quelle di cui agli artt. 33.2 e 65.2 LJCA di cui si sta per accennare brevemente. Sul punto si vedano le sentenze Ss TS 27 novembre 2007 e 3 aprile 2012 riportate da L. Parejo Alfonso, *Lecciones de derecho administrativo*, cit., 1273.

[50] Ancora su questi punti C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 7 nt. 30. Sul punto si veda in modo più diffuso Id., in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Navarra, 2017, 45 ss. In entrambe le opere, l'Autore sottolinea che su tale ultimo punto non sussiste uniformità di vedute: secondo alcuni, infatti, i nuovi motivi possono alterare la *causa petendi* ovvero il *petitum* del processo, mentre secondo altri ciò non è possibile. Onde evitare contrarietà manifeste con il principio dispositivo, che opera nel contenzioso-amministrativo spagnolo, l'Autore afferma che i nuovi motivi introducono nuovi «fatti probatori» della pretesa fatta valere in giudizio e sull'illegittimità dell'atto che non vanno ad incidere sulla *causa petendi*. Su cosa rientri, giunti a tal punto, nella *causa petendi* cita N. González, Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objecto, carga y valoración)*, cit., spec. 28, secondo il quale non rientrano i motivi di illegittimità dell'atto e, pertanto, possono essere introdotti nuovi fatti entro detti limiti. Va rilevato, tuttavia, che tali poteri secondo D. Blanquer, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., 163 ss., esistono ma sono suscettibili di scarsa applicazione pratica.

[51] Su cui si rinvia all'opera monografica F. Benvenuti, *L'istruttoria nel processo amministrativo*, Padova, 1950, *passim*.

3. *L'onere della prova*

Alle considerazioni sopra esposte si collega la questione dell'onere della prova vigente nel contenzioso amministrativo spagnolo a cui si è preferito, in ragione della peculiarità dell'argomento, dedicare un approfondimento autonomo.

La dicitura «onere della prova» può essere intesa con due differenti e, al contempo, correlate accezioni. Dal punto di vista della parte processuale, la figura *de qua* si riferisce al fatto che questa, al fine di far valere le ragioni che vanno a suo vantaggio, ha l'incombenza di fornire le prove delle stesse: l'onere di allegazione, dunque, può essere considerato anche come un precipitato dell'art. 24.2 CE che, come già detto, include il diritto alla prova tra i principi fondamentali. Per quanto riguarda il giudice, invece, l'onere della prova assume il valore di regola del giudizio. Qualora le parti non alleghino prove o richieste di mezzi di prova, il giudice non può rifiutarsi di decidere poiché in tal modo violerebbe il divieto del *non liquet* e le norme in materia di onere della prova assumono la funzione di determinare la vittoria e la soccombenza nella lite[52].

Sono considerate complementari a quelle descritte le ulteriori classificazioni dell'onere della prova in senso formale e materiale[53]. Rispettivamente il primo indica che la parte per evitare la soccombenza deve adempiere all'onere, mentre il secondo, al contrario, consente alla parte di evitare tale conseguenza anche se non prova i fatti allegati: nel contenzioso amministrativo è accolta la seconda accezione, posto che, come si è già accennato in precedenza, il giudice ha l'obbligo di dirimere la questione e a tal proposito può anche avvalersi dei poteri istruttori che la legge gli riconosce[54].

La disciplina della LJCA in tema di istruttoria risulta estremamente scarna in forza del rinvio alla disciplina legislativa del processo civile[55]: non essendovi, dunque, una norma che disciplini il riparto dell'onere probatorio nella legge sul *contencioso-administrativo*, l'interprete deve volgere il proprio sguardo alla LEC. L'art. 217 di quest'ultima, rubricato «*Carga de la prueba*», ai commi secondo e

[52] Sul punto si rinvia a N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objecto, carga y valoración)*, cit., spec. 39 ss.; J. Garberí Llobregat, G. Buitrón Ramírez, *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre la prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2004, 47 ss.; J. Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, Navarra, 2012, 105.

[53] È questa la classificazione che si trova nelle principali opere monografiche di diritto processuale civile e amministrativo di cui si è già detto. La traduzione è stata effettuata in senso letterale, ma la classificazione appena esposta è presente anche in Italia sotto le due definizioni, presenti anche Spagna del resto, di onere della prova soggettivo e oggettivo.

[54] Sulla distinzione si rinvia a N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objecto, carga y valoración)*, cit., spec. 40; C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 11; Id., in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., 45 ss.

[55] La giurisprudenza afferma che la LJCA non contiene norme in materia di mezzi di prova né sulla valutazione, si veda STS 17 febbraio 2022, n. 597.

terzo sancisce che il ricorrente deve provare i fatti che fondano la propria pretesa, mentre il resistente deve fornire la prova dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi di questa[56]. Sotto questo punto di vista non vi sono differenze sostanziali con il diritto processuale italiano, posto che l'art. 2697 c.c. sancisce il criterio di riparto dell'onere della prova nei medesimi termini[57]. Di particolare importanza per il contenzioso amministrativo è il comma settimo dell'art. 217 LEC, ai sensi del quale «*Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*»[58]. Il giudice, pertanto, deve applicare in modo rigido il criterio di riparto previsto nei commi secondo e terzo dell'art. 217, ma quando ravvisa un'oggettiva difficoltà delle parti di provare i fatti che allegano, allora può intervenire per facilitarle e questo tanto nel processo civile quanto nel *contencioso-administrativo*[59]. Sulla base di quanto appena esposto è possibile ritenere che tale agevolazione abbia delle similitudini con il principio di prova proprio del nostro processo amministrativo, a cui il giudice può ricorrere nel caso in cui la parte abbia allegato un fatto provato in modo del tutto incompleto secondo gli ordinari canoni di riparto, giustificando tale mancanza per l'oggettiva impossibilità di fornire elementi più circostanziati.

Un elemento di distinzione tra il *contencioso-administrativo* e il *proceso civil* è stato da taluni ravvisato nel valore attribuito all'atto amministrativo oggetto dell'impugnazione e, conseguentemente, se questo potesse incidere nel riparto dell'onere probatorio. A dare adito a tale questione controversa sono gli artt. 38 e 39 della Ley 39/2015 *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, secondo i quali i provvedimenti amministrativi sono esecutivi: da ciò la dottrina ha, quindi, desunto una presunzione di legittimità degli stessi anche nell'eventuale successivo giudizio. Tuttavia secondo l'opinione maggioritaria tale presunzione, qualificata come *iuris tantum*, non modifica il riparto dell'onere probatorio, ma impone al ricorrente di impugnare l'atto per evitare che que-

[56] Su tale disposizione, oltre alla bibliografia già citata nelle note precedenti, si veda S. Calaza López, in Aa.Vv., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, diretto da M. Díaz Martínez, Valencia, 2023, 1059 ss.

[57] Si riporta letteralmente la norma per agevolare il lettore: «Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

[58] Sulla rilevanza di tale disposizione sul contenzioso-amministrativo spagnolo si veda C. Palao Taboada, in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., 45 ss.; per le applicazioni giurisprudenziali si rinvia a J. Garberí Llobregat, G. Buitrón Ramírez, *La prueba civil*, cit., 57, nello specifico alla sentenza STS, I, 2 dicembre 1996. Secondo D. Blanquer, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., 232 ss. la facilitazione sul fronte della prova riservata alle parti che non ne hanno la disponibilità trova la sua *ratio* nel principio di buona fede processuale.

[59] Per un esempio dell'applicazione di tale disposizione si veda il caso di risarcimento del danno per attività sanitarie, ove è l'Amministrazione che deve provare di aver seguito la *lex artis* per evitare il danno.

sto diventi in seguito un «*acto consentido*»[60]. La finalità dell'attribuzione della presunzione di validità all'atto amministrativo, dunque, è solo quella di giustificare la prerogativa del legislatore di procedere all'esecuzione immediata dello stesso e anche se la giurisprudenza ha talvolta stabilito una connessione erronea tra onere probatorio e presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, quest'ultima non determina un'inversione dell'onere della prova dato che la parte favorita dalla presunzione deve comunque provare i fatti su cui questa si fonda[61]. Invero la dottrina afferma che, sebbene vi siano delle specifiche disposizioni che invertono il riparto[62], nel diritto processuale spagnolo non vi sia spazio per una vera e propria inversione dell'onere della prova poiché queste speciali norme derogatorie comportano la disapplicazione della norma generale e, quindi, non vi sarebbe un capovolgimento delle posizioni, bensì l'adozione di un diverso e autonomo criterio di riparto dettato per una situazione specifica[63]. D'altronde è la stessa LEC nel comma sesto dell'art. 217 a far salve dette previsioni, affermando che il riparto dell'onere probatorio non è derogabile convenzionalmente dalle parti[64].

---

[60] Sul punto si veda F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, cit., spec. 251; sulla presunzione *iuris tantum* si veda C. Palao Taboada, in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., 50.

[61] C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 12. Lo stesso Autore afferma che influiscono sull'onere della prova le sole *verdades interinas* che obbligano il giudice a considerare vero un fatto senza necessità di prova alcuna. Sull'applicazione distorsiva dell'inversione dell'onere della prova basata sulla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo nel caso delle sanzioni si rinvia a S. Muñoz Machado, *La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problematica en la materia de sanciones administrativas*, cit., 737. In precedenza, infatti, a tale materia si applicavano i principi propri del processo civile e, dunque, il rigido criterio di riparto probatorio a cui si aggiungeva la sostanziale previsione di legittimità dell'atto sanzionatorio: sul ricorrente incombeva dunque un onere probatorio estremamente gravoso, al limite della *probatio diabolica*. In seguito, si è ritenuta più equa e conforme ai diritti fondamentali sanciti nella Costituzione l'applicazione dei principi propri del processo penale, soprattutto in ragione dei numerosi profili di affinità sussistenti tra la sanzione amministrativa e quella penale. Il valore delle affermazioni dell'Autorità sanzionante è stato progressivamente ridimensionato e l'applicazione del principio della presunzione di innocenza (art. 24.2 CE) ha fatto sì che l'onere probatorio del fatto contestato non gravasse più sul privato (in termini di inesistenza del fatto), bensì sulla stessa Autorità che, dunque, dovrà provare i fatti oggetto di contestazione. Oltre all'articolo di S. Muñoz Machado ult. cit., si rinvia per altri cenni a R. Fernandez Montalvo, *Commento all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 372; C. Palao Taboada, in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., 58.

[62] Ne è un esempio il comma quinto dell'art. 217 LEC, che impone un diverso onere probatorio in caso di controversie vertenti in materia di discriminazioni fondate sul sesso, l'orientamento e l'identità sessuale, l'espressione di genere o le caratteristiche sessuali. Si veda sul punto M. Ortells Ramos, in Aa.Vv., *Derecho procesal civil*, cit., 237 ss.

[63] In questi termini pare esprimersi a J. Garberí Llobregat, G. Buitrón Ramírez, *La prueba civil*, cit., 57 ss.

[64] Anche su quest'ultimo aspetto si rinvia alle citazioni immediatamente precedenti.

4. *Alcune riflessioni sul presunto carattere inquisitorio dei poteri istruttori del giudice amministrativo spagnolo e sulla loro compatibilità con il riparto dell'onere probatorio*

Giunti alle battute conclusive del lavoro, si ritiene di doversi soffermare su alcuni aspetti controversi del processo amministrativo spagnolo.

Come già accennato, diversi studiosi iberici hanno attribuito carattere inquisitorio all'attività istruttoria posta in essere dal giudice d'ufficio e ciò contrasta con l'asserito, come si è visto, carattere dispositivo del *contencioso-administrativo*. Quella che a primo acchito potrebbe sembrare una contraddizione in termini – poiché la coesistenza nel medesimo processo di due modelli antitetici come quelli dispositivo e inquisitorio pare difficoltosa da concepire – induce a chiedersi se rispetto al processo amministrativo italiano il giudice spagnolo abbia effettivamente dei poteri che possano incidere sui fatti allegati ovvero se, in ragione del fatto che nella propria attività istruttoria comunque debba attenersi a quanto allegato dalle parti, la differenza tra i due giudizi debba essere ridimensionata soltanto a una questione meramente terminologica.

Al fine di fornire una possibile soluzione a tale interrogativo, si reputa necessario fare alcune considerazioni di più ampio spettro partendo dal principio dispositivo con riferimento all'ambito processuale[65]. In Italia la norma di riferimento è rappresentata dall'art. 115 del Codice di procedura secondo il quale il giudice deve porre a fondamento della sua decisione le prove proposte dalle parti e i fatti da esse non contestati[66]. Tuttavia tale disposizione non comprende i fatti allegati e, come già affermato da risalente e autorevole dottrina, si discosta

[65] Come noto, infatti, il principio dispositivo ha una doppia accezione: processuale e sostanziale. Mentre la prima verrà esaminata nel testo, la seconda merita qui un doveroso cenno. In senso sostanziale, il principio dispositivo si riferisce all'esclusiva disponibilità dell'oggetto del processo delle parti e trova i suoi riferimenti normativi negli artt. 2907 c.c. e 99 c.p.c. i quali sanciscono, rispettivamente, che «Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero» e che «chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente». Gli articoli appena citati affermano, con termini lievemente differenti, il medesimo concetto e sono stati considerati da autorevole dottrina un doppione normativo giustificato soltanto dall'accoglimento di una concezione teorica risalente a Chiovenda e alla distinzione da quest'ultimo elaborata tra azione e processo. Nello specifico, vi erano due differenti accezioni della domanda coniate da quest'ultimo di cui la prima era riferita alla domanda considerata nell'ambito dell'azione e la seconda alla stessa inserita, però, all'ambito del processo. La domanda collegata all'azione ha come precipuo riferimento la controparte, mentre la domanda collegata al processo è rivolta segnatamente al giudice. Per questi e più ampi riferimenti si rinvia a S. Satta, voce *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 816 ss.

[66] Si ritiene non vi sia il rischio di incorrere in un'iperbole nell'affermare che la bibliografia in materia di principio dispositivo è vastissima, pertanto – senza alcuna pretesa di esaustività in questa sede e salvi gli approfondimenti che verranno svolti immediatamente in seguito – ci si limita a segnalare la monografia a cura di E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, 107 ss., che ripercorre e ricostruisce con dovizia di particolari l'evoluzione del principio dispositivo in Italia e a cui si rinvia per tutti i necessari riferimenti dottrinali sul punto.

notevolmente dal brocardo latino «*Iudex iudicare debet secundum alligata et probata, non secundum conscentiam*» da cui si ritiene derivi il principio dispositivo[67]. L'origine di quest'ultimo viene ricondotta alla dottrina tedesca i cui studi hanno influenzato sia il diritto italiano che quello spagnolo. *In primis*, era posta la distinzione tra principio dispositivo in senso proprio (*Dispositionsmaxime*) e principio della trattazione (*Verfügungsgrundsatz*), ove al primo corrisponde la domanda della parte che, dunque, chiedendo al giudice di pronunciarsi dispone del suo diritto, mentre al secondo risponde l'attività istruttoria posta in essere dalla parte nelle more del processo[68]. Sebbene l'economia del presente lavoro non consenta una ricostruzione approfondita di tali teorie e di quelle ad esse collegate, ci si limita a sottolineare – pur rinviando ad autorevoli commenti e posizioni discordanti sul tema – l'opinione generalmente condivisa secondo la quale l'allegazione dei fatti (quantomeno di quelli primari) debba essere considerato una prerogativa esclusiva delle parti, sul quale il giudice non può esercitare alcun tipo di ingerenza[69].

---

[67] Sul brocardo citato si rinvia a A. Panzarola, *A proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in *R. dir. proc*., 2019, 649 ss. Onde sottolineare il legame e le similitudini tra gli ordinamenti italiano e spagnolo, pare doveroso segnalare che l'articolo citato prende le mosse da un lavoro pubblicato sulla Rivista di diritto processuale dallo studioso spagnolo J. Pico Junoy, Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscentiam*: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *R. dir. proc*., 2007, 1497 ss. che ha suscitato diverse reazioni nella dottrina italiana. Il saggio di Panzarola ne è un esempio. Il motivo di tale interesse è giustificato dal fatto che l'Autore spagnolo affermava che la dottrina tedesca e, a cascata quella italiana con Chiovenda come capofila (ma sono citati anche Calamandrei e Carnelutti), avesse riportato una formulazione errata del noto brocardo latino, frutto di un'interpolazione (l'aggiunta del termine *partium*) preordinata volta a «manipolare la tradizione storica del pensiero giuridico con il fine di adeguarla alla imperante ideologia liberale dell'epoca» che portava, inevitabilmente, anche ad una sua erronea interpretazione (spec. p. 1509 ss.). Secondo Panzarola, la tesi dell'autore spagnolo è stata generalmente accolta dalla dottrina italiana, seppur con alcune rimarchevoli eccezioni, tra cui merita di essere segnalato G. Monteleone, *Il giallo del brocardo* judex secundum alligata et probata (partium?) iudicare debet, non secundum coscentiam, in *Giusto, proc. civ*., 2009, 623 ss., che non condivide l'ipotesi proposta da Pico Junoy secondo la quale la modificazione del brocardo sarebbe stata tendenziosa e preordinata a un preciso risultato, ossia quello di dare fondamento storico all'attuale e maggioritaria interpretazione del principio dispositivo. L'autore propone, dunque, una diversa interpretazione della modifica avvenuta sottolineando il fatto che la parola «*coscentiam*» – con riferimento al tipo di processo vigente all'epoca dei Glossatori che avevano coniato il brocardo – non può essere interpretata univocamente nel senso che il giudice non possa fare uso della sua conoscenza personale dei fatti (fattore che pare essere ritenuto ovvio dall'autore), bensì tendesse ad escludere il c.d. libero convincimento del giudice in un processo caratterizzato dalla ammissibilità delle sole prove legali. Ancora, l'Autore muove critiche al sul fatto della distinzione, non ricavabile dal brocardo, tra *alligata* (riservati alle parti) e *probata* (riservati al giudice) verosimilmente rivolta al medesimo contributo di J. Pico Junoy. Ad ogni modo, in merito al fatto che l'inciso «*secundum coscentiam*» ai tempi dei Glossatori fosse da ricondurre anche ai poteri istruttori che il giudice poteva esercitare v. B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 297, spec. nt. 14.

[68] Per la distinzione tra c.d. principio dispositivo e principio della trattazione si rinvia a M. Cappelletti, *La testimonianza nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, 318 ss.; l'opinione del Cappelletti a riguardo è stata approfonditamente esaminata e confutata da B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 99 ss.

[69] M. Cappelletti, *La testimonianza nel sistema dell'oralità*, cit., 328 ss., afferma che l'allegazione dei fatti rientra nella parte, se così si può dire, puramente dispositiva (*Dispositionsmaxime*) e non della trattazione (*Verfügungsgrundsatz*). L'Autore nel tentativo di rafforzare maggiormente quanto esposto afferma che anche i sostenitori della teoria dell'individualizzazione – i quali rinvenivano l'oggetto del processo nel diritto di cui si chiede la tutela) quanto quelli della teoria della sostanziazione – secondo cui l'oggetto del processo era inve-

Se, dunque, non paiono esserci significative divergenze sul fatto che soltanto parti possano introdurre gli *alligata*, il discorso muta totalmente in merito ai *probata*[70]: segnatamente, risulta essere un tema ancora controverso e dibattuto la sussistenza e la pregnanza dei poteri istruttori che spettano al giudice nel processo che, inevitabilmente, concerne anche l'ampiezza e la portata dello stesso principio dispositivo[71]. Sebbene in questa sede non sia possibile riportare le numerose e autorevoli posizioni dottrinali – spesso confliggenti – sul punto, pare quantomeno opportuno segnalare che, in primo luogo, l'attribuzione o meno dei poteri istruttori al giudice sottende due differenti visioni su quale sia l'effettivo scopo del processo che ha destato qualche polemica tra gli studiosi, anche in tempi relativamente recenti[72]. Con tale ultimo rilievo si allude alla teoria sostenuta a più riprese da Michele Taruffo secondo cui un processo per essere considerato giusto debba avere come precipua finalità l'accertamento della verità materiale, ossia di come i fatti si siano svolti realmente e, onde rendere ciò possibile, al giudice deve essere

---

ce costituito da tutti i fatti rilevanti – l'allegazione dei fatti «*costituisce un elemento necessario ed essenziale della domanda giudiziale*». Sul fatto che l'allegazione rappresenti un potere monopolistico della parte è concorde anche A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto,* in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980, 188, il quale sottolinea come questa debba comprendere il diritto fatto valere e i fatti storici che servono all'individualizzazione. Il medesimo autore è, però, fortemente critico nei confronti di Cappelletti in merito all'affermazione secondo la quale l'allegazione dei fatti rappresenta un punto di comunanza delle due teorie sull'oggetto del processo appena esposte e dimostra, basandosi su un'approfondita analisi delle loro origini e sviluppi in Germania (p. 44 ss.) che questi assume una nozione di domanda in cui l'allegazione dei fatti rappresenta un momento essenziale ed utilizza gli sviluppi della *Individualisierungstheorie* per dimostrare tale assunto. Tuttavia così facendo, secondo Cerino Canova, Cappelletti dimostrerebbe la sola nozione di principio dispositivo in senso sostanziale, ma non in senso processuale ossia che tale principio impone l'allegazione dei fatti nell'atto introduttivo (p. 128 ss.). Critico sulla generalizzazione operata dal Cappelletti è anche B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 107 ss., che, seppure in nota 20 afferma che la contrapposizione tra le teorie della sostanziazione e individualizzazione si è affievolita, ritiene sarebbe stato più proficuo ribadire l'indispensabilità dell'allegazione dei fatti soprattutto contro le teorie che negano la *causa petendi* quale elemento identificativo dell'azione.

[70] Sulla distinzione tra i due lemmi si veda E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. spec. 232, che ancora porta a ravvisare nel brocardo *Iudex iudicare debet secundum alligata et probata, non secundum conscentiam* alcune imprecisioni per cui si rinvia alle considerazioni svolte *supra* nella nota 67.

[71] Su cui per un'efficace ed approfondita panoramica si rinvia ancora a E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 228 ss., spec. 236.

[72] Su cui per una panoramica si rinvia ancora a E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 295 che ne fa una disamina completa. L'Autore afferma, condivisibilmente, che è l'attribuzione di poteri istruttori al giudice è una questione politica per molti versi. Sul fatto che l'attribuzione di poteri al giudice dipende da fattore che poco hanno a che vedere con la tecnica processuale si veda anche B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 44 ss. e M. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in Aa.Vv., *Le prove nel processo civile: atti del 25° Convegno nazionale*, *Cagliari 7-8 ottobre 2005*, Milano 2007, 53 ss., spec. 55, il quale alla nota 6 sottolinea come la medesima questione sia stata oggetto di contributi anche in Spagna. L'Autore, tuttavia, critica fortemente la tesi secondo la quale all'ordinamento che attribuisce maggiori poteri istruttori al giudice corrisponde un regime politico di tipo autoritario: nella puntuale confutazione vengono riportati numerosi esempi di Paesi che, pur avendo un sistema politico democratico, attribuiscono al giudice alcuni poteri di deduzione di prove non richieste dalle parti (tra cui la Spagna, spec. 71 ss.).

concessa la possibilità di fare uso dei poteri istruttori in via officiosa[73]. Tale posizione non ha mancato di suscitare critiche, anche tra Autori che in precedenza pur avevano ritenuto possibile e conforme al principio dispositivo l'aumento dei poteri istruttori da parte del giudicante: nello specifico, tale orientamento ritiene che il processo possa portare al solo accertamento della c.d. verità processuale che ben può differire da quella materiale[74].

Prescindendo dai (pur interessantissimi) termini specifici della polemica[75], ciò che importa maggiormente rilevare in questa sede è che la dottrina italiana è concorde, sebbene con alcune distinzioni, nel ribadire che poteri esercitati dal giudice non possono essere di carattere inquisitorio[76].

---

[73] L'insigne Autore ha sostenuto tale tesi in numerosi scritti, tra cui si citano quelli maggiormente rappresentativi: M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 7 ss.; Id., voce *Prova (in generale) nel processo civile*, in *Digesto civ*., Torino, 1997, spec. par. 12; Id., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in Aa.Vv., *Le prove nel processo civile: atti del 25° Convegno nazionale*, *Cagliari 7-8 ottobre 2005*, cit., 53 ss., spec. 73 ss.; Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 172 ss. per quanto concerne i poteri istruttori del giudice. In estrema sintesi, secondo l'Autore il processo che segue il modello dispositivo puro non può giungere all'accertamento della verità materiale, stante il fatto che le parti tendono a fornire la loro versione che potrebbe essere diversa e distorta in ordine al perseguimento del proprio personale interesse.

[74] Fortemente critico è B. Cavallone, *In difesa della* Veriphobia *(considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc*., 2010, 1 ss. È da sottolineare il fatto che egli avesse in precedenza auspicato il superamento della dicotomia principio dispositivo-metodo inquisitorio (su cui si veda B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 23 ss.) rilevando l'inadeguatezza di queste categorie a comprendere alcune situazioni che hanno caratteri appartenenti ad entrambe le teorie (posizione criticata da E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 291 per la mancata individuazione della soluzione ad un problema posto correttamente). Tuttavia l'Autore non condivide l'attribuzione al giudice di ampi poteri istruttori e critica l'accostamento tra tale figura e quella dello scienziato, poiché non sarebbe possibile consentire al giudice di effettuare tutte le opportune ricerche al fine di accertare pienamente la verità dei fatti. In risposta a tali rilievi si veda M. Taruffo, *Contro la* veriphobia. *Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc*., 2010, 995 ss. Si contornò di toni decisamente più aspri la polemica scaturita, sempre 2009, tra G. Monteleone e lo stesso Taruffo. Prendendo in considerazione i soli argomenti giuridici il primo (G. Monteleone*, Intorno al concetto di verità* «materiale» *o* «oggettiva» *nel processo civile*, *Riv. dir. proc*., 2009, 1 ss.) definisce il concetto di verità materiale «*equivoco*» e «*inconsistente*» e sostiene che, in tal modo, il giudice diventerebbe «inquisitore» e libero di indirizzare il processo anche contro gli interessi delle parti; la risposta venne pubblicata poco tempo dopo, si veda M. Taruffo, *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *R. trim. dir. proc. civ*., 2009, 723 ss. che, sul punto, risponde a p. 727. La successiva replica, G. Monteleone, *Le confuse idee del prof. Taruffo*, in *R. trim. dir. civ*., 2009, 1139, continua a sottolineare che con la ricerca della verità materiale verrebbero meno, tra gli altri, i principi di terzietà e imparzialità del giudice. Alcuni rilievi critici sulle tesi del Prof. Taruffo sono stati mossi anche dal Prof. J. Montero Aroca nel suo intervento al XXV Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, su cui si veda J. Montero Aroca, in Aa.Vv., *Le prove nel processo civile: atti del 25° Convegno nazionale*, *Cagliari 7-8 ottobre 2005*, cit., 356 ss. il quale sottolinea ugualmente che l'attribuzione di maggiori poteri istruttori al giudice pregiudicherebbe l'imparzialità che egli deve mantenere.

[75] In questa sede si è volutamente scelto di attenersi rigorosamente alla questione dei poteri del giudice, ma gli aspetti affrontati nei pregevoli studi citati sono molteplici e spaziano da argomenti di tipo storico politico (si veda *supra* n. 72), passando per il ruolo e i doveri dell'avvocato nella veridicità dell'allegazione dei fatti, per finire anche a discutere dell'annosa questione della natura fascista o meno del Codice di procedura civile e del possibile (ma dai più ritenuto improbabile) sostegno al regime di alcuni studiosi chiamati alla sua stesura.

[76] Ciò è affermato da M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., spec. 174, che afferma «Solo quando egli scopre (dai materiali del processo, non per sua «scienza privata») che esiste una

Posto che in Italia sia il processo civile che quello amministrativo sono di carattere misto – vale a dire dispositivo, ma con poteri istruttori più o meno ampi attribuiti al giudice[77] – pare opportuno soffermarsi su quale sia il limite di tali poteri superato il quale il processo può ritenersi retto, seppur in parte, dal sistema inquisitorio.

Ebbene, in estrema sintesi e per quanto concerne il tema *de qua*, il limite principale è ravvisato nel potere del giudice di acquisire fatti (verosimilmente secondari[78]) o disporre nuove prove sulla base di quanto già affermato dalle parti ovvero da quanto emerso dall'istruzione già eseguita, ma su quest'ultimo punto pare opportuno precisare che in dottrina esistono due posizioni differenti. La prima, più rigorosa, afferma che il giudice può sì introdurre i fatti dedotti dai mezzi di prova già espletati nel processo, purché la parte li abbia allegati a sua vol-

prova rilevante non dedotta dalle parti, allora egli può (e probabilmente deve) disporre d'ufficio l'assunzione di quella prova, o sollecitare le parti a dedurla. In nessun caso, comunque, si prevede che il giudice si trasformi in un inquisitore che riassume in sé tutti i poteri di indagine e di scoperta della verità, comprimendo o addirittura azzerando i poteri probatori delle parti. In realtà il suo ruolo è assai più modesto e ragionevole, e consiste nel verificare se le parti hanno prodotto tutti i dati conoscitivi disponibili per accertare la verità dei fatti e nel rendersi attivo se ciò non è accaduto». Si veda sul punto anche B. Cavallone, *In difesa della* Veriphobia *(considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 12 ss., secondo il quale «[…] anche se personalmente ho sempre preferito la equivalente distinzione di Benvenuti tra il «metodo dispositivo» e il «metodo acquisitivo», più idonea a sottolineare che, in un «processo di parti», anche il giudice più freneticamente attivo nell'acquisizione delle prove non può «inquisire» proprio nulla». Ma in seguito si approfondirà che cosa realmente sia oggi inquisitorio e l'uso poco corretto di tale termine.

[77] Si veda sul punto E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 273.

[78] Definendo i fatti primari come quelli che dimostrerebbero in modo diretto il diritto fatto valere in giudizio e quelli secondari come quelli da cui si possono provare quelli primari e, dunque, indirettamente, lo stesso diritto, un cenno doveroso va rivolto alle differenti teorie in punto di allegazione dei fatti secondari. Secondo F. Benvenuti, *L'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 269 ss., l'allegazione dei fatti secondari – così come dei primari – deve essere riservata esclusivamente alle parti (p. 293), senza che sia possibile per il giudice influire in alcun modo. Di diverso avviso è M. Cappelletti, *La testimonianza nel sistema dell'oralità*, cit., 330 ss., il quale afferma, al contrario, che il giudice può introdurre i fatti secondari. Pare concordare con Cappelletti, anche B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 132 ss. Con specifico riferimento al processo amministrativo, concorda con Cappelletti anche L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, 88 ss., secondo il quale l'attribuzione al giudice del potere di introdurre i fatti secondari non interferisce in alcun modo con il dettato del principio dispositivo poiché quest'ultimo spiega i suoi effetti nei confronti dei solo fatti primari o costitutivi. In questo modo, l'allegazione dei fatti secondari rientra nell'ambito della tecnica processuale, ossia del lato teorico del rito la cui gestione è demandata al giudice: egli, dunque, dovendo salvaguardare la corretta prosecuzione del processo può introdurre i fatti secondari idonei a provare i fatti costitutivi. Sebbene tali posizioni, segnatamente quelle di Benvenuti e di Migliorini appaiano in netto contrasto, autorevole dottrina ha sottolineato come ad una più attenta analisi le divergenze si attenuino in modo significativo. Si veda L. Bertonazzi, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, 373 ss., spec. 403 ss. che, riprendendo la distinzione ideata dal Benvenuti tra fatti secondari-fonte di prova e fatti secondari-mezzo di prova (p. 375) – di cui soltanto sui primi può disquisirsi in merito alla possibilità di una loro allegazione ad opera del giudice – afferma che le opinioni del Benvenuti e Migliorini non sono contrapposte. Questo perché, secondo l'Autore, sarebbe lo stesso Migliorini ad affermare chiaramente (come in precedenza aveva fatto pure Benvenuti) che il giudice amministrativo non ha alcun potere di indagine extra-processuale: i fatti secondari possono divenire oggetto di allegazione da parte del giudice quando, ad esempio, emergono dalle risultanze dei mezzi istruttori disposti, ma non perché quest'ultimo ha compiuto delle indagini in autonomia.

ta, mentre la seconda, al contrario, afferma che il giudice può acquisire gli stessi agli atti senza una previa allegazione[79]. Quest'orientamento accanto al principio dispositivo puro e al sistema inquisitorio pone un nuovo metodo governato dal «principio dei poteri istruttori d'ufficio» che sposa, per un verso, la teoria del metodo acquisitivo elaborata da Benvenuti con riguardo al processo amministrativo, ma per l'altro se ne discosta ampiamente, ritenendo che i fatti secondari introdotti dal giudice debbano essere emersi dalle risultanze processuali[80]. La provenienza dei nuovi fatti dalle risultanze istruttorie – comunque richieste dalle parti ovvero disposte dal giudice sempre sulla scorta di quanto affermato dalle stesse – è l'elemento che distingue in modo netto il principio dei poteri istruttori d'ufficio dal metodo inquisitorio che, conviene ricordarlo, presuppone un'autonoma iniziativa del giudice totalmente svincolata da quanto già agli atti[81].

Alla luce di tali considerazioni, si procede ora con l'analisi del principio dispositivo nell'ordinamento processuale spagnolo al fine di ricercare gli elementi che possano giustificare la sussistenza dei tratti del metodo inquisitorio poc'anzi accennati[82].

La principale norma di riferimento è l'art. 216 LEC «*Principio de justicia rogada*» che sancisce testualmente «*Los tribunales civiles decidirán los asuntos*

[79] Per quanto concerne la prima teoria si veda ancora F. Benvenuti, *L'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 269 ss., secondo il quale anche nell'ambito del metodo acquisitivo (vale a dire, quando al giudice è concessa la facoltà di utilizzare i poteri istruttori) i fatti secondari dovrebbero essere oggetto di allegazione implicita. Per un'efficace disamina delle teorie si rinvia a E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 294 e, per la seconda teoria riportata, ad A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, agg. a cura di E. Fabiani e B. Gambineri, VII ed., Napoli, 2023, 412 ss. Sul punto si veda, però, anche la disamina di P. Comoglio, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, 2018, spec. 123 ss. Per le posizioni più risalenti si rinvia alla nota precedente.

[80] Si veda ancora A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 412 ss. Nello specifico, Proto Pisani sostiene che una delle possibili «soluzioni tecniche» al problema dell'individuazione dei soggetti titolari dell'iniziativa probatoria (insieme al metodo dispositivo puro e sistema inquisitorio) può essere ravvisata nel principio dei poteri istruttori d'ufficio affidati al giudice. Quest'ultimo, però, è limitato nel loro esercizio dal divieto fondare la decisione su conoscenze personali della vicenda: pertanto, può desumere «fonti materiali di prova» o fatti secondari soltanto da fatti notori o atti del giudizio.

[81] Per quanto concerne il processo amministrativo, F. Benvenuti, *L'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 193 ss., afferma che nel modello inquisitorio il giudice agisce sul piano della realtà materiale, al fine di colmare le disparità sul piano probatorio che possono incontrare le parti. Ne deriva che egli, in tal caso, ha i medesimi poteri delle parti e può muoversi liberamente alla ricerca degli elementi che ritiene necessari all'accertamento. Di seguito si darà conto della questione sul corretto uso del termine inquisitorio sorta in tempi relativamente recenti in dottrina, già sin d'ora si può affermare come questo termine sia utilizzato in modo indiscriminato anche per processi che di inquisitorio non hanno nulla.

[82] Chi scrive è consapevole della vastità del tema che, come si è visto, è stato oggetto di numerosi contributi di alcuni tra i più autorevoli studiosi del diritto processuale e non. Tuttavia, in questa parte del lavoro è parso più opportuno limitare l'analisi al tema trattato – ossia il carattere inquisitorio o meno di alcune disposizioni della LJCA spagnola – e, pertanto, anche i cenni alla dottrina italiana appena riportati sono stati selezionati affinché risultassero strettamente funzionali a fondare la tesi che verrà sostenuta nelle battute conclusive. Per il lettore desideroso di approfondire maggiormente il tema si rinvia, dunque, alla bibliografia citata e alle annotazioni *ivi* riportate.

en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales»[83]. Rispetto al modello italiano, la disciplina spagnola specifica maggiormente gli elementi su cui il giudice deve basarsi per decidere e fa salvi i tassativi casi previsti in cui può, verosimilmente, espandere i suoi poteri. Tuttavia, in Spagna è riconosciuta l'esistenza di un altro principio denominato «*principio de aportación de parte*» secondo il quale deve essere compito esclusivo delle parti l'allegazione dei fatti in giudizio e la richiesta dei relativi mezzi di prova. Appare chiara la somiglianza tra quest'ultimo e il principio dispositivo, anche nei termini sopra descritti, tanto che la ricerca dei criteri che permettessero di distinguere l'uno dall'altro non pare essere stata agevole. Sebbene, infatti, le posizioni sul punto non siano concordi, l'orientamento maggioritario afferma che l'applicazione del *principio de aportación de parte* comporta il dovere della parte di introdurre non solo i fatti primari, bensì anche quelli secondari (e, dunque, impedendo al giudice la loro deduzione seppur derivanti da risultanze processuali). Inoltre, non è sfuggita ad alcuni commentatori l'analogia del binomio principio dispositivo – *aportación de parte* con le teorie della *Dispositionsmaxime* – *Verhandlungsmaxime* sopra citate[84] che, dunque, potrebbe essere considerato come un recepimento delle teorie tedesche.

È opinione pressoché condivisa che l'art. 216 LEC segua il dettato *del principio de aportación de prueba* e non del dispositivo anche se questo, tuttavia, non è declinato nella sua interpretazione più restrittiva: il giudice, infatti, può fare uso dei poteri istruttori, ma in relazione ai soli mezzi di prova senza introdurre o rilevare nuovi fatti secondari[85]. Tali considerazioni hanno molteplici profili di rilevanza ai fini dell'argomento trattato poiché, in primo luogo e come già ribadito, il giudizio amministrativo in Spagna è una *species* del rito civile e la LJCA opera numerosi rinvii alla disciplina processualcivilistica; in secondo luogo, portano ad

[83] Secondo E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 412 ss., questa non è l'unica disposizione da cui si ravvisa l'accoglimento del metodo dispositivo nel processo spagnolo: si fondano su tale principio anche gli artt. 399.1, 549, 721.1 LEC. Di analogo tenore è l'art. 282 LEC che fa salvi i poteri istruttori del giudice in casi prestabiliti: «*Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley*».

[84] Si rinvia ancora a E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 414 ss., secondo il quale, oltre a quanto appena riportato, il *principio de aportación de parte* ha quali elementi essenziali l'introduzione dei fatti nel processo a esclusiva cura della parte con divieto al giudice di fare uso della propria scienza privata; un'attività probatoria focalizzata soltanto sui fatti oggetto dell'allegazione; la proposizione e assunzione di mezzi di prova ad iniziativa delle sole parti. Tuttavia, l'Autore riporta la diatriba secondo la quale la distinzione non sarebbe soltanto di natura tecnica, ma anche politica. In merito al rinvio alle teorie di matrice tedesca, maggiori riferimenti bibliografici possono essere reperiti a p. 418, n. 585.

[85] Sul punto si veda ancora E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 418 ss., il quale specifica in numerosi passaggi (pp. 419, 420, 426, 430, 433) il fatto che i poteri istruttori del giudice non debbano incidere sui fatti, la cui allegazione, dunque, resta un'esclusiva prerogativa delle parti.

affermare che, quantomeno nel processo civile, in Spagna non vi sia spazio alcuno per poteri di tipo inquisitorio.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, si ritiene di dover spostare l'analisi sul nodo problematico che ci si è posti, verificando la presenza di poteri inquisitori o meno nel *contencioso-administrativo* e sottolineando sin da subito che l'art. 33.1, ricalcando il 216 LEC, limita la cognizione del giudice alle «[…] *pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición*» da cui, pur nella genericità della formulazione, pare evincersi l'orientamento del rito verso il metodo dispositivo. Le disposizioni della LJCA che, secondo alcuni, disciplinano poteri di tipo inquisitorio sono l'art. 33.2 e il 65.2: la prima afferma che «*Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Contra la expresada providencia no cabrá recurso alguno*»; la seconda, invece, sancisce che «*Cuando el Juez o Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de diez días para ser oídas sobre ello. Contra esta providencia no cabrá recurso alguno*». Esaminando partitamente le norme *de qua*, pare potersi affermare che nel caso in cui si faccia applicazione dell'art. 33.2 LJCA, il giudice possa rilevare ulteriori motivi di impugnazione in seguito alla lettura degli atti introduttivi e che egli debba semplicemente limitarsi a suggerirli alle parti, dato che la lettera ha cura di precisare che l'esito del giudizio non risente dell'eventuale inottemperanza di queste a tale richiesta entro il termine stabilito[86]. Di tenore ben diverso pare, invece, l'art. 65.2 LJCA. Tale paragrafo sancisce l'impossibilità per le parti di allegare nelle note conclusive nuove «*cuestiones*»[87], ma nel caso in cui il giudice tragga dagli atti conclusivi nuovi «*motivos*» rilevanti ai fini della decisione, alle parti viene concesso un termine per presentare osservazioni sul

[86] Il suggerimento di cui all'art. 33.2 LJCA presenta alcune similitudini con il suggerimento del giudice alle parti di cui all'art. 429 LEC. Segnatamente, quest'ultimo conferisce al giudice il potere di segnalare alle parti eventuali lacune nell'istruttoria a cui esse possono sopperire, può indicare quali sono i fatti oggetto di prova e può anche consigliare il mezzo di prova di cui necessita. Sull'art. 429 LEC si rinvia per alcuni cenni a M. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in Aa.Vv., *Le prove nel processo civile: atti del 25° Convegno nazionale, Cagliari 7-8 ottobre 2005*, cit., spec. 71 ss.; E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 447.

[87] Da tradurre, verosimilmente, come nuove domande.

punto[88]. Il legislatore iberico non utilizza il termine «*hechos*» o «*fundamentos de derecho*» che ben avrebbero potuto indirizzare l'interpretazione della disposizione verso il metodo inquisitorio, bensì inserisce il più generico «*motivos*» che, sulla scorta di quanto sancito agli artt. 33.1 e 56.1 LJCA, possono essere considerati come le ragioni della domanda[89].

A parere di chi scrive, la sussistenza di eventuali poteri di tipo inquisitorio del giudice del *contencioso-administrativo* dipende dal significato che può essere attribuito al termine «*motivos*».

Segnatamente, qualora con tale termine il legislatore abbia inteso riferirsi a mere argomentazioni di diritto non svolte ovvero non approfondite a sufficienza dalle parti, è chiaro che il nodo problematico di cui si sta discutendo non verrebbe neppure a porsi dato che, per via del principio *iura novit curia*, il giudice può rilevare qualsiasi questione o effettuare una diversa qualificazione in termini di puro diritto[90]. Tuttavia, potrebbe esservi una diversa – e forse più plausibile – accezione del termine «*motivos*» inteso come *causa petendi*, ossia le ragioni poste dalla parte a sostegno della domanda. Sebbene la dottrina si sia spesso affaticata sull'incerta identificazione della *causa petendi*, pare sufficientemente consolidato (almeno in Italia) l'orientamento che ritiene impossibile scindere i fatti e le correlate ragioni di diritto poste a sostegno dell'atto introduttivo del giudizio[91]: infatti uno sforzo volto alla separazione dei fatti dalle correlate ragioni di diritto al fine di consentire al giudice il rilievo soltanto dei primi o soltanto delle seconde risulta agevole sul piano teorico, ma diventa pressoché impossibile sul piano pratico[92].

Appurato, dunque, che il termine «*motivos*» potrebbe assumere il significato di *causa petendi* e che da quest'ultima non possono essere scorporati i fatti, potrebbe essere plausibile che in applicazione dell'art. 65.2 LJCA il giudice possa introdurre nuovi fatti che, stante il divieto di far uso delle proprie conoscenze private vigente anche in Spagna, dovrebbero essere tratti dalle risultanze istrutto-

[88] Pur se di rilevanza secondaria ai fini del lavoro, si sottolinea che l'ordinanza di cui al 33.2 è impugnabile, mentre quella disciplinata dal 65.2 non lo è per espressa previsione normativa.

[89] Per completezza si riporta il testo dell'art. 56.1 LJCA: «*En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración*». L'art. 33.1 LJCA è già stato riportato *supra*.

[90] Ciò è quanto pare sostenere Cuellar Serrano, si veda *supra* la nota 50, affermando che esulano dalla *causa petendi* i motivi di illegittimità dell'atto.

[91] Sul punto si rinvia a A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto,* cit., 188 ss., il quale afferma «L'unicità o la pluralità di diritti, che non può essere risolta dalle loro note di struttura, è definita dalla relazione dei fatti con i diritti, ossia dalle fattispecie legali che costituiscono da tramite per le due nozioni. Ogni qualvolta nuovi accadimenti storici vengono dedotti, il problema è essenzialmente lo stesso: si tratta di vedere se i nuovi accadimenti accedano alla tutela di quel diritto o di altri diritti». Su tali considerazioni si veda anche S. Satta, voce *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, cit., spec. 823 ss.

[92] Ciò è desumibile da A. Nasi, voce *Fatto (giudizio di)*, in *Enc. Dir*., XVI, Milano, 1967, 967, spec. 979 ss.

rie o, comunque, dalle memorie conclusive delle parti. Ciò è quanto pare evincersi dal tenore della disposizione e si soggiunge che i fatti desumibili in tal caso, verosimilmente, non potrebbero che essere quelli secondari: quelli primari, infatti, non potrebbero quasi certamente emergere in tali atti finali. Peraltro, qualora al giudice fosse concesso il rilievo dei fatti primari non dedotti saremmo di fronte ad un metodo nettamente inquisitorio che non è quello sposato dal legislatore spagnolo. Sebbene gli artt. 33.2 e, maggiormente, 65.2 LJCA attribuiscano indubbiamente dei poteri al giudice, non pare che questi siano di tipo inquisitorio[93], bensì – e sempre riguardo la seconda norma citata – si reputa possano rientrare nella categoria dei poteri officiosi[94].

In definitiva, su tale aspetto il giudice amministrativo spagnolo sembra avere maggiori spazi di manovra rispetto all'omonimo italiano: il potere acquisitivo di quest'ultimo, infatti, può spiegarsi solo nei limiti dei fatti già allegati dalle parti, anche secondari seppur sul punto vi siano come si è visto opinioni discordanti; diversamente, in sede di rilievo dei motivi di cui si è discusso è possibile ritenere che al giudice spagnolo sia concesso rilevare d'ufficio anche tale ultima tipologia di fatti a condizione che siano emersi dalle risultanze processuali e, comunque, mediante tale attività non oltrepassi il limite costituito dalle allegazioni delle parti.

[93] Vedi *supra* nota 48.

[94] Come è stato già accennato, per definire alcuni processi in la legge prevede significativi poteri istruttori del giudice è adoperato il termine «inquisitorio». A tal proposito, alcuni Autori hanno segnalato e criticato tale tendenza: ravvisandone il fondamento in questioni di matrice ideologica e politica, l'orientamento che si sta riportando sostiene che benché al giudice siano attribuiti poteri istruttori, questi non sono quasi mai coincidenti con quelli attribuiti all'inquisitore, ma trovano il loro fondamento nel principio dispositivo (seppur in una sua versione meno rigorosa). Da ciò deriva l'impossibilità di inquadrare molte tipologie di processi nella sola categoria del metodo dispositivo o sistema inquisitorio e sorge la necessità di creare una nuova categoria come fece, del resto, in modo lungimirante, Feliciano Benvenuti con il metodo acquisitivo. Per l'impiego scorretto del termine si veda M. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in Aa.Vv., *Le prove nel processo civile: atti del 25° Convegno nazionale, Cagliari 7-8 ottobre 2005*, cit., spec. 53 ss. e E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 254 ss. Anche B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel giudizio civile*, cit., 23 ss. auspicava già il superamento della contrapposizione tra principio dispositivo e metodo inquisitorio. Lo stesso E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 525 ss. auspica un superamento di questa distinzione e propone un nuovo modello di classificazione dei metodi istruttori basati su diversi momenti. Il primo criterio di distinzione prende in considerazione il momento dell'instaurazione del processo e dell'introduzione dei fatti e delle prove, distinguendo tra processo dispositivo e inquisitorio; il secondo prende come riferimento la «mera attività di deduzione formale della prova (intesa quale mezzo istruttorio)» e distingue tra metodo acquisitivo e metodo dispositivo.

Giovanna Pileri - Abstract

Brevi note in materia di differenze tra il contenzioso-amministrativo spagnolo e processo amministrativo italiano con cenni, in particolare, all'istruttoria e all'onere della prova

Lo studio del *contencioso-administrativo* spagnolo sottende diversi aspetti di notevole interesse scientifico posto a confronto con il processo amministrativo italiano: solo per citarne alcuni, il giudice amministrativo iberico è un giudice ordinario e la composizione degli organi giurisdizionali è varia non limitandosi, come in Italia, ai soli Tribunali amministrativi regionali in primo grado e Consiglio di Stato in appello. Tra i molteplici aspetti, il lavoro pone a confronto la fase istruttoria del *contencioso-administrativo* con quella dell'omonimo italiano e, segnatamente, l'attenzione si è concentrata sui poteri istruttori di cui il giudice spagnolo dispone. A tal proposito, colpisce il fatto che alcuni poteri previsti dagli artt. 33.2 e 65.2 della LJCA siano ritenuti di tipo inquisitorio nonostante dalla medesima legge emerga chiaramente il carattere dispositivo del *contencioso-administrativo*. Da ultimo, dunque, lo studio si pone la finalità di verificare l'effettiva presenza di poteri di tipo inquisitorio del giudice spagnolo e, propendendo per la risposta negativa, fornisce un loro possibile inquadramento alla luce delle risultanze di autorevoli studi sul tema.

Brief Notes on the Differences Between Spanish Contentious-Administrative Proceedings and Italian Administrative Procedure, with Particular Reference to Fact-Finding and the Burden of Proof

The study of the Spanish *contencioso-administrativo* subtends several aspects of considerable scientific interest when compared with the Italian administrative process: to name but a few, the Iberian administrative judge is an ordinary judge and the composition of the jurisdictional bodies is varied not limiting itself, as in Italy, to the regional administrative Tribunals at first instance and the Council of State on appeal. Among the many aspects, the work compares the preliminary investigation phase of the *contencioso-adiministrativo* with that of the Italian one and, in particular, the focus has been on the investigative powers that the Spanish judge has. In this regard, it is striking that some of the powers provided for in Articles 33.2 and 65.2 of the LJCA are considered inquisitorial in nature, despite the fact that the same law clearly reveals the dispositive character of the *contencioso-administrativo*. Lastly, therefore, the study aims to verify the actual presence of inquisitorial powers of the Spanish judge and, leaning towards the negative answer, provides a possible framework for them in the light of the findings of authoritative studies on the subject.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 587-609

Articoli e saggi

Crypto foundation vs. DAO: un breve confronto tra due modelli di *governance*

Ilaria Nigro, Michele Modina

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le *crypto foundation*. – 3. Le *decentralized autonomous organisations* (DAO). – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La tecnologia *blockchain* ha profondamente rivoluzionato le modalità di gestione e verifica dei dati, introducendo un modello decentralizzato che garantisce maggiore sicurezza, trasparenza e autonomia rispetto ai sistemi tradizionali[1]. La natura dirompente delle nuove tecnologie sta rimodellando le strutture d'impresa e di gestione fino a ora consolidati[2].

La presente ricerca si propone di svolgere un'analisi descrittiva e comparativa di due nuovi modelli organizzativi emergenti all'interno dell'ecosistema decentralizzato: le Organizzazioni Autonome Decentralizzate (conosciute con l'acronimo di DAO) e le *Crypto Foundation* (fondazioni crittografiche). L'obiettivo è duplice. Da un lato, il lavoro si propone di mettere a fuoco le differenze strutturali e funzionali tra i due modelli, ponendo particolare attenzione agli elementi di verticalizzazione e accentramento decisionale che permangono nelle *crypto foundation*, in contrapposizione alla logica algoritmica, distributiva e partecipativa delle DAO. Dall'altro lato, si mira a valutare quale delle due forme risulti maggiormente coerente con i principi ispiratori dei registri distribuiti (*Distribu-*

[1] Così D. Tapscott, A. Tapscott, *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin is Changing Money, Business, and the World*, New York, 2016; P. De Filippi, A. Wright, *Blockchain and the Law. The rule of code*, London, 2018.

[2] N.K. Saurabh, P. Rani, P. Upadhyay, *Towards novel blockchain decentralised autonomous organisation (DAO) led corporate governance framework*, in *Technol. Forecast. Soc. Change*, 2024, 1 ss.; S. Unalan, S. Ozcan, *Democratising systems of innovations based on Blockchain platform technologies*, in *J. Enterp. Inf. Manag.*, 2020, 33(6), 1511-1536.

ted Ledger Technologies o DLT), nonché più idonea a rispondere alle esigenze di *governance* sostenibile di lungo e medio periodo.

Il metodo adottato è di tipo comparativo e qualitativo, supportato dall'analisi di casi studio emblematici, quali *Ethereum Foundation* e *The DAO*, e su una riflessione critica tanto del quadro normativo quanto della prassi operativa, con apertura anche a esperienze maturate in ambito internazionale.

Inoltre, particolare attenzione è riservata al profilo giuridico-istituzionale, considerando, per un verso, la capacità delle *crypto foundation* di offrire stabilità e legittimazione legale e, per altro verso, i limiti delle DAO in termini di certezza giuridica, sicurezza operativa e responsabilità dei membri. Infatti, il confronto tra questi modelli assume particolare significato giuridico ed economico, in quanto essi incarnano due visioni distinte della governance decentralizzata: una, più compatibile con le esigenze di certezza del diritto e stabilità istituzionale; l'altra, più radicale e aderente ai principi di trasparenza, disintermediazione e automazione insiti nella tecnologia DLT.

Tuttavia, l'assenza di un'adeguata cornice normativa continua a costituire un ostacolo alla piena affermazione delle organizzazioni decentralizzate, rendendo auspicabile una riflessione regolatoria mirata, sia a livello nazionale che sovranazionale, capace di fornire risposte coerenti con la natura ibrida e transfrontaliera di tali entità.

Considerata la progressiva rilevanza delle soluzioni decentralizzate nell'ambito del diritto e dell'economia, si impone, in via preliminare, un inquadramento tecnico della tecnologia *blockchain*, quale infrastruttura abilitante dei modelli di *governance* oggetto del presente contributo.

Con il termine *blockchain* (letteralmente "catena di blocchi") si fa riferimento a un registro digitale, pubblico e condiviso, concepito per assicurare la tracciabilità e l'immutabilità delle transazioni tra una pluralità di soggetti, operanti attraverso una rete di *server* geograficamente dislocati (c.d. nodi)[3]. Le informazioni archiviate all'interno di questo *database* informatico sono poi autenticate e convalidate per mezzo di un meccanismo crittografico avanzato che, mediante la creazione di blocchi concatenati (da qui il termine *block*), garantiscono l'integrità e l'immodificabilità dei dati[4].

[3] A. Marinello, G. Giminiano, *Le opportunità della blockchain e degli smart contract nei rapporti commerciali*, in *Quaderno Knos*, 13, a cura del Direttivo UGDCEC Siena, Siena, 2021, 11; «*The blockchain is a distributed, shared, encrypted database that serves as an irreversible and incorruptible public*»; si veda in merito anche A.Wright, De Filippi, *Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia*, 2015, 2.

[4] *Ibidem.*

Ciascun blocco, contenente un insieme di transazioni verificate, è identificato attraverso un *hash*[5], cioè una funzione algoritmica univoca, che ne certifica la posizione all'interno della sequenza e lo collega, in maniera irreversibile, al blocco precedente[6]. In tal modo si origina una catena cronologicamente ordinata (*chain*), che viene conservata in un *database* pubblico condiviso, denominato *ledger*[7].

La *blockchain* si colloca all'interno dell'ampio *genus* delle tecnologie basate su registri distribuiti, delle quali costituisce la declinazione più nota e consolidata[8]. Tali tecnologie consentono agli utenti di conservare e accedere a dati relativi a beni e rapporti giuridici, come *asset* o partecipazioni, attraverso un'infrastruttura condivisa, decentralizzata, automatica e non intermediata, nella quale le operazioni sono eseguite secondo protocolli predeterminati e senza il ricorso ad autorità centrali di controllo e di validazione[9].

Le DLT hanno ricevuto un primo riconoscimento normativo nell'ordinamento italiano ad opera dell'art. 8-*ter* del d.l. 135/2018 (c.d. Decreto Semplificazioni), convertito con la l. 12/2019. La disposizione definisce tali tecnologie come: «tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili»[10].

---

[5] L'*hash* sintetizza le informazioni riguardanti le transazioni in esso incluse e ha la funzione di convertire informazioni, come ad esempio un messaggio, in un codice alfanumerico. Qualsiasi successiva modifica delle informazioni determinerà un *hash* completamente differente. Quando si aggiunge un nuovo blocco alla catena, contenente nuove transazioni nate dal precedente blocco, l'*hash* conterrà sia le informazioni delle nuove transazioni sia l'*hash* del blocco precedente. In altri termini, il nuovo *hash* incorpora anche l'*hash* del blocco precedente; si veda. L. Parola, P. Merati, G. Gavotti, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *I contratti*, 2018, 6, 681, sub. nota 3.

[6] M. Siena, *La tecnologia Blockchain: criticità dal punto di vista legale, prime applicazioni e prospettive*, in *Luiss Law Review*, 2019, 1, 49.

[7] A. Marinello, G. Giminiano, *Le opportunità della blockchain e degli smart contract nei rapporti commerciali*, *op. cit.*

[8] Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain si dice al Considerando I «che la *blockchain* è solo uno dei vari tipi di DLT»; si veda anche C. Bomprezzi, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, 26 febbraio 2019.

[9] «*Distributed ledger technology refers to the ability for users to store and access information or records related to assets and holdings in a shared database (i.e., the ledger) capable of operating without a central validation system and based on its own standards and processes*». Sul punto v. H. Kakavand, N.K. De Sevres, *The blockchain revolution: an analysis of regulation and technology related to distributed ledger technologies*, 2017, 4.

[10] Art. 8-*ter* del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (cd. Decreto Semplificazioni), convertito con la l. n. 12/2019, in Gazzetta Ufficiale n. 290 del 14 dicembre 2018.

L'elemento identitario per eccellenza della *blockchain,* e più in generale delle tecnologie DLT[11] è rappresentato dal principio della decentralizzazione[12]. Il concetto di decentralizzazione è complesso, multidimensionale e denota un assetto reticolare in cui l'autorità non è concentrata in capo a un numero ristretto di soggetti identificabili, ma è distribuita tra una vasta rete di attori, sovente anonimi e operanti in giurisdizioni differenti[13]. Nel dettaglio, la decentralizzazione prodotta dalle tecnologie DLT agisce su due piani distinti: in primo luogo, elimina la necessità di intermediari nelle operazioni di gestione e scambio dei prodotti; in secondo luogo, pone in discussione l'idoneità dei modelli societari tradizionali a governare le attività imprenditoriali fondate su logiche distribuite, aprendo la strada a forme organizzative alternative[14].

Assunta la decentralizzazione come fulcro interpretativo, diviene imprescindibile capire ed esaminare i modelli di *governance* che progressivamente si stanno affermando in tale nuovo contesto tecnologico. Tra questi, si distinguono due configurazioni paradigmatiche: le *crypto foundation* e le DAO (Decentralized Autonomous Organization o organizzazioni autonome decentralizzate).

Le prime, sebbene dotate di una struttura giuridica formalizzata e di meccanismi funzionali volti a garantire la stabilità e l'accesso a fonti di finanziamento, appaiono in tensione con i principi della decentralizzazione, poiché mantengono un significativo accentramento del potere decisionale nelle mani dei fondatori o del consiglio di amministrazione[15]. Le seconde, per converso, si fondano su una logica partecipativa algoritmica, nella quale la *governanc*e è affidata all'interazione automatizzata tra gli attori della rete e mediata da protocolli immutabili (cioè gli *smart contracts)* secondo le modalità distribuite[16]. In altri termini, le DAO, promuovono un sistema di *governance* distribuito, in cui le decisioni vengono prese collettivamente dai membri della comunità[17]. Questo mutamento strutturale apre la strada a forme inedite di coordinamento e cooperazione economico-giuridica, mettendo in discussione alcuni capisaldi del diritto societario e dell'organizzazione aziendale tradizionale.

Il presente contributo si propone di sottoporre a confronto critico tali modelli, al fine di verificare se e in quale misura la loro struttura sia effettivamen-

[11] R. Piselli, *Quando la decentralizzazione delle DLT incontra il mercato dei capitali. Appunti sulle organizzazioni decentralizzate*, in *AGE*, 2019, 1, 374.

[12] P. De Filippi, A. Wright, *Blockchains, Bitcoin, and Decentralized Computing Platforms*, in *Blockchain and the Law. The rule of code*, Londra, 2018, 13.

[13] A. Marinello, G. Giminiano, *op. cit*. Vedi anche, P. De Filippi, A. Wright, *Blockchains, Bitcoin, and Decentralized Computing Platforms*, in *Blockchain and the Law. The rule of code*, *op. cit*; 34.

[14] *Ibidem,* 13.

[15] J. Inika, *What is a Crypto Foundation and how does it work*?, in *Cryptocurrency*, aprile 2024.

[16] L. Henkels, *DAO structure vs Traditional organization: A comparative Analysis*, in https://www.midao.org/blog-posts/dao-structure-vs-traditional-organizations.

[17] *Ibidem.*

te coerente con l'impianto teorico e tecnico della tecnologia distribuita. Nel dettaglio, si metteranno in luce punti di forza, limiti e potenzialità, anche tenendo conto delle attuali incertezze normative e della prassi internazionale in via di consolidamento. Il fine ultimo è quello di contribuire al dibattito in corso sull'evoluzione della *governance* aziendale nel contesto tecnologico distribuito, offrendo spunti utili per una futura riflessione regolatoria, coerente con le esigenze di innovazione e tutela giuridica.

2. *Le* crypto foundation

Le *crypto foundation* (o anche semplicemente fondazioni crittografiche per distinguerle dalle fondazioni tradizionali) rappresentano un fenomeno di notevole rilevanza nel panorama della decentralizzazione, perché sono istituite principalmente per sostenere, sviluppare e promuovere un progetto *blockchain* specifico[18]. Nonostante siano enti senza scopo di lucro, si differenziano dalle fondazioni tradizionali[19], in quanto nascono con lo scopo precipuo di garantire la crescita e il corretto funzionamento della *blockchain*[20]. Pertanto, non devono essere confuse con gli enti *no-profit* che fanno beneficenza (si pensi alle classiche fondazioni come *Save the Children* e *Amnesty International*).

Ai fini del presente contributo, infatti, è necessario sottolineare che la fondazione è solo quella intesa come veste giuridica formale. Le *crypto foundation* fungono soltanto da piattaforma per gestire e sviluppare progetti *blockchain*. L'unico elemento che le accomuna a quelle tradizionali è "l'involucro" che le contiene, ossia la fondazione come ente dotato di personalità giuridica, a cui uno o più fondatori destinano il proprio patrimonio al fine di perseguire uno scopo[21].

In tale contesto, sebbene possa apparire paradossale che un'entità centralizzata assuma un ruolo di rilievo all'interno di un'iniziativa idealmente improntata alla decentralizzazione e alla *governance* comunitaria, l'istituzione di fondazioni rappresenta una prassi ampiamente diffusa e ormai consolidata nell'ambito dell'e-

[18] *What is a Crypto Foundation?* Novembre 2023, in https://medium.com/@payototoken/what-is-a-crypto-foundation-c421b43c4dd0.

[19] Ci si riferisce alle fondazioni *no-profit*, quindi senza scopo di lucro e che perseguono attività benefiche, come quelle che si trovano nell'ordinamento italiano di cui al Libro primo, titolo secondo, capo primo del Codice civile.

[20] J. Inika, *What is a Crypto Foundation and how does it work?,* in *Cryptocurrency*, Aprile 2024, in https://blog.obiex.finance/what-is-a-crypto-foundation-and-how-does-it-work/.

[21] M. Ferrari, *Le fondazioni: la guida completa*, in *Altalex*, disponibile al sito: https://www.altalex.com/guide/fondazioni.

cosistema *blockchain*[22]. Esse perseguono il loro scopo attraverso una pluralità di strumenti e attività, tra cui assistenza tecnica e organizzativa, formazione di risorse umane qualificate, iniziative di promozione divulgazione, nonché l'istaurazione di rapporti di cooperazione con la comunità di riferimento e con gli sviluppatori[23]. Tali fondazioni agiscono come fossero enti privati, impiegando le risorse economiche raccolte per sostenere e orientare lo sviluppo di un ecosistema di *blockchain*[24]. In altri termini, esse hanno un'influenza significativa sulla *governance* e sulle dinamiche del protocollo di *blockchain*[25]. Il loro operato è simile a quello di una società di *venture capital*, perché forniscono finanziamenti a progetti che hanno la finalità di sostenere l'ambiente complessivo attorno alla rete[26] (c.d. *network*), attraverso donazioni, sovvenzioni e iniziative di raccolta fondi provenienti da individui o altre fondazioni[27]. Il *network*, o la rete, identifica una comunità di sviluppatori, utenti e ricercatori che forniscono un contributo attivo al sostegno e alla promozione di progetti *blockchain*, favorendo la creazione di spazi dedicati alla comunicazione e al confronto[28]. Tali finalità vengono perseguite mediante l'organizzazione di *forum*, eventi e programmi educativi, nonché altre iniziative volte a stimolare l'interesse verso la tecnologia e attrarre la partecipazione di nuovi soggetti, siano essi utenti, sviluppatori o *stakeholder*[29]. Pur svolgendo un ruolo rilevante nella diffusione e nel consolidamento della rete, tali comunità non esercitano un controllo né diretto né formale sulla *governance* della piattaforma[30]. Il loro apporto si concentra, in via esclusiva o prevalente, sul sostegno alla crescita continua del progetto, attraverso attività di coinvolgimento, sensibilizzazione e supporto tecnico e informativo[31].

La decisione di adottare la forma giuridica della fondazione in qualità di *legal wrapper* per l'inquadramento formale di un progetto *blockchain* costituisce una scelta strategica che non deve sorprendere. È noto, infatti, come tale confi-

[22] G. Mcshane, *What Is a Crypto Foundation,* Maggio 2023, in https://www.coindesk.com/learn/what-is-a-crypto-foundation/.

[23] Nell'ambito delle attività di assistenza, si includono attività come fornire aggiornamenti alla *blockchain*, risoluzione e assistenza a problemi tecnici e contribuire e supportare processi di sviluppo. Per quanto riguarda le attività di promozione e support alla comunità, si intendono attività come promozione della comunicazione tra i membri della comunità, riunione degli sviluppatori e/o ricercatori che collaborano al progetto e supportare gli eventi. Sul punto si veda, G. Mcshane*, op. cit.*; C. Berg, T. MacDonald, J. Potts, D. Allen, S. Davidson, *An economic theory of blockchain foundations*, in *Soc. Sci. Res. Netw.*, 1-16.

[24] C. Berg, T. MacDonald, J. Potts, D. Allen, S. Davidson, *op. cit.*

[25] *Ibidem.*

[26] K. Moore, *What Is A Crypto Foundation And How Does It Work?*, in https://e-cryptonews.com/what-is-a-crypto-foundation-and-how-does-it-work/.

[27] J. Inika, *op. cit.*

[28] *Ibidem.*

[29] *Ibidem.*

[30] G. Mcshane, *op. cit.,* 2.

[31] *Ibidem.*

gurazione normativa si caratterizzi per una notevole flessibilità nella definizione e perseguimento di una pluralità di scopi, consentendo una gestione meno vincolata da rigidi schemi normativi rispetto ad altre forme organizzative[32].

Nel contesto italiano, alla luce delle disposizioni adottate dal d.lgs. 117/2017 (Codice del Terzo Settore[33]), la costituzione di una fondazione può offrire molteplici vantaggi giuridici e operativi. Tra questi si segnalano: la possibilità di ottenere un riconoscimento della personalità giuridica in tempi relativamente contenuti, la legittimazione allo svolgimento di attività di raccolta fondi anche in forma organizzata e continuativa (art. 7) [34], l'accesso a regimi fiscali agevolati, con particolare riferimento alle erogazioni liberali da parte di terzi, come donazioni e lasciti (artt. 82-83)[35], nonché l'incremento della trasparenza e della visibilità dell'ente nei confronti del pubblico. Quest'ultime, per loro natura commerciale, possono risultare meno coerenti con le finalità pubblicistiche e collettive tipiche di un ecosistema decentralizzato. Tuttavia, tali elementi concorrono a rafforzare la percezione e l'affidabilità, nonché legittimità e neutralità dell'ente fondazionale rispetto a strutture di tipo societario.

Nel contesto giuridico italiano attuale, il fenomeno delle *crypto foundation* non ha ancora trovato concreta attuazione. Ad oggi, non si registrano esempi significativi di fondazioni di successo nel nostro Paese, verosimilmente a causa dei vincoli normativi che disciplinano le fondazioni senza scopo di lucro, le quali sono tradizionalmente orientate alla promozione di finalità solidaristiche, culturali o di utilità sociale. Sebbene, come evidenziato in precedenza, l'ordinamento italiano preveda alcune misure potenzialmente favorevoli (es. agevolazione fiscale e riconoscimento giuridico), tali non risultano, ad oggi, essere state effettivamente valorizzate per l'istituzione di fondazioni dedicate allo sviluppo di progetti *blockchain.* La rigidità del quadro normativo interno, infatti, ostacola l'adozione di modelli più dinamici e orientati all'innovazione tecnologica, quali quelli richiesti per la gestione e il finanziamento di ecosistemi decentralizzati. Non sorprende, dunque, che le cripto fondazioni vengano frequentemente costituite in giurisdizioni che offrono regimi normativi maggiormente flessibili e favorevoli,

---

[32] M. Buquicchio, *Le fondazioni nell'attuale assetto economico – giuridico del Terzo Settore*, in *Rivista del notariato*, 2013, 4, 1.

[33] Il Codice del Terzo Settore ha introdotto una riorganizzazione complessiva della normativa esistente, sia dal punto di vista civilistico che fiscale, definendo per la prima volta i confini del cosiddetto Terzo Settore. In modo organico e coerente, ha stabilito quali enti ne fanno parte, fornendo una regolamentazione omogenea per il loro riconoscimento e funzionamento. Per un approfondimento sugli enti del terzo settore si veda, Il Codice del Terzo Settore, in https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/terzo-settore-e-responsabilita-sociale-imprese/focus-on/riforma-terzo-settore/pagine/codice-del-terzo-settore.

[34] *Ibidem.*

[35] K. Werbach, P. De Filippi, J. Tan, G. Pieters, *Blockchain Governance in the Wild*, in *Cryptoeconomic Systems*, 2024, 3, 17-18.

come Svizzera, Singapore o Isole Cayman[36]. Tuttavia, il ricorso a ordinamenti stranieri comporta inevitabilmente alcune criticità. Oltre alle potenziali barriere d'ingresso, in termini economici, procedurali e linguistici, vi è il rischio concreto di imbattersi in incertezze normative, specialmente in ambiti sensibili come fiscalità internazionale, trattamento delle criptovalute[37] e regolamentazione del lavoro transazionale[38].

Tra gli esempi più noti a livello internazionale si annoverano la *Ethereum Foundation*, la *Cardano Foundation*[39], la *Filecoin Foundation for the Decentralized Web*[40] e la *Solana Foundation*[41]. Si tratta di enti formalmente costituiti come organizzazioni senza scopo di lucro, aventi la finalità di sostenere, promuovere e sviluppare i rispettivi ecosistemi *blockchain* di riferimento.

In particolare, la *Ethereum Foundation* (EF) rappresenta una delle prime e più influenti esperienza di fondazione crittografica. Costituita come ente *no-profit*, essa si propone di supportare l'intero ecosistema *Ethereum,* operando in sinergia con una rete globale di soggetti*,* tra cui sviluppatori, ricercatori e aziende. Tali attori concorrono congiuntamente al finanziamento delle attività di sviluppo del protocollo, alla crescita e al rafforzamento della comunità di riferimento, nonché

---

[36] Per un approfondimento sul tema si veda: B. Kruger, C. Wall, *DeFi, DAOs and VASPs in the Cayman Islands*, Ottobre 2021, in https://www.ogier.com/news-and-insights/insights/defi-daos-and-vasps-in-the-cayman-islands/.

[37] Nell'ambito del dibattito sull'emigrazione regolatoria verso paesi più permissivi, merita attenzione il tema dell'uso dei *self custodial wallet* (o *unhosted wallet*), che solleva criticità significative in termini di conformità normativa. L'eterogeneità, la frammentarietà e la disomogeneità della disciplina che caratterizza i portafogli non custoditi nelle diverse giurisdizioni pongono numerosi interrogativi circa le prospettive future del settore delle criptovalute nel contesto europeo. In particolare, l'assenza di un quadro normativo armonizzato incentiva i fenomeni di delocalizzazione da parte degli operatori economici verso regimi regolatori più favorevoli che, di fatto, riducono i costi di conformità e ostacolano l'armonizzazione delle norme in materia di prevenzione del riciclaggio di capitali. Sul punto si veda: V. Barbera, *La Travel Rule Regulation e regolamentazione degli unhosted wallet*, in Furnari, S.L. (ed.) *La Finanza Decentralizzata. Cripto-attività, protocolli, questioni giuridiche aperte*, 2023, 261–265; S. Beleuz Neagu, *A Sharp Turn Towards Crypto-Surveillance: Analyzing Implications of the EU's Revised Transfer of Funds Regulation*, in European Union Law Working Papers, 2022, no. 64, 1-68.

[38] O. Borgogno, *Making decentralized autonomous organizations (DAOs) fit for legal life: mind the gap*, in *Questioni di Economia e Finanza*: *occasional paper*, 2022, 718, 16.

[39] Cardano è un progetto di *blockchain* pubblico, open source, lanciato nel 2015. È la prima piattaforma *blockchain* a svilupparsi secondo una filosofia scientifica, con lo scopo di creare una piattaforma di contratti intelligenti che offra funzionalità più avanzate rispetto a qualsiasi protocollo attualmente disponibile. Si veda, C. Hoskinson, *Why we are building Cardano*. *A subjective approach*, Whitepaper, in https://whitepaper.io/document/581/cardano-whitepaper.

[40] È un ente senza scopo di lucro, che fornisce guida e supporto ai progetti che cercano di costruire all'interno dell'ecosistema Filecoin; *Filecoin: A Decentralized Storage Network. Protocol Labs*, Whitepaper, in https://filecoin.io/filecoin.pdf.

[41] La Fondazione Solana fornisce finanziamenti attraverso il programma Solana Foundation Grants per progetti mirati a decentralizzare, espandere e proteggere la rete Solana. Per un approfondimento, A. Yakovenko, *Solana: A new architecture for a high performance blockchain v0.8.13*, Whitepaper, in https://solana.com/solana-whitepaper.pdf.

alla stabilità e resilienza della rete *Ethereum*[42]. La EF si definisce autonomamente come una nuova tipologia di organizzazione, non assimilabile né a una società tecnologica né un'organizzazione tradizionale *non profit*: «*we are not a tech company, or a "normal" non-profit*». La missione primaria della fondazione *Ethereum* consiste nell'assicurare lo sviluppo sostenibile e decentralizzato dell'infrastruttura *blockchain*, garantendo che il controllo del protocollo non sia concentrato in capo a un unico soggetto, ma equamente distribuito in tutta la comunità globale[43]. Dunque, tale modello organizzativo riflette una visione innovativa della *governance* decentralizzata, in cui l'ente fondazione svolge un ruolo di coordinamento e abilitazione, piuttosto che di direzione accentrata.

Nel 2014 la *Ethereum Foundation* ha individuato nella Svizzera la sede ideale per le proprie attività, segnando l'avvio di quello che sarebbe poi divenuto un polo di eccellenza e riferimento globale noto come *Crypto Valley*[44]. Infatti, proprio negli ultimi anni, la Svizzera ha intrapreso un percorso normativo e regolatorio per il settore delle criptovalute, adottando una strategia politica orientata alla promozione della competitività e alla creazione di un ecosistema favorevole per le aziende operanti nel settore delle tecnologie decentralizzate[45]. Il modello giuridico delle fondazioni svizzere è considerato più flessibile e particolarmente attrattivo rispetto ad altri modelli europei[46], grazie a un quadro giuridico chiaro e adeguato che consente di adattare la forma della fondazione anche a finalità innovative e diverse da quelle tradizionalmente filantropiche[47].

Un ulteriore esempio significativo è rappresentato dalle *Distributed Ledger Technology Foundations Regulations*, introdotte nel 2023 ad Abu Dhabi all'interno dell'*Abu Dhabi Global Market*[48], che regolano e offrono una veste giuridica alle fondazioni operanti nel settore delle tecnologie a registri distribuiti, incluse le DAO. La funzionalità di questo modello di fondazione in relazione all'impiego delle tecnologie DLT è chiaramente evidenziata dall'art. 3 delle DLT *Foundations Regulations* 2023, che fornisce una definizione di DLT *Foundation*: «*a DLT*

---

[42] Ethereum Foundation report 2022*,* in https://ethereum.foundation/report-2022-04.pdf.

[43] J. Inika, *op.cit.*

[44] *La Svizzera è uno dei migliori paesi per i business crypto,* in *Brightnote,* https://brightnode.io/it/la-svizzera-e-uno-dei-migliori-paesi-al-mondo-per-i-business-crypto/.

[45] *Ibidem.*

[46] F. Bianconi, C. Morato*, Decentralized Firm Network (DFN): La nuova frontiera dell'impresa in rete. Position Paper, maggio 2024.* Anche la Fondazione TON è un'organizzazione *no-profit* fondata in Svizzera e impegnata a sostenere *The Open Network* (TON) e finanziata al cento percento dalla comunità e che agisce per la comunità per realizzare la sua missione, in https://it.beincrypto.com/comunicati-stampa/ton-fondazione-fondata-organizzazione-non-profit/.

[47] *La blockchain e le criptoattività nel settore finanziario: ruolo pionieristico della Svizzera a livello internazionale*, in international https://www.sif.admin.ch/it/blockchain-dlt-it.

[48] *Distributed Ledger Technology Foundations Regulations, Abu Dhabi Global Market*, in https://en.adgm.thomsonreuters.com/sites/default/files/net_file_store/ADGM1547_26199_VER94959.pdf. Per ulteriori approfondimenti, F. Bianconi, C. Morato, *op. cit.*

Foundation registered under these Regulations is a legal entity with separate legal personality established to use, deploy, develop, facilitate or support DLT or to issue Tokens ("DLT Purposes)» [49]. Si tratta di un'evoluzione significativa nella regolazione delle entità giuridiche destinate a operare in contesti decentralizzati, fornendo un sistema normativo innovativo e coerente con i meccanismi di *governance* usati negli ecosistemi blockchain.

Sotto un altro angolo prospettico, è opportuno evidenziare che il modello della fondazione, a prescindere dal tessuto legislativo di riferimento in cui si colloca, si configura quale organizzazione dotata di una struttura stabile e gestita da un consiglio di amministrazione («*board of directors*»), incaricato di gestire le risorse dell'ente e assicurarne la coerenza con la missione statutaria [50].

All'interno di tale assetto, il potere decisionale e l'autorità si concentrano in misura prevalente nelle mani dei fondatori e degli amministratori dell'organizzazione, introducendo un vero e proprio livello di centralizzazione[51]. Il consiglio di amministratori detiene in via esclusiva o prevalente la massima autorità all'interno della fondazione, determinandone le scelte strategiche[52]. Tale impostazione sembra discostarsi e contraddire gli ideali e i principi ispiratori, quali il decentramento del sistema e l'autonomia della comunità, su cui si basa la tecnologia *blockchain*[53].

L'utilizzazione di una struttura decisionale verticistica, che concentra il potere nelle mani di pochi e influenza, dall'interno, le strategie di azione del sistema[54], potrebbe comportare, altresì, un affievolimento del ruolo e degli *input* degli stakeholder[55]. Tale scenario, peraltro, potrebbe compromettere e ostacolare lo sviluppo degli ecosistemi *blockchain*, alla luce del fatto che gli utenti, non concorrendo nel processo decisionale, potrebbero sentirsi poco incentivati a partecipare attivamente[56]. Di conseguenza, gli individui che non si "impegnano" avrebbero, di regola, la possibilità di beneficiare degli sforzi dei membri più attivi, generando conflitti di interesse e riducendo l'efficacia complessiva della *governance* comuni-

[49] *Ibidem,* «una DLT *Foundation* registrata secondo queste norme è un'entità legale con personalità giuridica separata, creata per utilizzare, implementare, sviluppare, facilitare o supportare le tecnologie DLT o per emettere Token ("Obiettivi DLT")».

[50] *Ibidem*.

[51] L. Henkels, *DAO structure vs Traditional organization: A comparative Analysis*, in https://www.midao.org/blog-posts/dao-structure-vs-traditional-organizations.

[52] P. Bradshaw, B. Hayday, R. Armstrong, J. Levesque, L. Rykert, *Nonprofit Governance Models: Problems and Prospects,* in *The Center for effective philanthrophy,* in https://cep.org/report/benchmarking-foundation-governance/.

[53] J. Inika, *op. cit.*

[54] *Ibidem.*

[55] L. Henkels, *op. cit*.

[56] D. Costa, *Decentralizing Ethereum: An overview on challenges and solutions*, in https://www.linkedin.com/pulse/decentralizing-ethereum-overview-challenges-solutions-diogo-costa-hoxvf/.

taria[57]. Tali criticità emergono in modo ancora più marcato nei grandi ecosistemi digitali, in cui i decisori centrali detengono un'autorità senza precedenti nella definizione delle regole e nella gestione della *governance*, con il rischio di favorire alcuni interessi a discapito di altri[58]. Una simile impostazione può tradursi in una gestione meno trasparente e con decisioni disallineate rispetto agli ideali di apertura perseguiti dalla comunità.

In questa prospettiva, le *crypto foundation*, sebbene offrano l'apparente vantaggio in termini di stabilità normativa e organizzativa, sembrano tradire i principi di decentralizzazione che caratterizzano la *blockchain*. La natura strutturalmente centralizzata delle fondazioni, le rende potenzialmente inadatte, se non, forse, inadeguate, a contesti in cui la partecipazione collettiva, trasparenza decisionale e *governance* distribuita costituiscono elementi essenziali. Emblematico, in tal senso, è il caso *Bitcoin*[59], per il quale si tentò di creare una fondazione che fungesse da voce ufficiale per dialogare con i governi, gestire lo sviluppo del protocollo e definire le priorità strategiche[60]. Il fallimento di tale iniziativa è riconducibile al fatto che l'*ethos* originario di *Bitcoin* si fonda su un rifiuto di qualsiasi forma di *governance* centralizzata[61]. Questo esempio evidenzia che il modello di fondazione, soprattutto laddove la comunità "rigetta" strutture di stampo verticistiche, non sia necessariamente compatibile con tutti gli ecosistemi *blockchain*.

Sorge, in ultimo, un legittimo interrogativo circa la possibilità che alcune *crypto foundation* celino, dietro l'apparenza di finalità altruistiche, attività orientate alla massimizzazione del profitto[62].

Il dubbio nasce dal fatto che non è raro che tali enti, pur creati formalmente dagli sviluppatori per promuovere il *network*, finiscano per generare indirettamente vantaggi economici per gli sviluppatori stessi, specie in relazione all'incremento del valore dei *token* conseguente all'espansione della rete[63].

---

[57] ETH's Buterin: Free Riders Crypto's Major Problem, Investopedia.com, in https://www.investopedia.com/news/eths-buterin-free-riders-cryptos-major-problem/.

[58] Y. Chen, C. Bellavitis, *Blockchain disruption and decentralized finance: The rise of decentralized business models*, in *J. Bus. Ventur. Insights*, 2020, 1-11.

[59] Secondo quanto affermato dall'ignoto Satoshi Nakamoto, Bitcoin è «*a purely peer- to-peer version of electronic cash, [which] would allow online payments to be sent directly from one party to another without going through a financial institution*» in S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. Whitepaper. in https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.

[60] F. Ametrano, *Bitcoin e Ethereum a confronto: il punto su governance e regolatori*, in *Agenda Digitale 360*, in https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/bitcoin-e-ethereum-a-confronto-il-punto-su-governance-e-regolatori/.

[61] *Ibidem;* S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. Whitepaper. in https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.

[62] R. Piselli, P.P. Pirani, in *L'organizzazione decentralizzata: un nuovo modello organizzativo per lo svolgimento dell'attività d'impresa*, XII Convegno annuale dell'associazione italiana professori di diritto commerciale, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, settembre 2021, 17.

[63] *Ibidem.* I token si definiscono come codici alfanumerici che vengono generati e trasferiti utilizzando tecnologie crittografiche su blockchain o Distributed Ledger Technology (DLT). Per un approfondimento

Tali dinamiche sollevano preoccupazioni in merito al possibile utilizzo abusivo e strumentale dello strumento di tipo associativo, con conseguenti implicazioni in termini di trasparenza e legittimità delle loro attività[64].

Di conseguenza, diventa importante condurre un'attenta verifica circa i limiti normativi imposti alle fondazioni coinvolte nella gestione di protocolli *blockchain,* al fine di verificare e accertare che le loro attività siano conformi agli scopi previsti dalla normativa di riferimento o, al contrario, li oltrepassino[65]. Ciò è tanto più necessario, se si considera che la distinzione tra società e fondazioni fondata sulla contrapposizione tra finalità lucrativa e non lucrativa, ormai pacifica nell'attuale contesto giuridico e dottrinale, appare sempre più sfumata[66], se non, forse, difficilmente sostenibile.

Di conseguenza, proprio alla luce delle crescenti preoccupazioni in ordine all'utilizzo del modello fondazione per i progetti *blockchain*, i principali "*stakeholder*" hanno iniziato a valutare modelli di *governance* alternativi, in grado di rispecchiare al meglio le loro esigenze e preferenze all'interno dei nuovi ecosistemi digitali[67].

3. *Le* decentralized autonomous organisations (DAO)

La *blockchain* è definita come la «tecnologia di *governance* istituzionale per la decentralizzazione»[68] e può essere adottata in diversi modi all'interno delle organizzazioni che la utilizzano[69], tra cui, oltre alle *crypto foundation*, anche le DAO.

Le DAO sono definite[70] come «*non-hierarchical organizations that perform and record routine tasks on a peer-to-peer, cryptographically secure, public network*

sui token si veda, M. De Mari, *Prime ipotesi per una disciplina italiana delle Initial Token Offering (ITOs): token crowfunding e sistemi di scambio di crypto-asset,* in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, 69.

[64] R. Piselli, P.P. Pirani, in *L'organizzazione decentralizzata: un nuovo modello organizzativo per lo svolgimento dell'attività d'impresa*, *op. cit.*

[65] *Ibidem.*

[66] Sul punto di veda, M. Porzio, *Associazioni, Fondazioni e Società Nell'evoluzione Dell'ordinamento Italiano*, in *Giur. comm.,* 2021, 23.

[67] S. Li, Y. Chen, *Governing decentralized autonomous organizations as digital commons*, in *J. Bus. Ventur. Insights*, forthcoming; R. Belk, M. Humayun, M. Brouard, *Money, possessions, and ownership in the Metaverse: NFTs, cryptocurrencies, Web3 and Wild Markets*, in *J. Bus. Res.*, 2022, 153, 198-205; Y. Chalmers, *Entrepreneurship and Web3: JBVI virtual special issue call for papers*, in *Journal of Business Venturing Insights*, 2022.

[68] T. MacDonald, D. Allen, J. Potts, *Blockchains and the Boundaries of Self-Organized Economies: Predictions for the Future of Banking*, Marzo 2016, in https://ssrn.com/abstract=2749514 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2749514.

[69] Y.Y. Hsieh, J.P. Vergne, S. Wang, *The internal and external governance of blockchain-based organizations. Evidence from cryptocurrencies,* in *Bitcoin and Beyond: Blockchains and Global Governance,* New York, 2018, 48-49.

[70] Una prima definizione di DAO viene offerta dal Vladimir Buterin quando, nel 2013, sosteneva che una può essere vista come un'entità che opera autonomamente su Internet, ma che necessita comunque del contributo umano per eseguire alcune attività che non possono essere automatizzate. Questa definizione mette in evidenza il suo funzionamento indipendente *online,* supportato dall'intervento umano per gestire compiti che

and rely on the voluntary contributions of their internal stakeholders to operate, manage, and evolve the organization through a democratic consultation process»[71]. In altri termini, si configurano come entità organizzate e decentralizzate con o senza finalità di lucro[72], fondate su una infrastruttura *blockchain* e regolate da codici auto esecutivi registrati sulla rete[73] (cc.dd. *smart contracts* o in italiano contratti intelligenti[74]). Tali contratti rappresentano l'accordo operativo tra i membri della DAO[75] e sono in grado di eseguire in modo automatico le funzioni di *governanc*e definite al suo interno dai partecipanti, assicurando un processo decisionale trasparente, decentralizzato e privo di interventi esterni[76].

Gli *smart contracts*, che operano su un'intera rete distribuita anziché su un *server* centrale, generano un sistema di relazioni tecniche interconnesse che, nel loro insieme, delineano le regole funzionali della DAO[77]. In tal modo, quest'ultima, viene concepita per essere immune alle dinamiche accentrate, operando in piena autonomia rispetto ai tradizionali modelli organizzativi[78]. Del resto, eliminando un centro decisionale unico e adottando un sistema di *governanc*e partecipativo e distribuito, le DAO offrono un'alternativa di gestione più democratica ed equa, rispetto alle tradizionali strutture gerarchiche[79].

---

l'automazione da sola non può affrontare; cfr. V. Buterin, *Bootstrapping a Decentralized Autonomous Corporation, Part 3: Identity Corp, Bitcoin Magazine*, 2013, in https://bitcoinmagazine. com/articles/bootstrapping-a-decentralized-autonomous-corporation-part-3-identity-corp-13 8007300. Si veda anche, S. Riva, *Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) as Subjects of Law. The Recognition of DAOs in the Swiss Legal Order*, in *Yearbook of Private International Law*, 2020, 21, 601-638. Su nuove prospettive in relazione al tema: M. Lustenberger, F. Spychiger, L. Küng, E. Bassi, S. Wollenschläger, DAO Research Trends: Reflections and Learnings from the First European DAO Workshop (DAWO), in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4944742.

[71] Y. Hsieh, J.P. Vergne, P. Anderson, K. Lakhani, M. Reitzig, *Bitcoin and the rise of decentralized autonomous organizations*, in *Journal of Organization Design*, 2018, 2.

[72] Da qui la possibilità che le DAO, in virtù dell'assenza di una veste legale formale, possano essere costituite anche in fondazioni.

[73] M. Phillips, *DAOs: The Future of Business Organization*? in *Review of Banking & Financial Law,* 2023, 1. Si veda anche U.W. Cohan, *Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) Their Present & Future,* in *Discussion Paper Series: Notes on the 21st Century,* 2024, 1-16.

[74] Lo *smart contract* è un software eseguito su una rete decentralizzata che consente l'esecuzione automatica di attività basate su regole preimpostate. Per un approfondimento O. Borgogno, *op. cit.,* 7. Nel nostro ordinamento, ha ricevuto una tipizzazione attraverso il secondo comma l'art. 8-*ter* della L. 12/19 che lo definisce come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse». Si precisa, poi, che gli *smart contracts* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Per un approfondimento sul tema della qualificazione degli *smart contracts* si veda, C. Iorio, *Blockchain e diritto dei contratti: criticità e prospettive*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 16, 654-689.

[75] *Ibidem.*

[76] *Ibidem.*

[77] P. De Filippi, A. Wright, *Organizations and Automation, op. cit*., 136.

[78] Si veda sul punto anche, O. Borgogno, *op. cit., 5.*

[79] M. Lustenberger, F. Spychiger, L. Küng, E. Bassi, S. Wollenschläger, *op. cit.*

Generalmente la *governance* delle DAO può avvenire in due modi: *on – chain* e *off-chain*. Nel primo caso, si parla di *governance on-chain,* quando le decisioni vengono assunte attraverso sistemi di voto automatizzati. Tale meccanismo elimina la necessità di un soggetto terzo come un consiglio o *team*, realizzando un modello di *self-governance*, in cui i partecipanti votano direttamente all'interno della struttura. Al contrario, i meccanismi *off-chain* si caratterizzano per la necessità di coinvolgere soggetti terzi chiamati ai fini dell'esercizio dei diritti di voto[80]. Nella prassi, le DAO utilizzano entrambi i meccanismi di gestione, combinandoli tra loro e dando così luogo a modelli ibridi. Questa configurazione risponde a una duplice finalità: consente ai partecipanti di operare in modo più autonomo, partecipando attivamente alle scelte collettive e alimenta la fiducia tra i membri all'interno della rete, soprattutto nei momenti decisionali delicati e strategici[81].

È proprio attraverso l'impiego di quella che si definisce «intelligenza collettiva» degli aderenti, che si favorisce una *governance* delle DAO più equa e distribuita, orientata alla trasparenza, resilienza e riduzione del rischio di arbitri decisionali[82].

L'ascesa delle DAO segna un progresso significativo nel paradigma della gestione aziendale[83], che rimodella profondamente la nostra comprensione della *governance* digitale e dell'innovazione nell'ultimo decennio[84]. In particolare, il funzionamento delle DAO si fonda sull'emissione di *token* di *governance* sostenuti da conferimenti in criptovaluta[85] e generalmente realizzati tramite il lancio di una *Initial Coin Offer* (da qui ICO). L'ICO rappresenta un meccanismo innovativo, alternativo ed evoluto di raccolta di capitali[86], una sorta di «*crowdfunding* 2.0»[87], mediante il quale gli imprenditori (persone fisiche, società o altri enti di impresa) finanziano una determinata attività di impresa raccogliendo risorse,

---

[80] Per un approfondimento sulla differenza tra meccanismi *on-chain* e *off-chain* e il loro *trade-off* si veda: J. Han, J. Lee, T. Li, *A review of DAO governance: Recent literature and emerging trends*, in *Journal of Corporate Finance*, 2025, 91, 5 ss.

[81] C. Santana, L. Albareda, *Blockchain and the emergence of Decentralized Autonomous Organizations (DAOs): An integrative model and research agenda*, in *Technological Forecasting and Social Change*, 2022, 182, 1-2.

[82] M. Lustenberger, F. Spychiger, L. Küng, E. Bassi, S. Wollenschläger, *op. cit.*

[83] *The Impact of DAOs on Traditional Business Models*, luglio 2024, in https://medium.com/liveplex-metaverseecosystem/the-impact-of-daos-on-traditional-business-models-ca8cd2c78aaf.

[84] M. Singh, S. Kim, *Blockchain technology for decentralized autonomous organizations*, in *Adv. Comput.*, 2019, 115, 115-140.

[85] C. Santana, L. Albareda, *op. cit.*, 2. Per un ulteriore approfondimento sul tema si veda: Q. DuPont, *Cryptocurrencies and Blockchains*, a cura di John Wiley & Sons, Cambridge, 2019. Si veda anche, S. Wang, W. Ding, Y. Li, Y. Yuan, L. Ouyang, F. Wang, *Decentralized autonomous organizations: concept, model, and applications*, in *Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) Transactions on Computational Social Systems* 6, 2019, 870–878. Sulla definizione e differenza tra token e critpovalute si veda: R. Piselli, *Quando la decentralizzazione delle DLT incontra il mercato dei capitali. Appunti sulle organizzazioni decentralizzate*, *op. cit.,* 375.

[86] F. Annunziata, *Speak, if you can: what are you? an alternative approach to the qualification of token and initial coin offering,* 8, February 2019, disponibile al sito: https://ssrn.com/abstract=3332485.

[87] P.P. Pirani, *Gli strumenti della finanza disintermediata: Initial Coin Offering e blockchain*, *in Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, 1, 333.

prevalentemente in criptovalute, dagli investitori, in cambio dell'attribuzione di *token* digitali, che incorporano diritti di diversa natura (funzionale, patrimoniale o partecipativo)[88]. I *token* si definiscono come codici alfanumerici che vengono generati e trasferiti utilizzando tecnologie crittografiche su *blockchain* o *Distributed Ledger Technology (*DLT)[89] e rappresentano un vero e proprio strumento di gestione dell'organizzazione[90]. Infatti, i token di *governance,* così emessi, conferiscono diritti di natura patrimoniali e amministrativa, tra cui il diritto di voto nella comunità e la possibilità di partecipare attivamente ai processi decisionali dell'organizzazione[91]. Tali *token,* inoltre, possono garantire ai loro titolari il diritto di proporre iniziative ed esprimere pareri consultivi sulla piattaforma DAO, anche indipendentemente dalla quantità degli stessi posseduta[92]. In alternativa, le regole delle organizzazioni decentralizzate possono prevedere che l'esercizio di tali prerogative sia riservato esclusivamente ai titolari di una partecipazione qualificata e in linea con i criteri stabili dalla comunità stessa[93].

Attualmente si contano 4.459 DAO attive nel panorama globale, con una base complessiva di milioni di detentori di token e un ammontare totale investito che supera i 12,9 miliardi di dollari, suddivisi tra fondi liquidi, *vesting* e altre categorie di finanziamento[94].

Un caso di DAO, spesso citato in letteratura e che si riporta come esempio, è rappresentato da *The DAO*, concepita da alcuni membri della comunità *Ethereum* nel 2016. *The DAO* rappresenta il primo e significativo esperimento su lar-

---

[88] *Ibidem.*

[89] M. De Mari, *Prime ipotesi per una disciplina italiana delle Initial Token Offering (ITOs): token crowfunding e sistemi di scambio di crypto-asset*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 69, February 2019. Sulla qualificazione dei token alla luce del Market in Crypto Asset Regulation si veda: C. Santana, L. Albareda, *op. cit.*; M. De Mari, *Prime ipotesi per una disciplina italiana delle Initial Token Offering (ITOs): token crowfunding e sistemi di scambio di crypto-asset*, *op. cit.*; F. Bianconi, C. Morato, *Decentralized Firm Network (DFN): La nuova frontiera dell'impresa in rete*, *op. cit.*; M. Nicotra, *Il regime giuridico delle ICOs. Analisi comparata e prospettive regolatorie italiane, Non solo diritto bancario*, 2, aprile 2019, disponibile al sito: https://www.dirittobancario.it/art/il-regime-giuridico-delle-icos-analisi-comparata-e-prospettive-regolatorie-italiane/.

[90] R. Piselli, *Quando la decentralizzazione delle DLT incontra il mercato dei capitali, op. cit.*, 385.

[91] C. Santana, L. Albareda, *op. cit.*

[92] Ciò vale in riferimento alla regola tradizionale del *one token one vote*. Tuttavia, esistono ulteriori meccanismi di voto che declinano in maniera differente il potere decisionale dei *tokenholders* all'interno dell'organizzazione. Sul punto, per un approfondimento si veda: A. Sims, *Blockchain and Decentralised Autonomous Organisations (DAOs): the evolution of companies?*, in *New Zealand Universities Law Review*, 2020, 21.

[93] F. Bianconi, C. Morato, *op. cit.; Q. Dupont, Experiment in algorithmic governance. A history and ethnography of "The Dao", a failed decentralized autonomous organization, in Bitcoin and beyond. Cryptocurrencies, blockchain, and global governance,* a cura di M. Campbell-Verduyn, 2018, 159 ss. Per un approfondimento sugli ulteriori meccanismi di voto si veda, S. Sims, *Blockchain and Decentralised Autonomous Organisations (DAOs): the evolution of companies? op. cit.*, 21; S. Tamai, S. Kasahara, *DAO voting mechanism resistant to whale and collusion problems*, in *Frontiers Blockchain*, 3 ss.; Y. Faqir-Rhazoui, J. Arroyo, S. Hassan, *A comparative analysis of the platforms for decentralized autonomous organizations in the Ethereum blockchain*, in *J. Internet Serv. Appl.*, 2021, 7 ss., disponibile al sito: https://doi.org/10.1186/s13174-021-00139-6.

[94] Dati aggiornati al 25 giugno 2025, in https://deepdao.io/organizations.

ga scala di *governance* organizzativa interamente programmata attraverso contratti intelligenti, nonché uno dei progetti di *crowdfunding* più rilevanti per entità delle risorse raccolte in un arco temporale estremamente contenuto in ambito *blockchain*[95]. La struttura di questa organizzazione era modellata per funzionare come un fondo di investimento decentralizzato e destinato a finanziare le iniziative dell'ecosistema crittografico, attraverso l'utilizzo di *smart contracts* operanti sulla rete *blockchain* di *Ethereum*[96]. Nonostante l'iniziale successo, concretizzatosi nella raccolta di oltre 150 milioni di dollari, il progetto fallì a seguito di un attacco informatico che comportò il furto di circa 70 milioni di dollari in *ether*[97]. Ciononostante, *The DAO* rappresenta, ancora oggi, un paradigma innovativo di *governance* aziendale e oggetto di interesse da parte della dottrina, con potenziali implicazioni significative per le imprese del XXI secolo[98].

Altri esempi di DAO di successo includono: *MakerDAO*[99], che amministra gli *stablecoin DAI* attraverso una gestione decentralizzata[100] e *Compound*, un protocollo basato sulla *blockchain* di *Ethereum*[101] che consente agli utenti di svolgere operazioni di prestito e indebitamento di criptovalute in modo autonomo e senza il ricorso agli intermediari finanziari tipico delle strutture centralizzate [102].

---

[95] R. Lener, S.L. Furnari, *Modelli organizzativi alla prova delle nuove tecnologie. Prime riflessioni su DAO e i principi generali del diritto dell'impresa*, XII Convegno annuale dell'associazione italiana professori di diritto commerciale, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, settembre 2021, 9 ss.

[96] *The Story of the DAO- Its History and Consequences*, in https://medium.com/swlh/the-story-of-the-dao-its-history-and-consequences-71e6a8a551ee. Per ulteriori approfondimenti si veda, R. Lener, S.L. Furnari, *Modelli organizzativi alla prova delle nuove tecnologie. Prime riflessioni su DAO e i principi generali del diritto dell'impresa*. *op. cit.*

[97] *Ibidem.*

[98] R. Morrison, N.C.H.L. Mazey, S.C. Wingreen, *The DAO Controversy: The Case for a New Species of Corporate Governance?* in *Frontiers in Blockchain*, 2020, 3, 1.

[99] «MakerDAO è un progetto *open-source* incluso nella *blockchain Ethereum* e un'organizzazione autonoma decentralizzata fondata nel 2014. Il progetto è gestito da persone in tutto il mondo che detengono il suo *token di governance*, MKR. Attraverso un sistema di governance scientifica che include meccanismi di votazione esecutiva e sondaggi, i detentori di MKR gestiscono il Protocollo Maker e i rischi finanziari del Dai, al fine di assicurarne la stabilità, la trasparenza e l'efficienza. Il peso del voto è proporzionale alla quantità di MKR che un votante detiene, DSChief. In altre parole, maggiore è il numero di *token* MKR fissati nel contratto, maggiore sarà il potere decisionale del votante», in *MakerDAO whitepaper. Il Protocollo Maker: il sistema MCD (Multi-Collateral Dai) di MakerDAO*, in https://makerdao.com/it/whitepaper/#abstract).

[100] *Cos'è MakerDAO (DAI)?*, in https://crypto.com.

[101] Per un approfondimento si veda, R. Leshner, G. Hayes, *Compound: The Money Market Protocol*, in https://compound.finance/documents/Compound.Whitepaper.pdf.

[102] Compound consente la creazione di mercati monetari, ossia pool di asset (cioè raccolte di criptovalute o altri beni digitali gestiti insieme all'interno di un protocollo) con tassi d'interesse variabili. Gli utenti possono prestare e prendere in prestito criptovalute interagendo direttamente con il protocollo, guadagnando o pagando un tasso d'interesse senza dover negoziare condizioni come scadenza, tasso o garanzia con altri. Sul punto di veda, R. Leshner, G. Hayes, *op. cit.*

La struttura delle DAO, dal punto di vista della *governance*, solleva delle criticità di natura tecnica, organizzativa e giuridica[103].

Sotto il profilo dei meccanismi di voto si evidenzia, in primo luogo, il rischio che le decisioni prese dai membri dell'organizzazione risultino carenti sotto il profilo informativo, malgrado l'impiego della tecnologia *blockchain* che, per sua natura, offre maggiore trasparenza e accessibilità ai dati[104]. In secondo luogo, si osserva come la prassi dell'operare sotto pseudonimo consente ai titolari dei *token,* di agire attraverso identità digitali multiple, con la conseguente possibilità che un singolo individuo esercita un'influenza sproporzionata, o comunque maggior sul processo decisionale, rispetto ad altri[105]. In questa prospettiva, l'effettiva democraticità dei sistemi di voto può risultare compromessa, ponendo seri dubbi sull'equità e integrità della *governance* interna dell'organizzazione[106]. In ultimo, dalle esperienze maturate nel tempo, emerge un fenomeno ricorrente nelle organizzazioni decentralizzate: il *voter apathy*[107]. In tal senso, è emblematico il caso di *BitShares,* una DAO in cui il 90% degli aventi diritto, durante una votazione, si è astenuto dal voto[108]. Questo tipo di «disaffezione» partecipativa ha un duplice risvolto: da un lato paralizza i processi decisionali interni compromettendo l'efficienza operativa del sistema, dall'altro incide negativamente sulla liquidità dei *token*, con un conseguente deprezzamento del suo valore[109].

Ulteriori profili di criticità emergono sul piano della sicurezza informatica. Le DAO, infatti, sono strutturalmente esposte a potenziali rischi tecnici, vulnerabilità e *bug* insiti nei protocolli su cui si fondano[110]. In particolare, la presenza di errori nei codici sorgenti, che costituiscono l'infrastruttura operativa dell'organizzazio-

---

[103] Per un ulteriore approfondimento sulle problematiche irrisolte legate al sistema delle DAO, F. Bianconi, C. Morato, *op. cit.* 70-72. Si veda anche, M. Sbarbaro, *DAO e Regimi di responsabilità*, in *Decentralized Autonomous Organization. Uno studio di diritto comparato*. Milano, 2024.

[104] A. Sims, *op. cit.*, 20.

[105] B. Schneider, R. Ballesteros, P. Moriggl, P.M. Asprion, *Decentralized Autonomous Organizations – Evolution, Challenges, and Opportunities, in Workshop and Models at Work Papers, 23-25 Nov 2022,* 6; S. Li, Y. Chen, *Governing decentralized autonomous organizations as digital commons*, in *J. Bus. Ventur. Insights*, forthcoming, 1-25; S. Tamai, S. Kasahara, *DAO voting mechanism resistant to whale and collusion problems*, in *Frontiers in Blockchain*, 3, disponibile al sito https://www.frontiersin.org/journals/blockchain/articles/10.3389/fbloc.2024.1405516/full.

[106] *Ibidem*. Si veda anche, O. Rikken, M. Janssen, Z. Kwee, *Governance challenges of blockchain and decentralized autonomous organizations*, in *Information Polity*, 2019, 411.

[107] O. Borgogno, *Making decentralized autonomous organizations (DAOs) fit for legal life: mind the gap*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia, 2022, 13 ss.; J. Emmett, *Conviction Voting: A Novel Continuous Decision-Making Alternative to Governance*, in *Medium*, 2019, disponibile al sito: https://medium.com/@jeffemmett/i-absolutely-agree-with-you-9a9e5ff64574.

[108] *Is The DAO going to be DOA?*, disponibile al sito: https://steemit.com/crypto-news/@dan/is-the-dao-going-to-be-doa.

[109] P. Ortolani, *Decentralized Autonomous Organizations: inquadramento giuridico de jure condito e prospettive de jure condendo*, in *Blockchain e Smart Contract*, a cura di R. Battaglini e M.T. Giordano, 2019, 414.

[110] C. Bellavitis, C. Fisch, P.P. Momtaz, *The rise of decentralized autonomous organizations (DAOs): a first empirical glimpse*, 10 ss.; v. anche F. Bianconi, C. Morato, *op. cit.,* 70-72.

ne, rappresenta un fattore idoneo a compromettere la stabilità e l'affidabilità delle attività svolte. A ciò si aggiunge la circostanza per cui l'assenza di un'autorità centrale, elemento strutturale e qualificante delle DAO, ostacola l'adozione di misure tempestive e coordinate per fronteggiare crisi conseguenti da attacchi informatici e rendendo spesso indispensabile il coinvolgimento di soggetti esterni per il ripristino della gestione operativa del sistema[111]. Nello specifico, l'attuazione di interventi correttivi volti a contenere o eliminare i danni, richiede una deliberazione collettiva dei membri[112]. Tale requisito procedurale, se da un lato garantisce inclusività e trasparenza, può determinare una dilazione temporale nella risposta alle minacce, con conseguente pregiudizio per la stabilità e l'operatività dell'intera organizzazione[113]. A tale proposito, va osservato che, sebbene la *governance* delle DAO sia concepita per operare in modo autonomo e privo di ingerenze di stampo verticistico, nella prassi, tali organizzazioni, rimangono ancora vulnerabili e suscettibili all'influenza di fattori esterni e, in alcuni casi, all'interventi di soggetti terzi esterni[114]. Ciò rivela una discrepanza tra l'ideale teorico della gestione delle organizzazioni autonome decentralizzata e le effettive dinamiche operative che si verificano.

Tra le altre criticità, sotto il profilo della tutela degli investitori si evidenzia che l'assenza di una struttura regolamentare rigida espone le DAO e i loro promotori al rischio di truffe e fenomeni fraudolenti durante la raccolta dei fondi. Infatti, non sono rari i casi in cui alcune DAO sono state accusate di operare

---

[111] B. Schneider, R. Ballesteros, P. Moriggl, P.M. Asprion, *op. cit.*; è quanto è accaduto con il caso TheDAO. Nello specifico, l'intervento era consistito nell'uso dell'*hard fork*, ossia, uno strumento che modifica il protocollo di *governance* di una *blockchain,* che non più compatibile con le versioni precedenti, creando una nuova rete a cui gli utenti decidono di aderire liberamente. L'obiettivo di alcuni partecipanti era di utilizzare questo strumento al fine di trasferire i fondi associati al progetto originario a un nuovo *smart contract,* consentendo, successivamente, il loro recupero. Da questo punto di vista, la scissione e creazione di una *blockchain* parallela sembra suggerire che le organizzazioni autonome decentralizzate non siano del tutto svincolate dai processi decisionali centralizzati. Peraltro, il caso di The DAO ha evidenziato proprio le delicate implicazioni giuridiche conseguenti delle scelte che intervengono a seguito di un fallimento tecnologico in un ecosistema decentralizzato. In particolare, da un alto, l'inerzia decisionale avrebbe potuto esporre la comunità Ethereum a responsabilità verso gli investitori della DAO, dall'altro, un intervento di tipo correttivo retroattivo sul registro avrebbe potuto compromettere il principio di immutabilità della blockchain, minando la fiducia nel sistema stesso di validazione automatica dei contratti. Sul punto: M.I. Mehar, C. Shier, A. Giambattista, E. Gong, G. Fletcher, R. Sanayhie, H.M. Kim, M. Laskowski, *Understanding a Revolutionary and Flawed Grand Experiment in Blockchain: The DAO Attack,* in *Journal of Cases on Information Technology,* 2017, 21, 19-32; P. Ungureanu, F. Bellesia, C. Cochis*, Dealing with blame in digital ecosystems: The DAO failure in the Ethereum blockchain, in Technol. Forecast. Soc. Change,* 215, 2025, 1-20; Q. Dupont*, Experiment in algorithmic governance. A history and ethnography of "The Dao", a failed decentralized autonomous organization,* in M. Campbell-Verduyn (a cura di), *Bitcoin and beyond. Cryptocurrencies, blockchain, and global governance,* 2018, 165 ss.

[112] C. Bellavitis, C. Fisch, P.P. Momtaz, *op. cit.,* 10. Vedi anche F. Bianconi, C. Morato*, op. cit.* 70-72.

[113] Si pensi al caso The DAO. Sul punto v. C. Bellavitis, C. FIisch, P.P. Momtaz, *op. cit.,* 2.

[114] B. Schneider, R. Ballesteros, P. Moriggl, P.M. Asprion, *op. cit.*

secondo schemi di tipo Ponzi[115], privilegiando la speculazione sul valore dei *token* emessi, rispetto al finanziamento di progetti effettivi e sostenibili[116].

In via conclusiva, sotto il profilo della qualificazione giuridica, le DAO, a differenza delle *crypto foundation* che si sono costituite secondo modelli giuridici formalizzati, si sono sviluppate principalmente online, senza una riflessione adeguata sulla loro identità giuridica e operando senza una chiara veste legale. Tale lacuna normativa ha generato particolari incertezze maggiormente nei rapporti interni tra i *tokenholders* e l'organizzazione stessa, nonché nei rapporti esterni con terzi[117]. In particolare, l'assenza di un riconoscimento normativo pone significative complessità in ordine all'imputazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalle decisioni adottate in modo decentralizzato. La *governance* tipica delle DAO, caratterizzata da forme di potere "fluide", non procedimentalizzate e gerarchizzate, rende difficile l'individuazione di precisi centri di potere e la conseguente applicazione di regimi di responsabilità coerenti con gli schemi dell'ordinamento giuridico interno tradizionale [118]. Pertanto, appare imprescindibile una chiara definizione del regime di imputazione della responsabilità per le obbligazioni contratte in nome della DAO, specie nei casi in cui il patrimonio risulti insufficiente per soddisfare integralmente tali obblighi[119]. Eventualità, peraltro, tutt'altro che remota, laddove si consideri che strutture organizzative caratterizzate da frammentazione e flessibilità, come le stesse DAO, possono prestarsi a impieghi truffaldini e finalità elusive[120].

In questa prospettiva, sebbene le organizzazioni decentralizzate replichino, in parte, il funzionamento delle società tradizionali (es. conferimento di diritti di *governance* ai detentori di *token*), ciò non comporta un loro automatico riconoscimento come persone giuridiche[121] e il conseguente regime di autonomia patrimoniale perfetta. Pertanto, sulla base dei principi di diritto societario, i membri delle DAO sono esposti a un regime di responsabilità illimitata, chiamati a rispondere con il proprio patrimonio delle obbligazioni assunte dall'organizzazione decentralizzata. Di conseguenza, i creditori possono rivalersi sui membri delle DAO

---

[115] Uno schema Ponzi è una truffa finanziaria in cui gli investitori vengono attirati con la promessa di guadagni elevati in poco tempo, ma questi guadagni non derivano da investimenti reali. Invece, il denaro dei nuovi investitori viene utilizzato per pagare i rendimenti ai vecchi investitori. Questo crea un'illusione di profittabilità, attirando sempre più persone. Alla fine, lo schema crolla quando non ci sono abbastanza nuovi investitori per pagare quelli precedenti, e la maggior parte delle persone perde il proprio denaro. Per un approfondimento, V. Zeppili, *Schema Ponzi: cos'è?* in https://www.studiocataldi.it/articoli/33651-schema-ponzi.asp.

[116] G. Weinstein, S. Lofchie, J. Schwarts, *A primer on DAOs*, Settembre 2022, in *https://corpgov.law.harvard.edu/2022/09/17/a-primer-on-daos/*.

[117] G. Jain, A. Shrivastava, J. Paul, R. Batra, *Blockchain for SME Clusters: An ideation using the framework of Ostrom Commons Governance*, in *Inf. Syst. Front.*, 2022, 24(4), 1125-1143.

[118] R. Piselli, *Quando la decentralizzazione delle DLT incontra il mercato dei capitali, op. cit.,* 389.

[119] F.M. Sbarbaro, *op. cit.,* 86.

[120] *Ibidem.*

[121] O. Borgogno, *Making decentralized autonomous organizations (DAOs) fit for legal life: mind the gap,* cit., 12.

per richiedere il pagamento dovuto[122]. Questo rischio, unito alla mancanza di una normativa chiara, ha l'effetto di scoraggiare gli investitori.

Resta aperto l'interrogativo circa la possibilità che un sistema normativo basato esclusivamente sul codice informatico possa effettivamente sostituire il giudizio umano nel processo decisionale, con le relative implicazioni etiche e politiche[123]. Tale questione si inserisce nel più ampio dibattito concernente l'ammissibilità del c.d. «algoritmo imprenditore» e, più in generale, della possibilità di riconoscere capacità giuridica autonoma a entità costituite da meri codici[124].

Nel silenzio di una disciplina normativa italiana, il tema della responsabilità illimitata dei soci delle DAO è stato, invece, oggetto di una storica pronuncia del Tribunale della California[125]. In tale decisione la Corte americana ha ritenuto responsabili per negligenza i *tokenholders* di una presunta DAO (si trattava nel caso di specie di bZx DAO[126]) per le ingenti perdite subite da un attacco informatico[127], qualificando, altresì, l'organizzazione come «*general partnership*»[128].

---

[122] *Ibidem.*

[123] W. Reijers, I. Wuisman, M. Mannan, P. De Filippi, C. Wray, V. Rae-Looi, A.C. Vélez, L. Orgad, *Now the code runs itself: on-chain and off-chain governance of blockchain technologies*, in *International Review of Philosophy*, 2018, 3.

[124] Per la risposta negativa a questo requisito cfr. P. Tullio, *Diritto societario degli algoritmi. E se i robot diventassero imprenditori commerciali?* in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, 1, 242.

[125] Punto 26, *Sarcuni v. bZx DAO*, no. 3_22-cv-00618, United States District Court Southern District of California, disponible al sito: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.casd.732409/gov.uscourts.casd.732409.49.0.pdf. Per un approfondimento: *Decentralised Autonomous Organisations and Liability in Litigation*, disponibile al sito: https://www.ibanet.org/decentralised-autonomous-organisations-and-liability-in-litigation.

[126] Per un approfondimento sul caso si veda F.M. Sbarbaro, *op. cit.,* 89 ss. ; La Corte ha accolto il ricorso degli attori, sostenendo che la bZx DAO integrava i requisiti richiesti dalla legge vigente ai fini della qualificazione come general partnership: «*The Court finds that the FAC sufficiently alleges that the DAO is an association of two or more persons [the tokenholders and the investors] and that it operates as a business for profit [the bZx DAO generates profits through its margin trading and lending products]*»; cfr. *Sarcuni v. bZx DAO, op. cit.*

[127] S. Reynolds, *The Liability of DAOs and Their Founders Has Been Put to the Test in Court*, 29 marzo 2023, disponibile al sito: https://www.coindesk.com/business/2023/03/29/the-liability-of-daos-and-their-founders-has-been-put-to-the-test-in-court/. Il Revised Uniform Partnership Act (RUPA), 1997, § 202(a): definisce una general partnership come «The association of two or more persons to carry on as co-owners of a business for profit forms a partnership, whether or not the persons intend to form a partnership». Si è affermato che «as long as DAOs are not legally recognized, they also do not have limited liability protection. This means that contributors to a DAO can be held personally liable for the debts and obligations of the DAO». Finché le DAO non sono legalmente riconosciute, non godono nemmeno della protezione della responsabilità limitata. Ciò significa che i contributori di una DAO possono essere ritenuti personalmente responsabili per i debiti e le obbligazioni della DAO, A. Stanescu, T. Velea, *The emergence of DAOs: From legal structuring to dispute resolution*, in *Blockchain & Cryptocurrency Regulation, Global Legal Insight*, 2023, 207 ss.

[128] Punto 26, *Sarcuni v. bZx DAO*, no. 3_22-cv-00618, United States District Court Southern District of California, p. 17 disponibile al sito: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.casd.732409/gov.uscourts.casd.732409.49.0.pdf.

Inoltre, in alcuni Stati federali degli Stati Uniti d'America, quali il Wyoming[129] e il Vermont[130], sono stati adottati specifici interventi normativi volti a disciplinare giuridicamente le DAO. In particolare, i modelli introdotti richiedono la redazione di un *operating agreement* (assimilabile allo statuto) contenente disposizioni dettagliate in ordine alla struttura della *governance* aziendale, alla trasferibilità delle quote, modalità di accesso o scioglimento dell'azienda, nonché all'individuazione dei soggetti responsabili della gestione, specificando se essa sia affidata esclusivamente a un algoritmo ovvero a persone fisiche[131].

Nella prospettiva del nostro diritto interno, emerge un vero e proprio vuoto normativo. Parte della dottrina ha proposto l'assimilazione delle organizzazioni decentralizzate a modelli societari esistenti, come le S.p.A. (Società per azioni) o le S.r.l (Società a responsabilità limitata)[132]. Tuttavia, le peculiarità strutturali delle DAO, tra cui la *governance* decentralizzata e algoritmica, risultano difficilmente compatibili con i principi delle società di capitali, che presuppongono una gestione centralizzata e la presenza di organi sociali formalmente individuati[133]. Altresì, non è possibile ritenere giuridicamente equiparabili i *token* alle quote societarie delle S.r.l., rendendo problematico ogni tentativo di sovrapposizione normativa[134].

4. *Conclusioni*

In conclusione, alla luce dell'analisi comparata dei due modelli di *governance*, si evidenzia come ciascuno di essi presenti profili di forza e, al contempo, aree di criticità.

Le *crypto foundation*, divenute nel tempo un punto di riferimento per il supporto e la promozione di progetti *blockchain* di ampio respiro, garantiscono solidità e legittimazione giuridica. Tuttavia, la loro struttura organizzativa, ancorata a schemi di stampo verticistico o para-gerarchico, appare in dissonanza con l'es-

[129] *Wyoming Senate Bill 38 (2021), Decentralized Autonomous Organizations*, disponibile al sito: https://www.wyoleg.gov/Legislation/2021/SF0038.

[130] Normativa Vermont sulle *Blockchain-Based Limited Liability Companies* (BBLLC), Vt. Stat. Ann. tit. 11, §§ 3001-3006, disponibile su: https://legislature.vermont.gov/statutes/section/11/025/04173; F.M. Sbarbaro, *op. cit.*, 104. Si veda anche, Wyo. Stat. Ann. § 17-31-104(b); V.S.A. § 4172(1) (A-F).

[131] Wyo. Stat. Ann. § 17-31-104(e): «*A statement in the articles of organization may define the decentralized autonomous organization as either member-managed decentralized autonomous organization or an algorithmically- managed decentralized autonomous organization. If the type of decentralized autonomous organization is not otherwise provided for, the limited liability company will presume to be a member-managed decentralized autonomous organization*».

[132] Per un maggiore approfondimento si veda: R. Lener, S.L. Furnari, *Modelli organizzativi alla prova delle nuove tecnologie. Prime riflessioni su DAO e i principi generali del diritto dell'impresa*, *op. cit.*, 15 ss.

[133] Ivi,18.

[134] *Ibidem*. Sulla questione relativa alla tokenizzazione delle partecipazioni societarie si veda: N. De Luca, *Documentazione crittografica e circolazione della ricchezza assente*, in *Riv. dir. civ.*, 2020.

senza delle tecnologie distribuite. Le DAO, per converso, incarnano una visione di gestione aziendale radicale e innovativa: decentralizzata, fluida e partecipativa. Quest'ultime, infatti, eliminando le strutture gerarchiche, valorizzano una partecipazione più attiva e democratica dei membri[135]. Tuttavia, continuano a scontare una persistente incertezza in merito alla loro qualificazione normativa e a trovare un inquadramento giuridico solido e sicuro.

Nonostante ciò, pur avendo le *crypto foundations* avuto un ruolo fondamentale nelle fasi iniziali di sviluppo degli ecosistemi *blockchain*, appare lecito ritenere che il futuro della *governance* decentralizzata sia sempre più indirizzato verso l'adozione delle DAO, soprattutto laddove si riesca a coniugare innovazione tecnologia e certezza normativa[136]. Peraltro, nonostante le criticità sopra esposte, le organizzazioni autonome decentralizzate continuano a rappresentare un modello innovativo in costante evoluzione, impegnando gli studiosi nella ricerca di soluzioni tanto tecniche quanto normative, al fine di consentire una loro maggiore adozione[137].

In questa prospettiva, il dibattitto non può ridursi in un'alternativa binaria tra modelli centralizzati e decentralizzati. La vera sfida risiede nella costruzione di modelli di *governance* dinamici e coerenti con la complessità e transnazionalità del mondo economico contemporaneo. Il diritto, lungi dall'essere un freno al progresso tecnologico, deve porsi come una sorta di catalizzatore di innovazione, attraverso la predisposizione di soluzioni normative che valorizzano l'autonomia algoritmica senza sacrificare le esigenze di certezza giuridica, specialmente sotto i profili della responsabilità e rappresentanza dei membri dell'organizzazione.

[135] *Ibidem*.
[136] Si v., A. Wright, De Filippi, *Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia*, *op. cit.*
[137] Si veda sul punto, P. Ortolani, *op. cit.,* 414 ss.

Ilaria Nigro - Abstract

Crypto foundation vs. DAO: *un breve confronto tra due modelli di governance*

La tecnologia *blockchain* ha introdotto nuovi paradigmi di governance, promuovendo modelli decentralizzati come le *crypto foundation* e le *DAO* (*Decentralized Autonomous Organizations*). Le prime, sebbene garantiscano stabilità, facili finanziamenti e riconoscimento giuridico, restano ancora ancorate a strutture organizzative centralizzate, spesso incompatibili con gli ideali di decentralizzazione e trasparenza tipici della *blockchain* e delle tecnologie DLT. Al contrario, le *DAO*, offrono una *governance* più distribuita, fondata sull'interazione automatizzata tramite *smart contracts* e sulla partecipazione attiva dei membri, rispondendo meglio alle aspirazioni di trasparenza e autonomia della comunità. Attraverso una lettura critica e comparatistica, il presente lavoro esamina i punti di forza e le criticità dei due modelli, evidenziando come le *DAO*, nonostante le attuali incertezze giuridiche, contribuiscano a un'evoluzione "naturale" verso forme di *governance* più coerenti con l'essenza della *blockchain*. Il contributo si propone di offrire, inoltre, spunti di riflessione normativa volti a contemperare l'autonomia algoritmica con la certezza giuridica.

Crypto Foundations vs. DAOs: a brief comparison between two governance models

Blockchain technology has introduced new paradigms of governance, promoting decentralized models such as crypto foundations and DAOs (Decentralized Autonomous Organizations). The former, although they provide stability, easy funding and legal recognition, still extend anchored to centralized organizational structures that are often incompatible with the ideals of decentralization and transparency typical of blockchain and DLT technologies. In contrast, DAOs, offer more distributed governance, based on automated interaction via smart contracts and active member participation, better meeting the community's aspirations for transparency and autonomy. Through a critical and comparative reading, this paper examines the strengths and weaknesses of the two models, highlighting how DAOs, despite current legal uncertainties, can contribute to a natural evolution toward forms of governance more consistent with the essence of blockchain. In addition, the contribution aims to offer insights into normative thinking capable of balancing algorithmic autonomy and legal certainty.

«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 71, n. 117 (2-3 2025) pp. 611-639

Articoli e saggi

Le cessioni sostitutive di esproprio: natura giuridica, "negoziabilità" dei contenuti ed effetti verso i terzi

Riccardo De Napoli

Sommario: 1. Individuazione dell'oggetto del contributo. 2. Ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali su natura giuridica e disciplina applicabile alle cessioni sostitutive di esproprio. 2.1. *(Segue)*: l'inquadramento giuridico delle cessioni sostitutive nell'ambito delle convenzioni urbanistiche. 2.2. *(Segue)*: l'inquadramento giuridico delle cessioni sostitutive nell'ambito degli accordi *ex* art. 11 della legge n. 241/1990. 3. La disciplina applicabile alle cessioni sostitutive di esproprio. 3.1. La disciplina propria: l'art. 45 del T.U.E. (D.P.R. n. 327/2001). 3.2. La disciplina derivata dalla natura di convenzioni urbanistiche. 3.3. La disciplina derivata dalla natura di accordi *ex* art. 11 della legge n. 241/1990. 3.4. *(Segue)*: l'abrogazione del principio di tassatività degli accordi amministrativi sostitutivi. 4. Questioni giuridiche aperte. 4.1. La "negoziabilità" di contenuti ed effetti delle cessioni sostitutive di esproprio. 4.2. La questione degli effetti verso i terzi: restano accordi sostitutivi o diventano contratti privatistici? 5. Una chiave di lettura: l'urbanistica consensuale e le implicazioni sulla "negoziabilità" delle cessioni sostitutive. 5.1. Il concetto di urbanistica consensuale nel quadro dell'espropriazione per pubblica utilità: le cessioni sostitutive *ex* art. 11 della legge n. 241/1990. 5.2. La disciplina delle cessioni sostitutive alla luce dell'urbanistica consensuale. 6. Conclusioni. 6.1. Prospettive di una "negoziabilità" piena delle cessioni sostitutive di esproprio. 6.2. Gli effetti delle cessioni sostitutive *ex* art. 11 della legge n. 241/1990 nei confronti dei terzi.

1. *Individuazione dell'oggetto del contributo*

Le cessioni sostitutive di esproprio sono accordi mediante i quali la pubblica amministrazione consegue gli effetti di un decreto di esproprio stipulando un'intesa con il privato destinatario del provvedimento[1].

[1] Per un approfondimento generale sulle cessioni sostitutive di esproprio, si vedano G. Filanti, *La cessione sostitutiva d'esproprio*, Milano, 1989; Id., *Pubblica utilità dell'area: strumenti acquisitivi diversi dall'espropriazione*, in *Obbl. Contr.*, 2008, IV, 295 ss.; S. Fantini, *Gli accordi in materia di espropriazione*, in *Giust. Civ.*,

Il presente contributo intende approfondire due profili relativi a tale istituto: da un lato, l'ampiezza del potere riconosciuto alla pubblica amministrazione nella definizione dei contenuti di questi accordi e nell'individuazione dei presupposti necessari alla loro conclusione; dall'altro, la capacità delle cessioni sostitutive di produrre effetti nei confronti di soggetti terzi, con particolare riferimento ai casi in cui venga convenzionalmente derogato il procedimento previsto dal Testo Unico in materia di Espropriazione per Pubblica Utilità (c.d. T.U.E. – D.P.R. n. 327/2001). L'obiettivo è verificare fino a che punto tali cessioni possano essere "negoziabili" e se, in tal caso, mantengano la capacità di produrre effetti equivalenti a quelli di un decreto di esproprio, anche qualora non rispettino integralmente lo schema procedimentale e i termini previsti dalla legge.

Preliminarmente, si ritiene opportuno chiarire la terminologia adottata per individuare questo tipo di intesa. L'art. 45 del T.U.E., che disciplina parzialmente l'istituto, utilizza l'espressione «cessioni volontarie», come indicato nella rubrica del capo IX. In prima battuta, tuttavia, si ritiene preferibile adottare il termine 'cessioni sostitutive di esproprio', derivato dal terzo comma del medesimo articolo, che attribuisce loro gli stessi effetti del decreto, per due ragioni. In primo luogo, in quanto consente di evidenziare la caratteristica principale di questi atti: la capacità di produrre conseguenze giuridiche equivalenti a un provvedimento amministrativo di straordinaria incisività, quale l'espropriazione di un diritto reale del privato per finalità di pubblica utilità[2]. In secondo luogo, la scelta terminologica è strettamente ricollegata alla parte ricostruttiva del presente contributo, nella quale si perverrà alla conclusione di poter individuare non una sola cessione sostitutiva, bensì molteplici tipologie, solo alcune delle quali riconducibili all'art. 45 e pertanto 'volontarie'[3].

1999, II, 53 ss.; G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 21 ss.; G. De Marzo, *Accordo sull'ammontare dell'indennità e cessione volontaria: gli incerti confini al vaglio della Cassazione*, in *Urb. App.*, 2002, 1038 ss.; O. Sepe, *Accordo di cessione volontaria nel procedimento di espropriazione: in tema di autorità e consenso*, in *Cons. Stato e Enti pubbl.*, 2002, I, 27 ss.; D. Rodella, *L'accettazione dell'indennità di espropriazione e la cessione volontaria del bene: differenze ed effetti*, in *Nuova Rass.*, 2003, 58 ss.; F. Baldassarre, *La cessione volontaria nel nuovo t.u. sull'espropriazione*, in *Urb. App.*, 2004, 5 ss.; E. Travi, *In tema di cessioni sostitutive di esproprio*, in *Foro It.*, VII-VIII, 2020, III, 424 ss.

[2] La dottrina in tema di espropriazione per pubblica utilità è sconfinata. Per i contributi più recenti, si rinvia, per tutti, a L. Azzena, *L'espropriazione per pubblica utilità e i provvedimenti ablatori*, Torino, 2021. In relazione agli approfondimenti classici, si vedano V. Cerulli Irelli, *Espropriazione per pubblico interesse: problemi di determinazione della disciplina vigente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 517 ss.; D. Sorace, *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, Milano, 1974; G. Landi, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1984; U. Pototschnig, *L'espropriazione per pubblica utilità*, in Id., *Scritti scelti*, Padova, 1999, 177 ss.; M. Conticelli, *L'espropriazione*, in S. Cassese (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2000, 1445 ss.

[3] In relazione alle questioni terminologiche, v. *contra* G. Filanti, *Op. ult. cit.*, 297, il quale preferisce l'espressione 'cessione volontaria', ritenuta maggiormente conforme al dato normativo. Tuttavia, si ritiene opportuno nel presente elaborato adottare una denominazione generale, non vincolata al dato normativo del T.U.E., in considerazione dell'analisi successiva che esaminerà la possibilità di configurare cessioni sostitutive non esclusivamente 'volontarie' *ex* art. 45 T.U.E., ma anche ulteriori e fondate sul solo art. 11 della legge n. 241/1990.

Prima di approfondire le questioni giuridiche oggetto di studio e arrivare alle conclusioni prospettate, si procederà attraverso un esame critico delle principali elaborazioni dottrinali e pronunce giurisprudenziali in materia, al fine di tracciare un quadro organico e sistematico della disciplina vigente.

2. *Ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali su natura giuridica e disciplina applicabile alle cessioni sostitutive di esproprio*

Per definire con precisione la natura giuridica e, di conseguenza, determinare la disciplina applicabile alle cessioni sostitutive di esproprio, si ritiene opportuno approfondire le principali elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in materia, le quali consentono di individuare con precisione il quadro normativo di riferimento.

In questo contesto, l'art. 45 del T.U.E. rappresenta il principale riferimento legislativo dell'istituto; tuttavia, tale disposizione, pur fornendo alcune indicazioni, non è completa e sufficiente per identificare in modo esaustivo la natura giuridica delle cessioni sostitutive, né per individuare integralmente la disciplina ad esse applicabile.

Di conseguenza, è necessario inquadrare sistematicamente queste cessioni nell'ambito di due categorie più ampie del diritto amministrativo: da un lato, le convenzioni urbanistiche, concepite come strumenti negoziali caratteristici della pianificazione e gestione del territorio; dall'altro, gli accordi amministrativi sostitutivi disciplinati dall'art. 11 della legge n. 241/1990.

2.1. (**Segue**)*: l'inquadramento giuridico delle cessioni sostitutive nell'ambito delle convenzioni urbanistiche*

In relazione all'inquadramento delle cessioni sostitutive all'interno delle convenzioni urbanistiche, è necessario, *in primis*, interrogarsi sulla possibilità che le prime rappresentino una *species* del *genus* delle seconde; in altre parole, occorre comprendere se tali cessioni possano essere qualificate come convenzioni relative alla fase attuativa della pianificazione territoriale.

Partendo dalla definizione di convenzione urbanistica, si tratta di uno specifico tipo di accordo con cui le parti disciplinano non solo il regime giuridico-proprietario di beni immobiliari (tipico del diritto privato), ma anche l'insieme delle opere di urbanizzazione e l'adeguamento della proprietà edilizia alle finalità

urbanistiche[4]. L'istituto in oggetto è privo di una disciplina generale e autonoma ed è regolamentato, piuttosto, in relazione a determinate fattispecie, come le convenzioni di lottizzazione, quelle per l'edilizia economico-popolare o i programmi integrati di intervento. Grazie alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, tuttavia, è stato possibile individuare la categoria generale e la nozione unitaria di convenzione urbanistica appena esposta[5].

Per rispondere al quesito iniziale, sebbene la natura delle cessioni sostitutive di esproprio non sia stata oggetto di approfondimento sistematico da parte della dottrina e della giurisprudenza, è possibile sostenere che rientrino nel concetto di convenzione urbanistica. Tale inclusione si giustifica in ragione dell'effetto prodotto dalla cessione sostitutiva: pur essendo formalmente legato al trasferimento di un diritto di proprietà o di altro diritto reale, il contenuto finale è la conclusione di un procedimento – l'espropriazione per pubblica utilità – il cui scopo ultimo è la corretta urbanizzazione del territorio e la realizzazione delle opere di interesse pubblico[6].

---

[4] Per una definizione di convenzione urbanistica, sebbene risalente ma parimenti attuale, si veda V. Mazzarelli, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979, 277, il quale osserva che «il tratto comune a tutte le convenzioni urbanistiche non è in ciò che un privato (proprietario) realizzi invece del comune le opere di urbanizzazione; ma in ciò che mediante una convenzione si attua una disciplina di beni rilevante a fini urbanistici. I beni fanno riferimento non soltanto alle opere di urbanizzazione, ma anche alla proprietà edilizia, che viene conformata a fini urbanistici». In altri termini, secondo l'Autore, ciò che accomuna le convenzioni urbanistiche non si riduce al fatto che il privato si sostituisca all'amministrazione comunale nella realizzazione delle opere di urbanizzazione, ma risiede nella funzione delle convenzioni stesse, ossia disciplinare beni rilevanti per il governo del territorio. Questi beni comprendono sia le opere di urbanizzazione, sia la proprietà edilizia, il cui utilizzo e conformazione devono essere coerenti con gli obiettivi urbanistici stabiliti.

[5] In relazione alle ricostruzioni generali dell'istituto, *ad multis*, si vedano V. Mazzarelli, *op. cit.*; M.S. Giannini, *Prefazione*, in V. Mazzarelli, *op. cit.*, 5 ss.; A. Candian, A. Gambaro, *Le Convenzioni urbanistiche*, Milano, Giuffrè, 1992; M. Nigro, *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1995; A. Sandulli, *Le convenzioni di lottizzazione. Natura e tutela*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1995, IV, 416 ss.; A. Travi, *Piano di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XI, Torino, 1996, 147 ss.; G. Manfredi, *op. ult. cit.*, 27 ss.; V. Mengoli, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003, 229 ss.; M.A. Quaglia, *Convenzioni urbanistiche e lavori pubblici*, Torino, 2009; M. De Donno, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2010, V, 279 ss.; N. Centofanti, M. Favagrossa, P. Centofanti, *Le convenzioni urbanistiche ed edilizie*, Milano, 2012; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 167 ss.; G. Poli, *Il problema della sinallagmaticità nell'accordo amministrativo. Brevi note sull'eccezione di inadempimento*, in *Dir. amm.*, 2014, IV, 725 ss.; G. Durano, *Gli accordi amministrativi quale efficiente strumento per la gestione e la pianificazione del territorio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, II, 613 ss.; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico*, Torino, 2023, 187 ss.

[6] Cfr. V. Mazzarelli, *op. cit.*, 281: «[…] il tratto caratterizzante tutte le convenzioni urbanistiche non è evidentemente in una *traslatio*, in un dare per avere, ma nell'organizzare e disciplinare beni di rilievo urbanistico. La consensualità tende dunque soprattutto a fissare un modulo organizzativo, piuttosto che un rapporto di scambio». Emerge, quindi, quella che è fondamentalmente la caratteristica delle convenzioni, ovverosia l'organizzazione territoriale che, da autoritativa, diventa condivisa e consensuale. Questo modello, superando la dimensione unilaterale del potere pubblico, consente di integrare il contributo dei privati, valorizzando la cooperazione tra amministrazione e cittadino nella gestione del territorio. La convenzione urbanistica non si limita a regolare lo scambio di prestazioni, ma si configura quale strumento volto a disciplinare in modo articolato e funzionale i beni coinvolti, per finalità urbanistiche di più ampio respiro. In questo senso, si delinea un equilibrio tra esigenze pubbliche e interessi privati, che trova nelle convenzioni urbanistiche una forma evoluta di governo del territorio.

Tuttavia, nel momento in cui, attraverso l'inquadramento delle cessioni sostitutive di esproprio all'interno delle convenzioni urbanistiche, si intende individuare la disciplina applicabile alle prime, è necessaria una precisazione: in assenza di una normativa generale, non esistono norme direttamente applicabili alle cessioni; sarà, tuttavia, possibile ricorrere all'applicazione analogica delle disposizioni previste per specifiche tipologie di convenzioni urbanistiche, qualora sussistano i presupposti di similitudine tra le fattispecie[7].

La collocazione sistematica in oggetto, inoltre, consentirà l'applicazione alle cessioni dei principi propri della c.d. 'urbanistica consensuale', che assumeranno una posizione centrale nell'analisi ricostruttiva proposta.

2.2. (**Segue**)*: l'inquadramento giuridico delle cessioni sostitutive nell'ambito degli accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990*

Una volta ricondotte le cessioni sostitutive all'interno del quadro delle convenzioni urbanistiche, è necessario interrogarsi se possano essere inquadrate anche nell'ambito degli accordi amministrativi sostitutivi di provvedimento, di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990. La questione assume rilievo alla luce di un dato significativo: le norme che disciplinano le cessioni sostitutive e le convenzioni urbanistiche sono incomplete e, in prevalenza, limitate a fattispecie 'speciali', senza configurare una disciplina 'generale' e organica per tali istituti[8]; l'art. 11 potrebbe, al contrario, rappresentare la fonte per completare il regime regolatorio.

[7] Per un esempio di applicazione estensiva della normativa in tema di convenzioni urbanistiche, si veda la sentenza della Corte Cass., S.U., 6 luglio 2022, n. 21348, la quale, in relazione alle convenzioni in ambito di edilizia residenziale pubblica, ha esteso l'art. 31, comma 49-*bis*, della legge n. 448/1998, direttamente applicabile alle c.d. convenzioni P.E.E.P., anche a quelle c.d. "Bucalossi", colmando una lacuna normativa formatasi per l'evoluzione delle leggi in questo ambito.

[8] Il fenomeno è stato oggetto di attenzione fin dalle prime ricostruzioni generali in tema di convenzioni urbanistiche. In particolare, V. Mazzarelli, *op. cit.*, 275-276, evidenzia come le convenzioni siano state menzionate per la prima volta nella legge ponte n. 765/1967; tuttavia, tale normativa non prevedeva una disciplina generale, concentrandosi invece sulle convenzioni di lottizzazione disciplinate dall'art. 8. Questo limite normativo, sottolinea l'Autore, ha lasciato aperti numerosi interrogativi circa la natura e la portata applicativa delle convenzioni, incentivando la dottrina e la giurisprudenza a colmare le lacune legislative attraverso analisi sistematiche. Per una ricostruzione dettagliata e organica delle principali tipologie di convenzioni urbanistiche vigenti, comprensive delle loro peculiarità e del loro inquadramento normativo, v. P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, 189 ss., i quali affrontano i diversi modelli convenzionali adottati nel panorama urbanistico italiano, con particolare attenzione all'evoluzione dei loro contenuti e alla loro funzione nella pianificazione territoriale.

In relazione al quesito posto, appare ormai consolidata, tanto in giurisprudenza quanto in dottrina[9], una conclusione in termini positivi: le cessioni sostitutive sono inquadrate all'interno della categoria degli accordi di cui all'art. 11[10].

La conclusione in oggetto è sostenibile attraverso un duplice percorso argomentativo.

In primo luogo, un'analisi focalizzata sul rapporto tra l'art. 45 del T.U.E. e l'art. 11 della legge n. 241/1990 evidenzia come il carattere distintivo delle cessioni sostitutive risieda negli effetti che producono, propriamente sostitutivi di un provvedimento amministrativo (il decreto di esproprio). In altri termini, la circostanza che l'accordo venga formalizzato attraverso il consenso espresso dal privato destinatario non è sufficiente a trasformare la fattispecie da pubblicistica a privatistica; al contrario, tali cessioni producono gli effetti tipici di un provvedimento amministrativo. Poiché un contratto non potrebbe avere questa efficacia, ne deriva che le cessioni sostitutive *ex* art. 45 del T.U.E debbano necessariamente essere qualificate come una categoria di accordo *ex* art. 11[11].

In secondo luogo, la stessa riconducibilità delle cessioni sostitutive alla nozione di convenzione urbanistica rafforza tale inquadramento. Nonostante, in prima battuta, vi siano state alcune critiche rispetto alla possibilità di far rientrare le convenzioni urbanistiche nella categoria degli accordi *ex* art. 11[12], si è ormai

[9] La questione sulla qualificazione giuridica delle cessioni sostitutive di esproprio, in assenza di una chiara previsione normativa, ha suscitato un ampio dibattito dottrinale, con posizioni talvolta divergenti. Con l'introduzione del T.U.E. nel 2001, il legislatore ha risolto l'incertezza qualificando espressamente le cessioni come "sostitutive" nel terzo comma dell'art. 45. Prima di tale intervento, la dottrina si era interrogata sulla possibilità di ricondurre le cessioni nell'alveo degli accordi amministrativi di diritto pubblico, o se invece dovessero essere considerate alla stregua di meri negozi privatistici. Per un approfondimento delle contrapposizioni teoriche e delle implicazioni pratiche derivanti dalle diverse qualificazioni, v. G. Filanti, *op. ult. cit.*, 37 ss.

[10] Come analizzato da E. Travi (*op. cit.*, 424), la giurisprudenza amministrativa, e in particolare la sentenza Cons. Stato, II, 28 gennaio 2020, n. 705, ivi commentata, ha aderito alla tesi della natura delle cessioni sostitutive quale accordo *ex* art. 11 della legge n. 241/1990. Conformi a tale orientamento si segnalano, tra le altre, Cons. Stato, V, sentenza 20 agosto 2013, n. 4179, e Cons. Stato, VI, sentenza 14 settembre 2005, n. 4735, entrambe consultabili su *giustizia-amministrativa.it*. Di segno opposto, invece, si registrano Corte Cass., I, sentenza 6 dicembre 2010, n. 24687, in *Foro it.*, 2010, n. 127, e Cons. Stato, IV, sentenza 3 marzo 2015, n. 1035, in *giustizia-amministrativa.it*. Dall'analisi dell'Autrice (*op. cit.*, 426) emergono tuttavia alcune criticità in ordine alle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza: «le cessioni sostitutive di esproprio […] non corrispondono neppure al modello previsto dall'art. 11 cit. La possibilità degli accordi previsti dall'art. 11 incontra come limite generale la garanzia dei diritti dei terzi («senza pregiudizio dei diritti dei terzi»: art. 11, 1° comma); le cessioni sostitutive di esproprio, invece, comportano anche l'estinzione dei diritti dei terzi sull'immobile, esattamente come i decreti di esproprio». Ne consegue che la capacità delle cessioni sostitutive di incidere sui diritti dei terzi costituisce un nodo centrale del dibattito giuridico, rappresentando al contempo un potenziale limite rispetto alla loro qualificazione quali accordi *ex* art. 11.

[11] A tal proposito, F. Baldassarre (*op. cit.*, 5 ss.) evidenzia come, nell'ambito della disciplina dettata dal T.U.E., non possano più sussistere incertezze circa la natura sostitutiva della cessione rispetto al decreto di esproprio, dal momento che tale effetto è chiaramente sancito dall'attuale art. 45. In merito alla questione, si vedano anche O. Sepe, *op. cit.*, 27 ss. e D. Rodella, *op. cit.*, 58 ss.

[12] Secondo un'impostazione iniziale, sostenuta sia in giurisprudenza che in dottrina e approfondita da A. Sandulli (*op. cit.*, 416 ss.), ostativo sarebbe stato l'art. 13 della legge n. 241/1990, secondo il quale «le dispo-

consolidata la teoria che le stesse ne costituiscano una *species*, essendo idonee a integrare o sostituire provvedimenti di pianificazione urbanistica attuativa[13]. Seguendo una logica di tipo analitico, quindi, se le cessioni sostitutive appartengono alla categoria delle convenzioni urbanistiche e queste ultime rientrano nella nozione di accordi amministrativi, allora anche le cessioni stesse ricadono all'interno del perimetro applicativo dell'art. 11.

Come premesso, la conclusione raggiunta assume rilievo proprio ai fini della ricostruzione della disciplina applicabile alle cessioni sostitutive di esproprio: gli accordi amministrativi – seppur con una formulazione poco chiara, che non ha mancato di suscitare critiche in dottrina[14] – dispongono di una disciplina generale e completa. Di conseguenza, laddove manchino norme specifiche applicabili alle cessioni sostitutive, sarà possibile colmare le lacune ricorrendo alla normativa degli accordi[15]. A differenza di quanto avviene per le convenzioni urbanistiche, inoltre, questa disciplina sarà applicabile direttamente, senza necessità di interpretazioni estensive o analogiche[16].

---

sizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione». Di conseguenza, le convenzioni urbanistiche, inquadrate nell'ambito dell'attività di pianificazione, non avrebbero potuto essere qualificate come accordi amministrativi. Occorre, tuttavia, evidenziare come lo stesso Autore (*op. cit.*, 418) manifesti alcune perplessità su questa teoria, anticipando la tesi oggi prevalente, secondo cui i due istituti coincidono qualora la convenzione riguardi la fase attuativa e non quella normativa.

[13] In dottrina, la natura giuridica delle convenzioni urbanistiche è stata oggetto di approfondimento anche prima dell'introduzione dell'art. 11. In particolare, V. Mazzarelli, *op. cit.*, 282 ss., approfondisce l'esistenza di tre teorie: «che le convenzioni siano contratti; che siano negozi non rigorosamente ascrivibili tra i contratti; che siano accordi inseriti in procedure amministrative, altra cosa dunque dai contratti e negozi interprivati»; le difficoltà relative alla soluzione del tema erano strettamente legate alla mancanza di una normativa generale sugli accordi amministrativi; la successiva introduzione dell'art. 11 ha fornito una base normativa per la risoluzione della questione. In dottrina, per una riconduzione delle convenzioni urbanistiche nell'ambito degli accordi amministrativi, v. G. Monaco, *Le convenzioni di lottizzazione quali accordi sostitutivi procedimentali* ex *art. 11 della legge n. 241/1990 e l'applicabilità ad esse della disciplina in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2010, I, 446 ss.

[14] Sul tema, in particolare, v. G. Manfredi, *op. ult. cit.*, 107: «Deve rilevarsi che questa clausola, se interpretata letteralmente, conduce a risultati che difficilmente possono considerarsi rispondenti alla volontà legislativa: la dottrina civilistica […] rileva infatti non solo l'assenza nel Codice di norme che pongono espressamente principi in materia contrattuale, ma anche la difficoltà di desumere tali principi dalle disposizioni che disciplinano la materia». Secondo l'Autore, quindi, l'espressione 'principi' non è letterale e, piuttosto, è utilizzata per rinviare alle norme principali sui contratti e non a quelle di dettaglio. In dottrina, concordano con questa posizione anche G. Greco, *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 150 ss.; M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, I, 30.

[15] In questa direzione, Cons. Stato, II, sentenza n. 705/2020, *cit.*, con particolare riguardo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, primo comma, lett. g) e a), n. 2, cod. proc. amm.

[16] Cfr. A. Moliterni, *op. cit.*, 145: «Appare quindi evidente che l'art. 11 è ormai concepito quale base normativa per la ricostruzione delle più diverse tipologie consensuali dell'azione amministrativa, accomunate sempre più spesso dal solo fatto di non essere – per ragioni diverse – integralmente riconducibili al diritto privato». L'Autore approfondisce, infatti, la giurisprudenza che ha ritenuto direttamente applicabile la disciplina dell'accordo amministrativo a differenti strumenti consensuali previsti dalla normativa pubblicistica.

3. *La disciplina applicabile alle cessioni sostitutive di esproprio*

Considerata la collocazione sistematica delle cessioni sostitutive di esproprio, è ora possibile delineare la disciplina applicabile a tali istituti, al fine di disporre degli strumenti necessari per affrontare, con un approccio innovativo, le questioni interpretative poste.

La ricostruzione della disciplina seguirà il medesimo schema già adottato nel paragrafo precedente: in primo luogo, verrà analizzata la normativa direttamente applicabile alle cessioni sostitutive; successivamente, si esaminerà quanto desumibile dall'inquadramento delle stesse nell'ambito delle convenzioni urbanistiche; infine, si approfondirà la disciplina risultante dalla riconducibilità delle cessioni alla categoria degli accordi amministrativi.

3.1. *La disciplina propria: l'art. 45 del T.U.E. (D.P.R. n. 327/2001)*

L'analisi delle disposizioni relative alle cessioni sostitutive, contenute nell'art. 45 del T.U.E., consente di delineare alcuni tratti fondamentali della disciplina applicabile a tale istituto, sintetizzabili in tre punti.

In primo luogo, emerge con immediatezza, già dal primo comma dell'art. 45, chi sia il vero "protagonista" dell'istituto: non la pubblica amministrazione, bensì il proprietario, cui è riconosciuto il 'diritto' di stipulare l'accordo[17]. Da questo elemento si ricava come la disciplina in oggetto non sia strutturata nell'interesse primario dell'autorità espropriante – e quindi dell'interesse pubblico volto a semplificare l'attività amministrativa – bensì in favore del destinatario del procedimento. Quest'ultimo, infatti, ha la possibilità di concludere rapidamente la procedura e liberarsi dell'immobile, qualora concordi con la pubblica amministrazione; per agevolare questa decisione, è inoltre previsto un incremento dell'indennità a titolo premiale[18].

In secondo luogo, assume rilievo il disposto del terzo comma dell'art. 45, che attribuisce gli stessi effetti giuridici del decreto di esproprio. Tale previsio-

[17] Art. 45, primo comma, T.U.E.: «Fin da quando è dichiarata la pubblica utilità dell'opera e fino alla data in cui è eseguito il decreto di esproprio, il proprietario ha il diritto di stipulare col soggetto beneficiario dell'espropriazione l'atto di cessione del bene o della sua quota di proprietà». Per un approfondimento della natura di questo diritto, v. G. Filanti, *op. ult. cit.*, 299 ss.

[18] Art. 45, secondo comma, T.U.E.: «Il corrispettivo dell'atto di cessione: a) se riguarda un'area edificabile, è calcolato ai sensi dell'articolo 37, con l'aumento del dieci per cento di cui al comma 2; b) se riguarda una costruzione legittimamente edificata, è calcolato nella misura venale del bene ai sensi dell'articolo 38; c) se riguarda un'area non edificabile, è calcolato aumentando del cinquanta per cento l'importo dovuto ai sensi dell'articolo 40, comma 3; d) se riguarda un'area non edificabile, coltivata direttamente dal proprietario, è calcolato moltiplicando per tre l'importo dovuto ai sensi dell'articolo 40, comma 3 […].».

ne rappresenta, come accennato, il tratto distintivo dell'istituto: la cessione non si configura come un semplice contratto, ma come un accordo amministrativo capace di produrre effetti del tutto analoghi a quelli di un provvedimento ablatorio. Ne derivano implicazioni rilevanti in termini di efficacia ed esecuzione, che accomunano questo strumento agli atti amministrativi più incisivi per la sfera giuridica dei destinatari[19].

Infine, sebbene in modo marginale, rileva il rinvio agli articoli successivi del T.U.E. che disciplinano la retrocessione dei beni espropriati. Questo riferimento normativo delinea le modalità operative attraverso le quali il privato può esercitare il proprio diritto, collocandole all'interno delle disposizioni sulla retrocessione.

Le norme approfondite, tuttavia, non consentono di individuare una disciplina "sostanziale" e completa, specificamente applicabile alla cessione sostitutiva, poiché nemmeno la retrocessione è completamente regolamentata. Di conseguenza, questo elemento rafforza ulteriormente la necessità di rintracciare disposizioni integrative all'interno degli istituti menzionati, le convenzioni urbanistiche e gli accordi amministrativi.

3.2. *La disciplina derivata dalla natura di convenzioni urbanistiche*

Nel processo di ricostruzione della disciplina delle cessioni sostitutive nell'ambito delle convenzioni urbanistiche, emerge, in via preliminare, una difficoltà operativa: come accennato, manca una disciplina generale che regoli in modo uniforme e organico questa specifica categoria di accordi. Di conseguenza, il primo passo necessario consiste nell'individuare e analizzare le principali norme che regolamentano le convenzioni urbanistiche, al fine di verificare in che misura possano trovare applicazione anche alle cessioni sostitutive dell'esproprio.

La principale tipologia di convenzione urbanistica è quella di lottizzazione, disciplinata dagli artt. 28 della legge n. 1150/1942 e 7 e 13 della legge n. 765/1967. Tali disposizioni attribuiscono a queste convenzioni la funzione di regolamentare la realizzazione e la cessione gratuita delle opere di urbanizzazione, di definire i tempi di esecuzione delle stesse e di assicurarne, mediante idonee garanzie finanziarie, l'effettiva realizzazione.

Ulteriori tipologie di convenzioni urbanistiche sono disciplinate dall'art. 18 del Testo Unico delle Disposizioni Legislative e Regolamentari in Materia Edi-

[19] Da ultimo, si veda la sentenza della Corte Cass., S.U., n. 651/2023, in *cortedicassazione.it*, nella quale i giudici – partendo dall'efficacia di acquisto a titolo originario del procedimento espropriativo – hanno statuito che non sono salvi nemmeno i diritti dei terzi acquisiti con il possesso idoneo a determinare l'usucapione. Ogni tutela degli interessati, infatti, è assorbita dal procedimento espropriativo e dalla surrogazione nel diritto all'indennità.

lizia (D.P.R. n. 380/2001), in relazione alla realizzazione dell'edilizia convenzionata per alloggi economico-popolari; dagli artt. 27 e seguenti della legge n. 457/1978, relativi agli interventi di recupero delle aree degradate; dagli artt. 27 e seguenti della legge n. 865/1971, riguardanti le convenzioni per insediamenti produttivi. Si tratta di specifiche tipologie di interventi edilizi caratterizzate, da un lato, da una riduzione degli oneri e dei requisiti e, dall'altro, dalla presenza di vincoli successivi all'edificazione. La sussistenza di interessi giuridici ulteriori rispetto a quelli strettamente urbanistici ed edilizi determina la necessità di norme che favoriscano la conclusione di tali accordi[20].

Infine, alcune convenzioni urbanistiche sono previste dalle legislazioni regionali, in virtù della competenza normativa in materia di governo del territorio riconosciuta dall'art. 117, terzo comma, Cost. Non essendo possibile approfondire integralmente tali discipline, estremamente differenziate a livello territoriale, è, tuttavia, di interesse menzionare il c.d. 'programma integrato di intervento', una particolare categoria di piano attuativo che richiede una convenzione urbanistica e si caratterizza per la possibilità di derogare, mediante un procedimento specifico, alla pianificazione generale; in altre parole, alcune Regioni hanno previsto convenzioni che siano in grado di modificare non solo i piani attuativi, ma anche lo stesso piano regolatore[21].

Dall'analisi normativa delle convenzioni menzionate emergono alcune caratteristiche ricorrenti: talvolta è richiesta la forma dell'atto pubblico, che garantisce ufficialità e certezza giuridica agli accordi; è inoltre previsto l'obbligo di trascrizione nei registri immobiliari per garantire la pubblicità e l'opponibilità ai terzi, considerata l'incidenza delle convenzioni sui diritti reali; frequentemente, le convenzioni includono obblighi a carico del privato, come la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria o secondaria, necessarie per soddisfare esigenze di interesse collettivo; infine, affinché siano valide ed efficaci, le convenzioni devono rispettare le prescrizioni degli strumenti di pianificazione[22].

---

[20] Si prenda in considerazione, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 2 della legge n. 167/1972 (oggi abrogato in quanto confluito nella normativa regionale), il quale consentiva l'adozione dei piani di edilizia economico-popolare anche in assenza del piano regolatore generale, in deroga al principio di gradualità previsto dalla legge n. 1150/1942.

[21] Il 'programma integrato di intervento' (c.d. P.I.I.) era previsto, in origine, dall'art. 16 della legge n. 179/1992; successivamente – a seguito della sentenza della Corte Costituzionale, 19 ottobre 1992, n. 393, che ha ritenuto si trattasse di una competenza regionale – è confluito nelle normative delle singole Regioni. Lo strumento in oggetto è comunemente caratterizzato dalla possibilità di derogare "fisiologicamente" alla programmazione generale, purché venga ripetuto l'*iter* di modifica della stessa e, in particolare, vi sia l'adozione del Consiglio comunale e l'approvazione della Regione. Per un approfondimento del P.I.I., si vedano G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 312-313; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, 179 ss.; G.C. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2014, 416 ss.

[22] La prescrizione in oggetto si ricava dall'art. 28 della legge n. 1150/1942: il legislatore, infatti, ha imposto l'approvazione del piano di governo del territorio come un requisito necessario per procedere alla lottizzazione e, conseguentemente, adottare un piano di quel tipo; pertanto, si può osservare la presenza di un nesso funziona-

Le norme menzionate non sono direttamente applicabili alle cessioni sostitutive di esproprio, poiché disciplinano specifiche tipologie di convenzioni urbanistiche, senza costituire una regolamentazione generale. Pertanto, la loro applicazione alle cessioni sostitutive è ipotizzabile solo in presenza di una sostanziale analogia di *ratio* tra i due istituti, tale da giustificare un'interpretazione estensiva o analogica delle disposizioni.

Sotto questo profilo, è possibile distinguere due categorie di norme.

Nella prima rientrano le disposizioni che, per loro natura, possono trovare applicazione anche alle cessioni sostitutive di esproprio. Un primo esempio è rappresentato dall'obbligo di trascrizione nei registri immobiliari, essenziale non solo per garantire la pubblicità degli effetti giuridici dell'accordo, ma anche per analogia con il decreto di esproprio, che la cessione è destinata a sostituire[23]. Allo stesso modo, sembra ragionevole affermare che anche le cessioni sostitutive debbano conformarsi alle prescrizioni urbanistiche degli strumenti di pianificazione territoriale, poiché la procedura non sarebbe ammissibile qualora non fosse prevista la localizzazione di un'opera pubblica nell'area oggetto della cessione[24].

Nella seconda categoria rientrano, invece, disposizioni normative che non appaiono compatibili con la natura e le finalità delle cessioni sostitutive. Un esempio di tipo formale è rappresentato dall'obbligo di stipulare le convenzioni urbanistiche mediante atto pubblico, prescrizione che sembrerebbe superata dal principio generale di libertà delle forme sancito dal codice civile e dal requisito di forma scritta "semplice" previsto dall'art. 11 della legge n. 241/1990, salvo la necessità di un atto in forma autentica ai soli fini della trascrizione nei registri immobiliari. Un secondo esempio, di natura sostanziale, è costituito dalla possibilità, riconosciuta nell'ambito delle convenzioni urbanistiche, di imporre obbligazioni atipiche al privato, quali i cosiddetti *extra* oneri, ossia prestazioni non espressamente previste

---

le e gerarchico tra pianificazione e convenzioni urbanistiche attuative. In relazione allo stretto rapporto tra piano e accordo – con specifico riferimento alle lottizzazioni – v. P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, 190-191.

[23] Cfr. art. 23, secondo comma, T.U.E.: «Il decreto di esproprio è trascritto senza indugio nei registri immobiliari». Assume rilevanza anche il successivo art. 25, in forza del quale è proprio a seguito della trascrizione che il decreto di esproprio acquista efficacia e ogni diritto del proprietario o dei terzi deve essere fatto valere sull'indennità.

[24] L'evoluzione normativa in tema di dichiarazione di pubblica utilità, infatti, ha reso determinante il rapporto tra opera pubblica e vincolo preordinato all'esproprio, in relazione ad una equiparazione tra apposizione dello stesso e dichiarazione relativa alla realizzazione dell'opera. In questa direzione, L. Azzena, *op. cit.*, 90-91: «Il giudizio sulla pubblica utilità ha ad oggetto appunto l'opera […]. Né il giudizio sulla pubblica utilità è volto ad accertare la necessità dell'opera, bensì, appunto, la sua utilità». Sul tema si veda anche G. Sciullo, *La base giuridica dell'espropriazione: il vincolo preordinato all'esproprio, la dichiarazione di pubblica utilità e l'occupazione acquisitiva*, in *Lexitalia.it*, 2003, 2 ss., il quale evidenzia come la generalizzazione della dichiarazione di pubblica utilità sia derivata dalla circostanza che la collocazione dell'opera sia stata scorporata mediante i procedimenti di apposizione dei vincoli, perdendo quindi gran parte della sua rilevanza.

dalla normativa di riferimento[25]. In proposito, sebbene sia consolidato il principio secondo cui l'amministrazione possa imporli nelle convenzioni urbanistiche, la natura sostitutiva della cessione in esame sembrerebbe, almeno in via preliminare, escludere la possibilità di estendere tale facoltà alle cessioni sostitutive[26].

Quest'ultima conclusione, tuttavia, merita un approfondimento ulteriore. La questione centrale è se la pubblica amministrazione, nel corso delle trattative per la conclusione di una cessione sostitutiva di esproprio, possa legittimamente subordinare l'accordo all'adempimento, da parte del privato, di obblighi ulteriori al trasferimento della proprietà o altro diritto: in prima analisi, la risposta sembrerebbe negativa, poiché la cessione sostitutiva costituisce un diritto del privato e non dovrebbe comportare gravami ulteriori rispetto a quelli previsti dal decreto di esproprio; tuttavia, si rinvia alla successiva parte ricostruttiva del presente studio per una valutazione più approfondita circa la validità di questa conclusione e l'eventuale legittimità di un'interpretazione contraria.

3.3. *La disciplina derivata dalla natura di accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990*

Proseguendo nell'analisi della disciplina applicabile alle cessioni sostitutive di esproprio, considerato che le disposizioni fino a qui individuate, relative a contenuto, forma e validità delle cessioni, non possono ritenersi esaustive in quanto prive di una regolamentazione generale, assume un rilievo determinante l'art. 11 della legge n. 241/1990[27]. La disciplina degli accordi amministrativi sostituti-

[25] La giurisprudenza ha progressivamente legittimato l'apposizione di oneri ulteriori a quelli previsti dalla legge all'interno di convenzioni urbanistiche. Da ultimo si veda, in particolare, la sentenza del Cons. Stato, 24 marzo 2023, n. 2996, in *giustizia-amministrativa.it*: «[…] era in facoltà della odierna appellante accettare una quantificazione degli oneri dovuti maggiore rispetto a quanto previsto dalla disciplina generale, nell'ambito della valutazione di convenienza economica dell'operazione rimessa alla parte in forza del principio di autoresponsabilità, sicché, una volta assunto l'impegno in via pattizia a corrispondere il relativo importo, lo stesso è giuridicamente dovuto e la parte resta a ciò obbligata, non potendosi in ciò ravvisare alcun contrasto con norme imperative». Per un approfondimento in dottrina del tema, si vedano G. Durano, *op. cit.*, 637 ss.; R. Micalizzi, *L'accordo amministrativo può prevedere maggiori oneri a carico del privato*, in *Urb. App.*, 2012, I, 105 ss.; G. Poli, *op. cit.*, 756 ss.

[26] In questo senso, v. E. Travi, *op. cit.*, 425-426, in relazione alla pronuncia del Cons. Stato n. 705/2020: «Come precisa la seconda sezione, in questo caso la cessione si inserisce in un procedimento di espropriazione per pubblica utilità e presuppone non solo una dichiarazione di pubblica utilità ancora efficace, ma anche l'espletamento del subprocedimento di determinazione dell'indennità e delle relative offerta ed accettazione; inoltre, il prezzo di trasferimento volontario deve essere stabilito in base a parametri stabiliti dalla legge per la determinazione dell'indennità di esproprio. Solo in questo caso, secondo la pronuncia in rassegna, la cessione 'sostituisce' il decreto di esproprio e perciò produce i medesimi effetti».

[27] Attraverso l'approfondimento fin qui svolto, infatti, risulta chiaro che la normativa in tema di cessione sostitutiva, nonché quella relativa alle convenzioni urbanistiche, non presenta disposizioni generali che definiscano la natura dell'accordo. Per tale ragione, la giurisprudenza – da ultimo la menzionata sentenza del Cons. Stato n. 705/2020, *cit.* – si è servita del rinvio di cui all'art. 11 per colmare le lacune.

vi si è, infatti, dimostrata utile per ricostruire il quadro normativo applicabile alle cessioni sostitutive di esproprio; tuttavia, presenta a sua volta alcune criticità che richiedono un approfondimento ulteriore: l'art. 11, infatti, contiene una regolamentazione che, tecnicamente, è completa ed esaustiva; tuttavia, adotta, in parte, una formulazione per rinvio che ha suscitato numerose critiche in dottrina e che non consente una ricostruzione del tutto priva di incertezze[28].

Procedendo con l'individuazione delle caratteristiche principali degli accordi amministrativi – tenendo presente che un'analisi completa richiederebbe un approfondimento ben più ampio e che, in questa sede, non si intende affrontare le questioni relative alla loro natura pubblicistica o privatistica[29] – è possibile riassumere brevemente i precetti di maggiore rilevanza anche per le cessioni sostitutive. Gli stessi includono: la necessità di adozione della forma scritta; l'applicazione, in quanto compatibili, dei principi in materia di obbligazioni e contratti; la capacità di produrre effetti sostitutivi di un provvedimento amministrativo; la potestà attribuita alla pubblica amministrazione di recedere unilateralmente; infine, l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in caso di controversie[30].

Come già evidenziato, le disposizioni sopra elencate si ritengono tutte applicabili alle cessioni sostitutive di esproprio sulla base di un duplice ordine di considerazioni: in primo luogo, le stesse rappresentano un esempio concreto di accordo amministrativo con funzione sostitutiva del provvedimento e, pertanto, ricadono sotto la disciplina generale prevista dall'art. 11 della legge n. 241/1990; in secondo luogo, tali prescrizioni non risultano derogate né dalla normativa specifica che regola le cessioni sostitutive, né da quella relativa alle convenzioni urbanistiche. Di conseguenza, si può ritenere che le regole generali sugli accordi amministrativi si applichino, salvo preclusioni espresse, anche alle cessioni sostitutive, contribuendo così a colmare le lacune normative riscontrate.

---

[28] Secondo la ricostruzione di M.C. Romano, *Accordi tra privati e Pubblica Amministrazione nel procedimento – Art. 11 – Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 409, «il richiamo all'espressione "principi" non ha un significato tecnico, poiché un'interpretazione restrittiva della relativa disciplina sarebbe fonte di lacune normative, per cui tale direzione varrebbe ad escludere l'applicazione di tutte le regole privatistiche proprie dei rapporti contrattuali». Sul tema, v. anche, tra gli altri, V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2023, 409 ss.; M. D'Alberto, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 311 ss.; G. Greco, *op. cit.*, 265 ss.; M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. Amm.*, 2019, IV, 674 ss.; G. Manfredi, *op. ult. cit.*, 107 ss.

[29] La dottrina relativa alla natura giuridica privatistica o pubblicistica degli accordi è sterminata. Per un rinvio completo ed esaustivo, sia consentito il riferimento a M. Renna, *op. cit.*, 44, nota 25.

[30] In materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sugli accordi, si veda M. Renna (*op. cit.*, 82 ss.), il quale, in senso critico, considera tale scelta normativa «esorbitante rispetto agli ambiti entro i quali dovrebbe essere contenuta», ritenendo che, nella fase esecutiva, gli accordi si inseriscano nell'ambito del diritto privato e del regime delle obbligazioni. Un'ulteriore chiave di lettura è proposta da M. Ramajoli (*op. cit.*, 686 ss.), la quale evidenzia come questa scelta abbia dato origine a un orientamento giurisprudenziale che interpreta i contenuti degli accordi alla luce di quello che viene definito «condizionamento pubblicistico».

Un approfondimento specifico merita, inoltre, la disposizione di cui al primo comma dell'art. 11, il quale prevede che gli accordi possano essere conclusi «senza pregiudizio dei diritti dei terzi». In una prima analisi, sembrerebbe che tale disposizione non sia applicabile alle cessioni sostitutive, le quali, analogamente al decreto di esproprio, sono idonee a estinguere i diritti dei terzi incompatibili e quindi a pregiudicarli. Tuttavia, sulla base delle principali ricostruzioni dottrinali in tema di accordi, si ritiene che gli stessi possano produrre nei confronti dei terzi i medesimi effetti che avrebbe generato il provvedimento amministrativo. Di conseguenza, il limite normativo stabilito dall'art. 11 dovrebbe intendersi riferito non agli effetti propri provvedimentali, bensì a quelli di natura esclusivamente negoziale, i quali, al pari dei contratti, producono effetti vincolanti tra le sole parti[31].

3.4. (**Segue**): *l'abrogazione del principio di tassatività degli accordi amministrativi sostitutivi*

In relazione alla disciplina applicabile agli accordi amministrativi sostitutivi, l'evoluzione normativa concernente il principio di tassatività può essere un utile spunto interpretativo: nella sua formulazione originaria, infatti, l'art. 11 prevedeva che potessero essere conclusi esclusivamente nei casi espressamente contemplati da una norma; la legge n. 15/2005 ha abrogato questo principio, conferendo agli accordi amministrativi un margine di operatività che ricorda l'atipicità riconosciuta ai contratti di diritto privato dal codice civile[32].

L'abrogazione del principio di tassatività potrebbe essere interpretata in due modi distinti: certamente la pubblica amministrazione, anche in assenza di una

[31] Il tema degli effetti giuridici degli accordi nei confronti di soggetti diversi dalle parti ha suscitato ampi dibattiti in dottrina fin dalla prima formulazione dell'art. 11, il quale, al primo comma, prevede che non vi debbano essere «pregiudizi per i terzi». In relazione all'interpretazione di questa norma, appare preferibile una posizione di maggior apertura, sostenuta, tra gli altri, da G. Manfredi, *op. ult. cit.*, 139 ss.: l'Autore, sulla base di un confronto con l'art. 1372 c.c., evidenzia come sia difficile ritenere che gli accordi non possano in alcun modo produrre effetti verso i terzi, in quanto la formulazione letterale dell'art. 11 lascia aperti alcuni margini interpretativi, ritenendosi che si producano effetti ma che gli stessi non possano essere qualificati come pregiudizievoli, bensì conformi alla normativa che tutela la loro posizione. Nella medesima direzione, v. G. Greco, *op. cit.*, 134 ss.; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, 181 ss.; M.C. Romano, *op. cit.*, 416 ss.

[32] Sul tema, M.C. Romano, *op. cit.*, 414: «Gli accordi sostitutivi dopo la legge n. 15/2005 sono divenuti una figura generale di accordo, non essendo più necessaria la loro previsione espressa da parte della legge». La comparazione tra la non tassatività degli accordi di diritto amministrativo e l'atipicità dei contratti di diritto privato richiede, tuttavia, una precisazione: i secondi, infatti, godono della massima libertà nella loro formulazione e nella produzione di effetti, avendo come unico limite la meritevolezza degli interessi coinvolti; gli accordi di diritto amministrativo, invece, non possono essere considerati realmente 'atipici', poiché, essendo sostitutivi di un provvedimento caratterizzato dalla tipicità, non potrebbero produrre effetti provvedimentali ulteriori rispetto a quelli delle norme di diritto amministrativo.

previsione normativa specifica, può avvalersi di un accordo per sostituire un provvedimento; sotto un ulteriore punto di vista, tuttavia, ci si potrebbe spingere a ritenere che gli effetti prodotti dall'accordo non debbano necessariamente coincidere con quelli del provvedimento "sostituito".

Per chiarire meglio la questione, si possono distinguere quattro categorie di effetti derivanti dagli accordi amministrativi: vincolati verso terzi, vincolati verso il privato aderente all'accordo, discrezionali e privatistici.

Gli effetti sostitutivi vincolati verso terzi devono necessariamente essere tassativi, in quanto il principio di tipicità che caratterizza i provvedimenti amministrativi non può essere derogato attraverso un accordo del quale gli stessi non fanno parte: la struttura negoziale non può modificare il contenuto del provvedimento nei confronti dei terzi, i quali restano tutelati stante la natura autoritativa dell'azione amministrativa[33].

Diversamente, sia verso i privati aderenti che verso i terzi, nei contenuti discrezionali, i quali implicano un margine di valutazione da parte della pubblica amministrazione, in prima approssimazione sembrerebbe possibile ritenere che gli effetti siano "liberamente" determinabili; tuttavia, questa conclusione non individua delle peculiarità degli accordi, in quanto è del tutto coerente con la natura del potere discrezionale, che consente all'amministrazione di determinare il contenuto ritenuto più idoneo a perseguire gli interessi pubblici coinvolti (salva in ogni caso la valutazione di legittimità attraverso l'eccesso di potere).

Maggiormente complessa è, invece, la "derogabilità" degli effetti vincolati nei confronti del privato aderente all'accordo, ovverosia la possibilità che, con il consenso del destinatario, si deroghi a quelli che sarebbero gli effetti 'tipici' del provvedimento in relazione ai quali non sono previsti margini di discrezionalità. In prima approssimazione, non sembrerebbe possibile sostenere che in questo ambito non si applichino i principi di tipicità e tassatività (degli effetti), in quanto la pubblica amministrazione non può violare le prescrizioni che impongono dei contenuti vincolati. Tuttavia, si potrebbe individuare una possibile apertura attraverso una distinzione tra effetti previsti dalla normativa a tutela di interessi pubblici ed effetti finalizzati alla protezione del solo destinatario del provvedimento: con riferimento ai primi, non sarebbe possibile alcuna deroga o modifica, in quanto l'accordo non potrebbe comprimere interessi pubblici che il provvedi-

[33] In questa direzione, G. Greco, *op. cit.*, 261, il quale evidenzia come, rispetto ai terzi, il potere amministrativo esercitato dalla pubblica amministrazione è «dotato (per loro) di tutti i connotati tipici dell'unilateralità, dell'autoritatività, ecc.». Nella medesima direzione, v. anche G. Manfredi, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2007, 340 ss., il quale approfondisce come la riforma del 2005 abbia anche individuato uno specifico strumento di tutela da parte dei terzi, ovverosia l'obbligatorietà di una determinazione unilaterale, la quale può essere impugnata secondo l'ordinario regime giuridico di diritto amministrativo.

mento non avrebbe potuto sacrificare; sarebbe, tuttavia, ammissibile una modifica degli effetti 'tipici' posti a tutela esclusiva del destinatario del provvedimento, i quali potrebbero essere oggetto di deroga convenzionale[34].

Infine, con riferimento agli effetti privatistici, occorre premettere che il tema centrale non è la loro derogabilità e i relativi limiti: se tali effetti, disciplinati esclusivamente dal diritto privato, risultano accessori rispetto all'esercizio del potere pubblico, possono certamente assumere carattere atipico, in conformità e secondo i limiti delle norme del codice civile.

La questione controversa relativa agli effetti privatistici riguarda, piuttosto, la possibilità che gli stessi siano prodotti da un accordo amministrativo. Occorre, in altri termini, comprendere se siano compatibili con la natura degli accordi, i quali, per definizione, sostituiscono provvedimenti che tipicamente producono effetti di natura pubblicistica predeterminati dalla norma. A tal riguardo, si può sostenere che, pur avendo effetti pubblicistici propri, si possano includere clausole accessorie di natura privatistica, sfruttando la generale capacità della pubblica amministrazione di agire secondo le regole del diritto privato: questa prerogativa, infatti, non si esaurisce nella conclusione di contratti di diritto comune, ma si estende anche alla possibilità di inserire clausole privatistiche all'interno di accordi amministrativi, i quali, di conseguenza, possono assumere una causa mista, combinando effetti provvedimentali con pattuizioni di carattere negoziale[35].

4. *Questioni giuridiche aperte*

Sulla base della ricostruzione normativa fin qui delineata, si procederà a verificare se le conclusioni raggiunte siano idonee a offrire una soluzione alle due questioni poste, le quali emergono con frequenza nella prassi delle cessioni sosti-

[34] Cfr. G.P. Cirillo, *La premialità edilizia, la compensazione urbanistica e il trasferimento dei diritti edificatori*, in Aa.Vv., *Dall'urbanistica al governo del territorio*, Milano, 2020, 486 ss. L'Autore, in particolare, evidenzia come, relativamente agli interessi legittimi pretensivi e, in particolare, a quello relativo al rilascio del permesso di costruire, sia ben possibile ipotizzare una negoziazione tra pubblica amministrazione e privato, la quale non alteri la struttura autoritativa del rilascio che rimane esterno all'accordo stesso: non sarebbe possibile, ad esempio, accordarsi per un permesso di costruire che non rispetti le prescrizioni urbanistiche oppure le normative in tema di distanze; sarebbe, tuttavia, possibile che il titolo edilizio prescriva specifiche modalità di costruzione ovvero imponga determinate caratteristiche del costruendo edificio.

[35] La possibilità che gli accordi di diritto amministrativo producano, oltre che i loro effetti propri, anche vincoli di tipo privatistico, in aggiunta a quelli tipici del provvedimento che sostituiscono, è indirettamente sancita anche dalla sentenza del Cons. Stato, n. 5358/2021, *cit.*: i giudici amministrativi, infatti, nel confermare che la decadenza della pianificazione attuativa si riverbera sulle convenzioni stipulate, hanno fatto salvi gli effetti negoziali non connessi alla pianificazione, statuendo che le obbligazioni privatistiche rimangano valide ed efficaci tra le parti. In dottrina, sul punto, si veda la ricostruzione di M. Renna, *op. cit.*, 29 ss., il quale approfondisce il regime delle obbligazioni scaturenti dagli accordi riconducendole – prescindendo dalla qualificazione in termini pubblicistici o privatistici dell'accordo stesso – nell'alveo del diritto privato.

tutive di esproprio: la "negoziabilità" dei contenuti di tali accordi e gli effetti che essi possono produrre nei confronti dei terzi non firmatari.

L'analisi prenderà in esame tali questioni sia sotto il profilo teorico che in relazione alla loro rilevanza pratica, con particolare attenzione all'impatto che possono avere nella conclusione dei procedimenti di espropriazione e, in generale, nella pianificazione urbanistica. Successivamente, verranno individuate le possibili soluzioni interpretative che risultano adottabili nel rispetto del quadro normativo di riferimento.

4.1. *La "negoziabilità" dei contenuti e degli effetti delle cessioni sostitutive di esproprio*

La prima questione riguarda la "negoziabilità" dei contenuti e degli effetti delle cessioni sostitutive di esproprio, ossia se la pubblica amministrazione e il privato possano determinare liberamente i termini dell'accordo.

In relazione a tale aspetto, il dato normativo sembrerebbe condurre in prima approssimazione a una risposta negativa: il terzo comma dell'art. 45 del T.U.E. stabilisce che gli effetti debbano essere esattamente quelli prodotti dal decreto di esproprio, i quali sono caratterizzati da tassatività e tipicità e consistono nel trasferimento a titolo originario del diritto sul quale è stato apposto il vincolo, contro la corresponsione dell'indennizzo. In altri termini, l'accordo non potrebbe che riprodurre un unico contenuto, limitandosi a sostituire l'ultimo passaggio del procedimento espropriativo[36].

L'unico elemento distintivo rispetto al decreto di esproprio sarebbe rappresentato dalla maggiorazione dell'indennizzo prevista dal secondo comma dell'art. 45. Anche in questo caso, tuttavia, si pone una questione analoga: il quesito è se tale incremento debba considerarsi un elemento tipico e, quindi, indisponibile, oppure possa essere oggetto di modifica[37].

Apparentemente, dunque, né il contenuto né gli effetti delle cessioni sostitutive sarebbero "negoziabili", proprio a causa della loro stretta natura sostitutiva

[36] In questa direzione, da ultimo, si veda la sentenza del Cons. Stato n. 705/2020: «Ove non siano riscontrabili tutti i ridetti requisiti, non potendosi astrattamente escludere che l'amministrazione abbia inteso perseguire una finalità di pubblico interesse tramite un ordinario contratto di compravendita, al negozio traslativo non possono collegarsi gli effetti tipici della cessione volontaria disciplinata dall'art. 12 l. n. 865 del 1971, ossia l'estinzione dei diritti reali o personali gravanti sul bene acquisito dall'amministrazione». Nella medesima direzione, v. Cons. Stato, IV, 30 ottobre 2019, n. 7445, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, IV, 27 luglio 2016, n. 3391, in *giustizia-amministrativa.it*; Corte Cass., 22 gennaio 2018, n. 1534, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Espropriazione per p.i.*, n. 45; Corte Cass., 22 maggio 2009, n. 11955, *id.*, Rep. 2009, n. 161.

[37] In senso contrario alla "negoziabilità" dell'indennizzo e con riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, v. E. Travi, *op. cit.*, 425.

rispetto al decreto di esproprio, che non ammette clausole derogatorie o integrative. Questa conclusione, tuttavia, è insoddisfacente rispetto al contesto pratico in cui si inseriscono tali accordi: le pubbliche amministrazioni, infatti, si trovano frequentemente in difficoltà sia sotto il profilo procedimentale, non riuscendo a concludere nei termini i procedimenti espropriativi, sia sotto il profilo finanziario, mancando le risorse necessarie. Di conseguenza, sarebbe auspicabile individuare una soluzione alternativa, capace di garantire un margine di flessibilità sufficiente a evitare che i procedimenti di esproprio – come di frequente avviene – si trovino in una condizione di "stallo" permanente.

4.2. *4.2. La questione degli effetti verso i terzi: restano accordi sostitutivi o diventano contratti privatistici?*

La seconda questione, strettamente connessa e consequenziale alla prima, concerne gli effetti prodotti nei confronti dei terzi nel caso in cui si deroghi alla disciplina legale prevista per il procedimento di esproprio e per le cessioni sostitutive.

Per analizzare adeguatamente la problematica, sono necessarie due premesse.

In primo luogo, è opportuno individuare i tipici effetti che le cessioni sostitutive di esproprio producono nei confronti dei terzi: poiché il decreto determina un acquisto a titolo originario ed estingue ogni diritto vantato sul bene oggetto dell'espropriazione e considerato, altresì, che la cessione sostitutiva è idonea a produrre gli stessi effetti del decreto, le conseguenze per i terzi risultano particolarmente incisive. Ad esempio, chi vanti un diritto reale di garanzia sul bene espropriato o sia titolare di una servitù subisce un effetto estintivo, con surrogazione sull'indennizzo percepito dal destinatario del provvedimento[38].

In secondo luogo, è necessario richiamare una tesi diffusa nella giurisprudenza amministrativa in tema di cessioni sostitutive: qualora l'accordo non rispetti la disciplina procedimentale prevista dal T.U.E., esso non sarebbe qualificabile come cessione sostitutiva, bensì come un normale contratto di compravendita. In base a tale impostazione, l'accordo non sarebbe idoneo a produrre i medesimi

[38] Il tema è stato approfondito anche da G. Greco, *op. cit.*, 209 ss., il quale evidenzia come la normativa in tema di cessione sostitutiva sia speciale rispetto a quella generale dell'accordo e, pertanto, «nonostante che all'accordo di cessione pare debba partecipare (oltre all'espropriante) solo il proprietario espropriando (art. 45, c. 1 d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327), tale accordo produce, come già altrove sottolineato, gli effetti del decreto di esproprio. E, dunque, comporta l'estinzione automatica di tutti gli altri diritti, reali o personali, gravanti sul bene espropriato (art. 25, d.p.r. cit.), così derogando al precetto della salvezza dei diritti dei terzi, sancito dall'art. 11».

effetti del decreto di esproprio, con la conseguenza che non potrebbe estinguere i diritti vantati dai terzi sul bene oggetto della cessione[39].

Il nodo centrale è, dunque, comprendere se ogni deroga alla disciplina legale comporti necessariamente la trasformazione della natura dell'accordo, che cesserebbe di essere un atto sostitutivo di provvedimento per divenire un semplice contratto civilistico, oppure se, al contrario, possa mantenere la propria natura 'amministrativistica'. In quest'ultimo caso, occorrerebbe comprendere quale sia la tutela dei terzi e se debba essere rinvenuta all'interno di procedure comunque riconducibili al rapporto con la pubblica amministrazione, che esercita un potere.

5. *Una chiave di lettura: l'urbanistica consensuale e le implicazioni sulla "negoziabilità" delle cessioni sostitutive*

Al fine di declinare le questioni sopra esposte e individuare una soluzione interpretativa, si ritiene che la chiave di lettura maggiormente adeguata sia rappresentata dal concetto di 'urbanistica consensuale'. Tale espressione designa una modalità innovativa di pianificazione, caratterizzata dalla co-determinazione delle scelte progettuali, nella quale l'azione della pubblica amministrazione si sviluppa in modo non 'autoritativo', bensì 'convenzionale', mediante scelte condivise con i privati per la definizione concreta degli assetti territoriali[40].

In relazione al concetto di urbanistica consensuale, è possibile individuare alcuni aspetti che assumono rilevanza per la presente analisi.

In primo luogo, va osservato che, nell'ambito del governo del territorio, questo concetto ha avuto, e continua ad avere, una presenza consolidata e probabilmente predominante. Pur in assenza di una norma che lo affermi esplicitamente, la dottrina ha evidenziato come la contrattazione delle scelte urbanistiche

[39] Secondo il Cons. Stato, sentenza n. 7445/2019, *cit.*, infatti, «presupposto indispensabile perché si possa configurare la cessione volontaria, e perché si possano produrre i suoi effetti tipici, è il collegamento tra il rapporto contrattuale ed il procedimento amministrativo di espropriazione per pubblica utilità che vi ha dato origine, il quale funge da essenziale momento genetico e fondamentale presupposto del trasferimento immobiliare. Senza l'apertura di una formale procedura espropriativa non può esserci spazio per la cessione volontaria, e ciò per la semplice ragione che la cessione non potrebbe in tale caso espletare la sua funzione tipica di strumento di acquisizione della proprietà immobiliare in capo all'amministrazione espropriante alternativo rispetto al provvedimento amministrativo autoritativo costituito dal decreto di esproprio». Nella medesima direzione, v. Corte Cass., sentenza 29 marzo 2007, n. 7779.

[40] La nozione di urbanistica consensuale risale a P. Urbani, *Urbanistica consensuale. La disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000. Sul tema, inoltre, si vedano M. De Donno, *op. cit.*, 279 ss.; G. Durano, *op. cit.*, 644-645; G. Pagliari, *op. cit.*, 309 ss.; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, 311 ss.; G.P. Cirillo, *op. cit.*, 467 ss.; M.A. Quaglia, *L'urbanistica consensuale*, in F.G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, vol. I, 627 ss.; A. Moliterni, *op. cit.*, 167 ss.; V. Mengoli, *op. cit.*, 229 ss.

e la loro esecuzione siano sempre state affidate alla conclusione di accordi di vario genere, le c.d. «centauresse» approfondite dal Giannini[41].

In secondo luogo, l'evoluzione normativa concernente le convenzioni urbanistiche dimostra come gli strumenti consensuali abbiano riscosso un successo pratico indiscutibile, anche in assenza di una disciplina completa e organica. Gli strumenti di pianificazione che prevedono il ricorso a convenzioni sono, infatti, ampiamente prevalenti nella prassi rispetto a quelli di natura esclusivamente autoritativa[42].

Con specifico riferimento al governo del territorio, inoltre, si può osservare come i vantaggi derivanti dall'adozione di strumenti consensuali e convenzionali siano molteplici e, presumibilmente, destinati ad aumentare. Tra i principali si annoverano: l'attribuzione dei costi dell'operazione ai privati coinvolti, con conseguente risparmio per le finanze pubbliche; la possibilità di compensare gli stessi non mediante contributi economici, bensì attraverso la c.d. "moneta urbanistica", ossia la perequazione; la facoltà di delegare ai privati sia la progettazione che la realizzazione di eventuali opere pubbliche[43].

Pertanto, alla luce dell'attuale concezione di programmazione e progettazione non sembra possibile prescindere dall'urbanistica consensuale: assume dunque un particolare interesse valutare, da un lato, se questo concetto possa avere una relazione con le cessioni sostitutive di esproprio; dall'altro, se possa costituire una chiave di lettura idonea per affrontare le questioni relative alla "negoziabilità" e agli effetti che esse producono nei confronti dei terzi.

---

[41] M.S. Giannini, *op. cit.*, 5-6, il quale definisce le convenzioni urbanistiche «centauresse», in quanto «manifestavano una perseverante presenza di deità reggenti, potenti ma amiche dell'ombra». L'Autore, in particolare, evidenzia come questi strumenti si siano diffusi nella prassi anche se privi di qualsiasi fonte normativa e, probabilmente, di una vera e propria legittimazione giuridica; la stessa giurisprudenza del tempo le inquadrava in maniera "ibrida", come accordi che non avevano una preclusione piena per i Comuni, i quali potevano, in virtù del loro potere di pianificazione, disattenderle. A ben vedere, si dovrà attendere fino al 1990, con l'introduzione dell'art. 11, per avere un inquadramento giuridico generale di questi istituti.

[42] Cfr. M. De Donno, *op. cit.*, 316 ss.: «È dunque guardando al governo del territorio, che si può sostenere con certezza e senza riserve che nel nostro ordinamento davvero si sta compiendo il progressivo declino di una pubblica amministrazione, intesa in senso tradizionale, che fonda la sua consistenza sul principio di autorità e sulla pressoché esclusiva configurazione dei rapporti in termini di supremazia-subordinazione». L'Autore, in particolare, evidenzia proprio come il settore urbanistico costituisca un ambito nel quale il principio di consensualità assume un carattere di prevalenza sull'autoritarietà proprio grazie alla presenza delle convenzioni urbanistiche. Nella medesima direzione, v. anche G. Durano, *op. cit.*, 613, il quale amplia l'orizzonte e sostiene che l'amministrazione mediante accordi si stia diffondendo anche negli altri settori del diritto pubblico.

[43] La tematica degli strumenti di compensazione a favore dei privati differenti da controprestazioni di tipo puramente economico è stata approfondita con particolare riguardo ai c.d. diritti edificatori, ovverosia quei benefici che possono essere attribuiti ai proprietari attraverso la perequazione urbanistica. Il tema è stato approfondito, in giurisprudenza, dalla Corte di Cassazione, S.U., sentenza 29 ottobre 2020, n. 23902, in *Corr. giur.*, 2021, V, 612 ss., con nota di I. Ottobrino, *Natura giuridica e regime impositivo dei diritti edificatori discendenti dalla c.d. compensazione urbanistica*. Per un ulteriore approfondimento, si vedano anche G.P. Cirillo, *op. cit.*; G. Pagliari, *op. cit.*, 165 ss.

5.1. *Il concetto di urbanistica consensuale nel quadro dell'espropriazione per pubblica utilità: le cessioni sostitutive ex art. 11 della legge n. 241/1990*

Nell'ambito delle cessioni sostitutive di esproprio – in linea con quanto esposto in prima approssimazione sulla base dell'art. 45 del T.U.E. – apparentemente non sembrerebbe esservi spazio per l'urbanistica consensuale, se non marginalmente: trattandosi di un atto meramente sostitutivo di un provvedimento autoritativo tipico, l'accordo con il privato sembrerebbe limitarsi esclusivamente alla produzione di effetti già previsti dalla legge. In altre parole, l'unico aspetto consensuale consisterebbe nella determinazione del momento in cui tali effetti si producono, anticipato rispetto all'adozione del decreto.

Tuttavia, si ha già accennato come questa conclusione sia insoddisfacente; si intende sostenere questa tesi, in particolare, per due ordini di ragioni.

La prima è di natura pratica: le esigenze legate all'urbanistica consensuale nell'ambito della pianificazione territoriale e, in particolare, di quella attuativa, si riscontrano anche nel procedimento di espropriazione per pubblica utilità: in tale contesto, il coinvolgimento consensuale del privato consentirebbe, parimenti, di raggiungere risultati maggiormente efficaci. Analogamente a quanto avviene nella fase di pianificazione urbanistica attuativa – dove il piano di lottizzazione, di natura consensuale, ha avuto maggior successo rispetto al piano particolareggiato, di natura autoritativa – anche nel procedimento di espropriazione per pubblica utilità una soluzione consensuale più ampia e negoziale avrebbe probabilmente maggiore efficacia rispetto al classico procedimento autoritativo.

A supporto di questa tesi, si può richiamare l'esperienza che si ricava dalla giurisprudenza consolidata in materia di espropriazione: da un lato, dalle pronunce dei giudici emerge l'atteggiamento delle autorità pubbliche, tradizionalmente orientate a contenere l'importo degli indennizzi; dall'altro lato, si osserva l'attenzione dedicata alle ipotesi in cui il procedimento di esproprio non sia concluso entro i termini prescritti[44]. Pertanto, dal punto di vista pratico, appa-

[44] Le tematiche relative al contenimento dell'importo degli indennizzi e ai tentativi di concludere i procedimenti di esproprio oltre i termini, ad opere già eseguite, si sono storicamente sovrapposti e intersecati nell'ambito dell'approfondimento dei provvedimenti di occupazione acquisitiva, occupazione usurpativa o acquisizione sanante. L'argomento è stato oggetto di ampio approfondimento in dottrina e giurisprudenza, anche in relazione alle numerose pronunce giurisprudenziali sul tema (C. Cost., 21 dicembre 1985, n. 355, in *Giur. cost.*, 1985, 2456 ss.; C. Cost., 16 dicembre 1993, n. 442, in *Giust. civ.*, 1994, I, 318 ss., e *ivi*, 871 ss., con nota di V. Sinisi, *In tema di occupazione appropriativa: storia e logica di un modo di acquisto atipico della proprietà da parte della p.a., funzionalmente collegato alla realizzazione di un'opera di pubblico interesse*; C. Cost., 23 maggio 1995, n. 188, in *Giur. cost.*, 1995, 1478 ss.; C. Cost., 2 novembre 1996, n. 369, in *Foro it.*, 1996, I, 3585 ss., con nota di G. De Marzo, *Occupazione appropriativa atto secondo: adesso tocca al legislatore?*; C. Cost., 30 aprile 1999, n. 148, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1933 ss., con nota di S. De Santis, Requiem *per l'occupazione acquisitiva. Quest'ultima espressamente nel senso di accordare al proprietario la tutela restitutoria nel caso di occupazione usurpativa*; C.E.D.U., 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia* e *Carbonara e Ventura c. Italia*, in *Giur. it.*,

re auspicabile che le cessioni sostitutive rappresentino uno strumento in grado di evitare tali criticità, concordando importi e tempistiche con maggiore flessibilità.

La seconda ragione è di natura giuridico-normativa: sebbene le disposizioni fin qui esaminate sembrino escludere la piena "negoziabilità" dei contenuti delle cessioni sostitutive, al contempo non impongono alcun divieto espresso in tal senso. Al contrario, si potrebbe affermare che l'abrogazione del principio di tassatività per gli accordi amministrativi, avvenuta con la legge n. 15/2005, abbia ampliato le possibilità di adottare cessioni sostitutive ulteriori e svincolate dal modello rigido previsto dal T.U.E.

Per chiarire questa prospettiva, si può tornare alla distinzione tra le nozioni di cessione volontaria *ex* art. 45 del T.U.E., in senso stretto, e cessione sostitutiva di esproprio, in senso lato. Mentre la prima deve necessariamente rispettare contenuti ed effetti tipici di un'espropriazione per pubblica utilità, in linea con l'orientamento giurisprudenziale consolidato, ciò non esclude la possibilità di concludere una cessione sostitutiva *ex* art. 11, dotata della medesima efficacia sostitutiva, che non rispecchi letteralmente i contenuti procedimentali e sostanziali previsti dal T.U.E. ma che abbia parimenti l'effetto tipico del provvedimento di esproprio[45].

In assenza di un divieto espresso, dunque, nel nostro ordinamento non sembrerebbe esistere una sola tipologia di cessione sostitutiva di esproprio, quella c.d. volontaria *ex* art. 45, bensì una pluralità di accordi idonei a produrre lo stesso effetto. L'art. 11, infatti, non è più limitato ai soli casi previsti dalla legge e consente la sostituzione di un provvedimento amministrativo con accordi dotati di contenuti liberamente determinabili purché tipici negli effetti provvedimentali: se, infatti, è possibile adottare un accordo sostitutivo di esproprio anche in assenza della previsione di cui all'art. 45, allora è ben possibile adottarlo senza utilizzare come base normativa quella del T.U.E.

2000, 2161 ss.; Corte Cass., S.U., 14 aprile 2003, n. 5902, in *Corriere giur.*, 2003, 741 ss., con nota di G. De Marzo, *"Molto rumore per nulla?" Le sezioni unite, l'occupazione appropriativa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*; Corte Cass., 15 luglio 2004, n. 13113, in *Giur. it.*, 2005, 546 ss.). Per un'ultima ricostruzione della tematica, si veda F. Fracchia, *Questioni (ancora) controverse in tema di espropriazione. Il danno da occupazione senza titolo: profili di giurisdizione e determinazione del* quantum*, considerando categorie, paradigmi e fisionomia della proprietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, III, 565 ss., il quale ricostruisce il procedimento espropriativo 'sanante' dal punto di vista della posizione giuridica del privato che subisce l'espropriazione.

[45] In altre parole, sarebbe possibile adottare una cessione sostitutiva di esproprio anche in mancanza di una specifica previsione, come quella contenuta all'interno dell'art. 45 del T.U.E., per le ragioni viste sin qui: a partire dal 2005, l'art. 11 della legge n. 241/1990 non richiede più una menzione espressa; gli argomenti contrari addotti da giurisprudenza e dottrina, legati all'incapacità di un generale accordo amministrativo di produrre effetti verso terzi, a differenza della cessione di cui all'art. 45 (E. Travi, *op. loc. ult. cit.*; Cons. Stato, sentenza n. 7445/2019, *cit.*), sono superabili grazie all'interpretazione maggioritaria dello stesso primo comma dell'art. 11, sulla base della quale sono ben possibili verso i terzi gli stessi effetti che avrebbe prodotto il provvedimento autoritativo e unilaterale che viene sostituito (G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, cit., 139 ss.; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, cit., 181 ss.; M.C. Romano, *op. cit.*, 416 ss.).

La possibilità di concludere accordi ulteriori rispetto alla cessione volontaria *ex* art. 45 T.U.E., inoltre, non sembrerebbe essere ostacolata dalla natura di *lex specialis* di quest'ultima disposizione rispetto all'art. 11 della legge. n. 241/1990: in astratto, si potrebbe supporre che la presenza di una fattispecie nominata escluda la possibilità di concludere accordi differenti; tuttavia, alla conclusione in oggetto sembrerebbe ostare una caratteristica della cessione volontaria, la quale – a differenza di un accordo di diritto amministrativo *ex* art. 11 – è conclusa mediante l'esercizio di un diritto potestativo del proprietario, che può "imporre" all'amministrazione un accordo conforme al decreto che sostituisce. Al contrario, la conclusione di un accordo *ex* art. 11 – e pertanto anche di una cessione sostitutiva in senso lato – è sempre rimessa al consenso prestato dall'amministrazione stessa, non implicito per il solo fatto di aver avviato la procedura espropriativa. Pertanto, l'art. 45 sembrerebbe prevedere una fattispecie tipica ed ulteriore al solo fine di ampliare la sfera giuridica del destinatario del provvedimento con un diritto potestativo e non al fine di derogare l'art. 11, limitando l'autonomia negoziale delle parti[46].

Ne deriva la facoltà di modulare il contenuto delle cessioni senza compromettere la produzione degli effetti tipici di un decreto di esproprio, consentendo così l'ingresso dell'urbanistica consensuale all'interno del procedimento di espropriazione per pubblica utilità e facoltizzando, altresì, l'adozione di cessioni sostitutive "atipiche" produttive dell'effetto espropriativo 'tipico'.

5.2. *La disciplina delle cessioni sostitutive alla luce dell'urbanistica consensuale*

Una volta applicata alle cessioni sostitutive di esproprio la nozione di urbanistica consensuale, emerge la possibilità di delineare una disciplina differente per tali accordi, che potrebbe costituire la base per la soluzione delle questioni analizzate.

L'idea sviluppata è che, poiché l'ordinamento non impone l'utilizzo della cessione volontaria di cui all'art. 45 come unica modalità per realizzare un accordo sostitutivo di esproprio, i requisiti procedimentali previsti dallo stesso T.U.E. assumono una valenza diversa rispetto a quella comunemente sostenuta dalla giurisprudenza: essi non rappresentano regole inderogabili che, se disattese, impediscono la produzione degli effetti tipici di un decreto di esproprio, ma, in assenza di un espresso divieto normativo e in forza del principio di non tassatività degli

[46] Per un approfondimento del diritto potestativo del proprietario alla conclusione della cessione volontaria *ex* art. 45 T.U.E., vedi G. Filanti, *op. ult. cit.*, 299 ss. L'Autore, in particolare, mette in luce l'evoluzione della disciplina della cessione conseguente all'adozione del Testo Unico del 2001, il quale ha introdotto, tra le innovazioni di maggior rilievo, non soltanto la possibilità per il proprietario di aderire alla determinazione dell'indennizzo, ma anche il diritto sostanziale di imporre la cessione stessa all'amministrazione.

accordi amministrativi, possono essere modificate dalle parti, che hanno la libertà di determinare le loro prestazioni senza precludere l'efficacia provvedimentale[47].

Tuttavia, tale libertà negoziale non può essere considerata illimitata, dovendo necessariamente confrontarsi con la condizione individuata nella parte ricostruttiva: non sono derogabili gli effetti vincolati nei confronti dei terzi[48], i quali, derivando da un atto che, nei loro confronti, è provvedimentale e autoritativo, non sono modificabili, non consentendo la compressione delle garanzie previste dal diritto amministrativo per l'esercizio di poteri autoritativi nei confronti dei soggetti non aderenti all'accordo[49].

Il criterio applicabile, dunque, sembra essere il seguente: per gli effetti che l'accordo produce tra le parti, la disciplina sull'espropriazione per pubblica utilità è integralmente derogabile, essendo legittimo che la pubblica amministrazione o il privato rinuncino a diritti o interessi loro attribuiti dalla legge; per quanto riguarda, invece, gli effetti che l'accordo produce nei confronti dei terzi con la forza di un provvedimento amministrativo, le norme poste a garanzia di tali soggetti non possono essere derogate senza il loro consenso[50].

Occorre, tuttavia, una precisazione: qualora le parti convengano in ogni caso di introdurre deroghe che violino le garanzie dei terzi, si pone il problema di stabilire se la tutela della loro posizione debba seguire le regole del diritto amministrativo, essendo gli effetti prodotti da un atto sostitutivo di provvedimento, o quelle del diritto privato, applicabili agli accordi in forza dell'art. 11.

Considerato che, nei confronti dei terzi, l'accordo conserva la stessa forza giuridica di un provvedimento amministrativo, si ritiene preferibile la prima impostazione; di conseguenza, qualora le deroghe convenute dalle parti fossero illegittime nei confronti dei terzi, la loro posizione sarebbe di interesse legittimo e il vizio

[47] Si consideri che, ai sensi dell'art. 827 c.c., il proprietario di un bene ha la facoltà di rinunciarvi senza alcun corrispettivo. La *ratio* di tale previsione risiede nella considerazione che il diritto di proprietà può comportare anche dei costi, rendendo dunque conveniente la sua dismissione. Di conseguenza, se il privato può liberamente rinunciare integralmente al diritto di proprietà, a maggior ragione potrà concordare pattuizioni per lui svantaggiose nell'ambito di un procedimento espropriativo, con l'obiettivo di disfarsi del bene e degli oneri a esso connessi.

[48] Secondo la ricostruzione di M.C. Romano, *op. cit.*, 415-416, infatti, elemento caratteristico e sintomo del carattere pubblicistico degli accordi è quello dell'efficacia non limitata alle parti bensì estesa ai soggetti terzi, estranei al rapporto obbligatorio originato dall'accordo. Nella medesima direzione, v. G. Greco, *op. cit.*, 261: «I terzi, dunque, permangono titolari di interesse legittimo, con ogni conseguenza del caso».

[49] Si richiama, a tal proposito, l'illustre ricostruzione di F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 187-188, sulla base della quale l'accordo di diritto amministrativo, pur nascendo dall'incontro delle volontà tra pubblica amministrazione e privato destinatario del provvedimento, non diventa per questa ragione un atto bilaterale, bensì mantiene la sua caratteristica di unilateralità, in quanto posto a tutela esclusiva dell'interesse pubblico e non di quello del privato, che aderisce all'accordo al solo fine di contribuire alla miglior definizione degli interessi coinvolti.

[50] Cfr. G. Greco, *op. loc. ult. cit.*, e G. Manfredi, *op. ult. cit.*, 340 ss.

riscontrabile sarebbe quello tipico del diritto amministrativo[51]. Pertanto, in assenza di impugnazione entro sessanta giorni dalla conclusione o dalla conoscenza dell'accordo, quest'ultimo consoliderebbe ogni suo effetto, inclusi quelli illegittimi[52].

6. *Conclusioni*

Alla luce delle ricostruzioni fin qui effettuate, è possibile valutare gli effetti pratici derivanti dalle conclusioni raggiunte, ossia le possibili deroghe negoziabili in sede di trattativa nell'ambito di accordi sostitutivi del decreto di esproprio e la capacità di produrre comunque gli effetti tipici degli stessi nei confronti dei terzi, quali l'estinzione dei diritti incompatibili con la nuova destinazione dell'area espropriata.

6.1. *Prospettive di una "negoziabilità" piena delle cessioni sostitutive di esproprio*

In relazione ai profili di "negoziabilità" delle cessioni sostitutive di esproprio, alla luce di quanto ricostruito, si intende sostenere che le parti possano convenire ogni deroga che sia finalizzata al raggiungimento di un accordo. Questa conclusione si fonda su due motivazioni: in primo luogo, la fattispecie in esame si inserisce nel contesto della c.d. 'urbanistica consensuale', elemento cardine del sistema di pianificazione ed edificazione territoriale, rilevante anche nell'ambito dell'espropriazione per pubblica utilità; in secondo luogo, in virtù del principio di non tassatività degli accordi di cui all'art. 11, è possibile configurare non un unico modello di cessione sostitutiva di esproprio, bensì una pluralità di accordi capaci, anche mediante singole clausole, di produrre i medesimi effetti ablatori.

---

[51] Non del tutto pacifica appare la ricostruzione della posizione giuridica del terzo nei confronti degli accordi nei termini di interesse legittimo; si tratta, a ben vedere, di un tema simmetrico rispetto alle ricostruzioni degli accordi in termini privatistici o pubblicistici: secondo la prima impostazione, si tende a ritenere che le posizioni dei terzi siano di diritto soggettivo; secondo invece la seconda impostazione, la tendenza è quella di qualificarli come interessi legittimi (M.C. Romano, *op. loc. ult. cit.*; G. Greco, *op. loc. ult. cit.*). In tale sede, si intende aderire alla posizione di G. Manfredi, *op. ult. cit.*, 144, il quale non scarta a priori nessuna delle due ricostruzioni ma rimette la qualificazione all'analisi del caso concreto. Invero, la presente ricostruzione verte nel senso di ritenere interessi legittimi le posizioni nei confronti di effetti provvedimentali (vincolati o discrezionali); diritti soggettivi verso eventuali clausole privatistiche inserite all'interno degli stessi. Nella medesima direzione, v. anche V. Mengoli, *op. cit.*, 88 ss.

[52] Sul tema, M.C. Romano, *op. cit.*, 425, sottolinea come sia applicabile all'accordo amministrativo la disciplina pubblicistica dell'invalidità del provvedimento, in quanto quella privatistica del contratto comporterebbe un incolmabile vuoto di tutela per la mancanza degli effetti preclusivi propri del regime processuale di diritto amministrativo. Nella medesima direzione v. G. Greco, *op. cit.*, 139 ss.; V. Mengoli, *op. cit.*, 78 ss.

Partendo da tale impostazione, e con l'obiettivo di valutare le implicazioni pratiche e le possibili applicazioni di questa teoria, si possono ipotizzare alcuni contenuti della negoziazione.

Anzitutto, le parti potrebbero modificare consensualmente l'oggetto dell'espropriazione per pubblica utilità: sia sul piano 'fisico', riducendo o ampliando l'area interessata ovvero modificando il lotto di destinazione, sia sul piano 'giuridico', mutando il diritto oggetto di ablazione (ad esempio, convenendo l'esproprio di una servitù in luogo del diritto di proprietà). In tal modo, la pubblica amministrazione potrebbe meglio tutelare le proprie esigenze senza dover reiterare l'intera procedura, mentre il privato potrebbe limitare il pregiudizio derivante dall'espropriazione.

Inoltre, durante le trattative sarebbe disponibile l'ammontare dell'indennizzo: questo potrebbe essere ridotto o maggiorato consensualmente per favorire il raggiungimento di un accordo, ovvero trasformato in una diversa forma di compensazione, come beni riconducibili alla c.d. "moneta urbanistica", tra cui spiccano la perequazione e i diritti edificatori.

Un ulteriore elemento negoziabile potrebbe essere rappresentato dall'introduzione, all'interno dell'accordo, dei c.d. *extra* oneri, già considerati legittimi per le convenzioni urbanistiche attuative. In questo caso, un maggior onere imposto al privato – ferma restando la necessità del suo consenso – potrebbe essere bilanciato da una corrispondente maggiorazione dell'indennizzo, sia in termini quantitativi che qualitativi[53].

Portando all'estremo tale ricostruzione, le parti potrebbero persino convenire la produzione di effetti espropriativi *ex novo*, senza che sia stata avviata una procedura di esproprio o apposto un vincolo preordinato nel piano regolatore generale, ad esempio nell'ambito di un piano di lottizzazione o di un programma integrato di intervento. In simili ipotesi, l'accordo potrebbe fondarsi su una rinuncia del destinatario alle garanzie procedimentali previste dal T.U.E., bilanciata da un sistema premiale che garantisca comunque l'equilibrio sinallagmatico; al contempo, essendo ormai diffuse forme di negoziazione capaci di modificare "dal basso" il piano regolatore generale stesso, i medesimi effetti potrebbero realizzarsi mutuando quelle procedure nell'ambito del procedimento espropriativo[54].

---

[53] Come evidenziato da A. Moliterni (*op. cit.*, 278 ss.), le convenzioni urbanistiche costituiscono veri e propri negozi giuridici e, in quanto tali, conferiscono alle parti la facoltà di modificarne consensualmente i contenuti, al fine di realizzare un corretto assetto di interessi. Con riferimento al principio che deve orientare l'equilibrio degli interessi nelle trattative, si ritiene che esso sia rappresentato dalla sinallagmaticità. In tal senso, G. Poli (*op. cit.*, 764 ss.) individua un nesso di interdipendenza tra le prestazioni e, conseguentemente, sostiene l'applicabilità di tutti i rimedi previsti dal codice civile in materia di inadempimento nei contratti di scambio, con particolare riferimento all'art. 1460 c.c. in tema di eccezione di inadempimento.

[54] Si fa riferimento, in particolare, al programma integrato di intervento. Sul tema G.C. Mengoli, *op. cit.*, 417: «Con i programmi integrati di intervento si pone comunque un nuovo tipo di urbanistica non più di

In tutte queste fattispecie, nonostante le deroghe convenzionali rispetto al modello legale, gli effetti prodotti dall'accordo rimarrebbero immutati: esso, pur essendo di natura negoziale, continuerebbe a produrre le conseguenze proprie del decreto di esproprio, determinando un acquisto a titolo originario della proprietà da parte della pubblica amministrazione. Il fatto che siano convenute tali deroghe non priverebbe l'accordo della sua natura e non degraderebbe a mero contratto privatistico traslativo.

6.2. *Gli effetti delle cessioni sostitutive ex art. 11 della legge n. 241/1990 nei confronti dei terzi*

Le conclusioni fin qui raggiunte, pur trovando, rispetto ai rapporti tra le parti, il loro fondamento nella facoltà concessa dall'ordinamento al privato di rinunciare, in tutto o in parte, ai propri diritti, comportano un effetto potenzialmente problematico nei confronti dei terzi. La posizione giuridica di questi ultimi, infatti, potrebbe essere sacrificata dall'accordo, il quale produrrebbe i medesimi effetti di un decreto di esproprio, ma con deroghe convenzionali ad alcune garanzie previste dal procedimento espropriativo – come termini, vincoli preordinati e importi dell'indennizzo – poste anche a tutela dei terzi stessi.

Tale considerazione, tuttavia, non appare idonea a compromettere le conclusioni raggiunte: non si determinerebbe, infatti, né l'integrale illegittimità dell'accordo né la sua trasformazione in un contratto meramente privatistico. Questa valutazione trova fondamento in specifiche disposizioni normative.

Anzitutto, rileva il principio sancito dall'art. 3 del T.U.E., secondo cui la procedura espropriativa è correttamente rivolta all'intestatario catastale, indipendentemente dal fatto che questi sia il reale titolare del bene[55]. Il vero proprietario, qualora non sia coinvolto, non può invocare l'illegittimità del decreto, ma può

carattere imperativo, ossia connotata dalla supremazia del comune, ma da un accordo reciproco, caratterizzato da l'unitarietà dei momenti pianificatori programmati ed esecutivi, con apporto delle risorse finanziarie da parte di vari soggetti pubblici e privati che vi prendono parte e con reciproci contributi, ivi compresa la proposta di variazione degli strumenti urbanistici».

[55] Cfr. art. 3, secondo e terzo comma, T.U.E.: «2. Tutti gli atti della procedura espropriativa, ivi inclu-se le comunicazioni ed il decreto di esproprio, sono disposti nei confronti del soggetto che risulti proprietario secondo i registri catastali, salvo che l'autorità espropriante non abbia tempestiva notizia dell'eventuale diverso proprietario effettivo. Nel caso in cui abbia avuto notizia della pendenza della procedura espropriativa dopo la comunicazione dell'indennità provvisoria al soggetto che risulti proprietario secondo i registri catastali, il proprietario effettivo può, nei trenta giorni successivi, concordare l'indennità ai sensi dell'articolo 45, comma 2. 3. Colui che risulta proprietario secondo i registri catastali e riceva la notificazione o comunicazione di atti del procedimento espropriativo, ove non sia più proprietario è tenuto di comunicarlo all'amministrazione procedente entro trenta giorni dalla prima notificazione, indicando altresì, ove ne sia a conoscenza, il nuovo proprietario, o comunque fornendo copia degli atti in suo possesso utili a ricostruire le vicende dell'immobile».

esclusivamente soddisfarsi per equivalente sull'indennizzo. Da tale norma emerge un principio generale: i diritti reali di soggetti estranei al procedimento espropriativo possono essere compressi o estinti anche in assenza di una piena tutela procedimentale nei loro confronti; se questo vale per il diritto di proprietà, a maggior ragione deve valere per diritti reali minori, come ipoteche o servitù.

Inoltre, ai sensi dell'art. 25 del T.U.E., è previsto un effetto surrogatorio che trasferisce la posizione dei terzi dal diritto reale vantato all'indennizzo corrisposto[56]. In questo modo, la loro sfera giuridica non viene sacrificata, bensì modificata quanto all'oggetto su cui possono far valere le proprie aspettative.

Infine, qualora si ritenga che le deroghe convenute nell'accordo tra pubblica amministrazione e privato abbiano concretamente leso le posizioni dei terzi, eventuali profili di illegittimità devono essere fatti valere entro i brevi termini predeterminati dal diritto amministrativo in relazione ai provvedimenti. In tal senso, sarebbe opportuno prevedere la notifica dell'accordo ai terzi interessati, così da consentire il consolidamento degli effetti e la loro inoppugnabilità.

[56] Cfr. art. 25, commi primo, secondo e terzo, T.U.E.: «1. L'espropriazione del diritto di proprietà comporta l'estinzione automatica di tutti gli altri diritti, reali o personali, gravanti sul bene espropriato, salvo quelli compatibili con i fini cui l'espropriazione è preordinata. 2. Le azioni reali e personali esperibili sul bene espropriando non incidono sul procedimento espropriativo e sugli effetti del decreto di esproprio. 3. Dopo la trascrizione del decreto di esproprio, tutti i diritti relativi al bene espropriato possono essere fatti valere unicamente sull'indennità».

Riccardo De Napoli - Abstract

Le cessioni sostitutive di esproprio: natura giuridica, "negoziabilità" dei contenuti ed effetti verso i terzi

Il lavoro analizza natura giuridica e disciplina delle cessioni sostitutive di esproprio, muovendo dall'art. 45 del T.U.E. (D.P.R. n. 327/2001) e dall'inquadramento dell'istituto nell'ambito delle convenzioni urbanistiche e degli accordi sostitutivi *ex* art. 11 della legge n. 241/1990. Attraverso una ricostruzione sistematica di norme, dottrina e giurisprudenza, si sostiene come gli accordi sostitutivi di esproprio non si esauriscano nella sola 'cessione volontaria' *ex* art. 45 del T.U.E., essendo possibili anche cessioni sostitutive ulteriori *ex* art. 11 della legge n. 241/1990, con un significativo margine di "negoziabilità" di oggetto, indennizzo e prestazioni ulteriori. Particolare attenzione è dedicata, inoltre, agli effetti verso i terzi, sostenendo che, anche in presenza di deroghe convenzionali alla procedura del T.U.E., l'accordo mantenga natura amministrativa e sostitutiva, producendo effetti equivalenti al decreto di esproprio e spostando la tutela dei terzi sul terreno dell'interesse legittimo e dell'impugnazione nei termini di legge.

Transfers in lieu of expropriation: legal nature, "negotiability" of content, and effects on third parties

The work analyses the legal nature and regulatory framework of substitutive transfers in lieu of expropriation, starting from Article 45 of the Consolidated Expropriation Act (D.P.R. No. 327/2001) and from the classification of the institution within the system of urban planning agreements and substitutive administrative agreements under Article 11 of Law No. 241/1990. Through a systematic reconstruction of statutory provisions, doctrine writings, and case law, the argument is advanced that substitutive agreements in lieu of expropriation are not confined to the "voluntary transfer" set out in Article 45 of the Consolidated Act; rather, additional substitutive transfers may be concluded pursuant to Article 11 of Law No. 241/1990, allowing for a significant degree of negotiability with regard to the object of the transfer, the amount of compensation, and any ancillary undertakings. Particular attention is also dedicated to the effects on third parties, arguing that, even where the parties introduce contractual derogations from the procedures set out in the Consolidated Expropriation Act, the agreement retains its administrative and substitutive nature, producing effects equivalent to an expropriation decree and shifting third-party protection to the realm of legitimate interest and judicial review within the statutory time limits.

Note sui collaboratori

Maurizio Cafagno, Professore ordinario di Diritto Amministrativo, Università dell'Insubria, (maurizio.cafagno@uninsubria.it)

Marco Calabrò, Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" (marco.calabro@unicampania.it)

Gian Domenico Comporti, Professore ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Siena (giando.comporti@gmail.com)

Fabrizio Fracchia, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università "L. Bocconi" di Milano (fabrizio.fracchia@unibocconi.it)

Giuliano Grüner, Professore ordinario di Diritto Amministrativo, Universitas Mercatorum (giuliano.gruner@gmail.com)

Giuseppe Manfredi, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (giuseppe.manfredi@unicatt.it)

Francesco Manganaro, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli studi "Mediterranea" di Reggio Calabria (francesco.manganaro@unirc.it)

Michele Modina, Professore ordinario in Gestione aziendale, Università degli Studi del Molise (michele.modina@unimol.it)

Nino Paolantonio, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma "Tor Vergata" (nino.paolantonio@studioclarizia.com)

José Pernas Garcia, Profesor titular de derecho administrativo, Universidad da Coruña (jose.pernas@udc.es)

Giuseppe Andrea Primerano, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bari Aldo Moro (giuseppe.primerano@uniba.it)

Mauro Renna, Professore ordinario di Diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (mauro.renna@unicatt.it)

Faustino de Gregorio, Professore associato di Diritto ecclesiastico, Università Mediterranea di Reggio Calabria (faustino.degregorio@unirc.it)

Ilaria Ottaviano, Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Chieti-Pescara (ilaria.ottaviano@unich.it)

Renato Rolli, Professore associato di diritto amministrativo, Università della Calabria (renato.rolli@unical.it)

Franco Sciarretta, Professore associato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Roma UnitelmaSapienza (franco.sciarretta@unitelmasapienza.it)

Silia Gardini, Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro (silia.gardini@unicz.it)

Rocco Parisi, Ricercatore a tempo determinato in *Tenure Track* (RTT) di Diritto Amministrativo, Università Guglielmo Marconi (r.parisi@unimarconi.it)

Daniel Wagner Haddad, Ricercatore post-dottorato e Dottore in Diritto politico ed economico, Università Presbiteriana Mackenzie - San Paolo (daniel@danielwh.com)

Riccardo De Napoli, Assegnista di Diritto amministrativo, Università Luigi Bocconi (riccardo.denapoli@unibocconi.it)

Anna Licastro, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Economia, Università Ca' Foscari Venezia (anna.licastro@unive.it)

Alessandro Tropea, Assegnista di ricerca, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (alessandro.tropea@unicatt.it)

Cristina Fragomeni, Dottoranda di ricerca, Università Mediterranea di Reggio Calabria (cristina.fragomeni@unirc.it)

Ilaria Nigro, Dottoranda in Diritto ed Economia, Università degli Studi del Molise, nell'ambito del Diritto commerciale (i.nigro@studenti.unimol.it)

Giovanna Pileri, Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Sassari (giovanna.1996@outlook.it)

www.ildirittodelleconomia.it
www.mucchieditore.it