Vol. XVI

P.A.
Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050

1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti

Comitato di direzione

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Antonio Cassatella, Università di Trento; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Vera Fanti, Università di Pescara; Christine Ferrari-Breeur, Université Lyon III Jean Moulin; Francesco Follieri, Università LUM Giuseppe Degennaro; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Marco Magri, Università di Ferrara; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid; Massimo Monteduro, Università del Salento; Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universitat Wien.

Redattori centrali

Marina Roma, Università di Genova
Donato Vese, Università di Pisa

Comitato di redazione

Filippo Alario; Adrian Bedford, Noelia Betetos Agrelo; Angelo Bonaiti; Edoardo Caruso; Raffaella Dagostino; Giovanni D'Elia; Maximilian Denicolò; Alice De Nuccio; Viviana Di Capua; Biagio Gianluca Di Mauro; Andrea Gemmi; Cosimo Gravili; Aldo Iannotti Della Valle; Alberto Marcovecchio; Clara Napolitano; Marta Pecchioli; Nicoletta Pica; Antonio Saporito; Franco Sciarretta; Gloria Sdanganelli; Jacopo Vavalli.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela; Sandro Amorosino, Università di Roma "La Sapienza" (emerito); Fabio Giuseppe Angelini, Università Telematica Internazionale Uninettuno; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Antonella Brozzetti, Università di Siena; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid; Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre

(emerito); Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University; Mariaconcetta D'Arienzo, Università di Napoli "Parthenope"; Maurizia De Bellis, Università di Roma “Tor Vergata”; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco; Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Federico Dinelli, Università telematica “Pegaso”; Tamara Favaro, Università di Pisa; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Edoardo Giardino, Libera Univ. "Maria SS. Assunta" - LUMSA (Roma); Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Gruner, Univ. Telematica "Universitas MERCATORUM; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole; Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani; Salvatore La Porta, Università degli studi di Milano-Bicocca; Pierdomenico Logroscino, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole; Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Francesca Mite, Università Pegaso; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense; Sergio Perongini, Università di Salerno; Aristide Police, Luiss Guido Carli; Pier Luigi Portaluri, Università del Salento; Michel Prieur, Université de Limoges; Anikó Raisz, Miskolci Egyetem; Renato Rolli, Università della Calabria; Margherita Ramajoli, Università di Milano; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio di Benevento; Stefano Salvatore Scoca, Università di Teramo; Saverio Sticchi Damiani, Univ. Telematica PEGASO; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem; Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University Tokyo; Dirk Uwer, Freien Universitat Berlin; Diego Vaiano, Università della Tuscia; Caterina Ventimiglia, Università di Palermo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Catòlica de Chile; Stefano Villamena, Università di Macerata; Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines; Alberto Zito, Università di Roma "Tor Vergata".

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Managing Editor

Giovanni D’Elia

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione
Prof. Alberto Clini
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza
via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230
email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Urbino University Press
Settore Biblioteche di Ateneo
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo
e-mail: uup@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Settore Biblioteche di Ateneo.
ISSN 2610-9050. Registrata al Tribunale di Urbino.

Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale.

SOMMARIO

SEZIONE I

Vittorio Angiolini e Marco Magri, Le insidie del regionalismo "tecnico" 1

Luca R. Perfetti, Le Regioni tra poteri e società: Percorsi partecipativi e contestativi possibili 17

Antonio Barone, Populismo securitario e sovranismi locali 37

Giacomo Pignataro, Autonomia differenziata: tra promessa di federalismo e realtà dei vincoli 53

Paolo Giangaspero, Il problema della modifica degli Statuti speciali, tra revisioni e adeguamento: si arriverà mai al superamento della fase transitoria? 65

Pierpaolo Forte, Riflessioni sull'autonomia regionale al tempo della società tecnologica 89

Nicola Pignatelli, Il contenzioso costituzionale Stato-Regioni come Sintomo della necessità di riforme costituzionali 105

Maria Cristina Cavallaro, L'art. 125 della Costituzione e le ragioni di una giustizia amministrativa presso ogni Regione 125

Carlo Colapietro, Considerazioni intorno al divieto di terzo mandato consecutivo, tra tentativi di elusione legislativa e prescrizioni di rango costituzionale 139

SEZIONE II

Filippo Pizzolato, L'iniziativa dei cittadini in Europa e l'enigma del popolo europeo… 161

Paola Piras, Trasparenza, buona amministrazione, etica pubblica. La persona oltre l'intreccio delle parole 179

Giuseppe Manfredi, Decisioni con impegni nel Codice del consumo, accordi, tutela dei terzi 197

Biagio G. Di Mauro, Prove di differenziazione dell'istruzione alla luce dell'interpretazione costituzionale e dei casi regionali. Prospettive critiche ed evolutive 217

Francesca Pubusa, Le modifiche alla disciplina della Corte dei conti: gli effetti sulla funzione amministrativa e sui diritti dei cittadini 239

Giovanni Pesce, Il boicottaggio Accademico tra autonomia universitaria e legalità dell'azione amministrativa 261

Carla Acocella, Implementing european law principles in the framework of transformations of the relationships between national legal systems and EU law. Reflections on the Ruling of the Italian Constitutional Court No. 181/2024 285

Kamal Yazzif et al., Modernization of personnel management of the public sector Case of the Urban Agency of Al Hoceima 305

Alma Lucia Giuseppina Tarantino, La finanza di progetto: peculiarità alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici 325

Stefano Mangiacasale, Interdittiva antimafia, contraddittorio endoprocedimentale e deficit di tipicità: profili costituzionali 351

Luca Bordin, Potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione e discrezionalità: profili funzionali e strutturali 379

Mara Demichelis, Criteri ambientali minimi ed eccezione culturale nei contratti pubblici per la cultura..... 447

Alessandro Di Martino, La ragionevole durata del processo amministrativo: possibili declinazioni..... 481

Francesco Conte, Oltre la burocrazia: il nuovo paradigma della performance pubblica. 529

Michela Petrachi, Oltre lo sviluppo sostenibile, l'incidenza dell'economia circolare sull'affidamento di un contratto pubblico..... 563

SEZIONE III

Giuseppe Tropea, Recensione a L. De Lucia, Governare con le scienze umane. Diritto amministrativo e persone, Carocci, Roma, 2025..... 585

Giovanni D'Elia, La disciplina giuridica della montagna e lo sviluppo sostenibile: profili critici e tutela dei diritti fondamentali..... 599

SEZIONE I

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

VITTORIO ANGIOLINI
già professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Milano
v.angiolini@studioangiolini.it
MARCO MAGRI
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'università di Ferrara
mgr@unife.it

LE INSIDIE DEL REGIONALISMO "TECNICO"

THE PITFALLS OF "TECHNICAL" REGIONALISM

SINTESI

Da tempo il dibattito attorno al regionalismo sollecita il ripensamento di alcune premesse. Venute meno le grandi aspettative da cui aveva tratto ispirazione la dottrina degli anni '70, da più parti si sollecita una profonda revisione dei presupposti culturali del diritto regionale. In questo quadro, accanto a opinioni che sottintendono l'imputazione alla politica del fallimento regionalista e continuano ad accreditare alla Costituzione un nucleo di princìpi capaci di riassumere un "modello di regionalismo", non mancano voci scettiche verso l'idea di mantenere la problematica delle regioni ancorata a un "universale" autonomista, talora ricercato nel disegno o "patto" costituente: in una parola, da una "verità" che si presume inequivocabilmente situata nella Costituzione (vigente o da riformare).
Che il regionalismo non debba necessariamente essere ridotto a "tecnica" di attuazione della Costituzione, in nome di un certo ideale pluralista, ma possa vedere nella Costituzione un limite del pluralismo che spontaneamente e di fatto si produce nella società, è un'ottica sulla quale pare opportuno svolgere alcune riflessioni. Una tale prospettiva può condurre infatti ad esiti interpretativi diversi da quelli cui si perviene supponendo, come ha fatto ad es. la Corte costituzionale nella sentenza n. 192 del 2024, che nella Costituzione risieda un affresco del "regionalismo italiano"; un "sistema costituzionale" (che è venuto così a costituire il primo e fondamentale parametro della c.d. legge Calderoli).
Può quindi essere utile, anche per una corretta interpretazione e applicazione delle disposizioni costituzionali, non etichettare necessariamente come un'anomalia quel "pluralismo di fatto" verso il quale hanno, viceversa, mostrato diffidenza tanto le dottrine dello Stato regionale, quanto la letteratura della "delusione" o "disillusione" per gli approdi cui è pervenuta l'esperienza repubblicana.
Anziché continuare a interrogare presunti "universali" tratti dalla Costituzione (unità, società, autonomia, sussidiarietà), per desumerne conseguenze in ordine a quanto essi risultino realmente rispecchiati dall'andamento dei fatti politici e sociali, può essere proficuo muovere dalla contraria premessa che un "universale" è esattamente ciò che manca nella Costituzione italiana; e che in qualsiasi tentativo "teorico" e "tecnico" di sintesi tra unità e differenziazione, tra compe-

tizione e solidarietà (o altre consimili antitesi), si mescolano elementi di vero e di falso. Dietro a tutto ciò, la minaccia, sempre incombente, di ridurre il discorso sul regionalismo a un pluralismo solo "funzionale", che in ultima analisi si presta facilmente alle sempre mutevoli strategie di primato dell'indirizzo politico del governo.

ABSTRACT

The debate surrounding regionalism has been urging a rethinking of some assumptions. Since the great expectations that inspired the doctrine of the 1970s have disappeared, many scholars are calling for a deep reconsideration of the cultural foundations of regional law. In this context, alongside opinions that imply that regionalist failure is attributable to politics and continue to credit the Constitution with a core of principles capable of summarizing a "model of regionalism," other voices seem skeptical of the idea of keeping the issue of regions anchored to a "universal" autonomy, sometimes sought in the constitutional design or "pact": in a word, from a 'truth' that is presumed to be unequivocally enshrined in the Constitution (whether current or to be reformed).
The idea that regionalism should not necessarily be reduced to a "technique" for implementing the Constitution, in the name of a certain pluralist ideology, but that it can see in the Constitution a limit to the pluralism that spontaneously and effectively arises in society, is a perspective about which it seems appropriate to reflect. Such a perspective may in fact lead to interpretations that differ from those arrived at by assuming, as the Constitutional Court did in judgment no. 192 of 2024, that the Constitution contains a picture of "Italian regionalism"; a 'constitutional system' (which thus became the first and fundamental parameter of the so-called Calderoli law).
It may therefore be useful, also for the correct interpretation and application of constitutional provisions, not to necessarily label as an anomaly that "de facto pluralism" towards which both the doctrines of the regional state and the literature of 'disappointment' or "disillusionment" with the outcomes of the republican experience have shown mistrust.
Instead of continuing to question presumed 'universals' drawn from the Constitution (unity, society, autonomy, subsidiarity), in order to deduce consequences in terms of how they are actually reflected in political and social developments, it may be useful to start from the opposite premise that a 'universal' is exactly what is missing in the Italian Constitution; and that in any 'theoretical' and 'technical' attempt to synthesise unity and differentiation, competition and solidarity (or other similar antitheses), elements of truth and falsehood are mixed together. Behind all this lies the ever-present threat of reducing the discourse on regionalism to a merely 'functional' pluralism, which ultimately easily lends itself to the ever-changing strategies of the government's political agenda.

PAROLE CHIAVE: regionalismo, pluralismo, Costituzione, autonomia, regionalismo differenziato
KEYWORDS: regionalism, pluralism, Constitution, local autonomy, differentiated regionalism

INDICE: **1.** La questione del regionalismo. – **2.** Diritto regionale, responsabilizzazione del giurista e politica del diritto. – **3.** Pluralismo tecnico e costituzione totale. – **4.** Per una rivalutazione del "pluralismo (e del regionalismo) di fatto. – **5.** Osservazioni conclusive.

1. La questione del regionalismo

La Costituzione italiana è frequentemente definita "pluralista" e, in questo senso, "regionalista". Nella sentenza n. 192 del 2024, la Corte costituzionale ha attinto, a più riprese, al valore del "*regionalismo italiano*", elevandolo a logica dell'intero "*sistema costituzionale*" e riconoscendone la funzione di "*componente fondamentale della forma di Stato delineata dalla Costituzione*". La pronuncia si è contraddistinta soprattutto per l'aver ricostruito in chiave sistematica e quasi "rappresentazionale" il progetto regionalista della Costituzione italiana del 1948[1]. Ed è significativo che proprio questo genere di considerazioni – l'accuratezza con cui la sentenza ha scandagliato il "principio", il "modello", gli "equilibri" dello "*Stato regionale*" – abbia trovato in dottrina un consenso sostanzialmente unanime. Non sono mancati, del resto, giudizi che hanno definito la sentenza n. 192 del 2024 come una decisone di "straordinario rilievo", destinata "a restare negli annali della giurisprudenza costituzionale come una pronuncia di portata storica"[2].

Meno frequente è che ci si interroghi sulle motivazioni che giustificano il riferimento al regionalismo come teoria – o forse sarebbe meglio dire metalinguaggio – della posizione delle regioni nella Costituzione italiana del 1948. In ambito storico-giuridico si è notato che la dottrina ha curiosamente trascurato una questione di capitale importanza per impostare correttamente il problema del pluralismo: la distinzione tra l'indagine sul "concreto fluire dell'esperienza storico-sociale" alla stregua di determinati parametri concettuali e il punto di vista che coinvolge le stesse rappresentazioni teoriche di tale esperienza; il discrimine, per quanto ci riguarda, tra l'esame di una determinata organizzazione politica o giuridica e l'analisi del referente testuale o dei "discorsi" che ad essa fanno riferimento[3].

Quanto più si mette a fuoco la linea di separazione – insieme alle evidenti connessioni – tra queste due grandi prospettive, tanto più si comprende che del pluralismo si può ragionare su due piattaforme dottrinali distinte. Da un lato attraverso criteri tecnici tratti dal "diritto sociale" e dalla teoria istituzionale

1 G. GARDINI, *Il regionalismo differenziato di fronte alla Consulta*, in *Giorn. dir. amm.,* 2025,

2 E. CHELI, *La forma dello Stato regionale in una storica sentenza della Corte costituzionale*, in www.Astrid-online.it, 12 dicembre 2024.

3 P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in AA.VV., *Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*, I, (*Quad. fior.* n. 50) Milano, 2021, p. 30.

del diritto, postulando l'esistenza di un panorama (reale o presunto) di formazioni sociali o di enti territoriali che si confrontano, si coordinano, divengono titolari di rapporti giuridici e di garanzie secondo l'ordine dinamico delle relazioni tra Stato e autonomie territoriali riconosciuto dalla Costituzione. Dall'altro lato, si può arretrare di un passo e porre direttamente a oggetto della riflessione le premesse delle teorie "pluraliste" della Costituzione, le proposizioni "che tentano di ridurre la complessità dell'esperienza costruendo modelli o schemi teorici che ne permettano una qualche decifrazione"[4].

Assumere questa seconda prospettiva, riguardo al regionalismo come principio informatore del sistema costituzionale, significa anzitutto non dare per scontato che tutto il "vero" stia in alcuni tra i più ovvi enunciati: che la Costituzione italiana sia una Costituzione regionalista, in primo luogo; e, subito dopo, che l'esperienza italiana del secondo Novecento non abbia restituito quella palingenesi dell'ordinamento auspicata dalla cultura giuridica del dopoguerra nel momento in cui immaginava la nascita dello Stato regionale. Si allude, com'è agevole intendere, al tema del regionalismo *inattuato*, del regionalismo *fallito*, del regionalismo *tradito*; del regionalismo *wishful thinking* smentito dal corso degli eventi[5].

Il punto che qui si intende mettere in rilievo è, in sostanza, il seguente: se parlare di delusione a proposito del regionalismo non è fuori luogo, non merita miglior sorte il credo positivistico di molti tra i suoi moderni assertori, che ne fanno una teoria ordinatrice della pluralità istituzionale "voluta" dai costituenti e tecnicamente ricostruibile a partire dall'ideale da essi abbracciato.

Altrimenti detto, il dibattito non può esimersi dal porre in discussione la medesima teoria che, stando all'assunto, non ha trovato effettivo collegamento con l'esperienza repubblicana e ha provocato quel giudizio storico negativo sul *regionalismo* che vediamo diffusamente formulato. Le prospettive entro cui la questione è stata affrontata sono differenti, ma quasi tutte riconducono la "crisi" del regionalismo a cause esterne alla scienza giuridica – i partiti, l'economia, le stesse Regioni – mantenendo accuratamente immuni da critica i paradigmi culturali che hanno orientato una simile impostazione.

A noi sembra invece che proprio la questione della conoscibilità tecnico-metodologica del regionalismo meriti di essere riesaminata. Non solo per la sua anteriorità a un dibattito che, come sappiamo, ne smarrisce spesso le premesse disperdendosi tra innumerevoli rivoli scientifici, ma anche per le sue molteplici implicazioni sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione della Costituzione. Avrebbe potuto ad esempio, la Corte, nella sentenza n. 192 del 2024, decidere diversamente le questioni sollevate dalle regioni, se il suo punto di partenza non fosse stata l'esistenza di quel principio, di quel modello, di quel sistema,

4 Ibidem.

5 In argomento, L.R. Perfetti, *Le Regioni tra poteri e società*, in questo stesso numero della *Rivista*.

di quel (nitido?) affresco regionalista nel quale essa stessa ha trovato equilibrio? Si tratta, evidentemente, di un interrogativo dai contorni troppo ampi per consentire una risposta precisa; esso non è, dunque, né può essere, lo scopo delle considerazioni che seguono. Ma se soltanto si riuscisse a suscitare qualche dubbio, queste brevi note avrebbero raggiunto il loro – modestissimo – obiettivo.

2. Diritto regionale, responsabilizzazione del giurista e politica del diritto

Diamo corso al nostro proposito assumendo come iniziale oggetto d'attenzione il dibattito che si apre negli anni '70 del secolo scorso e che fa subito perno sulla problematica del "realismo", dei rapporti tra cultura giuridica e società, tra cultura giuridica e politica. A fare da sfondo a questo fenomeno è l'avvertimento di nuovo compito intellettuale della scienza del diritto pubblico, che, con varietà di linguaggio, si designa alla stregua di "protagonismo della cultura giuridica", "responsabilizzazione del giurista", o – con formula più evocativa, il cui eco si avvertirà a lungo – "politica del diritto"[6].

Non è neppure il caso di soffermarsi su un dato che è senza dubbio di universale notorietà. L'asserzione di stampo "realista" – per cui il diritto non è solo nelle norme – era già da prima penetrata nella cultura giuridica. Da tempo, e non solo riguardo alle regioni, i giuristi avevano compreso che l'osservazione del funzionamento dello Stato, dell'organizzazione e delle attività pubbliche, non può esaurirsi nell'osservazione dei testi normativi e dei concetti desumibili da questi, bensì deve ricomprendere gli elementi sociali e politici retrostanti alla norma e alla sua applicazione. Ma se la lotta contro il formalismo può dirsi radicata in tutto il costituzionalismo del novecento – per non dire che è il suo più autentico carattere – nella cultura giuridica degli anni '70 si fa strada qualcosa di più, o di diverso: la disponibilità del giurista a mettersi, in maniera dichiarata, al servizio di determinati interessi politici o sociali. Un sommario sguardo retrospettivo ci riporta, ad esempio, al momento della nascita di Riviste di diritto pubblico che proclamano l'appartenenza ad una certa area di interessi politici e sociali, oppure di Riviste specialistiche che espressamente fanno capo a specifiche istituzioni: talvolta, proprio alle regioni.

Nel complesso, la sensazione è che la dottrina giuspubblicistica si spinga, nel corso degli anni '70, assai oltre la ben nota – e di per sé innegabile – constatazione che la scienza giuridica non è, e non può essere, neutrale. Il raccordo tra l'opera del giurista e gli interessi sociali o politici che essa aspira a proteggere diviene, in questo momento, a differenza di quello che è accaduto in altri periodi storici, non solo dichiarata apertamente, bensì collocata in modo prestabilito a fondamento del lavoro scientifico, alla stregua di un elemento definitivamente

6 S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; molte delle considerazioni che seguono sono tratte dall'intervento di V. Angiolini, AA.VV., *La "cultura" delle Riviste giuridica italiane*, Atti del primo incontro di studio, Firenze, 15-16 aprile 1983, in *Quad. fiorentini*, 1983, pp. 173 ss.

acquisito. La scelta di campo sul terreno ideologico, sociale e politico non è più riguardata come un condizionamento che il giurista deve sopportare, bensì è considerata in positivo come uno dei presupposti primari del suo lavoro. Nell'ideale che fa capo alla "politica del diritto" o alla "responsabilità del giurista", non solo il lavoro scientifico nel settore giuridico non è neutrale, ma non *deve* essere tale. La dipendenza del lavoro scientifico del giurista da alcuni interessi politici e sociali diviene una sorta di *imperativo categorico*. Alla consapevolezza dell'inevitabilità del sodalizio tra il lavoro scientifico ed alcuni interessi sociali o politici, debitamente circoscritti o circoscrivibili, si sostituisce l'intento programmatico di servire alcuni interessi soltanto. Lungo questo tragitto, ciò che si smarrisce è anzitutto la facoltà del giurista di distaccarsi dai conflitti contingenti ed immediati tra gli interessi sociali e politici. La stessa distinzione tra il lavoro scientifico e quello pratico del giurista viene per forza ad appiattirsi. Basti por mente al conio della celebre formula degli studiosi "Avvocati delle Regioni"[7].

Ora, può darsi che il giurista non abbia mai potuto astrarsi completamente dagli interessi che animano la società e la politica e che quindi egli non abbia mai potuto raggiungere una piena indipendenza. Una cosa è però il dire questo, e altra cosa è il dire che il giurista deve *programmaticamente* compiere una scelta sugli interessi da difendere, a pena di uno stravolgimento della propria funzione.

Se si accetta solo la proposizione per cui il giurista non è neutrale, si intende ammettere che egli resta libero di prefiggersi, come scopo del proprio lavoro scientifico, una ricostruzione giuridica la quale sia in grado di conferire agli interessi sociali e politici in giuoco una sistemazione stabile, che egli pensa duratura nel tempo, sebbene non perfettamente equidistante dalle varie parti sociali e politiche. In questa prospettiva, il giurista può, nonostante l'accoglimento della premessa della sua non-neutralità, tentare di pervenire ad una teoria giuridica che, mantenendosi relativamente indipendente, o meglio non essendo doverosamente strumentale ed aderente soltanto ad alcuni interessi, possa presentarsi come accettabile dal mondo sociale e politico storicamente dato nel suo complesso. L'indipendenza del giurista quale scienziato sociale può sopravvivere come ambizione, pur se non potrà totalmente inverarsi.

Se viceversa si accetta anche la proposizione per la quale il giurista *deve essere* interessato, dal punto di vista sociale e politico, il ragionamento cambia notevolmente. Per essere fedele al proprio ruolo, il giurista deve allora ispirare il proprio lavoro scientifico alla fisionomia concreta delle relazioni politiche e sociali, senza potersene discostare. Egli deve primariamente dimostrare, nel proprio lavoro scientifico, di difendere costantemente gli interessi prescelti, a prescindere da qualsiasi visione distaccata dei medesimi. Gli è dunque preclusa a

7 G. Amato, *Gli avvocati delle Regioni: due libri recenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1818 ss.

priori una posizione imparziale o indipendente, che gli consenta di proiettare il proprio lavoro scientifico in una dimensione accettabile per tutta la società. Allorché il giurista si proponesse un esito siffatto per il proprio lavoro, la comunità, scientifica e non, dovrebbe dedurne – portando l'iter logico al vero e proprio paradosso – che egli abbia abbracciato una "politica di diritto" incoerente o che egli miri ad eludere le proprie "responsabilità" culturali, politiche e sociali.

Da questa angolazione, la giuspubblicistica degli anni '70 si differenzia nel metodo dalla giuspubblicistica del passato, ancorché si tratti di un passato da essa non troppo lontano. È incontestabile, infatti, che i lavori degli studiosi italiani del diritto pubblico anteriori al 1970, benché improntati al "realismo" nell'accezione generica che se ne è data, non abbiano nutrito una convinzione tanto idealizzata quanto quella della "politica del diritto" o della "responsabilizzazione del giurista".

Si possono al riguardo menzionare due lavori che offrono una base esemplificativa semplice e, proprio per questo, suggestiva: il lavoro di C. Mortati sulla Costituzione materiale[8] e quello di M.S. Giannini sul potere discrezionale, entrambi precedenti alla seconda guerra mondiale[9].

Questi contributi, stando all'assunto, sono ambedue "realisti", perché si muovono nella direzione di un ravvicinamento dello Stato e del diritto alla società e alla politica. L'idea che la costituzione di uno Stato attinga all'azione delle forze sociali e politiche (Mortati), o quella che l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione pubblica non si esaurisca nella ponderazione degli interessi tipizzati dalla norma disciplinante il potere medesimo (Giannini), sono destinate a colpire e perforare lo schermo con cui si erano separati lo Stato ed il suo ordinamento giuridico dai rapporti sociali e politici.

Queste elaborazioni teoriche sono maturate in una fase storica peculiare, vale a dire durante il ventennio fascista, e questa circostanza è affatto significativa. Sarebbe difficile liquidare come puro accidente storico il fatto che la dottrina giuspubblicistica abbia imboccato proprio in quel contesto, con singolare rigore e decisione, la strada che le ha permesso di infrangere il diaframma il quale divideva lo Stato e il diritto dalla società e dalla politica. Più probabile è che i lavori di Mortati e di Giannini abbiano imboccato quella strada perché hanno risentito del panorama storico in cui sono stati elaborati. La raffigurazione di uno stretto rapporto tra la norma giuridica, il potere pubblico, la società e la politica non era sicuramente, neanche quando sono apparsi i lavori di Mortati e di Giannini, una novità dovuta all'improvvisazione. Il consolidarsi ed il perfezionarsi della percezione del rapporto tra lo Stato, l'organizzazione pubblica e la società non potevano peraltro, altrettanto sicuramente, che essere favoriti dalla propensione del fascismo ad accrescere l'ingerenza, talvolta violenta, dello Stato nella società.

---

8 C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.

9 M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939.

Eppure, di fronte all'assetto dei rapporti tra il diritto pubblico, la società e la politica quale storicamente si è venuto delineando nell'età fascista, sia Mortati che Giannini hanno preso le distanze, per custodire la propria indipendenza. Altrimenti detto, essi hanno mantenuto la propria impassibilità davanti agli eventi di quell'epoca storica, discriminando gli aspetti di fondo del rapporto tra diritto, politica e società dagli aspetti transeunti, senza orientare il loro lavoro all'ottica della "responsabilizzazione". Tant'è che chiunque si sia accinto, dopo il 1948 e l'instaurazione dell'ordinamento costituzionale repubblicano, a coltivare gli studi giuspubblicistici, non ha potuto fare a meno della lettura di quei contributi.

Il modo di procedere della dottrina giuspubblicistica degli anni '70 è stato diverso: ad esso è mancata quella impassibilità e quella indipendenza. Non sapremmo dire davvero se sia stato obbligato dalla storia o il frutto di una libera opzione, se esso sia stato utile o dannoso.

Certo è, tuttavia – e veniamo così al punto fondamentale – che la vicenda del diritto regionale sia stata sintomatica di qualche problema incontrato dalla "politica del diritto". Il diritto regionale è stato edificato, all'inizio degli anni '70, con criteri largamente ispirati a quest'ultima. Nel tratteggiare il ben noto schema della Regione come "ente di programma" o "ente di normazione", ci si è invero attenuti ad una interpretazione della Costituzione formale che si sapeva non essere la sola plausibile, ma che si stimava più confacente alla garanzia di taluni interessi politici e sociali. Il modello della Regione incentrato sulla esaltazione dei suoi poteri normativi e sulla sua rinuncia ad amministrare non era l'unico modello ricavabile dal testo costituzionale. Su tale modello si è tuttavia confidato, giacché esso è apparso suscettibile di garantire gli interessi delle comunità locali al cospetto di quelli delle burocrazie ministeriali[10]. In quanto tale, lo schema interpretativo adottato per il "vecchio" titolo V Cost. è stato "realista" perché ha teso a coordinare la considerazione normativa dell'organizzazione regionale con la considerazione dei fatti politici e sociali sottostanti; esso è stato altresì un modello di "politica del diritto", poiché esplicitamente rivolto alla salvaguardia di speciali interessi. E forse per ciò, di un simile "regionalismo ideale", e della "tecnica regionalista" da esso praticata, ci si è resi conto, dopo pochi anni, che fosse rimasto poco o nulla. Gli studiosi hanno subito constatato, attraverso la ricerca empirica, che la loro proposta è stata ignorata o respinta dalle Regioni, dopo di che si è fatta strada una sensazione di vuoto. Si è parlato di Regioni orfane del "regionalismo"[11], ma raramente ci si è spinti oltre questo desolato rilievo.

Naturalmente, può darsi che, nel campo del diritto regionale, la "politica del diritto" abbia commesso solo errori o omissioni contingenti, trascurando ta-

10 F. Bassanini, *Le Regioni tra Stato e comunità locali*, Bologna, 1976; S. Cassese, *Le pianificazioni amministrative di settore e le Regioni*, ora in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, p. 295 ss.

11 G. Pastori, *Le Regioni senza regionalismo*, in *Il Mulino*, 1980, p. 205 ss.

luni fattori essenziali senza per questo compromettere il metodo d'indagine giuridica. Resta tuttavia evidente l'impasse in cui la dottrina del diritto regionale è venuta a trovarsi nel momento stesso in cui ha sposato la "politica del diritto": ad arrestarne il progresso non sono stati i partiti, l'economia o le Regioni, ma *un limite intrinseco di tale impostazione*. In essa, infatti, il regionalismo, lungi dal rappresentare la garanzia di Regioni concretamente calate nell'esperienza giuridica, si è ridotto a mera sintesi degli interessi, del "patto" e della "volontà" dei costituenti e non ha potuto provocare altro che un giudizio complessivamente negativo sugli esiti della vicenda regionale[12].

3. Pluralismo "tecnico" e costituzione "totale"

L'universo ideale del regionalismo non si esaurisce tuttavia nel clima politico e culturale gli anni '70, né può essere confinato entro le coordinate della "responsabilizzazione del giurista" o della "politica del diritto". Che la giuspubblicistica italiana abbia continuato, ben oltre gli anni '70, a ispirarsi a tali paradigmi, è una circostanza che emerge già dalla diffusa inclinazione, emersa anche dopo la riforma del Titolo V, ad assolutizzare la forma di Stato poliarchica; a esaltare la "sussidiarietà" come principio capace di portare l'autonomia regionale a un più elevato livello di garanzia. Attorno a questa impostazione si posizionano punti di vista diversi, che spesso divergono nelle conclusioni e, a dire il vero, non mancano di argomenti scettici verso il regionalismo[13]. Ma già il persistere di orientamenti che problematizzano ad esempio l'"utilità" o il "futuro" delle Regioni dimostra come la "politica del diritto" e la "responsabilizzazione del giurista" non siano affatto da relegare frettolosamente al rango di fenomeni del passato.

Il punto che vorremmo mettere in risalto è, ridotto al suo nucleo essenziale, il seguente: che le moderne dottrine della "sussidiarietà" condividono, con quelle della "politica del diritto" e della "responsabilizzazione del giurista", la marcata diffidenza per quello che G. Gurvitch, nella "Dichiarazione dei diritti sociali" per la "Francia liberata", denominava il "*pluralismo di fatto*": il fastidio per le divisioni, per le contrapposizioni, per i conflitti sociali quali si manifestano storicamente[14].

Al "pluralismo di fatto", Gurvitch opponeva il "*pluralismo ideale*", accompagnato da una "*tecnica pluralista*", il cui fine avrebbe dovuto essere quello di "*limitare lo Stato attraverso altre organizzazioni che si autogovernano e, reciprocamente, istituiscono contrappesi efficaci tra la Costituzione politica e la Costituzione sociale, tra la de-*

12 Per la cui ricostruzione G. GARDINI, C. TUBERTINI, *L'amministrazione regionale*, Torino, 2022.

13 M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, pp. ; G. FALCON, *A che servono le Regioni?*, *ivi*, 2012, pp. 1273 ss.

14 G. GURVITCH, *La déclaration des droit sociaux*, Paris, 1946, pp. 58 ss.

mocrazia politica e la democrazia economica, tra la proprietà pubblica e la proprietà Sociale, tra l'interesse generale politico e l'interesse generale economico, tra i produttori e i consumatori, tra questi ultimi presi nel loro complesso e i cittadini".

La "tecnica pluralista", che Gurvitch connette all'ideale "pluralista", trova il suo fine ultimo nell'esigenza di affermare l'indipendenza dell'essere umano in quanto tale – appunto, dei suoi "diritti sociali" – dalle etichette che lo qualificano: lavoratore, produttore, operaio, consumatore, utente, cittadino; nel segno di una stretta connessione tra il "pluralismo ideale" e i "diritti dell'uomo".

Le dottrine costituzionali del secondo dopoguerra si collocano tutte in questa sfera: diffidenza per il "pluralismo di fatto", massina apertura al pluralismo ideale, tendenza a fare, di quest'ultimo, una "tecnica" con cui il diritto costituzionale deve organizzare la società, ovvero – per riprendere in questo caso il lessico di H. Kelsen – un "contenuto positivo" della Costituzione[15]. Le contrapposizioni della prima metà del secolo scorso sulla compatibilità della crescita delle organizzazioni sindacali con l'unità e la sovranità dello Stato – tra chi, come O. Ranelletti, riteneva che tale fenomeno attaccasse le basi strutturali, se non l'esistenza stessa dello Stato[16] e chi, come Santi Romano, stimava invece ineluttabile la "crisi" dello Stato, ritenendo semmai che si trattasse solo di ribadirne e di rinforzarne, accanto e sopra a quei gruppi, l'autorità[17] – vengono messe a tacere dalle Costituzioni del secondo dopoguerra, democratiche e pluraliste, a ben vedere, con una soluzione non dissimile da quella auspicata da Romano. Il principio è la *inclusione* della disciplina dei "gruppi sociali" antagonisti nella trama del diritto costituzionale.

Con la sola differenza, benché non minuscola, che le redini del pluralismo risultano rimesse – non potendosene più predicare, appunto, la consegna nelle mani dello Stato "sovrano" – immediatamente nelle mani di chi detta, interpreta, applica ed attua le Carte costituzionali[18].

Dove per Romano l'assorbimento del pluralismo nel diritto statale serviva a evitare che la pluralità sregolata sortisse l'effetto eversivo di far trionfare gli egoismi, per le per le moderne dottrine costituzionali è la "tecnica pluralista" a soggiogare il pluralismo di fatto, mettendo al centro l'idea della Costituzione come origine di tutto il diritto che la società può darsi. In tal guisa, la sovranità dello Stato come soggetto titolare di poteri politici viene ad essere soppiantata dalla supremazia, obiettiva e giuridicamente perfezionata, delle carte costituzionali, della scienza che le interpreta e dalla legge che le attua: il che, come si vo-

15 H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (trad. it.), Milano, 126 ss.

16 O. Ranelletti, *I sindacati e lo Stato* (1920), ora in *Scritti giuridici scelti, I. Lo Stato*, Napoli, 1992, pp. 369 ss.

17 S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e a sua legittimazione*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, pp. 5 ss.

18 Per una più ampia illustrazione delle considerazioni qui svolte, V. Angiolini, *Costituente e costituito*, Padova, 1996.

leva dimostrare, non muta minimamente la sfiducia verso il pluralismo di fatto (quand'anche riqualificato in quella che per Romano si definiva la "pluralità degli ordinamenti giuridici").

Questo impianto concettuale , se poteva essere plausibile nell'Italia del dopoguerra, è del tutto insostenibile nell'Italia di oggi, dove si sono sfaldate le forze politiche e sociali che sotto l'insegna dell'antifascismo avevano stretto, insieme all'assemblea costituente, quello che si considerava – a torto o a ragione – il "compromesso o il "patto" formalizzato dalla Carta repubblicana. L'eventualità che la Costituzione sia utilizzabile semplicemente non oltre i limiti in cui lo consenta la sua interpretazione ed applicazione, come mezzo per assicurare un pluralismo che abbia un assetto e degli attori politici e sociali differenti da quelli che sedevano in assemblea costituente, potrebbe divenire un'eventualità normale[19].

Semmai, ciò che né Romano né, probabilmente, Gurvitch avevano previsto – e che oggi appare con particolare evidenza – è che l'inclusione del pluralismo degli individui e dei gruppi sociali nella Costituzione, ossia l'assunzione di una *tecnica pluralista* a livello costituzionale, non costituisce affatto una prospettiva priva di insidie. È innegabile, infatti, che anche all'interno della cultura giuridico-costituzionale agiscano le stesse pressioni e frizioni, individuali e collettive, che inevitabilmente si plasmano e si riproducono nella società sul piano storico-fattuale (sul terreno del pluralismo di fatto).

Il che sembra suscitare una duplice reazione, capace di piegare, se non di deformare, il progetto stesso della Costituzione pluralista. Da un lato, spingere a fondo la critica al "pluralismo di fatto" conduce a una drastica semplificazione del governo della società, quale è ad esempio – per venire subito al tema di cui ci stiamo occupando – la descrizione del regionalismo operata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 192 del 2024, il cui "ideale pluralista" può esser facilmente scambiato per una tecnica monista somigliante a quelle, a cui alludeva Gurvitch, sperimentate nell'epoca "dei Leviatani".

D'altro lato, e all'opposto, la pratica della tecnica pluralistica sembra recare a uno spiccato e sempre più ampio intervento del diritto costituzionale nella società: la Costituzione, grazie all'opera dei costituenti, alle revisioni del testo costituzionale o ai giuristi interpreti, si insinua, se riesce, in qualunque meandro della società, per dirimere, in ossequio alla tecnica pluralista, qualunque conflitto sociale. La tecnica pluralista, nata per garantire le individualità e i più differenti gruppi nei loro reciproci rapporti, contro il modello monista di controllo della società, finisce allora per esaltare il dominio della Costituzione, conferendo rilievo costituzionale ai più disparati conflitti sociali; il che, oltretutto – poiché, come ci è stato ricordato, chiudendo un conflitto il diritto ne

19 Cfr. nel senso che "l'implementazione dell'ordinamento regionale va oltre la mera attuazione della Costituzione, giacché questa è lo strumento per perseguire finalità ed obiettivi che attengono ai modi d'essere della nostra società", S. Bartole, *Regioni, dottrina e società civile*, in *Le Regioni*, 2024, pp. 225 ss., 235.

può sollecitare altri[20] – sembra dar luogo a un meccanismo che va avanti da solo e che, una volta avviato, non è semplice da fermare.

Quello che succede o può succedere – o forse sta succedendo – è che la Costituzione, ispirata al pluralismo ideale, irretisca la società in una "comunità globale" mediante una serie di innumerevoli grandi principi, tratti dalla carta costituzionale per essere interpretati ed applicati giuridicamente. Con il che, la tecnica pluralista verrebbe a sostituire, al mito dell'onnipotenza, in confronto alla società, dello Stato sovrano – non più supremo, come lo era stato per Santi Romano – l'onnipotenza del diritto costituzionale. La Costituzione "pluralista" riprenderebbe essa stessa il cammino che la sovranità statale non aveva concluso con successo: inseguendo ogni conflitto sociale per neutralizzarlo e metterlo a tacere, essa si farebbe *totale*, non lasciando alcunché di impregiudicato nella società e assorbendo in sé la stessa pluralità degli ordinamenti giuridici (secondo il concetto romaniano). Alla "tecnica monista" dello statalismo potrebbe succedere, sotto le mentite spoglie del "pluralismo tecnico", la "tecnica monista" della Costituzione, che finisce per caricare il diritto costituzionale di compiti inesauribili e illimitati.

4. Per una rivalutazione del "pluralismo" (e del regionalismo) di fatto"

L'alternativa a questo disegno di un diritto costituzionale totale, se c'è o se può esserci, può solo far capo a una rimeditazione delle premesse di partenza delle dottrine pluraliste della Costituzione, a cominciare da quelle sul pluralismo di fatto, che avrebbe in sé "il bene e il male" e non sarebbe, per questo solo motivo, meritevole di apprezzamento. Scartando le rozze e semplificanti riproposizioni delle dottrine del neo-liberismo, bisognerebbe isolare e salvare il nucleo insopprimibile di "realismo" che esse professano, allorché sostengono che anche nel pluralismo tecnico, e per riflesso in quello ideale, possono annidarsi "il bene e il male", non meno che nel pluralismo di fatto. Il pluralismo di fatto potrebbe allora essere riconsiderato in sé, in quanto sintesi storica di ciò che la società ha saputo esprimere, come una manifestazione da non collocare giocoforza in posizione d'inferiorità di fronte ai vincoli che impone, o può imporre, la tecnica pluralista del diritto costituzionale. E ciò anche quando il manifestarsi del pluralismo di fatto – come fatalmente accade – assuma parvenza giuridica, traducendosi in diritto a somiglianza degli ordinamenti pluralistici di Romano, indipendentemente dalla Costituzione[21].

---

20 N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, pp. 46 ss.

21 F. Viola, *Il modello hobbesiano di consenso politico e il pluralismo contemporaneo*, in C. Giurintano (a cura di), *Potere e forme del consenso nella storia del pensiero politico*, Pisa, 2023, pp. 57 ss. La conclusione dell'A., per cui "se consideriamo il pluralismo non solo come un dato di fatto ma anche come un valore, dobbiamo affermare che la legge non è fatta né dalla verità, che esclude, e neppure dall'autorità, che impone, ma dalla ragionevolezza che è inclusiva e persuasiva quanto più possibile" (p. 70), può valere senza intralcio anche per la Costituzione; almeno se si condivide che nessuna "tecnica

In altre parole, caduta l'illusione dello Stato sovrano, la Costituzione, operando come interpretazione e applicazione della Carta costituzionale, potrebbe diventare costitutiva della società e del diritto solo nel senso di un'entità che non riconosce alcuna autorità fuori o al di sopra di sé stessa, e non, come lo era per l'entità statale intesa quale "organismo materialmente omogeneo"[22], nel senso di risucchiare in sé l'intera società e il suo ordine giuridico. Non si tratterebbe, per questa via, di bandire o minimizzare ogni ingerenza costituzionale nel pluralismo di fatto: bensì, più modestamente, di riconoscere che il pluralismo di fatto, quale storicamente realizzato nella società, possa avere, nel bene e nel male, pari dignità rispetto al pluralismo tecnico, e cioè rispetto al pluralismo quale contenuto positivo della Costituzione. Si tratterebbe di ammettere che la Costituzione pluralista ha lo stesso titolo, e non un titolo maggiore, rispetto al pluralismo di fatto, nel discernere i gruppi o gli individui da favorire e quelli da limitare.

Ciò porterebbe a ritenere che il diritto costituzionale, in quanto tecnica pluralista, debba essere esso stesso da intendersi come limitato: debba darsi confini tangibili e passativi – benché mobili e variabili secondo i momenti storici – nel manomettere il pluralismo di fatto e nell'intromettersi nei rapporti sociali. Non tutti i conflitti sociali, anzitutto, dovrebbero essere rimessi o rimettibili giocoforza al diritto costituzionale. Affinché il "pluralismo" come "fatto" conservi uno spazio proprio in cui potersi esplicare, occorrerebbe che vi fossero conflitti sociali i quali, magari formando oggetto di controversie giuridiche, rimangano costituzionalmente irrilevanti, sfuggendo così alla signoria della Costituzione.

In tal modo, la questione dell'intreccio inscindibile tra doveri, obblighi e soggezioni reciproche potrebbe essere sdrammatizzata, così come lo stesso regionalismo e la sussidiarietà – orizzontale e verticale – mediante un impiego più temperato o moderato delle carte costituzionali. Si tratterebbe di mirare a separare, per quanto obiettivamente possibile, ciò che spetta alla Costituzione e ciò che spetta alla società, nelle sue autonome manifestazioni anche di indole giuridica. Le carte costituzionali dovrebbero divenire strumenti per precostituire i confini, e non solo per costituire gli indirizzi, con i quali il sistema costituzionale – quale sistema distinto da quello sociale e con esso da altri sistemi di rapporti, anche giuridici – può efficacemente contribuire a garantire e promuovere i diritti delle persone.

Ben potrebbero dunque rimanere fuori del perimetro del diritto costituzionale, non al suo interno, interrogativi cruciali, che sono stati e saranno di grande momento per la società e per la politica italiana: ad esempio, se la Costi-

---

pluralista" autorizzi a ricollocarvi, sotto il pretesto del "pluralismo ideale", la massima per cui "l'autorità, non la verità, fa il diritto" (si noti difatti, *ibidem*, alla n. 39, il dissenso dell'A. dalla posizione di U. SCARPELLI, *Auctoritas non veritas facit legem*, in *Rivista di filosofia*, 1984, pp. 29 ss.).

22 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, X ed., p. 19.

tuzione contempli un regionalismo "duale" (competitivo) o "cooperativo"; se l'eguaglianza significhi uniformità del godimento dei diritti su tutto il territorio nazionale, sicché tra eguaglianza e autonomia si deve postulare l'esigenza di un compromesso (o *trade-off*, come afferma la Corte nella sentenza n. 192 del 2024) e altri, analoghi quesiti. Con ogni probabilità, l'irrobustimento delle autonomie regionali sarà sempre prospettato da taluni alla stregua di un allargamento dei diritti e delle libertà; mentre altri, e non del tutto a torto, intravvederanno l'eventualità che il rafforzamento dei poteri regionali conduca all'eclissi delle libertà e di alcuni diritti sociali costituzionalmente protetti.

5. Qualche considerazione conclusiva

A ben vedere, più che di princìpi, il Titolo V della Costituzione sembra ricco di "vicoli ciechi", per chi coltivi l'aspirazione a cogliervi l'essenza di un progetto regionalista: la funzione legislativa statale è esercitata collettivamente dalle due Camere (art. 70), ma può svolgersi validamente soltanto nelle materie elencate dall'art. 117, comma 2, salvo intesa con le Regioni. L'attività legislativa regionale, invece, può svolgersi anche fuori dalle materie di competenza statale e regionale concorrente (art. 117, comma 4), ma la sua competenza "residuale" non significa che essa sia equiparabile a quella statale[23], per il banale rilievo che gli statuti e le leggi regionali hanno efficacia soltanto nel territorio regionale e, stando all'orientamento della Corte costituzionale, non possono disciplinare funzioni di amministrazioni pubbliche statali; al contrario la legge statale, nelle materie di propria competenza esclusiva, può disciplinare le funzioni delle amministrazioni regionali, oltre che di quelle locali. L'organizzazione dei pubblici uffici secondo disposizioni di legge (art. 97), quando si risolve nel conferimento di funzioni, non segue un criterio collegato al riparto di competenze legislative, ma si esercita attraverso un "ascensore" che parte dal piano dei Comuni e si ferma là dove richiesto dal parametro dell'adeguatezza, che nega qualsiasi preferenza per l'uno piuttosto che per l'altro livello di governo. L'eguaglianza sostanziale e i diritti sociali vedono impegnata la Repubblica e nessun altro: non vi è diritto sociale, nella Costituzione, affidato alla responsabilità di uno solo dei soggetti di cui all'art. 114, i quali non sono neppure essenziali a tale garanzia, come dimostra l'art. 118, comma 4, se correttamente inteso.

L'impressione complessiva è quella di una Carta costituzionale in cui la legittimazione dei pubblici poteri appare obbiettivamente disarticolata. Ma dire questo vale quanto riconoscere che la riforma del 2001 ha prodotto – e che tale sia stato l'intento dei (più giovani) "costituenti", è altro problema – una Costituzione "accorciata": là dove i diritti e le libertà sono protetti (e svincolati dalla

23 L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 336; cfr. però L. Torchia, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, in Le Regioni, 2002, pp. 343 ss., 345.

soggezione al potere) proprio perché il Titolo V risulta congegnato in modo tale da togliere efficienza all'organizzazione formale delle attività e da lasciare il pluralismo finalmente libero di muoversi nel "fatto".

Rovesciando l'assunto, si potrebbe dire che proprio la sottrazione del testo costituzionale a qualsivoglia chiave di lettura dommatica delle relazioni organizzative tra Stato, Regioni e altri enti territoriali costituisca l'elemento capace di incrementare esponenzialmente le occasioni di garanzia dei diritti individuali. Il che, beninteso, non toglie nulla ai vincoli posti dalle norme costituzionali sulle competenze, a patto che queste ultime non si interpretino più alla luce di precostituiti "schemi", "disegni" o "modelli", che finiscono solo per gettare polvere sul funzionamento dei congegni di garanzia.

Scomparso il "sovrano", diventa non più scontato che talune manifestazioni della produzione giuridica, inclusa la Costituzione, si sollevino al di sopra di tutte le altre, prestandosi ad essere raccolte, grazie a talune prerogative che le connotano unitariamente, in un insieme di regole "sulle fonti del diritto". La legge stessa, anziché presumersi "atto politico" perché più vicina al nucleo del potere "sovrano", potrebbe esser rivestita solamente di quei caratteri, estranei ad altre manifestazioni di produzione del diritto che ad essa conferisca espressamente la Costituzione. Così anche l'amministrazione regionale dovrebbe essere liberata dalla vecchia concezione della legalità, che ne rende un'immagine di funzione confinata all'esecuzione della legge nelle materie di competenza regionale[24], spesso già molto lontana dalla realtà, e reputarsi legittimata ad affrontare in autonomia l'interpretazione dei bisogni delle popolazioni amministrate.

Proprio riguardo all'amministrazione, e all'"indirizzo politico" regionale, non occorre soffermarsi sui tanti esempi che potrebbero essere ritenuti emblematici di quanto si è detto sin qui. Si ponga mente all'erogazione dei servizi in tema di diritto all'abitazione o di servizi socio-sanitari, fino al recente e ancora aperto contenzioso relativo all'organizzazione delle attività di sostegno al rifiuto di trattamenti sanitari o al suicidio medicalmente assistito. Qui non si vuole mettere in dubbio, beninteso, che l'asimmetria del "regionalismo di fatto" possa minacciare l'eguaglianza, il che significherebbe negare l'evidenza – e peraltro, che sia simmetrico il pluralismo tecnico o ideale (tanto meno se predicato della decisione "statale") è tutto da dimostrare – bensì l'assunto che l'eguaglianza sia, oltre che un diritto, un "principio" sull'organizzazione territoriale del potere. Se la premessa è che la Costituzione non reca in sé un progetto politico, ma un insieme di norme da applicare secondo il loro contenuto, la questione muta aspetto. Se non altro, occorrerebbe distinguere tra la titolarità della competenza legislativa regionale, che è limitata da quella statale nei termini in cui la Costituzione lo prevede, dalla legittimazione delle Regioni ad assicurare il godimento dei diritti mediante attività di indirizzo o programmazione i cui schemi orga-

24 G. Mor, *Profili dell'amministrazione regionale*, Milano, 1974; G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, *passim*; sul punto, R. Bin, *Regioni, democrazia, legislazione*, in *Le Regioni*, 2024, p. 249.

nizzativi, come l'esperienza ha dimostrato[25] – talvolta grazie anche alla collaborazione dello Stato – neppure rispecchiano sempre e necessariamente i caratteri della legislazione e dell'amministrazione, essendo il frutto di una permeabilità delle Regioni ad interessi alieni dal sistema della rappresentanza politico-partitica.

Infine, tornando alla legislazione – per concludere in merito alle stesse osservazioni dalle abbiamo cominciato – vi sarebbero ragioni per sospettare, diversamente da ciò che ha ritenuto la Corte nella sentenza n. 192 del 2024, per respingere le censure sull'intera legge n. 86 del 2024, che una legge-quadro statale sul regionalismo differenziato non sia in contrasto con l'art. 116 Cost.

Che la Corte abbia presunto l'identità tra legge e atto "politico", è piuttosto evidente. Che quell'atto sia costituzionalmente legittimo, ancorché non preveduto dall'art. 116, è però da dimostrare. L'art. 116 opera un espresso rinvio alla legge rinforzata, cioè a un procedimento, senza alcun riferimento a una "legge-quadro" o a una legge "di attuazione" che lo preveda. Ma – spiega la Corte – quella legge esaurisce i propri effetti nell'ordinamento dello Stato e non pregiudica il procedimento pattizio imposto dalla riserva di legge rinforzata; perciò non può essere considerata, nella sua interezza, contraria alla Costituzione. Ci fermiamo qui; non senza notare che l'art. 116, interpretato alla stregua di come l'ha interpretato la Corte – al lume, cioè, della teoria pluralità degli ordinamenti giuridici – esprime un rapporto tra sistema costituzionale e sistema giuridico molto diverso da quello che si è cercato qui di sostenere.

25 V. Angiolini, *Gli organi di governo della Regione*, Milano, 1983, p. 58.

LUCA R PERFETTI
professore ordinario di diritto amministrativo
lucaraffaello.perfetti@unipegaso.it

LE REGIONI TRA POTERI E SOCIETÀ

PERCORSI PARTECIPATIVI E CONTESTATIVI POSSIBILI

SINTESI

Crisi delle Regioni, crisi della cultura regionalista, proposte di riforma in senso contrario al disegno costituzionale. Questo il nodo dal quale lo studio prende le mosse. In questa prospettiva – e in modo sintetico – quel che occorre non è affrontare questioni di dettaglio, ma porsi la domanda sulle ragioni profonde della crisi e valutare possibili risposte.
La crisi delle Regioni presenta caratteristiche proprie. Tuttavia, più profondamente, risente della crisi del ruolo delle autorità pubbliche nell'ordinamento neoliberale e nello spostamento concreto del potere al di fuori delle istituzioni.
Assunta questa prospettiva, la possibilità per le Regioni di ritrovare la propria legittimazione risiede nella ripresa dei propri elementi fondanti: autonomia, pluralismo, solidarietà e sussidiarietà. Posti questi quattro pilastri, appare chiaro che le Regioni hanno bisogno di attivare strumenti con i quali creare spazi di soggettività sociale autonoma – e necessariamente contestativa, perché la democrazia si alimenta dal conflitto – e rendersi funzionali al godimento di diritti fondamentali – perché contengono sempre una dimensione collettiva e chi li agisce determina sempre un risultato di interesse generale – nonché di esaltare la funzione amministrativa degli enti locali, applicando massicciamente sussidiarietà, pluralismo e solidarietà, per riconquistare le ragioni dell'autonomia.

ABSTRACT

The crisis of the Regions and of regionalist culture, proposals for reform contrary to the constitutional design. This is the crux of the study.

From this perspective – and briefly – the paper is aimed to point out that isn't time for detailed issues, but to discuss about the underlying reasons for the crisis and evaluate possible responses and proposal.

The crisis of the Regions has its own characteristics. However, more profoundly, it is affected by the one of the role of public authorities in neoliberal order and the concrete shift of power outside the public institutions.

From this perspective, the possibility for the Regions to regain their legitimacy lies in the revival of their founding elements: autonomy, pluralism, solidarity and subsidiarity.

Given these four pillars, it is clear that the Regions shall activate instruments with which to create spaces for autonomous social subjectivity – necessarily contestatory, because democracy feeds on conflict – and to make themselves functional to the fulfillment of what fundamental rights demands – because fundamental rights always contain a collective dimension and those who act on them always determine a result of general interest – as well as enhancing the administrative function of local authorities, applying subsidiarity, pluralism and solidarity on a massive scale, in order to regain the reasons for autonomy.

PAROLE CHIAVE: Regioni – Regionalismo – Pluralismo – Sussidiarietà – Eguaglianza, Democrazia

KEYWORDS: Regions – Regionalism – Pluralism – Subsidiarity – Equality – Democracy

INDICE: SEZIONE I. – I.1. Ordine dei problemi. – I.2. Le Regioni nel sistema costituzionale. – I.3. Autonomie, pluralismo, sussidiarietà, solidarietà. – SEZIONE II. – II.1. Crisi del sistema istituzionale in quanto tale e sue ragioni. – II.2. Crisi del regionalismo come parte della crisi complessiva del sistema e ….. – II.3. (*segue*) sue ragioni specifiche – relativamente: alla relazione con gli enti locali; al potere legislativo; al presidenzialismo spinto ed al funzionamento dell'assemblea; alle esternalizzazioni; alle rappresentanze politiche; alle politiche regionali sulle competenze proprie; ai sistemi di spesa. – SEZIONE III. – III.1. Autonomia e pluralismo (sociale e istituzionale). – III.2. Sussidiarietà e solidarietà. – III.3. Regionalismo possibile. Ipotesi.

SEZIONE I

I.1. Ordine dei problemi

1.1. Le Regioni, per come pensate nel progetto costituzionale, non sembrano in grado di adempiervi senza una reale spinta regionalista; per semplificare: non è data una realtà significativa delle Regioni senza regionalismo (1). Non si fatica ad affermare che le Regioni, dopo i primi decenni di innovazione istituzionale e vivacità legislativa, hanno perso rilievo fin (almeno) dall'inizio del secolo. Così il regionalismo.

Al tempo stesso, le iniziative che sono venute da alcune realtà regionali – o governative in sintonia con esse, come nel caso delle recenti riforme in materia di regionalismo differenziato (2) (fortunatamente infrantosi contro il banco della Corte Costituzionale) (3) – si sono caratterizzate, più che per il progresso del disegno costituzionale in senso autonomista e pluralista, per la sua smentita e la messa in discussione dell'eguaglianza nella garanzia dei diritti fondamentali.

Crisi delle Regioni, crisi del regionalismo e neo-regionalismi che mettono in crisi il disegno costituzionale.

Non mette conto dimostrare queste affermazioni, che potranno certamente trovare qualche opinione dissenziente e, tuttavia, sono molto largamente ritenute (4).

Nemmeno sembra necessario affrontare la discussione circa gli esiti della

1 Ovvio il riferimento a G. PASTORI, *Le Regioni senza regionalismo*, in *Il Mulino*, 2, 1980, 204; si può vedere anche M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*,1994, 1315.

2 Per il bilancio sulla riforma del Titolo V, G. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 2017, 629.

3 Corte Costituzionale, 14 novembre 2024, n. 192.

4 Tra i molti, B. CARAVITA, *Il regionalismo italiano tra crisi e efficienza della amministrazione*, in *Federalismi*, 2018, 2, 1 (ma, anche, *passim*, ID., *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Torino, Giappicchelli, 2002); V. ONIDA, *Le cause profonde della crisi del regionalismo*, in *Le Regioni*, 2012, 792; A. D'ATENA (a cura di), *Regionalismo in bilico. Tra attuazione e riforma della riforma*, Milano, Giuffrè, 2005; R. BIN, *Primo comandamento, non occuparsi delle competenze, ma delle politiche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 203; U. ALLEGRETTI, *Presente e futuro delle autonomie regionali in Italia e in Europa*, in *Le Regioni*, 2016, 12; F. MANGANARO, *La Repubblica delle autonomie. Un mosaico da ricomporre*, Napoli, ESI, 2023.

riforma del Titolo V ([5]), sia perché ormai vigente da un quarto di secolo, sia perché diffusa è la disillusione degli interpreti – fino a far porre il problema, come si dirà, dell'utilità della stessa autonomia legislativa.

Più in generale, nelle osservazioni che seguono ritengo necessario mantenere un andamento affermativo e non argomentativo. Non sembri si voglia fare torto allo spessore dei temi, alle riflessioni preziose disponibili, al pensiero di chi legge. Rinunziare a discutere gli argomenti che si propongono, a confrontarli adeguatamente con i dati di fatto e le riflessioni in argomento è sempre doloroso per chi scrive, come per chi legge. Tuttavia, il quadro che si presenta all'interprete – sempre che si condividano questi punti di partenza – richiede un ragionamento critico che non si limiti a qualche messa a punto delle regole e dinamiche istituzionali esistenti.

1.2. D'altro canto, salvo pagare il prezzo di fingere colpevole cecità, non si faticherà a cogliere un complessivo sviluppo dell'ordinamento generale nel senso dell'alterazione profonda dei caratteri dello Stato-di-diritto (e dello Stato-costituzionale-di-diritto), dell'affermazione dei paradigmi neo-liberali ([6]), della proliferazione della deroga, dell'eccezione, della legge-provvedimento, dell'espansione delle valutazioni discrezionali prive di parametri (se non l'evocazione della sicurezza o dell'interesse nazionali, vale a dire di criteri così generici da poter essere conosciuti solo *ex post*), della compressione delle autonomie e dell'inattuazione del pluralismo e della sussidiarietà. Gli stessi diritti fondamentali, nella loro porzione incomprimibile, hanno subito limitazioni impressionanti ([7]).

L'involuzione autoritaria dei sistemi democratici (o che tali si qualificano) dell'Occidente dall'inizio del secolo è difficile da smentire.

Anche questi, naturalmente, sono punti di partenza opinabili, suscettibili di dissenso e smentita. Tuttavia, non è il nostro scopo fornirne qui una accurata dimostrazione – essendovene di autorevoli e serie, ed avendo provato ad ar-

5 Basterebbe rinviare – anche per i profili comparatistici e l'inquadramento dei problemi – al volume degli atti del convegno di Pavia del Gruppo di Pisa (E. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003*, Torino, Giappicchelli, 2004); più recentemente, A. D'Atena, *Rileggendo l'art. 5 Costituzione,* in *Giur. Cost.*, 2024, 1619; R. Bin, F. Ferrari (a cura di), *Il futuro delle Regioni*, Napoli, ES, 2023; la raccolta di S. Mangiameli, *Il regionalismo italiano. Tra limiti della politica e prospettive di ripresa. Riflessioni dopo le crisi*, Milano, Giuffrè, 2022.

6 Sui suoi caratteri, in sintesi e per tutti, F. Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, Aa. Vv., *Regole e mercato*, II, Torino, Giappichelli, 2017; Q. Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2018; H. Brabazon (a cura di), *Neoliberal Legality: Understanding the Role of Law in the Neoliberal Project*, New York, Routledge, 2016; D. S. Grewal, J, Purd, *Introduction: Law and Neoliberalism*, in *Law and Contemporary problems*, 77 (2014), 1; W. Brown, *Neo-liberalism and the End of Liberal Democracy,* Johns Hopkins University Press, 2003 e, prima, Id., *In the ruins of Neoliberalism. The rise of Antidemocratic Politics in the West*, Columbia University Press, 2019; S. Vogel, *Freer markets, more rules*, Cornell University Press, 1996.

7 Per alcune considerazioni L. R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021.

gomentarla in altre occasioni.

1.3. Laddove questi due punti di partenza appaiano condivisibili – o, almeno, accettabili allo scopo di discuterne – emerge con chiarezza il punto centrale della discussione che si intende proporre.

Democrazia, eguaglianza, libertà, sono impermanenti.

Non è sufficiente che l'ordinamento le preveda e garantisca.

Occorre che, complessivamente, il processo sociale, l'esercizio concreto delle libertà e dei poteri, la realtà dell'ordinamento, ne determinino l'effettiva attuazione. Ove ciò non sia – e non è – la dinamica autoritaria si presenta anche nel perimetro delle democrazie formali ([8]), come la storia insegna.

Volendosi porre il problema delle Regioni – alla confluenza dei tre percorsi della loro crisi, di quella del regionalismo e dei regionalismi anti-egualitari – sembra proficuo verificare se – ed in che modo – esse possano ancora essere elementi istituzionali in grado di realizzare autonomia e pluralismo.

In altri termini, essendo gli enti locali e le Regioni pensati come articolazioni della società la cui autonomia è «*riconosciuta*» dalla Costituzione – e, quindi, resiste al dato costituito (che le, appunto, riconosce) –, in funzione di un ordinamento insieme plurale ed unificato dalle ragioni della solidarietà e attuazione dell'uguaglianza e dei diritti (tanto che le limitazioni di sovranità che ammette – inequivoco l'art. 11 Costituzione – sono ordinate a fini di giustizia e solidarietà), di fronte alla loro crisi mi pare occorra porsi il problema della effettiva possibilità di radicarsi ancora nel pluralismo sociale ([9]) e divenire espressione di quello istituzionale, evitando di mostrare la sola realtà dell'amministrazione decentrata (secondo l'evidente distinzione di cui all'art. 5 Costituzione).

La domanda può essere facilmente articolata in una coppia di interrogativi, riguardanti le ragioni della crisi (rispetto a questa loro natura di espressione di autonomia e pluralismo) e le possibilità di riradicamento, di ritracciamento, alla ricerca di segmenti non disfatti di socialità.

Si anticipa che, quindi, la questione che mi sembra utile porre è se le Regioni possano essere luogo istituzionale di rappresentazione di interessi e di autonomie sociali in grado di produrre soggettività, di garanzia di spazi contestativi, di produzione di decisioni pubbliche (indipendentemente s'esse siano di rango legislativo o amministrativo) non risultanti solamente dagli organi rappresentativi ma derivanti dal decisivo contributo di autonomie e pluralismo sociale.

Non serve eccepire che la mancanza di vivacità delle autonomie istituzionali si confronta con uno stato forse ancor più vegetativo di quelle sociali, con

---

8 Resta fondamentale, M. Horkheimer, T. W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, Fischer, Frankfurt, 1969 (trad. it., Torino, Einaudi, 1975).

9 G. Pastori, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980, ora in *Scritti scelti, cit.,* 275. Più recentemente, A. Simoncini, *La "rivoluzione promessa: le regioni tra nuovi diritti e pluralismo sociale*, in U. De Siervo, N. Antonetti, *Che fare delle regioni*, Roma, Armando, 2014, 119.

un popolo ridotto in gran parte a moltitudine; proprio per questo non penso alla partecipazione organica – funzionale alla rappresentazione istituzionale di società organizzate come la nostra nei primi decenni della Repubblica, fino almeno a trent'anni orsono – o a quella procedimentale – neutra rispetto alla sostanza degli interessi e del loro radicamento sociale, perché necessariamente uguale per tutti.

Sicché si dovrà necessariamente pensare sia a spazi collaborativi che contestativi ed antagonisti, agiti dai (soli) segmenti attivi della società e da potatori di diritti fondamentali che intendano farsene carico. Ove, però, si costruiscano effettivi spazi per la loro espressione, si finirà anche per contribuire al rafforzamento della società, senza la quale diritti e pluralismo – i due reali spazi di reazione all'autoritarismo ed al leaderismo – non saranno affatto in grado di contrastare la concentrazione dei poteri nei vertici dell'esecutivo e, per altro verso, la loro dipendenza da altri esterni al circuito stesso della rappresentanza ed alla sovranità popolare – che, a mio modo di vedere, comunque, non si esprime solamente, né primariamente, nella rappresentanza ([10]).

L'algebra di questo esercizio contiene molte posizioni discutibili e qualche incertezza.

Tuttavia, come anticipato, di fronte ai dati che emergono dall'ordinamento, non sembra utile muoversi intorno a dettagli, operare per manutenzioni o limitate revisioni.

Anticipo fin d'ora che la chiave del ragionamento che si intende proporre è la possibile interpretazione della «*forma repubblicana*» cui si riferisce l'art. 139 Costituzione, con il suo carattere di immodificabilità ([11]).

I.2. Le Regioni nel sistema costituzionale

Non serve, ai fini del nostro discorso, ricostruire dettagliatamente il profilo costituzionale delle Regioni nel nostro sistema. Sono disponibili studi più che affidabili ed autorevoli (anche nella manualistica), cui conviene rinviare.

Ai nostri fini, basterà ricordare solo alcuni tratti caratterizzanti.

Le Regioni, si inseriscono pienamente – attraverso la relazione tra il riconoscimento dell'autonomia, di cui all'art. 5 Costituzione e la previsione che si legge all'art. 114 («*La Repubblica è costituita*») – nel disegno autonomistico in senso pluralista; essendo chiaro che il pluralismo non riguarda solo la dimensione istituzionale («…*dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato*»), ma anche quella sociale. Il pluralismo autonomistico è il tratto decisivo della definizione della Regione in quanto istituzione concorrente («*costituita*») alla Repubblica.

---

10 Sia consentito, solo per i primi riferimenti, rinviare a L. R. Perfetti, *L'amministrazione Repubblicana. Un percorso di ricerca attraverso potere pubblico, sovranità, diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 2025.

11 *Ibidem*.

Proprio questo carattere fonda la capacità di autogoverno delle comunità locali, assicurando alla Regione autonomia politica, statutaria, legislativa, finanziaria ed amministrativa e di concorrere alla vita della collettività nazionale (artt. 75 e 138; 83; 118).

Pluralismo (sociale e istituzionale), autonomia (riconosciuta, come riconosciuti sono i diritti fondamentali) e sussidiarietà. Anche in questo caso, sia verticale – con l'attribuzione, in gran parte inattuata, delle funzioni amministrative ai Comuni («*salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario*» ed in base ai «*princìpi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*» non sia necessario assegnarle all'ente di più larga competenza territoriale) ed il riconoscimento di funzioni proprie e delegate – che orizzontale, con la possibilità che «*l'autonoma iniziativa dei cittadini*» possa determinare «*lo svolgimento di attività di interesse generale*, *sulla base del principio di sussidiarietà*».

I.3. Autonomie, pluralismo, sussidiarietà, solidarietà

Naturalmente, la costruzione pluralista (ed autonomista) si iscrive non solo nello schema dell'art. 5 Costituzione, ma più ancora in quello dell'art. 2. Il pluralismo sociale non può che iscriversi a pieno titolo nelle «*nelle formazioni sociali*» nelle quali la persona – qualsiasi persona – «*svolge la sua personalità*», e richiede «*l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà*». Se non per il richiamo, per me necessario, al criterio di cui all'art. 11 Costituzione – quanto ai portanti della "piramide rovesciata" –, non servirebbe altro per definire i connotati essenziali perché l'istituzione regionale possa dirsi tale.

Nel perimetro del dover essere, la Regione esiste in quanto sia luogo di *autonomia* che si radica nelle formazioni sociali, nel *pluralismo*, che assicuri la soggettività sociale autonoma, che esprime la *sussidiarietà* e svolga l'intera sua attività perché questo circuito di libertà, soggettività, autonomia e poteri assicuri *solidarietà*.

La crisi del sistema nella sua complessità mostra con chiarezza come la contraddizione aperta di questi quattro elementi essenziali determini la crisi delle Regioni, quella del regionalismo, provochi "regionalismi" (ancorché si dubiti profondamente che tali possano essere qualificati) ([12]) contrastanti con la solidarietà.

Poiché la crisi della quale si sta per dire ha radici profonde, determina mutamenti strutturali e non limitati alla nostra realtà nazionale, ha destrutturato la società e alterato profondamente le istituzioni ed i loro modi di azione, nella parte finale di queste brevi riflessioni non si potrà che guardare alla realtà partendo dagli elementi fondamentali appena indicati, correndo il rischio di svolgere considerazioni giudicate estreme. A limitarsi nel perimetro dell'esisten-

12 Sul punto, G. Ferrara, *Eguaglianza e federalismo (ovvero del federalismo virtuoso e di quello perverso)*, in Iuris vincula. *Studi in onore di Mario Talamanca*, Napoli, Jovene, 2001, 157.

te non si potrà che constatare che le Regioni non corrispondono più alla loro natura – osservazione non difficile e singolarmente inutile.

Sezione II

II.1. Crisi del sistema istituzionale in quanto tale e sue ragioni

Se il nostro sistema istituzionale è costruito secondo le direttrici che si sono appena richiamate – e che possono presumersi note –, non ci si può nascondere che la sua evoluzione, almeno dall'inizio di questo secolo, sia andata in direzione largamente difforme. Né si tratta di un fenomeno patologico nazionale, perché i fattori di trasformazione operano a livello globale e gli effetti negli altri ordinamenti occidentali non sono troppo diversi.

Sono ormai largamente disponibili e diffusi studi che dimostrano con dovizia di dati le ragioni della trasformazione. Pertanto, anche per questa parte della trattazione, mi permetterò di operare più per affermazioni che per dimostrazioni.

In primo luogo, si è determinato il superamento del pluralismo democratico ([13]) ad opera del neoliberismo tecnocratico ([14]) – vale a dire della concentrazione tra finanza globalizzata, disponibilità di conoscenze e tecnologie, dominio sulla teoria dell'organizzazione politica oltre gli Stati ([15]).

Si tratta di una concentrazione – realizzata in dimensioni di potere e ristrettezza di tempi senza pari – di risorse di conoscenza, disponibilità tecnologiche, ricchezza finanziaria, controllo di debito pubblico, influenza sul sistema della comunicazione, della ricerca (incluse università, fondazioni e *think tank*), sintesi del liberalismo economico della destra ([16]) e di quello culturale e sociale della sinistra politiche ([17]), basato sull'arbitraggio tra i sistemi legislativi nazio-

---

13 Per una critica d'insieme, M. Lindt, *The new class war. Saving Democracy form the Metropolitan Elite*, London, Atlantic Books, 2020.

14 Per le radici dell'affermazione del neoliberismo tecnocratico, resta da esaminare, Q. Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2018. Ulteriori riferimenti circa la saldatura con le tecnoscienze in M. Ylonen, L. Pellizzoni, *Neoliberalism and Technoscience*, New York, Rutlege, 2012.

Successivamente, soprattutto J. E. Stiglitz, *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, New York, W.W. Norton, 2012. Una diversa prospettiva in R. Kuttner, *Can democracy survive global capitalism?*, New York, Norton, 2018. Per un profilo di particolare interesse, S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, PublicAffairs, 2019 (sul quale G. Tropea, *Recensione a S. Zuboff (con una postilla su Privacy e Covid-19)*, in questa *Rivista*, 2020, 479.

Più recentemente, I. Sánchez-Cuenca, *Neoliberal technocracy. The challenge to democratic self-government*, New York, Rutledge, 2020.

15 D. Rodrik, *The Globalization Paradox: Democracy And The Future Of The World Economy*, New York, Norton, 2012.

16 Per l'approccio anarco-liberista, N. Murray, *Power and market: government and the economy*, Kansas City, Sheed Andrews and McMeel, 1977.

17 Ancora M. Lindt, *The new class war. Saving Democracy form the Metropolitan Elite*, cit.

nali ([18]) – con loro armonizzazione (volutamente) solo settoriale ([19]) –, di tassazione ([20]), del costo del lavoro ([21]), quando non anche dell'immigrazione ([22]).

Una concentrazione in grado di destrutturare la società (e, particolarmente, le sue organizzazioni del pluralismo, come partiti e sindacati, superando la composizione interclassista dei gruppi di pressione ([23])), dominare il processo politico, mettere in crisi le democrazie, ottenere il ritrarsi delle politiche pubbliche del lavoro – e in misura minore, dei servizi –, originare privatizzazioni ([24]) e liberalizzazioni ([25]), ottenere regolazione indipendente dal processo politico rappresentativo ([26]) – con il risultato di produrre margini inauditi fino a qualche decennio prima ([27]) e concentrare ancora di più ricchezza e potere di influenza.

Questi processi – dal punto di vista giuridico – si sono compiuti per lo più in àmbito sovrannazionale ([28]), sia attraverso accordi e trattati, sia per mezzo dell'affermazione di standard, nonché con l'influenza sia sui luoghi di produzione del pensiero – con affermazione di idee che sono poi proliferate, anche attraverso il controllo degli organi di informazione, nel dibattito pubblico.

Per la loro, non piccola, porzione domestica, non si può non rilevare che

---

18 H. Brabazon (a cura di), *Neoliberal Legality: Understanding the Role of Law in the Neoliberal Project*, New York, Routledge, 2016.

19 Emblematico il caso dei brevetti nel settore farmaceutico, in relazione a tempi e costi per la ricerca come elementi in conflitto con l'accessibilità dei farmaci; sul tema, J. Nielsen, *Reach-Through Rights in Biomedical Patent Licensing: A Comparative Analysis of their Anti-Competitive Reach*, in *Federal Law Review*, 32(2), 2004, 169.

20 Per un quadro comprensivo, M. Hearson, T. N. Tucker, *An Unacceptable Surrender of Fiscal Sovereignty: The Neoliberal Turn to International Tax Arbitration*, Cambridge University Press, 2021, disponibile in open access: *"An Unacceptable Surrender of Fiscal Sovereignty": The Neoliberal Turn to International Tax Arbitration | Perspectives on Politics | Cambridge Core*.

21 Q. Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, cit.

22 Per un'analisi delle scelte in materia come strumento di politica economica ed effetto sulle organizzazioni dei lavoratori, si veda P. Martin, *Importing Poverty? Immigration and Changing face of Rural America*, new Haven, Yale University Press, 2009.

23 M. Lind, *op. ult. cit.*, da 75.

24 Per il caso emblematico delle imprese incaricate di pubblico servizio, si possono vedere, C. De Vincenti, A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità* Bologna, Il Mulino, 2006 e, sempre nella prospettiva del mercato concorrenziale G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.

Per una prospettiva molto differente sia consentito rinviare a L. R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001.

25 Per i riferimenti, R. Cafferata, M. Martellini, D. Velo (a cura di), *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2007 e A. Colavecchio, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario: alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Bari, Cacucci, 2001

26 Naturalmente, il dibattito sulla regolazione indipendente e la sua funzionalizzazione al diritto neoliberale è molto vasto, sicché non mette conto riferirne qui e discuterlo; recentemente, comunque, J. B. Baker, *The Antitrust Pardigm. Restoring a Competitive Economy*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 2019.

27 Tra i molti, per i dati empirici, M. Lindt, *The new class war. Saving Democracy form the Metropolitan Elite*, cit.

28 In argomento, S. Cassese, *Oltre lo Stato,* Roma – Bari, Laterza, 2006.

i legislatori nazionali hanno improntato la loro produzione normativa ai caratteri del diritto neoliberale: (*i*) proliferazione delle norme primarie con discipline *ad hoc* per singolo segmento o settore economico, quando non relative a specifiche operazioni ([29]) – attraverso, soprattutto, le leggi-provvedimento ([30]), che assicurano una ridotta critica giurisdizionale ([31]), l'applicazione di una disciplina specifica; (*ii*) enfasi delle clausole generali – sicurezza, interesse nazionale, *vel similia* – consegnando a scelte discrezionali (sostanzialmente insindacabili) del potere esecutivo segmenti molto significativi del processo economico, comprimendo diritti fondamentali o la tutela di beni e interessi costituzionalmente protetti ogni volta che fosse utile – tutto ciò quando non si è semplicemente delegificato e consegnata capacità di deroga alla legge a favore di agenzie amministrative ([32]) o ai poteri impliciti di quelle indipendenti ([33]); (*iii*) frequente ri-

29 Per una più ampia dimostrazione, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Biopolitica e diritto pubblico. Discorso franco e necessario*, in G. Tropea, L. Buffoni (a cura di), *Biopolitica e diritto pubblico: un binomio impossibile?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025, 135

30 *Amplius,* L. R. PERFETTI, *Massnahmevorschriften and Emergency powers in contemporary Public Law*, in *The Lawyer Quarterly*, X (2020), 23 – e, successivamente, ID., *Biopolitica e diritto pubblico. Discorso franco e necessario*, *cit*.

31 Per maggiori considerazioni, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Crisi di impresa ed interesse pubblico tra amministrazione e giurisdizione*, in *Rivista di diritto bancario*, 2023, 223 e ID., *Public interest and Bankruptcy between Administration and Jurisdiction*, in *The Lawyers Quarterly*, 2023, 209.

32 Basterebbe pensare all'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, che nella sostanza è un organismo governativo privo di indipendenza, posto sotto l'alta direzione del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.l. 14 giugno 2021, n. 82, art. 2) che presiede il Comitato interministeriale per la cybersicurezza (d.l. 14 giugno 2021, n. 82, art. 4), il cui regolamento di funzionamento è adottato anche in deroga all'art. 17 della l. 400/1988 (d.l. 14 giugno 2021, n. 82, art. 4); poiché si può valere della deroga appena richiamata, il risultato è che provvedimenti amministrativi dell'agenzia possono assumere il rango di regolamento indipendente, sicché – ad esempio – il DPCM 14 aprile 2021, n. 81 (un atto amministrativo) ha dettato – ad esempio all'art. 7 – le disposizioni relative alle misure di sicurezza con il rinvio ad una tabella in appendice, suscettibile di essere di tempo in tempo modificata con altri semplici DPCM, per fissare il livello di sicurezza cibernetica delle informazioni attinenti dati personali come quelli sanitari – con il risultato che un atto amministrativo, senza alcuna relazione con la legge, assume valore di regolamento indipendente (vale a dire quelli di cui alla lettera *c*) del co. I, dell'art. 17) nel disciplinare materie che attengono direttamente a diritti fondamentali – e che possono conformare l'assetto economico degli operatori del settore, modificando i livelli di sicurezza e, quindi, la capacità di essere forniti da operatori dei due diversi mercati del *public* o *private cloud*.

33 Si tratta di un profilo particolarmente critico, anche in ragione di una sostanziale legittimazione che viene dalla giurisprudenza – in ordine alla quale più di una critica potrebbe essere argomentata, pur non essendo questa la sede. Resta comunque importante l'opera di prima sistemazione del problema che si legge nei contributi di N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quad. cost*., 2006, 276; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. Amm*., 2007, 703.

corso alla deroga, all'eccezione ([34]), all'evocazione della sicurezza ([35]), alla normazione tecnica ([36]), alla disapplicazione di tutte le norme dell'ordinamento generale a fronte di emergenze (vere o presunte) ([37]) o priorità indicate dalla singola decisione governativa ([38]) trasformata in legge da un Parlamento sempre più dipendente dalla sorte dell'Esecutivo; (*iv*) trasferimento di decisioni strategiche dal legislatore alla giurisdizione ([39]) o a corpi amministrativi – se del caso composti da magistrati – in grado di agire in modo indipendente dal potere politico ([40]).

Indebolita la società nelle sue strutture di base, la reazione non è stata quella del pluralismo democratico, ma del populismo – con i suoi effetti sull'organizzazione amministrativa ([41]) – che, tuttavia, non può essere letto come uno schema di strutturazione della società, dell'economia, della politica, della cultura e del sistema istituzionale, quanto piuttosto come una confusa reazione, contraddittoria al suo interno.

II.2. Crisi del regionalismo come parte della crisi complessiva del sistema e …

In questo contesto complessivo, il regionalismo mostra ragioni di crisi che derivano direttamente da quella del sistema.

In *primo* luogo, la scala dei problemi che i poteri pubblici si trovano ad affrontare trova nello Stato nazionale un'entità fin troppo piccola per essere adeguata. La dimensione delle questioni rilevanti e la competizione tra sistemi è globale, sicché la stessa autorità centrale si trova costretta a rinunziare ad àmbiti

---

34 Si vedano, particolarmente, i capitoli conclusive di A. Ong, *Neoliberalism as Exception: Mutations in Citizenship and Sovereignty*, Duke University Press, 2006; per maggiori considerazioni L. R. Perfetti, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *questa Rivista*, XI (2/2022), 227.

35 Sul punto è sempre utile F. Rota, *Sicurezza, Ordine pubblico e Polizie. Evoluzione dei concetti e riorganizzazione del sistema per la tutela della libertà sullo sfondo della "nuova" amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; per più recenti osservazioni sia consentito anche il rinvio a L. R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, *cit.*, e Id., *L'amministrazione repubblicana*, *cit*.

36 F. Fischer, *Technocracy and the politics of expertise*, London, Sage, 1990; ma serve sempre esaminare il risalente ragionamento di C. Schmitt, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in Id., *Le categorie del politico*, Bologna, 1998, Il Mulino, 178

37 Sull'emergenza, di recente, con ampia illustrazione degli istituti nel diritto positivo italiano – sia pure cui si aggiunge l'idea di costruire l'emergenza come generale fonte del potere, cosa su cui si conservano delle perplessità – si veda il contributo di G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, Napoli, ES, 2023.

38 Basterebbe anche solo riferirsi alla recente L. 13 giugno 2025, n. 89, frutto di un ddl governativo, attraverso la quale si subordina qualsiasi attività "*in materia di economia dello spazio*" ad un'autorizzazione governativa il cui unico parametro è l'interesse nazionale per come valutato dal Governo stesso – in modo sostanzialmente insindacabile.

39 R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Collapse and revival of American Community*, Cambridge, Harward University Press, 2004.

40 Emblematico, C. Sunstein, *How Change Happens*, Cambridge, MIT Press, 2019.

41 Sulla questione A. Barone, *Sul populismo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2023, 327.

di competenza a favore di soggetti continentali – come l'Unione Europea per noi – o di natura privata. Ovvio che la dimensione istituzionale delle Regioni sia ancora più inadeguata.

In *secondo* luogo, proprio le caratteristiche del diritto neoliberale determinano una concentrazione senza precedenti al livello governativo centrale. L'enfasi dell'emergenza – quando non circostanze davvero straordinarie, come di recente eventi bellici – determina lo spostamento al livello del governo centrale di decisioni – spesso di rango legislativo, puntualmente convertite in legge da un Parlamento debolissimo – che non di rado appartengono alla Regione o, almeno, avrebbero richiesto il suo concorso. In questo senso, è interessante la frequentissima nomina di commissari straordinari ([42]), non solo per eventi calamitosi, per la localizzazione di impianti energetici, la soluzione di crisi industriali con importanti risvolti sulla salute pubblica, la realizzazione di eventi, sempre con potere di derogare a norme di legge (anche regionale) dettate in settori di sicura competenza delle Regioni.

Più in generale, in *terzo* luogo, l'evoluzione delle culture e rappresentanze politiche – a fronte di una storica debolezza di quelle regionali ([43]) – e la destrutturazione della società, hanno fatto sì che l'elezione delle rappresentanze regionali avvenisse frequentemente in ragione di un dibattito pubblico concentrato su questioni nazionali o sovranazionali, quando non è accaduto che la stessa proposta dei candidati regionali riguardasse àmbiti estranei alle competenze della Regione ([44]).

II.3. (*segue*) sue ragioni specifiche – relativamente: alla relazione con gli enti locali; al potere legislativo; al presidenzialismo spinto ed al funzionamento dell'assemblea; alle esternalizzazioni; alle rappresentanze politiche; alle politiche regionali sulle competenze proprie; ai sistemi di spesa

Non mancano, peraltro, fattori specifici di indebolimento del disegno regionalista che derivano dall'evoluzione delle istituzioni regionali.

Innanzitutto, dal punto di vista istituzionale e del coordinamento con gli enti autonomi, non è difficile reperire opinioni dottrinali che consentono di mettere in luce cause ed effetti di una sorta di centralismo regionale a danno dei Comuni ([45]); nello stesso senso, la previsione di cui all'art. 123 Costituzione

---

42 Per l'analisi di dettaglio, G. MANCINI PALAMONI, *Potere amministrativo d'emergenza*, *cit*.

43 Tra i molti, R. BIN, *Regioni e partiti politici*, in *Le Regioni*, 2014, 317; per alcune considerazioni circa questo profilo della debolezza del regionalismo nel pensiero di Pastori, G. SCIULLO, *Giorgio Pastori: regionalismo e regioni*, in *La Regione del Veneto. Il futuro estratto dai fatti 1970-2020,* Venezia, Marsilio, 2020.

44 Significativo è il caso delle ultime elezioni nella Regione Toscana, nelle quali il programma del candidato poi eletto presidente prevedeva l'eliminazione basi NATO dal territorio regionale.

45 Sul punto, G.C. DE MARTIN, *La funzione amministrativa tra Regioni ed enti locali*, in *Diritto pubblico*, 2005, 982 e F. MERLONI, *Il paradosso italiano: federalismo ostentato e centralismo rafforzato*, in

relativa al Consiglio delle autonomie locali (organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali) non ha soddisfatto le aspettative ([46]). L'idea complessiva della Regione come ente di programmazione e coordinamento che, nel rispetto del principio di sussidiarietà verticale, conservi in capo ai Comuni competenze, risorse e azione amministrativa, manifesta segni di grande difficoltà ([47]).

In *secondo* luogo, esaminando la legislazione regionale – la cui sostanza è più quella di atti amministrativi generali cui si assicura la forza di legge e con scarsa capacità di sperimentare – si coglie immediatamente il decadimento rispetto alla stagione degli inizi della vicenda regionale.

Sul piano istituzionale, in *terzo* luogo, non si può non rilevare che l'elezione diretta del Presidente della Regione determini una concentrazione nel vertice dell'esecutivo senza pari e renda il funzionamento del Consiglio Regionale funzionale alla prosecuzione del suo mandato, senza una reale autonomia dell'assemblea elettiva ([48]). In alcune Regioni, in *quarto* luogo, questa situazione è esacerbata dall'esternalizzazione – prevalentemente in società di capitali a controllo regionale – di intere funzioni; giacché l'espressione della volontà del socio (la Regione) è prerogativa dell'esecutivo, il Presidente dispone di una leva significativa per svuotare di competenze gli stessi dicasteri regionali.

In *quinto* luogo, proprio perché non si è mai costituita un'organizzazione politica regionale – se non nelle Regioni o Provincie autonome dotate di autonomia speciale –, nel quadro della destrutturazione della società e dell'indebolirsi delle sue rappresentanze elettive, il personale politico regionale non ha brillato per capacità innovativa sia sul versante delle competenze legislative che di quelle programmatorie. *Infine*, pur disponendo di competenze proprie in materie di sicuro rilievo sociale (basti pensare alla sanità), le politiche regionali – salva la prosecuzione di alcune esperienze iniziate nel Novecento – non hanno presentato in questi ultimi due decenni significative innovazioni o sperimentazioni, sicché la spesa (specie quella sanitaria), pur ingente, è stata sostanzialmente amministrata come vincolata ([49]), senza esprimere politiche originali o profittarne per aprire spazi – ad esempio, attraverso il ricorso alla sussidiarietà orizzontale ([50]) – di ricomposizione della società.

Le regioni, 2005, 469.

46 L. Buffoni, A. Cardone, *La rappresentanza politica delle istituzioni territoriali della Repubblica*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2016, 47.

47 Per l'ordine del sistema, G. Pastori, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 475.

48 C. Pinelli, *La crisi dei Consigli regionali e i circuiti fra Stato e Regioni*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, Jovene, 2008, 1778.

49 Sempre utile è G. Pastori, *La nuova specialità*, in *Le Regioni,* 2001, 487.

50 In tema, G. Pastori, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Diritto Pubblico*, 2002, 15. In termini generali (e con diversità di approccio), P. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, Torino 2008 e Q. Camerlengo, *art. 118 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Giappicchelli, 2006, vol. III, 2333. Sul principio in quanto tale, P. Duret, Status activae civitatis. *Nuovi orizzonti della sussidiarietà*

Sezione III

III.1. Autonomia e pluralismo (sociale e istituzionale)

La struttura portante della Repubblica – della «*forma repubblicana*» – consiste nel coordinarsi dei diritti della persona (in fondo, autonomie personali), del pluralismo sociale e di quello istituzionale. L'insieme di queste autonomie sono «*riconosciute*» dal testo costituzionale, dall'atto costituente. Quindi, senza ricorrere a finzioni mitiche o a supposti diritti naturali, c'è un dato di diritto positivo difficilmente eludibile in ragione del quale l'insieme di queste autonomie si trattiene permanentemente, quanto almeno al loro contenuto essenziale, nella sovranità, nel costituente. Il tratto immancabile delle Regioni è il pluralismo autonomista.

Ne derivano tre conseguenze: la *prima*, scontata, è che il dato costituito non potrà contrastarvi (finisce per essere poco altro che il principio della preferenza della Costituzione nella teoria delle fonti); la *seconda*, meno consueta, è che l'intero sistema dei poteri costituiti è funzionalizzato a ciò che si trattiene nella dimensione sovrana – sicché, stante che solo una parte della sovranità è esercitata attraverso la legittimazione degli organi elettivi, amministrazione e giurisdizione non sono funzione della politica, ma della società; la *terza*, ancor meno diffusa tra i giuristi – che hanno un'indole fondazionista, sicché una volta fondate (si vorrebbe, permanentemente) le istituzioni su qualche regola, mito o finzione, le si vorrebbero funzionanti senza doversi più confrontare con la legittimazione popolare del momento costituente –, è che il complesso istituzionale è impermanente, perché ad essere permanente è ciò che si trattiene nel costituente; tuttavia, nel suo permanere nella sovranità – funzionalizzando l'insieme dei poteri costituti – in essa, altrettanto permanetemente, muta e si trasforma con l'emergere di nuove dimensioni dei diritti o espressioni pluraliste di socialità, sicché la sua permanenza è di efficacia rispetto al sistema costituito e non di contenuti.

La «*forma repubblicana*», però, non è data solo dall'insieme delle autonomie personali, sociali e locali ([51]). Rileva anche il loro coordinamento. Nello schema della "piramide rovesciata" (dalla persona, vertice posto in basso, all'ordinamento internazionale, base che si trova in alto), che spiega l'art. 2 Costituzione, non basta l'apertura a «*livelli di socialità progressiva*» ([52]), occorre anche dare ragio-

---

orizzontale nel community empowerment, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

51 Restano fondamentali G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, Cedam, 1969, *passim*, e G. Pastori, *Gli enti comunitari. Profili generali*, in *Archivio ISAP 1962*, Milano, Giuffrè, 1962, ora anche in *Scritti Scelti*, I, Napoli, Jovene, 2010, 1.

52 E. Cheli, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, 32, che ricostruisce la genesi della proposta (di Aldo Moro al presidente Ruini in un gruppo ristretto) della forma geometrica della piramide rovesciata da dare alla Costituzione, «*un profilo di piramide rovesciata, secondo il criterio della socialità progressiva*».

ne dei criteri di coordinamento tra questi stessi livelli ([53]).

Da questo punto di vista, proprio la forma verbale dell' «*aprirsi*» a livelli di socialità progressiva, afferma con chiarezza che il coordinamento è alimentato da sussidiarietà, solidarietà ed eguaglianza.

La sussidiarietà (orizzontale e verticale) è il criterio distributivo delle competenze. La solidarietà è la ragione dell'apertura, il criterio in ragione del quale si muove al livello più allargato della piramide (di nuovo, il riferimento necessario è all'art. 11 Costituzione ed alle ragioni per le limitazioni della sovranità nazionale). L'eguaglianza è il criterio sia di predeterminazione dei compiti e dei poteri (che dovendo assicurare l'eguaglianza, nascono limitati ([54]) -), che di conseguimento degli obiettivi (che non potranno smentirla) ([55]).

Del resto, tutto ciò è coerente con la fondazione dell'edificio sulla persona umana. Proprio perché si tratta di un concetto centrale e fondativo, non è consentita alcuna ambiguità o imprecisione intorno ad esso. Si tratta della persona cui allude l'art. 2 Cost., dell'essere umano nella sua complessa realtà storica, della persona reale, concreta, vivente; e dei suoi continui cambiamenti e con essi, quelli della sua soggettività sociale e della società nella sua complessità. Non è una nozione astratta, non si allude all'individuo ideale della tradizione liberale, ma della creatura vivente, materiale. Si tratta dell'ente che la filosofia tedesca, in reazione all'idealismo, ha iniziato a riscoprire nella sua storicità e materialità ([56]). È pur vero che la «*nozione di persona (o nell'insieme di quelli che sono i beni attinenti alla persona) certo nella Costituzione è più sottesa che specificata, ed è tutta da costruire (secondo anche possibili diverse concezioni)*» e, tuttavia, essa «*resta sempre l'unico centro unitario cui riferirsi*» ([57]). Anzi, per quanto presupposta, la finalità ultima dell'organizzazione è quella «*del rispetto della dignità e della libertà della persona*

---

53 Intendo riferirmi all'intervento di Aldo Moro in Assemblea Costituente del *14 marzo* 1947, quando afferma – come da resoconto stenografico agli atti dell'Assemblea – «*io insisto, onorevoli colleghi, su questo punto: quello dei raccordi da stabilire, perché, quando noi parliamo di autonomia della persona umana, evidentemente non pensiamo alla persona isolata nel suo egoismo e chiusa nel suo mondo. Non intendiamo — ritorneremo su questo fra qualche giorno, studiando gli argomenti della famiglia e della scuola — non intendiamo di attribuire ad esse un'autonomia che rappresenti uno splendido isolamento. Vogliamo dei collegamenti, vogliamo che queste realtà convergano, pur nel reciproco rispetto, nella necessaria solidarietà sociale*».

54 U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa,* Padova, Cedam, 1965.

55 G. Pastori, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990 riformata*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, 3.

56 Si allude, principalmente, a L. Wittgenstein, *Logisch-philosophische Abhandlung, Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main, Kritische Edition, 1918 (trad. it., Roma-Milano, Fratelli Bocca, 1954); M. Heidegger, *Was ist Metaphysik?*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1929 (trad. it. Milano, Adelphi 2006) e Id., *Sein und Zeit*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1927 (trad. it., Roma-Milano, Fratelli Bocca, 1953); M. Stirner, *Der Einzige und sein Eigentum*, Wigand, Leipzig 1845 (trad. It., Milano, Bompiani, 2018).

57 G. Pastori, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale* in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 1082 – ora anche in *Scritti Scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 511.

umana»([58]).

Si inverte, quindi, la relazione classica tra Stato e società – e la loro stessa linea di separazione. Relazione tra società e potere: «*non è solo che la società debba calarsi nelle istituzioni, ma le istituzioni vengono inversamente inserite nella società come parte di questa*» ([59]); la nostra Costituzione smentisce non solo la separazione tra società e Stato nei termini che ci sono stati consegnati dalla tradizione – e, quindi, sarebbe da aggiungere tra pubblico e privato, tra autorità e volontà, tra interessi pubblici e degli individui, categorie tutte da rileggere ([60]) – ma, propriamente, esclude che il potere costituito abbia funzione di governo della società, giacché «*nella Costituzione* (..) *la società non ha uno Stato che la governa, non è neppure una società che conquisti democraticamente lo Stato che a sua volta la governi, ma una società invece che si fa Stato, che si organizza cioè per governarsi*» ([61]).

Il trattenersi della sovranità nei diritti e nel pluralismo ([62]), rende i poteri funzione diretta della sovranità popolare ([63]) – e limita il còmpito dei poteri costituiti al bilanciamento tra le dimensioni non essenziali delle pretese corrispondenti a diritti ed alla promozione della pienezza ed eguaglianza nel loro godimento ([64]).

In questi termini, con una certa crudezza, si potrà dire che la Regione o è funzione diretta dei diritti della persona e del pluralismo sociale, o è estranea al riconoscimento costituzionale dell'autonomia locale.

Per dirla diversamente, o è espressione del circuito delle autonomie personali, sociali e locali che sono «*riconosciute*» in Costituzione – e come tali permanentemente trattenute, quanto almeno all'autonomia, nella sovranità costituente – o semplicemente è – in ragione della distinzione di cui all'art. 5 Costituzione – un ente di decentramento (sicché vien da chiedersi perché debba disporre di così significativi poteri).

Poste così le cose, se la Regione intende esprimere autonomia, deve essere la risultante di quelle personali e sociali (ed è evidente che la prassi di questi venticinque anni nega che lo sia stata) ([65]).

---

58 G. PASTORI, *Diritti della persona e interesse della collettività nel servizio sanitario nazionale*, in atti del Convegno nazionale sulla riforma sanitaria, Fasano, Grafischena, 1978, 35, ora in *Scritti scelti, cit.*, 219.

59 G. PASTORI, *Stato e società in Italia dal 1948 ad oggi*, in *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Milano, Vita e pensiero, 1981, ora in *Scritti scelti, cit.,* 299 – la citazione è a 301.

60 L. R. PERFETTI, *L'amministrazione repubblicana, cit., passim.*

61 G. PASTORI, *Stato e società in Italia dal 1948 ad oggi*, *cit.*, 303.

62 V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, .

63 G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, .

64 L. R. PERFETTI, *L'amministrazione repubblicana, cit., passim.*

65 La democraticità dei poteri pubblici diviene dall'essere funzione della società ed, anzi, l'applicazione del principio democratico consegue dall'attenzione all' «*ordinamento democratico della società stessa*» (G. PASTORI, *Società e Stato in Italia… , cit.*, 300).

È proprio la politica, la dinamica della rappresentanza, a passare da fondamento a funzione, per via del primato della società: «*le funzioni politiche e quelle pubbliche in genere concorrono a formare il*

Queste affermazioni, però, lasciano in ombra un pezzo del problema: non solo le Regioni sono apparse poco più di un'articolazione di decentramento; s'è già osservato che la stessa società si è disarticolata ([66]).

Sarebbe facile osservare (con un pensiero un po' superficiale, per vero) che le Regioni sono deludenti tanto quanto le società delle quali sono espressione. Troppo superficiale.

Non tutti i portatori dei diritti li agiscono. Non tutte le forme del pluralismo sociale generano soggettività autonoma.

Il fatto che la società sia disarticolata, in ripiegamento come organizzazione della libertà, non equivale a dire che non esistano realtà significative. Tracce di autonomia e pluralismo. Frequentemente espressi nella dimensione antagonista al potere. È in questi luoghi che la Regione deve cercare la sua legittimazione, la sua potenzialità di innovazione e cambiamento, la capacità di esprimersi come autonomia.

Se l'autonomia e il pluralismo istituzionale trovano origine nei diritti fondamentali e nel pluralismo delle formazioni sociali, la Regione deve primariamente assicurare spazi – organizzativi, procedimentali, politici – a quelle porzioni della società che si esprimono agendo diritti e soggettività sociale. In un contesto come quello che sopra si è riassunto, nel quale le stesse istituzioni sono rese spesso funzionali agli interessi della concentrazione di potere esterno ad esse, è agevole osservare che ciò che si richiede perché la Regione sia sorretta da un rinnovato regionalismo è che quest'impegno venga rivolto verso le porzioni della società che si esprimono agendo gli spazi costituzionalmente garantiti, anche in modo contestativo ed oppositivo all'indirizzo politico dell'istituzione locale.

Non è agevole pensare, soprattutto in un contesto come l'attuale, nel quale il modello politico regionale è nettamente maggioritario, sicché sono estremamente ridotti gli spazi per le minoranze e lo stesso dibattito interno all'istituzione è fragile, ad un'istituzione che ricerchi la sua legittimazione nelle aree della società che effettivamente agiscono pluralismo e diritti fondamentali e, quindi, che con ogni probabilità operano in contrasto con l'orientamento dell'istituzione o della maggioranza politica che la guida. Tuttavia, senza questo lavoro di apertura, ben difficilmente la Regione ritroverà il suo statuto fondamentale. Altrimenti, nell'ambivalenza tra autonomia e decentramento le Regioni rischiano di sprofondare definitivamente nella seconda (e politicamente irrilevante) dimensione ([67]).

---

tessuto delle funzioni in cui si comporne l'intera organizzazione della società» (*ivi*, 301), sicché la politica, l'autorità, l'organizzazione amministrativa, sono democratizzate non dalla legittimazione e dalla rappresentanza, ma per ragione d'essere divenute funzioni della società, servizio ai suoi bisogni.

66 Su queste questioni, sia consentito rinviare a L. R. Perfetti, *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2019, 199.

67 Per tutti, G. Pastori, *L'amministrazione regionale in evoluzione*, in *Le trasformazioni dello Stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, Milano, Giuffrè, 2000, ora in *Scritti* scelti, cit., II, 777.

III.2. Sussidiarietà e solidarietà

Se questo vale – a mio modo di vedere – per l'essere delle Regioni, occorre dire dell'agire. Perché vi sia una riaffermazione di senso quanto all'istituzione regionale, serve la radicale applicazione di sussidiarietà e solidarietà – che sembrano, invece, largamente smentite dall'azione regionale di questi decenni.

Sussidiarietà, anzitutto. Agevole osservare che il modello costituzionale di amministrazione si regge sull'idea che si tratti di un ente di programmazione e indirizzo generale, devolvendosi – sulla base del chiaro testo dell'art. 118 Costituzione – i compiti di amministrazione agli enti locali. Solo a fronte dell'inadeguatezza degli enti locali sarà possibile l'esercizio delle funzioni a livello più largo, per garantirne l'adeguatezza.

La misura dell'applicazione della sussidiarietà (verticale), quindi, è solo quella della capacità effettiva d'adempiere al còmpito che la funzione contiene. Sicché sarà possibile far ascendere la competenza solo nella misura del necessario a che diritti fondamentali – con la loro pretesa di soddisfazione quanto alle prestazioni di cui necessitano per essere goduti con pienezza ed eguaglianza – e pluralismo sociale siano soddisfatti. Che questo corrisponda a fare della Regione solo un ente di programmazione, indirizzo e coordinamento non si fatica a capire. Una volta programmati cómpiti, risultati e risorse, è davvero difficile ritenere che non si possa conseguire con l'associazione o il coordinamento dell'azione degli enti territoriali ciò che si pretende di agire direttamente da parte dell'ente regionale.

È più che ovvio il risultato politico di quest'opzione: l'esercizio da parte dei Comuni – da sé o in cooperazione tra loro ([68]), secondo le diverse forme previste dalla legge e quelle che devono ritenersi ammesse sulla base della natura generale della possibilità di accordi tra loro – comporta sia la vicinanza al pluralismo sociale che esprime i bisogni, sia l'esercizio plurale della funzione (essendo ovvio che gli enti locali esprimeranno diversità di rappresentanze politiche, non necessariamente omogenee alle maggioranze regionali). L'attivazione della dialettica sociale e di quella istituzionale circa il concreto dell'agire amministrativo in relazione ai bisogni contraddice platealmente il centralismo regionale quanto all'organizzazione amministrativa delle funzioni; ed afferma, invece, la necessità che la Regione sia soggetto regolatore – quanto a contenuti minimi, qualità, accessibilità, programmazione delle risorse – delle prestazioni amministrative rese dalle amministrazioni locali.

Ancora più evidente la conseguenza delle previsioni di cui all'art. 118 Costituzione quanto alla dimensione orizzontale dell'amministrare (programmare, eseguire, controllare). La sussidiarietà orizzontale appare – nella realtà – ancora sostanzialmente un sistema di supplenza dell'azione della società rispetto alle insufficienze dell'amministrazione. Non è ancora, adeguatamente, un mo-

68 Per tutti, P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e* governance, Milano, F. Angeli, 2011.

dello di rappresentazione dei bisogni e di loro soddisfazione direttamente da parte del pluralismo sociale; solo nel caso di insufficienza della risposta sociale ai bisogni della società si dovrà intervenire con il sostegno all'iniziativa sociale mettendo a disposizione risorse; e solo nel caso estremo in cui, anche così, non si abbia una risposta adeguata, si darà il caso di attività diretta degli enti pubblici. In questi termini, sia la comprensione dei bisogni che la programmazione delle risposte devono intervenire sulla base delle possibilità della società di amministrare sé stessa. E di farlo in ragione di un'impostazione radicalmente pluralista, sicché l'appropriazione da parte della società sia dell'espressione dei bisogni, che dei sistemi di risposta, determina il radicarsi di una soggettività sociale pluralista, adeguata ad un presente fatto di culture e controculture, di differenti gruppi etnici, plurale quanto al vivere e rappresentarlo.

Il coordinamento delle diversità e l'esaltazione della loro capacità di rappresentazione pubblica ed assolvimento dei cómpiti necessari per la soddisfazione dei bisogni dovrebbe essere la funzione prioritaria di un ente di programmazione, indirizzo e controllo. L'uso delle risorse ne consegue, nel senso che la loro messa a disposizione (siano esse economiche, logistiche, di conoscenza o personale) in misura adeguata ed imparziale, dovrebbe essere il principale strumento di amministrazione.

Chiunque abbia fatto l'esperienza di analizzare la spesa delle Regioni rispetto al sostegno di iniziative sociali avrà còlto facilmente la radicale smentita di quanto s'è appena detto: si tratta, per lo più, di contribuzioni a pioggia di istituzioni locali (pro loco, bande cittadine, sagre o iniziative turistiche minori) nelle quali sono evidenti sia l'interesse elettorale che la totale mancanza di valutazione del bisogno. Non meno rilevante è l'analisi della spesa sociale e sanitaria; quanto alla prima, è piuttosto evidente la mancata analisi dei bisogni, delle possibili forme di risposta diretta del mutualismo sociale, delle forme di cooperazione sociale o di innovazione, preferendosi modelli omogenei che si reggono sulla spesa storica senza comprensione dei bisogni – perpetuando, peraltro, discriminazioni tra gli operatori e negandosi possibilità alla fioritura di esperienze sociali e plurali quanto agli orientamenti; quanto alla spesa sanitaria, invece, è piuttosto chiara l'incapacità di rendere un servizio realmente universale, creando inaccettabili diseguaglianze sociali in ordine all'accesso alle prestazioni – stanti i tempi di attesa delle prestazioni del servizio sanitario ed i costi di quelle che possono essere conseguite privatamente –, scaricando costi pubblici sulle prestazioni di servizio sanitario regionale cui sono ammessi i soggetti accreditati, che tuttavia le finanziano agevolmente grazie ai notevoli margini conseguiti con le prestazioni rese privatamente a pagamento. La mancata ricognizione dei bisogni, programmazione della spesa ed attuazione adeguata della sussidiarietà determina il risultato di una spesa (pur inferiore a Paesi confrontabili, come Francia e Germania) notevolissima ed inefficace.

Il che pone, chiaramente, il problema dell'altra direzione di azione, vale a dire quello della solidarietà. Non serve molto per dire del fatto che le iniziative

delle Regioni (soprattutto del Nord del Paese) di questi anni si sono sempre orientate nella direzione del compromettere il livello di soddisfazione dei livelli essenziali di prestazioni che corrispondono a diritti, attraverso proposte di riforma che avevano – in sintesi – la logica di ridurre i livelli di ridistribuzione solidaristica del gettito fiscale. D'altro canto, pur in misura maggiore nell'Italia centro-meridionale, l'inefficienza della spesa rispetto alla soddisfazione di bisogni delle persone e delle collettività è altrettanto evidente.

Tuttavia, la solidarietà non può essere ridotta a criterio di distribuzione delle risorse. Si tratta, piuttosto, del criterio di orientamento dell'amministrazione tutta intera, perché il conseguimento del risultato della soddisfazione delle pretese che corrispondono al godimento dei diritti e dell'esercizio del pluralismo sociale si possono ottenere (art. 3 Costituzione) solo assicurando la «*pari dignità sociale*», rimuovendo «*gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*».

In altri termini, la solidarietà non è il criterio di distribuzione territoriale delle risorse economiche, ma – piuttosto – di orientamento della funzione pubblica in quanto tale, nelle sue dimensioni programmatorie, procedimentali, organizzative, decisionali, di prestazione.

III.3. Regionalismo possibile. Ipotesi

Se questi presupposti possono sembrare validi, resta da dire di quali iniziative – soprattutto statutarie, al netto dell'utilità della funzione legislativa ([69]) – sembrano possibili o auspicabili.

Immodificabile la «*forma repubblicana*», parte di essa le autonomie personali, sociali e locali, non si può che ragionare partendo dai punti fermi dei diritti fondamentali e del pluralismo.

In quest'osservazione, tuttavia, non si può non considerare che la scala dei problemi che si presenta oggi richiede una dimensione sensibilmente più ridotta di quella della Regione – se si vuole con sincerità intercettare la possibilità di un pluralismo autentico, che si accompagna con una soggettività sociale e politica che si produce necessariamente su dimensioni sulle quali si è in grado di conoscere ed agire – oppure significativamente superiore. In questa dimensione, quindi, sembra necessario ragionare lungo due direttrici, l'una ascendente e l'altra discendente.

Sul versante *discendente*, sembra anzitutto imperativo – agendo sul versante del pluralismo istituzionale e non necessariamente sociale – che trovi adempi-

69 Per alcuni dubbi circa la necessità (o perfino utilità) del permanere della funzione legislativa in capo alle Regioni, R. Bin, *La crisi delle Regioni. Che fare?*, in *Le Regioni*, 2012, 735 e, poi, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, Giuffrè, 2015 e, successivamente, Id., *Regioni, democrazia, legislazione*, in *Le Regioni*, 2024, 247.

mento il precetto per il quale (*A*) le funzioni amministrative siano assegnate alle dimensioni comunali – singole (e se di grandi dimensioni, a loro volta, spetterà ai Comuni decentrare) o associate. Solo così si potrà avere pluralismo istituzionale ed attivazione sociale intorno a temi conoscibili e decidibili in sede locale. Soluzioni di questo tipo ridarebbero agli enti locali uno specifico peso istituzionale, eroso negli anni dal centralismo regionale e statale, dalla carenza di competenze e risorse.

Primariamente, però, (*B*) occorrerà consegnare queste funzioni, nel rispetto della sussidiarietà orizzontale, alle realtà nelle quali si esprime soggettività sociale organizzata, con particolare cura alla loro dimensione antagonista e conflittuale. La democrazia, infatti, richiede conflitto, confronto e mediazione. L'attuale dimensione plebiscitaria non ne è se non la negazione. Occorre un massiccio trasferimento di funzioni alle autonomie sociali, sottraendole alle istituzioni – che dovrebbero conservare solo un ruolo di verifica dell'adeguatezza delle prestazioni, di rendicontazione se si accompagnano al trasferimento di beni o risorse. Non sembra possibile la rilegittimazione dell'istituzione senza una preliminare esaltazione dell'autonomia della società che la esprime. Peraltro, in un contesto multiculturale come il nostro, l'omogeneità burocratica sembra del tutto inadatta. L'unico limite alla libera organizzazione della risposta sociale ai bisogni resta quello dell'uguaglianza, sicché al ritrarsi dell'organizzazione soggettivamente amministrativa dovrà corrispondere una messa a disposizione di risorse finanziarie, materiali, di conoscenza, in condizioni – appunto – di eguaglianza rispetto alle diverse culture e controculture che attivano la sussidiarietà in funzione pluralista.

Poiché non sembra possibile decidere senza conoscere e partecipare alla predeterminazione che avviene nella fase della ricognizione dei bisogni e programmazione della risposta amministrativa, occorre prevedere una fase *ascendente*. Non resta che pensare di introdurre organi collettivi – non rappresentativi – dedicati rispettivamente alle autonomie sociali ed a quelle istituzionali, aperti alla partecipazione spontanea (e, quindi, non elettivi o rappresentativi).

Si dovrebbe pensare che l'intera fase istruttoria e decisionale degli atti di programmazione (incluso il bilancio) siano oggetto di dibattito pubblico in queste sedi (espressamente prevedendo la legittimazione processuale dei partecipanti che esprimano dissensi); naturalmente, lo stesso andrebbe previsto per la legislazione regionale – finché si avverta l'esigenza della conservazione di questo potere in capo alle Regioni.

Infine, soprattutto in relazione all'attivazione diretta dei diritti fondamentali – che sempre contengono una dimensione sociale, sicché se fatti valere da uno valgono per tutti – e (non solo) del pluralismo sociale, serve pensare all'attivazione di spazi processuali adeguati.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Antonio Barone
Professore ordinario di diritto amministrativo
Dipartimento di Economia e impresa dell'Università di Catania
antoniobarone@baronestudiolegale.com

Populismo securitario e sovranismi locali

Securitarian populism and local sovranism

Sintesi

La cultura politica e amministrativa italiana si presenta ancora oggi "irriducibilmente centralistica", incapace di cogliere a fondo la novità più rilevante della riforma costituzionale del 2001: il principio di sussidiarietà. Eppure, proprio la cultura politica italiana, dal 1990 ad oggi, ha subito profonde trasformazioni, a cominciare dalla diffusione ed affermazione del populismo, al pari di ciò che è avvenuto anche nelle principali democrazie occidentali. La riflessione sulla crisi del regionalismo e delle autonomie locali può quindi essere svolta attraverso un percorso di indagine finora poco battuto, inaugurato dalla diffusione pervasiva del fenomeno populista.

Abstract

Italian political and administrative culture still appears to be hopelessly centralist, incapable of fully grasping the inner meaning of the principle of subsidiarity, perhaps the most significant innovation of the constitutional reform of 2001. Yet, ever since 1900s, Italian political culture itself has undergone profound transformations (e.g., the rise of populism) that have also occurred in other major Western democracies. Given this background, the essay aims at assessing the crisis of regionalism and local autonomy using the rise of populism as its methos of inquiry.

Parole chiave: populismo, regionalismo, costituzionalismo, sicurezza pubblica, diritto amministrativo punitivo

Keywords: populism, regionalism, constitutionalism, public safety, punitive administrative law

Indice: 1. Populismo e costituzionalismo – 2. Le strategie di mimetismo: sicurezza pubblica, differenziazione e autonomie locali – 3. Dalla stagione regionalista alla parabola dei Sindaci "sceriffo" – 4. La sicurezza "delle città": il c.d. DASPO "urbano" – 5. Crisi delle autonomie e diritto amministrativo "punitivo".

1. Populismo e costituzionalismo

La crisi del sistema delle autonomie locali e le tendenze neocentraliste in atto nel sistema istituzionale italiano rappresentano un dato pacifico che scaturisce da una pluralità di fattori tra loro eterogenei, tra i quali spiccano in epoca più recente la crisi economico-finanziaria e la pandemia da Covid-19, con la connessa esigenza di uniformità delle scelte, rispettivamente, di finanza pubbli-

ca e di gestione emergenziale. Più in generale, come è stato lucidamente evidenziato, la cultura politica e amministrativa italiana si presenta ancora oggi "irriducibilmente centralistica", incapace di cogliere a fondo la novità più rilevante della riforma costituzionale del 2001: il principio di sussidiarietà[1]. Eppure, proprio la cultura politica italiana, dal 1990 ad oggi, ha subito profonde trasformazioni, a cominciare dalla diffusione ed affermazione del populismo, al pari di ciò che è avvenuto anche nelle principali democrazie occidentali. La riflessione sulla crisi del regionalismo e delle autonomie locali può quindi essere svolta attraverso un percorso di indagine finora poco battuto, inaugurato dalla diffusione pervasiva del fenomeno populista.

Un tentativo di sintesi, da parte del giurista, delle principali ricostruzioni delle scienze sociali sul populismo, ad esempio in termini di "ideologia politica", ovvero di "discorso politico", ovvero ancora in termini di "strategia politica", rischia di rimanere una operazione compilativa fine a se stessa, comunque inadeguata a dar conto, anche solo per grandi linee, del dibattito che negli ultimi decenni ha visto principalmente impegnati politologi, sociologi, filosofi e storici[2].

Nel populismo contemporaneo, l'originaria connotazione "antisistema" deve ormai confrontarsi con le diverse esperienze di governo che, in varie parti del mondo, hanno visto coinvolti leader populisti. Il quadro degli studi è ulteriormente cambiato con la diffusa affermazione di leader politici populisti nell'occidente democratico tra la fine del XX e l'inizio del XXI secolo, come dimostra l'esempio emblematico dei due mandati presidenziali di Donald Trump negli Stati Uniti. Proprio alla luce di queste molteplici esperienze di governo, la distinzione tra movimenti populisti "di destra" o "di sinistra", più o meno radicale, è sembrata poco convincente, mentre si è acutamente proposta anche con riferimento al panorama europeo la distinzione tra populismo "rivendicativo" (o redistributivo), affermatosi ad esempio in Italia, Grecia e Spagna, e populismo "identitario", tipico di alcune esperienze dell'Europa dell'est tra le quali spicca quella ungherese del Presidente Viktor Orbàn[3].

La storia politica contemporanea ha quindi determinato *ex se* il superamento delle concezioni riduzionistiche prevalenti, che relegavano il populismo al rango di patologia o disfunzione della democrazia, considerandolo tratto per lo più caratteristico di Stati privi di consolidate tradizioni democratiche. Tutto

---

1 A. D'Atena, *Rileggendo l'art. 5 Cost.*, ora in Id., *Le regioni nella transizione infinita*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 20.

2 La letteratura in materia è vastissima. Nell'economia del presente scritto possono richiamarsi solo alcuni tra i principali riferimenti bibliografici; ad esempio, analizza il populismo come ideologia politica debole C. Mudde, *The Populist Zeitgeist, in Government and Opposition*, Vol. 39 (4), London, 2004; ricostruisce invece il populismo in termini di discorso politico E. Laclau, *La ragione populista*, Laterza, Bari, 2019; per un'analisi del populismo in termini di strategia politica possono vedersi Y. Mény, Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2001.

3 L. Morlino, F. Raniolo, *Disuguaglianza e democrazia*, Mondadori, Milano, 2022.

è avvenuto in un arco temporale piuttosto ristretto, nell'ultimo scorcio del XX secolo ed all'alba del nuovo millennio. Ancora all'inizio degli anni '90 del XX secolo la profezia di Tocqueville sembrava potersi avverare: la democrazia appariva come destinata a diffondersi gradualmente ma inevitabilmente in tutti i paesi del mondo, secondo un processo privo di interruzioni di sorta[4]. Eppure è proprio in quel periodo storico che si concretizzano alcune tra le principali cause dell'esplosione del populismo.

Progressiva inadeguatezza dei tradizionali canali della rappresentanza, declino dei parlamenti e dei partiti, moltiplicazione delle deleghe a organizzazioni indipendenti e supremazia degli "esperti", globalizzazione e *deregulation* invisibile attraverso trattati commerciali, governance europea e globale, crisi dello Stato-nazione sono solo alcuni dei fattori di criticità[5]. Essi non sono apparsi contemporaneamente e soprattutto non sono stati a lungo percepiti come tali né dalle élite né dalla massa dei cittadini, nel quadro di un fenomeno di "cecità collettiva"[6].

La dottrina politologica, in particolare, ha evidenziato l'emergere di una vera e propria "mentalità populista"[7], che è diventata sempre più trasversale, tanto che oggi i partiti tradizionali sono spesso costretti a radicalizzare i propri programmi per arginare o rallentare la perdita di consensi elettorali a favore di movimenti più radicali[8]. È così che si è non di rado consumato una forma di contagio di alcuni temi cari ai movimenti populisti (per tutti, sicurezza, identità, immigrazione, anticorruzione e trasparenza) verso i partiti tradizionali e quindi anche all'interno del dibattito tra le forze di governo c.d *mainstream*[9].

Un campo di indagine anche giuridico da tempo arato è costituito dai rapporti tra populismo politico e diritto penale, che hanno dato vita al filone di studi sul c.d. "populismo penale"[10]. Anche la letteratura costituzionalistica italiana ha sviluppato più recentemente importanti studi dedicati al rapporto tra populismo e democrazia costituzionale. Questi studi, anzitutto, si pongono nel solco dei risultati raggiunti dalle scienze sociali. Elementi distintivi quali la contrapposizione popolo-*elités*, il populismo degli *outsiders* ed il linguaggio binario ed estremo[11], infatti, rientrano a pieno titolo fra gli elementi distintivi del populismo già da tempo evidenziati dalla dottrina politologica; lo stesso può dirsi

4 Y. Mény, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 20.

5 Su questi aspetti restano insuperate le considerazioni di I.M. Marino, *Diritto, amministrazione, globalizzazione*, ora in Id., *Scritti giuridici*, a cura di A. Barone, II, ESI, Napoli, 2015, p. 1317-1337.

6 Y. Mény, *op. cit.*, p. 150.

7 M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Il Mulino, Bologna, 2018.

8 Y. Mény, *Popolo ma non troppo cit.*, p. 169

9 *Ibidem*, p. 184 e p. 199.

10 Anche in questo caso la letteratura è assai vasta; nell'ambito della dottrina penalistica, per tutti, v. G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.; analizza il fenomeno dal punto di vista sociologico M. Anselmi, *Populismo e populismi*, in S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM – Wolters Kluwer, II ed., Milano 2020, p. 1-17.

per i concetti di politica dell'immediatezza, per il riferimento costante all'identità e per la regola della maggioranza identificata col "popolo-totalità organica"[12].

La riflessione costituzionalistica, in particolare, si articola in almeno tre distinti filoni di pensiero[13].

Un primo filone interpretativo analizza il rapporto tra populismo e costituzionalismo in termini oppositivi, concependoli come categorie antitetiche. Si pensi, ad esempio, all'incompatibilità del dualismo polarizzato "noi-loro" con il carattere di compromesso delle costituzioni democratiche, a principiare da quella italiana, frutto della sintesi fra culture e ideologie politiche profondamente diverse tra loro[14]. A ciò deve aggiungersi la caratterizzazione antiparlamentarista del populismo, con la critica alla democrazia della rappresentanza ed all'assenza del vincolo di mandato parlamentare; ciò in favore di un inedito modello di rappresentanza "per incorporazione", giocato sul rapporto diretto tra popolo e leader[15]. Il populismo, inoltre, contesta ogni forma di contropotere, tecnico o neutrale, manifestando altresì una vocazione antipluralista che investe sia i corpi intermedi che la stessa articolazione delle autonomie territoriali infrastatali, fino alle nette posizioni antiglobalizzazione nonché di contrapposizione alle istituzioni europee e sovranazionali[16].

Un secondo filone di studi giunge, invece, a configurare un "costituzionalismo populista" inteso quale progetto costituzionale delle democrazie illiberali, pur sempre alimentato dalle categorie tradizionali di sovranità, popolo e potere costituente. Il populismo non va quindi necessariamente inteso quale mera deriva verso l'autoritarismo e la xenofobia ed al contempo la critica populista del costituzionalismo liberale fornisce spunti significativi sui problemi strutturali della democrazia liberale, anche se essa non riesce a rendere effettiva la promessa democratica di partenza, che resta inattuata.

In realtà, questa diversità di approcci, originariamente riferibile, rispettivamente, alla dottrina europea e quella americana[17], trova un possibile punto di sintesi in un terzo filone di studi, che evidenzia le tensioni esistenti tra populismo e costituzionalismo, superando tuttavia una lettura rigidamente oppositiva dei due concetti. In questa condivisibile prospettiva, il populismo non è considerato esclusivamente come un fenomeno estraneo o antagonista rispetto al co-

---

11 M. Olivetti, *Democrazia costituzionale e populismo*, Edizioni Studium, Roma, 2024, p. 101-111.

12 G. Martinico, *La tensione fra populismo e costituzionalismo post-totalitario: il caso italiano in una prospettiva comparata*, in G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, Milano, 2022, p. 6-7.

13 *Ibidem*, p. 16-17.

14 M. Olivetti, *op. cit.*, p. 114-118.

15 N. Urbinati, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, EGEA, Milano, 2016.

16 M. Olivetti, *op. cit.*, p. 126-134.

17 L. Corso, *Populismo: un vocabolo ed (almeno) cinque accezioni*, in *Nuove Autonomie*, 2014, p. 67-94.

stituzionalismo, delle cui categorie fondamentali esso si è tradizionalmente alimentato: sovranità, popolo e potere costituente. La questione cruciale diventa allora quella di analizzare criticamente e, se necessario, decostruire la contro-narrazione proposta dai populisti, la quale opera attraverso (non già la negazione ma con) una manipolazione strumentale delle categorie del costituzionalismo, sulla base di strategie fondate sul mimetismo e sul parassitismo.

2. Strategie di mimetismo: sicurezza pubblica, differenziazione e autonomie locali

Il parassitismo va inteso come capacità dei populisti di alterare dall'interno le strutture valoriali delle democrazie costituzionali. Ciò avviene attraverso un uso strumentale delle procedure democratiche, piegate a una logica maggioritaria che trasfigura il principio democratico in un super-valore, destinato a prevalere sistematicamente su ogni altro principio costituzionale, fino a identificarsi con la mera regola numerica della maggioranza[18]. La cultura politica populista, ad esempio, favorisce il rafforzamento del ruolo dell'esecutivo e, in particolare, dei poteri del Presidente del Consiglio dei Ministri, proponendo al contempo riforme costituzionali volte all'ulteriore potenziamento del governo e del suo *leader*, come dimostra ad esempio l'attuale dibattito italiano sulla revisione della forma di governo con l'introduzione del c.d. "premierato".

Al parassitismo si associa il mimetismo populista, che concerne la capacità di utilizzare strumentalmente le parole del costituzionalismo, evitando di porsi in contrapposizione al testo costituzionale ed al contempo tentando di legittimare il proprio operato. Senza dover per forza giungere agli esempi più estremi, come quello ungherese del Presidente Viktor Orbàn e della sua teorizzazione della "democrazia illiberale", il caso italiano può risultare particolarmente utile ad intercettare tali strategie mimetiche.

Basti pensare, al riguardo, alla sempre più diffusa valorizzazione della sola prima parte del testo dell'art. 1 della Costituzione, con il pieno riconoscimento dell'appartenenza della sovranità al popolo, ignorando sostanzialmente la seconda parte del testo, che richiama le forme ed i limiti di esercizio della sovranità popolare. Come è stato rilevato, il populismo tende a trasfigurare il popolo nello strumento per ottenere il potere mentre, al contrario, la Costituzione impone che il potere sia al servizio del popolo titolare della sovranità[19]. Tutto ciò nel quadro di una concezione del popolo come "unico corpo" che non trova albergo nel testo costituzionale, da cui al contrario emerge la necessità per il "popolo" di agire sempre attraverso entità da esso diverse, come il corpo elettorale o i vari soggetti autonomi espressione della capacità di auto-organizzazione della società civile quali partiti, sindacati, associazioni e sistema delle autonomie

18 G. Martinico, *La tensione fra populismo e costituzionalismo cit.,* p. 20

19 L.R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 2021, p. 78.

territoriali[20].

Anche l'utilizzo strumentale del concetto di sicurezza pubblica costituisce un esempio di mimetismo populista. La Costituzione repubblicana, infatti, segna il superamento dell'accezione liberale della pubblica sicurezza, legata eminentemente agli interessi dello Stato-persona, affiancando alla sicurezza "da" anche il riconoscimento della sicurezza "di" poter esprimere pienamente la propria personalità esercitando l'intero patrimonio costituzionale dei diritti[21]. La carta fondamentale delinea la sicurezza pubblica come valore costituzionale di natura polisemica e relazionale, destinato a confrontarsi con altri valori e principi costituzionali nella prospettiva del bilanciamento di cui la Corte costituzionale è garante[22]. In ottica populista, invece, prevale soprattutto la prima accezione della sicurezza pubblica (sicurezza "da"), che in taluni casi giustifica il preteso riconoscimento di un diritto fondamentale capace di prevalere su qualunque altro diritto, a prescindere da ogni forma di bilanciamento.

Il populismo, infatti, strumentalizza la paura, anzi, come è stato sostenuto, il populismo si nutre della paura: la asseconda, la amplifica, le costruisce intorno narrazioni immaginarie e la governa attraverso provvedimenti legislativi e amministrativi pensati per mantenerla costantemente viva[23]. Si tratta di percorsi in netta contrapposizione rispetto a quelli propri delle tradizionali democrazie deliberative, le quali hanno generalmente utilizzato i propri strumenti istituzionali per vagliare e filtrare tali paure, evitando di assecondare in modo acritico le paure collettive infondate[24]. Il populismo tende così a legittimare una sorta di "monarchia della paura" che è alla base di un nuovo Stato "di sicurezza", i cui tratti caratteristici entrano non di rado in tensione con i principi fondamentali delle Costituzioni democratiche[25].

Le strategie di mimetismo investono anche il tema dell'autonomia, non di rado rivendicato come punto qualificante dell'iniziativa politica di movimenti politici, anche di governo, di differente orientamento, in un panorama di perdurante cultura politica centralista.

È paradossale, ad esempio, che le forze politiche fautrici della riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione di inizio secolo abbiano duramente

---

20 M. Olivetti, *Art. 1*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006, I, p. 15.

21 T.F. Giupponi, *Sicurezza e potere*, in *Enc. Dir., I Tematici*, V, Giuffrè, Milano, 2023, p. 1162.

22 *Ibidem*, p. 1169.

23 R. Ronchi, *Populismo/Sovranismo. Una illustre genealogia*, Castelvecchi, Roma, 2024, p. 30-33. Su questi aspetti, in una prospettiva giuridica, v. G. Tropea, Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; L.R. Perfetti, *Biopolitica e diritto pubblico. Discorso franco e necessario*, in G. Tropea, L. Buffoni (a cura di), *Biopolitica e diritto pubblico: un binomio impossibile?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2025, p. 135-186.

24 C.R. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 12.

25 M.C. Nussbaum, *La monarchia della paura. Considerazioni sulla crisi politica attuale*, Il Mulino, Bologna, 2020.

contestato la stessa matrice culturale delle iniziative legislative sul c.d. regionalismo "differenziato", fondate invero proprio sul nuovo testo dell'art. 116 Cost., riformato appunto nel 2001. Tali iniziative, peraltro, sono a loro volta culminate nell'approvazione di una legge che è stata recentemente dichiarata incostituzionale in vari e rilevanti punti qualificanti (Corte costituzionale, sentenza n. 192/2024), in un quadro più generale di riconosciuta assenza delle risorse economiche per garantire l'uniformità dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) su tutto il territorio nazionale.

Parimenti emblematica è la parabola delle province, enti costitutivi della Repubblica secondo l'art. 114 Cost, come novellato nel 2001, considerate però nell'ultimo ventennio enti inutili anche dalle stesse forze politiche protagoniste della riforma costituzionale del Titolo V. La c.d. legge Del Rio (legge n. 19/2014) ha così qualificato le province quali enti di "secondo livello", privi di rappresentanza democratica diretta, sul presupposto quanto mai originale di una successiva e correlata riforma proprio dell'art. 114 Cost., con la loro progettata soppressione dalla Carta fondamentale. Invero, quella riforma costituzionale non si è mai realizzata e, anzi, l'esito del referendum costituzionale di inizio 2016 ha confermato la centralità delle province quali enti costitutivi della Repubblica[26]. Tuttavia, lo svuotamento degli enti provinciali è stato completato ugualmente, sia in termini di funzioni da espletare che di personale in organico; ciò sulla base di una legge i cui evidenti profili di incostituzionalità non possono continuare a rimanere sotto traccia, come finora avvenuto[27].

Autonomie e sicurezza pubblica sono quindi temi presenti e centrali nell'ideologia populista, che li strumentalizza secondo le contingenze politiche

---

26 A. D'Atena, *Attuazione, inattuazione e ripristino dell'attuazione. A proposito dell'art. 114 Cost.*, ora in Id., *Le regioni nella transizione infinita cit.,* p. 23-29.

27 Con la sentenza n. 240/2021 la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità, in riferimento agli artt. 1, 2, 3 e 48, 5, 97 e 114 Cost., delle questioni di legittimità costituzionale relative agli artt. 13, comma 1, e 14 della legge regionale siciliana n. 15/2015, nonché all'art. 1, comma 19, della l. n. 56/2014. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Corte di Appello di Catania che, contrariamente a quanto stabilito dal tribunale ordinario, ha ritenuto ammissibile la questione di legittimità costituzionale promossa dall'appellante. Quest'ultimo, iscritto nelle liste elettorali del Comune di Aci Castello, sito all'interno della Città metropolitana di Catania, si doleva del fatto che le norme censurate, stabilendo che il sindaco metropolitano è di diritto il sindaco del comune capoluogo, non gli consentivano di partecipare, neanche in via indiretta, alla sua elezione. Nonostante la declaratoria di inammissibilità, la Corte adotta una decisoria "monitoria", evidenziando "*come il sistema attualmente previsto per la designazione del sindaco metropolitano non sia in sintonia con le coordinate ricavabili dal testo costituzionale*", in particolare con riguardo ai meccanismi della responsabilità politica e al principio dell'eguaglianza del voto. In particolare, la Corte avverte l'esigenza di manifestare le ragioni che l'hanno spinta in una direzione diversa rispetto a quella tracciata con la sentenza 26 marzo 2015 n. 50, che aveva respinto le censure di incostituzionalità relative alla legge Delrio. A distanza di sei anni, sostiene la Corte, la designazione automatica del sindaco metropolitano non è più giustificabile "in considerazione del tempo trascorso e di una pluralità di ragioni legate agli sviluppi intervenuti a seguito dell'adozione della disciplina in questione". Gli sviluppi cui la Corte fa riferimento attengono sia alla mancata adozione di una legge statale che disciplini l'elezione dei sindaci metropolitani, sicché a nulla varrebbe la scelta statutaria dell'elezione diretta, sia soprattutto alla mancata riforma della Costituzione, che avrebbe dovuto abolire le province e portare all'affermazione dell'associazionismo comunale.

del momento. Il populismo securitario si confronta con il sistema delle autonomie, finendo talora per confondersi con fenomeni di populismo locale. Del resto, l'elezione diretta dei sindaci e dei presidenti delle regioni ha contribuito a favorire la diffusione di populismi locali contrapposti alle tendenze neocentraliste in atto, sfruttando il rapporto diretto con la cittadinanza che la forma di governo locale legittima. Si è verificato, in alcuni casi, un uso strumentale dell'autonomia che, anche attraverso l'adozione di provvedimenti di dubbia legittimità, ha contribuito a forgiare una declinazione localistica del populismo, di cui costituiscono importanti esemplificazioni le tendenze spesso ostruzionistiche legate al fenomeno sociologico NIMBY[28] e (più recentemente) l'esplosione delle fonti locali *extra ordinem* durante l'emergenza pandemica[29].

Il tema della sicurezza urbana consente così di comprendere come la riflessione giuspubblicistica non possa restare ancorata solo al *fil rouge* della riconosciuta vocazione antipluralista del populismo, legata in larga parte alla concezione del popolo come "unico corpo", dovendo invece aprirsi anche alla considerazione delle diverse forme di sovranismo "locale" [30].

Dall'analisi ordinamentale emerge una una pluralità di stagioni della sicurezza urbana: così, ad una prima fase regionalista ha fatto seguito una seconda di *law and order* "dal basso", caratterizzata dal protagonismo dei Sindaci, non sempre capaci di dare risposte convincenti alle ansie ed alle paure che scuotono la società contemporanea; una stagione interrotta dall'intervento della Corte costituzionale. E' invece proseguita la declinazione della sicurezza "urbana" nella prospettiva della tradizionale sicurezza pubblica di matrice liberale, con il rafforzamento dei poteri di questori e prefetti attraverso sia misure di prevenzione amministrativa personale come i c.d. DASPO ("urbano", "antirissa", "antispaccio"), sia attraverso le più tradizionali ordinanze contingibili e urgenti emanate dal prefetto. Tutto ciò, peraltro, a fronte di un recente rapporto di ricerca del Ministero dell'Interno dal quale emerge, con riferimento al periodo 2007-2022, la diminuzione dell'andamento della delittuosità in Italia, col miglioramento di molti indicatori sulla sicurezza dei cittadini rispetto al periodo prepandemico[31]; non si è, invece, registrata una diminuzione della paura sociale di subire reati.

---

28 Su questo aspetto v. A. Barone, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006; più di recente cfr. G. Mocavini, *Il prezzo del consenso. Il ruolo delle compensazioni nel governo dell'ambiente e del territorio*, Giuffrè, Milano, 2020.

29 V. ad esempio A. De Siano, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, 15/4/2020, www.federalismi.it.

30 Sul tema della sicurezza urbana, *ex multis*, possono vedersi i lavori monografici di G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, 2010, e di V. Antonelli, *La sicurezza delle città tra diritti e amministrazioni*, CEDAM, Milano, 2018.

31 V. ad esempio la sintesi del rapporto di ricerca curato dal Ministero dell'Interno e da Eurispes, *La criminalità tra realtà e percezione*, maggio 2023, https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2023-05/sintesi_rapporto_sicurezza_02.05.2023_2.pdf.

3. Dalla stagione regionalista alla parabola dei Sindaci "sceriffo"

L'emersione della nozione giuridica di "sicurezza urbana" coincide con il rafforzamento della rilevanza politica ed istituzionale delle autonomie locali, che ha caratterizzato gli anni '90 dello scorso secolo, culminando nella riforma costituzionale del 2001, con il riconoscimento del principio di sussidiarietà. In questa prima fase, le regioni hanno rappresentato il vero motore delle politiche italiane di sicurezza urbana, secondo un modello originale nel panorama europeo, che ha dato vita ad una legislazione di taglio innovativo avviata dalla legge reg. n. 3/1999 dell'Emilia-Romagna, poi seguita da numerose altre regioni. In particolare, la stagione regionalista della sicurezza urbana si connotava per gli inevitabili tratti negoziali, legati all'esigenza di integrare le politiche (*lato sensu*) di coesione sociale e di riqualificazione urbana, di competenza locale, con le tradizionali politiche di prevenzione e contrasto della criminalità, di competenza statale[32].

L'abbandono della stagione regionalista coincide con i c.d. "pacchetti sicurezza" del governo Berlusconi-quater degli anni 2008/2009; la definizione di sicurezza "urbana" risale ad un decreto del Ministro dell'Interno dell'agosto 2008. La sicurezza urbana si presentava funzionale al miglioramento delle condizioni di vivibilità dei centri abitati, della convivenza civile e della coesione sociale, con settori privilegiati quali, ad esempio, le situazioni urbane di degrado o di isolamento, a loro volte idonee a favorire l'insorgere di fenomeni criminosi come spaccio di stupefacenti, sfruttamento della prostituzione, accattonaggio con impego di minori e disabili, fenomeni di violenza legati all'abuso di alcool, etc. Tuttavia, a fronte di un tale quadro definitorio potenzialmente in grado di attribuire al sistema delle autonomie adeguati spazi di intervento in materia di sicurezza urbana, gli strumenti operativi messi a disposizione da legislatore statale tendevano ad esaurirsi nei poteri di ordinanza del sindaco quale ufficiale di governo, ricollegandosi quindi a quell'anima statuale della figura sindacale che risale alla legislazione unitaria del 1865 e che ha attraversato indenne l'evoluzione dell'ordinamento degli enti locali fino al decreto legislativo n. 267/2000 (TUEL)[33].

In particolare, l'art. 6 del D.L. n. 92 del 2008 (convertito in legge n. 125 del 2008), ha riformulato l'art. 54 del Testo Unico sugli enti locali (decreto legislativo n. 267/2000, TUEL), conferendo al sindaco un potere di ordinanza quale ufficiale di governo più ampio di quello tradizionalmente riservatogli, in

32 G.G. NOBILI, *L'incompiuto percorso di riforma della disciplina delle politiche integrate di sicurezza e polizia locale in Italia*, https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.55892.12-02-2025-14-01-58.736.pdf, p. 206-207.

33 In realtà, già la legge n. 142/1990 conferiva al sindaco, quale ufficiale di governo, il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti, e tale previsione è stata confermata dal TUEL (art. 54), che ha altresì conferito analogo potere al sindaco nella sua diversa qualità di rappresentante della comunità locale (art. 50 TUEL).

quanto non più limitato alla prevenzione dei gravi pericoli per l'incolumità dei cittadini, ma esteso anche alla prevenzione ed eliminazione dei "*gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*". L'equazione pericolo-ordinanza presidiava così un'area della vita sociale della comunità locale più ampia rispetto al perimetro della sicurezza pubblica, corrispondente al nuovo concetto di sicurezza "urbana".

Nel perimetro della sicurezza urbana, pertanto, il sindaco disponeva di un potere di ordinanza che era "atipico", in quanto sganciato anche da situazioni di necessità e urgenza, con la possibilità di regolare in via stabile e permanente svariati fenomeni sociali[34]. Il provvedimento che per eccellenza costituisce una parziale deroga alla legalità amministrativa, l'ordinanza *extra ordinem*, diventava così lo strumento per governare non già situazioni emergenziali, ma bensì un (supposto) pericolo-criminalità urbana la cui effettiva consistenza rimaneva non di rado priva di effettivo fondamento statistico. Non a caso, sulla base del testo riformato dell'art. 54 del TUEL sono state adottate ordinanze sindacali dai contenuti più vari e creativi, da quelle contro i mendicanti a quelle che vietano gli insediamenti di gruppi ROM fuori dai campi a loro destinati, dalle ordinanze contro i parcheggiatori abusivi a quelle contro il commercio abusivo e la prostituzione, alle ordinanze indirizzate verso attività lecite come "*kebab-shop*", "*phone-center*" e "*money-transfer*", fino a quelle che hanno vietato l'uso del burqa[35].

Prostituzione, mendicità, povertà, marginalità sociale recuperavano quell'aura di antisocialità e pericolosità che avevano in passato, venendo percepiti dall'opinione pubblica come comportamenti criminosi regolati tramite le ordinanze sindacali, grazie alle quali tali fenomeni sembravano in apparenza di colpo cancellati dallo spazio urbano[36]. E così, nel grande contenitore emotivo della sicurezza, sfumavano le distanze tra diritto penale e diritto amministrativo.

È stata la Corte costituzionale a porre un argine alla situazione determinatasi. Con la sentenza n. 115 del 2011, infatti, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 54 del TUEL «*nella parte in cui comprende la locuzione "anche" prima delle parole "contingibili ed urgenti"*». Secondo la Corte, in particolare, l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, 4° comma, del TUEL si fondava sul riconoscimento ai sindaci del potere di emanare ordinanze "di ordinaria amministrazione", prive del requisito della indifferibilità e urgenza ma comunque idonee a derogare leggi e regolamenti; ciò in violazione della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. Il legislatore del 2008 aveva quindi trasfigurato il ruolo del sindaco in quello di uno sceriffo titolare di poteri sostanzialmente illimitati, salvo il solito ricorso ai

34 Cfr. V. Antonelli, *op. cit.*, p. 178-179.

35 Cfr. R. Selmini, *Dalla sicurezza urbana al controllo del dissenso politico. Una storia del diritto amministrativo punitivo*, Carocci, Roma, 2020, p. 117-124.

36 Ibidem, p. 129.

concetti giuridici indeterminati, in questo caso muniti delle maschere della incolumità pubblica e della sicurezza urbana[37].

A quasi 10 anni di distanza dai "pacchetti sicurezza" del governo Berlusconi-quater, il c.d. decreto "Minniti" in materia di sicurezza (decreto legge n. 14/2017) ha sdoppiato il ruolo sindacale, posto che la riforma del 2017 è intervenuta soprattutto ampliando le funzioni del sindaco quale rappresentante della comunità locale (art. 50 TUEL), che coesistono con quelle di ufficiale di governo (art. 54 TUEL)[38]. Tuttavia, la parabola dei "Sindaci-sceriffo" attraverso lo strumento delle ordinanze creative volgeva al tramonto.

Successivamente alla sentenza della Corte, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha assunto un orientamento restrittivo in ordine alla verifica dei requisiti di contingibilità ed urgenza delle ordinanze sindacali, di fatto contribuendo a limitare la precedente fase di fioritura del diritto locale securitario[39]. Inoltre, il giudice amministrativo ha ribadito la dipendenza gerarchica del sindaco quale ufficiale di governo rispetto al Prefetto, al quale queste ordinanze vanno sempre previamente comunicate (art. 54, comma 4, TUEL); il Prefetto, al contempo, è titolare del poter di annullamento d'ufficio delle ordinanze sindacali in esame[40].

4. La sicurezza "delle città": il c.d. DASPO "urbano"

Il "decreto Minniti" in materia di sicurezza ha proceduto anche alla prima definizione in via legislativa del concetto di sicurezza urbana, che presenta varie similitudini con la precedente formula definitoria utilizzata dal decreto ministeriale "Maroni" del 2008[41], puntando al contempo sul concetto di sicurezza "integrata" e riformando altresì le funzioni securitarie del sindaco. Sotto

37 R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 194.

38 Ad esempio, le ordinanze del sindaco quale rappresentante della comunità locale, già previste per il caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, sono state estese alle ipotesi di urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana. L'attenzione, in questo caso, si dirige verso pericoli di dimensione locale per l'ambiente, i beni culturali, il decoro urbano, ed è riferita soprattutto alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, con la possibilità di intervenire in matria di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. Per le medesime finalità, inoltre, il decreto Minniti ha introdotto un comma 7-bis all'art. 50 del TUEL, attribuendo al sindaco quale rappresentante della comunità locale il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti, con la previsione di limitazioni in materia di orari di vendita di varie tipologie di esercizi commerciali, comunque per un periodo non superiore a 30 giorni. Le ordinanze ex art. 50 del TUEL hanno ormai margini di maggiore autonomia rispetto a quelle emanate dal sindaco quale ufficiale di governo, che come è stato evidenziato risultano funzionali ad una sorta di "sicurezza pubblica minore": cfr. R. Ursi, *op. cit.*, p. 190. Le ordinanze del sindaco quale rappresentante della comunità locale risultano svincolate da ogni dipendenza gerarchica dal Prefetto e, inoltre, il decreto "Salvini" ha previsto la sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di euro 5.000 in caso di inosservanza di quelle ex art. 50, comma 7 bis, del TUEL.

39 R. Ursi, *op. cit.*, p. 196.

40 Consiglio di Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3076.

41 R. Selmini, *op. cit.*, p. 90.

questo aspetto, si rafforza l'autonomia del concetto di sicurezza urbana da quello di sicurezza "della città", ascrivibile alla tradizionale logica della sicurezza pubblica. Tuttavia, come già avvenuto nella stagione dei Sindaci "sceriffo", questa autonomia concettuale della sicurezza urbana non ha trovato adeguati strumenti operativi, posto che ordini di allontanamento, DASPO e ordinanze prefettizie non sembrano poter inverare le necessarie politiche di coesione sociale idonee a ridurre i fattori di marginalità ed esclusione.

In particolare, il decreto "Minniti" (D.L. n. 14/2017) dedica un capo II alle "disposizioni in materia di sicurezza delle città e del decoro pubblico", introducendo una disciplina che, secondo la Corte costituzionale, non va ricollegata ai temi della sicurezza urbana, dovendo invece essere integralmente ricondotta alla materia della sicurezza pubblica (sentenza n. 47/2024). Alla prevenzione amministrativa volta a garantire la pubblica sicurezza vanno così ascritti gli ordini di allontanamento e i divieti di accesso.

L'art. 9 del decreto "Minniti" disciplina le conseguenze delle condotte di coloro che impediscono la fruizione e l'accessibilità di infrastrutture (quali porti, aeroporti, stazioni ferroviarie, etc.) o di aree urbane appositamente individuate nei regolamenti comunali di polizia urbana tra quelle su cui insistono scuole, università, musei, aree archeologiche, etc. In tutti questi casi, unitamente alle ipotesi di sanzione amministrativa pecuniaria, il sindaco del comune in cui le condotte sono accertate ordina l'allontanamento dal luogo in cui è stato commesso il fatto, con un provvedimento motivato che cessa la sua efficacia nelle 48 ore dall'accertamento. L'ordine di allontanamento non presuppone un giudizio di pericolosità sociale, che, invece, può intervenire solo successivamente, nei casi di reiterazione della condotta e qualora dalla stessa "*possa derivare un pericolo per la sicurezza*". Nelle suddette ipotesi, ai sensi dell'art. 10 del decreto Minniti, il questore può disporre con provvedimento motivato, per un periodo non superiore a 12 mesi, il divieto di accesso a una o più delle aree indicate dall'art. 9 del medesimo decreto.

Questa tipologia di divieto di acceso risulta plasmata sul modello del divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive (DASPO), inizialmente introdotto in occasione dei campionati mondiali di calcio di Italia '90 (art. 6 della legge n. 401/1989) e poi più volte oggetto di ritocchi legislativi fino al D.L. n. 53/2019 (convertito in legge n. 77/2019). Il DASPO c.d. "urbano" si caratterizza per l'ampia discrezionalità di cui dispone il questore nel valutare i presupposti per la sua emanazione. Sotto questo profilo, se da un lato la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato la necessaria coesistenza del requisito della reiterazione della condotta con quello del pericolo per la sicurezza (ad esempio, TAR Lombardia, 11/11/2019, n. 2360), d'altra parte la Corte costituzionale ha sottolineato come, ai fini dell'emanazione del DASPO "urbano", il giudizio prognostico sulla condotta debba individuare un "concreto pericolo" per i fruitori dell'infrastruttura derivante dalla presenza del soggetto da allontanare (sentenza n. 47/2024).

Nonostante questi *caveat*, restano i tratti tipici delle misure di prevenzione amministrativa, che assumono connotati peculiari se si considerano le modifiche introdotte dal recente decreto sicurezza (D.L. n. 48/2025, convertito dalla legge 9 giugno 2025, n. 8), posto che il DASPO "urbano" può adesso essere adottato dal questore anche nei confronti di soggetti che siano stati semplicemente denunciati (oltre che nei confronti di soggetti già condannati, anche con sentenza non definitiva) per determinate categorie di reati espressamente indicati dall'art. 10, commessi in una delle infrastrutture indicate all'art. 9, 1° comma, del decreto.

Invero, la tendenza alla colpevolizzazione di soggetti "*che abbiano riportato una o più denunce*" era già stata introdotta con un'apposita modifica al decreto "Minniti" attraverso il decreto legge n. 130/2020 (convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173), in relazione a fatti commessi nelle vicinanze di scuole o plessi scolastici e universitari e in generale di luoghi aperti al pubblico (art. 13 del decreto Minniti), o ancora per reati (anche solo supposti) commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi o in locali di pubblico trattenimento (art. 13-bis del decreto "Minniti"). In tutte queste ipotesi, il questore adotta un DASPO (rispettivamente) "antispaccio" o "antirissa", che si sostanzia in un provvedimento di imposizione del divieto di accesso sulla base di formule assai vaghe quali "*valutati gli elementi derivati dai provvedimenti dell'autorità giudiziaria e sulla base degli accertamenti di polizia*", ovvero "*per ragioni di sicurezza*", "*qualora dalla condotta possa derivare un pericolo per la sicurezza*".

Peraltro, il questore può disporre, per una durata massima di due anni più incisive limitazioni della libertà personale, quali ad esempio l'obbligo di comparizione anche periodica presso il locale ufficio di polizia. Nel caso del DASPO "antispaccio" tali limitazioni sono subordinate al ricorrere di "specifiche ragioni di pericolosità" non meglio identificate (art. 13, commi 3 e 4, del decreto "Minniti"), mentre nel caso del DASPO "antirissa" questo potere del questore non risulta sottoposto a particolari presupposti (art. 13-bis, commi 4 e 5, del decreto "Minniti"), salva comunque la necessità della convalida giudiziale in entrambe le ipotesi richiamate.

La proposta rassegna legislativa evidenzia la torsione afflittiva del diritto amministrativo, fondata sulla valutazione prognostica del pericolo per la sicurezza derivante da una condotta reiterata, oppure sul pericolo *ex se* costituito da un soggetto anche solo destinatario di denunce, in assenza dell'accertamento dei fatti contestati e men che meno delle garanzie tipiche del giudizio penale.

In linea con questa tendenza, di chiara matrice populista, è la previsione del decreto "Salvini" (D.L. n. 113/2018) di ampliare l'elenco delle aree urbane individuabili dai regolamenti comunali a quelle in cui insistono "presidi sanitari", rispetto ai quali è possibile disporre l'ordine di allontanamento e, in caso di violazione, il DASPO "urbano". In questi casi, l'adozione del DASPO "urbano" impedirebbe l'accesso al luogo di cura in violazione degli artt. 3 e 32 del-

la Costituzione. Come è stato evidenziato, la decisione di limitare l'accesso alla struttura sanitaria a soggetti che potrebbero necessitare di cure (ad esempio, caso delle persone in stato di ubriachezza) riflette l'idea che la tutela del decoro urbano e la risposta al bisogno di sicurezza collettiva possano avere la priorità rispetto al diritto alla salute di coloro che adottano comportamenti considerati molesti. Tale impostazione richiama una logica oppositiva, già più volte evidenziata, che contrappone il cittadino al c.d. "nemico"[42]. Non a caso, la Corte costituzionale ha fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame, tale da consentire comunque al personale medico del presidio sanitario di assicurare l'accesso alla struttura sanitaria in favore della persona destinataria del DASPO "urbano" (sentenza n. 195/2019).

5. Crisi delle autonomie e diritto amministrativo "punitivo"

L'elenco delle misure preventive a tutela della sicurezza delle città non è ancora completo, in quanto, come espressamente dichiarato nella circolare del Ministro dell'Interno del 17 dicembre 2024, l'esigenza di "tutela rafforzata" di taluni luoghi del contesto urbano può giustificare il ricorso al potere prefettizio disciplinato dal Testo Unico di Pubblica Sicurezza di epoca fascista.

In particolare, l'art. 2 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, ancora oggi assegna al prefetto, "*nel caso di grave urgenza o per grave necessità pubblica*", il potere di adottare i provvedimenti "*indispensabili*" per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica. Già nel 1961, la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità di questa disposizione nei limiti in cui essa attribuiva ai prefetti un potere di ordinanza svincolato dai principi generali dell'ordinamento giuridico. Tale potere viene oggi nuovamente rilanciato per la tutela della sicurezza nelle zone urbane a maggiore rischio, tra le quali rientrano, in base alla richiamata circolare ministeriale, le zone in cui si concentra la movida, dove possono verificarsi episodi di microcriminalità predatoria, vandalismo, inquinamento ambientale e acustico, consumo eccessivo di alcool.

Sulla base di questi presupposti giuridici, il Prefetto di Roma ha adottato alla fine di marzo 2025 un provvedimento con cui ha disposto per due mesi il "*divieto di stazionare indebitamente*" in una serie di luoghi rientranti nelle zone "stazione Termini-Esquilino" e "valle aurelia"; un divieto rivolto a soggetti "*già destinatari di plurime segnalazioni*" per una serie di reati espressamente indicati (dal furto alla rapina, etc.), i quali in dette aree pongano in essere con modalità violente, minacciose o moleste, condotte lesive della pubblica sicurezza o che determinino un pericolo concreto per la sicurezza pubblica, ostacolando la libera e piena fruibilità di quelle aree. Ciò, ovviamente, con il contestuale ordine di allontanamento dei trasgressori dalle aree in questione.

---

42 M.C. Cavallaro, *Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un "diritto amministrativo del nemico"?*, in *PA Persona e Amministrazione*, V. 11 N. 2 (2022), p. 286-319, https://journals.uniurb.it/index.php/pea/article/view/3752.

Il provvedimento del prefetto di Roma ha suscitato forti critiche, come nel caso dell'Unione Camere Penali, che ha denunciato l'impostazione "*populista e securitaria*" sottesa alla istituzione delle c.d. "zone rosse", con l'attribuzione di un'amplissima discrezionalità alle forse di polizia incompatibile con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione.

Emerge, sotto questo profilo, un diritto amministrativo "dell'emergenza criminale", che deriva in parte dai processi di depenalizzazione di vari illeciti penali e che, al contempo, costituisce strumento di gestione impropria di fenomeni di marginalità sociale impropriamente accostati a condotte di rilievo criminale. Esso è gemmazione del diritto penale ma presenta tratti autonomi in quanto si caratterizza per uno strumentario giuridico formalmente non di tipo sanzionatorio ma piuttosto prevenzionistico, con l'innesto di tecniche prettamente amministrative come, ad esempio, nel caso delle ordinanze contingibili ed urgenti[43].

La sicurezza urbana si conferma così una tematica idonea a delineare una lettura originale dell'involuzione del sistema autonomistico italiano. Infatti, alla prima stagione regionalista ha fatto seguito una fase di sovranismo "locale"; successivamente, dopo l'intervento della Corte costituzionale le ordinanze sindacali "non emergenziali" sono state superate da un'ondata securitaria connotata dalla primazia dei tradizionali poteri di polizia amministrativa riferiti all'organizzazione centralistica della pubblica sicurezza (questori e prefetti). La parabola dei "sindaci-sceriffo", infatti, è stata idealmente proseguita da una vasta gamma di misure preventive di pubblica sicurezza come le varie tipologie di DASPO adottate dal questore e le ordinanze contingibili e urgenti dei prefetti.

L'esigenza di garantire un preteso diritto fondamentale alla sicurezza urbana ha così finito per marginalizzare gli spazi del regionalismo e dell'autonomia locale; ciò, paradossalmente, proprio in un contesto di ampio dibattito politico sui temi del regionalismo differenziato. Si svelano così le strategie mimetiche del populismo anche in materia di sicurezza urbana. Dai c.d. "pacchetti sicurezza" del governo Berlusconi-quater, al decreto "Minniti" e più recentemente al decreto "sicurezza" del governo Meloni, i fenomeni di marginalità e disagio sociale tendono ad essere trasfigurati in manifestazioni di (supposta) criminalità e conseguentemente regolati attraverso il diritto amministrativo in chiave sostanzialmente punitiva[44], privilegiando la dimensione della sicurezza "da" a scapito di quella della sicurezza "di", invero dotata di pari dignità costituzionale. Il tramonto della stagione dei sovranismi locali in materia di sicurezza urbana è accompagnato da una svolta punitiva del diritto amministrativo, di fronte alla quale gli spazi di intervento per il sistema autonomistico tendono a ridursi fino a diventare quasi del tutto asfittici; il populismo amministrativo assume così un volto riconoscibile.

---

43 Cfr. N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo. L'amministrazione pubblica dei beni confiscati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

44 R. Selmini, *op. cit.*

Giacomo Pignataro
Professore ordinario di Scienza delle finanze presso il Dipartimento di Economia e Impresa dell'Università di Catania
giacomo.pignataro@unict.it

Autonomia differenziata: tra promessa di federalismo e realtà dei vincoli

Differentiated Autonomy: Between the Promise of Federalism and the Reality of Constraints

Sintesi

Il contributo analizza la prospettiva dell'autonomia differenziata delle Regioni ordinarie in Italia alla luce della legge n. 86/2024, mettendo in evidenza i vincoli finanziari, normativi e macroeconomici che ne limitano l'attuazione effettiva. Partendo dal lessico del federalismo, la dimensione decisiva è quella fiscale, sia dal lato delle entrate (tributi propri e compartecipazioni) sia dal lato delle spese (fabbisogni standard e vincoli europei di bilancio). L'esperienza trentennale del settore sanitario fornisce un banco di prova: pur avendo ampliato formalmente il decentramento, i vincoli costituzionali ed economici hanno mantenuto un ruolo centrale dello Stato, riducendo la reale autonomia regionale. L'analisi conclude che un federalismo fiscale compiuto resta difficilmente praticabile e suggerisce di orientare il dibattito verso una maggiore equità nei criteri di riparto e un rafforzamento delle capacità amministrative regionali.

Abstract

The paper examines the prospects of differentiated autonomy for Italy's ordinary regions, as relaunched by Law no. 86/2024, focusing on the financial, regulatory, and macroeconomic constraints that limit its effective implementation. Starting from the federalism framework, the analysis highlights the crucial role of fiscal autonomy, both on the revenue side (own taxes and tax sharing) and the expenditure side (standard needs and EU budgetary constraints). The thirty-year experience of regional healthcare is used as a case study: despite formal decentralization, constitutional and financial limits have kept the State at the core, restricting effective regional autonomy. The conclusion is that a full-fledged fiscal federalism is neither feasible nor sustainable, and that institutional efforts should instead be directed at improving equity in resource allocation criteria and strengthening regional governance capacity.

Parole chiave: Autonomia differenziata, Federalismo fiscale, Vincoli di finanza pubblica, Perequazione territoriale, Sanità regionale.

Keywords: Differentiated autonomy, Fiscal federalism, Public finance constraints, Territorial equalization, Regional healthcare.

INDICE: 1. Introduzione - 2. Dal lessico del federalismo al nodo della dimensione finanziaria - 3. Equità e vincoli normativi al federalismo fiscal - 4. Un'evoluzione incompiuta: dai tributi propri alle compartecipazioni - 5. L'autonomia di spesa delle Regioni: fabbisogni standard, vincoli macroeconomici e ruolo centrale dello Stato - 6. Un'autonomia inefficace?

1. Introduzione

La l. n. 86/2024 ha rilanciato il dibattito sul riconoscimento di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni a statuto ordinario, ai sensi dell'art. 116, co. 3, Cost. Si tratta di una questione che, pur inserendosi nel solco della riforma del Titolo V del 2001, si presenta oggi con nuove criticità legate sia al contesto macroeconomico (vincoli europei di finanza pubblica, elevato debito sovrano) sia alla persistente asimmetria nella capacità amministrativa e fiscale delle Regioni.

Un punto cruciale nella concreta attuazione di queste forme di autonomia riguarda la definizione dell'autonomia finanziaria, con particolare riferimento agli strumenti che la compongono, alla loro natura e alla capacità di generare risorse sufficienti a finanziare la spesa connessa all'esercizio delle funzioni regionali, nonché alla conseguente possibilità per le Regioni di incidere sull'entità di tale spesa. La concreta configurazione dell'autonomia finanziaria incide in modo significativo sulla "qualità" dell'autonomia regionale (differenziata), influenzando la capacità delle Regioni di esercitare in modo efficace le funzioni loro attribuite, l'efficienza nell'impiego delle risorse pubbliche e il livello di equità territoriale che ne deriva.

In questo breve contributo, richiamando alcuni elementi fondamentali dell'esperienza trentennale dell'autonomia finanziaria regionale in ambito sanitario, si intendono individuare le possibili "lezioni" che possono essere tratte per valutare i limiti prevedibili dell'autonomia finanziaria che potrà essere effettivamente realizzata a sostegno del processo di autonomia differenziata, e i vincoli che ne possono derivare.

2. Dal lessico del federalismo al nodo della dimensione finanziaria

Il dibattito politico sul decentramento – per contenuti e toni – tende a generare un equivoco circa natura ed effetti dell'assetto perseguito. Dalla sua osservazione sembra emergere l'idea che il modello delineato dalla riforma costituzionale del 2001, e dai provvedimenti legislativi che ne sono scaturiti, e, più recentemente, dalla l. n. 86/2024 si collochi nell'orizzonte del federalismo, soprattutto nella sua dimensione finanziaria. Prescindendo qui dalla pertinenza tecnica di tale etichetta, l'uso del termine "federalismo" alimenta una rappresentazione che accomuna, spesso, entusiasmi e timori: alle Regioni verrebbe attribuita una ampia autonomia decisionale (per estensione dei poteri e per numero e natura delle materie) accompagnata da spazi altrettanto estesi di autonomia fiscale (dal lato delle entrate e dal lato delle spese), quantomeno attraverso il trasferimento di quote significative della potestà impositiva oggi in capo allo Stato, con un corrispondente ridimensionamento delle sue funzioni di indirizzo

e controllo.

Pur senza sottovalutare la rilevanza della ripartizione delle competenze tra centro e livelli sub-centrali, la variabile davvero decisiva resta il federalismo fiscale[1]: è il grado di decentramento del potere di entrata e di spesa a determinare l'autonomia effettiva con cui i governi territoriali esercitano le funzioni loro attribuite e, di riflesso, gli effetti sull'insieme del benessere sociale. L'assegnazione di competenze legislative e/o amministrative ai livelli sub-centrali è condizione necessaria, ma non sufficiente, perché l'autonomia sia reale. Essa diventa effettiva solo quando gli enti territoriali dispongono: (i) di entrate idonee a garantire risorse adeguate all'esercizio delle funzioni e sufficientemente flessibili da consentirne, nel tempo, la variazione per entità e composizione; (ii) di un'autonomia di spesa che permetta di allocare le risorse tra programmi differenti e di definire standard di servizio, pur nel rispetto dei vincoli e degli indirizzi fissati a livello nazionale.

Un simile assetto implica che le dotazioni di risorse possano risultare eterogenee tra territori e che i diritti effettivamente esercitabili dai cittadini possano differire. La variazione nell'erogazione dei servizi è, in effetti, intrinseca al decentramento e, nell'analisi di molti economisti, viene spesso considerata un esito virtuoso: consente di adattare quantità e qualità dei servizi pubblici alle preferenze locali, migliorandone la rispondenza rispetto ai bisogni dei territori [2]. Parimenti, la differenziazione delle risorse è coerente con la spinta politica che ha alimentato il lungo processo di decentramento nel nostro Paese, nonché con la rivendicazione di autodeterminazione nell'uso del gettito fiscale prodotto nei territori. Dall'altro lato, però, proprio la possibile eterogeneità nell'accesso ai servizi rappresenta l'argomento principale di quanti temono che un'estensione dell'autonomia, e dunque un federalismo fiscale più ampio, conduca a una inaccettabile diversificazione dei diritti tra cittadini residenti in aree diverse. Occorre infine richiamare un ulteriore, classico argomento economico a favore di un federalismo fiscale più marcato: l'allineamento tra chi decide e chi paga/beneficia dei servizi. Tale corrispondenza rafforza l'efficienza delle decisioni di spesa e accresce la responsabilizzazione (*accountability*) dei decisori pubblici, poiché rende più trasparente il rapporto tra prelievo, prestazioni erogate e risultati conseguiti.

Come cercherò di argomentare nel seguito del lavoro, l'esperienza concreta del decentramento in Italia – specie a livello regionale e, in particolare, nel settore sanitario – avviata già prima della riforma del Titolo V con il d.lgs. n.

---

1 Con il termine federalismo fiscale, come giustamente osservato da D. Fausto, *Note sulla teoria economica del federalismo fiscale*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 1999, 3-4, deve intendersi un sistema di governo con più di un livello fiscale e, pertanto, il termine federalismo, «*a dispetto del suo nome, non si riferisce soltanto ai paesi definiti «federali». Quasi tutti i sistemi fiscali, anche quelli degli Stati formalmente unitari, presentano qualche caratteristica dei sistemi federali attraverso la devoluzione, in qualche misura, del potere fiscale a livello decentrato*» (p. 458).

2 Si veda, a questo proposito, una pietra miliare della teoria del federalismo fiscale, W.E. Oates, *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

502/1992 (e successive integrazioni, in primis il d.lgs. n. 229/1999)[3], mostra che il federalismo fiscale effettivamente realizzato è rimasto assai circoscritto. Ne discende che un assetto di ampia autonomia fiscale, come quello sopra delineato, cercato da alcuni e paventato da altri, si rivela nel contesto italiano né praticabile né sostenibile.

3. Equità e vincoli normativi al federalismo fiscale

Uno dei principali nodi emersi nella costruzione di un autentico federalismo fiscale, sin dalla sua impostazione normativa, riguarda l'impatto in termini di differenziazione delle risorse e la conseguente stratificazione territoriale nell'accesso ai servizi pubblici erogati dalle Regioni. In presenza di marcate asimmetrie socioeconomiche — e, dunque, di significativa eterogeneità della base imponibile e della capacità fiscale pro capite — l'attribuzione di ampi spazi di autonomia impositiva, soprattutto in assetti in cui il gettito proprio è strettamente vincolato al finanziamento delle funzioni, determina verosimilmente una crescente divaricazione interregionale della capacità di spesa e, per conseguenza, dei livelli di erogazione dei servizi ai residenti. Per avere qualche esempio, perlomeno dell'impatto finanziario, delle differenze nella capacità fiscale, si può qui ricordare quanto stimato da Mapelli: «*1 punto percentuale di addizionale Irpef produce un gettito in Lombardia, nel 2021, di poco meno di 1.700 milioni, in Veneto di 730, in Emilia-Romagna di 710, mentre in Molise soli di 38 milioni, in Basilicata di 58, in Abruzzo di 155, in Calabria di 170 (nostri calcoli su dati del Ministero dell'Economia e Finanze). Il gettito medio per abitante è di 170 euro in Lombardia e di 150 in Veneto, contro uno di 92 euro in Campania e Calabria*»[4].

Appare dunque evidente che la costruzione di un'ampia autonomia fiscale non è politicamente sostenibile e, per di più, rischierebbe di entrare in frizione con principi costituzionali inderogabili, se non addirittura di mettere in discussione l'unità — e la solidarietà — nazionale. Per questa ragione, la disposizione cardine del federalismo fiscale italiano, l'art. 119 Cost., prevede un bilanciamento tra autonomia impositiva dei livelli sub-centrali e principio di perequazione, fondato sulla diversa capacità fiscale pro capite dei territori. In concreto, ciò implica, da un lato, che una quota delle risorse degli enti decentrati derivi non da entrate proprie ma da trasferimenti (non vincolati nella destinazione); dall'altro, tuttavia, che una parte delle risorse potenzialmente attribuibili come autonomia finanziaria sia invece destinata ad alimentare il fondo perequativo, così da attenuare gli squilibri e salvaguardare l'eguaglianza sostanziale tra i cittadini.

Nell'ottica dell'equità può anche essere letta un'altra disposizione dell'art. 119 Cost., cioè la previsione che il complesso delle entrate dei governi sub-cen-

3 Per un approfondimento del decentramento in ambito sanitario, si veda F. Taroni, *Salute, sanità e Regioni in un Servizio sanitario nazionale*, Treccani, 2015.

4 V. Mapelli, *Dalla sanità tre lezioni per l'autonomia differenziata*, in Lavoce.info, 17/02/2023.

trali sia sufficiente a garantire il finanziamento integrale delle loro funzioni. L'estensione con la quale viene attuato tale principio, determina, infatti, l'equilibrio che si realizza tra esigenza di differenziazione e responsabilizzazione, da una parte, e di solidarietà, dall'altra, incidendo, dunque, sulla stessa fisionomia del federalismo fiscale che si intende realizzare. Se l'obiettivo è promuovere responsabilità e autonomia finanziaria senza preoccuparsi delle differenze territoriali – considerandole, anzi, un esito fisiologico e persino desiderabile – il sistema di finanziamento dovrebbe poggiare sullo sforzo fiscale degli enti e, più in generale, su una dotazione di risorse ancorata alla capacità fiscale dei territori (eventualmente corretta da meccanismi perequativi della sola capacità). In un assetto che privilegi l'ampia devoluzione del potere fiscale agli enti sub-centrali, la copertura integrale delle funzioni potrebbe essere teoricamente assicurata mediante risorse proprie. Tuttavia, considerate le marcate disparità territoriali richiamate in precedenza, una perequazione basata esclusivamente sulla capacità fiscale difficilmente eviterebbe differenze significative nella capacità di erogare servizi pubblici essenziali. Se, per contro, si ritiene necessario mitigare le divaricazioni che un federalismo "competitivo" tenderebbe a produrre, il fabbisogno di spesa diviene il parametro guida sia dei rapporti finanziari tra i livelli di governo sia della quantificazione delle risorse spettanti a ciascuna Regione. In tale prospettiva – come osserva Pisauro – «*data la spesa obiettivo, da finanziare comunque integralmente, e dati i proventi dei tributi regionali, lo Stato si impegna a coprire la differenza, adeguando a posteriori il suo contributo nel caso di errori di previsione sul gettito dei tributi regionali*»[5].

Il dato costituzionale — e i limiti che esso pone al pieno dispiegarsi di un federalismo fiscale in un contesto come quello italiano — ha già inciso sul processo di decentramento e continuerà verosimilmente a farlo. Tale contemperazione dell'autonomia fiscale in funzione dell'equità territoriale emerge, infatti, anche nella l. n. 86/2024. L'art. 9, co. 3, introduce infatti una clausola di salvaguardia: per le Regioni che non richiedono ulteriori forme di autonomia vale il principio di invarianza finanziaria. Inoltre, le intese non possono in alcun modo pregiudicare l'entità e la proporzionalità delle risorse destinate alle altre Regioni, anche qualora si rendano necessari maggiori stanziamenti per l'attuazione dei LEP. Che cosa accade, allora, se la stima dei fabbisogni LEP delle Regioni firmatarie risulta superiore alla "spesa storica" finora sostenuta dallo Stato in quei territori? Prendendo la norma alla lettera, lo Stato dovrebbe reperire le risorse aggiuntive nel proprio bilancio, o aumentando la pressione fiscale o riducendo altre voci di spesa. La prima opzione appare poco praticabile, sia per l'elevato livello di tassazione già esistente, sia per l'orientamento politico dell'attuale governo. Rimarrebbe, dunque, la via del taglio della spesa. Ma quale spesa? La legge esclude riduzioni delle risorse necessarie a garantire i LEP nel-

5 G. Pisauro, *I rapporti finanziari tra Stato e Regioni. Commento agli articoli 7, 8, 9, 10 e 20 della legge 42/2009*, in *Astrid Rassegna*, 2009, 99, p. 5.

le altre Regioni. Ne consegue che lo Stato dovrebbe intervenire sulla spesa residua, ossia sulle funzioni di competenza esclusiva indicate dall'art. 117, co. 1, Cost. (giustizia, previdenza sociale, ordine pubblico e sicurezza, perequazione finanziaria, ecc.). In questo quadro, la traiettoria dell'autonomia differenziata rischia di rivelarsi non solo complessa sul piano attuativo, ma anche difficilmente sostenibile dal punto di vista finanziario.

È dunque evidente che, al di là delle dichiarazioni del dibattito politico sull'ampliamento dell'autonomia finanziaria, quando tali intenti si traducono in norme, esse — per ragioni insieme politiche e costituzionali — ne circoscrivono la portata, così da assicurare un adeguato livello di tutela per tutti i territori, alla luce dei divari che li caratterizzano.

4. Un'evoluzione incompiuta: dai tributi propri alle compartecipazioni

L'autonomia tributaria — intesa come capacità dei livelli sub-centrali di reperire risorse attraverso tributi propri — dovrebbe rappresentare il perno del federalismo fiscale, in particolare per le Regioni. Eppure, a fronte di un percorso pluridecennale avviato negli anni Novanta con IRAP e addizionale regionale all'IRPEF (d.lgs. n. 446/1997), i risultati restano complessivamente modesti. Neppure i provvedimenti più recenti segnano un'inversione di tendenza; al contrario, confermano la difficoltà di irrobustire in modo significativo la leva fiscale regionale. Emergono così vincoli di fatto che ostacolano l'attuazione di un autentico federalismo fiscale nel nostro Paese, i quali si sommano ai limiti di ordine normativo derivanti dai principi costituzionali a tutela dell'equità richiamati nel paragrafo precedente.

Anzitutto, gli attuali tributi regionali non sono pienamente nella disponibilità delle Regioni: i profili essenziali che ne determinano struttura e rendimento – soggetti passivi, basi imponibili, intervalli di aliquota, esenzioni e deduzioni – sono fissati dalla legislazione statale[6], con effetti diretti sull'andamento del gettito. Questa limitata discrezionalità contribuisce a spiegare il progressivo ridimensionamento del peso delle entrate proprie regionali rispetto al totale della spesa. Il caso dell'IRAP è emblematico: dopo il picco iniziale (circa 25 miliardi), il gettito si è assestato su valori inferiori (intorno ai 19 miliardi)[7]. Negli anni, infatti, interventi statali ripetuti ne hanno ridotto la base imponibile,

6 Emblematica, in tal senso, è la sentenza della Corte costituzionale n. 296/2003. Investita di una questione di legittimità promossa dalla Presidenza del Consiglio dei ministri contro una legge della Regione Piemonte del 2002 che esonerava dall'IRAP l'Agenzia per i Giochi Olimpici, la Corte ha precisato che: «*La circostanza che l'imposta sia stata istituita con legge statale e che alle Regioni a statuto ordinario, destinatarie del tributo, siano espressamente attribuite competenze di carattere solo attuativo, rende palese che l'imposta stessa – nonostante la sua denominazione – non può considerarsi «tributo proprio della regione», nel senso in cui oggi tale espressione è adoperata dall'art. 119, secondo comma, della Costituzione, essendo indubbio il riferimento della norma costituzionale ai soli tributi istituiti dalle Regioni con propria legge, nel rispetto dei principi del coordinamento con il sistema tributario statale*».

7 Si veda, sul punto, F. Sciretti, G. Turati, L. Virgadamo, *L'evoluzione dei finanziamenti alla sanità*, in Osservatorio sui conti pubblici italiani, 16 maggio 2024.

in particolare attraverso un'ampia deducibilità del costo del lavoro (progressivamente estesa, specie per il lavoro dipendente a tempo indeterminato) e altre misure selettive. Più di recente, la normativa ha esonerato molte persone fisiche (imprese individuali e professionisti) dall'assoggettamento all'IRAP, e le linee di riforma in discussione prospettano un ulteriore superamento del tributo. Non è realistico pensare che, nel prossimo futuro, il deficit di autonomia possa essere colmato mediante l'istituzione di nuovi tributi propri "pieni" in grado di garantire gettiti rilevanti a livello regionale. In un contesto di elevata pressione fiscale complessiva, è difficile individuare basi imponibili aggiuntive senza determinare aumenti del prelievo politicamente insostenibili. Inoltre, la Corte costituzionale (sent. n. 296/2003) ha precisato che l'eventuale potestà regionale di introdurre tributi propri resta comunque subordinata ai principi di coordinamento del sistema tributario nazionale, la cui definizione spetta alla legge statale.

Ne consegue che, in assenza di un adeguato "spazio fiscale" per introdurre nuovi tributi regionali aggiuntivi rispetto a quelli erariali, l'ampliamento dell'autonomia tributaria delle Regioni può avvenire solo a detrimento di quella dello Stato, ossia mediante una corrispondente riduzione della leva fiscale statale. Poiché è irrealistico ipotizzare che lo Stato rinunci alle principali basi imponibili (redditi, consumi, ecc.), l'unica forma praticabile non è il trasferimento di "materia tributaria" in senso proprio, ma di gettito, tramite l'attribuzione alle Regioni di compartecipazioni al gettito di imposte erariali. La modalità più rilevante di tale trasferimento è quella oggi riconosciuta alle Regioni a statuto speciale, basata su un'aliquota fissa di compartecipazione. È bene precisare, tuttavia, che questo schema non integra vera autonomia tributaria — e, perciò, non produce i benefici tipici associati a leve fiscali proprie — pur configurando, come si dirà oltre, un trasferimento di risorse più incisivo di quello derivante dalle compartecipazioni attualmente vigenti e di quelle previste dalla l. n. 86/2024.

Anche questa forma di "autonomia" finanziaria, tuttavia, è difficilmente praticabile per ragioni di fatto. La compartecipazione ad aliquota fissa non è un gioco a somma zero: ogni euro di gettito trasferito alle Regioni, con la correlativa cessione di funzioni (e dunque di spesa), non garantisce una riduzione proporzionale della spesa statale residua. In altri termini, non è affatto scontato che alla cessione di quote di gettito corrisponda, per lo Stato, una contrazione speculare delle uscite, con evidenti criticità di sostenibilità complessiva. È pur vero che l'art. 9, co. 1, della l. n. 86/2024 stabilisce che «*Dall'applicazione della presente legge e di ciascuna intesa non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*». La sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale precisa che il principio ispiratore del trasferimento di funzioni alle Regioni, per quanto riguarda gli aspetti finanziari, deve essere quello dell'efficienza, coerentemente con la *ratio* dell'art. 116, co. 3, della Costituzione. Muovendo da tale premessa, la Corte individua due corollari: «*da un lato, il trasferimento della funzione non dovrebbe aumen-*

tare la spesa pubblica ma dovrebbe o ridurla o mantenerla inalterata, nel quale ultimo caso la gestione più efficiente si tradurrà in un miglioramento del servizio; dall'altro lato, il criterio da seguire per finanziare le funzioni trasferite dovrebbe considerare il costo depurato dalle inefficienze (come può essere il costo e fabbisogno standard, da applicare se la funzione attiene ad un LEP)».

La realtà del funzionamento del settore pubblico offre, tuttavia, una prospettiva meno ottimistica rispetto all'ideale di efficienza sotteso a un sistema di decentramento perfettamente funzionante. Da un lato, infatti, una quota della spesa per servizi regionali verrebbe trasferita solo alle Regioni che chiedono maggiore autonomia, mentre per le altre dovrebbe essere comunque mantenuta. Questa componente presenta spesso costi incomprimibili (strutture, funzioni minime), che non si riducono anche se cala il numero dei beneficiari.

Dall'altro lato, le Regioni che ottengono più autonomia potrebbero gestire le funzioni trasferite in modo diverso dallo Stato, scegliendo livelli di servizio più elevati e quindi maggiore spesa rispetto agli attuali standard. L'effetto combinato non è neutro: la spesa pubblica complessiva tenderebbe ad aumentare, non a ridursi. Il caso della sanità è esemplare. Le prime richieste (2018) di Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna includevano la rimozione di vincoli di spesa, soprattutto sul personale, per poter aumentare le retribuzioni e rendere più attrattivi i sistemi sanitari regionali, in particolare per le figure ad alta qualificazione. Un simile intervento accrescerebbe la spesa sanitaria regionale senza una riduzione equivalente della spesa statale.

Resta allora la domanda: come compensa lo Stato la minore disponibilità di gettito? Le opzioni sono due, entrambe problematiche: aumentare il deficit, oppure ridurre le risorse alle altre Regioni, in particolare al Mezzogiorno (dato che oggi l'interesse per l'autonomia è concentrato nel Centro-Nord)[8]. Uno studio dell'Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani[9] osserva: «*Posto che il Pil del Mezzogiorno è il 22,5% di quello nazionale, si supponga che le Regioni del Centro-Nord vogliano trattenere sui propri territori risorse aggiuntive pari soltanto a un 2% del proprio Pil. Se questo aumento si scaricasse sul deficit dell'Italia, questo aumenterebbe dell'1,5% ogni anno (2%×77,5%), un valore chiaramente non sostenibile. Se invece l'onere fosse addossato alle Regioni del Mezzogiorno, le risorse a esse destinate si dovrebbero ridurre di quasi il 7% del Pil del Mezzogiorno. Si tratta di un numero enorme, a maggior ragione per il fatto che non sarebbe una tantum, ma avrebbe, nelle intenzioni, carattere permanente*». In sintesi, la combinazione di costi fissi non comprimibili e di spese potenzialmente crescenti nelle Regioni più autonome rende l'assetto finanziario non a somma zero: senza correttivi robusti, l'autonomia differenziata rischia di tradursi in maggiore

8 Va sottolineato che, con compartecipazioni a aliquota fissa, l'eventuale incremento di gettito dovuto a una fase economica espansiva non resta allo Stato: l'aumento viene automaticamente acquisito dalle Regioni, cui affluisce l'intero surplus derivante dalla crescita.

9 R. Arcano, A. Capacci, G. Galli, *Autonomia differenziata, il rischio dello Stato arlecchino*, in Osservatorio sui conti pubblici italiani, 19 giugno 2024, p. 4.

spesa complessiva o in tagli rilevanti e territorialmente concentrati.

Non sorprende, dunque, che la l. n. 86/2024 – anche a seguito delle modifiche intervenute in sede parlamentare – pur prevedendo formalmente il trasferimento di materia tributaria alle Regioni tramite compartecipazioni al gettito di uno o più tributi statali maturati sul territorio, abbia introdotto un correttivo essenziale all'art. 8, co. 2. La norma stabilisce che una commissione paritetica Stato–Regione effettui ogni anno una ricognizione dell'allineamento tra i fabbisogni già determinati e l'andamento effettivo del gettito dei tributi compartecipati; qualora emerga uno scostamento (in eccesso o in difetto), si procede a modificare le aliquote di compartecipazione concordate. Ne consegue che l'entità della cessione di materia tributaria non è definitiva: le aliquote hanno natura eminentemente strumentale, potendo essere ritarate annualmente per mantenere la capacità di spesa delle Regioni in linea con gli obiettivi prefissati. Obiettivi che, in linea teorica, coincidono con i fabbisogni necessari a garantire i LEP e che, in ogni caso – come chiarisce l'art. 8 della legge – devono essere perseguiti in coerenza con gli obiettivi programmatici di finanza pubblica, ossia con i vincoli europei su deficit e debito. La sentenza n. 192/2024 ha censurato la disposizione in questione, ritenendo che la variabilità delle aliquote di compartecipazione prevista dall'art. 8, co. 2, della l. n. 86/2024 fosse ancorata ai fabbisogni di spesa *tout court* e non ai fabbisogni standard, finendo così per legare il finanziamento delle Regioni alla spesa storica anziché a un livello di spesa efficiente. La Corte, inoltre, osserva che l'art. 119 Cost. «*prevede sì, del resto, il finanziamento delle funzioni delle autonomie territoriali anche tramite compartecipazioni, ma non contempla quello dell'allineamento, che di fatto finisce per snaturarne l'essenza, rendendole, in sostanza, del tutto analoghe ai trasferimenti statali a destinazione vincolata*».

Il punto è che, a quasi venticinque anni dalla riforma del Titolo V — e ancor più se si considerano gli interventi degli anni Novanta che avevano già rafforzato il decentramento sanitario — non si intravvedono possibilità concrete di meccanismi alternativi a quelli della variabilità delle compartecipazioni, nonostante la condivisibilità di quanto osservato dalla Consulta. Il finanziamento della sanità regionale, infatti, continua ad avvenire, per garantire la copertura integrale della spesa, attraverso una sostanziale rideterminazione annuale delle aliquote di compartecipazione, mediante il meccanismo di integrazione previsto dal d.lgs. 56/2000. I dati confermano questa dinamica, che Pisauro ha efficacemente descritto come un "travestimento" dei trasferimenti statali da compartecipazioni[10]. Nel riparto 2023, le entrate autonome con cui le quindici Regioni a statuto ordinario finanziano la funzione sanitaria ammontano a poco meno di 30 miliardi di euro: circa 19 miliardi derivano dall'IRAP, 9 miliardi

10 G. Pisauro, *L'autonomia differenziata e i limiti della riforma del Titolo V*, in *Diritto Pubblico*, 2023, 2, p. 573. È tuttavia opportuno osservare che i trasferimenti dal governo centrale a quelli subnazionali rivestono un ruolo significativo anche nei sistemi pienamente federali, come nel caso degli Stati Uniti. A questo proposito, si veda P. Leung, *State Responses to Federal Matching Grants*, in *Journal of Public Economics*, 2022, 216, 104746.

dall'addizionale IRPEF e la parte restante da altre entrate proprie degli enti del SSN. Tale importo copre soltanto circa il 28% del fabbisogno sanitario complessivo delle quindici Regioni a statuto ordinario, mentre il restante 72% è assicurato da trasferimenti statali[11].

In trent'anni, dunque, non sono stati introdotti strumenti effettivi di autonomia finanziaria o tributaria in grado di garantire alle Regioni risorse proprie adeguate. E, per le stesse ragioni strutturali, è difficile che ciò possa avvenire nel prossimo futuro.

5. L'autonomia di spesa delle Regioni: fabbisogni standard, vincoli macroeconomici e ruolo centrale dello Stato

In analogia con quanto rilevato sul versante delle entrate, limiti analoghi si riscontrano anche con riferimento all'autonomia di spesa delle Regioni per le funzioni loro attribuite. L'esperienza sanitaria ne offre un esempio emblematico. In linea di principio, il livello di spesa per ciascuna funzione dovrebbe essere definito autonomamente dalle Regioni in base alle risorse disponibili; per le materie presidiate dai Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP), tali risorse dovrebbero risultare sufficienti a coprire integralmente i fabbisogni[12]. Questo principio è stato formalmente recepito nel 2011 per la sanità, con riguardo ai Livelli Essenziali di Assistenza (LEA): l'art. 26 del d.lgs. n. 68/2011 prevede che il fabbisogno sanitario nazionale sia determinato in coerenza con i LEA, da erogare in condizioni di efficienza e appropriatezza. La stessa disposizione, tuttavia, subordina tale quantificazione al quadro macroeconomico e ai vincoli di finanza pubblica, inclusi gli obblighi assunti dall'Italia in sede europea. In pratica, quindi, i vincoli stringenti di finanza pubblica del nostro Paese fanno sì che il livello complessivo della spesa regionale sia determinato annualmente dal Parlamento attraverso la legge di bilancio, in funzione delle risorse complessive disponibili e degli altri impegni di spesa dello Stato. La "chiave della cassaforte" resta, di fatto, nelle mani del centro: se le condizioni della finanza pubblica non lo consentono, il fabbisogno nazionale standard non soltanto non viene incrementato, ma può anche diminuire.

La spesa di ciascuna Regione è determinata come quota del fabbisogno sanitario nazionale standard, definito annualmente con la legge di bilancio. Non discende, quindi, da decisioni autonome regionali: il suo ammontare è fissato dall'applicazione di criteri di riparto predeterminati — in primis popolazione e struttura per età; dal 2022, in misura marginale, anche tassi di mortalità sotto i 75 anni e alcuni indicatori socioeconomici.

---

11 Si veda a questo proposito F. Scinetti, G. Turati, L. Virgadamo, *Come viene finanziata la sanità tra le Regioni?*, in Osservatorio sui conti pubblici italiani, 31 maggio 2024.

12 La restrizione del principio di finanziamento integrale alle sole funzioni riconducibili ai LEP, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. *m*), non trova fondamento nell'art. 119 Cost.; essa è stata introdotta dall'art. 8 della legge n. 42/2009. Tale opzione normativa ha suscitato diffuse perplessità in dottrina, espresse anche da autorevoli costituzionalisti.

Nonostante l'ampia produzione normativa intervenuta negli anni, l'impianto resta sostanzialmente quello degli anni Novanta: un finanziamento di carattere nazionale, con copertura garantita dallo Stato e successiva ripartizione sulla base di parametri fissati ex ante. Come osserva efficacemente Pisauro, «*Irragionevole sarebbe immaginare che il livello del finanziamento della sanità possa essere indipendente dagli equilibri di bilancio e nascere come somma delle esigenze, valutate non si capisce bene come. In secondo luogo, si mantiene il carattere nazionale del sistema, per cui si impone che il finanziamento pro-capite (pesato) sia uniforme*»[13].

È opportuno aggiungere che, anche qualora si decidesse di prescindere, nella determinazione del fabbisogno standard, dai vincoli di bilancio, una determinazione appropriata e corretta di tale fabbisogno, inteso come costo efficiente della fornitura dei servizi (così come legata, per alcune funzioni, ai LEP), su cui parecchio insiste la Consulta nella sentenza n. 192/2024, richiederebbe requisiti informativi estremamente rigorosi. Tali condizioni renderebbero l'esercizio di stima del fabbisogno standard particolarmente complesso e difficilmente realizzabile in concreto.

6. Un'autonomia inefficace?

L'autonomia differenziata dunque non produrrà effetti sull'erogazione dei vari servizi su cui essa sarà esercitata? L'esperienza della sanità ancora una volta ci insegna qualcosa. La forma istituzionale di governo dei servizi pubblici ha senz'altro un impatto su quantità e qualità dei servizi pubblici. In particolare, la questione che preoccupa, nel nostro Paese, per quanto riguarda la sanità (e non solo) è quella dei divari regionali. Dal punto di vista finanziario, negli anni si è registrata una progressiva riduzione della variabilità nei livelli di finanziamento tra le Regioni. Nel 2022, il finanziamento pro-capite è passato dai 2.038 euro della Campania ai 2.299 euro della Liguria. Tuttavia, la convergenza dei livelli di spesa pro-capite non produce, di per sé, livelli uniformi di prestazioni ed esiti. La performance dipende da molteplici determinanti: innanzitutto dal profilo dei bisogni di salute — eterogeneo tra territori e solo in parte incorporato nei criteri di riparto — e, soprattutto, dalla qualità della governance regionale, ossia dalla capacità di programmare, allocare e spendere le risorse in modo efficiente e appropriato. L'autonomia nella gestione dei servizi ha infatti messo in evidenza significative differenze nella capacità amministrativa e di governo tra le Regioni. Questi divari si sono tradotti in differenze sostanziali sia nella quantità e qualità delle prestazioni offerte, sia nella loro efficienza. Quando tali disuguaglianze hanno generato squilibri finanziari e accumulo di debito, l'autonomia regionale è stata fortemente limitata: lo Stato è intervenuto con un controllo centrale più rigido. Tuttavia, questo intervento si è rivelato efficace solo sul fronte del contenimento della spesa, lasciando invariati — e spesso inadeguati — i livelli di qualità ed efficacia dei servizi sanitari erogati.

---

13 G. Pisauro, *L'autonomia differenziata e i limiti della riforma del Titolo V, cit.,* p. 575.

In definitiva, l'impegno istituzionale, politico ma anche scientifico, profuso negli ultimi decenni per accrescere l'autonomia fiscale dei livelli di governo decentrati – e, in particolare, delle Regioni – non hanno prodotto un effettivo salto di qualità sul piano di un compiuto e coerente federalismo fiscale. Una conferma più generale proviene dal *Regional Authority Index* (RAI)[14], indicatore composito (con valori nell'intervallo 0–30) adottato anche dall'OCSE per misurare il grado di potere effettivamente esercitato dalle amministrazioni regionali, includendo tra le dimensioni valutate anche quella fiscale. Nel 2001, con la riforma del Titolo V, il valore del RAI per le Regioni a statuto ordinario è salito a 18, ma da allora è rimasto sostanzialmente stabile e inferiore ai livelli registrati in altri Paesi a forte regionalismo/federalismo (ad es. Spagna, Canada, Germania)[15]. Alla luce di quanto argomentato, è ragionevole prevedere che lo Stato – tanto per esigenze di controllo della finanza pubblica quanto per garantire un adeguato livello di perequazione – continuerà a esercitare un controllo sostanziale sia sul gettito sia sulla spesa regionali.

In questo contesto, allora, sarebbe sicuramente più utile orientare l'"investimento istituzionale" sull'autonomia regionale verso: (i) il rafforzamento dei criteri di riparto delle risorse, così da promuovere maggiore equità territoriale[16]; (ii) il potenziamento della capacità di governo e amministrazione a livello regionale, condizione necessaria per migliorare efficienza ed efficacia nell'esercizio delle funzioni, così come dei sistemi di monitoraggio dell'erogazione delle prestazioni da parte delle stesse Regioni[17].

14 L. Hooghe, G. Marks, A. H. Schakel, S. Chapman Osterkatz, S. Niedzwiecki, S. Shair-Rosenfield, *Measuring Regional Authority: A Postfunctionalist Theory of Governance*, Vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2016.

15 Per una sintesi del confronto internazionale dei valori dell'indicatore si veda A. Ballabio, G. Carboni, F. P. Forti, *Diamo i numeri dell'autonomia italiana*, in Lavoce.info, 18/10/2021.

16 Da tempo, autorevoli studiosi hanno rilevato i limiti dell'esperienza dei criteri di riparto in sanità. A questo proposito, si veda V. Mapelli, *Una proposta di ripartizione del fondo sanitario tra le regioni*, in *Politiche sanitarie*, 2007, 8(1).

17 Per un'analisi dei limiti dell'esperienza maturata nel settore sanitario in materia di monitoraggio dell'erogazione dei LEA da parte delle Regioni, N. Dirindin, E. Caruso, *La garanzia dei LEA: problemi di misurazione e monitoraggio*, Università di Modena e Reggio Emilia, CAPPaper 175, dicembre 2021.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Paolo Giangaspero
Professore ordinario di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione dell'Università degli Studi di Trieste
giangasp@units.it

Il problema della modifica degli Statuti speciali, tra revisioni e adeguamento: si arriverà mai al superamento della fase transitoria?

The problem of amending special statutes, between revisions and adaptation: will the transitional phase ever be overcome?

Sintesi

Il saggio si propone di valutare l'attuale situazione del processo di adeguamento degli Statuti speciali richiesto dall'art. 10 della l.c. n. 3 del 2001. A tal fine, dopo aver inquadrato brevemente le conseguenze del perdurare del periodo di transizione ancora in atto, svolge qualche considerazione relativa al nuovo procedimento di approvazione degli Statuti delle Regioni speciali, per poi passare in rassegna alcune delle iniziative assunte (o ispirate) dalle Regioni allo scopo di adeguare i loro Statuti alla riforma del regionalismo, ed alcune riforme statutarie effettivamente approvate negli ultimi anni.

Abstract

The essay aims to assess the current situation regarding the process of adapting the special statutes required by Article 10 of Constitutional Law No. 3 of 2001. To this end, after briefly outlining the consequences of the ongoing transition period on the extension of the powers of the special regions, it considers the new procedure for approving the statutes of the special regions, before reviewing some of the initiatives taken (or inspired) by the special regions to adapt their statutes to the reform of regionalism, and some of the statutory reforms that have actually been approved in recent years.

Parole chiave: Autonomie regionali, Regioni speciali, procedimento di revisione costituzionale, leggi costituzionali, riforma degli statuti speciali

Keywords: Regional autonomies, Region with special autonomy, constitutional revision procedure, constitutional laws, reform of special statutes

Indice: 1. Premessa: adeguamento degli statuti e adeguamento dei «sistemi» regionali speciali. – 2. Tra separatezza e omologazione: una transizione che consuma. – 3. Il procedimento di approvazione degli statuti speciali dopo la l.c. n. 2 del 2001: tra incertezze nella collocazione della fonte e ruolo del principio collaborativo. 4. - 4. Tra modifiche (poche) e adeguamenti (forse nessuno): analisi di alcune revisioni statutarie e di alcuni tentativi di mettere mano alla riscrittura degli Statuti speciali. Alcune premesse. – 5. Segue: analisi di alcune iniziative (poche concluse, altre tentate) di riforma degli Statuti delle Regioni speciali: A) le modifiche del 2013; B) i tentativi di revisione «partecipata» con al centro i Consigli

regionali; C) la leva della riforma statutaria come strumento per «puntellare» politiche di riassetto territoriale; D) Le politiche dei «tavoli» tra esecutivi e il progetto di riforma dello Statuto del Trentino-Alto Adige. - 6. A mo' di conclusione: un adeguamento ancora lontano.

1. Premessa: adeguamento degli statuti e adeguamento dei «sistemi» regionali speciali

«Sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite.»

Oggetto delle brevi osservazioni che seguono è la prima parte di questa disposizione (l'art. 10 della l.c. n. 3 del 2001) che – nata come disposizione rivolta a gestire una transizione che si supponeva (o si auspicava) breve – ha finito per reggere su di sé ormai un quarto di secolo di vita delle Regioni ad autonomia speciale all'indomani della riscrittura complessiva del titolo V, parte II Cost. a cavallo del secolo. La disposizione si riferisce esplicitamente all'adeguamento degli Statuti, attraverso la messa in opera del «nuovo» procedimento di modifica delle Carte delle Regioni speciali, che la l.c. n. 2 del 2001 ha (come si dirà, con modalità probabilmente improvvide) inserito nel testo degli statuti stessi, con delle variazioni piuttosto significative rispetto al procedimento precedentemente previsto.

Il tema della riforma degli statuti speciali sarà dunque il *focus* del presente contributo. Non si può tuttavia in premessa non fare cenno alla circostanza che – accanto alla modifica dei testi statutari – il ciclo di riforme approvate tra il 1999 e il 2001 presentava anche altri profili che – in senso ampio – si possono valutare come altrettanti meccanismi di «adeguamento» (non solamente e non direttamente degli statuti ma) degli «ordinamenti» speciali rispetto alle novità che le riforme introducevano. Ci si riferisce da un lato ai processi di approvazione delle c.d. «leggi di governo», che ai sensi della l.c. n. 2 del 2001 consentivano – con un processo di «decostituzionalizzazione» di parti dei relativi statuti – di scegliere con atti regionali la rispettiva forma di governo; d'altro lato a quanto dispone la legge 131 del 2003, di diretta attuazione del nuovo titolo V, che – al comma 2 del suo art. 11 – nell'attuare la norma transitoria richiamata in apertura – demandava ai decreti di attuazione statutaria i trasferimenti relativi alle competenze di nuova acquisizione.

Come si è detto, le presenti brevi osservazioni saranno incentrate sul poco che si è fatto (e su ciò che al momento si sta progettando, o avviando a compimento) in tema di riforma delle Carte statutarie, mentre sarà relegato sullo sfondo il tema delle «leggi di governo» delle Regioni speciali, e solo qualche cenno marginale – funzionale all'argomento principale dell'indagine – sarà riservato al ruolo giocato dai decreti di attuazione nei più di vent'anni che abbiamo alle spalle.

La struttura delle pagine che seguono si articolerà sostanzialmente in tre parti: nella prima si tenterà di sintetizzare – giocoforza in maniera sommaria ed

approssimativa – le conseguenze che il protrarsi del periodo transitorio ha determinato sugli ordinamenti regionali speciali, in termini di «impoverimento» e di «omologazione» delle rispettive competenze rispetto a quelle delle Regioni ordinarie, determinando una situazione che a parere di molti rende più urgente che mai un'azione di adeguamento degli Statuti. Nella seconda si prenderà sommariamente in esame il ridisegnato assetto della fonte statuto speciale, che – come è noto – è stata riformata dalla l.c. n. 2 del 2001: si dirà qualcosa circa la sua (complessa e tutt'altro che pacifica) collocazione nel sistema delle fonti e ci si soffermerà in particolare su due temi che sono in stretta relazione con l'oggetto principale dello studio: il primo riguarda il «peso» della partecipazione regionale nel processo di riscrittura degli Statuti; il secondo ha a che fare con la portata dell'art. 10 della l.c. n. 3 del 2001, e consiste nel chiedersi, anche alla luce della impostazione delle singole iniziative di riforma che si analizzeranno, che cosa significhi «adeguamento» ai fini della cessazione dell'efficacia della clausola di maggior favore. Nella parte finale saranno prese in considerazione alcune delle iniziative rivolte a realizzare (o – in taluni casi – a porre le basi per realizzare) l'adeguamento degli Statuti speciali.

2. Tra separatezza e omologazione: una transizione che consuma

In un articolo pubblicato nel 2010 Sergio Bartole – quasi un decennio dopo l'entrata in vigore del nuovo Titolo V, parte II, della Costituzione – si interrogava sull'esistenza, nella comunità degli interpreti, di una «dottrina» del regionalismo differenziato, ossia – usando le sue parole – «di una ricostruzione interpretativa della normativa interessante un dato istituto, che offre indicazioni sull'applicazione di quella normativa nel quadro dell'ordinamento complessivo»[1]. La conclusione era sostanzialmente negativa, quanto meno nel senso di una dottrina che disegnasse in maniera definita le caratteristiche proprie della specialità, in particolare in rapporto alle Regioni ordinarie, e che fosse capace, anche nella pratica di porre le basi per una loro collocazione nel quadro complessivo delle autonomie territoriali regionali italiane. La risposta all'interrogativo era in quel saggio sostanzialmente negativa ed il ragionamento ivi condotto in realtà finiva per abbracciare il complessivo atteggiamento culturale sia della dottrina, sia della giurisprudenza, sia degli operatori istituzionali, e a spiegare la quasi costante situazione di «crisi», di spaesamento, che le autonomie speciali hanno vissuto tanto nella prima fase della loro esperienza (come soli esempi di autonomia territoriale legislativa in un sistema centralizzato); tanto all'indomani dell'avvio delle Regioni ordinarie, rispetto alle quali in più di un'occasione si sono trovate impegnate in un'opera di «rincorsa» per vedersi applicate le evoluzioni che via via nel sistema regionale ordinario venivano affermandosi [2]; tanto

1 S. Bartole, *Esiste oggi una dottrina delle autonomie regionali e provinciali speciali?*, in *Le Regioni*, 2010, 4, 863–871.

2 Sul punto, peraltro molto trattato in dottrina, si v. per tutti G. Mor, *Le autonomie speciali tra passato e futuro,* in G. Mor *(a cura di), Le autonomie speciali alla ricerca di un'identità*, Udine,

– ed a maggior ragione – all'indomani della riscrittura del titolo V, parte II, Cost. secondo criteri che – quanto meno sul piano dei principi – sono fortemente differenti da quelli consacrati negli statuti, la cui impostazione di fondo era probabilmente più vicina al «vecchio» regionalismo uscito dalla Costituente.

La ricerca di una «dottrina» delle autonomie speciali può – in questa sede, sia pure da un angolo visuale più limitato – servire da guida per valutare ad oggi (quasi 15 anni dopo la stesura di quelle righe e un quarto di secolo dopo la riforma del regionalismo) le conseguenze che si sono determinate a carico delle autonomie speciali, dell'estensione delle relative competenze legislative e della loro complessiva posizione nell'ordinamento autonomistico italiano dal perdurare della disposizione transitoria di cui all'art. 10 l.c. n.3 del 2001.

Limitando lo sguardo alle linee che a partire dal 2001 hanno caratterizzato la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la conclusione circa la difficile ricostruzione di una dottrina della specialità capace di effettivamente connotare in senso univoco (e con esiti prevedibili sul piano degli esiti delle decisioni) la posizione delle Regioni speciali nel quadro del regionalismo italiano emerge a parere di chi scrive con una certa nettezza di contorni.

Non è ovviamente possibile in questa sede condurre un'analisi particolareggiata della (alluvionale) giurisprudenza costituzionale in materia [3] . Ci si limiterà pertanto a tracciarne alcune linee molto generali, per sostenere che essa può essere inquadrata tra i due poli della condizione di «separatezza» delle Regioni speciali rispetto al nuovo assetto del regionalismo italiano e – d'altro lato – di forti tendenze (nel complesso direi prevalenti) verso forme di «omologazione» delle relative competenze che – per vie differenti – finiscono per estendere anche alle autonomie speciali limiti opponibili alle ordinarie per il tramite dell'applicazione anche alle prime di soluzioni giurisprudenziali e vincoli alla legislazione che valgono per le seconde.

Quanto al primo profilo poco sopra citato, quando la Corte Costituzionale è chiamata in termini generali a pronunciarsi sulla relazione tra gli Statuti e il nuovo Titolo V si può ravvisare nella giurisprudenza della Corte la convinzione che le autonomie speciali siano da considerarsi sostanzialmente estranee rispetto alle dinamiche del nuovo titolo V (si potrebbe parlare di una dottrina della «separatezza»). È anzi significativo che queste affermazioni siano svolte con nettezza di contorni se si guardano alcune «grandi» sentenze della Corte («grandi» se non altro perché riferite a leggi «di sistema», ossia a leggi di diretta attuazione dei nuovi disposti costituzionali, relativamente alle quali è forse più agevole per la Corte cimentarsi con ricostruzioni sistematiche): così ad esempio

---

I.S.G.RE, 1988, 24

3 Per una panoramica recente delle condizioni del regionalismo speciale, guardato dalla prospettiva di tutte le autonomie di cui all'art. 116, comma 1, si v. ad es. di recente F. Cortese, J. Woelk (a cura di), *Autonomie speciali e regionalismo italiano: un bilancio*, Milano, Franco Angeli, 2023, che contiene contributi dedicati a ciascuna delle Regioni speciali, ed è ricco di spunti circa le esigenze di riforma degli statuti di autonomia

la sent. 236 del 2004, la 201 del 2010 e la stessa sent. 194 del 2024 [4]

Secondo questo modo di impostare il rapporto tra Regioni speciali e regionalismo ordinario l'assetto delle competenze di cui agli statuti speciali non sarebbe nella sostanza scalfito dalle modifiche del Titolo V, sicché il quadro delle loro competenze dovrebbe rimanere sostanzialmente intatto rispetto alla disciplina novellata del regionalismo: in questo quadro, le competenze statutariamente previste (salvo che per effetto della c.d. clausola di maggior favore, su cui si tornerà brevemente tra poco) dovrebbero sostanzialmente rimanere caratterizzate dalla «vecchia» perimetrazione e dai relativi limiti (particolarmente con riguardo a quelle c.d. primarie, per le quali i «vecchi» limiti, anche quelli espunti dal nuovo titolo V – si pensi al vincolo al rispetto dell'interesse nazionale – sarebbero gli unici in grado di vincolarle). In questa prospettiva, nel complesso, la regola sarebbe quella della inapplicabilità del nuovo titolo V alle Regioni speciali, cui non sarebbero opponibili i limiti derivanti, ad esempio, dalle materie di competenza esclusiva statale, se non per il tramite di una loro riconduzione nell'alveo dei limiti statutari: In altri termini: una limitazione derivante dal nuovo titolo V può essere usata come parametro per la valutazione delle legittimità delle leggi regionali soltanto nella misura in cui essa possa essere ricondotta ad uno dei limiti statutariamente previsti. Queste premesse in ordine alla posizione delle Regioni speciali esige – sul piano processuale – che gli atti di impugnazione statale – ove vogliano opporre alle autonomie differenziate la violazione di un limite previsto nel nuovo titolo V – hanno l'onere di ricondurre il contenuto di tale limite ad uno dei vincoli statutariamente imposti alla Regione dalle norme statutarie.

---

4 Con la prima decisione, pronunciata in sede di sindacato su varie disposizioni della l. 131 del 2003, in sede di impugnazione di Regioni speciali, la Corte Costituzionale dichiara inammissibile la questione sul presupposto che la lettura della l. impugnata «[…] risulta agevole: per tutte le competenze legislative aventi un fondamento nello statuto speciale, il principio del parallelismo tra funzioni legislative e funzioni amministrative conserva la sua validità. Per le ulteriori, più ampie competenze che le Regioni speciali e le Province autonome traggano dalla Costituzione, in virtù della clausola di maggior favore, troverà invece applicazione l'art. 11 della legge n. 131 del 2003 e quindi il trasferimento delle funzioni avrà luogo secondo le modalità previste dalle norme di attuazione e con l'indefettibile partecipazione della commissione paritetica.» Di tenore analogo è la seconda decisione, questa volta di infondatezza, in materia di delega sul c.d. federalismo fiscale, nella quale si esclude l'applicabilità di molti principi della delega alle Regioni speciali. Significativa appare a chi scrive anche la più recente delle sentenze citate nel testo, nella quale la Corte – nel dichiarare incostituzionale l'estensione del procedimento di «specializzazione» anche alle Regioni speciali, non si basa tanto sul tenore letterale della disposizione dell'art. 116, comma 3 (che di per sé potrebbe essere dirimente), ma piuttosto sulla *ratio* dell'art. 116, terzo comma, Cost. [la quale] esclude che esso rientri nell'orbita della clausola di maggior favore. Esso consente di «rompere» l'uniformità delle regioni ordinarie, in relazione a casi specifici; nel contesto delle regioni speciali, l'ulteriore specializzazione e il rafforzamento dell'autonomia devono scorrere sui binari della revisione statutaria e, entro certi limiti, delle norme di attuazione degli statuti speciali.» . L'argomento della Corte, dunque, sembra far perno più sulla «separatezza» degli ordinamenti speciali rispetto al nuovo Titolo V. che sui dati testuali, pure da molti considerati decisivi. Sul punto si v., se si vuole, P. GIANGASPERO, *Specialità regionale e art. 116, comma 3, Costituzione*, in *Le Regioni*, 2025, 2, 282 ss.

Sul piano delle enunciazioni di principio, il rapporto di separazione tra sistemi è molto spesso (direi costantemente) evocato dalla giurisprudenza costituzionale in materia (ed in effetti in alcuni casi la mancata soddisfazione dell'onere processuale poco sopra citato porta a dichiarazioni di inammissibilità del ricorso statale [5]), e tuttavia la Corte si dimostra estremamente «generosa» nei confronti della possibilità di inserire i limiti derivanti dal nuovo titolo V nell'alveo delle norme di grande riforma economico-sociale, che è di gran lunga il limite più utilizzato nelle dichiarazioni di incostituzionalità delle leggi delle Regioni speciali [6]. A ciò si aggiunga che in diversi casi la Corte, facendo ricorso ai «nuovi» titoli di competenza statali e regionali introdotti nel 2001, finisce per limitare in senso per così dire «orizzontale» le materie previste dagli Statuti speciali, riconducendo alla nuova disciplina del Titolo V frazioni di competenza che prima della riforma erano ricomprese nelle attribuzioni statutariamente previste, con una conseguente riduzione degli spazi in favore dell'ambito di applicazione delle competenze previste dagli Statuti. Questo comporta, oggettivamente, non soltanto una «contaminazione» dei vecchi assetti statutari con norme che ad esse in astratto sarebbero da considerarsi estranee, ma in più di un'occasione delle vere e proprie «regressioni» nell'estensione delle competenze delle autonomie di cui all'art. 116, comma 1, rispetto agli assetti che parevano consolidati prima della riforma. A ciò si può ulteriormente aggiungere che non è affatto raro che la Corte non si soffermi particolarmente sull'onere motivazionale che cui in astratto i ricorsi governativi dovrebbero essere tenuti, e finisca per applicare in modo sostanzialmente immediato e per così dire «diretto» (senza argomentare particolarmente sulla riconduzione di tali limiti ai limiti tipici della specialità) alle Regioni speciali le logiche di ripartizione delle materie derivanti dalla nuova versione del titolo V, parte II, Cost.

Ad esiti tutto sommato non dissimili porta anche la difficile applicazione della c.d. «clausola di maggior favore», prevista dall'art. 10 l.c. n. 3 del 2001 in qualche modo come soluzione «di passaggio» nell'attesa della riforma statutaria. Come è stato da più parti sottolineato [7] le forti divergenze del disegno autonomista consacrato negli Statuti rispetto a quello nuovo fatto proprio dal Titolo

5 Si v., a titolo esemplificativo, in relazione a competenze primarie di varie Regioni, le sentt. della Corte Costituzionale nn. 134/2018, 52/2017, 238/2007, 247/2016, quest'ultima nell'ambito di un giudizio in via incidentale; 151/2015; 311/2013; 258/2004

6 Sul punto, relativamente alla posizione della Provincia di Bolzano, ma con considerazioni che valgono – persino a maggior ragione – anche per altri ordinamenti regionali speciali si v. di recente ad es. M. Cosulich, *I margini di manovra della Provincia autonoma di Bolzano nella legislazione e nell'amministrazione: sufficientemente garantiti o (troppo) facilmente limitabili?*, in *Federalismi.it*, 2023,32, 87 ss.

7 Per un contributo piuttosto recente riassuntivo sui percorsi applicativi della c.d. clausola di maggior favore si v. M. Rosini, *I 20 anni della «clausola di maggior favore»: un bilancio con riguardo allo Statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige/Suedtirol*, in *Osservatorio sulle Fonti,* 2022, 3, 93 ss.. Sul tema, tra gli altri si v. già A. Ruggeri, *La legge La Loggia e le regioni ad autonomia differenziata, tra «riserva di specialità» e clausola di maggior favore*, in *Le Regioni*, 2004, 4, 781 ss., C. Padula, *L. cost. n. 3/2001 e statuti speciali: dal confronto fra norme al (mancato) confronto tra «sistemi»*, in *Le Regioni*, 2004, 2, 682 ss.

V, parte II, Cost. rende la comparazione tra sistemi (che dell'applicazione della clausola di maggior favore costituisce il necessario presupposto) un'impresa estremamente ardua e dagli esiti tutt'altro che prevedibili: questo spiega la circostanza per la quale tale clausola è molto spesso evocata dallo Stato nei propri ricorsi, e l'atteggiamento regionale che è di massima più incline a radicare le proprie difese in competenze previste dallo Statuto [8].

A ciò si possono aggiungere due ulteriori considerazioni: la prima è che l'estensione in forza della clausola di maggior favore di una competenza alle Regioni speciali porta con sé i limiti (si pensi ad es. all'incidenza delle c.d. materie compito) propri del nuovo titolo V. La seconda è che può accadere che – quando la clausola di maggior favore viene parametrata su una singola funzione piuttosto che sul complesso della materia statutariamente prevista – ciò rischia di portare a forme di «disarticolazione» dei titoli di competenza statutaria, che vengono in parte governati dalla logica delle competenze materiali previste dallo Statuto, e presidiate dai decreti di attuazione, in parte da logiche diverse. Anche per questa via dunque si può assistere a forme di «erosione» delle competenze statutariamente previste, che fanno fatica ad essere arginate dallo strumento dei decreti di attuazione statutaria, che pure potrebbero fungere da presidio anche per materie «nuove», ai sensi del già ricordato art. 11 della l. 131 del 2003. [9]

Il complesso di questi fenomeni, e il protrarsi per più di due decenni della fase transitoria, rende la situazione delle Regioni speciali estremamente difficile, con la tendenza sempre più marcata ad un'erosione delle relative competenze legislative statutarie, che finiscono per appiattirsi su quelle del regionalismo ordinario, e comunque a dar luogo ad ordinamenti estremamente complessi e compositi, in cui convivono competenze strutturalmente differenti, quasi «a fisarmonica» [10], e certamente a forme di arretramento di spazi di autonomia per l'innanzi riconosciuti: ed anzi, a parere di una parte della dottrina ciò ha finito per porre in discussione la stessa capacità regolativa dei «vecchi»

8 A questo riguardo rimangono ancora di assoluta attualità i le considerazioni contenute nei contributi, pure risalenti di I. RUGGIU, *Le nuove materie spettanti alle Regioni speciali in virtù dell'art. 10, legge costituzionale 3/2001*, in *Le Regioni*, 2011, 5, 775 ss.; S. PARISI, *La potestà primaria alla deriva? Spunti ricostruttivi per ripensare un luogo comune*, ivi, 821 ss.

9 In effetti le ipotesi di decreti legislativi di attuazione che tentino in qualche modo di «consolidare» le competenze regionali di nuove acquisizioni, non sono molti, e riguardano per lo più le Regioni speciali che hanno saputo utilizzare in maniera più intensa e costante lo strumento, tra tutte soprattutto il Trentino-Alto Adige. Su questi aspetti si v. tra gli altri S. PAJNO, *Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali*, in *Le Nuove Autonomie*, 2018, 2, 377ss., A. POGGI, *Le funzioni legislative e amministrative nelle autonomie speciali, tra vecchie e nuove fonti e realtà effettiva*, in *Federalismi.it*, 2015, 22, 30 ss.. Per una trattazione generale della figura dei decreti legislativi di attuazione, anche successivamente alla riforma, non può mancare il riferimento a M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle regioni ad autonomia speciale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017.

10 In questi termini S. BARONCELLI, *Il disegno di riforma costituzionale Renzi-Boschi e i suoi riflessi sulle autonomie speciali fra tendenze centralistiche, clausola di maggior favore e principio dell'intesa*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2015, 1, 1 ss.

statuti, in quanto con il protrarsi della transizione la situazione delle Regioni speciali si sarebbe nella sostanza «decostituzionalizzata» [11], anche il connessione con la circostanza che secondo parte della dottrina – quanto meno per talune autonomie speciali – le ragioni originarie della specialità tendono ad offuscarsi.

La circostanza che qui si sia fatto riferimento esclusivo alla giurisprudenza costituzionale non dovrebbe peraltro portare alla conclusione che la situazione descritta sia totalmente ad essa addebitabile: se è certamente vero che l'attività conformativa dell'autonomia regionale svolta dalla Corte Costituzionale è uno dei dati storicamente tipici del diritto regionale italiano, è altrettanto vero che la Corte interviene a risolvere problemi puntuali (talora addirittura micro-problemi), che per un verso le rendono molto complicato elaborare «teorie» coerenti; per altro verso dà conto della circostanza che per buona parte le distorsioni cui si è accennato dipendono dai concreti comportamenti assunti dagli attori istituzionali, scarsamente propensi a trovare soluzioni che impediscano il coinvolgimento dell'istanza giurisdizionale. [12]

Sta comunque di fatto che la situazione che si è venuta a consolidare – e che è percepita molto negativamente sul versante delle autonomie speciali – rende piuttosto diffusa la convinzione che mettere mano agli Statuti di autonomia speciale sia un passaggio ormai difficilmente eludibile. Come si diceva, il presente contributo tenta di fare il punto della situazione, che – con forse qualche eccezione – si presenta ancora piuttosto fluida abbastanza lontana dal trovare una definizione compiuta.

Prima di passare ad esaminare alcune iniziative rivolte all'adeguamento, o comunque alla modifica, degli Statuti, è opportuno spendere qualche parola relativamente al procedimento che occorre seguire per arrivare a questo risultato.

3. Il procedimento di approvazione degli statuti speciali dopo la l.c. n. 2 del 2001: tra incertezze nella collocazione della fonte e ruolo del principio collaborativo

Come è ampiamente noto, la l.c. n. 2 del 2001 (che di per sé, come si è detto, con l'ordinario procedimento di revisione costituzionale, compie – o comunque pone le basi per – un «adeguamento» degli ordinamenti regionali speciali alla l.c. n. 1 del 1999) è intervenuta nel senso di rimodellare il procedimento di approvazione e di modifica degli statuti ad autonomia speciale.

---

11 Sul punto G. Tarli Barbieri, *I nodi irrisolti del regionalismo italiano, a venti anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2021, 1–2, 221, secondo il quale «il disegno della specialità è oggi largamente definito, più che dagli statuti-leggi costituzionali, dagli speciali decreti legislativi di trasferimento delle funzioni nonché dagli accordi con il Governo nazionale sul regime finanziario e sul concorso al conseguimento degli obiettivi di perequazione e di solidarietà, all'esercizio dei diritti e doveri da essi derivanti, nonché all'assolvimento degli obblighi euro-unitari (art. 27, l. n. 42 del 2009); tuttavia, questa larga «decostituzionalizzazione» non può non essere apprezzata criticamente alla stregua dei contenuti dell'art. 116, comma 1, Cost.»

12 Sul punto, se si vuole, S. Bartole, P. Giangaspero, *Diritto regionale. Una conversazione,* Bologna, Il Mulino, 2022, *passim*

Questo risultato è stato conseguito non attraverso una modifica dell'art. 116 Cost. (che anzi è stato – immediatamente dopo – riscritto dalla l.c. 3 del 2001 in termini sostanzialmente sovrapponibili a quello vecchio, con la conferma del rinvio alla necessità di «leggi costituzionali» per fondare l'autonomia speciale [13]), ma attraverso modifiche puntuali degli Statuti speciali, che dunque oggi contengono la disciplina della loro stessa revisione: ci si riferisce in particolare all'art. 41 *ter* dello Statuto siciliano; all'art. 50 dello Statuto della Valle d'Aosta; all'art. 103 dello Statuto del Trentino-Alto Adige; all'art. 63 dello Statuto del Friuli Venezia Giulia ed all'art. 54 dello Statuto della Sardegna. Le disposizioni normative citate non sono completamente sovrapponibili, ma presentano alcune differenze, che la dottrina non ha mancato di sottolineare in termini critici già in fase di elaborazione della l.c. n. 2 del 2001 [14]. Esse delineano comunque un procedimento di approvazione comune nelle sue linee portanti, e differente rispetto a quello originariamente previsto, sotto tre profili: in primo luogo, è stabilito espressamente che l'iniziativa di riforma dello Statuto possa provenire dalla stessa Regione speciale interessata; in secondo luogo che – ove l'iniziativa non sia regionale – debba in ogni caso essere assunto il parere del Consiglio della Regione interessata; in terzo luogo che la legge costituzionale che approva lo Statuto sia sottratta alla possibilità di referendum oppositivo ai sensi dell'art. 138 Cost. (e dunque – per implicito – che possa entrare in vigore a seguito dell'approvazione con la maggioranza assoluta)

Queste modifiche al procedimento, e soprattutto le modalità della loro collocazione normativa (nel testo degli statuti e non nella Costituzione) hanno dato luogo ad ampi dibattiti che hanno in primo luogo investito la natura e la posizione dei «nuovi» statuti speciali nel sistema delle fonti; in secondo luogo, il peso e la portata del principio «collaborativo» nella stesura delle nuove Carte.

Quanto al primo aspetto, che qui non è la sede per approfondire in maniera troppo specifica, può sostenersi che la miglior dottrina, già prima della

---

13 L' «accavallarsi» di una deroga (o addirittura di una «abrogazione tacita») dell'art. 116 Cost. ad opera della l.c. n. 2 del 2001 e di una sua successiva approvazione dell'art. 116 in termini sostanzialmente sovrapponibili a quelli del testo originario della Costituzione (ad opera della l.c. n. 3 del 2001) è rilevato tanto da O. CHESSA, *La specialità regionale tra leggi di revisione della Costituzione e altre leggi costituzionali*, in *Le Regioni*, 2009, 2, 297 ss. che da L. CAPPUCCIO, *Il procedimento di revisione degli statuti speciali introdotto dalla legge costituzionale n. 2 del 2001. Una nuova ipotesi di rottura costituzionale?*, in *Le Regioni*, 2003, 2, 399 ss.

14 In particolare, in parte anomala è la disposizione citata dello Statuto sardo, la quale prevede espressamente che l'iniziativa di riforma possa derivare anche da un'iniziativa popolare e che sia possibile, dopo la prima deliberazione parlamentare, indire un referendum a livello regionale sul testo dello Statuto in elaborazione. In senso critico su tali anomalie (ed in genere) sulle differenze che intercorrono tra i testi statutari in materia di revisione dello Statuto si v. tra gli altri M. LUCIANI, *Le Regioni a statuto speciale nella trasformazione del regionalismo italiano (con alcune considerazioni sulle proposte di revisione dello statuto della Regione Trentino-Alto Adige*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1999, 220 ss.; R. TOSI, *Leggi costituzionali speciali per le future revisioni degli Statuti speciali*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 2, 348 ss.; ID, *La revisione dello statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia: una disciplina incerta tra omologazione e differenziazione?*, in *Le Regioni*, 2001, 3, 511 ss.

entrata in vigore della l.c. n. 2 del 2001, era orientata nel senso di ritenere la fonte di cui all'art. 116 Cost. bensì una legge costituzionale, ma una legge costituzionale atipica, in quanto assegnataria di un contenuto costituzionalmente previsto e delimitato nella individuazione di «forme e condizioni particolari di autonomia» in favore delle autonomie speciali trovava del resto conferma anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, e segnatamente nella sentenza n. 6 del 1970, con la quale, come è noto, si dichiarava l'illegittimità costituzionale, con la quale venivano dichiarati illegittimi gli articoli 27 e 27 dello Statuto siciliano, istitutivi di una giurisdizione penale speciale, in quanto esorbitanti dal contenuto tipico dello Statuto come definito dall'art. 116, comma 1, Cost. [15].

I dibattiti sulla collocazione nel sistema delle fonti dei «nuovi» statuti nascono dalla combinazione di due elementi: il primo è ravvisabile nel fatto che per normare il nuovo procedimento di revisione statutaria il legislatore costituzionale del 2001 ha ritenuto, come si è detto, di intervenire non attraverso una modifica dell'art. 116 Cost., ma inserendo le regole procedurali sulla modifica nel corpo dei singoli statuti, secondo una tecnica normativa che avrebbe comportato una modifica tacita della Costituzione, o una «rottura costituzionale» [16]; in secondo luogo dalla circostanza che immediatamente dopo (con l. c. n. 3 del 2001) abbia riscritto l'art. 116, comma 1, Cost. in termini sostanzialmente sovrapponibili, salvo qualche variazione, rispetto al testo del 1948. Ciò ha indotto la dottrina ad interessarsi al rapporto che deve ritenersi sussistente tra l'art. 138 Cost. e le leggi di revisione degli Statuti, ed ha fatto revocare in dubbio parte della letteratura che il procedimento ex art. 138 Cost. sia in grado di procedere alla modifica degli Statuti [17]. Sul versante opposto, vi è stato chi ha inve-

15 Così L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 2000, 170 ss., in part. nt. 52. Si v. sul punto anche S. Bartole, *art. 114-117* in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione. Le Regioni, le province, i comuni* – t. I, Bologna-Roma, Zanichelli, 1985, 58 ss.

16 Sui punti citati nel testo si v. O. Chessa, *La specialità regionale tra leggi di revisione della Costituzione e altre leggi costituzionali*, cit.; L. Cappuccio, I*l procedimento di revisione degli statuti speciali introdotto dalla legge costituzionale n. 2 del 2001*, cit.

17 Così in particolare Chessa, *op.ult.cit.* il quale finisce per escludere che una legge costituzionale ex art. 138 Cost. possa considerarsi in grado di modificare uno Statuto ove sia approvata a maggioranza assoluta senza che si faccia ricorso a referendum, mentre perviene alla conclusione opposta nell'ipotesi di approvazione a maggioranza dei due terzi o nel caso che si svolga con esito positivo un referendum oppositivo. Nell'argomentazione dell'A. citato le conclusioni descritte hanno rilievo pratico, perché sostenere che sia del tutto precluso ad una legge di revisione costituzionale «tipica» toccare il testo degli Statuti porterebbe a dover dichiarare incostituzionale lo stesso art. 10 l.c. n. 3 del 2001, di cui invece Chessa sostiene la validità in quanto passato attraverso il vaglio referendario. Una ricostruzione di questo genere, pure affascinante sul piano della teoria delle fonti del diritto, finisce in qualche misura per disarticolare in parte lo stesso art. 138 Cost., se non altro con riferimento agli Statuti speciali, «spezzandone» in qualche modo gli effetti tipici a seconda delle modalità di approvazione della legge. Ancora più recisa in questa direzione sembra l'opinione di M. Salvago, *Quale procedimento per la modifica degli Statuti speciali? Brevi riflessioni sul rapporto tra l'art. 138 Cost. e la l. cost. n. 2 del 2001*, in *Rivista AIC*, 2017, che si fa portatrice di una tesi che propende in sostanza per l'intangibilità da parte di una legge costituzionale «tipica» degli Statuti speciali, in forza di un principio ravvisato in quello di competenza/specialità. A conclusioni almeno in parte

ce sostenuto – a parere di chi scrive con argomenti piuttosto persuasivi – che in definitiva la modifica del procedimento di approvazione statutaria abbia in realtà finito per indebolire, piuttosto che rafforzare, la posizione degli Statuti: a questo riguardo si è parlato di una sorta di «decostituzionalizzazione» degli Statuti speciali, i quali – in forza delle variazioni procedimentali introdotte nel 2001 – sarebbero in realtà una fonte «nuova», che – se assume dall'art. 138 alcuni elementi procedurali – si troverebbe comunque in una posizione subordinata alla Costituzione (e dunque non in grado di «resistere» al procedimento di cui all'art. 138 Cost.), e purtuttavia sarebbe sovraordinata rispetto alle leggi ordinarie, in quanto in grado di fondare deroghe rispetto alla disciplina del Titolo V a vantaggio delle autonomie differenziate [18].

Ai fini della presente indagine non sembra necessario approfondire ulteriormente la questione, se non nel senso di dire che il problema – sul piano del sistema delle fonti – è oggettivamente estremamente complesso, soprattutto in ragione della scelta del legislatore costituzionale di introdurre la nuova disciplina nel corpo degli Statuti, scelta senza dubbio opinabile e improvvida se non persino illegittima [19]. Tra le differenti opzioni sul tappeto (nessuna in effetti esente da alcune difficoltà) sembra di poter dire che il «nuovo» procedimento statutario non sia tale da rafforzare la posizione degli Statuti ad autonomia speciale rispetto all'art. 138 Cost., ma semmai – forse – di renderla più debole, anche in ragione dell'esclusione del referendum e della conseguente sufficienza «a regime» della maggioranza assoluta in seconda deliberazione, il che varrebbe ad escludere una preclusione da parte di una «tipica» legge costituzionale di procedere alla modifica degli statuti [20].

---

convergenti con queste conduce anche l'analisi di P. PINNA, *Il ruolo della Regione nella riforma dello statuto*, in *I nodi tecnici della revisione degli Statuti speciali*, cit., sulla cui posizione si v. qualche ulteriore considerazione *infra* nel testo

18 In questo senso si v. S. PAJNO, *La revisione degli Statuti speciali nel sistema delle fonti*, in *Le Regioni*, 2007, 5, 747 ss.

19 Particolarmente incisive sono le riserve a riguardo formulate da R. TOSI, *La revisione dello statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia: una disciplina incerta tra omologazione e differenziazione?*, cit., che ragiona di a questo riguardo di «norme intruse» nel corpo degli Statuti speciali, giacché la normativa sulla revisione statutaria – ed in particolare la soppressione del referendum – sarebbe del tutto estranea alla competenza degli Statuti speciali e potrebbe persino far ragionare di un'illegittimità costituzionale della legge di modifica degli Statuti *in parte qua*.

20 Un argomento, per quanto piuttosto debole, in favore della tangibilità dell'area coperta dalla competenza della fonte statutaria sta nella c.d. riforma Renzi-Boschi, approvata nel 2016 e successivamente bocciata in sede di referendum oppositivo, che revisionava ulteriormente – in una disposizione transitoria, applicabile a tutte le Regioni speciali - il procedimento di adeguamento degli statuti speciali, che avrebbe dovuto essere previsto sulla base di un'intesa con la regione interessata (art.39, comma 13 della legge). Il potenziale impatto sulla specialità della citata riforma è stato oggetto di parecchi commenti dottrinali, tra i quali si v., tra i moltissimi, S. BARONCELLI, *Il disegno di riforma costituzionale Renzi-Boschi e i suoi riflessi sulle autonomie speciali fra tendenze centralistiche, clausola di maggior favore e principio dell'intesa*, cit.; P. SCARLATTI, *Questioni transitorie e clausola di non applicazione. Profili problematici dell'art. 39, comma 13, del disegno di legge costituzionale S 1429-D - XVII Legislatura*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2016, 1, 1 ss..; A. POGGI, *Le funzioni legislative e amministrative nelle autonomie speciali, tra vecchie e nuove fonti e*

Un secondo ordine di problemi, in parte collegato al primo, ma di maggior rilievo nell'ottica di questo studio, riguarda la portata del principio «negoziale» che compare, come dato di rinforzo, nella nuova procedura di revisione statutaria, che per un verso ammette esplicitamente l'iniziativa regionale; per un altro rende obbligatoria l'assunzione di un parere del Consiglio regionale (da rendere entro due mesi) nel caso che le iniziative di riforma siano parlamentari o governative.

Ebbene, anche su questo terreno vi sono state in dottrina opinioni di segno diverso. Una prima osservazione può consistere nel rilevare come la previsione esplicita della possibilità che l'iniziativa di riforma provenga dai Consigli regionali in realtà sul piano pratico non introduce nessuna novità di rilievo, in quanto era da ammettersi anche in precedenza che l'iniziativa in tal senso potesse provenire dalle Regioni interessate. Semmai si potrebbe osservare che a tale disposizione può essere riconosciuto un valore per così dire «simbolico», particolarmente valorizzato nel quadro delle ricostruzioni che sono inclini a enfatizzare la portata del principio collaborativo, per l'innanzi del tutto assente dal testo dell'art. 116, comma 1. Diversa è invece la questione con riferimento alla necessità dell'assunzione del parere obbligatorio da parte del Consiglio regionale rispetto ad iniziative non provenienti dalle Regioni, che indubbiamente segna un elemento di novità.

Sul piano dell'interpretazione testuale delle disposizioni statutarie poco sopra citate, appare sufficientemente chiaro che il parere regionale richiesto sia di carattere obbligatorio (si vedrà tra poco in quali termini) ma non vincolante. Vi sono state tuttavia posizioni che hanno particolarmente valorizzato il principio collaborativo sulla base di interpretazioni sistematiche, in esito alle quali la necessità di una collaborazione tra legislatore costituzionale e Regione interessata sarebbe un elemento addirittura intangibile da parte del legislatore costituzionale, il quale potrebbe certo rafforzarla, ma non eliminarla dal procedimento di revisione statutaria [21]. Nella stessa direzione, ma con argomenti differenti, vi è stato chi ha ritenuto di poter dimostrare che la pratica applicazione del procedimento abbia dimostrato l'affermazione del principio secondo il quale in assenza di un parere positivo della Regione non si potrebbe far luogo a riforme statutarie [22]; ed ancora vi è chi ha attribuito al principio «pattizio», pur senza

---

realtà effettiva, cit.; A. D'Atena, *Passato, presente ... e futuro delle autonomie regionali speciali*, in *Rivista AIC*, 2014, 4.

21 In questo senso P. Pinna, *Il ruolo della Regione* cit., p. 56 ss. il quale afferma che il rispetto del principio partecipativo dovrebbe considerarsi ormai sottratto alla disponibilità anche delle leggi di revisione costituzionale, sia tipiche (*ex* 138 Cost.) che atipiche (quali quelle previste dagli Statuti).

22 C. Di Martino, *Il procedimento di riforma degli statuti speciali: riflessioni a margine della modifica dello statuto del Friuli-Venezia Giulia*, in *Federalismi.it*, 2018, 3, 1 ss., la quale sostiene che – fino alla questione sorta in ordine alla approvazione della modifica dello Statuto del Friuli Venezia Giulia di cui subito si dirà – si poteva concludere che la prassi fosse orientata nel senso accennato nel testo: l'argomento, corredato da alcuni esempi, sembra tuttavia a parere di chi scrive provare troppo: gli esempi in questo senso che sono avanzati sono effettivamente di

trarne conseguenze strettamente limitative per il Parlamento, una sorta di indicazione che si potrebbe definire forse di «politica costituzionale», in base alla quale il Parlamento potrebbe intervenire sull'iniziativa regionale solo in ipotesi «estreme» [23] Sul versante opposto, in senso critico verso il complessivo nuovo assetto del procedimento di revisione vi è stato chi ha osservato che dalla combinazione degli elementi collaborativi e dell'esclusione del referendum emergerebbe l'idea «che concepisce la specialità, che era e rimane materia costituzionale, quale vicenda ove una negoziazione tra Regione interessata e Camere è sufficiente a toglierle lo spessore di "questione di rilevanza nazionale, sulla quale consultare il popolo italiano nella sua interezza"» [24] .

Sta di fatto che il problema della portata del principio collaborativo si è concretamente posto, ed è stato risolto non certo in senso particolarmente favorevole ad una sua lettura estensiva, nel caso dell'approvazione della l.c. n. 1 del 2016 di riforma dello Statuto del Friuli Venezia Giulia (sulla quale si tornerà tra poco), quando in sede di dibattito parlamentare si è posto il problema se fosse consentito alle Camere emendare la proposta di legge come approvata dal Consiglio regionale e se – una volta emendata – fosse necessaria l'assunzione di un nuovo parere del Consiglio. La prima questione fu risolta in senso positivo; la seconda in senso sostanzialmente negativo, in quanto non si procedette ad una formale assunzione di un nuovo parere, ma a una sorta di consultazione, per le vie brevi, del Presidente della Regione e del Presidente del Consiglio regionale.[25]

Ciò significa, complessivamente, che la necessità del parere della Regione debba certamente essere inquadrata come una novità, ma che tale novità non valga a qualificare i procedimenti di revisione statutaria come procedimenti complessivamente negoziati o pattizi [26]. Ciò naturalmente non significa che tale

---

proposte di revisione (tutte peraltro di iniziativa parlamentare) non andate a buon fine, ed in effetti il parere su di esse era stato negativo; stabilire su queste basi l'affermazione di una prassi nel senso della possibilità che un parere regionale negativo sia in grado di bloccare il procedimento di revisione pare a chi scrive eccessivo, tanto più alla luce degli sviluppi della vicenda della riforma statutaria del Friuli Venezia Giulia di cui subito si dirà.

23 E. D'ORLANDO, *Audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato del 18 febbraio 2015* (leggibile in https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/002/336/Prof.ssa_D_ORLANDO.pdf), che ritiene «plausibile ritenere che un'iniziativa di revisione dello Statuto speciale promanante dal Consiglio regionale [...] possa essere oggetto di considerazione da parte del Parlamento solo ai fini di un controllo nei confronti del testo deliberato dal Consiglio e sia come tale, quindi, non modificabile ed eventualmente rinviabile al Consiglio regionale solo in ipotesi estreme.»

24 In questi termini R. TOSI, *La revisione dello statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia: una disciplina incerta tra omologazione e differenziazione?*, in *Le Regioni*, 2001, 3, 515 (la citazione inclusa nel testo si riferisce ad un lavoro di Paladin).

25 Sulla vicenda si v. DI MARTINO, *op.ult.cit*.

26 È peraltro da dire che la necessità di rafforzare il ruolo delle Regioni speciali nella revisione dei rispettivi statuti, se non altro *de jure condendo*, è abbastanza largamente condiviso tra chi si è occupato, dal punto di vista delle Regioni speciali, dei processi di adeguamento statutario. Su questa linea si v., ad es. G. DEMURO, *Lo Statuto speciale, forma, materia, revisione*, in R. Toniatti (a cura di), *Le relazioni fra autonomie speciali e regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)*, Trento, Università degli Studi di Trento,

procedimento sia completamente nelle mani dello Stato, ma che gli spazi di negoziazione e la capacità delle Regioni speciali nel pesare nel procedimento dipendano piuttosto dalla loro forza politica (e dalla chiarezza delle loro idee) che dalla presenza di puntuali meccanismi di garanzia formali/procedimentali.

4. Tra modifiche (poche) e adeguamenti (forse nessuno): analisi di alcune revisioni statutarie e di alcuni tentativi di mettere mano alla riscrittura degli Statuti speciali. Alcune premesse

Prima di passare ad una rapida rassegna delle modifiche statutarie che interessano la presente indagine, sembra opportuno svolgere tre brevi premesse.

La prima consiste nel rilevare che gli atteggiamenti «culturali», ma anche le strategie operative di volta in volta propugnate, verso la riforma degli statuti sono differenti: vi è chi propende per statuti integralmente riscritti, nei quali si dovrebbero ripensare complessivamente le ragioni della specialità [27] e chi invece propende per riforme senza dubbio più ridotte e caratterizzate da un atteggiamento più «tecnico» [28], che potrebbero anche consistere, piuttosto che in complessive riscritture, in adeguamenti attraverso modifiche (più o meno ampie) degli Statuti in vigore allo scopo di provvedere all'adeguamento.

La seconda premessa – collegata a quanto si è detto – riguarda, per dir così, il *quantum* dell'adeguamento: come risulta inequivocabilmente dal testo dell'art. 10 della l.c. n. 3 del 2001, una volta che l'adeguamento si sia effettivamente compiuto, la clausola di maggior favore, che ne è il naturale correlato, deve cessare di trovare applicazione. Il problema in quest'ottica è stabilire – a fronte di modifiche statutarie – quando la condizione di adeguamento possa considerarsi adempiuta. Il problema è di agevole soluzione in alcuni casi; un po' più difficile in altri: come si è visto, gli atteggiamenti verso la riforma degli Statuti sia in dottrina, sia – come si vedrà – nella pratica attivazione di procedure a ciò rivolte, non sono del tutto univoche. Se è del tutto ovvio che una riscrittura complessiva dello Statuto farebbe certamente venir meno la clausola di adattamento automatico, ed è altrettanto ovvio che riforme puntuali (come alcune di quelle di cui si discorrerà tra poco) certamente non compiono l'operazione di adeguamento indicata dall'art. 10, viceversa interventi, sì, puntuali, ma di respiro più ampio possono sollevare qualche dubbio: ci si riferisce in particolare alla progettata riforma dello Statuto di autonomia del Trentino Alto Adige,

---

2022, 191 ss.; R. Toniatti, *I profili costitutivi e connotativi della specialità regionale e bi-provinciale del Trentino e dell'Alto Adige/Südtirol e i pericoli di una progressiva estinzione della specialità*, in F. Cortese-J. Woelk (a cura di), *Autonomie speciali e regionalismo italiano: un bilancio*, cit., 118 ss.

27 In questo senso p.es. A. Ruggeri, *Riscrittura totale o «parziale» degli Statuti di speciale autonomia?*, in R. Bin, L. Coen (a cura di) *I nodi tecnici della revisione degli Statuti speciali*, Padova, 2008, 29 ss., ma, già in precedenza, Id, *Forma e sostanza dell'"adeguamento" degli statuti speciali alla riforma costituzionale del Titolo V (notazioni preliminari di ordine metodico-ricostruttivo)*, in *Le Regioni*, 2003, 2, 357 ss.

28 È probabilmente questa la posizione di R. Bin, *Introduzione: che cosa non deve essere scritto negli Statuti speciali*, in R. Bin, L. Coen (a cura di), *I nodi tecnici della revisione degli statuti speciali*, cit.

della quale si dirà di qui a poco.

La terza ed ultima premessa, necessaria a quanto si dirà in questa parte dello studio, consiste nella giustificazione della scelta delle iniziative di riforma che si intendono prendere in considerazione. Se si guarda al testo degli statuti per come si è trasformato nei decenni successivi all'entrata in vigore del nuovo titolo V, si può facilmente vedere che – dopo il processo di «de-statutarizzazione» operato dalla l.c. n. 2 del 2001 con riguardo alle c.d. leggi di governo delle Regioni a statuto speciale, e se si fa eccezione per le novità introdotte attraverso leggi «concordate» in materia finanziaria previste già in origine da diversi statuti [29], le modifiche approvate con la nuova procedura sono veramente poche. Di queste ovviamente si terrà conto, ma si considereranno anche altre iniziative che – benché non giunte all'esito cui erano preordinate – appaiono a chi scrive particolarmente significative, in quanto espressive di diversi approcci al tema dell'adeguamento, tanto in termini di elaborazione dei testi, quanto del loro contenuto, quanto anche di ruolo che le Regioni hanno avuto nel metterle a punto. Tali iniziative sono state selezionate, tra le molte, in ragione del fatto che in qualche misura (sia pure in forme differenti) esse partono dalle stesse Regioni speciali: alcune di esse sono al momento all'esame del Parlamento con discrete prospettive di successo.

5. Segue: analisi di alcune iniziative (poche concluse, altre tentate) di riforma degli Statuti delle Regioni speciali: A) le modifiche del 2013; B) i tentativi di revisione «partecipata» con al centro i Consigli regionali; C) la leva della riforma statutaria come strumento per «puntellare» politiche di riassetto territoriale; D) Le politiche dei «tavoli» tra esecutivi e il progetto di riforma dello Statuto del Trentino-Alto Adige

A) Le modifiche del 2013: la riduzione del numero dei consiglieri regionali (ll.cc. 1, 2 e 3 del 2013)

Le prime (delle pochissime) modifiche statutarie approvate successivamente alla l.c. n. 3 del 2001 potrebbero con qualche approssimazione essere qualificate come altrettanti meccanismi se non di sostanziale omologazione delle Regioni speciali a quelle ordinarie, comunque come riflessi che vicende che stavano riguardando il regionalismo ordinario, in una fase politica contraddistinta dalla stretta della crisi economica che ha coinciso con il punto forse più basso della popolarità delle Regioni (ordinarie e speciali) presso l'opinione pubblica. Si fa riferimento alle ll.cc. n. 1 del 2013 (Modifica dell'articolo 13 dello Statuto speciale della regione Friuli-Venezia Giulia, di cui alla legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1), n. 2 del 2013 (Modifiche all'articolo 3 dello Statuto della Regione siciliana, in materia di riduzione dei deputati dell'Assemblea regionale siciliana. Disposizioni transitorie) e n. 3 del 2013 (Modifica degli articoli 15 e 16

29 Come è noto, in vari statuti esistono, specie in materia di rapporti finanziari tra Stato e Regione, alcune disposizioni derogabili con leggi ordinarie su cui sia previamente intervenuto un accordo tra la Regione e lo Stato (si v. in proposito L. Paladin, *Le fonti*, cit., p. 171

dello Statuto speciale per la Sardegna, di cui alla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3, in materia di composizione ed elezione del Consiglio regionale), con le quali le Regioni speciali, a seguito di iniziative da esse stesse assunte, si è provveduto a ridurre il numero dei Consiglieri regionali rispetto alle previsioni statutarie. [30].

B) I tentativi di modifiche «partecipate» – convenzioni, consulte, processi partecipativi «aperti»: la centralità dei Consigli regionali

Come si è detto, il richiamo alla possibilità che le Regioni speciali si facciano proponenti della revisione dei relativi statuti è tutt'altro che una novità sul piano del sistema; è tuttavia anche da rilevare che l'inserimento esplicito di questa possibilità nella disciplina del procedimento di approvazione dei «nuovi» statuti speciali può aver giocato un ruolo nello stimolare iniziative rivolte ad elaborare riforme complessive degli Statuti in vari ordinamenti regionali attraverso strumenti partecipativi facenti per lo più capo ai Consigli regionali e provinciali. Nell'arco di circa un decennio esperienze di questo tipo si sono avute – con esiti alterni, ma complessivamente non risolutivi – in tutte le autonomie differenziate, attraverso l'avvio di consultazioni pubbliche di vario genere. Si fa in particolare riferimento alle seguenti iniziative: la l.r. Friuli Venezia Giulia n. 12 del 2004 (Istituzione, attribuzioni e disciplina della Convenzione per la stesura del nuovo statuto speciale di autonomia della Regione Friuli Venezia Giulia) [31]; la l.r. Sardegna n. 7 del 2006 (Istituzione, attribuzioni e disciplina della Consulta per il nuovo statuto di autonomia e sovranità del popolo sardo) [32]; la l.r. n. 35 del 2006 (Istituzione e disciplina della Convenzione per l'autonomia e lo Statuto speciale della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste); infine a due iniziative «parallele» delle Province di Trento e Bolzano, istituite rispettivamente con l.p. Bolzano n. 3 del 2015 (Istituzione di una Convenzione per la riforma dello Statuto di autonomia del Trentino - Alto Adige [33]) e della l.p. Trento

30 La vicenda nasce dalla dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge (il n. 131 del 2014) con il quale si riduceva il numero dei Consiglieri regionali delle Regioni ordinarie, con una misura che in sostanza si intendeva estendere anche alle Regioni speciali (Corte Costituzionale, sent. n.198/2012). Ciò non ha comunque evitato che – su iniziativa adottata dai rispettivi Consigli – anche le Regioni speciali proponessero riduzioni numeriche dei Consiglieri, sia pure in misura minore rispetto alle Regioni ordinarie.

31 Sulla quale si vedano le informazioni contenute in A. FESTA, *La convenzione regionale per la stesura del nuovo statuto di autonomia della regione autonoma Friuli Venezia Giulia,* in *Federalismi.it,* 2005, 3, *passim*.

32 Su questa legge, come è noto, si è pronunciata la Corte Costituzionale con sent. n. 365 del 2007, dichiarandone l'incostituzionalità nella parte in cui fa riferimento alla «sovranità» del popolo sardo. Sul punto si v. P. CARETTI, *La «sovranità» regionale come illusorio succedaneo di una «specialità» perduta: in margine alla sent. della Corte costituzionale n. 365/2007*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2007.si v. inoltre O. CHESSA, *La resurrezione della sovranità statale nella sentenza n. 365 del 2007*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, 2007.

33 I relativi documenti conclusivi sono i seguenti: *Konvent für die Überarbeitung des Autonomiestatuts für Trentino-Südtirol Convenzione per la riforma dello Statuto di autonomia del Trentino-*

n. 1 del 2016 (Istituzione della Consulta per lo Statuto speciale per il Trentino - Alto Adige/Sudtirol). [34]

Si tratta di iniziative non del tutto sovrapponibili nelle scelte organizzative, e che tuttavia presentano, sul piano generale, alcuni dati comuni: il primo consiste nell'essere imperniate sull'attività dei Consigli regionali e provinciali piuttosto che sugli esecutivi, e che si tratta di tentativi di avvio della revisione degli Statuti che intendono aprirsi al contributo della società civile e delle realtà locali; il secondo – che è la diretta conseguenza dell'impianto complessivo di queste iniziative – è nel fatto che esse mirano a riscrivere completamente (o molto largamente) gli Statuti di autonomia, stimolando altresì – e del resto l'impianto delle leggi citate lo rende inevitabile – un vero e proprio ripensamento delle regioni fondative della specialità.

È peraltro da segnalare che nessuna di queste iniziative ha condotto a risultati tangibili: in più di un'occasione non si è giunti nemmeno all'elaborazione di un articolato o di bozze di riforma, se si fa eccezione per l'approvazione (nel febbraio 2015), da parte del Consiglio regionale del Friuli Venezia Giulia di un atto di iniziativa presentato al Parlamento di revisione completa dello Statuto di autonomia che – presentata verso la fine della XIV legislatura e successivamente ripresentata all'inizio della XV legislatura – non ha conseguito gli esiti sperati [35].

C) La leva della riforma statutaria per modifiche nell'organizzazione del sistema delle autonomie locali: il caso del Friuli Venezia Giulia: l'unica Regione senza province diventa l'unica Regione con province elette direttamente?

Alto Adige/Südtirol VORSCHLÄGE ZUR ÜBERARBEITUNG DES AUTONOMIESTATUTS PROPOSTE IN ORDINE ALLA REVISIONE DELLO STATUTO DI AUTONOMIA Enddokument des Konvents Documento finale della Convenzione Bolzano, 30 giugno 2017 (reperibile in https://www.riformastatuto.tn.it/content/download/15235/253822/version/1/file/Enddokument_documento_finale_05-07-2017.pdf); *Proposte per la riforma dello Statuto di autonomia Documento conclusivo della Consulta istituita dalla legge della Provincia autonoma di Trento 1/2016. Relazione sulla partecipazione* (consultabile in https://www.riformastatuto.tn.it/content/download/16357/263768/version/1/file/Documento+conclusivo.+Proposte+per+la+riforma+dello+Statuto+di+autonomia.pdf.) La consulta trentina ha anche predisposto, a corredo della relazione finale, esempi di possibili articolati,: si v. , Consulta per lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/Suedtirol - *Esempi di articolato per illustrazione delle proposte di riforma dello Statuto - allegato 1 al Documento conclusivo*, 2018.(https://www.riformastatuto.tn.it/content/download/16214/262535/version/1/file/Esempi+di+articolato.pdf). In particolare sulla convenzione bolzanina si v. M. ROSINI, *Il processo di adeguamento delgli statuti speciali si rimette in moto? La convenzione sull'Alto Adige/Suedtirol*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2, 2015, p. 1–11.

34 Per una valutazione di insieme delle esperienze trentine e alto atesine si v. M. COSULICH, *La Consulta per lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/Suedtirol: una visione largamente condivisa del futuro dell'autonomia trentina*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 3, 1 ss .

35 Si v. A.C. , XIV leg. n. 5617 (https://leg14.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0069140.pdf) e A.C. XV leg. n.519 (https://leg15.camera.it/_dati/lavori/stampati/pdf/15PDL0000160.pdf)

Una menzione a parte meritano probabilmente due riforme dello Statuto del Friuli Venezia Giulia, la prima effettivamente approvata con l.c. n. 1 del 2016 e la seconda [36] attualmente all'esame del Parlamento e già approvata in prima lettura da entrambi i rami del Parlamento. Questi interventi sullo Statuto, entrambi derivanti da atti di iniziativa del Consiglio regionale, paiono finalizzati, più che a pervenire ad un vero adeguamento dello Statuto, ad usare la leva della riforma statutaria – in combinazione con la potestà ordinamentale sugli enti locali riconosciuta a tutte le autonomie speciali – per «puntellare» politiche di ristrutturazione del sistema delle autonomie infraregionali, salvo il fatto che si tratta di due iniziative (la prima andata in porto, la seconda in avanzato stato di approvazione) di segno diametralmente opposto. Con riguardo alla prima iniziativa, rifluita nella l.c. n. 1 del 2016, cui si è già brevemente fatto cenno, si può dire che il suo vero «fulcro» era non soltanto nell'eliminazione dallo Statuto di qualunque riferimento all'ente provinciale (che secondo la vecchia disciplina non avrebbe potuto essere eliminato dalla legge regionale), ma dall'espressa previsione della sua abolizione ad opera della legge regionale espressiva della potestà ordinamentale sugli enti locali. Il disegno riformatore avrebbe dovuto incardinare le funzioni sovracomunali in enti associativi dei comuni di carattere obbligatorio, chiamate UTI. [37]

Affievolitosi il consenso politico sull'eliminazione delle province e di fatto fallito il tentativo di imporre ai Comuni le forme associative che la legge di riforma prevedeva come obbligatorie, le province furono effettivamente abolite, ma l'orientamento del Consiglio regionale ebbe a mutare drasticamente, con l'approvazione di un ulteriore disegno di legge di revisione statutaria (che si potrebbe definire «speculare» rispetto al primo) rivolto non soltanto a ripristinare come articolazione territoriale obbligatoria gli enti di area vasta, rendendo i loro organi direttamente elettivi, in deroga ai principi che ad oggi dovrebbero astringere anche la potestà ordinamentale sugli enti locali in quanto norme di grande riforma (si v. la sent. n. 168 del 2018 della Corte Costituzionale). Ad oggi la proposta pare avere buone opportunità di giungere in porto: rimane comunque il fatto che ormai da più di un decennio l'assetto delle autonomie locali nella Regione attraversa una fase di transizione di cui non è ancora dato vedere la fine.

D) I tentativi di accordi tra esecutivi: dalla c.d. «Bozza di Torino» ai tavoli di confronto tra lo Stato e le singole autonomie differenziate al progetto di revisione dello Statuto del Trentino-Alto Adige attualmente in discussione in

36 Si tratta dell'A.C., XIX Legislatura, n. 976

37 Il disegno di completa riforma dell'ordinamento degli enti locali in realtà era cominciato all'inizio della legislatura regionale, e l'approvazione della revisione statutaria (la cui proposta era stata formulata verso l'inizio della legislatura) era destinata a fornirvi una «copertura» statutaria. Sulla vicenda, se si vuole, P. GIANGASPERO, *I processi di riordino territoriale in alcune autonomie speciali, tra potestà primaria in materia di ordinamento degli enti locali e riforme statutarie,* in *Le Regioni*, 2017, 1-2, 83 ss.

Parlamento.

Gli esiti non soddisfacenti delle «consulte» o di organismi consimili per il ripensamento delle autonomie speciali hanno indotto a tentare di battere la strada di iniziative che – benchè alla lontana ispirate da alcuni esiti dei processi deliberativi svoltisi nelle province autonome [38] – in realtà sembrano incentrarsi su un confronto tra esecutivi regionali da un lato e su un confronto tra Presidenti delle Giunte e Governo centrale dall'altro.

Ci si riferisce in particolare da un lato alla c.d. «bozza di Torino», un'iniziativa stimolata dal Presidente della Regione Trentino Alto Adige, cui successivamente hanno aderito anche le altre autonomie regionali speciali, con l'eccezione della Sicilia [39], con la quale si intendevano introdurre modifiche di importanza piuttosto notevole ai testi degli Statuti delle Regioni che avevano contribuito a redigerla. Il documento [40] fu consegnato alla Presidente del Consiglio in occasione nell'ottobre del 2023, e tuttavia non fu formalizzata – a quanto è dato sapere – in un atto di iniziativa legislativa. La logica che alla fine prevalse fu infatti quella di separare i processi di revisione dei singoli Statuti speciali, istituendo tavoli diversi tra ciascuna Regione speciale ed il Governo. Con riguardo al Trentino-Alto Adige, il tavolo di confronto con il Governo portò alla fine alla presentazione di un atto di iniziativa governativa, in parte ispirato alla bozza di cui si è appena detto, attualmente in discussione in Parlamento [41]

L'atto di iniziativa di riforma dello Statuto del Trentino-Alto Adige attualmente in discussione in Parlamento merita senza dubbio qualche osservazione supplementare, in quanto – tra tutte le iniziative considerate finora – è quella che più facilmente potrebbe essere considerata (se non un adeguamento completo) una tappa significativa verso l'adeguamento di quello Statuto alle modifiche del 2001. Benché i contenuti di quell'inziativa siano in parte piuttosto notevole debitori della c.d. Bozza di Torino, che nasceva da un confronto tra Regioni stimolato in particolare dal Presidente del Trentino-Alto Adige, esso assume le vesti di una proposta governativa, sulla quale sono stati assunti (con esito positivo, ancorché con qualche osservazione) i pareri dei Consigli

38 Per la verità il nesso con l'esperienza dei processi partecipativi svoltisi in Trentino-Alto Adige, del resto precedenti di vari anni, è piuttosto labile e può stabilirsi piuttosto con gli esiti della Convenzione bolzanina che della Consulta trentina

39 Il testo, nel suo art. 4 relativo al Trentino-Alto Adige è consultabile in https://assets-eu-01.kc-usercontent.com/f6962ad0-581f-014c-d417-008ef1986434/3da6254d-32a8-46f2-b1b3-1a808f61f890/Relazione%20Presidente%20stato%20Riforma%20dello%20Statuto%2020240319_it.pdf

40 Del quale si può leggere una sintesi, riferita in particolare alla riforma dello Statuto del Trentino-Alto Adige, in E. HAPPACHER, *Note in margine a un progetto di riforma dello Statuto speciale per il Trentino Alto Adige/Suedtirol*, in *Federalismi.it*, 2024, 15, 237 ss.; si v., inoltre, le osservazioni fortemente critiche a riguardo formulate da F. PALERMO, *La proposta di revisione degli statuti speciali: autonomia anche dallo Stato di diritto?*, in *Federalismi.it*, 2024, 14, 260 ss., sulle quali si tornerà brevemente *infra*

41 Ci si riferisce all'A.C. n. 2473, di iniziativa dei Ministri Calderoli e Casellati, presentato il 19 giugno 2025, cui prevalentemente si riferiranno le osservazioni che seguono.

provinciali di Trento e Bolzano, dopo che la bozza era stata discussa tra la Giunta regionale ed il Governo.

Analizzandone sommariamente il testo si può in esso in primo luogo ravvisare un atteggiamento per dir così «difensivo», animato da un intento «ripristinatorio» di competenze che secondo la Regione sono state limitate rispetto al passato dalla giurisprudenza costituzionale [42]. Il disegno riformatore tuttavia non si arresta qui, e coinvolge anche altri snodi cruciali nel rapporto tra Stato e Regione. In primo luogo, esso si ripropone di rivedere nuovamente il procedimento di revisione statutaria. Rispetto al testo della Bozza di Torino, che prevedeva la possibilità per la la Regione e le province di bloccare il procedimento di revisione [43], il testo è qui in certo senso più morbido, nel senso che fa richiamo ad una sorta di intesa «in senso debole», prescrivendo che nel caso di iniziativa governativa o parlamentare dopo la prima deliberazione delle Camere occorra che i Consigli provinciali e quello regionale, nel termine di 60 giorni, esprimano su di essa l'intesa a maggioranza assoluta. In difetto di ciò, si aggiunge, le Camere possono adottare le modificazioni dello Statuto a maggioranza assoluta in seconda votazione «fermi restando i livelli di autonomia già riconosciuti». Nel suo complesso comunque il disegno riformatore pare di una certa ampiezza anche sotto altri profili, in quanto rivede abbastanza ampiamente i titoli competenziali della Regione e delle Province e – cosa ancor più rilevante – sostanzialmente riscrive i limiti della attuale potestà legislativa primaria: essa infatti diviene «esclusiva», e ne vengono rivisti i limiti: in particolare, scompare dall'elenco il richiamo alle «norme di grande riforma economica e sociale» [44].

42 A titolo puramente esemplificativo – quanto alle competenze legislative provinciali - si vedano le modifiche al n. 1 dell'art. 8 dello Statuto, che espressamente ricomprende la «disciplina del rapporto di lavoro e della relativa contrattazione collettiva « al titolo competenziale riguardante l' «ordinamento degli uffici provinciali e del personale ad essi addetto»; si v. inoltre la sostituzione del n. 5 del medesimo articolo, riscritto nel senso di ricomprendere nella competenza legislativa provinciale il «governo del territorio, ivi compresi urbanistica, edilizia e piani regolatori». Si tratta di interventi che si possono talora leggere come puntuali «reazioni» a linee di giurisprudenza della Corte Costituzionale che avevano assunto atteggiamenti limitativi delle aree coperte dalla competenza legislativa delle province. Uno sguardo d'insieme ai contenuti del progetto in ordine all'art. 8 (ed al precedente art. 4, relativo alle competenze legislative della Regione) mostrano comunque come nel complesso gli interventi sui titoli di competenza legislativa siano piuttosto ampi e non sempre soltanto riducibili ad una finalità puramente «ripristinatoria».

43 Si prevedeva infatti che, dopo la prima deliberazione parlamentare, occorresse procedere all'intesa con la Regione o le Province interessate, soggiungendo che «[i]l diniego alla proposta di intesa può essere manifestato entro tre mesi dalla trasmissione del testo, con deliberazione a maggioranza dei due terzi dei componenti del Consiglio regionale o del Consiglio della Provincia autonoma interessata» e che solo in difetto di tale diniego il procedimento di modifica avrebbe potuto proseguire.

44 In particolare, si intende modificare l'art. 4 del testo dell'attuale Statuto con un riferimento ad una competenza che viene definita «competenza legislativa esclusiva nelle forme e nei limiti previsti dal presente statuto», e rivedere i limiti a tale competenza, dai quali viene espunto quello del rispetto delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, sicché i limiti alla competenza esclusiva sono ridotti alla «armonia con la Costituzione e i principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica e con il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e dagli obblighi internazionali e degli interessi nazionali – tra i quali è compreso quello della tutela delle minoranze linguistiche locali.»

In prima approssimazione una scelta di questo tipo potrebbe apparire (e forse potrebbe rivelarsi) in effetti controproducente, in quanto, come si è detto poco sopra, questo limite, che era di gran lunga il più evocato nei ricorsi statali, era stato bensì interpretato in senso piuttosto estensivo dalla Corte, ma aggiungeva un onere argomentativo a carico dello Stato ricorrente che almeno in talune occasioni aveva impedito la applicazione diretta dei titoli statali di competenza esclusiva alle potestà legislative regionali. Senonché questa disposizione – a parere di chi scrive – va correlata con un'ulteriore, importante modifica statutaria che riguarda l'art. 107, comma 1, dello Statuto: tale modifica intende ampliare l'ambito di competenza delle disposizioni di attuazione dello Statuto, ricomprendendovi anche «disposizioni volte ad armonizzare l'esercizio della potestà legislativa regionale e provinciale con quella statale, tenendo conto delle particolari condizioni di autonomia attribuite alla regione e alle province autonome di Trento e di Bolzano» . Ove questa modifica fosse approvata, l'area di applicazione dei decreti di attuazione ne risulterebbe ampliata in modo piuttosto significativo. Se per l'innanzi la loro competenza era limitata ad attuare (e integrare) le disposizioni statutarie, qui sembra allargarsi, fino a potenzialmente ricomprendere, nell'ambito di un procedimento negoziato culminante in un decreto legislativo, l'estensione dell'applicazione delle competenze (costituzionali) esclusive statali rispetto alla Regione ed alle Province autonome. In altri termini, almeno secondo una possibile lettura della disposizione, si sposterebbe in sede negoziale l'impatto delle disposizioni statali emanate in forza del secondo comma dell'art. 117 [45].

Sulla base della lettura di questo progetto, ad oggi incardinato presso la Camera, possono essere formulate due osservazioni.

La prima è che – ove la modifica dovesse andare in porto – si introdurrebbe un ulteriore procedimento di revisione statutaria, diverso da quelli attualmente vigenti, ancora una volta inserito nel testo dello Statuto, e come gli altri di ben difficile armonizzazione con l'assetto e il procedimento di produzione tipico delle fonti di rango costituzionale.

La seconda questione consiste nel domandarsi se questo genere di intervento sullo Statuto possa considerarsi – alla stregua dell'art. 10 l.c. n. 3 del

45 Il testo si richiama, in qualche misura moderandolo, a quanto prevedeva la già citata «bozza di Torino». In quella versione, la dizione normativa – che prevedeva anche (sul piano procedurale) il previo parere favorevole della paritetica come base per i decreti di attuazione, era più recisa, affermando che ««Le norme di attuazione recano anche disposizioni finalizzate a definire il rapporto tra la potestà legislativa statale e quella regionale e provinciale, in relazione a quanto previsto dagli articoli 4, 5, 8 e 9 del presente statuto». Benché con una disposizione per certi aspetti meno «estrema», tuttavia, la disposizione citata nel testo sembra orientata nel medesimo senso, spostando molto oltre a quanto oggi previsto l'ambito del potere negoziale di Stato e Regioni in sede di definizione dei decreti di attuazione, fino a ricomprendervi potenzialmente un negoziato sull'estensione delle competenze statali esclusive. Sotto questo profilo, anche relativamente al nuovo testo possono essere formulate le serrate riserve svolte da F. PALERMO, *La proposta di revisione degli statuti speciali: autonomia anche dallo Stato di diritto?*, cit., 271, che con riferimento alla formulazione precedente ragionava di un ruolo addirittura «sostitutivo» del sindacato di costituzionalità.

2001 – un «adeguamento» tale da far venir meno, per la Regione e le Province interessate, l'operatività della clausola di maggior favore. Certo è che non si tratta di una revisione complessiva della Carta statutaria; e tuttavia altrettanto certo è che – proponendosi di riscrivere complessivamente lo statuto della potestà primaria (oggi «esclusiva») e di governare, per il tramite di una estensione della competenza dei decreti di attuazione non soltanto la attuazione/integrazione dei disposti dello Statuto, ma persino (almeno potenzialmente) le condizioni e i limiti di applicazione della legislazione statale al Trentino-Alto Adige, in realtà ridefinisce in maniera piuttosto importante il complessivo assetto dei rapporti tra Stato e autonomia speciale, il che può effettivamente ingenerare qualche dubbio che ci si trovi di fronte ad un adeguamento sufficiente a far venir meno la fase transitoria. La soluzione di questo problema, ove il progetto passasse, non potrebbe che essere fornita dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, poiché la soluzione negativa fatta propria dai pareri delle Province e della Regione, nonché dalla relazione al progetto di legge (che argomenta il perdurare della c.d. clausola di maggior favore dal silenzio della proposta sul punto) paiono a questo riguardo tutt'altro che dirimenti.

6. A mo' di conclusione: un adeguamento ancora lontano

La rassegna che si è condotta in queste pagine, pur nella sua sommarietà, restituisce le linee di un quadro ancora piuttosto fluido ed indefinito: le riforme effettivamente andate in porto non sembrano affatto andare nella direzione dell'adeguamento previsto dall'art. 10, l.c. n. 3 del 2001; la sola iniziativa che potrebbe essere letta effettivamente in questa direzione (e che pure ha legittimamente sollevato qualche discussione) è quella del Trentino-Alto Adige, che – una volta fallito il tentativo di fare fronte comune con altre autonomie regionali – pare avere raggiunto una forma di accordo con il Governo centrale. Quanto agli altri tavoli tra esecutivi, cui si è fatto cenno nel testo, al momento non paiono aver prodotto risultati particolari. É pertanto abbastanza verosimile che i problemi che si sono sommariamente descritti nella prima parte di questo breve contributo siano destinati a permanere sul tappeto ancora per un tempo non breve [46]. Per uscire da questa situazione occorrerebbe che ciascuna Regione (o

46 Che del resto le autonomie speciali non si dimostrino molto confidenti nella possibilità che la situazione si sblocchi in qualche modo è dimostrato anche da alcune voci dottrinali, che – nell'attesa delle (auspicate ma lontane) revisioni statutarie e adottando un'interpretazione un po' distante dal dato letterale della Costituzione – hanno tentato di argomentare la possibilità, per l'intanto, che le autonomie speciali cerchino di avvalersi del procedimento di specializzazione di cui all'art. 116, comma 3, della Costituzione come occasione di sperimentazione in attesa delle «vere» riforme statutarie (in questo senso tra gli altri, esplicitamente, A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in C. Bertolino, A. Morelli, G. Sobrino (a cura di) *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, Torino, 2020, 630. Che del resto questa strategia non fosse del tutto estranea ad alcune Regioni speciali è dimostrato anche dal tenore del ricorso svolto dalla Regione Sardegna contro la l. 86 del 2024, che – come è noto – pretendeva di estendere anche alle Regioni speciali la possibilità di avvalersi del procedimento di specializzazione. Se si legge nel suo complesso il ricorso redatto dalla Sardegna, molte delle doglianze (tutte rigettate dalla

anche più regioni speciali assieme) immaginassero forme di progettazione che da un lato non si risolvano in vuote dichiarazioni identitarie e di principio, e, dall'altro, tentino di acquisire gli strumenti che effettivamente siano utili alle peculiarità proprie delle rispettive collettività, per dimostrare che la loro specialità non sia – come molti ritengono – una sorta di «privilegio», ma una condizione realmente particolare che necessita di strumenti specifici (e di cui occorrerebbe avere chiara l'idea) per garantire meglio i diritti delle collettività territoriali che vi fanno riferimento.

Corte) potevano essere come rivolte non già a contestare radicalmente l'applicabilità della disposizione alle Regioni speciali, quanto piuttosto ad adattarne l'applicazione agli strumenti tipici delle autonomie speciali, mentre solo l'ultimo motivo di impugnazione (alla fine accolto dalla Corte) era nel senso di denunciare come costituzionalmente illegittima l'estensione dei processi di specializzazione anche alle Regioni speciali.

Pierpaolo Forte
Professore Ordinario presso il Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi Quantitativi (DEMM) dell'Università degli Studi del Sannio – Benevento
pieforte@unisannio.it

Riflessioni sull'autonomia regionale al tempo della società tecnologica

Reflections on regional autonomy in the age of technological society

Sintesi

Lo scritto esamina alcuni aspetti dell'autonomia regionale nell'epoca delle transizioni tecnologiche, con particolare attenzione alla distribuzione della capacità decisionale pubblica, tenendo presenti le propensioni delle tecnologie alla standardizzazione, e alla centralizzazione, che tendono a ridurre la contemplazione delle pluralità, delle diversità, delle peculiarità, insomma dell'essenza stessa, della ragione fondante del riconoscimento di potestà decisionali autonome.

Abstract

The paper examines some aspects of regional autonomy in the era of technological transitions, with particular attention to the distribution of public decision-making capacity, bearing in mind the propensity of technologies to standardization, and to centralization, which tend to reduce the contemplation of varieties, diversities, peculiarities, in short, of the very essence, of the founding reason for the recognition of autonomous decision-making powers.

Parole chiave: Regioni – Regionalismo – Pluralismo – Sussidiarietà – Tecnologia – Standard
Keywords: Regions – Regionalism – Pluralism – Subsidiarity – Technology – Standard

Indice: 1. Premessa; 2. Standardizzazione tecnolgica; 3. Standard tecnologici e autonomia regionale; 4. Una questione di legalità; 5. Le macchine non soffrono: l'irriducibilità della politica.

1. Premessa

Gli studi volti a comprendere il "principio autonomistico", collocato in testa alla Costituzione della Repubblica italiana, tra i suoi principi fondanti, e dunque elemento della forma dello Stato costituzionale repubblicano, ci hanno aiutato a comprendere che, accanto ad un nucleo essenziale, esso reca alcuni anelli, come quelli che ruotano attorno a Saturno, che pur condividendo lo spirito del principio, sono in realtà fatti di materia diversa.

L'autonomia territoriale, per quanto espressione semanticamente imprecisa, ha però una propensione di fondo abbastanza chiara: riconoscere ed esaltare la poliedricità dei connotati territoriali della Repubblica, e perciò inclinare,

anche sul piano istituzionale, al pluralismo, cioè ad una condizione, come ben è stato detto, di "unità-autonomia (o, se si preferisce altrimenti dire, di autonomia-unità)"[1].

Dentro l'art. 5 della Costituzione convivono perciò diverse tematiche, chiamate con vari nomi[2], riconducibili ad una tendenza, per un verso, a moltiplicare i luoghi decisionali, e per altro a volgere verso il basso le loro capacità operative, una propensione che, con l'evoluzione delle conoscenze e la sofisticazione dovuta alla complessità aumentata del nostro tempo, è cresciuta, si è arricchita di elementi, ed è anche transitata verso la sussidiarietà, una tecnica di distribuzione dei poteri decisionali in forme di governo multilivello.

La convivenza nel medesimo articolo costituzionale col principio autonomistico, perciò, ha favorito una sorta di specializzazione del concetto di decentramento, che riguarda prevalentemente la distribuzione di quota parte di capacità gestionale, di raggio d'azione attuativa nell'esercizio di funzioni amministrative, la cui identificazione ed il cui indirizzo rimane però affare centrale, e dunque materia decisionale dei centri politici statali (e, *mutatis mutandis*, regionali, in confronto alle autonomie locali). Affrancato dai contenuti e dai valori

---

1 A. Ruggeri, *Sovranità statale e autonomia regionale: Quale il senso della loro distinzione, secondo modello come pure secondo esperienza?,* in *Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 2024, 627; più remoti, tra molti altri, F. Roversi Monaco, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa* cit., spec. 67 e s.; C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 81.

2 G. Rolla, *L'autonomia delle collettività territoriali. Profili costituzionali*, Milano, 2008, 37, evidenzia il rischio di "dispersione terminologica" per la difficoltà di rendere l'autonomia " difficilmente distinguibile da altre figure contigue"; ma anche del decentramento, a lungo, non si è avuta "un'idea chiara e precisa di ciò che si intende con la parola indicare" (Santi Romano, *Decentramento amministrativo*, in *Enc. Giur. It.*, IV, 1897, IV, ora in Id., *Scritti minori*, raccolti e pubblicati a cura di G. Zanobini, Milano, Giuffré, 1950, vol. II, 50 ss.). Dal punto di vista concettuale e definitorio, in effetti, la letteratura – non solo italiana – più risalente (politica, oltre che giuridica: M.S. Giannini, *Il decentramento nel sistema amministrativo*, in AA.VV., *Problemi di amministrazione pubblica*, Bologna, 1958, 155, ora in *Scritti*, IV, Milano, 2004, 154, ricorda come il "nel secolo scorso il decentramento della pubblica amministrazione fu iscritto nei programmi politici di tutti i partiti progressisti") aveva usato l'espressione "decentramento" con una pluralità di contenuti concettuali, che quasi sempre comprendevano le istanze che, oggi, definiremmo autonomistiche, spesso addirittura connesse a valori epistemologici di libertà. Su ciò, si veda la lucida ricostruzione di G. Berti, *Commento all'art 5*, in in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione*, *I principi fondamentali*, Roma – Bologna, 1975, spec. 283 e ss.; ancora, più di recente, cfr. F. Gullo, *Indagini storiche e spunti ricostruttivi in ordine al principio costituzionale del decentramento amministrativo*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 660, ritiene quella dell'art. 5 sia "espressione di un disegno organizzativo unitario". F. Roversi Monaco, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa* cit., *passim*, dimostra come la preponderante dottrina straniera abbia trattato il decentramento come fenomeno riguardante essenzialmente gli enti autonomi locali. Si veda, infine, P. Aimo, *L'idea di autonomia nelle riviste giuridiche (1946–1953)*, in P.L. Ballini (a cura di), *Le autonomie locali dalla Resistenza alla I legislatura della Repubblica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010, 3 ss.. Non ci si diffonde, qui, sull'equivoco ricorso alla cd. autarchia, un malinteso utilizzo del termine filosofico greco 'αὐτάκεια' (autosufficienza), facile da confondere, però, con "αὐταρχία" (cioè, nelle fonti, 'autocrazia' o 'dominio assoluto'). Si v., al riguardo, G. Cianferotti, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, I, Milano, Giuffrè, 1998, 679 ss..

del principio autonomistico, e dal riparto delle attribuzioni tra le componenti della Repubblica, transitati col testo costituzionale nell'autonomia e nella sussidiarietà, il decentramento propriamente amministrativo può rispondere ad altra esigenza, più tecnica ed organizzativa, che in un contesto in cui vige la distinzione tra potestà (e responsabilità) politiche e gestioni (e responsabilità) amministrative, attiene a preservare la funzione dell'amministrazione, della sua capacità di leggere la realtà sociale in termini anche minuti, persino individuali, e sempre aggiornati, e gli interessi nella loro identità concreta ed attuale, adattandovi la misura delle decisioni pubbliche[3]. E di conseguenza è principio che tende a preservare le tecniche e gli istituti propriamente amministrativi della decisione pubblica, connotati dai profili partecipativi direttamente desumibili dall'art. 4 Cost., e da quelli dell'imparzialità efficiente dell'art. 97 Cost.[4].

---

3 In sostanza, in questa formula il decentramento si limita ad "aver di mira solo il buon esercizio della funzione amministrativa", nell'attuazione degli indirizzi dell'ente territoriale centrale: R. LUCIFREDI, *Decentramento amministrativo*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1964, V, 248, ancorché consentisse una struttura degli uffici amministrativi, di tutta l'amministrazione, distribuita sul territorio, cosa che, già da se', aveva serie ed importanti implicazioni: cfr. le riflessioni di M.S. GIANNINI , *Il decentramento nel sistema amministrativo* cit., (sua è la nota definizione del decentramento come *formula organizzatoria*). Come altrove ho provato a dimostrare, la distanza tra autonomia e decentramento si misura sul fatto che in un'organizzazione istituzionale meramente decentrata, la rappresentatività, cioè la capacità decisionale in senso politico, è riservata agli organi di strutture centrali, e a quelli locali, come ai cittadini ed alle loro organizzazioni di rilievo locale, è rimessa, al massimo, l'esponenzialità, che consente agli organi decentrati, ed ai decisori centrali rappresentativi, una più consapevole percezione della realtà di quel territorio utile ad ottenere una decisione altrui più appropriata. Ma in un tale contesto la decisione strategica, gli indirizzi, la politica, stanno nell'ente territoriale centrale e dunque sono attribuiti, in ragione di rappresentanza, ai suoi organi, non a quelli degli enti locali. In uno Stato meramente decentrato, verrebbe da dire, il territorio è solo quello centrale (nazionale, regionale), e l'ente territoriale, in senso proprio, quello rappresentativo in senso politico, non è locale. Con parole diverse, aveva già notato il fenomeno F. BENVENUTI, *L'Ordinamento Repubblicano,* Padova, Cedam, 1996, 66.

4 Infatti il decentramento propriamente amministrativo, affrancato dai contenuti e dai valori del principio autonomistico, e dunque svuotato del contenuto e della forza di autogoverno, transitati col testo costituzionale nell'autonomia, può rispondere ad altra esigenza, più tecnica ed organizzativa, connessa alla distribuzione dei poteri tra gli uffici pubblici, alla distinzione tra potestà (e responsabilità) politiche e gestioni (e responsabilità) amministrative, e dunque attiene a definire le modalità più accurate per la decisione pubblica, volto a preservare la funzione dell'amministrazione, quale potere capace di leggere la realtà sociale in termini sempre aggiornati, e gli interessi nella loro identità concreta ed attuale, adattandovi la misura delle decisioni pubbliche. E di conseguenza è principio che tende a preservare le tecniche e gli istituti propriamente amministrativi della decisione pubblica, connotati dai profili partecipativi direttamente desumibili dall'art. 4 Cost., e da quelli dell'imparzialità efficiente dell'art. 97 Cost.. *Amplius* in P. FORTE, G. PALMA, G. DI FIORE, *L'amministrazione partecipata e decentrata come valore intangibile per leggi e regolamenti*, in *Annuario dell'Associazione dei Professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffré, 2005, *passim*. Il tema era già presente all'epoca dei lavori dell'Assemblea costituente: più volte il Presidente della sottocommissione Ruini, nel descrivere l'allora terzo comma dell'articolo 106 (ciò che sarebbe diventato il secondo del 5 Cost.), ne fondava la ragione e l'intento concludendo, in sintesi, che il Parlamento non avrebbe dovuto più fare "leggi di vecchio tipo, minute e particolareggiate". Cfr. Atti dell'Assemblea costituente – seduta del 27 giugno 1947, 5201. per una accurata ricostruzione anche storica del concetto, cfr. E. BALBONI, *Decentramento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1997, 515; G. DE MARTIN, *Decentramento amministrativo*, in *Nss. Dig. It., A,* Torino 1980, spec. 1000 e ss.; su questa peculiare capacità dell'amministrazione cfr., fra tanti, M. BOMBARDELLI, *Decisioni e*

Queste brevi riflessioni intendono provare a collocare il quadro degli argomenti che, intorno all'autonomia regionale, stanno nell'art. 5 Cost. (e dunque anche la sussidiarietà, il decentramento, la devoluzione, la de-concentrazione, la localizzazione), nella stagione che il mondo sta vivendo, connotata pervasivamente dalle tecnologie, che invadono inevitabilmente non solo i mercati, la vita individuale e collettiva delle persone, ma anche gli ambiti della politica, delle istituzioni, e della pubblica amministrazione. Ed è proprio alla distribuzione della capacità decisionale pubblica, ed al suo trattamento tecnologico, che, perciò, sarà prevalentemente rivolta l'attenzione.

2. Standardizzazione tecnologica

Delle numerosissime connotazioni rilevanti delle tecnologie, qui esamineremo solo alcuni tratti, prendendo in considerazione, in particolare, le propensioni che esse inevitabilmente comportano alla standardizzazione[5], e perciò alla centralizzazione. Tutti i metodi usati da sistemi tecnologici, in effetti, hanno una tale tendenza; a partire dal digitale, che usa strutture standardizzate non solo nei supporti, ma anche nel trattamento dei testi e delle immagini, proseguendo nel maneggio dei dati[6], nella gestione dei data-centers, fino a giungere ai sistemi alla sedicente intelligenza artificiale, c'è sempre una spinta alla concentrazione, alla uniformità, agli standard, non foss'altro che per ragioni di interoperabilità, il che, non credo vada dimostrato, pone problemi in confronto

pubblica amministrazione. *La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996

5 In argomento, per tutti, si v. Z. Hu, E. P. Xing, *Toward a "Standard Model" of Machine Learning*, in *Harvard Data Science Review*, 4(4), 2022: https://doi.org/10.1162/99608f92.1d34757b: "It is a constant desire and aspiration to search for a standardized ML formalism that unifies the distinct learning principles, much like the Standard Model in physics, to gain a more holistic understanding of the diverse paradigms and algorithms, lay out a blueprint permitting fuller and more systematic exploration in the design and analysis of new algorithms, and eventually serves as a vehicle toward panoramic machine learning capable of integrating all available information (data, knowledge, constraints, reward, adversary, etc.) in learning and thus applicable to all problems". La Commissione Europea ha adottato il 25 maggio 2023 la Decisione C(2023)3215 - Standardisation request M/5932 con la quale ha affidato agli Enti di normazione europei CEN e CENELEC la redazione di norme tecniche europee per i sistemi di intelligenza artificiale conformi all'AI Act. L'attività di normazione tecnica condotta da questi organismi riuniti (Joint Technical Committee -JTC 21 "Artificial Intelligence"), prevede lo sviluppo di standard tecnici per i requisiti di: gestione del rischio, qualità e governance dei dati, logging e tracciabilità, documentazione tecnica, trasparenza, supervisione umana, accuratezza, robustezza e sicurezza cibernetica.

6 La definizione di dato è recata, tra altri, dal Regolamento (UE) 2022/868 del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati (che modifica il regolamento (UE) 2018/1724), e nel Regolamento (UE) 2023/2854 del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (il quale a sua volta modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828). In entrambi i testi normativi, l'art. 2, n. 1, definisce il dato come "qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva". Al riguardo, è stato osservato come tale normativa "accentua l'idea della 'codifica' di stati del mondo tramite rappresentazione digitale": così, G. Resta, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2022, 975.

al movente del principio autonomistico[7].

Ed infatti, si fa presto a notare che tutti i sistemi tecnologici, quali più e quali meno, sono anche tendenzialmente centristi, ovvero sospingono la decisione (e la gestione delle varie funzioni che la supportano) verso luoghi centrali, non foss'altro perché è così, centralmente, che vengono concepiti, progettati, ed anche verificati, validati, e sorvegliati; ed è così, centralmente, perciò, che si formano i modelli, le loro codificazioni, i loro addestramenti e gli assestamenti progressivi, e perciò è così, molto centralmente, che vengono anche gestiti i loro impieghi, quando cioè si fanno amministrazione pubblica.

Poco importa, ai nostri fini, se questi punti centrali di elaborazione, programmazione, addestramento, e sorveglianza sul funzionamento, sia pubblico o, come per lo più accade, al momento, anche nell'automazione di funzioni pubbliche, privato; è indubbiamente una delle cifre del fenomeno, che lascia dubitare delle possibilità di cattura degli uffici e dei loro compiti, dunque uno dei temi più caldi della transizione tecnologica in ambito pubblico, ma in questa sede può essere, precariamente, trascurato.

E ciò perché in questione è, qui, la meccanica, la dimensione strutturale, la distribuzione delle quantità e delle qualità decisionali tra comunità, e istituzioni che le rappresentano, ed una discussione di questo tipo può incentrarsi sulla dimensione degli interessi in gioco, o persino prescindere da dati e considerazioni reali, avere un carattere, per dir così, pregiudiziale, quando si dà per scontato che la decisione "appartenga" ad in certo gruppo per natura, per assunto, corroborato da disposizioni normative che sembrano avvalorarlo.

Ma è facile notare come, in confronto alla transizione tecnologica, le questioni strutturali relative alla distribuzione delle capacità decisionali di tipo istituzionale non sono incentrate tanto sulla relazione località/nazionalità, e nemmeno sul pluralismo politico, sulla dimensione dei gruppi rappresentati, insomma sugli aspetti, per dir così, territoriali del tema; per comprendere il fenomeno occorre andare al cuore di questi argomenti, laddove cioè viene in rilievo, anzitutto, la capacità tecnica, l'expertise, e il possesso, la disponibilità o la capacità di procacciarsi le risorse (economiche, cognitive, inventive, distributive) sufficienti per essere in grado di affrontare i problemi ed assumere decisioni in termini tecnologicamente appropriati, consapevoli, funzionanti, efficaci[8], ef-

7 Solo per richiamo, basterà menzionare A. Ruggeri, *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi,* in *dirittifondamentali.it*, 2015, 8 s.: "Si pensi dunque all'autonomia di cui sono dotate le Regioni in rapporto allo Stato. Ebbene, essa varia da una materia all'altra, non soltanto per il fatto della loro appartenenza a tipi diversi di autonomia ma anche con riguardo a materie inerenti al medesimo tipo (ad es., quelle soggette a disciplina posta in esercizio di potestà legislativa concorrente), per ciascuna di esse l'assetto derivante dal modo con cui stanno in rapporto le norme statali e quelle regionali variando in ragione della natura degli interessi che fanno capo alle materie stesse. […] *Non c'è, insomma, uno* standard *suscettibile di meccaniche ed uniformi applicazioni ma tanti modi di essere e di inverarsi sia dei principi che delle regole*" (enfasi aggiunta).

8 Rileva "il particolare bisogno, in Italia, di un approccio che guardi all'efficienza delle norme e degli istituti", per il quale diventano essenziali domande del tipo "quale delle diverse autorità è in grado di procurarsi a minor costo le informazioni necessarie e di elaborarle, in

fettivi[9]. L'adeguatezza è insomma il fattore sostanziale di legittimazione dei sistemi di automazione della decisione pubblica, che finisce coll'essere rilevante per le definizioni formali, se si discuta dell'allocazione di una capacità decisionale (legislativa, di governo, amministrativa) in ordine ad essa, se sia preferibile cioè che nelle varie tematiche della transizione tecnologica a decidere siano organi di enti continentali, statali, regionali o locali[10].

Non sorprende, allora, rinvenire una chiara tendenza alla centralizzazione nell'impostazione dell'AI Act europeo, farcito com'è di competenze centrali a livello dell'Unione europea[11], autorità nazionali "uniche" (oltre ad "autorità nazionali competenti", ad esempio, si prevede un "punto di contatto unico" in ogni paese membro[12]). Ma questo è solo l'aspetto più palese del fenomeno,

---

modo da pervenire all'assunzione delle decisioni più efficienti?", S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 324, che richiama F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2002. In termini epistemici, il richiamo sembra risuonare dell'approccio di E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione,* corretta ed ampliata da C. CRIFÒ, Milano, 1990, 790 ss., dell'"intendere per decidere": "con la conoscenza è in giuoco anche la direttiva per l'azione" (*ibidem*, 792). Per l'impossibilità di accedere con metodo scientista alla intera esperienza della conoscenza, invece, e per l'unità circolare del comprendere ed applicare, cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. Milano, 1986, 360 ss., in un'inclinazione definita "vocazione nichilista dell'ermeneutica" dal traduttore di quell'edizione, G. VATTIMO, *Oltre l'interpretazione*, Roma – Bari, 1994, 45. Su tutto ciò, da ultimo, cfr. F. PETRILLO, *La decisione giuridica. Politica, ermeneutica e giurisprudenza nella teoria del diritto di Emilio Betti*, Torino, 2005, e G. DI CESARE, *Gadamer*, Bologna, 2007; per un approccio per nulla nichilista, ed anzi attento all'ultrarazionale nella conoscenza cfr. W. PAULI, *L'influsso delle immagini archetipe sulla formazione delle teorie scientifiche di Keplero*, trad. it. in ID., *Psiche e natura*, Milano, 2006, 57 ss; per gli approcci *complementaristi* che vorrebbero che ogni scienza, quando non riesce ad essere produttiva su di un argomento, debba ricorrere ad altra, cfr. G. DEVERAUX, *Saggi di etnopsicanalisi complementarista* trad. it., Milano, 1975, 11; e, sul fronte giuridico, si vedano le riflessioni di W. GASPARRI, *Conoscenza e decisione nella valutazione della ricerca scientifica. Esperienze giuridiche europee a confronto,* in *Dir. Pubbl.*, 2008, 197; per una considerazione del ruolo dell'intuizione nei processi cognitivi, che ha fulcro principale nella ragionevolezza, capace di qualificazione della validità di atti e comportamenti di rilievo costituzionale, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2° ed. 2001, 154 ss..

9 M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 747 ss.; M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011.

10 L'adeguatezza come condizione strumentale per l'effettivo esercizio dell'autonomia è ben messa in luce da G. VESPERINI, *I poteri locali,* I, Roma, 1999, 307.

11 Si v. il Considerando 148 dell'AI Act, nel quale è chiaramente presentato un "quadro di governance che consenta di coordinare e sostenere l'applicazione dello stesso a livello nazionale, nonché di sviluppare capacità a livello dell'Unione e integrare i portatori di interessi nel settore dell'IA"; e perciò anzitutto "di coordinare e sviluppare *competenze centrali a livello dell'Unione*; si v. in conseguenza, la sezione 1 del Capo VII del Regolamento, rubricato esplicitamente "Governance", che disciplina, appunto, l' Ufficio per l'IA (Articolo 64, ancorché esso sia stato già istituito con decisione della Commissione C (2024) 390 del 24 gennaio 2024), il Consiglio europeo per l'intelligenza artificiale (Articolo 65), un Forum consultivo (Articolo 67), un Gruppo di esperti scientifici indipendenti (Articolo 68).

12 Articolo 70 AI Act, rubricato "Designazione delle autorità nazionali competenti e dei punti di contatto unici": "Ciascuno Stato membro istituisce o designa come autorità nazionali competenti ai fini del presente regolamento almeno un'autorità di notifica e almeno un'autorità

giacché, poi, una parte molto rilevante dell'intera strategia normativa dell'AI Act consiste nel ricorso alla standardizzazione, se solo si pensi al ruolo che vi hanno la Banca dati dell'UE per i sistemi di IA ad alto rischio (Art. 71 AI Act), le "norme armonizzate" (e, in conseguenza, le organizzazioni europee di normazione che le emanano[13]), e le "specifiche comuni" che, in mancanza, possono esse adottate dalla Commissione Europea, il cui rispetto consente la conformità legale, e dunque l'impiego nel territorio dell'Unione, dei sistemi di AI ad alto rischio (artt. 40 e 41 AI Act).

È l'approccio già seguito dalla normativa europea per garantire sicurezza dei prodotti, che cerca di limitare le disposizioni legislative ai "requisiti essenziali", lasciando i dettagli tecnici, appunto, agli standard armonizzati europei, prodotti dalle organizzazioni europee di standardizzazione (ESO) a sostegno ed integrazione della legislazione dell'armonizzazione dell'Unione[14].

Per quanto sia metodo non privo di problemi[15], non è questa la sede per discutere dei sistemi di cd. "meta-regolamentazione"[16], la tecnica normativa con cui le organizzazioni regolamentate vengono indotte, mediante misure

---

di vigilanza del mercato. Tali autorità nazionali competenti esercitano i loro poteri in modo indipendente, imparziale e senza pregiudizi, in modo da salvaguardare i principi di obiettività delle loro attività e dei loro compiti e garantire l'applicazione e l'attuazione del presente regolamento. I membri di tali autorità si astengono da qualsiasi atto incompatibile con le loro funzioni. A condizione che siano rispettati detti principi, tali compiti e attività possono essere svolti da una o più autorità designate, conformemente alle esigenze organizzative dello Stato membro".

13 regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012.

14 L'obiettivo è quello di creare un sistema giuridico armonizzato che garantisca, da una parte, la libera circolazione dei prodotti all'interno dell'Unione europea, dall'altra, un elevato e uniforme livello di sicurezza per i consumatori europei. Accanto ad alcune disposizioni generali (come il Regolamento CE n. 765/2008, relativo all'accreditamento e alla sorveglianza della commercializzazione, la Decisione n. 768/2008/CE, che istituisce un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti, e il Regolamento CE n. 764/2008 per rafforzare il mercato interno per un'ampia gamma di altri prodotti non soggetti all'armonizzazione dell'UE), perciò, vi sono poi numerose fonti riferiti ad ambiti specifici (per alcune di tali normative di armonizzazione, si v. l'allegato I del regolamento (UE) 2019/1020). Gli ESO, (European Standardisation Organisations: Regolamento (EU) 1025/2012), sono il Comitato europeo di standardizzazione (CEN), il Comitato europeo di standardizzazione elettrotecnica (CENELEC) e l'Istituto europeo degli standard delle telecomunicazioni (ETSI).

15 N. A. SMUHA, K. YEUNG, *The European Union's AI Act. Beyond Motherhood and Apple Pie?*, in N. A. SMUHA (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law, Ethics and Policy of Artificial Intelligence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2025, 255, dispiegano diverse ragioni per essere scettici sull'efficacia del regime di marcatura CE di fornire protezioni significative ed efficaci per coloro che usano prodotti e servizi di AI.

16 K. YEUNG, S. RANCHORDAS, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2025; In letteratura italiana, c'è chi parla di "sub-sistema legislativo" (R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli, 72, che rileva anche un "sub-sistema giudiziario", chiamato – più tradizionalmente - ad "assicurare ogni persona il godimento dei diritti che la legge le riconosce"), "sussidiarietà della fonte legislativa" (F. CORTESE, S. PANASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Riv. AIC*, n. 5/2015, 14 e 16), e "formanti e meta-formanti normativi", come fa Cons. Stato, V, 11 marzo 2005 n. 1023.

variegate, e talora obblighi giuridicamente vincolanti, che richiedono loro di stabilire e mantenere sistemi di controllo interno che soddisfino obiettivi legali ampiamente specificati, verificati.

E nemmeno è il caso di diffondersi troppo sulla natura degli standard, e sul più generale fenomeno dell'ampliamento dei centri e delle fonti di produzione giuridica, di codici, linee guida, indicatori e modelli di condotta, generati da agenti pubblici, privati o misti, capaci di operare su scala sovra nazionale con regole, non necessariamente vincolanti, ma di fatto efficaci[17].

Il ricorso a standard, e a metodi analoghi di accertamento di conformità di prodotti, beni e servizi, è una vera e propria strategia politica cui si fa ampio ricorso negli ultimi anni[18], anche per le possibilità di definire e formalizzare "grammatiche comuni"[19] in tematiche universali, che perciò non hanno, e difficilmente possono avere, una fonte unica del diritto tradizionale, sebbene ci siano molte evidenze empiriche che non sia priva di debolezze e rischi, non tanto per pur clamorosi casi di immissione sul mercato di beni privi della qualità certificata, talora persino dannosi, e nemmeno perché, nel tempo, può tendere ad

---

17 Il fenomeno è ampiamente studiato, ed ha concorso a dar vita ad una vera e propria scuola di pensiero, che dai processi di globalizzazione, dalle interdipendenze tra gli Stati nell'«arena pubblica», trae indicazioni per l'ipotesi di un diritto amministrativo globale; in Italia, si v. S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002; Id., *Lo spazio giuridico globale*, Bari, Laterza, 2003; Id., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2005, 331 ss.; Id., *Advanced introduction to Global Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021; G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali*, Bologna, il Mulino, Bologna, 2009, 16 ss.; J.-B. Auby, *Globalisation et droit public*, in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Parigi, Dalloz, 2001, 135 ss. ; S. Battini, *I due grandi dualismi alla prova del diritto (amministrativo) globale*, in *Il declino della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di G.A. Benacchio e M. Graziadei, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 101 ss.; F. Pacini, *Ai confini della normatività.* Hard Law *e* soft law *in «tempi difficili», https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2022_Convegno-_Firenze/Fabio_Pacini_-_Ai_confini_della_normativita.pdf*; S. Battini, G. D'auria, G. Della Cananea, C. Franchini, A. Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano, A. Sandulli, L. Torchia E G. Vesperini, *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008.

18 Secondo L. Bush, *Standards: Recipes for Realities*, Boston, The MIT Press, 2011, 13, "standards are intimately associated with power"; ma si v. già A. Falzea, Gli *standards valutativi e la loro applicazione,* in Id*., Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Teoria generale del diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1999, 400 ss., che rilevava il carattere elastico e flessibile degli standard giuridici, e la capacità di adeguare il diritto alle mutevoli esigenze della società, coniugando valori condivisi con la realtà e le sue evoluzioni. M. C. Pangallozzi, *Standard museali e governance globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, 436 ss., individua alcune "funzioni sistemiche" degli standard, tra le quali la riduzione dell'incertezza, l'armonizzazione delle prassi, legittimazione degli attori che vi aderiscono

19 Cfr. M. C. Pangallozzi, *Standard museali e governance globale* cit., 434: "gli standard si annoverano, pertanto, tra gli elementi costitutivi del diritto amministrativo globale, non in quanto strumenti ancillari o meramente tecnici, quanto piuttosto come forme autonome e dinamiche di produzione normativa, in grado di agire in modo trasversale ai diversi livelli istituzionali, integrando la funzione regolativa delle amministrazioni pubbliche, oltre che coordinando comportamenti di soggetti pubblici e privati, tali da attraversare così le frontiere nazionali". Con riferimento alle le logiche di un diritto pubblico universale si può v. B. Tonoletti, *Il cambiamento climatico come problema di diritto pubblico universale*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 37 ss..

operazioni "di carta", a verifiche più incentrate sul rispetto delle procedure, della documentazione, che sull'effettiva condizione dei prodotti[20].

Ciò che soprattutto interessa ai nostri fini, è che si tratta di una metodica che rimette gran parte delle regole ad organismi tecnici, non necessariamente pubblici, capaci però di orientare comportamenti e decisioni, definire identità professionali, agendo sulla "buona amministrazione", sulla trasparenza e, soprattutto, sull'*accountability*[21], ancorché tali organismi siano prevalentemente dotati di competenze non sempre in grado di valutare i rischi di violazione di diritti e situazioni giuridiche protette; e, poi, tendendo fisiologicamente alla conformazione, riduce inevitabilmente, e fisiologicamente, la contemplazione delle varietà, delle diversità, delle peculiarità, insomma dell'essenza stessa, della ragione fondante del riconoscimento di plurime potestà decisionali autonome.

3. Standard tecnologici e autonomia regionale

A fronte di un tale scenario, assume particolare rilievo la disposizione recata dal disegno di legge sull'intelligenza artificiale attualmente in discussione in Parlamento[22], il cui quarto comma dell'art. 3 stabilisce che "l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale non deve pregiudicare lo svolgimento con metodo democratico della vita istituzionale e politica e l'esercizio delle competenze e funzioni delle istituzioni territoriali sulla base dei princìpi di autonomia e sussidiarietà e non deve altresì pregiudicare la libertà del dibattito democratico da interferenze illecite, da chiunque provocate, tutelando gli interessi della sovranità dello Stato nonché i diritti fondamentali di ogni cittadino riconosciuti".

Va notato anzitutto la peculiarità di una norma siffatta, di cui non sembrerebbe necessaria la previsione, visto che si richiama a principi costituzionali, già vigenti come elementi fondamentali, collocati cioè tra i fondamenti della Carta, concorrendo a dare la peculiare forma di stato alla Repubblica italiana, dunque dovrebbero essere tra i più considerati, e rispettati, dalla legislazione; la esplicitazione nel d.d.l. domestico sull'AI, perciò, avvalora la preoccupazione che, effettivamente, la transizione tecnologica in atto possa davvero porsi in fisiologico contrasto con tali principi.

E occorre notare che, seppure anche il Regolamento europeo sull'AI preveda diverse modalità per la sorveglianza della progettazione e dell'addestramento sperimentale dei sistemi di AI, "*sandboxes*" che possono anche essere regionali[23], c'è sempre il timore di una "frammentazione", e perciò sono comun-

20 Si v. M. Power, *The Audit Society: Rituals of Verification*, Oxford, Oxford University Press, 1997, 84, a mente del quale "the quality of internal systems rather than the quality of the product or service itself specified in standards".

21 Da ultimo, si v. M. C. Pangallozzi, *Standard museali e governance globale* cit., 424 s..

22 d.d.l. in esame al Senato della Repubblica n. 1146-B, recante "Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale".

23 Art. 57. 2, AI Act: "possono essere altresì istituiti ulteriori spazi di sperimentazione normativa per l'IA a livello regionale o locale, o congiuntamente con le autorità competenti di altri Stati membri".

que previste norme comuni, e reti di coordinamento fra autorità[24].

Se dunque le tendenze alla centralizzazione tecnologica sono per certi versi fisiologiche[25], c'è da chiedersi quanto possano effettivamente sopraffare l'impostazione costituzionale della Repubblica italiana, la sua forma di stato e di governo, in particolare in confronto all'autonomia regionale[26]; e per quanto il tema sia estremamente vasto e complesso, e qui se ne possa affrontare solo una parte, e velocemente, proprio nella sottile gradazione recata dall'Art. 5 Cost. si può scorgere un barlume.

Ribadendo nuovamente che nel complesso degli enunciati ricompresi in quella disposizione vi sia una spinta politicamente univoca, l'aspirazione al pluralismo dei centri di potere, ed un certo modo multilivello di vedere l'assetto democratico del complesso istituzionale di Governo, va anche rammentato che si possa leggere nell'art. 5 Cost. medesimo, se scomposto, il principio autonomistico, con la sua carica di politicità, ma anche la deconcentrazione (che nel senso che qui rileva può essere definito anche deconcentramento, o decentramento gerarchico o burocratico), volta a migliorare l'efficienza strutturale degli apparati amministrativi (statali e non), ed il decentramento amministrativo vero e proprio, che, si ripete, sembra voler assicurare l'aderenza, l'adeguatezza storica e sociale dell'amministrazione, complessivamente intesa.

Le funzioni afferenti alla standardizzazione dei sistemi tecnologici, e il loro affidamento ad autorità centrali tecniche e politicamente indipendenti, afferiscono ad aspetti di grandissima importanza, giacché si tratta di garantire che questi siano affidabili, effettivi, efficaci, e quando attengano a decisioni giuridicamente rilevanti, la loro automazione sia rispettosa dei diritti, delle libertà, e più in generale delle situazioni giuridiche, quanto e persino più di quelle uma-

---

24 art. 58 AI Act, che inoltre riconosce esplicitamente la necessità di prendere in considerazione gli interessi dei "fornitori su piccola scala" e degli implementatori di sistemi di intelligenza artificiale. Le autorità nazionali che supervisionano le *sandboxes* ricevono quindi vari compiti, tra cui aumentare la consapevolezza sul regolamento, promuovere l'alfabetizzazione dell'IA, offrire servizi di informazione e comunicazione a PMI, start-up e implementatori e aiutarli a identificare metodi che riducono i costi di conformità., nell'intento di compensare il fatto che le aziende più piccole probabilmente affronteranno oneri di conformità e implementazione più pesanti, soprattutto rispetto alle grandi aziende tecnologiche che possono permettersi importanti investimenti per la conformità all'AI Act. Si spera inoltre che le sandbox aiutino le autorità nazionali a migliorare i loro metodi di supervisione, sviluppare una guida migliore e identificare possibili miglioramenti futuri del quadro giuridico.; in tema, si v. N. A. Smuha, K. Yeung, *The European Union's AI Act. Beyond Motherhood and Apple Pie?*, cit., 246.

25 Le transizioni tecnologiche non sono le uniche tendenze al "riaccentramento" rilevabili in questo momento storico, sembrano anzi aggiungersi ad altre, evidenti, e periodiche, come si è visto molto chiaramente in occasione di svariate emergenze, ma anche a motivo di altre dinamiche (tra cui, la maggiore e più palese è dovuta alla pervasiva presenza dell'Unione europea): A. Ruggeri, *Sovranità statale e autonomia regionale* cit., 630 ss..

26 Considerando come si sia acquisita notevole consapevolezza che La costituzione sia anche processo: A. Spadaro, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità,* in *Quad. cost.*, 1998, 343 ss.; M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana,* in *www.rivistaaic.it*, 1/2013.

ne[27]. Insomma, queste funzioni centralizzate afferiscono ad una dimensione tecnica, della quale non va sminuita l'importanza, ma non va nemmeno trascurato che ciò che devono assicurare è dovuto, invece, a decisioni politiche, e ad atti di indirizzo politico, e politico-amministrativo.

4. Una questione di legalità

I sistemi tecnologici con capacità decisionale, è noto, funzionano in base a codici, istruzioni che ne indirizzano le attività, anche quando poi abbiano autonomia, pure ampia, e dunque si può dire che compiano operazioni "*rule-based*". Ma nel loro impiego acquistano rilievo altre forme di "regole", a motivo del principio di legalità[28]: anche se fosse redatto in forma algoritmica, o comunque sia frutto di elaborazioni automatiche, l'atto, e il percorso decisionale che lo produce, sarebbero comunque soggetti almeno ai principi e, se presenti, alle regole, stabiliti in forma normativa (disposizioni recate da fonti legali, costituzioni, leggi e atti equiparati, regolamenti)[29] che li riguardano, la cui forza e il cui valore in termini giuridici sono (probabilmente diversi, ma soprattutto) dogmaticamente superiori alle "regole" del codice di programmazione: per dirla con la giurisprudenza italiana, "è l'algoritmo che deve adeguarsi alla norma e non la norma cedere all'inidoneo algoritmo" [30].

Insomma, non può essere invocata una "bolla legale"[31] quando le macchi-

---

27 Bisogna sempre ricordare che i quadri giuridici sono oggi concepiti, prima che per ogni altra finalità, per proteggere i diritti e le libertà fondamentali degli individui e dei gruppi, e quindi preservare valori intangibili per qualsiasi azione intenzionale imputabile, anche indirettamente, ad esseri umani. Per la dimostrazione che la funzione costituzionale dell'amministrazione pubblica e della sua organizzazione non è se non quella, funzionale alla dinamica della sovranità popolare, di assicurare la massimizzazione dei diritti fondamentali si v. L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità,* in *Dir. pubbl.*, 2013, 61 ss.; Id., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare,* ne *Il diritto dell'economia*, LXV, n. 98, 2019, 43 ss. Per i passaggi dai valori alle norme, e poi dalle norme ai requisiti di progettazione nei sistemi di decisione automatica, si v. I. VAN DE POEL, *Translating values into design requirements*, in *Philosophy and Engineering: Reflections on Practice, Principles and Process. ,* a cura di *D. Michelfelder, N. McCarthy, D. Goldberg*, *Philosophy of Engineering and Technology,* vol 15. Dordrecht, Springer, 2013, 253 ss.; M. HILDEBRANDT, *Legal by Design' or 'Legal Protection by Design'?*, in *Law for Computer Scientists and Other Folk*, Oxford, Oxford Academic, 2020, https://doi.org/10.1093/oso/9780198860877.003.0010..

28 Per una importante, recente rassegna di studi sulla legalità, si v. *The Oxford handbook of comparative administrative law*, a cura di P. CANE, H. C. H. HOFMANN, E. C. IP, P. L. LINDSETH, Oxford, Oxford University Press, 2021, ed in particolare G. NAPOLITANO, *The rule of law*, *ivi*, 421 ss..

29 Si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 14 novembre 2022, n.7003.

30 Cons. Stato, V, 22 agosto 2022, n. 7357. Si v. anche P. DE FILIPPI, S. HASSAN, *Blockchain Technology as a Regulatory Technology: From Code Is Law to Law Is Code*. First Monday 21 (12), 2016, http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/7113.

31 M. GIRAUDO, *On legal bubbles: some thoughts on legal shockwaves at the core of the digital economy*, in *Journal of Institutional Economics*, 2021, 1 ss.; D. TAFANI, *Do AI systems have politics? predictive optimisation as a move away from Liberalism, the Rule of Law and Democracy,* in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XXVI, 2024, 2, 95 ss.; I. C. BALLON, *Cyber Boot Camp: Data Security at the Intersection of Law and Business*, in ID. (a cura di), *E-Commerce and Internet Law: A Legal Treatise*

ne svolgano compiti, curino atti giuridici che vi siano connessi, più o meno completamente, e assumano decisioni[32]: va cioè affermato che un atto o un comportamento, che viola i principi e le regole giuridiche che lo riguardano, è invalido, e può essere dichiarato tale, con ogni conseguenza, e persino giuridicamente eliminato da un organo che ne abbia la competenza, o da un giudice, sia che venga prodotto da un essere umano, sia che a generarlo sia, più o meno compiutamente, un sistema tecnologico [33].

Per quanto, perciò, si possa comprendere la centralizzazione di molte capacità decisionali ed operative riguardanti i sistemi tecnologici, in ragione delle possibilità ascendenti della sussidiarietà, che a causa del bisogno di adeguatezza possono anche limitare la postura dichiarata dall'art. 5 Cost. riconducibile al decentramento, non altrettanto si può dire in confronto ai contenuti dell'autonomia, e cioè delle potestà di indirizzo politico locale.

Vero è che oggi l'indirizzo politico viene spesso percepito come fenomeno in crisi, per tare congenite sue proprie, per agenti di ogni tipo che hanno forze in grado di inferirvi[34], per disfunzioni (e forse povertà culturale) dei canali della rappresentanza politica, e per essere ristretto, come inevitabilmente è, dalla profusione di norme costituzionali, principi, clausole generali, disposizioni normative, e letture giurisprudenziali, provenienti peraltro da una pluralità di ordinamenti, o di sistemi giuridici che dir si voglia; ed anche, l'esperienza ce lo dice, dal susseguirsi continuo di emergenze, reali o enfatizzate, e dalle reazioni istituzionali, che spesso mettono in evidenza le difficoltà del frazionamento decisionale, e perciò del pluralismo istituzionale.

Ma non va trascurato che, si ribadisce, è ad un indirizzo politico che si devono le garanzie fondamentali (qualunque sia la forma della relativa protezione), ed ogni altra tutela di situazioni giuridiche, e che ad esso, nella dimensione che la Costituzione definisce "indirizzo politico e amministrativo" (Art. 95), spetta il compito di stabilire orientamenti, obbiettivi, finalità alla pubblica amministrazione, e pure, dove possibile, a soggetti privati.

Insomma, è difficile negare che, almeno in una Repubblica pluralistica come quella italiana, sussistano e debbano essere contemplati più indirizzi poli-

---

with Forms, Eagan, Thomson Reuters, 2016, 354 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270: "L'utilizzo di procedure "robotizzate" non può, tuttavia, essere motivo di elusione dei princìpi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa".

32 Cfr. A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà. BioLaw*, in *Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 199.

33 Per tutti, si v. E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo,* in *Riv. Dir. Amm.*, 2020, p. 2; F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, Giuffrè, 2020, 483.

34 Sulla recente diffusione di discipline *ad hoc* per esigenze di settore economico, o addirittura di specifiche operazioni, cfr. L. R. Perfetti, *Biopolitica e diritto pubblico. Discorso franco e necessario*, in G. Tropea, L. Buffoni (a cura di), *Biopolitica e diritto pubblico: un binomio impossibile?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025, 135 s..

tici e amministrativi, o quantomeno più agenti in grado di elaborarli, e varare atti che li attuino[35], che una volta che assumano veste di fonte, e dunque producano norme ed atti di indirizzo, richiedono *compliance* per conseguire validità legale, sia pure in termini variegati.

5. Le macchine non soffrono: l'irriducibilità della politica

Ecco, dunque, un capo di filo per provare a sbrogliare il garbuglio, per seguire il quale, però, occorre tener presenti talune considerazioni, la prima delle quali riguarda un connotato sottile di ogni tecnologia, automazione, impiego delle macchine, e cioè il fatto che esse non hanno finalità proprie; anche se si costruissero codici algoritmici in grado di dotarle di simil-desideri, e persino di una simil-coscienza, non solo si tratterebbe di un artificio, ma soprattutto, non potrebbero che, comunque, prenderle a nolo dalle nostre, di finalità, giacché le macchine, anche le più neuronali, non ne hanno in proprio, sembrano avere come scopo l'assenza di scopo, o al più il loro stesso funzionamento, l'efficienza della funzione cui sono preposte.

Anche qualora potessero simulare desideri, e imputarseli come propri, con tutto il finalismo che ciò comporterebbe, manca loro tutto l'apparato organico, biologico, gli ormoni, i neurotrasmettitori, la chimica della dopamina, della serotonina, dell'ossitocina, delle endorfine, che così tanto connota quelli umani, e per di più le macchine non soffrono e non muoiono, se non per finta, e tutti noi sappiamo, invece, quanta carne e sangue, quanto patimento, quanto timore, quanta urgenza a causa del tempo finito che c'è dato vivere, ci sia sotto ai moventi umani.

In secondo luogo, individuare, predisporre, addestrare ed adottare un modello o un sistema di automazione, sviluppato internamente o acquisito dal mercato, sebbene riguardi principalmente attività di back-office, riveste un'importanza significativa, richiede personale qualificato, e coalizione di saperi disciplinari, ed è qui che le esigenze di conformità, omologazione, standardizza-

35 G. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e indirizzo politico,* in *Enciclopedia del diritto, I tematici*, V, Milano, Giuffrè, 2023, p. 1137 ss., nota la sussistenza di una "miriade di indirizzi". Ed in effetti, "così come si ha una sovranità condivisa tra Unione e Stati, tanto per materie quanto in relazione alle singole materie […], parimenti si ha una condivisione della stessa in ambito interno, tra gli enti portatori di volontà politica e, come si diceva, astrattamente abilitati a dar vita ad indirizzi politici. Nei fatti, dunque, a condivisione di sovranità corrisponde condivisione di indirizzo, anzi: di indirizzi, se si conviene che negli ambiti materiali nei quali prendono forma le relazioni tra gli enti in parola possono aversi più indirizzi, a volte reciprocamente scollegati e persino confliggenti, avendosi pertanto per tabulas la conferma dell'impossibilità della loro reductio ad unum, secondo quanto invece vorrebbe la tesi corrente che conforma come unitario e perfetto in sé e per sé l'indirizzo di ciascun ente": così A. RUGGERI, *L'indirizzo politico: un personaggio in cerca di autore o uno, nessuno e centomila?,* in *Federalismi.it*, 18/2024, IX. Si rammenta che, in una visione classica, l'indirizzo politico sarebbe in grado "di far precedere alla distribuzione dei vari compiti statali fra molteplici organi forniti di autonomia ed al loro esercizio nella successione del tempo, un momento di impulso unitario e di coordinazione affinché essi si svolgano in modo armonico per tutto il periodo necessario ad assicurare il risultato che se ne attende": così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1975, p. 332.

zione prevalgono; v'è, s'è detto, la possibilità per le Regioni di impegnarsi a raffinare i sistemi tecnologici e l'automazione delle decisioni pubbliche, e anche ad adottarne di propri, ma ciò comunque richiede inevitabilmente di dotarsi adeguatamente per farlo, e comunque confrontarsi con la centralizzazione delle autorità chiamate a validarli e verificarli, e dei bisogni tecnici di uniformità, conformità e interoperabilità; e dunque, in ciò, sembrano attive prevalentemente le ragioni del decentramento, che possono fornire un fondo giuridico all'azione regionale.

L'impegno connesso alla messa in esercizio, all'effettiva implementazione e all'uso dei sistemi tecnologici, poi, richiede a sua volta orientamenti del loro impiego, la individuazione di finalità, degli interessi prioritari, e dei criteri valutativi che ne conseguono, che quei sistemi devono contemplare, ed in ogni caso rispettare, e che dunque devono trovare adeguata considerazione, peso specifico, preferenza e tutela, nel lavoro automatico dei sistemi digitali e di intelligenza artificiale; e non c'è bisogno di diffondersi troppo per dimostrare che finalità, criteri, gerarchie fra interessi, obbiettivi e orientamenti, sul piano giuridico, sono afferenti al segmento di indirizzo, politico o politico-amministrativo, che in ragione dell'autonomia rimane prerogativa propria degli enti cui sia costituzionalmente riconosciuta, in relazione alle funzioni ed ai compiti attribuiti all'ambito regionale.

Rispetto, insomma, al ventaglio delle garanzie, individuali e di gruppo, sia per ragioni ontologiche (le finalità delle macchine sono inevitabilmente quelle umane), sia per ragioni giuridiche (le norme che le definiscono sono superiori alla codificazione che fa lavorare la macchina), è il sistema tecnologico che deve sottostare, e adottare un approccio che sia rispettoso di *design* delle norme vigenti, specie quando determinino garanzie e pretese in forma di posizioni giuridiche, ma anche degli obbiettivi, delle finalità, che vengano formalizzati mediante atti di indirizzo, che consistono senz'altro, primariamente, in leggi, ma trovano non poca alimentazione anche in atti di governo di tale natura.

La politica, perciò, con le sue declinazioni di governo, sembra tra le poche attività umane non riducibili, completamente, ad un automatismo, e ciò investe anche gli indirizzi che la veicolano, e gli atti con cui si esprime giuridicamente. E tornano utili, allora, le letture dell'autonomia locale che si incentravano proprio sulla possibilità dell'adozione di un proprio indirizzo politico, locale, territoriale[36]: le finalità assegnate al lavoro della PA, e dove possibile anche all'attività privata, anche quando venisse condotta da macchine, e persino ove

36 Per tutti, si v. C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5*, in ID., *La costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954, 78-80, per il quale autonomi ex art. 5, non sono gli enti "che possano emettere in qualche caso sporadico atti normativi", com'è da sempre accaduto in una forma o nell'altra, ma solo quelli "posti in grado di disciplinare in concreto tanta materia e in maniera tanto organica che ne sorgano ordinamenti particolari entro l'ordinamento territoriale dello Stato"; ovvero quelli che "siano così fatti e organizzati, e abbiano tanto potere, da assurgere a centro di vita effettiva ed individuata nella vita dello Stato", potendo così essi esercitare un'azione "rispondente ai principi e alle direttive prevalenti tra gli uomini che vivono sul territorio".

lo fosse per intero, rimarrebbero sempre imputate ad organi cui siano preposti umani, che continuano ad occuparsi di valori, scopi, esigenze, esperienze, umane.

Con la conseguenza, sul piano teorico, che per quanta spinta l'automazione portasse con sé, resterebbero i doveri di prestare ossequio e rendere conto al sovrano umano, di lavorare per lo sviluppo della persona umana, di rispettare perciò gli ambiti fondamentali della sua esistenza e della sua espressione, e di operare in funzione dei bisogni umani, i quali sono ovviamente dipendenti dalla percezione e dalla mente umana, dalla biologia, dalla finitezza, dai tempi[37], ed anche dalle storture dell'umanità[38]: rimarrebbe insomma ineliminabile il senso più profondo dell'art. 5 della Costituzione.

Quanto questa importante responsabilità richieda davvero capacità legislativa, o quanto invece basti quella di governo, di programmazione, di direttiva ed indirizzo, è altra (e complessa) questione; resta il fatto che, se questi argomenti siano fondati, ne vien fuori una notevole dimostrazione di quanto il principio autonomistico possa reggere anche alla rivoluzione tecnologica, anche se, come sempre in faccende di autonomia, richiede responsabilità e *capabilities*, ed è questa, perciò, la sfida per le Regioni in questo ambito.

37 La questione della velocità come una delle "peculiarità del potere" è rilevata da L. Casini, *Politica e amministrazione: «the italian style»*, in *Riv. tri. dir. pubbl.*, 2019, p. 19; a sua volta I. M. Delgado, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), *La tecnificazione* cit., IV, p. 133, rileva una delle conseguenze della digitalizzazione dell'amministrazione nell'anticipazione del momento decisionale.

38 Cfr. P. Piras, *The role of computerization in efficiency and impartiality*, in E. Carloni (a cura di), *Preventing corruption through administrative measures*, Perugia, Morlacchi, 2019, 299 ss.. Riporto la conclusione del saggio di M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica* cit., p. 893: "una volta di più, il problema non è di innovazione legislativa o di rivolgimento scientifico, ma di approccio culturale. E noi giuristi possiamo controllare (e criticare) la cultura di un giudice ben più facilmente di quanto possiamo fare con la cultura di un ingegnere, di un matematico, di un programmatore. Per esser chiari: se devo scegliere qualcuno di cui non fidarmi, personalmente, scelgo il giudice. E scelgo che sia un essere umano. Umano e consapevole dell'importanza, certo, ma anche dei limiti, della sua funzione".

Nicola Pignatelli
Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico
Università di Bari
nicola.pignatelli@uniba.it

Il contenzioso costituzionale Stato-Regioni come Sintomo della necessità di riforme costituzionali

The Constitutional Conflict Between the State and the Regions as an Indicator of the Need for Constitutional Reform

Sintesi

Il presente lavoro intende riflettere sul regionalismo *al di là* del regionalismo differenziato, attraverso una specifica visuale prospettica, quella processuale. Dalle dinamiche processuali, dai dati quantitativi del contenzioso costituzionale Stato-Regioni e dalla natura di esso, possono trarsi elementi utili per una riflessione sistemica. In sintesi, il giudizio costituzionale in via principale e con esso i ricorsi dello Stato e delle Regioni hanno raggiunto nel 2024 un dato sensibilmente più basso rispetto alla media degli ultimi 15 anni. Tale *decremento* quantitativo non può essere spiegato alla luce di una stabilizzazione giurisprudenziale ed ermeneutica intorno al Titolo V ma deve essere imputato alla progressiva affermazione di *meccanismi di raccordo politico*, in sede extra processuale, tra Stato e Regioni. Si tratta di meccanismi che il Governo, valorizzando la natura politica della scelta impugnatoria sottesa dal giudizio in via principale, ha tentato di procedimentalizzare, svelando una progressiva ricerca di un punto di equilibrio, fuori dal processo, che incide sul processo e sulla forma di Stato, pur in assenza di un quadro costituzionale idoneo a garantire effettive sedi di raccordo per le funzioni legislative. Tuttavia, l'emersione di tali profili impone una riflessione sia sulla natura di questa sorta di "contrattazione di legittimità", e quindi sulla disponibilità non solo delle azioni processuali ma anche del parametro di legittimità, ossia della Costituzione, sia sulla necessità di tornare a riflettere in senso riformatore sull'individuazione di sedi costituzionali per il raccordo tra Stato e Regioni, nelle quali non siano coinvolti esclusivamente gli esecutivi.

Abstract

This contribution investigates the current trajectory of Italian regionalism, disentangling it from the narrower debate on *asymmetric regionalism* under Article 116(3) of the Constitution. It argues that the reduction of regionalism to differentiated autonomy reflects an ideological misrepresentation that obscures the structural crisis of Title V and the persistent imbalance between unity and

autonomy. The analysis combines constitutional jurisprudence and quantitative data on State–Region litigation, showing both the decline of principal proceedings before the Constitutional Court and the rise of extra-judicial coordination mechanisms, often resulting in a problematic "bargaining of legitimacy." The paper contends that such practices undermine constitutional rigidity and transparency, calling instead for systemic reforms: notably the establishment of a second chamber representing regional interests, the strengthening and possible constitutionalization of the State–Regions Conference, and the elevation of loyal cooperation to a foundational constitutional principle. Only through such reforms can the Italian system reconcile the dialectic of unity and differentiation in a manner consistent with constitutional legality and the protection of fundamental rights.

PAROLE CHIAVE: Regioni, Regionalismo, Costituzione, Giudizio costituzionale in via principale, Riforme costituzionali.

KEYWORDS: Regions, Regionalism, Constitutional law, Judicial review, Constitutional reform.

INDICE: 1. Una notazione di metodo. Il regionalismo *al di là* del regionalismo differenziato. - 2. Una notazione quantitativa. Il regionalismo *nel* processo costituzionale. Il decremento del giudizio in via principale. - 3. La disponibilità dell'azione e la politicità del ricorso in via principale. - 4. La procedimentalizzazione dei meccanismi di raccordo politico. - 5. Una notazione sistemica. Le distorsioni costituzionali della "contrattazione di legittimità". - 6. Una notazione finale sulle riforme costituzionali, ancora necessarie.

1. Una notazione di metodo. Il regionalismo *al di là* del regionalismo differenziato

Il dibattito sul regionalismo dovrà essere finalmente depurato da quello sul regionalismo differenziato.

È abnorme come negli ultimi anni il tema del *regionalismo differenziato* sia stato fatto coincidere in modo assorbente con quello del *regionalismo*, come se l'autonomia regionale si risolva in via esclusiva nell'art. 116, 3° comma, Cost. e come se il regionalismo differenziato possa (o potesse) superare le criticità strutturali derivanti dalle inattuazioni del Titolo V.

In questa retorica costituzionale, che ha inquinato il dibattito istituzionale, si annida un'alterazione ideologica, una sorta di reazione scomposta alla crisi storica del regionalismo, caratterizzata da un tentativo di scaricare sul regionalismo differenziato tutte le aspettative di risoluzione della stessa crisi.

Emerge quindi la necessità di una riflessione sul regionalismo, *al netto* del regionalismo differenziato[1]; la "geografia del potere", come "problema costitu-

1 Sul tema, tra i molteplici contributi, cfr. P. Logroscigno, A.M. Nico, N. Pignatelli, R.G. Rodio, V. Tondi della Mura (a cura di), *Il regionalismo differenziato tra attuazione e resistenze*, Torino, 2024 e la bibliografia richiamata; si veda anche il numero monografico della Rivista del Gruppo di Pisa n. 2/2020: A. Lo Calzo, G. Segese, C. Siccardi (a cura di), *Autonomie territoriali e forme di differenziazione. Ordinamenti a confronto*, in *www.gruppodipisa.it*; cfr. anche, *ex plurimis*, L. Vandelli, *Il regionalismo differenziato*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2019; G. Tarli Barbieri, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla*

zionale", diventa così il crocevia di tenuta dell'ordinamento costituzionale[2].

In questa prospettiva è evidente la necessità sistemica di evitare un "uso congiunturale dell'autonomia"[3], un uso ideologico del regionalismo, soprattutto in questo momento storico.

Tra la fine degli anni '90 e l'inizio degli anni 2000 potevano dirsi regionalisti in molti; la riforma del Titolo V costituiva un'opzione ideologica, largamente condivisa, in quel momento storico.

Progressivamente abbiamo assistito, invece, ad una sorta di *torsione centralista*, spesso altrettanto ideologica.

Si pensi in via esemplificativa agli sviluppi della giurisprudenza costituzionale, che ha elaborato il principio di chiamata in sussidiarietà delle competenze legislative (Corte cost. n. 303/2003) o il criterio di prevalenza, quale grimaldello di attrazione di competenze regionali, arrivando peraltro a dilatare le competenze legislative statali *ex* art. 117, 2° comma, Cost. e quindi a comprimere la dimensione competenziale residuale delle Regioni *ex* art. 117, 4° comma, Cost., in nome della crisi economica; significativa è apparsa peraltro la diffusa critica nei confronti della classe politica regionale, dovuta in parte a difficoltà rappresentative (sia del sistema degli Enti locali sia del sistema produttivo) e in parte alla delegittimazione politica derivante dalle vicende giudiziarie (in sede penale e amministrativo-contabile) conseguenti alla gestione dei contributi ai gruppi consigliari[4].

Tuttavia, questa torsione centralista si è arrestata con il fallimento della riforma costituzionale del 2016, che aveva tentato di recepire e di intercettare quello spirito anti-regionalista progressivamente emerso[5].

A seguito di tale fallimento è divampata una sorta di *reazione regionalista*, caratterizzata dal rafforzamento ideologico delle ragioni dell'autonomia, che si è incanalata, in modo oltranzista, verso il regionalismo differenziato, tentando dopo circa 20 anni il disgelo di una disposizione costituzionale (art. 116, 3° comma, Cost.).

Non può negarsi però come la via del regionalismo differenziato sia stata caratterizzata da molteplici criticità, ancor prima dell'argine solido posto dalla

---

(presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 1 ss..

2 G. Falcon, *Tre livelli della "geografia del potere" come problema costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2019, 1 ss.; A. Morelli, *Le relazioni istituzionali*, n. 3/2019, 1 ss

3 Così in modo assai lucido A. Morelli, *Le relazioni istituzionali*, n. 3/2019, 116.

4 Sia consentito rinviare a N. Pignatelli, *La Corte costituzionale "in" politica regionale: autonomia costituzionale regionale vs. sindacato (giurisdizionale e amministrativo) della Corte dei conti*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Giappichelli, Torino, 2017, 331-338.

5 Per una ricostruzione storica cfr. G. Rolla, *L'evoluzione dello Stato regionale in Italia: tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un'autonomia asimmetrica dei territori*, in *Le Regioni*, 2019, 141 ss.

sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale[6]:

Si è tentato di trasformare una disposizione *eccezionale* in una soluzione *generale* per il sistema, rivendicando, sotto il profilo quantitativo, un numero sovrabbondante di materie, in violazione della stessa *ratio* sottesa all'art. 116, 3° comma, Cost. (che parla non di "maggiore autonomia", come rivendicato, ma di "condizioni particolari di autonomia"), nonché più in generale in violazione del principio di proporzionalità.

Inoltre, è risultata *carente la motivazione* stessa sottesa alle singole richieste di autonomia differenziata.

L'autonomia, in generale, può essere identitaria (ossia fondata su ragioni extra-giuridiche), decisionale (ossia fondata sull'esigenza di soddisfare interessi pubblici specifici) o funzionale (ossia fondata sull'esigenza di maggiore efficienza dell'azione pubblica).

Nel caso del regionalismo differenziato è sembrata mancare una espressa individuazione delle ragioni legittimanti, risultando quindi carente un parametro di valutazione della congruità e sostenibilità della stessa pretesa.

Peraltro, è emersa una prospettiva limitata, posto che l'oggetto della rivendicazione non è stato spesso quello del trasferimento di *funzioni legislative* (in armonia con lo spirito dell'art. 116, 3° comma, Cost.) ma quello del trasferimento di *funzioni amministrative*, con un conseguente rischio di frammentazione delle funzioni e di amministrativizzazione delle Regioni; un rischio di neo-centralismo regionale, pericoloso anche per l'autonomia degli Enti locali.

Si aggiunga anche il rischio sistemico che l'art. 116, 3° comma, Cost. si sostituisca all'art. 118 Cost.[7], generando così una divaricazione, poco sostenibile, tra funzioni amministrative non modificabili-allocabili con legge ordinaria

---

6 Su questa pronuncia si vedano i molteplici commenti pubblicati nel 2024 nelle riviste telematiche: G. Boggero, *Quale differenziazione per la Regione Piemonte dopo la sentenza n. 192/2024?* per g.c. di *Il Piemonte delle Autonomie;* C. Buzzacchi, *Pluralismo, differenze, sussidiarietà ed eguaglianza: dalla sentenza n. 192 del 2024 il modello per il sistema regionale «differenziato» per g. c.* di *Astrid*; C. Cuccuru, *L'intervento delle Regioni "terze" nel giudizio di legittimità costituzionale in via di azione*, negli *Studi 2025/II* di *giurcost.org*; P.I. D'Andrea, *Profili fiscali e finanziari dell'autonomia differenziata,* per g.c. dell'*Osservatorio di Nomos*; R. Manfrellotti, *La sent. n. 192 del 2024 della Corte Costituzionale e gli atti amministrativi generali a contenuto normativo*, per g.c. di *lecostituzionaliste.it*; A. Morrone, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024* per g.c. di *Giustizia Insieme*; A. Poggi, *Il "referendum" sul regionalismo differenziato: i principi, l'attuazione, le Corti e la sovranità popolare per g.c.* di *Federalismi.it*; G. Rivosecchi, *Regioni, finanza, livelli essenziali e principio democratico*, per g.c. di *lecostituzionaliste.it*; A. Spadaro, *La "quadratura del cerchio"… o della sent. cost. n. 192/2024*, per g.c. di *Diritti Regionali*; V. Tondi della Mura, *La necessaria terzietà degli organismi tecnico-economici: Commissione fabbisogni e Ufficio di bilancio nel prisma della sentenza costituzionale n. 192/2024*, per g.c. della *Rivista AIC*; P. Torretta, *La disciplina dei LEP per l'autonomia differenziata (ma non solo) al vaglio della Corte costituzionale. Note a margine della sentenza n. 192/2024*, per g.c. di *Federalismi.it*; L. Violini, *Alcune considerazioni sulla sentenza nr. 192/2024 della Corte Costituzionale*, per g.c. di *lecostituzionaliste.it*.

(quelle di cui all'art. 116, 3° comma, Cost.) e funzioni amministrative modificabili-allocabili con legge ordinaria (quelle di cui all'art. 118 Cost.).

Più in generale, dietro il regionalismo differenziato, si annida il rischio di una alterazione del quadro costituzionale con la nascita di un terzo genere (oltre alle Regioni a Statuto ordinario e a Statuto speciale), quello delle Regioni a regime differenziato[8].

La stessa emergenza ha dimostrato i limiti del regionalismo "garantista" (fondato sulla separazione delle competenze e sulla rigidità del riparto di funzioni), la debolezza del regionalismo "cooperativo" (in assenza di una Camera delle autonomie e in carenza di costituzionalizzazione della Conferenza Stato-Regioni), la pericolosità del regionalismo "competitivo" (accentuato peraltro dalle vicende elettorali regionali), soprattutto per la tenuta degli elementi unificanti del sistema sanitario nazionale.

Alla luce di queste sintetiche osservazioni, e visto l'arresto della reazione regionalista al centralismo, in questa continua interazione tra le ragioni dell'*unità* e quelle della *differenziazione*, alla ricerca di un punto di equilibrio (art. 5 Cost.), rimane attuale un quesito. Dobbiamo continuare a chiederci se le tensioni a cui abbiamo assistito e stiamo assistendo impongano una *riforma* o una *attuazione* del Titolo V della II Parte della Costituzione.

In modo pragmatico ritengo che, in attesa delle riforme, sia necessaria l'attuazione.

Le inattuazioni da colmare sono ancora molteplici. Si pensi principalmente alle vicende relative al principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.) o alla mancata determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, 2° comma, let. m), quale elemento certamente dotato di una forza unificante.

Tuttavia, ai fini di una nuova riflessione, nel medio periodo, su una riforma costituzionale del Titolo V appare necessaria, *infra alia*, un'analisi del contenzioso costituzionale.

Dalle dinamiche processuali, dai dati quantitativi del contenzioso costituzionale Stato-Regioni e dalla natura di esso possono trarsi elementi utili verso le riforme.

2. Una notazione quantitativa. Il regionalismo *nel* processo costituzionale. Il decremento del giudizio in via principale

Dall'analisi dei dati quantitativi relativi al contenzioso costituzionale, con particolare riferimento al giudizio in via principale, quindi ai rapporti processuali tra Stato e Regioni, emergono indicazioni rilevanti per la forma di Stato.

---

7 Cfr. M. Carli, *Il regionalismo differenziato come sostituto del principio di sussidiarietà*, in *www.federalismi.it*, 2019, 1 ss.

8 A. Piraino, *Regionalismo differenziato: attuazione o cambiamento costituzionale?*, in *www.dirittiregionali.it*, n. 2/2019, 1 ss.

Il processo costituzionale deve essere utilizzato quale sede di verifica delle relazioni dinamiche tra centro e autonomia regionale.

Nel 2024 il totale complessivo delle decisioni della Corte costituzionale è stato pari a 212; un dato assai inferiore al valore medio (329 decisioni) degli ultimi quindici anni (2010-2014).

Le decisioni rese nel giudizio in via principale sono state 59, pari quindi al 27,7% del totale delle decisioni (65,3% giudizio in via incidentale, 0,5% conflitto tra enti, 4,2% conflitto tra poteri dello stato; 2,3% correzione errori materiali).

Tale dato del 27,7% evidenzia un oggettivo e importante decremento del 15,7% rispetto alle 70 del 2023 (30,6% del totale), che a propria volta evidenzia un decremento pari al 16,7% rispetto al 2022 (84 decisioni).

Più in generale si tratta, in via significativa, del dato (27,7%) più basso degli ultimi anni (2022: 31,1%; 2021: 40,6%; 2020: 32,7%; 2019: 32,6%; 2018: 36,1%; 2017: 35,6%; 2016: 35,5%; 2015: 40,9%; 2014: 31,7%; 2013: 45,7%; 2012: 47,5%); si consideri peraltro, come emerge da questi ultimi dati, che negli ultimi quindici anni è stata superata la soglia del 40% in quattro anni e in due annualità (2012 e 2013) si è persino registrata una prevalenza quantitativa del giudizio in via principale su quello incidentale (rispettivamente con il 47,5% e il 45,7%).

Le ragioni di tale complessivo decremento possono essere molteplici, tenuto conto che per i giudizi in via principale, come è stato rilevato nella relazione del Presidente della Corte costituzionale per il 2023, il flusso degli atti di promovimento dipenda certamente da molteplici variabili contingenti: "*l'attività legislativa, maggiore o minore, delle Regioni, le impugnative del Governo, o delle Regioni, l'insorgenza di contrasti di livello costituzionale, le iniziative referendarie*".

Tuttavia, è innegabile, e su questo converrà ragionare, come il calo delle *decisioni* in via principale si colleghi alla drastica riduzione dei *ricorsi* in via principale (rispetto al 2022 vi è stata una riduzione di circa il 50% negli anni successivi).

In questo quadro appare certamente utile rilevare altresì come, a fronte di un dato medio di circa 680 leggi regionali per anno, quanto al piano della produzione normativa, lo Stato abbia impugnato il 10% delle leggi regionali nel 2018, il 12% delle leggi regionali nel 2019, il 14% delle leggi regionali nel 2020 e il 16% delle leggi regionali nel 2021, potendosi osservare un incremento della conflittualità soltanto nel biennio 2020-2021, spiegabile alla luce della emergenza sanitaria che, da una parte, ha accentuato le tensioni tra centro e autonomie, e, dall'altra, ha reso più difficile la operatività (da remoto) degli strumenti di raffreddamento del conflitto, di cui si dirà di seguito.

Si tratta comunque di dati, confermati anche nell'ultimo biennio (2023-2024), largamente inferiori rispetto, ad esempio, al biennio 2011-2012, nel quale è rilevabile un dato di impugnazione delle leggi regionali pari al 17 e

18% circa[9].

Peraltro, tra le decisioni rese nel giudizio in via principale, sono aumentate le decisioni (sentenze e ordinanze) di cessazione della materia del contendere e di estinzione del giudizio.

Nella relazione del Presidente della Corte costituzionale del 2023[10] si spiega questa complessiva traiettoria in modo chiaro: "*tale sensibile decremento del contenzioso tra Stato e Regioni è verosimilmente imputabile ai meccanismi di raccordo politico fra Governo e Regioni che permettono loro di mediare tra le reciproche posizioni e raggiungere punti di composizione. Su questi ultimi non spetta alla Corte intervenire, fermo restando il possibile successivo controllo di costituzionalità in via incidentale che potrebbe avere luogo sulla medesima normativa regionale*".

Tale argomentazione, che richiama in modo espresso i meccanismi di raccordo politico tra Stato e Regioni, si discosta in modo evidente dalle precedenti prospettazioni emerse nelle stesse relazioni del Presidente della Corte costituzionale, che nel 2018 imputava la riduzione del numero dei ricorsi principali all'"*azione chiarificatrice della Corte*" sul contenuto del Titolo V della II parte della Costituzione[11].

In realtà vi è certamente qualcosa di più di un mero assestamento ermeneutico. Il ridimensionamento della conflittualità tra Stato e Regioni non è soltanto merito del diritto giurisprudenziale costituzionale.

In questa prospettiva appare necessario indagare tali meccanismi di raccordo, una dimensione *extra processuale*, che evita il processo o incide sul processo, sulle norme oggetto del giudizio costituzionale e più in generale sulla ricerca del punto di equilibrio tra centro e autonomie, pur in un quadro costituzionale in cui sono carenti le sedi di raccordo per la funzione legislativa esercitata dallo Stato e dalle Regioni.

Ovviamente tali meccanismi di raccordo sono assecondati dalla natura stessa del giudizio costituzionale in via principale e più specificatamente dalla disponibilità dell'azione e con essa dalla scelta politica del ricorso.

---

9 Si vedano in questo senso i dati e l'analisi contenute nella *Relazione sul controllo delle leggi delle Regioni e delle Province autonome* del Gruppo di Lavoro istituito presso il Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie della Presidenza del Consiglio dei Ministri, inviata in data 9.2.2021 ai Presidenti di Regione e al Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome. Per una riflessione sul lavoro del gruppo, da parte di un membro dello stesso, si veda C. TUBERTINI, *Le liti tra Stato e Regioni impegnano 1 sentenza su 2 della Consulta*, in Il Sole24 ore, 6 settembre 2019.

10 Cfr. G. REPETTO, *Cosa succede al contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni*, in www.diariodirittopubblico.it, 2024, 1 ss.

11 Nella relazione del 2018 si legge che la giurisprudenza costituzionale si "*è attestata su principi, che una volta elaborati e consolidati, devono essere semplicemente applicati alle questioni sopravvenute, cosa che senza dubbio ha reso il contenzioso in via principale meno problematico di quanto non sia stato negli ultimi anni che hanno immediatamente seguito la riforma costituzionale*". Cfr. anche R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino, 2020, 116 ss.

3. La disponibilità dell'azione e la politicità del ricorso in via principale

Nel giudizio in via principale è certamente rinvenibile una doppia anima, quella ancorata alla natura *soggettiva* di conflitto di attribuzioni legislative e quella *oggettiva* di controllo di costituzionalità delle leggi[12].

Tale doppia anima genera un'ulteriore tensione, ossia quella tra la *disponibilità* dell'azione da parte di Stato e Regioni e la *indisponibilità* delle attribuzioni costituzionali e con esse dell'assetto competenziale definito dalla Costituzione.

In questa prospettiva, quanto alla prima dimensione evocata, il giudizio costituzionale in via principale si palesa caratterizzato da una spiccata natura discrezionale dell'attivazione e quindi dalla piena disponibilità dell'azione processuale (come si desume letteralmente anche dall'art. 127 Cost. in cui si legge "*può* promuovere"), nella logica stringente, per motivi, del principio della domanda, che conforma il *thema decidendum* del giudizio.

Tale natura si risolve, ad esempio, nella scelta politica, soprattutto da parte dello Stato, di differenziare l'impugnazione (quanto all'*an* del ricorso o ai parametri) anche innanzi a leggi regionali identiche o analoghe[13]; in ogni caso nell'individuazione dei parametri costituzionali; nelle scelte di rinuncia al ricorso e di eventuale accettazione, in senso satisfattivo, della modifica delle disposizioni impugnate (con conseguente decisione della Corte costituzionale di estinzione del giudizio [art. 23 N.I.] o, diversamente, di cessazione della materia del contendere[14]); peraltro un'ulteriore conferma di tale natura può desumersi *a*

12 Cfr. in tal senso G. Volpe, art. 137, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Garanzie costituzionali*, art. 134-139, Roma, 1981, 129 ss.; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 248 ss.; C. Salazar, *Politicità e asimmetria nel giudizio in via principale: un binomio in evoluzione?*, in AA. VV., *I ricorsi in via principale*, Milano, 2011, 112 ss. Da ultimo per una ricostruzione sistematica di questi profili si veda l'opera monografica di B. Liberali, *Un processo bifronte. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Torino, 2022, 31 ss.

13 Cfr. P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale, caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 791 ss.

14 La tipologia di decisione di cessazione della materia del contendere è subordinata da parte della giurisprudenza costituzionale (cfr., ad esempio, Corte cost. n. 137/2004) ad alcune condizioni. In primo luogo deve valutarsi se la normativa sia "*effettivamente sopravvenuta, nel senso di pertinente rispetto all'oggetto del giudizio*". In secondo luogo è necessario "*verificare se lo ius superveniens sia caratterizzato da una effettiva innovatività*" ovvero se dalla disposizione legislativa sopravvenuta sia ricavabile "*una norma sostanzialmente coincidente con quella impugnata nel ricorso*". Inoltre "*si deve accertare il carattere satisfattivo o meno delle censure fatte valete nell'atto introduttivo del giudizio*". Infine anche qualora le pretese del ricorrente risultino soddisfatte dalla modifica normativa è necessario verificare se "*la disposizione oggetto del giudizio abbia ricevuto una qualche attuazione medio tempore*". Cfr. anche Corte cost. n. 117/2020, secondo cui "*per costate orientamento (…) qualora la modifica intervenuta in pendenza del giudizio abbia carattere satisfattivo delle pretese del ricorrente e la norma abrogata non abbia trovato medio tempre applicazione, è pronunciata la cessazione della materia del contendere*". In dottrina cfr. C. Padula, *Riflessioni su interesse al ricorso e cessazione della materia del contendere*, in *www-giurcost.org*., 2024, 1006 ss.; F. Dal Canto, *La Corte e lo ius superveniens*, cit., 11.

contrario dal divieto di acquiescenza, come elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, ossia dalla impossibilità di far derivare da precedenti mancate impugnazioni la rinuncia al ricorso[15].

Più specificatamente il carattere facoltativo e disponibile della scelta di impugnazione emerge in tutta la sua evidenza dalle valutazioni politiche del Consiglio dei Ministri o della Giunta regionale contenute nelle delibere di costituzione in giudizio, per quanto la fase preparatoria sia connotata da una istruttoria tecnica.

È stato affermato in modo puntuale come la Corte costituzionale è come se avesse "inteso tracciare (…) il confine tra *politicità* e *giurisdizionalità* nel giudizio *ex* art. 127 Cost.: poiché le valutazioni alla base della decisione del Governo di adire o non adire la Corte si iscrivono nell'area della discrezionalità politica - sulla quale il giudice delle leggi non può entrare - le sole ragioni che rilevano nel processo sono quelle sottese alle *argomentazioni giuridiche* esplicitate nel ricorso, con riguardo alle norme effettivamente impugnate: *e solo queste*"[16].

Nella giurisprudenza costituzionale si legge, infatti, che il ricorso è "*connotato da un forte grado di discrezionalità politica che le consente (…) la piena disponibilità*"[17], per quanto non siano mancati moniti (inascoltati) rispetto alla coerenza e trasparenza delle scelte impugnatorie[18].

Analogamente la Corte costituzionale prende atto, senza valutare il merito delle censure, della rinuncia e dell'accettazione ai fini dell'estinzione del giudizio[19], anche quando le parti non esplicitino specifiche motivazioni (come quella della inapplicabilità delle norme censurate, della sopravvenuta abrogazione o della modifica parziale[20]).

---

15 In questi termini cfr. Corte cost. n. 117/2020, secondo cui "*la norma impugnata, anche se riproduttiva, in tutto o in parte, di una norma anteriore non impugnata, ha comunque l'effetto di reiterare la lesione da cui deriva l'interesse a ricorrere*". Cfr. anche Corte cost. n. 16/2020; 56/2020; 178/2019; 286/2019; 290/2019.

16 C. Salazar, *Politicità e asimmetria nel giudizio in via principale: un binomio in evoluzione?*, cit., 61.

17 Corte cost. n. 107/2016.

18 Nella stessa sentenza citata (Corte cost. n. 107/2016) si legge che "*l'esercizio dell'impulso giurisdizionale al controllo di legittimità delle leggi finanziarie regionali non può non essere improntato alla assoluta imparzialità, trasparenza e coerenza dei comportamenti di fronte ad analoghe patologiche circostanze caratterizzanti I bilanci degli stessi*"; " *la tutela degli equilibri finanziari dei singoli enti pubblici di cui all'art. 97 Cost. Si riverbera direttamente sulla più generale tutela degli equilibri della finanza pubblica allargata, in relazione ai quali la situazione delle singole amministrazioni assume la veste di fattore determinante degli equilibri stessi*". In questa logica le modalità di impugnazione devono connotarsi quindi in termini di "*assoluta imparzialità, trasparenza e coerenza*"; "*nel suo compito di custode della finanza pubblica allargata lo Stato deve tenere comportamenti imparziali e coerenti per evitare che eventuali patologie nella legislazione e nella gestione dei bilanci da parte delle autonomie territoriali possa riverberarsi in senso negativo sugli equilibri complessivi della finanza pubblica*".

19 Cfr., ad esempio, Corte cost. n. 124/2020.

20 Sulla problematica delle normative sopravvenute, a seguito di contrattazione tra lo Stato e le Regioni, cfr. F. Dal Canto, *La Corte e lo ius superveniens: esplosione e crisi del giudizio costituzionale in via principale*, in www.giurcost.org., 2014, 1 ss., il quale analizza in modo

In ogni caso non può negarsi come sulle dinamiche, anche politiche, del giudizio in via principale insista, quale elemento strutturale, la problematica dell'asimmetria tra Stato e Regioni in relazione ai parametri costituzionali (al netto della giurisprudenza costituzionale espansiva sulla ridondanza[21], che legittima le Regioni a far valere vizi ulteriori rispetto a quelli strettamente competenziali).

Tuttavia, deve essere chiaro come la disponibilità dell'azione processuale non equivalga a disponibilità delle attribuzioni costituzionali, posto che non è configurabile alcuna possibilità di rinunciare "per sempre"[22] alle competenze o di accettare la violazione del riparto di competenze, come è confermato dal suddetto divieto di acquiescenza, corollario della stessa organizzazione costituzionale e della forma di stato[23].

4. La procedimentalizzazione dei meccanismi di raccordo politico

I meccanismi di raccordo politico hanno subito di recente anche un tentativo di procedimentalizzazione.

Dapprima l'obiettivo del contenimento dei ricorsi in via principale, sotto la vigenza del nuovo Titolo V, è stato fattualmente perseguito mediante la prassi dei "tavoli" di concertazione preventiva, dei quali le Regioni potevano richiedere l'attivazione al Dipartimento per gli affari regionali al fine di avviare un confronto con lo Stato prima dell'approvazione delle leggi regionali di particolare complessità.

---

specifico lo strumentario della Corte costituzionale innanzi allo *ius superveniens*: i) rinvio della questione a nuovo ruolo, ii) decisione nel merito, in caso di una valutazione in termini non satisfattivi della modifica o qualora la normativa abbia trovato applicazione *medio tempore*, iii) dichiarazione della cessazione della materia del contendere, in caso di innovazioni sostanziali e satisfattive; iv) dichiarazione di estinzione del giudizio, in caso di rinuncia e accettazione; v) prosecuzione del giudizio e trasferimento d'ufficio della questione dalla disposizione originariamente impugnata alla disposizione sopravvenuta; vi) dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale *ex* art. 27 l. n. 87/1953.

21 M. CECCHETTI, *La "ridondanza" tra mitologia e realtà. Vizi deducibili e legittimazione delle Regioni a difendere le proprie attribuzioni costituzionali contro gli atti legislativi dello Stato*, in AA. VV., *I ricorsi*, cit., 279.

22 B. LIBERALI, *Un processo bifronte. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, cit., 373, secondo cui "piena disponibilità nell'attivazione del giudizio in via principale e del conflitto di attribuzione e, dunque, piena disponibilità nella scelta sul se, quando e come tutelare le proprie attribuzioni costituzionali si accompagnano necessariamente e inscindibilmente alla indisponibilità di queste stesse attribuzioni, la cui difesa potrà essere esercitata sì in tempi e modi differenti ma mai rinunciata *per sempre*, cristallizzando per il futuro scelte che devono restare discrezionali".

23 Cfr. G. VOLPE, *Art. 137*, cit., 363, secondo cui il divieto di applicazione della acquiescenza al processo costituzionale manifesta come si sia "inteso dare preminenza alla componente politica della gestione della contesa e della scelta di impugnare; in particolare negando l'applicabilità dell'acquiescenza, si riconosce implicitamente allo Stato e alle Regioni una più ampia libertà nella scelta del momento e dell'occasione per intraprendere l'azione giurisdizionale contro un determinato complesso di leggi e riaprire in qualche misura la discussione su competenze legislative che appaiono già definite".

Nel 2023 è stata pubblicata in fl*Gazzetta Ufficiale*, in una logica di rafforzamento sistemico della concertazione, la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri avente ad oggetto "*Esame delle leggi delle regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e delle questioni di legittimità costituzionale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 127 della Costituzione. Razionalizzazione dell'attività istruttoria del Governo*", adottata con l'obiettivo di disciplinare la procedura di esame da parte degli apparati ministeriali delle leggi regionali (e delle province autonome) al fine di ridurre il contenzioso e di promuovere "forme di collaborazione" fra Stato e Regioni.

Tale direttiva, pur problematica sotto il profilo sistemico della collocazione nel sistema delle fonti, essendo stata adottata in assenza di una norma legislativa attributiva, si fonda proprio sulla constatazione dell'aumento progressivo delle pronunce della Corte costituzionale che dispongono, a seguito di negoziazioni tra lo Stato e le Regioni, la cessazione della materia del contendere o l'estinzione del processo a seguito di rinuncia al ricorso da parte dello Stato, preso atto della decisione delle Regioni di abrogare o modificare - in pendenza del giudizio - le disposizioni impugnate.

La direttiva si muove quindi nel solco della ricerca di forme di potenziamento del raccordo, in applicazione del principio generale di leale collaborazione, al fine di consentire "*un confronto politico*" fra tali enti, destinato all'individuazione di "*soluzioni conciliative*" che vengono ad avere la forma di "*un impegno*", da parte della regione "*ad apportare le modifiche normative necessarie a ricondurre la legislazione regionale a conformità con il quadro costituzionale*", in tempi ragionevoli al fine di evitare la produzione di "*effetti non conformi con il quadro costituzionale*".

Più specificatamente la direttiva delinea dunque una "procedura di valutazione" delle leggi regionali (e provinciali), strutturata in tre fasi, secondo una rigida scansione temporale[24]:

1) una prima fase rimessa all'ufficio legislativo del Ministero competente per materia (che esprime parere sulla necessità o meno di impugnare la legge regionale);

2) una seconda fase, di confronto con le Regioni e di preparazione della deliberazione del Consiglio dei ministri, rimessa al Dipartimento per gli affari regionali;

3) una terza fase di esercizio del potere da parte del Consiglio dei ministri.

---

24 Per una analisi puntuale della Direttiva cfr. F. POLITI, *La direttiva sulla razionalizzazione della procedura governativa di esame delle leggi regionali. Prime considerazioni*, in www.associazionedeicostituzionalisti, 11/2023, 1 ss; G. AVERSENTE, *L'attività istruttoria del Governo nel controllo di legittimità costituzionale delle leggi regionali: la nuova "direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 23 ottobre 2023"*, in www.osservatoriosullefonti, 3/2023, 1 ss.; F.G. CUTTAIA, *La Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 ottobre 2023: un'iniziativa per l'ulteriore rafforzamento della leale collaborazione tra lo Stato e le Regioni*, in www.federalismi.it, 2023, 21 ss.

Da tale procedimento[25] emerge certamente una sorta di *favor* per una "*terza opzione (fra impugnativa o meno della legge regionale) cui è assegnata (laddove vi sia impegno della regione) una posizione preferenziale rispetto all'impugnativa (che invece viene ad assumere la qualifica di extrema ratio)*"[26], con l'eventuale adozione di un accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni (ai sensi dell'art. 4 del d. lgs. n. 281 del 1997), avente ad oggetto la disciplina delle modalità per l'assunzione dell'impegno da parte delle Regioni e delle Province autonome.

L'ultima parte della direttiva prevede in capo al Dipartimento per gli affari regionali il compito di svolgere l'attività di "monitoraggio" del rispetto da parte delle Regioni dell'impegno assunto; in questa logica il Dipartimento deve acquisire dalle Regioni gli aggiornamenti in merito al rispetto dell'impegno assunto e il Ministro per gli affari regionali deve riferire semestralmente al Consiglio dei ministri sull'attuazione degli impegni assunti dalle Regioni e dalle province autonome; spetta allo stesso Dipartimento affari regionali acquisire dalle Regioni la dichiarazione relativa alla mancata applicazione *medio tempore* delle disposizioni impugnate.

---

25 1) In primo luogo, si prevede che la legge regionale, quando pubblicata nel Bollettino Ufficiale della Regione, sia trasmessa dal Dipartimento per gli affari regionali all'ufficio legislativo del ministro competente. Entro i successivi trenta giorni ("salvo il diverso termine indicato dallo stesso Dipartimento"), l'ufficio legislativo interpellato fa pervenire al Dipartimento affari regionali il proprio parere, con l'eventuale proposta di impugnazione. Tale parere (c.d. "nota ministeriale"), se recante una proposta di impugnazione della legge regionale deve indicare: i) gli elementi costitutivi della questione di costituzionalità (oggetto; parametri di legittimità; i motivi dell'impugnazione; il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento); ii) le soluzioni legislative idonee a fare venire meno le censure di incostituzionalità.

La direttiva specifica anche il contenuto della "nota ministeriale": *a)* indicazioni dei requisiti previsti dalla legge (art. 23, primo comma, della legge n. 87 del 1953) e dalla giurisprudenza costituzionale (che esige che i predetti requisiti siano contenuti, a pena di inammissibilità, già nella relazione ministeriale allegata alla delibera del Consiglio dei ministri che promuove l'impugnativa della legge regionale); b) "*indicazione di soluzioni legislative idonee a fare venire meno le censure di costituzionalità*".

2) Il confronto con la regione (o con la provincia autonoma) interessata, quando la nota ministeriale rilevi un contrasto della legge regionale con parametri costituzionali, costituisce la seconda fase della procedura, gestita dal Dipartimento affari regionali che trasmette alla regione il parere e che formula le richieste di chiarimento ritenute necessarie. Le "controdeduzioni" della regione (o provincia autonoma) sono valutate, con le amministrazioni competenti, dal Dipartimento affari regionali che provvede anche a comunicare all'Avvocatura dello Stato le disposizioni oggetto di possibile impugnazione, con l'indicazione dei relativi parametri.

3) La terza fase è costituita dalla proposta di impugnazione o di non impugnazione della legge regionale o provinciale; tale proposta è sottoposta all'esame del Consiglio dei ministri, almeno sette giorni prima della scadenza del termine di sessanta giorni ex art. 127 Cost. e la proposta del Ministro per gli affari regionali è inviata il giorno precedente lo svolgimento del Consiglio dei ministri; nel caso in cui la regione (o la provincia autonoma) interessata si sia impegnata, in conformità al rispettivo ordinamento, all'abrogazione o alla modifica delle disposizioni legislative regionali ritenute in contrasto con la Costituzione, viene sottoposta all'esame del Consiglio dei ministri la "*proposta di non impugnazione*".

26 F. Politi, *La direttiva sulla razionalizzazione della procedura governativa di esame delle leggi regionali. Prime considerazioni*, cit., 2.

Si tratta evidentemente di un tentativo di razionalizzazione, i cui esiti applicativi potranno essere analizzati in modo serio soltanto nel medio periodo.

Tuttavia, ad oggi appaiono necessarie delle osservazioni più generali sulla natura di tale "contrattazione di legittimità".

5. Una notazione sistemica. Le distorsioni costituzionali della "contrattazione di legittimità"

Non vi è dubbio, come sopra detto, che la "*contestazione* di legittimità" abbia trovato nella "*contrattazione* di legittimità"[27] un argine.

Il contenzioso costituzionale si è trasformato così, caso per caso, nel principale strumento di dialettica tra Stato e Regioni, attraverso un uso "*tattico*" o "*strategico*"[28] del ricorso e quindi del processo costituzionale, ai fini negoziali e di mediazione.

Si tratta però di una dimensione problematica, sotto molteplici profili.

In primo luogo, il fenomeno della contrattazione, che sembrava archiviato dopo la riforma del Titolo V e il superamento dell'istituto del ricorso preventivo, "*presenta tutta la sua gravità*"[29] specialmente se esaminato sotto il versante dei ricorsi promossi da parte del Governo, essendo meno frequente l'ipotesi del ricorso regionale ai fini della contrattazione.

La contrattazione, come anticipato, si risolve o nella non attivazione del giudizio o in una successiva cessazione della materia del contendere, a seguito dello *ius superveniens* (quindi più spesso nella modifica della normativa regionale), della mancata applicazione della normativa regionale (anticipatoria di una modifica), della risoluzione in sede di Conferenza Stato-Regioni della controversia; peraltro, la politicità della negoziazione emerge in modo ancora più evidente in quei casi in cui il mutamento delle maggioranze politiche inverte l'indirizzo rispetto alle precedenti richieste di adeguamento della normativa.

Tale prassi eleva a fisiologia ciò che è patologico per il sistema costituzionale[30].

Si tratta di una prassi certamente distorsiva del quadro costituzionale, per quanto non si risolva in un'usurpazione o in uno sconfinamento permanente, vista l'indisponibilità costituzionale delle competenze.

---

27 Qui si richiamano le categorie costituzionali di G. FALCON, *Contestazione e contrattazione di legittimità, Aspetti di prassi e spunti ricostruttivi per l'applicazione dell'art. 127 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 541 ss.

28 Così E. GIANFRANCESCO, *Il giudizio in via principale oggi: prevenire è meglio che reprimere. Sì ma come?,* in www.ipof.it, 2013, 6.

29 A. SPADARO, *La pericolosa anomalia della "contrattazione" Stato-Regioni: una storia senza fine*…, in www.federalismi.it, 2013, 4. Sulle criticità della contrattazione cfr. anche A. STERPA, *La pericolosa anomalia della contrattazione Stato-Regioni, Una storia senza fine*, in www.federalismi.it, 2013, 1 ss.; A. STERPA, *Negoziare le leggi. Quando Stato e Regioni fanno a meno della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2011, 1 ss.

30 A. SPADARO, *La pericolosa anomalia della "contrattazione" Stato-Regioni: una storia senza fine*…, in www.federalismi.it, 2013, 8.

Non può negarsi come il giudizio costituzionale in via principale presupponga un riparto di competenze legislative (art. 117 Cost.) e più specificatamente l'esercizio di funzioni legislative, il cui coordinamento, al di là dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale per risolvere il caso concreto (trasversalità, criterio di prevalenza, chiamata in sussidiarietà, ecc.), dovrebbe essere affidato a istituti e sedi disciplinate espressamente dalla Costituzione.

Attualmente assistiamo, invece, a un'attività di mediazione impropria, condotta in modo poco trasparente da pochi funzionari amministrativi, risultando del tutto inadeguata, sotto il profilo della legittimazione di tale prassi, la suddetta direttiva del 2023, come sopra argomentato.

Tale mediazione genera spesso la produzione normativa di atti "complessi"[31] o duali (*rectius*, atti normativi concordati), anche nelle materie di competenze residuale regionale (art. 117, 4° comma, Cost.) o nelle materie di competenza concorrente, quanto alla normativa di dettaglio (art. 117, 3° comma, Cost.).

È evidente come risulti compromessa la stessa *rigidità* della Costituzione, rispetto alla quale rimane comunque fermo il baluardo del giudizio costituzionale in via incidentale e lo specifico ruolo del giudice amministrativo, quale giudice *a quo*, vista la contiguità materiale tra competenze legislative regionali (art. 117 Cost.) e giurisdizione amministrativa (art. 103 Cost., artt. 7 e 133 c.p.a.)[32].

---

31 A. SPADARO, *La pericolosa anomalia della "contrattazione" Stato-Regioni: una storia senza fine*…, cit., 10.

32 N. PIGNATELLI, *Le "interazioni" tra processo costituzionale in via incidentale e processo amministrativo*, Torino, 2012, cit. Da una analisi delle pronunce della Corte costituzionale rese su questioni sollevate dai Tribunali amministrativi regionali emerge chiaramente come il giudice amministrativo eserciti uno scrutinio assai frequente (verrebbe da dire prevalente) sulla legittimità costituzionale della *legge regionale*. Infatti gli atti impugnati dinanzi al giudice amministrativo sono spesso regolati dalla legge regionale sul presupposto che l'*ordinamento amministrativo*, diversamente da quello civile e penale, non rientra nella sfera di competenza esclusiva dello Stato come disposto dall'art. 117, 2° comma, let. l, Cost. Già prima della riforma del Titolo V erano individuabili delle materie nelle quali era riconosciuta alla Regione una competenza concorrente nella disciplina della organizzazione amministrativa e nella definizione dei procedimenti amministrativi; nel vecchio art. 117, 1° comma, Cost. si faceva riferimento, ad esempio, all'ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione, all'urbanistica, alle cave e torbiere, alle tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale, ai lavori pubblici di interesse regionale. A maggior ragione, dopo la modifica costituzionale del Titolo V sono riconducibili nell'alveo di competenza residuale delle Regioni (art. 117, 4° comma, Cost.) le materie dei lavori pubblici, dell'industria, del commercio, dell'organizzazione dei servizi pubblici; tale competenza si affianca alla potestà legislativa concorrente (art. 117, 3° comma, Cost.) in materie come quelle della tutela della salute, del governo del territorio, delle grandi reti di trasporto e di navigazione, della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia. Tra l'altro al di fuori della giurisdizione amministrativa generale (radicata intorno alla sussistenza di un interesse legittimo dinanzi all'esercizio di un potere pubblico, frequentemente disciplinato -soltanto o anche- da una legge regionale), un riscontro ulteriore sulla probabile applicabilità delle norme regionali può derivare dalla affinità riscontrabile tra le materie sopra citate e quelle elencate nell'art. 133 c.p.a, che definiscono l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Certamente il *nomen* "materia" per la giurisdizione esclusiva ha un significato diverso da quello

Le distorsioni sono ancor più evidenti nelle ipotesi in cui la contrattazione preceda l'approvazione della legge regionale, attraverso una sottoposizione preventiva da parte delle Regioni del disegno di legge al Governo.

Dalla stessa giurisprudenza costituzionale emerge, al di là di qualche valorizzazione dell'opportunità di un "*incontro di volontà*"[33], un rifiuto verso la contrattazione di legittimità[34], proprio sul presupposto sistemico che "*né lo Stato né le Regioni possono pretendere, al di fuori delle procedure previste da disposizioni costituzionali, di risolvere direttamente gli eventuali conflitti tra i rispettivi atti legislativi per il tramite*

---

che emerge nell'art. 117 Cost., dove si designa un complesso tendenzialmente organico; nel contesto della giurisdizione esclusiva le disposizioni legislative non sono invece omogenee e fanno uso di un concetto non uniforme di "materia", alcune volte rispetto a istituti generali (pubblici servizi), alcune volte rispetto a istituti particolari (tutela del diritto di accesso), altre volte ancora rispetto a singoli procedimenti. Tuttavia possono scorgersi delle sovrapposizioni tra il contenuto dell'art. 117 Cost. e l'art. 133 .p.a. nella parte in cui quest'ultimo si riferisce, ad esempio, ai pubblici servizi (ivi compresi quelli afferenti ai trasporti, alle telecomunicazioni) all' urbanistica, all'edilizia. Posta allora la *naturale applicabilità delle norme regionali nel processo amministrativo* e quindi la probabilità che una questione di costituzionalità sollevata dal giudice amministrativo verta su tali norme, si tratta di capire quali parametri costituzionali siano invocati nelle ordinanze di rinvio. Possono essere individuate a tal proposito tre "classi". La prima, quantitativamente significativa, che si risolve nell'uso dell'art. 117 Cost. ed attiene in modo specifico al rapporto, di cui si è detto, tra autonomia e decentramento; la seconda, legata qualitativamente alla prima, che si risolve nell'uso degli statuti regionali; la terza, in cui sono riconducibili tutti i parametri diversi dalle prime due classi. Sembra significativo come l'uso del solo parametro rappresentato dall'art. 117 Cost. sia più frequente dell'uso di tutti gli altri parametri costituzionali della terza classe (tra i quali si ricorda il combinato disposto dell'art. 3 e dell'art. 97 Cost.). I Tar esprimono una sorta di inclinazione a sindacare il *vizio di incompetenza* della legge regionale, mostrando probabilmente una sorta di attitudine logico-argomentativa, più in generale culturale, a maneggiare uno strumentario (anche retorico) assai vicino a quello del proprio processo, in cui sono chiamati a sindacare -tra gli altri- il vizio di incompetenza dell'atto amministrativo. Lo scrutinio di costituzionalità, nel suo momento di attivazione, subisce il peso culturale del processo impugnatorio e delle sue categorie (anche sostanziali). Sembra tra l'altro di poter dire che la funzione di "portiere" esercitata in tal senso dai Tar possa risultare in taluni casi decisiva (soprattutto in alcuni settori come quello dell'urbanistica e dell'edilizia) ai fini dello scrutinio dell'attività legislativa regionale, rappresentando nella logica generale del controllo di costituzionalità delle leggi uno strumento "sussidiario" e "complementare" all'uso discrezionale e politico che il Governo fa del giudizio in via d'azione. Proprio a proposito dei rapporti tra giudizio incidentale e giudizio in via d'azione si era sostenuto in dottrina (G. FALCON, *Riforma titolo V*, cit., 102) che il venir meno del controllo preventivo della legge regionale avrebbe generato un riflesso sui giudici amministrativi: si metteva in evidenza come il nuovo sistema avrebbe indotto il Governo a limitare le impugnazioni ad una misura inferiore, sul presupposto che lo Stato non sarebbe stato più corresponsabile della legge regionale. Allora, venuto meno il filtro preventivo, sarebbero diventate più frequenti le censure di illegittimità costituzionale delle leggi regionali prospettate nell'occasione dell'impugnazione di atti applicativi. In realtà, a noi pare che la cultura processuale del giudice amministrativo lo abbia portato anche prima della modifica del Titolo V ad esercitare un controllo (di competenza) sulle leggi regionali, non potendo rilevarsi una discrasia tra il periodo precedente e quello successivo alla l. cost. 3/2001; in questa logica può parlarsi di una sussidiarietà del giudizio in via incidentale non certamente limitata ad una sola fase storica. Più in generale la Corte costituzionale ha affermato chiaramente come "è sufficiente rammentare l'orientamento (…) secondo il quale il fatto che il Governo ometta di rilevare un vizio di legittimità costituzionale nel corso del procedimento di formazione di una legge regionale, ancorché costituisca situazione che lo stesso Governo dovrebbe in ogni caso

di proprie disposizioni di legge"[35]. La Corte costituzionale ha affermato chiaramente che gli accordi tra Stato e Regioni non possono "*modificare l'ordine costituzionale delle competenze*"[36], come d'altronde affermato anche prima della riforma costituzionale del Titolo V[37].

Tuttavia la dottrina ha osservato come la Corte costituzionale, al di là delle affermazioni di principio, abbia mostrato una "propensione ad accrescere lo spazio delle parti di gestione del conflitto costituzionale, questa volta in coerenza con la natura dispositiva del processo in via principale, ma talora schiacciando eccessivamente il processo in via d'azione sugli orientamenti contingenti manifestati dai soggetti in lite, con la conseguente sottovalutazione delle ragioni oggettive della legalità costituzionale"[38].

In secondo luogo, in una prospettiva più specifica, è evidente la difficile qualificazione degli impegni a modificare la legge regionale assunti dal Presidente della Regione, non essendo individuabili effettive garanzie del rispetto del riparto costituzionale delle competenze anche all'interno dei relativi "tavoli di concertazione", in cui sembra consumarsi uno spazio decisionale interamente politico con il "*rischio di trattamenti differenziati e di tacite deroghe alla Costituzione*"[39]; peraltro si tratta, in una prospettiva ulteriormente critica, di impegni dei Presidenti delle Giunte regionali (in una logica di contrattazione tra esecutivi) che dovrebbero obbligare un organo terzo[40], invadendone le competenza, ossia il Consiglio regionale, titolare della funzione legislativa.

Più in generale il sistema di contrattazione, ponendosi nell'alveo delle convenzioni costituzionali insuscettibili di coercizione[41], svela tutta la sua debolezza, posto che l'inadempimento della controparte non potrebbe far rivivere il potere di impugnazione, in elusione dei termini decadenziali per l'attivazione del giudizio; in questa logica la Corte costituzionale, dichiarando inammissibile un ricorso governativo presentato fuori termine, ha affermato in modo solare

---

evitare, non preclude, comunque, che quello *stesso vizio* possa essere successivamente fatto valere *nei modi e nei termini propri del procedimento in via incidentale*".

33 Cfr. Corte cost. n. 307/2009; 63/2010; 14/2010; 89/2011.

34 Cfr. Corte cost. n. 272/2009; 163/2011. Su questa giurisprudenza si veda l'analisi di A. Sterpa, *"Negoziare le leggi"; quando Stato e Regioni fanno a meno della Corte costituzionale*, in AA. VV., *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012, 159 ss.

35 Cfr. Corte cost. n. 237/2009.

36 Corte cost. n. 63/2006.

37 Corte cost. n. 126/1996, secondo cui "*l'ordine costituzionale delle competenze, infatti, essendo indisponibile, non può dipendere da accordi*".

38 F. Dal Canto, *La Corte e lo ius superveniens*, cit., 35; B. Randazzo, *La "manutenzione" del giudizio in via principale*, in AA. VV., *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, 2012, 163 ss.

39 F. Politi, *La direttiva sulla razionalizzazione della procedura goverrntaiva di esame delle leggi regionali. Prime considerazioni*, cit., 2.

40 A. Sterpa, *La pericolosa anomalia della contrattazione Stato-Regioni, Una storia senza fine*, in www.federalismi.it, 2013, 15.

41 G.U. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972, *passim*.

che "*in mancanza di disposizioni che consentano di attribuire rilevanza sul piano costituzionale ad eventuali accordi normativi diretti a determinare il contenuto di testi legislativi*"[42].

In questa logica quindi, riconoscendo la Costituzione specifici istituti (art. 127 Cost.) attraverso i quali far valere le violazioni della Costituzione da parte del legislatore statale e dei legislatori regionali, "*né lo Stato né le Regioni possono pretendere, al di fuori delle procedure previste da disposizioni costituzionali, di risolvere direttamente gli eventuali conflitti tra i rispettivi atti legislativi tramite proprie disposizioni di legge*"[43].

6. Una notazione finale sulle riforme costituzionali, ancora necessarie

La pericolosità dell'uso ideologico del regionalismo impone di tornare a ricercare il punto di equilibrio tra unità e differenziazione, soprattutto nella fase di esercizio delle funzioni legislative, attraverso una nuova riflessione sulle riforme costituzionali, al fine di non lasciare al mero raccordo politico, regolato da fonti di problematica legittimità (come la direttiva del 2023), la dialettica Stato-Regioni.

Pizzorusso ha sempre sostenuto, in sintesi, che la differenziazione è un esito ineludibile del regionalismo, per quanto il vero problema rimanga quello dell'individuazione dei limiti[44] e degli strumenti costituzionali.

In primo luogo rimane ferma l'esigenza di una *Camera delle autonomie*, che garantisca la partecipazione delle Regioni ai processi decisionali e alla funzione legislativa; soltanto il superamento del bicameralismo paritario e la creazione di una seconda Camera può generare la sede istituzionale di sintesi tra unità ed autonomia; la stessa Corte costituzionale ha affermato in modo espresso la "*perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari*"[45] e quindi la carenza di un meccanismo di collaborazione legislativa, attraverso il quale canalizzare in uno dei due rami del Parlamento la dialettica Stato-Regioni.

---

42 Cfr. Corte cost. n. 160/2009, su cui E. Gianfrancesco, *Il giudizio in via principale oggi: prevenire è meglio che reprimere. Sì ma come?,* 13. In senso analogo cfr. Corte cost. n. 401/2007; 222/2008.

43 Corte cost. n. 198/2004, che afferma altresì come "*l'esercizio delle competenze legislative da parte dello Stato e delle Regioni, secondo le regole costituzionali di riparto delle competenze, contribuisca a produrre un unitario ordinamento giuridico, nel quale certo non si esclude l'esistenza di una possibile dialettica fra i diversi livelli legislativi, anche con la eventualità di parziali sovrapposizioni fra leggi statali e regionali, che possono trovare soluzione mediante il promuovimento della questione di legittimità costituzionale (…), secondo le scelte affidate alla discrezionalità degli organi politici statali e regionali*"; tuttavia ciò che "*è implicitamente escluso dal sistema costituzionale è che il legislatore regionale (così come il legislatore statale rispetto alle leggi regionali) utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge dello Stato che ritenga costituzionalmente illegittima, se non addirittura solo dannosa o inopportuna, anzichè agire in giudizio (…) ai sensi dell'art. 127 Cost.*"

44 Più di recente cfr. R. Bifulco, *Differenziazione e asimmetrie nella teoria federale contemporanea*, in *www.dirittiregionali.it*, n. 1/2020, 139 ss.

45 Corte cost. n. 6/2004; cfr. anche Corte cost. n. 7/2016.

La trasformazione di una Camera in senso rappresentativo delle Regioni inciderebbe certamente sul contenzioso costituzionale e specificatamente sui giudizi attivati dalle Regioni, alla luce della partecipazione di queste ultime alla formazione degli atti legislativi; peraltro "*indirettamente un effetto positivo di mitigazione della conflittualità si avrebbe anche sul contenzioso promosso dallo Stato nei confronti delle leggi regionali, se non altro perché alle scelte politiche contenute nelle leggi statali a vario titolo incidenti nelle competenze regionali avrebbero modo di partecipare i rappresentanti delle Regioni stesse*"[46].

Più volte anche i Presidenti della Corte costituzionale, nelle relazioni annuali, hanno auspicato il potenziamento degli strumenti di composizione preventiva dei conflitti Stato-Regioni (si veda, in via esemplificativa, la Relazione del Presidente Silvestri sulla giurisprudenza costituzionale del 2013).

Non pare, invece, risolutivo il tema dell'attuazione dell'art. 11 l. cost. n. 3/2001, relativo al ruolo della Commissione parlamentare integrata per le questioni regionali[47].

In secondo luogo, e in ogni caso, le vicende sopra richiamate dimostrano anche l'inadeguatezza dell'attuale disciplina della *Conferenza Stato-Regioni*[48]. Si dovrà tornare a riflettere non soltanto sull'opzione della costituzionalizzazione di tale organo ma anche sul superamento di alcuni evidenti limiti funzionali, relativi alla poca trasparenza dell'attività, alla scarsa procedimentalizzazione, alla debolezza delle Assemblee legislative rispetto agli Esecutivi, alla debolezza giuridica delle intese.

Più in generale può quindi dirsi che il *principio di leale collaborazione* necessita di una svolta[49].

Nell'attuale quadro costituzionale risulta soltanto evocato nell'art. 120 Cost. e comunque di natura debole, perché di matrice giurisprudenziale.

Peraltro, nella giurisprudenza costituzionale è stato utilizzato, come noto, prevalentemente in relazione alle funzioni amministrative, essendo del tutto eccezionali e isolati i casi in cui tale principio ha assunto un rilievo rispetto alle

---

46 E. Gianfrancesco, *Il giudizio in via principale oggi: prevenire è meglio che reprimere. Sì ma come?,* 15.

47 E. Gianfrancesco, *Problemi connessi all'attuazione dell'art. 11 l. cost. n. 3/2001*, in *Rass. parl.*, 2004.

48 Cfr. sul tema A. Paiano, *Forme di raccordo fra Stato e autonomie territoriali: il principio di leale collaborazione e il sistema delle Conferenze*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020.

49 E. Gianfrancesco, *Il giudizio in via principale oggi: prevenire è meglio che reprimere. Sì ma come?,* cit., 25 evoca, invece, il principio di leale collaborazione al fine di inquadrare i rapporti Stato-Regioni in fase di contrattazione di legittimità: "il principio di leale collaborazione non va confinato, quindi, nell'ambito dei rapporti fisiologici tra Stato e Regioni. Esso può estendersi alla configurazione delle complesse vicende che ruotano attorno all'impugnazione della legge statale o regionale, con le finalità - entrambe apprezzabili – di consentire una più semplice soluzione delle questioni di costituzionalità ad opera della Corte, grazie alla linearità della questione per come è venuta a formarsi o anche -ed il risultato ottimale- di prevenire la soluzione giudiziale a favore di una definizione consensuale e transattiva della controversia".

funzioni legislative[50]; è stato peraltro utilizzato principalmente come limite alle chiamate in sussidiarietà dello Stato, divenendo così una sorta di strumento compensativo legittimante paradossalmente la erosione di competenze regionali.

Oggi il principio di leale collaborazione necessita di essere elevato, invece, a principio *organizzativo* e *non* meramente *funzionale*, per quanto indispensabile anche sotto quest'ultimo profilo come metodo di raccordo tra i livelli di governo[51].

Soltanto in questa prospettiva potrà trovare soddisfazione il bisogno costituzionale, emerso anche nell'emergenza in modo dirompente, di individuare elementi unificanti anche per la tutela dei diritti fondamentali.

In conclusione, è davvero necessario tornarsi a chiedere "quale è lo Stato delle Regioni"[52] o più semplicemente "dove si va?"[53], tenendo in considerazione quanto emerge dal processo costituzionale o intorno al processo costituzionale.

50 Cfr. Corte cost. n. 251/2016.

51 F. Severa, *Sui raccordi tra livelli di governo in tempi di emergenza*, in *www.biodiritto.org*, marzo 2020, 1 ss.

52 F. Cortese, *Qual è lo Stato delle Regioni?*, in Le Regioni, n. 1/2019, 1 ss.

53 R. Bin, *Le Regioni dopo le elezioni: dove si va?*, in *www.lacostituzione.info*, 2020, 1 ss.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

MARIA CRISTINA CAVALLARO
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

L'ART. 125 DELLA COSTITUZIONE E LE RAGIONI DI UNA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PRESSO OGNI REGIONE

ART. 125 OF THE CONSTITUTION AND THE REASONS FOR ADMINISTRATIVE JUSTICE IN EACH REGION

SINTESI

Il lavoro intende analizzare le ragioni della previsione costituzionale contenuta all'art. 125 Cost., secondo cui «Nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica», per verificare se, e in che misura, l'istituzione di "organi di giustizia amministrativa di primo grado" presso ogni Regione costituisca un completamento del disegno costituzionale sul regionalismo, anche in funzione di una maggiore tutela dei diritti.

ABSTRACT

The paper intends to analyze the reasons for the constitutional provision contained in art. 125 of the Constitution, according to which "Administrative justice bodies of first instance shall be established in the Region, in accordance with the legal system established by the law of the Republic", to verify whether, and to what extent, the establishment of "administrative justice bodies of first instance" in each Region constitutes a completion of the constitutional framework on regionalism, also aimed at ensuring greater protection of rights.

PAROLE CHIAVE: regioni, giustizia amministrativa, tutela dei diritti.

KEY WORDS: regions, administrative justice, rights protection.

INDICE: 1. La giustizia amministrativa nel Titolo V della Costituzione – 2. L'istituzione dei Tar e l'interpretazione dell'art. 125 Cost. nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa: il principio di distribuzione territoriale e il doppio grado di giudizio – 3. La perdurante attualità dell'art. 125 Cost.: dalla territorialità all'effettività della tutela.

1. La giustizia amministrativa nel Titolo V della Costituzione

L'art. 125 Cost., al secondo comma, prevede l'istituzione, presso ogni Regione, di «organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica»: nella sua originaria formulazione, la disposizione al primo comma prevedeva il controllo di legittimità sugli atti amministrativi della Regione, che doveva essere esercitato «in forma decentrata, da un organo dello Stato, nei modi e nei limiti stabiliti da leggi della Repubbli-

ca», aggiungendo la possibilità di una richiesta motivata di «riesame della deliberazione da parte del Consiglio regionale».

Com'è noto, la riforma del Titolo V della Carta costituzionale, avvenuta con la legge costituzionale n. 3 del 2001, ha abrogato le disposizioni costituzionali in materia di controllo (e dunque anche l'art. 130 Cost. relativo al controllo di legittimità sugli atti delle Province, dei Comuni e degli altri enti locali, affidato a organi della Regione), mantenendo necessariamente salva la previsione contenuta al secondo comma.

A un primo sguardo, i commi appena richiamati potrebbero apparire tra loro slegati. O, più verosimilmente, la previsione di organi di giustizia amministrativa di primo grado all'interno del Titolo V della Costituzione, dedicato e Regioni, Province e Comuni, potrebbe apparire un 'fuor d'opera', frutto di una imprecisione del costituente: che avrebbe dovuto più correttamente disporne la collocazione all'interno della Sezione III del Titolo III, dedicata agli organi ausiliari del Governo (ove sono definite le funzioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, art. 100 Cost.), ovvero all'interno del successivo Titolo IV, dedicato alla Magistratura. Eppure, tale lettura non appare convincente, perché tende a sottovalutare un legame e una armonia della versione originaria dell'art. 125 Cost., in sé considerata e nel contesto del Titolo V, che invece merita di essere apprezzata.

Nel tentativo di comprendere quali siano state le ragioni della scelta del costituente e quale significato ha assunto negli anni, e assume oggi, la previsione in commento può essere utile svolgere qualche considerazione ulteriore.

Se si guardano i lavori preparatori dell'Assemblea costituente, con riferimento al Titolo V, emerge con una certa evidenza l'intento di disegnare uno Stato unitario, bilanciato dalla volontà di garantire il decentramento delle funzioni, attraverso l'articolazione delle strutture amministrative delle Regioni a statuto ordinario. L'esigenza, che affiora dalla discussione svolta in Assemblea costituente, è quella di assicurare un giusto equilibrio tra l'affermazione del principio autonomistico degli enti territoriali e il rischio di spinte centrifughe delle stesse autonomie.

Ciò che colpisce, come sempre, è la capacità del costituente di proiettare lo sguardo in avanti, riuscendo a immaginare un modello regionale, articolato in Regioni a statuto speciale e Regioni a statuto ordinario, che avrebbe preso forma a distanza di oltre vent'anni, con l'elezione dei primi Consigli regionali nel 1970[1], ma capace di interpretare sin da subito la ricchezza e la portata del

1 L'*iter* per arrivare alla formazione delle Regioni com'è noto è stato abbastanza articolato: per una ricostruzione storica v. S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Volume I, Milano, 2012. V. anche R. BIFULCO, *Art. 5*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, che mette in evidenza da un lato la creazione *ex novo* dell'ente regionale, dall'altro i precedenti storici del decentramento amministrativo. In ottica comparata, P. BILANCIA, *Stato unitario accentrato, decentrato, federale: dalle diverse origini storiche alla confluenza dei modelli,* in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2005. Quanto al dibattito costituente, V. Falzone, F. Palermo, F.

disegno pluralista della Costituzione.

Con più specifico riferimento all'art. 125 Cost. la discussione in Assemblea per vero è quasi interamente dedicata al tema dei controlli.

La disciplina sul controllo dello Stato sugli atti delle Regioni trova il suo punto di equilibrio nella previsione di un controllo di sola legittimità, che tuttavia non avrebbe poi precluso la via per l'impugnazione dell'atto, in virtù del principio di giustiziabilità degli atti amministrativi.

In altre parole, gli organi dello Stato avrebbero limitato la propria funzione di controllo, in sede decentrata, alla verifica della conformità degli atti delle regioni alla legge[2]; ma, in ogni caso, l'esito del controllo non avrebbe limitato l'accesso alla tutela in sede giurisdizionale, in virtù della previsione contenuta nell'art. 113 Cost., secondo cui «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa»[3]. Per altro verso, il timore che un controllo dello Stato potesse tradursi in una compressione del principio autonomistico ha indotto il costituente a limitare le forme del controllo di merito, sicuramente più invasivo e penetrante, ammettendo la sola ipotesi di richiesta di riesame e nei casi previsti dalla legge.

Il quadro che ne viene fuori consolida il ruolo delle Regioni quali soggetti politici, muniti di potestà legislativa e titolari di funzioni amministrative, correlate alla cura degli interessi, a cui affidare il delicato compito di assicurare la necessaria convergenza tra l'esigenza di garantire la centralità e l'unità dello Stato, e la volontà di restituire slancio e dignità alle autonomie locali, nella prospettiva di una maggiore tutela dei diritti. Si tratta di una visione confermata negli orientamenti più maturi della Corte costituzionale, dove si coglie una idea di Regione, quale «ente politico esponenziale della comunità regionale, il cui fondamento e la cui garanzia sostanziale di fronte allo Stato e ai poteri del legislatore nazionale», vanno al di là della stessa competenza legislativa prevista dall'art. 117 Cost., risiedendo «piuttosto nell'art. 5 della Costituzione stessa»[4].

Come già sottolineato, in tale contesto, appare significativo, oltre che peculiare, il contenuto e la collocazione del secondo comma dell'art. 125 Cost.

Innanzitutto, deve osservarsi come anche in tal caso il disegno costituzionale abbia trovato piena attuazione solo negli anni Settanta, quando con la leg-

---

Cosentino (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori,* Roma, 1948.

2 A.M. Sandulli, *I controlli sugli enti territoriali nella Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1972, 576 s.

3 La questione in realtà è duplice, perché da un lato riguarda la possibilità di impugnare l'atto che abbia superato lo scrutinio di legittimità in sede di controllo, dall'altro lato concerne, al contrario, la possibilità di impugnare lo stesso atto di controllo: ipotesi quest'ultima divenuta assai più controversa proprio a seguito dell'abrogazione del 1° comma dell'art. 125 Cost. e del conseguente ampliamento della funzione di controllo in capo alla Corte dei conti. In argomento, cfr. M. Cecchetti, *Il 'sistema' dei controlli di legittimità-regolarità dei conti delle Regioni e delle Province autonome*, in *federalismi.it*, 2022.

4 Corte Cost. 12 giugno 1991, n. 276.

ge 6 dicembre 1971, n. 1034, si è provveduto alla istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali. Nell'arco di tempo intercorso tra la previsione dell'art. 125 Cost. e l'istituzione dei Tar, la Corte costituzionale ha assunto un ruolo significativo, poiché a partire dagli anni Sessanta si è pronunciata sull'assetto della giustizia amministrativa all'epoca esistente, caratterizzato dalla presenza di organi ai quali erano affidate funzioni giurisdizionali, senza che tuttavia fossero assicurate le garanzie tipiche della giurisdizione.

Molto brevemente, con la sentenza n. 93 del 1965 sono state dichiarate incostituzionali alcune disposizioni della l. 18 maggio 1951, n. 328, nella parte in cui attribuivano ai consigli rispettivamente comunali e provinciali funzioni contenziose in materia elettorale. In particolare, le disposizioni censurate si sarebbero poste in contrasto «con l'art. 102 della Costituzione perché attribuiscono la funzione giudiziaria non al giudice ordinario, ma ai consigli comunali, che sono organi amministrativi; con l'art. 103, perché i soli giudici speciali consentiti dalla Costituzione sarebbero il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa, la Corte dei conti e i Tribunali militari; con gli artt. 103 e 108, perché i consigli comunali non sarebbero organi indipendenti e imparziali, ma direttamente interessati al risultato di questa loro attività giurisdizionale». Nel caso di specie, la Corte, da un lato, ha ritenuto ammissibile la circostanza che in un ordinamento democratico i giudizi elettorali, in materia di elezioni comunali, fossero affidati ai relativi Consigli, in quanto «si tratta di giurisdizione speciale d'antica tradizione», all'interno della quale devono essere garantite «l'indipendenza e l'imparzialità del giudicante»; tuttavia conclude nel senso dell'illegittimità costituzionale delle stesse disposizioni, la cui formulazione, in quanto estremamente vaga e imprecisa, non offre adeguate garanzie «per l'imparzialità del giudicante» e pertanto contrasta «con l'art. 108, comma secondo, della Costituzione».

Successivamente, la Corte, con la sentenza n. 55 del 1966, ha avuto modo di pronunciarsi sulla giurisdizione contabile affidata ai Consigli di prefettura dall'art 23 del R.D. 3 marzo 1934, n. 383. In tal caso, il profilo di illegittimità costituzionale è stato rinvenuto nella composizione dei Consigli di prefettura, inidonea a garantire il «principio di indipendenza del giudice» e pertanto in contrasto «con l'art. 108, secondo comma, della Costituzione, il quale vuole assicurata l'indipendenza anche ai giudici speciali, e con lo stesso art. 101, secondo comma, il quale, disponendo che i giudici siano soggetti soltanto alla legge, li vuole sottratti, nel loro giudizio, ad ogni volontà esterna, che non sia quella obbiettiva della legge».

Il medesimo principio è stato poi confermato con la sentenza n. 30 del 1967 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 del decreto legislativo 12 aprile 1945, n. 203, contenente alcune disposizioni sulla composizione della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale e in materia di ricorsi sui tributi locali. Il giudice delle leggi ha in questo caso osservato che la presenza nelle GPA del "Prefetto o chi ne fa le veci" e di due

"funzionari di carriera prefettizia" si traduce in una violazione del principio dell'indipendenza e non garantisce l'imparzialità e la terzietà dell'organo, per cui conclude nel senso dell'illegittimità delle previsioni impugnate, perché ritenute in contrasto con gli artt. 101 e 108 della Costituzione.

Alla medesima conclusione si giunge nella sentenza n. 33 del 1968, avente a oggetto le disposizioni in materia di Giunta giurisdizionale amministrativa della Valle d'Aosta, anch'esse censurate perché, con riferimento alla composizione della Giunta, prevedevano la presenza di funzionari "in posizione di dipendenza gerarchica" rispetto al "potere esecutivo", che non potevano assicurare l'indipendenza del giudizio. In particolare, la Corte afferma che «la partecipazione ad un organo giurisdizionale anche di un solo componente - non indipendente - è sufficiente a minare l'imparzialità dell'organo».

Infine, nella sentenza n. 49 del 1968, la Corte costituzionale si pronuncia sulla legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge n. 1147 del 1966, che istituisce i Tribunali amministrativi per il contenzioso elettorale, concepiti, secondo la Consulta, «come parte degli istituendi Tribunali amministrativi regionali». La sentenza merita di essere richiamata perché salva la legittimità costituzionale della disposizione, osservando che, pur essendo singolare che tali organi siano stati creati «prima di quei Tribunali di cui devono costituire altrettante sezioni», «ciò non è motivo di illegittimità», sia poiché mancano norme o principi costituzionali che vietino l'introduzione graduale dei nuovi organi di giustizia amministrativa, sia perché non rileva il fatto che le Regioni non siano state ancora istituite. Infatti, precisa la Corte, i futuri organi di giustizia amministrativa di primo grado, previsti dall'art. 125, comma 2, Cost., sono "collegi giudicanti" che devono essere collegati, «prima che alla Regione come ente giuridico, alla Regione come entità territoriale e sociale determinatasi storicamente».

Tale ultimo orientamento sintetizza, in un certo senso, il filo conduttore che lega un po' tutte le pronunce prima richiamate: perché tende a ricondurre la previsione contenuta al secondo comma dell'art. 125 Cost. alla funzione della giurisdizione (e infatti l'illegittimità delle Giunte provinciali amministrative quali organi di giustizia amministrativa di primo grado è stata argomentata alla stregua degli art. 101, 103 e 108 Cost.), senza però considerare approfonditamente la sua collocazione all'interno del Titolo V della Costituzione[5].

2. L'istituzione dei Tar e l'interpretazione dell'art. 125 Cost. nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa: il principio di distribuzione territoriale e il doppio grado di giudizio.

Il vuoto legislativo prodotto dagli interventi demolitori del giudice delle leggi ha causato, da un lato, una concentrazione in capo al Consiglio di Stato, quale giudice di unica istanza, di tutte le controversie nelle materie prima asse-

5 Così, M. Magri, *La giustizia amministrativa tra Stato e Regioni*, in *Istituz. del Federalismo*, 2010, 111.

gnate agli organi soppressi e, conseguentemente, ha sollecitato l'intervento del legislatore, nell'istituire gli organi di giustizia amministrativa di primo grado, dando così piena attuazione all'art. 125 Cost.

Proprio a partire dalla istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, sino ad arrivare alla adozione del Codice del processo amministrativo, il tentativo che si vuole affidare a queste brevi considerazioni è quello di verificare il ruolo degli organi di giustizia amministrativa di primo grado presso ogni Regione, come un completamento della giurisdizione amministrativa per «la tutela della giustizia nell'amministrazione» (art. 100 Cost.).

In altri termini, deve sottolinearsi come la scelta del costituente di collocare gli organi di giurisdizione di primo grado nel Titolo V della stessa Carta costituzionale, che si occupa di Regioni, Province e Comuni, non costituisce una svista o una imprecisione: al contrario, manifesta l'intento di assicurare un sindacato giurisdizionale, e dunque attraverso le garanzie tipiche della funzione giurisdizionale, sugli atti della amministrazione, unitamente ai controlli di legittimità esercitati da organi amministrativi istituiti con legge dello Stato.

Volgendo lo sguardo a ritroso, gli anni Settanta del secolo passato segnano il momento attuativo del disegno costituzionale del regionalismo, proprio attraverso l'istituzione delle Regioni, ma anche, come già detto, dei Tribunali amministrativi regionali. Nel tempo, però com'è di tutta evidenza, è mutato profondamente il quadro e sono cambiati gli assetti del regionalismo, da un lato; dall'altro lato, si è evoluto anche il sistema di giustizia amministrativa, secondo percorsi che non possono dirsi tra loro connessi.

Sin dalla loro istituzione, le Regioni hanno manifestato una natura ibrida, giacché tendono a rimanere sospese a metà tra l'essere soggetti politici, muniti di potestà legislativa, e la necessaria qualificazione in termini di enti amministrativi titolari di funzioni, correlate alla cura degli interessi; al tempo stesso, alle regioni si guarda come punto di equilibrio e di raccordo tra l'esigenza di mantenere la centralità dello Stato e il bisogno di riconoscere la piena realizzazione del principio autonomistico, fortemente compresso dall'esperienza fascista[6].

La condizione di crisi quasi perenne del regionalismo italiano spinge nella direzione del progetto riformatore che sfocia nella modifica del Titolo V della Costituzione e che oggi trova ulteriore compimento nel regionalismo differenziato. Anche in tal caso, appare decisivo l'intervento della Corte costituzionale, che, oltre a frenare le spinte centrifughe che avevano alimentato il dibattito politico precedente alla riforma del Titolo V, si è orientato nella direzione di individuare una linea di confine coerente tra le diverse materie oggetto di potestà legislativa, contribuendo a dare maggiore stabilità e certezza al riparto di funzioni legislative tra Stato e Regioni. E tuttavia, anche questo va detto, gli orien-

6 Si tratta di considerazioni che, unitamente a quelle che seguono, sono state già svolte in M.C. Cavallaro, *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: il ruolo delle regioni in tempo di crisi*, in questa *Rivista*, 2022.

tamenti della Corte hanno probabilmente indebolito il progetto originario, ridimensionando l'effettiva portata della riforma, pensata in favore dell'autonomia regionale[7]. Sul piano delle funzioni amministrative, la riforma del Titolo V implica l'abbandono del criterio del parallelismo, in favore di una sussidiarietà verticale che tuttavia, pur essendo pensata per assicurare «il più ampio decentramento» immaginato dal costituente, non ha prodotto una effettiva distribuzione delle funzioni verso il basso[8].

In tempi più recenti, ha poi trovato parziale attuazione il c.d. regionalismo differenziato, previsto dall'art. 116, comma 3 Cost., che ammette «forme e condizioni particolari di autonomia» nelle materie di potestà concorrente e in quelle specifiche di potestà esclusiva dello Stato, e inserito nella riforma del Titolo V come un elemento ulteriore di autonomia da assicurare alle regioni ordinarie[9], per ridurne la distanza rispetto alle regioni a statuto speciale: ma, com'è

---

7 Si veda ad esempio, Corte Cost. 25 settembre 2003, n. 303, sulla direzione «ascensionale» del principio di sussidiarietà, tale per cui «quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato».

8 È mancato infatti un adeguato intervento legislativo (a parte la legge 5 giugno 2003, n. 131, c.d. legge La Loggia) che guidasse il trasferimento, anche in termini di assegnazione delle risorse. È mancata, inoltre, una puntuale disciplina sulle forme del coordinamento tra Stato e regioni e i relativi strumenti: il raccordo è stato affidato al sistema delle Conferenze ovvero, più in generale, al principio di leale collaborazione, che, anche nell'interpretazione della Corte costituzionale, sembra caratterizzare l'intervento del legislatore costituzionale del 2001: cfr. Corte Cost. 9 novembre 2016, n. 251, nonché, in dottrina, F. Cortese, *Spigolatura sul sistema delle Conferenze e sulle sue magnifiche sorti e progressive: una retrospettiva, un punto di vista e un auspicio*, in *Le Regioni*, 2017, 119.

9 L'art. 116 comma 3 Cost. richiama le lettere *l)*, in tema di organizzazione della giustizia di pace, *n)*, in materia di istruzione ed *s)*, tutela dell'ambiente ed ecosistema, dell'art. 117, comma 2, Cost. Per ulteriori approfondimenti in tema di regionalismo differenziato, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a: N. Zanon, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo* V, in Aa., Vv., *Problemi del federalismo,* Milano, 2001, 159 ss. e 51 ss.; L. Vandelli, *Devolution e altre storie, Bologna*, 2002, spec. 67 ss.; B. Caravita Di Toritto, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002; R. Bin, *"Regionalismo differenziato" e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito,* in *Ist. fed.,* 2008, p. 9 ss.; L. Violini, *L'Autonomia delle regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.,* in *Rivista AIC*, 2018, 4, p. 331; G. Tarli Barbieri, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, cost*., in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 2, p. 19; A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle* autonomie, in *Diritto Pubblico Europeo*, 2019, 2, pp. 40 s.; A. Piraino, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica,* in *Federalismi.it*., 2019,8, p. 20. Per quanto concerne, invece, l'iter parlamentare di approvazione del regionalismo differenziato cfr.: D. Casanova, *Osservazioni sulla procedura parlamentare di approvazione del c.d. ddifferenziato ex art. 116, terzo comma, Cost*., in *Diritti regionali*, 2019, 3, pp. 29 ss. Sulla non emendabilità dell'intesa si vedano, tra gli altri, E. Catelani, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost: profili procedimentali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 2, p. 15; A. D'Atena, *A proposito della "clausola di asimmetria"* (Art. 116, u.c., Cost.), in *Rivista AIC*, 2020, 4, pp. 322 ss.; S. Mangiameli, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2017, 4, p. 668.; M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it,* 2019, 6, pp. 26 ss. Da ultimo, per ulteriori approfondimenti sulla sentenza del 3 dicembre 2024, n. 192 con cui si è dichiarata l'illegittimità costituzionale della

noto, la riforma introdotta con la legge n. 86 del 2024 ha subito una battuta d'arresto con l'intervento della Corte costituzionale[10].

Le trasformazioni del regionalismo, qui solo sommariamente riprese, non hanno avuto conseguenze, almeno apparentemente, rispetto al ruolo del giudice amministrativo di primo grado.

Come s'è detto, l'istituzione dei Tar è pressoché coeva alla nascita delle Regioni, ma non si può dire che dalle riforme di quegli anni affiori un collegamento, ovvero una armonia complessiva, che leghi tra loro le righe dell'art. 125 Cost., o dia conto della collocazione della disposizione all'interno del Titolo V della Costituzione. In altre parole, quel disegno costituzionale che lega gli organi di giustizia amministrativa di primo grado all'interno delle Regioni fa fatica a rendersi manifesto.

Anzi, deve osservarsi come mentre il regionalismo sembra imprigionato in una condizione di persistente incompiutezza, l'attività dei Tar manifesta sin da subito una spiccata capacità del neo-nato giudice amministrativo di primo grado di dare adeguata e pronta risposta alla domanda di tutela del cittadino.

Si pensi, ad esempio, alla ricca e copiosa giurisprudenza amministrativa che ha provato ad ampliare i poteri del giudice amministrativo in sede cautelare: dall'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 21 ult. co. della legge Tar, nella parte in cui, limitando l'intervento del giudice amministrativo alla sola sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, «non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito»[11]; alle pronunce volte ad ammettere, anche nel giudizio amministrativo, la tutela cautelare *ante causam*, poi introdotta in parte con la legge n. 205 del 2000, ma poi soprattutto con il Codice del processo amministrativo[12]. Altrettanto può dirsi della giurisprudenza in tema di mezzi istruttori, soprattutto nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sul punto, il rinvio è alla sentenza della Corte costituzionale n. 146 del 1987 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge Tar «nella parte in cui, nelle controversie di impiego di dipendenti dello Stato e di enti, riservate alla giurisdizione esclusiva amministrativa, non consentono l'esperimento dei mezzi istruttori» previsti dal codice di procedura civile. L'argomentazione seguita tende a sottolineare come

---

legge n. 86 del 2024, si v.: L. VIOLINI, *Alcune considerazioni sulla sentenza nr. 192/2024 della Corte costituzionale*, in *Lecostituzionaliste.it.,* 2024, 2; A. SAITTA, *Quale futuro per l'autonomia differenziata? La risposta è nella sentenza n. 192 del 2024* in *federalismi.it*., 2025.

10 Si tratta della sentenza n. 192 del 2024.

11 La questione, in particolare, fu sollevata dal Tar Lazio, con ordinanza del 10 marzo 1980, ed è stata poi accolta dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 190 del 1985.

12 Il riferimento è all'ordinanza del Tar Lombardia, 15 febbraio 2001, ma, in questo caso, la questione di legittimità costituzionale non è stata accolta dalla Corte costituzionale, che con l'ordinanza n. 179 del 2002, ne ha dichiarato la manifesta infondatezza.

la limitazione dei mezzi istruttori nel processo amministrativo, che si traduce in una limitazione della «ricerca della verità nelle relative controversie», è contraria al principio di ragionevolezza, nonché «alla tutela dell'azione in giudizio e alla garanzia del diritto di difesa»[13]. Nello stesso periodo, il Tar Valle d'Aosta aveva provato a sollevare la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni della legge Tar, nella parte in cui non consentivano, nelle questioni pregiudiziali relative a diritti, definibili dal giudice amministrativo *incidenter tantum* nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, di esperire gli stessi mezzi di prova di cui poteva avvalersi il giudice ordinario per la soluzione, in via principale, di identiche questioni. In tal caso, tuttavia, la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la q.l.c., ritenendo che «a differenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la giurisdizione generale di legittimità concerne sempre la tutela degli interessi legittimi anche quando nell'esercizio di essa sia necessario decidere in via incidentale questioni attinenti a diritti soggettivi»[14].

Quanto all'interpretazione dell'art. 125 Cost., comma secondo, l'orientamento maturato nella giurisprudenza amministrativa e costituzionale ne ha sottolineato il profilo legato alla garanzia di un ragionevole e adeguato principio di distribuzione territoriale della competenza del giudice amministrativo, ma soprattutto quello relativo alla necessità del doppio grado di giudizio: lasciando in ombra, come già osservato, il legame della disposizione in commento con il Titolo V della Costituzione.

Riguardo al doppio grado di giudizio, è noto l'orientamento risalente della Corte costituzionale, che proprio a partire dall'art. 125 Cost. e sempre in tema di tutela cautelare nell'ambito della giurisdizione amministrativa, ha sostenuto la rilevanza costituzionale del principio in parola. In particolare, secondo la Corte, poiché il giudizio amministrativo «verte particolarmente nella sfera del pubblico interesse», si rende opportuno «il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado da parte del Consiglio di Stato, che trovasi al vertice del complesso degli organi costituenti la giurisdizione stessa». Per tale ragione, «non v'ha dubbio che nel settore in parola il principio del doppio grado di giurisdizione abbia rilevanza costituzionale»[15].

In tempi più recenti, secondo il Consiglio di Stato, la previsione costituzionale deve essere letta alla luce del principio di effettività della tutela, in modo da assicurare il più possibile un esame della causa articolato sui due gradi di merito. In questa prospettiva, è possibile leggere la recente Adunanza Plenaria, che, ad integrazione di quanto statuito in alcune pronunce del 2018, ha ampliato le ipotesi di "nullità della sentenza" che consentono il rinvio al primo giudice: «l'art. 105, comma 1, c.p.a., nella parte in cui prevede che il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado se dichiara la nullità della

13 Anche in tal caso la Corte si è pronunciata sulle ordinanze di rimessione dei Tar Umbria, del 26 giugno 1979, e Tar Piemonte, del 10 giugno 1980.

14 Corte cost. n. 251 del 1989, che si è pronunciata su un'ordinanza di rimessione del Tar Valle d'Aosta, del 29 gennaio 1988.

15 Corte cost. sentenza n. 8 del 1982.

sentenza, si applica anche quando la sentenza appellata abbia dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado, errando palesemente nell'escludere la legittimazione o l'interesse del ricorrente»[16].

Per altro verso, la disposizione in commento fonda un principio di distribuzione territoriale della giustizia amministrativa, il cui riconoscimento non si spinge sino ad ammetterne le implicazioni e il legame con l'assetto e il ruolo delle Regioni.

La questione ha assunto maggiore rilievo con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, che ha introdotto alcune sensibili modifiche rispetto al sistema delineato nella legge Tar, proprio con riguardo al principio della distribuzione territoriale.

Da un lato, infatti, l'art. 13, comma 1, c.p.a. ha introdotto il principio della inderogabilità della competenza territoriale dei Tar, accentuando in tal modo il legame tra gli organi di giustizia amministrativa di primo grado e il territorio[17]. Ma il successivo art. 14 fissa il criterio della competenza funzionale per materia, assegnando in particolare al Tar Lazio una competenza inderogabile nelle materie elencate dall'art. 135 c.p.a.

Al riguardo, deve segnalarsi un filone di giurisprudenza costituzionale, che ha per oggetto proprio l'art. 135 c.p.a. La Corte ammette che la disposizione ha «carattere derogatorio dell'ordinario sistema di ripartizione della competenza tra i diversi organi di primo grado della giurisdizione amministrativa» e riconosce che «nel corso del tempo si sono concentrati presso il tribunale amministrativo romano numerosi e cospicui settori del contenzioso nei confronti della pubblica amministrazione». Aggiunge che il fenomeno ha generato evidenti problemi in ordine all'articolazione su base regionale, *ex* art. 125 Cost., del sistema di giustizia amministrativa e sottolinea la conseguente «necessità di adottare un "criterio rigoroso" nella verifica di legittimità costituzionale della legislazione in materia di competenza funzionale del Tar Lazio».

Al contempo, tuttavia, la Corte esclude la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 135, comma 1, c.p.a., censurato anche con riferimento all'art. 125 Cost., nella parte in cui attribuisce una serie di controversie alla competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio, sede di Roma. L'argomento principale riguarda, anche con riferimento alla giustizia amministrativa e ai relativi criteri di distribuzione delle competenze tra i diversi organi giurisdizionali, l'ampia potestà discrezionale del legislatore: unico limite è quello della non irrazionale predisposizione di strumenti di tutela e nel rispetto del

16 Cons. Stato, Ad. Plen., 20 novembre 2024, n. 16.

17 Ai sensi dell'art. 13 comma 1 c.p.a., «Sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede. Il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede».

criterio di proporzionalità di ogni deroga al criterio territoriale di cui all'art. 125 Cost. La Corte esclude altresì che la prossimità geografica del giudice alla vicenda da giudicare possa essere considerata quale criterio per l'individuazione del giudice naturale. Infine, aggiunge che «l'individuazione della competenza in capo al Tar Lazio, sede di Roma, non determina alcun impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 cost., né frappone un ostacolo significativo al corso tempestivo della giustizia, come richiesto dall'art. 111 cost.»[18].

Ancora una volta, emerge, negli orientamenti richiamati, la volontà di collegare la previsione degli organi di giustizia amministrativa presso ogni Regione al sistema giudiziario e alle garanzie tipiche della giurisdizione, anche nelle ipotesi in cui a venire in rilievo sia il profilo della territorialità e dunque il possibile legame dell'organo giudiziario con l'assetto regionale, sia pure al fine di facilitare l'accesso alla giurisdizione. Per altro verso, il principio della costituzionalizzazione del doppio grado di giurisdizione non è stato interpretato in correlazione all'autonomia regionale, ma se ne sono colte le implicazioni solo sul piano processuale, attraverso la garanzia dell'impugnazione al Consiglio di Stato delle pronunce adottate dai Tar[19].

3. La perdurante attualità dell'art. 125 Cost.: dalla territorialità all'effettività della tutela.

A conclusione di queste brevi considerazioni, occorre chiarire un possibile equivoco.

Occorre cioè precisare che interrogarsi sulla *ratio* dell'art. 125 secondo comma Cost. e su un possibile legame, immaginato dal costituente, tra l'assetto regionalista dell'ordinamento della Repubblica e la previsione di organi di giustizia amministrativa di primo grado presso ogni Regione non vuol dire ipotizzare che tale legame possa tradursi in un sistema regionale di giustizia amministrativa. Tale possibilità, infatti, va senz'altro esclusa, perché non pensata dai costituenti, come emerge chiaramente dai lavori preparatori, e perché in evidente contrasto con il complesso delle disposizioni costituzionali sulla unità della *funzione* giurisdizionale, pur riconoscendosi altresì il duplice ordine di giurisdizioni[20].

---

18 Corte cost. n. 159 del 2014; n. 182 del 2014.

19 Si veda M. MAGRI, *La giustizia amministrativa tra Stato e Regioni*, cit.

20 V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, p. 43. È indubbio, infatti, che la Costituzione, prima ammette l'unità della giurisdizione, esercitata dalla magistratura ordinaria (art. 102), ma poi riconosce il Consiglio di Stato come giudice (art. 103), al quale attribuisce anche la tutela dei diritti soggettivi, sia pure in quelle particolari materie nelle quali è esclusa la giurisdizione ordinaria: probabilmente, nel disegno originario, il giudice amministrativo era immaginato come un giudice specializzato, al quale assegnare una specifica competenza in ordine ai complessi rapporti tra il cittadino, titolare dell'interesse legittimo, e l'amministrazione in veste autoritativa, preposta alla cura dell'interesse pubblico; oggi l'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa consente di affermare che al giudice amministrativo è affidata la generalità della tutela dell'interesse legittimo e che il fondamento

D'altra parte, anche la stessa formulazione del secondo comma dell'art. 125 Cost. ammette espressamente, da un lato, che gli organi di giustizia amministrativa presso le Regioni siano giudici di prima istanza, lasciando intendere che le loro decisioni siano poi rimesse a un giudice di secondo grado, che nel sistema costituzionale è il Consiglio di Stato: e come è stato autorevolmente osservato «costituirebbe quantomeno un'anomalia l'esistenza di un complesso giurisdizionale unitario facente capo in parte alla Regione, in parte allo Stato»[21]. Dall'altro lato, la norma rinvia, in merito alla istituzione e al funzionamento di tali organi, a quanto stabilito «da legge della Repubblica», lasciando così libero il legislatore di estendere il sindacato del giudice amministrativo a tutti gli atti amministrativi, non solo a quelli dell'amministrazione regionale o locale (come nel caso del controllo di legittimità, originariamente previsto dagli artt. 125, primo comma, e 130 Cost.): cosa che di fatto è avvenuta con la legge istitutiva dei Tar.

A ciò si aggiunga che, a partire dalla riforma del Titolo V del 2001, l'art. 117 Cost., comma secondo, lett. *l*), annovera, tra le materie oggetto di potestà legislativa esclusiva dello Stato, la giurisdizione e le norme processuali, l'ordinamento civile e penale, la giustizia amministrativa: ciò vuol dire che, oltre a essere preclusa la possibilità che le Regioni siano titolari di funzioni giurisdizionali, è altresì preclusa la possibilità che le stesse possano esercitare la potestà legislativa nelle materie riconducibili alla giurisdizione e alla giustizia amministrativa.

Semmai, ciò su cui è possibile ragionare, nel tentativo di valorizzare il senso e la portata dell'art. 125 comma secondo Cost., attiene ad altri profili, per lo più legati al contributo che le Regioni possono offrire per assicurare una maggiore qualità ed effettività della giustizia amministrativa[22].

Si tratta di questioni che, inevitabilmente, recuperano la dimensione territoriale del giudice amministrativo, che invece la Corte costituzionale tende a non rimarcare, nel rispetto della discrezionalità del legislatore. Così, ad esempio, la natura inderogabile della competenza territoriale dei Tar sembra rivitalizzare il secondo comma dell'art. 125 Cost. ed è funzionale ad assicurare anche l'accesso alla giurisdizione, nella prospettiva della effettività della tutela, che oggi è principio cardine del processo amministrativo, enunciato all'art. 1 c.p.a. (anche se la successiva previsione di un elevato numero di materie rimesse alla competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio appare in evidente contraddizione).

Il richiamo al principio di effettività consente poi di osservare come, in termini generali, il giudice amministrativo di primo grado abbia assunto il ruo-

---

della giurisdizione amministrativa risiede nello stesso art. 24 Cost.: sul punto si rinvia a M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, Padova, 2018, p. 83 ss.

21 L. VANDELLI, *Il 2° comma dell'art. 125*, in G. Branca – A. Pizzorusso, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1990, p. 352 ss.

22 In tal senso M. MAGRI, *op. cit.*, che si interroga sul «modo in cui le Regioni possono cooperare al miglioramento della giustizia amministrativa».

lo (e procede tutt'ora in questa stessa direzione) di assicurare proprio l'effettività della tutela del privato.

Si tratta, com'è noto, di un principio che dal punto di vista teorico implica la necessità di assicurare il diritto ad un rimedio effettivo, secondo il principio chiovendiano, in virtù del quale il processo deve garantire al titolare di una situazione soggettiva «tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire»[23]. E il giudice amministrativo, il Tar come il Consiglio di Stato, da sempre ha saputo farsi interprete delle istanze di tutela del privato.

Nel dibattito più moderno, il principio di effettività si collega al diritto europeo, per cui secondo il consolidato orientamento della Corte di Giustizia UE, spetta agli Stati membri disciplinare le modalità di accesso alla tutela delle pretese di rilievo euro unitario, con l'unico limite che le stesse non devono essere «meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno, né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»[24].

Ma non c'è dubbio che, anche secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale e proprio in materia di giustizia amministrativa, il fondamento dell'effettività risieda già nell'art. 24 Cost. Osserva infatti la Corte, nella nota sentenza n. 204 del 2004: «per assicurare l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale di interessi legittimi e diritti soggettivi imposta dall'art. 24 Cost. occorre dotare il giudice di un armamentario di poteri rispondenti al vincolo di adeguatezza», dal momento che, prosegue il giudice delle leggi, «il Costituente ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865».

Senza contare che, come s'è visto, nella giurisprudenza più recente il principio di effettività della tutela viene argomentato anche alla stregua del nostro art. 125 Cost., pur se sotto il profilo del doppio grado di giurisdizione e dunque nel senso di assicurare quanto più possibile un duplice esame della questione controversa.

In termini più ampi, nel riprendere la riflessione sul senso dell'art. 125 Cost., s'è già detto come il disegno del costituente possa essere colto nella volontà di assegnare alle Regioni, anche attraverso la giurisdizione amministrativa, il delicato compito di rappresentare il giusto punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare l'unitarietà dello Stato e le ragioni del principio autonomistico e del decentramento. E, sotto tale profilo, colpisce la capacità dei costituenti di disegnare un sistema di autonomie, pur in assenza dei soggetti ai quali affidare un compito così delicato, dal momento che, com'è noto, le regioni esistevano solo come realtà geografica e sociale e al posto degli organi di giustizia ammini-

23 G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, pag. 40.
24 Corte di Giustizia UE 26/11/2015, in C-166/14, Med Eval.

strativa di primo grado c'erano le Giunte provinciali amministrative.

Ciò che qui si vuole sottolineare è un possibile collegamento, una sorta di simmetria, tra l'art. 125 Cost., che rimanda a un sindacato di legittimità degli atti dell'amministrazione, affidato al controllo dello Stato (sugli atti della Regione) e alla funzione giurisdizionale degli organi di giustizia amministrativa di primo grado, e l'art. 100 Cost., che nell'interpretazione della Corte costituzionale merita di essere valorizzato nella parte in cui si afferma che il Consiglio di Stato è organo che assicura la «tutela della giustizia *nell'*amministrazione».

In altre parole, il costituente concepisce il giudice amministrativo come un giudice «così aderente all'amministrazione, pur essendone soggettivamente indipendente, da sostituire l'amministrazione stessa in quella funzione di garanzia che essa non saprebbe esercitare»[25]. Ne viene fuori un giudice amministrativo che, nello schema dell'art. 100 Cost., coesiste accanto al giudice ordinario, ma che appare altresì inserito nel sistema amministrativo, al fine di completarne la tutela a garanzia delle pretese dei cittadini[26]. E, simmetricamente, gli organi di giustizia amministrativa di primo grado sono pensati e collocati a completamento della funzione di controllo di legittimità sugli atti delle Regioni: assicurando cioè un sindacato di legittimità sugli atti amministrativi, da esercitarsi con le garanzie tipiche della giurisdizione.

Superata la stagione dei controlli di legittimità sugli atti delle autonomie territoriali, la previsione dell'art. 125 Cost. mantiene una rilevanza anche e soprattutto nel garantire nel territorio delle Regioni la presenza di una giudice, che concorra ad assicurare la «tutela della giustizia *nell'*amministrazione». In attuazione di quel principio di effettività della tutela, che si traduce in una adeguata risposta alle istanze di giustizia dei cittadini, ma anche in una facilitazione nell'accesso alla giustizia.

In tal modo, la dimensione regionale dei tribunali amministrativi, concepita nell'art. 125 della Costituzione come tassello fondamentale del sistema di giustizia amministrativa, non assolve più solo alla funzione di mantenere in equilibrio i rapporti tra centro e autonomie, ma assume il ruolo di presidio del territorio e di salvaguardia delle pretese di giustizia della comunità di amministrati che quel territorio esprime, concorrendo a garantire la piena attuazione dei valori costituzionali, attraverso la regola del caso concreto.

25 G. Berti, *Norme sulla giurisdizione, art. 113 [e art. 103, 1° e 2° comma]*, in G. Branca – A Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 86.

26 Cfr. sul punto, M.C. Cavallaro, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, cit., p. 81.

Carlo Colapietro
Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre
carlo.colapietro@uniroma3.it

Considerazioni intorno al divieto di terzo mandato consecutivo, tra tentativi di elusione legislativa e prescrizioni di rango costituzionale

Considerations Around the Prohibition of a Third Consecutive Term, Between Attempts at Legislative Evasion and Constitutional-Level Provisions

Sintesi

Il saggio affronta il tema del divieto di terzo mandato consecutivo del Presidenti della Giunta regionale. Più nello specifico tale previsione, contenuta nella legge n. 165 del 2004, viene inserita all'interno di una ricostruzione più ampia relativa alla preclusione al terzo mandato degli organi esecutivi ad elezione diretta, che – sulla base dell'esegesi del giudice delle leggi di plurimi articoli della Costituzione – assurge oggi a principio fondamentale riguardante il sistema elettorale degli enti sub statali. Partendo dall'analisi delle diverse normative regionali volte ad eludere tale principio, a causa del dubbio circa la sua diretta applicabilità, il saggio esamina la posizione assunta dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 64 del 2025, interrogandosi anche sulla sua estensione alle Regioni speciali e alle Province autonome. Infine, l'Autore auspica la costituzionalizzazione del limite, per garantirne l'uniformità e la tenuta nel tempo, richiamando, in parallelo, il recente dibattito sul premierato.

Abstract

The essay addresses the issue of the prohibition of the third consecutive term of the Presidents of the Regional Council. More specifically, this provision, contained in law no. 165 of 2004, is included in a broader reconstruction relating to the foreclosure to the third term of executive bodies by direct election, which - on the basis of the exegesis of the judge of the laws of multiple articles of the Constitution - arises today as a fundamental principle concerning the electoral system of sub-state entities. Starting from the analysis of the various regional regulations aimed at evading this principle, due to the doubt about its direct applicability, the essay examines the position taken by the Constitutional Court in the recent judgment no. 64 of 2025, also questioning its extension to the Special Regions and the Autonomous Provinces. Finally, the author calls for the constitutionalization of the limit, to guarantee its uniformity and tight-

ness over time, recalling, in parallel, the recent debate on the premiership.

PAROLE CHIAVE: divieto del terzo mandato consecutivo - par condicio elettorale – elusione legislativa - giurisprudenza costituzionale - democraticità del sistema elettorale.

KEYWORDS: prohibition of a third consecutive term - electoral level playing field - legislative evasion - constitutional case law - democratic legitimacy of the electoral system

INDICE: 1. Introduzione: elezione diretta e necessità della limitazione dei mandati. – 2. L'art. 122 Cost. e il limite di cui all'art. 2, co. 1, lett. *f)*, della legge n. 165 del 2004. – 3. La goccia che ha fatto traboccare il vaso: il caso della Campania e il ricorso del Governo. – 4. La decisione della Corte. – 5. Il divieto di terzo mandato e la legge della provincia autonomia di Trento. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione: elezione diretta e limitazione dei mandati

La previsione di un limite ai mandati consecutivi per gli organi elettivi a funzione esecutiva – pur traducendosi, di fatto, in una restrizione del diritto di elettorato passivo – trova la sua *ratio* nell'esigenza di prevenire fenomeni di concentrazione eccessiva e di personalizzazione del potere[1].

A questo riguardo, la Corte costituzionale, intervenendo sulla questione del divieto di un terzo mandato consecutivo per i sindaci dei comuni con almeno 5.000 abitanti, ha evidenziato come tale limite sia finalizzato a «realizzare e tutelare altri fondamentali diritti e princìpi costituzionali: la concreta parità di condizioni tra i candidati, la libertà di voto degli elettori, l'autenticità del confronto elettorale, il ricambio fisiologico della rappresentanza politica e, in ultima analisi, la stessa democraticità degli enti locali»[2].

Sebbene sia chiara la differenza tra i due livelli di governo, l'elezione del Presidente della Regione a suffragio universale e diretto mostra rilevanti analogie con il modello previsto per l'elezione dei Sindaci e dei Presidenti di Provincia, che «ha preceduto largamente la legge Cost. n. 1/1999, rispetto alla quale anzi ha sicuramente costituito un importante modello di riferimento»[3].

La ragione alla base del limite alla rieleggibilità risiede soprattutto nel fatto che – come evidenziato dal confronto con diversi ordinamenti – esso è solitamente previsto nei sistemi di governo in cui il Presidente, eletto a suffragio

---

1 Sul tema cfr. almeno i più recenti contributi: N. LUPO, *Il no al "terzo mandato" come garanzia costituzionale*, in *Rivista il Mulino*, 17 gennaio 2024; M. PLUTINO, *Il limite allo svolgimento dei mandati consecutivi dei Presidenti di Regione: una questione "repubblicana"*, in *federalismi.it*, 7 febbraio 2024, 138 s.; F. FOTI, *Il Presidente regionale di fronte al limite del "doppio mandato": «should I stay or should I go»?*, in *federalismi.it*, 18 dicembre 2024, 75 s.; E. RINALDI, *Il limite del «terzo mandato» nella forma di governo regionale*, in *Le Regioni*, n. 6, 2023, 1239 s.

2 Corte cost., 7 marzo 2023, n. 60. Sul tema si vedano C. NAPOLI, *Accesso alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza e disuguaglianze di fatto. Riflessioni a margine della sentenza n. 60/2023 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5, 2023, 172 s; M. GORLANI, *Elezione diretta dei sindaci e numero massimo di mandati consecutivi: note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 60 del 2023,* in *Diritti Regionali*, n. 3, 2023, 757 s. Sulle sentenze n. 60 del 2023 e n. 196 del 2024 cfr. anche S. FILIPPI, *Riflessioni su elezione diretta dei sindaci e limitazione al numero di mandati consecutivi, a partire dalla giurisprudenza costituzionale recente*, in *federalismi.it*, n. 19/2025, 155 ss.

3 Corte cost., sent. n. 2 del 2004, su cui M. VOLPI, *Quali autonomie statutarie dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 2 del 2004?*, in *federalismi.it*, n. 4/2004.

universale diretto, unisce alla legittimazione popolare anche il ruolo di vertice del potere esecutivo, in un contesto istituzionale fondato sulla separazione dei poteri[4]. In tali ipotesi, il divieto di cui si discorre è pensato come strumento di contenimento del potere, con l'obiettivo di evitare eccessive concentrazioni e la personalizzazione della *leadership*, fenomeni che potrebbero mettere a rischio l'equilibrio complessivo del sistema politico[5].

Tale orientamento trova ampio riscontro anche nella giurisprudenza di legittimità, che ha riconosciuto nella *ratio* sopra richiamata una pluralità di finalità meritevoli di tutela, come in primo luogo la garanzia della libertà sostanziale del diritto di voto dei cittadini[6] e la salvaguardia dell'imparzialità dell'amministrazione, attraverso la prevenzione di un'eccessiva permanenza nelle funzioni di governo locale, potenzialmente idonea a favorire fenomeni clientelari[6]; in secondo luogo, la promozione del ricambio alla guida delle amministrazioni locali[7] e la prevenzione di forme di personalizzazione nell'esercizio del potere da parte dell'amministratore[7]; infine, l'esigenza di scongiurare fenomeni di irrigidimento e cristallizzazione degli assetti politico-amministrativi locali[8].

Anche la giurisprudenza amministrativa, in relazione alle elezioni dei sindaci, ha evidenziato come il limite al numero dei mandati consecutivi rappresenti un punto di equilibrio tra il modello dell'elezione diretta dell'organo esecutivo e la concentrazione del potere in capo a una singola figura, con il rischio che tale assetto generi effetti distorsivi sulla *par condicio* nelle competizioni elettorali successive, compromessa da posizioni di rendita[9].

Quanto ai sindaci, è appena il caso di ricordare che il limite opera per i grandi comuni (oltre i 15.000 abitanti)[10], mentre la disciplina prevista dall'art. 51, comma 2, del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (c.d. T.U.E.L., di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), così come modificata nel 2024 dall'art. 4, comma 1, del decreto-legge n. 7 del 2024[11] (conver-

---

4 E. Rinaldi, *Il limite del terzo mandato nella forma di governo regionale,* in *Le Regioni, n*. 6, 2023, 1240 s.

5 T.E. Frosini, *Elezione diretta del sindaco e limite alla rieleggibilità,* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno,* n. 1-2, 2001, p. 160.

6 Cass., Sez. I civ., sentenze 26 marzo 2015, n. 6128, e 6 dicembre 2007, n. 25497.

7 Cass, Sez. I civ., sentenze 12 febbraio 2008, n. 3383, e 20 maggio 2006, n. 11895.

8 Cass., Sez. I civ., 9 ottobre 2007, n. 21100.

9 Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2765.

10 L'art. 51, comma 3 del TUEL prevedeva il limite di due mandati consecutivi per i Comuni più popolosi (oltre 15.000 abitanti), ad eccezione dell'ipotesi in cui uno dei mandati avesse avuto durata inferiore a due anni, sei mesi e un giorno, per una causa diversa dalle dimissioni volontarie. La decisione di prevedere il limite solo per i Comuni più popolosi è stata presa a causa delle ingenti difficoltà, soprattutto nei Comuni più piccoli, a reperire cittadini disposti a candidarsi alla carica di sindaco.

11 Recante "*Disposizioni urgenti per le elezioni 2024*". Secondo quanto evidenziato nella relazione di accompagnamento del disegno di legge di conversione, infatti, nei comuni di minore dimensione demografica risulta di fatto spesso problematico individuare candidature per la carica di primo cittadino, per cui il divieto di rielezione per un terzo mandato comporta rilevanti criticità.

tito, con modificazioni, nella legge n. 38 del 2024), ha innalzato a tre i mandati consecutivi dei sindaci dei Comuni "intermedi" (con una popolazione compresa tra 5.001 e 15.000 abitanti) e ha eliminato ogni limite per quelli dei Comuni più piccoli (con una popolazione fino a 5.000 abitanti)[12].

Alla luce di queste considerazioni, si può ritenere che il numero massimo di mandati – in particolare il divieto di un terzo mandato consecutivo – rappresenti (laddove applicabile) un principio di rango costituzionale condiviso negli ordinamenti che prevedono l'elezione diretta degli organi di vertice. In termini più generali, la limitazione dei mandati consecutivi nelle cariche monocratiche di governo va intesa come espressione di un principio generale di organizzazione democratica, tipico di ogni sistema che adotti l'elezione popolare diretta.

Ciò nonostante, alcune Regioni hanno continuato a tentare l'introduzione o l'applicazione di strumenti giuridici finalizzati a consentire un terzo mandato consecutivo al proprio Presidente, così palesando i più preoccupanti aspetti (*rectius*: derive) di una «ideologia della concentrazione e dell'unidimensionalità del potere», che nel nostro ordinamento si è fatta particolare spazio a seguito della riforma costituzionale del 1999[13]. Tra gli esempi più recenti si segnalano la Campania e, successivamente, la Provincia autonoma di Trento: circostanze che hanno indotto il Governo a proporre due ricorsi dinanzi alla Corte costituzionale. Il caso della Campania costituisce l'ultimo sviluppo di una vicenda giuridica che in passato ha interessato anche altre regioni ordinarie, tra cui Emilia-Romagna, Lombardia, Veneto e Marche. Come vedremo a breve, l'aspetto più controverso della questione relativa all'applicazione del divieto di un terzo mandato riguarda i rapporti tra legislatore statale, cui spetta la definizione dei principi *ex* art. 122 Cost., e legislatore regionale, competente per la disciplina di dettaglio, chiamando in causa il tema dell'efficacia normativa della legge cornice[14].

Sul punto, la Corte si è pronunciata con la sentenza n. 64 del 2025, al centro di questo lavoro, mettendo fine a una lunga controversia politica: i presidenti di regione non possono ricandidarsi per lo stesso incarico dopo aver già svolto due mandati consecutivi. Un confronto tra questa pronuncia e la sentenza n. 60 del 2023 evidenzia con chiarezza come il limite ai mandati consecutivi per gli organi elettivi con funzioni esecutive sia ormai consolidato per i diversi livelli di governo. Allora, infatti, era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3, lettera b), della legge costituzionale 26 febbraio

12 G. Tarli Barbieri, *Il decreto-legge 7/2024: un ennesimo e problematico esercizio della decretazione d'urgenza in materia elettorale*, in *Le Regioni*, n. 1, 2024, 3 s.

13 Cfr. C. Buzzacchi, *Il principio fondamentale del divieto del terzo mandato come "ponderato contraltare" dell'elezione diretta*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2025, p. 372.

14 L. Castelli, *Profili costituzionali del terzo mandato dei Presidenti di Regione,* in *Le Regioni,* n. 3-4, 2009, 491 s., spec. 492. Ricostruisce molto attentamente le diverse dinamiche, politiche ancor prima che di natura giuridica, e le pronunce anche di merito che sono susseguite a seguito della legge n. 165 del 2004, M. Plutino, *Il limite allo svolgimento dei tre mandati consecutivi del Presidente di Regione: una questione repubblicana*, in *federalismi.it*, n. 3/2024, 140 ss.

1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna), e degli artt. 3 e 51 Cost., di una disposizione della Regione autonoma Sardegna che disciplinava il limite ai mandati consecutivi dei sindaci discostandosi dall'art. 51 del T.U.E.L., che prevede il divieto di terzo mandato.

In quell'occasione, la Corte ha statuito in modo cristallino che «la previsione del numero massimo dei mandati consecutivi – in stretta connessione con l'elezione diretta dell'organo di vertice dell'ente locale, a cui fa da ponderato contraltare – riflette […] una scelta normativa idonea a inverare e garantire ulteriori fondamentali diritti e principi costituzionali: l'effettiva *par condicio* tra i candidati, la libertà di voto dei singoli elettori e la genuinità complessiva della competizione elettorale, il fisiologico ricambio della rappresentanza politica e, in definitiva, la stessa democraticità degli enti locali. Tali ulteriori interessi costituzionali sono destinati ad operare in armonia con il principio presidiato dall'art. 51 Cost., in base ad uno specifico punto di equilibrio la cui individuazione deve essere lasciata nelle mani del legislatore statale».

Se si leggono queste affermazioni assieme a quelle della sentenza n. 64 del 2025, ecco come difficilmente si può ormai scindere l'elezione diretta di un organo esecutivo dal limite dei mandati. Si tratta di un legame che, evidentemente, non può essere pretermesso neppure nel momento in cui si dovesse decidere di rendere elettiva – come previsto dalla riforma costituzionale *in itinere* presso i due rami del Parlamento – la carica del Presidente del Consiglio dei ministri.

2. L'art. 122 Cost. e il limite di cui all'art. 2, co. 1, lett. *f)*, della legge n. 165 del 2004

La legge costituzionale n. 1 del 22 novembre 1999, di revisione dell'art. 122 Cost., ha disposto che «il Presidente della Giunta regionale, salvo che lo statuto regionale disponga diversamente, è eletto a suffragio universale e diretto», prescrivendo ulteriormente: «il sistema di elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali sono disciplinati con legge della Regione nei limiti dei princìpi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che stabilisce anche la durata degli organi elettivi»[15].

In base a quanto previsto dall'articolo 122, primo comma, della Costituzione, la legge 2 luglio 2004, n. 165, ha enunciato i princìpi fondamentali in materia di elezioni regionali, nonché di ineleggibilità e incompatibilità del Presidente della Giunta, dei membri della Giunta stessa e dei consiglieri regionali. Tra questi princìpi, è stabilito che la normativa regionale in tema di ineleggibilità e incompatibilità deve rispettare il limite rappresentato dalla «previsione della non immediata rieleggibilità allo scadere del secondo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale eletto a suffragio universale e diretto,

15 Sul punto si veda S. MANGIAMELI, *Aspetti problematici della forma di governo regionale e della legge elettorale regionale*, in Id., *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, 102 ss.

sulla base della normativa regionale adottata in materia» (art. 2, comma 1, lett. f)[16].

Ci si poteva allora chiedere, in attesa dell'intervento del legislatore regionale, quali effetti avrebbero avuto i principi fondamentali stabiliti dal legislatore statale ed, in particolare, se la legge statale sarebbe stata in grado di produrre effetti normativi diretti oppure avrebbe richiesto l'integrazione da parte del legislatore regionale per poter essere applicata[17]. Per taluni, il limite dovrebbe essere valido anche senza una normativa regionale specifica che lo disciplini[18]; altri invece sostengono che il principio non avrebbe avuto alcun effetto pratico finché non fosse stato adottato dal legislatore regionale[19].

Il dubbio sull'effettiva applicabilità diretta del limite previsto dalla legge quadro n. 165 del 2004 derivava dalla formulazione poco chiara contenuta nella lettera f) dell'articolo 2. In particolare, tra i principi fondamentali che le Regioni devono osservare riguardo all'ineleggibilità, si stabilisce la «non immediata rieleggibilità al termine del secondo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale eletto a suffragio universale e diretto», ma con riferimento alla normativa regionale eventualmente adottata[20]. In altre parole, tale dizione ha condotto all'emersione di un'interpretazione per cui l'effetto preclusivo non si sarebbe prodotto in assenza di una normativa disciplinante la fattispecie[21].

Proprio basandosi su questo inciso, i giudici di merito hanno concluso che il limite non si applica automaticamente, per cui le azioni popolari volte a dichiarare l'ineleggibilità dei presidenti di giunta di Emilia-Romagna e Lombardia sono state respinte. Le decisioni dei giudici delle Corti d'appello di Milano e Bologna hanno progressivamente influenzato un ambito più vasto rispet-

---

16 Per un inquadramento della legge del 2004 si rinvia ad A. Sterpa, *La legge quadro statale nelle materie di cui all'art. 122 Cost. e la fase statutaria delle Regioni*, in *federalismi.it*, n. 14/2004.

17 Cfr. A. Arghittu, *"Non c'è due senza tre (e il quattro vien da sé)". Il limite del doppio mandato del presidente della regione alla luce della nuova disciplina elettorale della Campania*, in *federalismi.it*, n. 9/2025, 28 s., spec. 36.

18 R. Bin e G. Falcon, *Diritto regionale,* Bologna, 2024, 200; A. Pertici, voce *Art. 122,* in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* III, Utet, Torino, 2006, p. 2436 s.; M. Raveraira, *Il limite del doppio mandato alla immediata rielezione del Presidente della Giunta regionale: una questione complessa,* in *federalismi.it*, n. 19/2009, 7 s.; N. Viceconte, *La forma di governo nelle regioni ad autonomia ordinaria*, Napoli, 2010, 220 ss.; A. Buratti, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale*, Napoli, 2010.

19 Cfr. F.S. Marini, *Limiti alla rielezione degli organi politici e principio democratico (con particolare riguardo al d.d.l. cost. a.s. 935 e ai presidenti delle regioni),* in *Rivista della Corte dei conti,* n. 1, 2024.

20 La disposizione recita che tra i principi fondamentali che le regioni devono rispettare vi è la «previsione della non immediata rieleggibilità allo scadere del secondo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale eletto a suffragio universale e diretto, *sulla base della normativa regionale adottata in materia*» (corsivo aggiunto).

21 Il nodo giuridico della questione è ricostruito molto attentamente da A. Lamberti, *La legge regionale campana sul terzo mandato? Oltre l'incertezza del diritto*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 3/2024, 871 ss. e da S. Cafiero, *Elezione diretta del vertice dell'esecutivo e limiti al numero dei mandati. Alcune considerazioni a partire dal recente caso campano*, in *Diritto Pubblico Europeo*, n. 1/2023, 164 ss.

to ai singoli casi originari. In particolare, dalla mancata applicazione del limite è derivata – come conseguenza della necessaria adozione di una legge regionale per rendere operativo tale vincolo – la facoltà del legislatore regionale di stabilire il momento da cui far decorrere il limite stesso. Questa interpretazione ha permesso l'approvazione di leggi elettorali, come quelle del Veneto nel 2012 (ben otto anni dopo la legge statale di principio del 2004)[22], delle Marche e del Piemonte, con l'intento evidente di «azzerare» il primo mandato già svolto dal Presidente uscente, permettendogli così di candidarsi per un terzo mandato consecutivo[23].

In questo modo, nel corso del tempo, sia il legislatore veneto sia successivamente quelli marchigiano e piemontese hanno introdotto il divieto del terzo mandato, differendone però l'efficacia esclusivamente al futuro.

Come si vedrà a breve, nella sentenza n. 64 del 2025 la Corte costituzionale ha, in buona sostanza, condizionato l'efficacia della previsione contenuta nell'art. 2, lett. f) della legge n. 165 del 2004 all'adozione di una previsione normativa regionale, senza però così depotenziare l'efficacia normativa del principio medesimo.

3. La goccia che ha fatto traboccare il vaso: il caso della Campania e il ricorso del Governo

La legge della Regione Campania n. 16 del 2024 si compone di un unico articolo (recante "Disposizioni in materia di ineleggibilità del Presidente della Giunta regionale"), il quale prevede che «[non] è immediatamente rieleggibile alla carica di Presidente della Giunta regionale chi, allo scadere del secondo mandato, ha già ricoperto ininterrottamente tale carica per due mandati consecutivi. Ai fini dell'applicazione della presente disposizione, il computo dei mandati decorre da quello in corso di espletamento alla data di entrata in vigore della presente legge».

A ciò si deve aggiungere che la legge elettorale della Campania (legge n. 4 del 2009), tuttora in vigore, si limita a richiamare – per quanto riguarda i criteri relativi all'elezione del Presidente della Giunta e del Consiglio regionale – le disposizioni contenute nella legge n. 108 del 1958, nella legge n. 43 del 1995 e nella legge costituzionale n. 5 del 1999 (art. 1, comma 2), nessuna delle quali prevede il divieto di terzo mandato.

Nel ricorso di impugnazione della legge regionale del 2024 davanti alla Corte costituzionale, l'Avvocatura generale dello Stato ha sostenuto che con tale disposizione il legislatore regionale avrebbe solo apparentemente recepito il principio del divieto del terzo mandato consecutivo posto dall'art. 1, lett. f),

---

22 Su cui G. Di Cosimo, *Introduzione e contestuale sospensione di un principio fondamentale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2015, 3.

23 Cfr. F. Pagano, *Il divieto di svolgimento di un terzo mandato consecutivo per i Presidenti delle regioni alla luce delle previsioni dello Statuto speciale siciliano*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2025, 177 s., a cui si rinvia anche per una ricostruzione del ricorso del Governo.

della legge n. 165 del 2004, differendo, in realtà, la sua applicazione.

Più nello specifico, con quell'ultimo inciso («il computo dei mandati decorre da quello in corso di espletamento alla data di entrata in vigore della presente legge») il legislatore campano, nell'escludere dal computo dei mandati rilevanti per l'operatività del divieto del terzo mandato consecutivo quelli svolti prima dell'entrata in vigore della legge reg. Campania n. 16 del 2024, avrebbe eluso il principio contenuto nel parametro interposto, così violando l'art. 122, primo comma, Cost.

L'art. 2, comma 1, della legge n. 165 del 2004, infatti – nello stabilire che, tra i principi fondamentali che le regioni ordinarie devono osservare nel disciplinare «i casi di ineleggibilità, specificamente individuati, di cui all'articolo 122, primo comma, della Costituzione», vi è quello «della non immediata rieleggibilità allo scadere del secondo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale eletto a suffragio universale e diretto, sulla base della normativa regionale adottata in materia» (lettera f) – avrebbe posto un principio «autoapplicativo» e «immediatamente operativo», che non richiede alcuna specificazione ad opera del legislatore regionale.

Infine, secondo il ricorrente, i parametri costituzionali evocati sarebbero violati anche perché il principio del divieto del terzo mandato consecutivo sarebbe già operante nella Regione Campania, in virtù del rinvio che l'art. 1, comma 3, della legge reg. Campania n. 4 del 2009 opera alle «altre disposizioni statali o regionali, anche di natura regolamentare, vigenti in materia», tra le quali andrebbe ricompreso, per l'appunto, l'art. 2, comma 1, lettera f), della legge n. 165 del 2004.

4. La decisione della Corte

Con la sentenza n. 64 del 2025, la Corte costituzionale è finalmente intervenuta sul tema del terzo mandato dei Presidenti di regione, dichiarando fondato il ricorso presentato dal Presidente del Consiglio, avente ad oggetto la legge della Regione Campania del 2024, per violazione dell'art. 122, primo comma, Cost., in relazione all'art. 2, comma 1, lettera f), della legge n. 165 del 2004. Come si vedrà a breve, la pronuncia «ha dato completamento ad un quadro giurisprudenziale costante e risalente, e ha posto al centro dei modelli di democrazia rappresentativa il principio fondamentale del divieto del terzo mandato»[24].

La cosa che immediatamente colpisce nella lettura della decisione – come ben rilevato anche nel lavoro di Camilla Buzzacchi poc'anzi richiamato – risiede nel fatto che, nonostante il ragionamento risulti imperniato sul rispetto della legislazione statale di principio[25], trapelano di continuo gli aspetti sostanziali

24 Cfr. ancora C. Buzzacchi, *Il principio fondamentale del divieto del terzo mandato come "ponderato contraltare" dell'elezione diretta*, cit., p. 372.

25 Come evidenzia M. Plutino, *Il limite allo svolgimento dei mandati consecutivi dei Presidenti di Regione: una questione "repubblicana"*, cit., p. 146, secondo cui «la questione va affrontata

sottesi al limite del doppio mandato consecutivo, essendo il *focus* «più propriamente volto ad approfondire e delimitare la natura e la valenza della disposizione statale "di principio"»[26].

Ciò detto, la pronuncia è astrattamente divisibile in quattro parti: la prima di stampo ricostruttivo della normativa in tema di terzo mandato; la seconda relativa ai precedenti della stessa Corte costituzionale; la terza attiene alla riconducibilità della disciplina del terzo mandato alla forma di governo regionale ovvero all'ineleggibilità e quindi ai potenziali spazi di manovra delle Regioni in tale materia; infine, il giudice delle leggi argomenta sull'incostituzionalità della previsione regionale.

Inizialmente la pronuncia ricostruisce il passaggio dalla forma di governo regionale «a preminenza assembleare», propria dell'originario disegno costituzionale, alla formula prevista in via ordinaria dalla legge costituzionale n. 1 del 1999, caratterizzata dall'elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Giunta regionale e dal principio *simul, simul*[27]. In questo contesto, la Corte costituzionale ricorda che il nuovo art. 122, primo comma, Cost. ha introdotto una competenza legislativa concorrente nelle materie «sistema di elezione» e «casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali», con la conseguenza che le regioni possono intervenire «nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica»[28]. Come già detto sopra, ed evidenziato anche nella pronuncia in commento, sarà solo la legge n. 164 del 2004, in attuazione dell'art. 122 Cost., a introdurre il divieto del terzo mandato consecutivo.

Non poco rilevante, specialmente sotto il profilo argomentativo, è la parte della decisione dedicata ai precedenti in tema di limitazione del numero dei mandati delle cariche elettive. In tale frangente, richiamando anche le proprie pronunce relative ai consigli degli ordini circondariali forensi (sentenza n. 173 del 2019) e all'elezione del presidente e degli organi direttivi delle federazioni sportive nazionali (sentenza n 184 del 2023), la Corte costituzionale delinea lo statuto dei meccanismi impeditivi delle "nuove" candidature, che devono essere connessi anche ad una pietra angolare del nostro ordinamento, quale il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), e alla libera competizione elettorale.

In questo senso, la decisione antecedente più significativa (già sopra richiamata) è rappresentata dalla sentenza n. 60 del 2023 – in tema di rielezione dei sindaci – di cui il giudice delle leggi richiama il passaggio per cui la «previsione del numero massimo dei mandati consecutivi – in stretta connessione con

---

sciogliendo i nodi inerenti i rapporti tra la Costituzione, la legge statale e le fonti regionali».

26 A. Racca, *Il divieto di terzo mandato come principio fondamentale (nota a Corte cost., sent. n. 64/2025)*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 2/2025.

27 Cfr. Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64, Considerato in diritto n. 4.3. Sul punto si veda anche B. Caravita – F. Fabrizzi – A. Sterpa, *Lineamenti di diritto costituzionale delle Regioni e degli enti locali*, Torino, 2019, 187 ss.

28 Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64 Considerato in diritto n. 4.3.

l'elezione diretta dell'organo di vertice dell'ente locale, a cui fa da ponderato contraltare – riflette […] una scelta normativa idonea a inverare e garantire ulteriori fondamentali diritti e principi costituzionali: l'effettiva *par condicio* tra i candidati, la libertà di voto dei singoli elettori e la genuinità complessiva della competizione elettorale, il fisiologico ricambio della rappresentanza politica e, in definitiva, la stessa democraticità degli enti locali. Tali ulteriori interessi costituzionali sono destinati ad operare in armonia con il principio presidiato dall'art. 51 Cost., in base ad uno specifico punto di equilibrio la cui individuazione deve essere lasciata nelle mani del legislatore statale».

Una volta ricostruito questo quadro normativo e giurisprudenziale, da cui emerge l'intima connessione tra limite dei mandati delle cariche elettive e democraticità, il giudice delle leggi ha gioco facile nel compiere un passaggio logico ulteriore, nel senso per cui il «divieto del terzo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale rappresenta [l'esito di] un bilanciamento tra contrapposti principi, che è rimesso alla discrezionalità del legislatore statale, il quale, come emerge dalla legge n. 165 del 2004, lo ha considerato un "temperamento di sistema" rispetto all'elezione diretta del vertice monocratico, cui fa da "ponderato contraltare" (sentenza n. 60 del 2023)»[29].

Prima di tirare le fila del discorso in ordine alla legittimità della previsione contenuta nella legge regione Campania n. 16 del 2024, tuttavia, il giudice delle leggi si preoccupa di definire la materia entro cui si deve ascrivere la disciplina del terzo mandato.

Sul punto è stato giustamente rilevato che laddove si riconducesse il divieto del terzo mandato alla distribuzione delle funzioni tra gli organi delle regioni, si avrebbe sostanzialmente una "regionalizzazione" della questione e, di conseguenza, «andrebbe esaminata regione per regione»[30].

Quello del divieto di terzo mandato non è, peraltro, principio che rientra nella disciplina della forma di governo, come non esita a chiarire con decisione la Corte. A tal riguardo, nelle sue difese la Regione Campania aveva provato a sostenere che tale limite si sarebbe dovuto qualificare come causa di incandidabilità, attenendo quindi alla ripartizione dei poteri a livello *sub*-statale, rimessa all'autonomia statutaria, ai sensi dell'art. 123, primo comma, Cost., e non alla materia di competenza legislativa concorrente dell'ineleggibilità di cui all'art. 122, primo comma, Cost. Secondo questa prospettiva, ne sarebbe conseguita l'illegittimità costituzionale del parametro interposto e la conseguente necessità di un'autorimessione da parte della Corte stessa.

---

29 Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64 Considerato in diritto n. 5.5. In questo frangente la Corte costituzionale sostiene che i principi stabiliti nella sentenza n. 60 del 2023, in ordine ai sindaci, *a fortiori* devono trovare applicazione rispetto all'elezione del Presidente della Giunta, in ragione della natura "iper-presidenziale" della forma di governo regionale. Sul punto la decisione sembrerebbe riprendere testualmente le tesi di Plutino contenute nel lavoro più volte citato in questo scritto.

30 M. Plutino, *l limite allo svolgimento dei mandati consecutivi dei Presidenti di Regione: una questione "repubblicana",* cit., p. 146.

Tale tesi viene del tutto disattesa dal giudice delle leggi, sulla base del fatto che il divieto, sin dalla sua introduzione per i sindaci (con l'art. 2, comma 2, della legge n. 81 del 1993), è stato formulato in termini di "ineleggibilità"[31]. La Corte scioglie in tal modo un antico nodo. Infatti, in dottrina alcuni avevano ritenuto che la competenza sulla fissazione dei limiti alla rielezione del Presidente eletto direttamente fosse una competenza concorrente, ai sensi dell'art. 122 Cost., proprio poiché il limite sarebbe rientrato tra le cause di ineleggibilità[32]; altri hanno invece sostenuto che la competenza fosse propria degli Statuti *ex* art. 123 Cost., per la sua attinenza alla forma di governo[33].

Al fine di argomentare tale posizione, il giudice delle leggi invoca tanto la giurisprudenza della Corte di cassazione, che si è espressa nel senso per cui quella dei sindaci è causa di ineleggibilità «originaria»[34], quanto le parole dell'art. 2, comma 1, lettera a), della legge n. 165 del 2004, ai sensi del quale le cause di ineleggibilità ricorrono «qualora le attività o le funzioni svolte dal candidato, anche in relazione a peculiari situazioni delle regioni, possano turbare o condizionare in modo diretto la libera decisione di voto degli elettori ovvero possano violare la parità di accesso alle cariche elettive rispetto agli altri candidati».

Si tratta esattamente della stessa *ratio* alla base del divieto del terzo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale, che nella prospettiva del giudice costituzionale rappresenta un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi interessi giuridici in gioco, come l'esercizio del diritto all'elettorato passivo, la libertà di voto e il regolare svolgimento delle procedure elettorali[35].

Ciò detto, tra gli aspetti più rilevanti della decisione – dal punto di vista della dogmatica costituzionalistica – vi è la precisazione compiuta dalla stessa Corte costituzionale in ordine all'operatività della preclusione prevista dalla legge n. 165 del 2004. Invero, evidenzia il giudice delle leggi, pur operando effet-

31 Cfr. Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64, Considerato in diritto n. 6.2, ove la Corte costituzionale evidenzia che solo in tempi recenti – e segnatamente a seguito delle modifiche apportate all'art. 51 TUEL, da parte della legge n. 35 del 2022 – si è fatto riferimento al limite dei mandati come causa di "incandidabilità".

32 Cfr. M. Raveraira, *Il limite del doppio mandato alla immediata rielezione del Presidente della Giunta regionale: una questione complessa,* cit., 7 s.

33 Cfr. B. Caravita, *L'autonomia statutaria,* in *Le Regioni,* n. 2-3, 2004, p. 311; G. Tarli Barbieri, *La potestà legislativa regionale in materia elettorale alla luce delle più recenti novità legislative e giurisprudenziali,* in *Le Regioni, n.* 1-3, 2013, p. 138. Da ultimo in questo senso anche A. Arghittu, *"Non c'è due senza tre (e il quattro vien da sé)",* cit., p. 31, spec. 35, secondo cui "non a torto, buona parte di dottrina – con argomentazioni del tutto condivisibili– rovescia la prospettiva, riconducendo la *ratio* di questo limite alla garanzia degli equilibri tra poteri su cui si regge la forma di Governo regionale".

34 Si richiamano nel testo della decisione: Cass., Sez I Civ, 20 maggio 2006, n. 11895; in termini, Sez. I civ., sentt. 26 marzo 2015, n. 6128, 4 dicembre 2012, n. 21685 e12 febbraio 2008, n. 3383; SU civ., 29 ottobre 2007, n. 22640; Sez. I civ., 20 maggio 2006, n. 11895; ord. 24 febbraio 2021, n. 5060.

35 Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64, Considerato in diritto n. 6.2.

tivamente come le cause di incandidabilità[36] – non potendo l'elemento preclusivo del pregresso doppio mandato essere eliminato *motu proprio* dal candidato – si deve tener conto dell'«elemento finalistico (…) e [della] nozione "storica" dell'ineleggibilità dovuta allo svolgimento di pregressi mandati, per come emersa in via legislativa e consolidatasi in via giurisprudenziale»[37].

Posto che il divieto di terzo mandato rientra tra le cause di ineleggibilità e non nell'ambito della forma di governo, per la Corte è semplice ricollegare il principio all'art. 122, primo comma, Cost. e non, invece, all'art. 123, primo comma, Cost., così come respingere l'eccezione relativa alla necessità di un'autorimessione[38]. Come è stato in parte evidenziato, il ragionamento seguito nella pronuncia in questo frangente è incentrato sul criterio della competenza e segnatamente sul contenuto riconducibile a due fonti pari ordinate, quali gli artt. 122 e 123 Cost.[39]

Ecco, dunque, che il divieto di terzo mandato, ricadendo nella materia elettorale – e in specie tra le cause di ineleggibilità – e non nella forma di governo come vorrebbe la Regione, deve sottostare ai principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, come nel caso delle materie concorrenti[40].

A tal riguardo, la Corte costituzionale si sofferma su quelli che sono gli spazi di operatività dei principi fondamentali e, da un lato, evidenzia che «l'obbligatorietà di un principio fondamentale e la sua applicazione non possono essere condizionate dal suo espresso recepimento da parte delle leggi regionali, perché in questo modo si attribuirebbe ai Consigli regionali il potere di impedirne l'operatività, anche per lunghi periodi di tempo», con la conseguenza che gli stessi principi verrebbero meno alla loro funzione eziologica, ossia quella di garantire un adeguato livello di omogeneità delle normative regionali[41]; dall'altro lato, nella pronuncia si sostiene – nel solco di una consolidata giurisprudenza – che i principi fondamentali possono avere anche una struttura puntale, in ragione della loro funzione di omogenizzazione della normativa presente sull'intero territorio nazionale. In questo senso, il limite al terzo mandato (rispetto a cui – dice la Corte – la legislazione delle regioni può intervenire solo per mezzo di una "normativa interstiziale") costituisce un contraltare dell'elezione diretta del Presidente della giunta regionale, quale regola generale in tema di forma di governo regionale[42].

---

36 Sul punto si rinvia a P. Carnevale, *Il Parlamento*, in F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2025, p. 320.

37 Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64, Considerato in diritto n. 6.2.

38 Sul punto, da ultimo, cfr. P. Faraguna, *La Corte costituzionale e l'autorimessione. Teoria, prassi, prospettive*, Torino, 2025.

39 Cfr. C. Buzzacchi, *Il principio fondamentale del divieto del terzo mandato come "ponderato contraltare" dell'elezione diretta,* cit., 381.

40 Cfr. Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64, Considerato in diritto n. 7.

41 Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64, Considerato in diritto n. 7.1.

42 Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64, Considerato in diritto n. 7.2.

In questo contesto, come si sarà notato, anche nella decisione n. 64 del 2025 assume un ruolo centrale la questione dell'autoapplicabilità del principio fondamentale previsto dall'articolo 2, comma 1, lettera f), della legge n. 165 del 2004, in mancanza di un recepimento da parte della normativa regionale.

Il principio statale in questione, grazie al suo chiaro contenuto normativo, deve considerarsi immediatamente applicabile, *anche in assenza di una disciplina regionale specifica*, risultando vincolante per le regioni i cui statuti prevedano l'elezione del Presidente della Giunta a suffragio universale e diretto. L'applicabilità del principio fondamentale sancito all'art. 2, comma 1, lett. f), della legge n. 165 del 2004 si fonda, infatti, sul fatto che si tratta di una norma dettagliata inserita nella legge-cornice, volta a garantire un'esigenza di uniformità normativa su scala nazionale. Tale esigenza rappresenta, del resto, la *ratio* stessa dell'intervento del legislatore statale nelle materie indicate dal comma 3 dell'art. 117 e dal comma 1 dell'art. 122 della Costituzione, con l'obiettivo di evitare difformità nella durata del mandato presidenziale tra le varie regioni.

L'impostazione in parola risulta confermata, seppur con alcune incertezze e oscillazioni, dall'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. In un primo momento successivo alla riforma del Titolo V, infatti, la Corte appariva orientata ad escludere la legittimità costituzionale delle disposizioni di dettaglio inserite nelle leggi-cornice (Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282[43]). In tempi più recenti, tuttavia, si registrano pronunce che non hanno ravvisato profili di incostituzionalità in norme statali di dettaglio, ad esempio in materia di governo del territorio. Questo indirizzo trova ulteriore conferma nella sentenza n. 70 del 2020[44], nella quale la Corte sembra superare la tradizionale distinzione tra norme di principio e norme di dettaglio contenute nella legge-cornice.

Anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono espresse in favore dell'autoapplicabilità delle norme statali contenenti princìpi fondamentali. Con la sentenza n. 16898 del 25 luglio 2006, pronunciandosi su una controversia relativa all'ineleggibilità di un amministratore di una società partecipata dalla Regione Veneto, i giudici della Corte di Cassazione hanno riconosciuto l'applicabilità diretta delle cause di ineleggibilità previste dalla normativa statale. In tale occasione, si è sottolineato che «è l'art. 122, comma 1, della Costituzione a prevedere che le regioni disciplinino per legge i casi di ineleggibilità dei consiglieri regionali entro i limiti dei princìpi fondamentali stabiliti da una legge della Repubblica», richiamando inoltre la legge statale 2 luglio 2004, n. 165, attuativa della suddetta norma costituzionale.

---

43 Si rinvia a L. Castelli, *Salvi i principi fondamentali della legislazione statale. Corte costituzionale, 26 giugno 2002, n. 282*, in *Amministrazione in cammino*, 2002; C. Tucciarelli, *La sentenza n. 282 del 2002 della Corte costituzionale: prime interpretazioni delle disposizioni costituzionali sull'esercizio del potere legislativo delle Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 luglio 2002.

44 Su cui si veda la nota di N. Millefiori in *Pausania. Rivista di diritto urbanistico*, 9 giugno 2020.

Tutto ciò detto, tra i passaggi più complessi della decisione vi è quello successivo, ove il giudice delle leggi aderisce all'impostazione dottrinale[45] per cui il principio di cui di discorre – nonostante il suo carattere vincolante – *non* poteva considerarsi immediatamente *operativo*, sin dalla sua introduzione con legge n. 165 del 2004, «dal momento che proprio quest'[ultima] ha espressamente inteso ancorare l'applicazione del principio all'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale "sulla base della normativa regionale adottata in materia"»[46].

Sembrerebbe emergere, pertanto, a parere di chi scrive, una scissione tra applicabilità e operatività di un principio.

In sostanza, il giudice delle leggi giunge alla singolare soluzione per cui l'efficacia di un principio fondamentale è subordinata all'approvazione di una legge regionale – successiva alla riforma del 1999 – che regoli un aspetto, *qual che sia*, della disciplina in tema di elezione diretta del Presidente della Regione[47]; il che, sia consentito rilevarlo, in qualche modo depotenzia l'efficacia normativa dei principi fondamentali e la loro idoneità a vincolare tutte regioni[48]. Nel caso di specie, poi, tale statuizione si pone in frizione con il riconoscimento (affermato dalla Corte nella stessa sentenza n. 64) di un intrinseco legame della previsione di cui si discorre con numerosi "valori" di stampo costituzionale.

Ciò premesso, nell'ordinamento regionale campano il divieto del terzo mandato consecutivo è divenuto operativo con l'entrata in vigore della legge reg. Campania n. 4 del 2009, ossia con la legge elettorale, la quale in sé per sé non prevede alcuna disposizione in deroga, ed all'art. 1, comma 3, contiene un rinvio, «in quanto compatibili con la presente legge, alle altre disposizioni statali o regionali, anche di natura regolamentare, vigenti in materia».

---

45 Parrebbe aderire a tale posizione A. LAMBERTI, *La legge regionale campana sul terzo mandato? Oltre l'incertezza del diritto*, cit., p. 872.

46 Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64, Considerato in diritto n. 7.3.

47 Si legge nella sentenza – al Considerato in diritto citato alla nota precedente – che « Si tratta di un rinvio che si riferisce in termini ampi e generali alla legislazione regionale che in qualche modo si colleghi all'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e che quindi si estende dal sistema elettorale in senso stretto, «riguardante il tipo di voto e di formula elettorale e il tipo e la dimensione dei collegi» (sentenza n. 151 del 2012) alla regolamentazione del procedimento elettorale, sino a ricomprendere la disciplina delle ineleggibilità e delle incompatibilità.

In questo modo, il legislatore statale ha realizzato un compromesso tra due esigenze contrapposte parimenti avvertite durante i lavori preparatori della legge n. 165 del 2004: quella di assicurare un certo grado di autonomia regionale e quella di imporre alle regioni ordinarie di applicare il principio in esame».

48 Tale aporia è rilevata in un lavoro pubblicato poco prima che si licenziasse questo scritto, ove ben si sottolinea che così «si finisce così col riconoscere alle Regioni un potere di attivazione – e di converso di disattivazione – all'efficacia di un principio fondamentale. È un esito logicamente incoerente e giuridicamente inaccettabile, in contrasto con la funzione stessa dei principi fondamentali, che mirano a garantire un livello essenziale di uniformità normativa tra le diverse Regioni sin dal loro ingresso nel panorama giuridico» (F. FERRARO, *Il terzo mandato del Presidente della Giunta tra l'iperpresidenzialismo della forma di governo e il limite della forma repubblicana di Stato*, in *federalismi.it*, n. 24/2015, p. 99, a cui si rinvia per una più ampia ricostruzione di diversi profili teorici sottesi alla decisione della Corte costituzionale).

Viceversa, evidenzia la Corte costituzionale, la legge della Regione Campania 11 novembre 2024, n. 16, dopo vari anni, ha introdotto una specifica deroga, facendo leva sul computo dei mandati. Pertanto, alla luce della ricostruzione normativa e giurisprudenziale effettuata, la disposizione in questione viene dichiarata illegittima per violazione del principio fondamentale della materia[49]. La conseguenza concreta di tale *iter* logico è una declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 1, comma 1, della legge regionale ove prevede che ai «fini dell'applicazione della presente disposizione, il computo dei mandati decorre da quello in corso di espletamento alla data di entrata in vigore della presente legge».

Per concludere sul punto, nella sentenza si evidenzia che il legislatore campano, laddove ha previsto che, ai fini dell'applicazione della disposizione, il computo dei mandati decorre da quello in corso di espletamento alla data di entrata in vigore della legge, ha reso inapplicabile, per la prossima tornata elettorale, il principio fondamentale del divieto del terzo mandato consecutivo posto dal legislatore statale con la legge n. 165 del 2004, così violando l'articolo 122, primo comma, della Costituzione, che attribuisce al legislatore regionale il compito di disciplinare, tra l'altro, le ipotesi di ineleggibilità del Presidente della Giunta regionale nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica.

5. Il divieto di terzo mandato e la legge della provincia autonoma di Trento

Proprio il giorno della sentenza della Consulta, il Consiglio provinciale di Trento, su proposta della Lega, ha approvato un disegno di legge che intende permettere un terzo mandato consecutivo al Presidente (anche il Presidente Fugatti – come De Luca – si trova, infatti, al suo secondo mandato consecutivo). La giustificazione addotta dai sostenitori era basata sullo statuto speciale della Provincia di Trento: secondo loro, la provincia avrebbe la facoltà di regolamentare autonomamente tale delicato profilo, in virtù della sua ampia autonomia su molte materie. Questo comporta un'ulteriore questione: la possibilità che anche le altre Regioni a statuto speciale possano inserire nelle proprie normative il terzo mandato.

Nello specifico, con la legge provinciale n. 52 del 2025, la Provincia autonoma di Trento ha introdotto due modifiche all'articolo 14 della legge elettorale provinciale (legge provinciale 5 marzo 2003, n. 2). La nuova norma stabilisce che «non è immediatamente rieleggibile alla carica di Presidente della Provincia chi sia stato eletto alla carica nelle tre precedenti consultazioni elettorali e abbia esercitato le funzioni per almeno settantadue mesi anche non continuativi».

Come si può notare, questa disposizione innovativa sostituisce la disciplina precedente, ampliando il divieto di immediata rielezione al Presidente della

49 Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64, Considerato in diritto n. 8.

Provincia autonoma di Trento, estendendolo da due a tre mandati consecutivi, e innalzando il periodo minimo di esercizio delle funzioni richiesto da 48 a 72 mesi, anche se non continuativi. Di conseguenza, la modifica normativa permette a chi ha già svolto due mandati di candidarsi per un terzo incarico.

È evidente come la previsione – *prima facie* – si ponga in contrasto con la recente decisione della Corte costituzionale, che ha riconosciuto che il limite di due mandati elettivi consecutivi per la carica di Presidente della Regione costituisce un principio vincolante per tutte le Regioni a statuto ordinario. Con questa pronuncia si è chiarita definitivamente la portata del divieto per le Regioni a statuto ordinario; tuttavia, con l'adozione della legge provinciale trentina, si apre ora il dibattito sulla possibile applicabilità di tale limite anche alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome.

La potestà legislativa in materia elettorale delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano è stata attribuita tramite la legge costituzionale n. 2 del 2001. Con questa riforma, che – com'è noto – ha modificato i cinque Statuti speciali, è stata introdotta una distinzione tra lo Statuto speciale – che mantiene la sua natura di fonte costituzionale – e la regolamentazione della forma di governo e del sistema elettorale regionale e provinciale, che è invece rimessa alla libera determinazione dei Consigli regionali e provinciali. In tal modo, l'autonomia legislativa delle Regioni speciali è stata parificata a quella delle Regioni ordinarie, già rafforzata dalla legge costituzionale n. 1 del 1999, che, modificando l'articolo 123 della Costituzione, aveva conferito alle Regioni una piena potestà statutaria.

Analogamente alla potestà statutaria delle Regioni ordinarie prevista dall'art. 123 della Costituzione, anche la potestà legislativa delle Regioni speciali e delle Province autonome in materia di forma di governo e legislazione elettorale è soggetta a un regime di limiti peculiari. Questi limiti riguardano sia aspetti procedurali – come la possibilità di impugnazione governativa entro 30 giorni dalla pubblicazione della legge statutaria e l'eventuale sottoposizione a referendum regionale confermativo – sia aspetti sostanziali: nello sviluppare queste normative, le Regioni speciali e le Province autonome devono rispettare, tra l'altro, i vincoli di «armonia con la Costituzione e con i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica».

Per quanto riguarda in particolare la Provincia autonoma di Trento, tale limite è chiaramente enunciato all'articolo 47 dello Statuto speciale del Trentino-Alto Adige, così come modificato dall'articolo 4, comma 1, lettera v), della legge costituzionale n. 2 del 2001.

Alla luce di quanto ora detto, nonché dei principi di valenza generale enunciati nella decisione n. 64 del 2025, il divieto di un terzo mandato consecutivo per la carica di Presidente della Regione o della Provincia autonoma deve considerarsi, a tutti gli effetti, un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico della Repubblica in materia elettorale.

A ciò si deve aggiungere, *in primis,* che il limite di due mandati consecutivi per le cariche monocratiche di governo, nel caso di elezione a suffragio universale e diretto, deve essere riconosciuto come un principio generale di organizzazione in tutte le democrazie mature. La Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, nel suo rapporto del 2013, intitolato "*On democracy, limitation of mandates and incompatibility of political functions*"[50], ha sostenuto l'adozione di limiti ai mandati a diversi livelli, ponendo particolare attenzione alle cariche monocratiche elettive e configurandoli come uno *standard* in materia.

Inoltre, il carattere di principio del limite ai due mandati consecutivi risponde all'esigenza di assicurare uniformità nella configurazione e nella disciplina legislativa del diritto fondamentale di elettorato passivo, previsto dall'articolo 51 della Costituzione, che vieta differenziazioni di trattamento basate sul territorio[51].

La Corte costituzionale ha più volte confermato l'illegittimità di differenziazioni territoriali nella disciplina delle cause di ineleggibilità, come ribadito anche nella sentenza n. 60/2023. In quella stessa sentenza, inoltre, è stata dichiarata l'illegittimità di una legge della Regione Sardegna (e quindi di una Regione a statuto speciale) che regolava il numero massimo di mandati consecutivi dei sindaci.

Precedentemente, nella sentenza n. 143 del 2010 – avente ad oggetto la disciplina per l'elezione dei componenti dell'Assemblea regionale siciliana, così come modificata dalla legge n. 22 del 2007 – la Corte ha sottolineato che, anche nelle materie di ineleggibilità e incompatibilità alle cariche elettive, in cui le Regioni esercitano potestà legislativa primaria, deve essere rispettato il principio di uguaglianza sancito in materia elettorale dall'art. 51 della Costituzione, così che risulta fondamentale il rispetto, oltre che delle disposizioni dello Statuto, delle previsioni della Costituzione e dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica[52].

Analogamente, la sentenza n. 288 del 2007 ha evidenziato che la disciplina regionale per l'accesso alle cariche elettive deve conformarsi rigorosamente ai *principi della legislazione statale*, in virtù dell'esigenza di uniformità su tutto il territorio nazionale, data l'identità di interessi rappresentati da Comuni e Provin-

---

50 Reperibile su *www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2012)027rev-e*

51 Sul punto si rinvia ancora a F. Pagano, *Il divieto di svolgimento di un terzo mandato consecutivo per i Presidenti delle regioni alla luce delle previsioni dello Statuto speciale siciliano*, cit., il quale saggiamente – nell'ambito di una riflessione generale, ma che ovviamente tiene conto della peculiare situazione siciliana – giunge ad evidenziare che «la circostanza che la medesima causa di ineleggibilità sia contenuta tanto nella legge quadro del 2004 che nello Statuto speciale della Regione Siciliana è un chiaro sintomo della sua natura di principio unitario, correlato agli articoli 3, 5 e 51 Cost. e, di conseguenza, immediatamente applicabile all'insieme delle autonomie, ordinarie e speciali, che compongono la Repubblica».

52 Cfr. Corte cost., 23 marzo 2010, n. 143, Considerato in diritto n. 4.1. Sul punto si veda G. Perniciaro, *La censura della Corte sul cumulo dei mandati: un monito anche per il "giudice" parlamentare?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 luglio 2010.

ce, indipendentemente dalla Regione di appartenenza. Il che significa che, nel regolare le cause di ineleggibilità e incompatibilità per le elezioni locali, anche le Regioni speciali devono garantire il rispetto del diritto di elettorato passivo in condizioni di sostanziale uguaglianza su tutto il territorio nazionale.

Pertanto, la Corte costituzionale ha più volte riconosciuto che l'articolo 51 Cost. rappresenta una garanzia generale di un diritto politico fondamentale, riconosciuto a ogni cittadino con il carattere di inviolabilità (come previsto dall'art. 2 Cost.). Si tratta di un diritto intangibile nel suo valore, che può essere regolato soltanto da leggi generali e limitato esclusivamente per la tutela di altri interessi costituzionali fondamentali, senza introdurre discriminazioni sostanziali tra cittadini a seconda della Regione o del luogo di residenza[53].

Tutte queste considerazioni convergono nell'affermare che il divieto del terzo mandato rappresenta un principio generale dell'ordinamento della Repubblica, vincolante anche per le Regioni speciali, in materia di elezione diretta di cariche monocratiche di governo. Tale principio costituisce un imprescindibile e inderogabile bilanciamento tra il diritto di elettorato passivo e il principio democratico.

Proprio sulla base di tali presupposti, nel maggio del 2025, il Consiglio dei ministri ha impugnato la legge trentina sul terzo mandato consecutivo. La decisione è stata anticipata da una forte polemica politica all'interno della maggioranza, dato che la Lega ha storicamente sostenuto – stante il suo forte radicamento territoriale – la possibilità di un terzo mandato (per di più, in Trentino è proprio un esponente della Lega, Maurizio Fugatti, a mirare a un terzo mandato)[54].

La decisione della Corte costituzionale, fissata per il prossimo 5 novembre, è pertanto molto attesa ed avrà delle ripercussioni anche sul futuro assetto politico del Friuli-Venezia Giulia, trattandosi di una Regione a statuto speciale il cui presidente, ora al secondo mandato, non ha celato di aspirare a un terzo[55].

6. Conclusioni

Provando a tirare le fila di quanto sostenuto nelle pagine che precedono, il principio stabilito dall'articolo 2, comma 1, lettera f), della legge n. 165/2004, che vieta un terzo mandato consecutivo per i Presidenti della Giunta regionale, va considerato ormai come un principio fondamentale riguardante il sistema elettorale e i casi di ineleggibilità del Presidente. Tale principio risponde all'esigenza di evitare la concentrazione e la personalizzazione del potere.

---

53 Cfr. Corte cost., 13 gennaio 1988, n. 235.

54 Tuttavia, secondo le prime informazioni emerse, durante il Consiglio dei ministri i rappresentanti del partito leghista si sono espressi contrariamente a questa posizione.

55 S. Filippi, *Riflessioni su elezione diretta dei sindaci e limitazione al numero di mandati consecutivi, a partire dalla giurisprudenza costituzionale recente*, cit., p. 166.

Il tema del limite dei mandati a livello regionale ha mostrato nel tempo un sistema dell'autonomia regionale schizofrenico[56], in quanto territorialmente frammentato e diversificato con riferimento al principio cardine della limitazione del potere di vertice direttamente eletto[57].

Questa conclusione si sarebbe potuta evitare se si fosse superato l'equivoco creato dalla giurisprudenza. In realtà, il problema della diretta applicabilità del limite non è insormontabile, se si muove dall'esigenza di evitare una diversificazione normativa sul territorio italiano. In particolare, come ha già sottolineato la Corte costituzionale, la qualificazione formale della norma come principio non ne esclude la percettività. Al contrario, ne deriva che l'interesse tutelato dal principio debba restare unitario e non possa essere frammentato dalle diverse normative regionali[58].

Un intervento della Corte non avrebbe – e non potrebbe avere – il potere di eliminare, in un sol colpo, le asimmetrie sorte nel tempo a causa delle interpretazioni ambigue del principio da parte dei legislatori regionali, né potrebbe colmare il vuoto normativo derivante dall'inattività dei vari Governi succedutisi durante i ricorsi[59].

Ci si può dunque chiedere se non sia opportuno costituzionalizzare il limite del divieto di terzo mandato, affiancandolo alla previsione dell'elezione diretta del Presidente della giunta di cui all'art. 122, quinto comma, Cost. Un simile intervento non solo avrebbe il pregio di riportare il limite alla sua ragion d'essere come elemento fondamentale della forma di governo, in linea anche con le recenti statuizioni del giudice delle leggi, ma costituirebbe anche una solida garanzia per la sua effettiva applicazione, proteggendolo da eventuali modifiche future da parte del legislatore nazionale (che pure si sono affacciate di recente nel dibattito pubblico) o da possibili *revirement* da parte della stessa giurisprudenza[60].

Lo stesso, d'altro canto, è stato fatto di recente in occasione del disegno di legge costituzionale sul c.d. "premierato": nonostante il testo originario non lo prevedesse, nel corso dell'esame al Senato, un limite al numero di mandati è stato previsto anche per il Presidente del Consiglio eletto direttamente. Il testo della riforma costituzionale prevede ora il limite di due legislature consecutive, ma vi è la possibilità che diventino tre nel caso in cui, nelle legislature precedenti, il Presidente del Consiglio abbia ricoperto l'incarico per un periodo di tempo inferiore a sette anni e sei mesi[61].

---

56 A. Arghittu, *"Non c'è due senza tre (e il quattro vien da sé)"*, cit., p. 41.

57 M. Raveraira, *Le leggi elettorali regionali,* cit., p. 45.

58 A. Morrone, *Fonti normative,* Bologna, 2022, p. 211.

59 A. Arghittu, *"Non c'è due senza tre (e il quattro vien da sé)"*, cit., p. 45.

60 *Ibidem.*

61 L'art. 5, A.C.1921, come risultante dalle modifiche approvate in prima lettura dal Senato, prevede ora che: «Il Presidente del Consiglio è eletto a suffragio universale e diretto per cinque anni, per non più di due legislature consecutive, elevate a tre qualora nelle precedenti abbia ricoperto l'incarico per un periodo inferiore a sette anni e sei mesi. Le elezioni delle

Secondo alcuni, se quest'ultima ipotesi si verificasse, il Presidente del Consiglio potrebbe rimanere in carica fino a un massimo di dodici anni e mezzo, e «potrebbe forse rappresentare una pericolosa oscillazione nella direzione di una personalizzazione estrema del ruolo e della figura del Presidente del Consiglio»[62]. D'altra parte, però, proprio nella sentenza n. 64 del 2025 si lasciano degli «spazi interstiziali» di competenza regionale (che possono consistere anche nell'individuazione della durata dei mandati rilevanti ai fini del computo, in caso di scadenza anticipata)[63] che non ledono il ragionevole equilibrio – tra democraticità, diritto di elettorato passivo e correttezza delle procedure elettorali – individuato nel limite del secondo mandato.

Ad ogni modo, per concludere, senza volgere lo sguardo alla patologia e comunque consapevoli che talvolta dietro modifiche costituzionali di tal fatta si nasconde una certa semplificazione del metodo democratico[64], si può forse ritenere che avere introdotto anche nella riforma costituzionale in discussione presso le Camere – sebbene problematica sotto altri aspetti – il limite dei mandati sia stata un'innovazione positiva all'esito della prima lettura, in linea con quello che sembra oramai profilarsi sempre più come un connubio necessario, quale quello tra elezione diretta e limitazione della durata della carica.

Camere e del Presidente del Consiglio hanno luogo contestualmente».

62 S. Filippi, *Riflessioni su elezione diretta dei sindaci e limitazione al numero di mandati consecutivi, a partire dalla giurisprudenza costituzionale recente*, cit., p. 166.

63 Cfr. Corte cost., 9 aprile 2025, n. 64, Considerato in diritto n. 7.3.

64 Si vedano in questo senso le condivisibili riflessioni di C. Buzzacchi, *Il principio fondamentale del divieto del terzo mandato come "ponderato contraltare" dell'elezione diretta*, cit., p. 373.

SEZIONE II

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Filippo Pizzolato
Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Padova
filippo.pizzolato@unipd.it

L'iniziativa dei cittadini in Europa e l'enigma del popolo europeo

The citizens' initiative in Europe and the enigma of the European people

Sintesi

Il saggio si propone di analizzare gli elementi di fragilità dell'iniziativa dei cittadini europei, mostrandone le cause più contingenti, legate alla disciplina normativa, e le ragioni strutturali, identificate nell'aporeticità del concetto di popolo europeo.

Abstract

This essay aims to analyze the weaknesses of the European Citizens' Initiative, highlighting its more contingent causes, linked to legislative discipline, and structural reasons, identified in the enigmatic nature of the concept of European People.

PAROLE CHIAVE: Iniziativa europea – Popolo europeo – Democrazia europea – Pluralismo – Deficit democratico

KEYWORDS: European Initiative – European People – European Democracy - Pluralism - Democratic Deficit

INDICE: 1. Introduzione: le criticità del tema. – 2. L'attualità della questione e la democrazia frattale. – 3. Le caratteristiche e i limiti dell'ICE. – 4. Perduranza e significato dell'esclusiva della Commissione. – 5. Qualche nota problematica in conclusione.

1. Introduzione: le criticità del tema

Affrontare il tema dell'iniziativa legislativa popolare comporta di entrare in un terreno irto di asperità. Oltre tutto con la sgradevole e disincentivante sensazione che quel terreno non nasconda tesori meritevoli di tale affannosa ricerca. Questo vale per la sfera nazionale, laddove alla ben nota inefficacia dell'iniziativa legislativa popolare si affianca l'altrettanto famigerato e deprecato fenomeno, più generale, della fuga dalla legge come strumento privilegiato di disciplina degli ambiti più delicati e importanti dei rapporti sociali[1]. Di questa doppia crisi non manca una corrispondente fenomenologia a livello europeo, seppur diversamente caratterizzata per la peculiarità di scala e di natura giuridica dell'organizzazione sovranazionale. Una vera e propria iniziativa popolare

1 Di «de-formalizzazione della legge» ha recentemente scritto P. Costa, *L'irragionevole precarietà della legge: un vizio di legittimità costituzionale?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2025, p. 71.

non esiste nell'ordinamento comunitario[2], dove, a rigore, nemmeno esiste un popolo che sia *uno*[3]. Non è una mera coincidenza che mai i Trattati istitutivi menzionino *il* popolo europeo, al singolare, ancorché in più punti si riferiscano ai «cittadini dell'Unione»[4]. Nemmeno esiste, in senso formale, la legge europea, non solo per il fallimento del progetto di costituzione europea[5], ma anche per le caratteristiche specifiche del complesso organo legislativo comunitario. E tuttavia, l'art. 14.1 TUE attribuisce al Parlamento europeo, congiuntamente al Consiglio, l'esercizio, tra le altre, della «funzione legislativa». E l'aggettivo "legislativo/a" ricorre con grande frequenza nei Trattati.

Insomma, già il lessico normativo sembra tradire un equilibrismo imbarazzato, in cui si allude a qualcosa (a un popolo e a una legge), che non si può (ancora?) nominare. Poste queste premesse, può aversi l'impressione che lo strumento dell'iniziativa popolare europea sia stato accolto, al momento della sua introduzione, con un qualche eccesso di enfasi e di aspettative, tanto dalle istituzioni comunitarie, quanto dalla dottrina[6]. A questa prima ricognizione superficiale, lo strumento, apparentemente di portata limitata, prospetta allo sguardo una mappa non incoraggiante di problemi.

2. L'attualità della questione e la democrazia frattale

Pur segnata da queste criticità, la questione merita attenzione, perché appare non cristallizzata e anzi aperta a possibili evoluzioni. Poiché la democraticità per l'Europa è (ancora), in qualche modo, una conquista, a confronto delle (post)democrazie nazionali, l'avvento possibile di un ruolo più incisivo per il popolo o per i cittadini europei nell'impulso all'attività legislativa riscuote un certo interesse. Insomma, l'iniziativa legislativa popolare è un invitante pertugio da cui guardare all'evoluzione (o magari all'involuzione) dell'Unione Europea in rapporto al principio democratico.

Che il procedimento legislativo, per come è oggi strutturato, sollevi problema, a partire proprio dal momento dell'impulso, e sia riguardato con intenzione riformista è confermato da un passaggio, apparentemente risoluto, di una recente (27 maggio 2025) *lectio magistralis* sul tema eloquente "Il futuro dell'Europa è nelle mani degli Europei", tenuta alla Fondazione Collegio Europeo di Parma dalla Presidente del Parlamento europeo R. Metsola: «se vogliamo

2 Un confronto tra iniziativa popolare, ex art. 71 Cost., e "iniziativa" a livello europeo è condotto da P. Vipiana, *L'iniziativa dei cittadini europei e l'iniziativa legislativa popolare nell'ordinamento italiano: due istituti a confronto*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020, p. 553 ss..

3 Più aperta la valutazione di N. Rodean, *Iniziativa partecipativa in Europa: un passo verso la democrazia costituzionale*, in *Politica del diritto*, 3/2014, pp. 474 e 483. L'A. usa la formula del «*demos* appartenente a molteplici *demoi*» (*ibidem*, p. 484).

4 Articoli 10.4, 11.4, 14.2 e 35 del Tue; articoli 20.2, 170.1 del TFUE; art. 12.2 della Carta dei diritti, a proposito dei partiti, e art. 15.3.

5 Si noti che l'art. 11, comma 4, TUE riprende letteralmente il testo dell'art. I-47 del Trattato costituzionale.

6 V. ad es., pur non senza sfumature, N. Rodean, *Iniziativa partecipativa*, cit., pp. 473 e 494.

un'Unione Europea davvero democratica e reattiva, è il momento di rafforzare il diritto d'iniziativa legislativa del Parlamento». Il tema dell'iniziativa popolare si affianca e parzialmente si sovrappone a questa perorazione dell'iniziativa legislativa del Parlamento europeo, riguardato, più che come singoli parlamentari europei, come organo che decide a maggioranza, forse per il rischio di evitare un congestionamento di proposte e a garanzia della trasversalità. Non è questa della Presidente del Parlamento europeo un'invocazione nuova[7]. Essa, oltre a risuonare da tempo nel dibattito sull'assetto istituzionale comunitario, è già stata oggetto di risoluzioni parlamentari. La più recente proposta del Parlamento europeo prevedeva una riformulazione dell'art. 225 TFUE, eliminando di fatto l'attuale potere di mera "pre-iniziativa" legislativa e sostituendolo con un potere di iniziativa diretta[8].

L'introduzione, la riforma e l'ulteriore prospettato rafforzamento dell'Iniziativa dei Cittadini Europei (ICE) si collocano in una prospettiva di fondo comune, come vie cioè, alternative o complementari, tese a sfumare o a ridurre il tradizionale, lamentato deficit di democraticità europea[9]. Iniziativa legislativa popolare e dei parlamentari coesistono nello Stato costituzionale democratico. Tale genere di rivendicazioni, a vantaggio del Parlamento o dei cittadini europei, sembra manifestare la volontà di ripercorrere una traiettoria di democratizzazione sul modello di quella nazionale, secondo un'immagine frattale di democraticità. Si tratta di un'idea non scevra di criticità, perché tende a sottostimare l'impatto dell'attributo, formalmente statale, della sovranità[10] e del duplice circuito di legittimazione dell'Unione Europea[11].

Allo stato attuale, a livello comunitario, né i cittadini dell'Unione, ma nemmeno le loro rappresentanze parlamentari, nazionali ed europea, possono

---

7 Una rassegna delle proposte in F. MARTINES, *Proposte per accrescere la legittimità democratica del processo decisionale dell'Unione: il riconoscimento al Parlamento europeo di un diritto d'iniziativa legislativa diretto rafforzato*, in *federalismi.it*, 6/2022, p. 40 ss..

8 Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2023 sui progetti del Parlamento europeo intesi a modificare i trattati (2022/2051), punti 4-5. Su questa proposta, un ampio commento critico in S. VILLANI, *L'iniziativa legislativa del Parlamento europeo:* mission impossible*?*, in *Eurojus*, 2/2024, pp. 103 e 112 ss.. L'A. mette in luce (p. 113 ss.) gli elementi di debolezza di queste proposte in punto dei riflessi sugli equilibri istituzionali e argomenta a favore del rafforzamento della pre-iniziativa (p. 115 ss.). Le proposte del PE trascurano «il valore della concertazione a tutti i livelli nell'elaborazione degli atti, in ossequio al principio della leale cooperazione istituzionale che, specialmente in tempi recenti, ha contribuito a segnare il passaggio da un sistema istituzionale apparentemente ingessato ad una struttura poliedrica orientata ad un agire concordato tra le istituzioni coinvolte nel processo decisionale» (*ibidem*, p. 120).

9 A. SANTINI, *L'iniziativa dei cittadini europei. Quale contributo alla legittimità democratica dell'Unione?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 14 ss.; P. VIPIANA, *L'iniziativa dei cittadini*, cit., p. 563.

10 Una riflessione collettanea sulle criticità di fondo di questa pretesa di riproposizione degli istituti di democrazia sorti in contesto statale in S. CHIGNOLA-G. DUSO (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, Milano, Franco Angeli, 2005; nonché G. DUSO, *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei cittadini*, Milano, Franco Angeli, 2022, p. 239 ss.. Avvertenze circa i rischi di una mera riproposizione anche in F. MARTINES, *Proposte per accrescere*, cit., p. 29.

11 F. MARTINES, *Proposte per accrescere*, cit., p. 50 ss..

presentare, se non per casi delimitati[12], progetti di iniziativa legislativa. Al di là del dato formale della carenza di attribuzioni, l'assenza di una diretta iniziativa popolare europea e dei parlamentari europei è stata ritenuta frutto di una debolezza strutturale dei partiti politici europei[13], che sono spesso indicati come la condizione politica affinché queste riforme possano trovare un terreno propizio su cui radicarsi. Ciò nondimeno tale correlazione merita di essere problematizzata. La debolezza dei partiti europei è, da un lato, un impedimento che si potrebbe ritenere congiunturale e superabile, nella prospettiva di un'azione collettiva transnazionale in chiave partecipativa: da questo punto di vista, non basterebbe che attendere e favorire il loro consolidamento su scala europea[14]. In tale direzione sembra inserirsi la lettera dell'art. 10.4 TUE, che attribuisce ai partiti la potenzialità e il compito di contribuire «a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione». D'altro lato, però, la genesi e l'involuzione dei partiti, nel contesto statale, inducono a nutrire qualche dubbio più strutturale sulla (in)adeguatezza dello strumento a esprimere la partecipazione dei cittadini (europei), posto che i partiti hanno da tempo spostato il loro terreno d'azione pressoché interamente nello spazio istituzionale, partecipando alla riduzione del pluralismo politico fino alla singolarità del volere sovrano[15]. Essi agiscono, in tal senso, come «organi dello Stato, parti essenziali della totalità statale»[16], proiettati entro quella sfera rappresentativa che non è certo stata un'arena partecipativa e che, strutturalmente, si vorrebbe anzi separata rispetto alla conflittualità sociale. Se stiamo alla parabola statale, i partiti agiscono ormai integralmente nella sfera della rappresentanza e sono inidonei a esprimere la pluralità e, ancor più, a garantire la partecipazione dei cittadini (europei). Essi non rispecchiano parti differenziate nell'unità politica, ma operano come strumenti tra loro in concorrenza per la determinazione della volontà singolare del potere. Non si comprende come la costituzione su scala europea possa permettere di superare questo dato, ormai piuttosto consolidato. Lo sviluppo della democraticità non sembra quindi, nella migliore delle ipotesi, riducibile alla strutturazione di partiti di scala europea, non a caso, peraltro, assai lontana dal compiersi, proprio per l'allignamento dei partiti entro l'ambiente statale.

---

12 Si v., anche in prospettiva diacronica, E. GIANFRANCESCO, *La Commissione nel quadro istituzionale dell'Unione: una ricognizione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9/2012, p. 16 ss..

13 Uno studio approfondito sul tema è di G. GOTTI, *La democrazia e i partiti politici nell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025, p. 129 ss., in cui questa correlazione tra rafforzamento degli istituti partecipativi e consolidamento di partiti europei emerge chiaramente. In precedenza, tra i primi, G. GRASSO, *Democrazia interna e partiti politici a livello europeo*, in *Politica del diritto*, 2010, p. 609 ss..

14 …è la direzione verso cui muove G. GOTTI, *La democrazia e i partiti politici*, cit., pp. 165 e 248.

15 G. DUSO, *Reinventare la democrazia*, cit., p. 143 ss..

16 *Ibidem*, p. 146.

A monte, si trova il problema, di portata teorica ed implicazioni pratiche notevoli, dell'inesistenza – non solo nominale - di *un* popolo comunitario, se è vero che i Trattati fanno sempre riferimento testuale *ai popoli*, al plurale. In uno dei passaggi più noti della sentenza Maastricht del 1993 della Corte Costituzionale tedesca si legge infatti che «der Unionsvertrag begrundet einen Staatenverbund zur Verwirklichung einer immer engeren Union der – staatlich organisierten – Volker Europas, keinen sich auf ein europaisches Staatsvolk stutzenden Staat» (BVerfGE 89, 156).

Questa mancanza incide evidentemente sui presupposti dell'iniziativa popolare. Ciò non vale a togliere dalla scena una dimensione possibile di unità, ancorché pluralisticamente articolata, se è vero che si parla di Europa al singolare, ciò che presuppone il riconoscimento, appunto, di un'identità condivisa[17]. E, ancor più, se è vero che si fa ricorso positivo alla categoria di cittadinanza (europea), benché in aggiunta necessaria a una (cittadinanza) nazionale[18]. Come possono agire cittadini di un'unità politica non costituita in forma di popolo?

Se quello di popolo è essenzialmente un concetto giuridico, allora non si può, seguendo lo stesso criterio, non prendere atto che l'ordinamento giuridico introduce la categoria di cittadinanza europea[19]. Ciò porta a dire che i cittadini non sono tali in riferimento necessario a un'unica sfera istituzionale (sovrana). E questo, in verità, vale anche per la cittadinanza costituzionale che abbraccia – nei principi costituzionali, ma non nella legge - dimensioni sociali e territoriali di un popolo pluralisticamente articolato[20]. Il popolo, giuridicamente, è l'insieme dei cittadini di uno Stato: anche nell'ordinamento italiano, si può cogliere una sorta di scarto tra un'accezione costituzionale di popolo, aperta, perché legata alla partecipazione e al lavoro e articolata pluralisticamente, e una legislativa che dovrebbe fissare il confine, tra il dentro e il fuori, della cittadinanza, tendendo il più coerentemente possibile all'assiologia costituzionale. A livello comunitario, si assiste, in fondo, a uno scarto simile, e tuttavia meno definito e più largo, tra un'immagine di cittadinanza europea e la definizione statale dei confini delle cittadinanze nazionali, porte d'accesso a quella sovranazionale.

Se si indugia sulla comparazione con il livello costituzionale, e con quello italiano nello specifico, le rappresentanze politiche territoriali (i Consigli regionali) possono avanzare progetti di legge statale. E, per l'iniziativa popolare, non

17 H. Lindahl, *Sovereignty and Representation in the European Union*, in N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford and Portland, Bloomsbury, 2006, pp. 102-103 («unity cannot be generated from plurality without already presupponing unity») e 113. Per l'A., questa unità presenta un carattere rappresentativo, in quanto la sua determinazione è oggetto di una pretesa dei Paesi fondatori.

18 Sui cui caratteri peculiari, v. S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione Europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, Giuffré, 2002, p. 236 ss..

19 Una considerazione simile in G. Gotti, *La democrazia e i partiti politici*, cit., p. 33.

20 Sullo scarto tra cittadinanza costituzionale e cittadinanza secondo la legge, v. M. Cuniberti, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997; F. Pizzolato, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma, Carocci, 2020, p. 69.

sono previsti requisiti di distribuzione territoriale dei sottoscrittori. Ciò nondimeno, nel caso nazionale, si tratta di collettività facenti parti di un unico popolo statale, per quanto pluralisticamente articolato, non essendo configurabile un popolo regionale. Nella sentenza 192 del 2024, la Corte costituzionale lo ha rimarcato con risolutezza: «Il popolo e la nazione sono unità non frammentabili. Esiste una sola nazione così come vi è solamente un popolo italiano, senza che siano in alcun modo configurabili dei "popoli regionali" che siano titolari di una porzione di sovranità (sentenza n. 365 del 2007). L'unità del popolo e della nazione postula l'unicità della rappresentanza politica nazionale. Sul piano istituzionale, questa stessa rappresentanza e la conseguenziale cura delle esigenze unitarie sono affidate esclusivamente al Parlamento e in nessun caso possono essere riferite ai consigli regionali (sentenza n. 106 del 2002)»[21].

La totalità nazionale è costitutiva de – e costituita da - il popolo, mentre quelle territoriali ne sono espressioni parziali o partizioni. A livello europeo è vero piuttosto l'inverso. Non essendoci un vero e unitario popolo comunitario, l'iniziativa legislativa dei cittadini europei fa i conti con la difficoltà di bilanciare, in qualche modo, l'impulso proveniente da (rappresentanti di) popoli nazionali o da frazioni di popoli. Ed è quanto fa in effetti, la disciplina relativa all'ICE. Sul piano nazionale, invece, può sussistere un'iniziativa di cittadini che sia una generica frazione dello stesso.

3. Le caratteristiche e i limiti dell'ICE

Uno degli strumenti più innovativi di partecipazione dei cittadini europei e dei popoli plurali al procedimento legislativo europeo è l'ICE, introdotta dal Trattato di Lisbona[22]. Le due legittimazioni dell'UE si rispecchiano in questo strumento. L'articolo 11.4 del Trattato sull'Unione europea stabilisce, infatti, che un milione di cittadini europei, appartenenti ad un significativo numero di Stati membri, possano invitare la Commissione a presentare, nell'ambito delle sue attribuzioni[23], una proposta su materie per le quali ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei Trattati. L'articolo 24.1fiTFUE prevede che leficondizioniffle le procedure per l'esercizio dell'iniziativa popolare, incluso il numero minimo di Stati membri cui devono appartenere i cittadini promotori, siano disciplinate da regolamentifiadottati dal Parlamento europeo e dal Consiglio, secondo lafiprocedura legislativa ordinaria.

Se nella Costituzione italiana l'iniziativa legislativa popolare è prevista in uno degli articoli (71 ss.) che regolano il procedimento legislativo, e non negli articoli (48 ss.) riguardanti i diritti politici, l'iniziativa dei cittadini europei è

21 V. anche sent. 183 del 2018.

22 Su cui, tra le tante opere, si segnalano i lavori, più sistematici, di R. Mastroianni, A. Maffeo (a cura di), *L'iniziativa dei cittadini europei*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; A. Santini, *L'iniziativa dei cittadini europei*, cit., p. 71 ss..

23 Sui riflessi di questo limite, si v. ad esempio P. Zicchittu, *Un nuovo limite al diritto di iniziativa dei cittadini dell'Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, p. 133 ss..

prevista nelle disposizioni dei Trattati riguardanti i principi democratici cui si ispira l'Unione europea (artt. 9 ss. TUE) e la cittadinanza dell'Unione (art. 24 TFUE)[24], mentre non è menzionata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

L'attuazione, a seguito di un procedimento di consultazione condotta dalla Commissione europea, è avvenuta per mezzo del Regolamento UE n. 211/2011, poi abrogato, con effetto dall'1 gennaio 2020, dal Regolamento 2019/788 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, riguardante l'iniziativa dei cittadini europei[25]. Alla luce di questa attuazione, l'ICE consente a un milione di cittadini europei, che abbiano l'età per votare alle elezioni europee (in alcuni Paesi basta aver compiuto 16 anni) e provenienti da un quarto degli Stati membri, di chiedere alla Commissione di presentare una proposta legislativa in un settore di sua competenza. Ad avviare l'iniziativa è necessario un gruppo di organizzatori di almeno 7 cittadini dell'UE *residenti* in 7 Paesi diversi. Entro 6 mesi dalla data di registrazione dell'Iniziativa è necessario avviare la raccolta delle firme, per la quale ci sono 12 mesi di tempo.

La proposta va incontro alla registrazione da parte della Commissione, sempre che «nessuna parte dell'iniziativa esul(i) manifestamente dalla (sua) competenza di presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei trattati» (art. 6.3 reg. 2019/788); quindi, alla presentazione nel corso di un'audizione pubblica al Parlamento europeo[26]; e, infine, entro sei mesi, all'esposizione motivata da parte della Commissione dell'eventuale azione che intende intraprendere a seguito dell'Iniziativa: le «conclusioni giuridiche e politiche relative all'iniziativa, l'azione che intende intraprendere e i suoi motivi per intervenire o meno» (art. 15.2). La Commissione non è tenuta a dare seguito all'iniziativa dei cittadini e gode, soprattutto nella fase di valutazione, di ampia discrezionalità. Essa può ritenere opportuno adottare un atto giuridico, iniziando la predisposizione di una proposta formale che sarà presentata al Parlamento e al Consiglio dell'UE; ma potrebbe ritenere più opportuno e rispondente alle istanze sollevate dare seguito mediante un'iniziativa non di natura legislativa[27]; o non dare seguito alcuno.

---

24 Sottolinea l'importanza di tale collocazione A. Santini, *L'iniziativa dei cittadini europei*, cit., p. 78 ss..

25 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0788

26 R. Palladino, *Equilibrio istituzionale e modelli di partecipazione democratica. Considerazioni in vista della Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 376: «Più incisivo è il ruolo del Parlamento europeo nella fase dell'audizione pubblica, atteso che a tale istituzione è assegnata la responsabilità dell'organizzazione e la garanzia della "rappresentanza equilibrata dei pertinenti interessi pubblici e privati". La nuova formulazione dell'art. 14 del regolamento 2019/788 sottrae, così, l'audizione pubblica all'influenza della Commissione europea».

27 Come è stato notato (P. Vipiana, *L'iniziativa dei cittadini*, cit., p. 555), «l'iniziativa dei cittadini europei si configura come una mera proposta che le istituzioni dell'UE adottino un atto giuridico, senza la possibilità per essi di precisare la formulazione di quest'ultimo; al contrario l'iniziativa legislativa popolare italiana consiste nella presentazione di un progetto di legge ossia di un testo contenente la disciplina che i firmatari vorrebbero fosse approvata dalle

Non è necessario ripercorrere in maggiore dettaglio i contenuti di questo strumento. È sufficientemente chiaro come questo non costituisca un vero e proprio potere di iniziativa, ma possa dar corso a una richiesta, ancorché rafforzata, di attivazione di un'iniziativa[28]. Essa rimane ciò nondimeno distinta, a livello europeo, dalla petizione, per il potenziale interattivo della prima rispetto alla seconda[29]. Anche in relazione alla prassi sviluppata, l'ICE è diventata lo strumento (*ultra vires*) su cui alcuni cittadini proponenti hanno tentato, in mancanza di canali più efficienti, di riversare – per lo più senza successo – desideri di riforma profonda dell'indirizzo politico europeo o almeno di esprimerli[30].

La Commissione europea mantiene un ruolo determinante, articolato nel doppio momento della registrazione e dell'esame dell'eventuale seguito da dare all'ICE[31]. Essa gode pertanto di ampia discrezionalità[32], anche se la Corte di Giustizia tende a affermare un controllo più incisivo, in termini di oneri di motivazione, soprattutto per quanto riguarda la fase della registrazione[33].

Ancora: va annotata la "transnazionalità" come significativa caratteristica dell'iniziativa europea[34], per la provenienza degli organizzatori, residenti in Stati diversi, e soprattutto per la sottoscrizione di almeno un milione di cittadini

---

Camere, il quale è redatto in articoli e accompagnato da una relazione illustrativa». Per l'A. (p. 554), «l'iniziativa dei cittadini europei suggerisce l'adozione di un atto giuridico dell'UE ritenuto necessario ai fini dell'attuazione dei Trattati, ma non viene specificata la natura di tale atto, che potrebbe essere di vari tipi fra cui anche un atto rilevante come un regolamento o una direttiva; invece l'iniziativa legislativa popolare in Italia sollecita l'approvazione di una legge cioè di un ben preciso atto normativo di grado primario».

28 Il Comitato delle Regioni ha ravvisato un conflitto di interessi nel ruolo duplice svolto della Commissione nell'ICE: «L'attuale conflitto di interesse della Commissione sta gravemente nuocendo all'efficacia dell'ICE nel promuovere la partecipazione e la fiducia dei cittadini: la Commissione, infatti, deve essere allo stesso tempo un organo chiave per la messa a disposizione di informazioni e una struttura di sostegno per le ICE, è il principale interlocutore per la presentazione delle iniziative e decide in merito alla loro registrazione e ammissibilità» (2018/C 247/10).

29 A. Santini, *L'iniziativa dei cittadini europei*, cit., p. 118; P. Vipiana, *L'iniziativa dei cittadini*, cit., p. 560. Avvicina i due strumenti N. Rodean, *Iniziativa partecipativa*, cit., p. 485.

30 In questo senso, v. la decisione dell'Ombudsman europeo al termine di un'indagine di propria iniziativa (OI/9/2013/TN). Per la Mediatrice E. O'Reilly (https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/it/59205), «in termini di risultati sostanziali del processo ICE, la presentazione di una proposta legislativa da parte della Commissione non dovrebbe essere l'unica misura del successo. Mentre questo è ciò che gli organizzatori di un'ICE, a prima vista, cercano di raggiungere, il Mediatore ritiene che il processo stesso sia di grande importanza» (punto 20). Tale posizione è valorizzata da A. Santini, *L'iniziativa dei cittadini europei*, cit., pp. 175, 200-201 e 226.

31 R. Palladino, *Equilibrio istituzionale*, cit., p. 372.

32 R. Palladino, *Equilibrio istituzionale*, cit., p. 373: «Connaturata all'autonomia che contraddistingue questa istituzione, come portatrice dell'interesse generale dell'Unione europea, e al ruolo ad essa assegnato nell'assetto ordinamentale dell'UE, è la valutazione di opportunità che la Commissione effettua in relazione alla eventuale presentazione di una o più proposte di atto giuridico dell'Unione in risposta all'iniziativa dei cittadini». A conferma di tale perdurante centralità, v. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 dicembre 2019, *Patrick Grégor Puppinck e a. c. Commissione europea*, causa C-418/18 P, punti 62-63.

33 G. Gotti, *La democrazia e i partiti politici*, cit., p. 97 ss..

34 N. Rodean, *Iniziativa partecipativa*, cit., p. 484.

«che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri». Tale requisito conferma l'impensabilità di un singolare *demos* europeo e avvalora l'idea della partecipazione necessaria di una pluralità di *demoi* compresi nella cittadinanza europea. I cittadini europei possono agire, per quanto in fase propositiva, se organizzati secondo una versione almeno parziale della pluralità dei popoli nazionali. Al contempo, il dialogo che l'ICE intesse tra cittadini e istituzioni comunitarie permette di aggiungere un elemento di "sovranazionalità" all'architettura istituzionale europea[35].

Resta da considerare, al di là delle limitazioni procedurali ripercorse sinteticamente, e che potrebbero astrattamente essere superate con riforme, la fragilità di fondo e più strutturale di uno strumento che "pretenderebbe" di incanalare un flusso partecipativo proveniente da singoli cittadini europei di Paesi diversi in assenza del coinvolgimento di vettori che potrebbero veicolare e organizzare tale partecipazione (ad esempio: i partiti politici europei, o il CESE, che pure può adottare, anche di sua iniziativa, pareri, o il Comitato delle Regioni). Invero, il CESE, in un parere reso (il 14.7.2010) sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'iniziativa dei cittadini, ha sottolineato un suo possibile ruolo di «"catalizzatore" delle nascenti iniziative dei cittadini, che consenta a questi ultimi di collegarsi tra loro ed eventualmente incontrarsi»[36].

Come via di costituzione di un popolo europeo, l'ICE appare, in sé considerata, impervia, se non proibitiva, nella misura in cui difficilmente si può immaginare che il popolo europeo possa venire ad esistenza nella forma della sommatoria di individui irrelati, al di fuori cioè di una strutturazione pluralistica[37]. Non per caso, già adesso, essa esige la strutturazione dei proponenti per appartenenze, identificate negli Stati, come se questi fossero le uniche parti significative a comporre e a permettere l'espressione dell'unità europea. Così progettata, però, questa articolazione per Stati rischia di invitare a banchetto dell'ICE, per così dire, proprio i nemici più accaniti della prospettiva del popolo europeo.

4. Perduranza e significato dell'esclusiva della Commissione

Posti i caratteri e i limiti attuali dell'ICE[38], va riconosciuta la perdurante, sostanziale esclusiva dell'iniziativa legislativa, a livello comunitario, in capo alla Commissione europea. In punto di diritto, l'art. 17 TUE prevede che «la Commissione promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine. Vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle

35 Sul punto, cfr. le note di A. Damato, Profili critici e istanze di revisione del diritto di iniziativa dei cittadini europei, in Il Diritto dell'Unione Europa, 1/2017, p. 39 ss..

36 COM (2010) 119 definitivo — 2010/0074 (COD), punto 1.2.

37 G. Duso, *Reinventare la democrazia*, cit., pp. 288 e 290.

38 Su cui la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 giugno 2023, commentata da L. Salvo, *Iniziativa dei cittadini europei: alcune riflessioni sulla Risoluzione del Parlamento europeo del 13 giugno 2023*, in *lacittadinanzaeuropeaonline*, 2/2024, p. 27 ss..

istituzioni in virtù dei trattati. Vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea. Dà esecuzione al bilancio e gestisce i programmi. Esercita funzioni di coordinamento, di esecuzione e di gestione, alle condizioni stabilite dai trattati. Assicura la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dai trattati. Avvia il processo di programmazione annuale e pluriennale dell'Unione per giungere ad accordi interistituzionali. Un atto legislativo dell'Unione può essere adottato solo su proposta della Commissione, salvo che i trattati non dispongano diversamente. Gli altri atti sono adottati su proposta della Commissione se i trattati lo prevedono»[39].

Questa centralità della Commissione nella funzione di impulso è vista come riflesso di un più ampio principio di equilibrio istituzionale (ricavabile, in primis, dall'art. 13.2 TUE) – parzialmente flessibilizzato dal principio di leale cooperazione inter-istituzionale -, oltre che, naturalmente, sul piano formale, del principio di attribuzione[40]. Se l'esclusione del Parlamento Europeo dal potere di iniziativa legislativa è spesso contestata a partire dal principio della democrazia rappresentativa, ex art. 10 TFUE[41], ciò nondimeno, viene affacciata l'obiezione circa la duplicità dei canali di legittimazione europea, dai cittadini e dagli Stati[42], sicché l'ipotesi dell'introduzione dell'iniziativa in capo al Parlamento Europeo solleva il problema di un conseguente squilibrio a danno del Consiglio[43]. Questa obiezione non appare però del tutto convincente, posto che il riconoscimento della duplicità dei canali di legittimazione non comporta come conseguenza necessaria un perfetto parallelismo di posizioni e di funzioni tra Parlamento e Consiglio, che peraltro mai nella storia dell'integrazione si è verificato.

Nessuna istituzione, nazionale o europea, può obbligare la Commissione a proporre un atto normativo, pur sussistendo la possibilità che l'iniziativa sia sollecitata dal Parlamento europeo (art. 225 TFUE[44]), a maggioranza dei propri

39 Per un riepilogo istituzionale dei poteri della Commissione v. sentenza del 4 settembre 2018, causa C-57/16, *ClientEarth c. Commissione europea*, punto 87. In dottrina: E. Gianfrancesco, *La Commissione nel quadro istituzionale*, cit., p. 5 ss. e, con riferimento specifico, al potere di iniziativa, p. 15 ss..

40 S. Villani, *L'iniziativa legislativa*, cit., pp. 104-105; R. Palladino, *Equilibrio istituzionale*, cit., p. 365 ss..

41 A.I. Arena, *What reforms for Europe without a reform for European representative democracy? The case of the parliamentary initiative for legislative acts*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 1/2023, p. 433.

42 A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, tr, it., Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 120.

43 In tal senso, cfr. F. Martines, *Proposte per accrescere*, cit., pp. 51-52.

44 L'attuale art. 225 TFUE stabilisce che «a maggioranza dei membri che lo compongono, il Parlamento europeo può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Se la Commissione non presenta una proposta, essa ne comunica le motivazioni al Parlamento europeo».

membri, in una sorta di pre-iniziativa[45], ma «se la Commissione non presenta una proposta, essa ne comunica le motivazioni al Parlamento europeo»; oppure dal Consiglio (art. 241 TFUE[46]); e, in ipotesi particolari, dagli Stati membri (art. 135 TFUE).

La Commissione detiene inoltre un potere di modifica della proposta, fino a che l'atto non venga adottato, e di ritiro[47]. La giurisprudenza comunitaria ha confermato l'intrinsecità del potere di ritiro rispetto a quello di presentazione[48]. La ratio di questo potere si rinviene allorquando «un emendamento prospettato dal Parlamento e dal Consiglio snatura la proposta di atto legislativo in

45 Su cui S. Villani, *L'iniziativa legislativa*, cit., pp. 109-111. L'A. sostiene che «è evidente che allo stato attuale il Parlamento europeo gode di un considerevole coinvolgimento rispetto all'iter che precede la presentazione formale delle proposte legislative. Consolidatisi nel rispetto del principio dell'equilibrio istituzionale e in virtù del principio della leale cooperazione interistituzionale, entrambi gli strumenti (nella loro declinazione tanto formale quanto informale) rispecchiano un aumento del grado di influenza del Parlamento europeo nell'adozione delle proposte legislative»; cfr. anche, per una posizione simile, F. Martines, *Proposte per accrescere*, cit., p. 38 ss..

46 Pure in questo caso, l'unico obbligo che l'articolo 241 del TFUE impone alla Commissione europea è di comunicare i motivi di un eventuale rifiuto.

47 R. Palladino, *Equilibrio istituzionale*, cit., p. 368: «venendo così a svolgere anche un ruolo attivo nella maturazione della decisione riguardo ad un testo condiviso all'interno del Consiglio (…) quale corollario del potere di iniziativa, la Commissione ha anche la possibilità di ritirare le proposte presentate: oggetto di contestazione innanzi alla Corte di giustizia, è quest'ultima che ha acclarato l'"indissolubile legame" esistente tra il potere di iniziativa e il potere di ritiro, che non si pone quale elemento lesivo né del principio dell'equilibrio istituzionale né di quello della leale cooperazione, individuando l'unico limite nell'obbligo di motivazione del ritiro stesso incombente in capo alla Commissione». L'A. richiama la Corte di giustizia, sentenza del 14 aprile 2015, Consiglio c. Commissione, punto 96.

48 V. sentenza C-409/13, Corte (Grande Sezione), 14.4.2015: «70. Il potere di iniziativa legislativa riconosciuto alla Commissione dagli articoli 17, paragrafo 2, TUE e 289 TFUE implica che spetta alla Commissione decidere di presentare o meno una proposta di atto legislativo, salva l'ipotesi, che non ricorre nel caso in esame, in cui essa sia tenuta, in forza del diritto dell'Unione, a presentare una proposta siffatta. In virtù di tale potere, in caso di presentazione di una proposta di atto legislativo, spetta parimenti alla Commissione, la quale, conformemente all'articolo 17, paragrafo 1, TUE, promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine, determinare l'oggetto, la finalità e il contenuto di tale proposta. 71. L'articolo 293 TFUE conferisce a tale potere di iniziativa legislativa una doppia garanzia. 72. Da un lato, l'articolo 293, paragrafo 1, TFUE dispone che, salvi i casi previsti dalle disposizioni del TFUE ivi menzionate, il Consiglio, quando delibera, in virtù dei Trattati, su proposta della Commissione, può emendare la proposta solo deliberando all'unanimità. 73. Dall'altro lato, ai sensi dell'articolo 293, paragrafo 2, TFUE, fintantoché il Consiglio non ha deliberato, la Commissione può modificare la propria proposta in ogni fase delle procedure che portano all'adozione di un atto dell'Unione. 74. Dal combinato disposto dell'articolo 17, paragrafo 2, TUE e degli articoli 289 TFUE e 293 TFUE risulta che il potere della Commissione nell'ambito della procedura legislativa ordinaria non consiste semplicemente, a differenza di quanto sostenuto dal Consiglio e da taluni Stati membri intervenienti, nel presentare una proposta e, successivamente, nel favorire i contatti e cercare di riavvicinare le posizioni del Parlamento e del Consiglio. Così come spetta, in linea di principio, alla Commissione decidere di presentare o meno una proposta legislativa e, eventualmente, determinarne l'oggetto, la finalità e il contenuto, la Commissione ha anche, fintantoché il Consiglio non ha deliberato, il potere di modificare la propria proposta ovvero, se necessario, di ritirarla. (…) . 75. Il potere di ritiro conferito alla Commissione dalle disposizioni menzionate al punto precedente della presente sentenza non può tuttavia investire tale istituzione di un diritto di veto nello sviluppo del procedimento legislativo, il che sarebbe contrario ai principi di

modo da ostacolare la realizzazione degli obiettivi da essa perseguiti e da privare, pertanto, detta proposta della sua ragion d'essere»: a quel punto, la Commissione «ha il diritto di ritirarla»[49].

Il Parlamento detiene un autonomo potere d'iniziativa solo in alcune ipotesi ben definite: in materia di composizione interna (art. 14.2 TUE), per l'elaborazione di un progetto volto a stabilire la disciplina per l'elezione dei suoi membri (art. 223.1 TFUE) e per le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni dei suoi membri (art. 223.2 TFUE) [50]. Oltre a ciò, significativamente[51], a partire dal Trattato di Lisbona, il Parlamento può sottoporre al Consiglio progetti per la modifica dei Trattati (art. 48.2 TUE). A completamento di queste osservazioni e di questi richiami, va aggiunto che il potere formale di iniziativa non esaurisce il contributo che il Parlamento Europeo può offrire alla legislazione, potendosi a riguardo distinguere un ruolo, in capo allo stesso, di *agenda setter*[52].

Al netto di queste eccezioni, permane una generale e pressoché esclusiva potestà di iniziativa in capo alla Commissione, che può essere ricollegata a una peculiare, ancorché non unica, funzione *rappresentativa* di questo stesso organo[53], per la quale la Commissione è stata suggestivamente descritta come «la "vestale" dello spirito comunitario»[54]. Questa declinazione rappresentativa della

---

attribuzione delle competenze e dell'equilibrio istituzionale. 76. Di conseguenza, se la Commissione, dopo aver presentato una proposta nell'ambito della procedura legislativa ordinaria, decide di ritirare tale proposta, essa deve esporre al Parlamento e al Consiglio i motivi di tale ritiro, i quali, in caso di contestazione, devono essere suffragati da elementi convincenti».

49 C-409/13, punto 83. Commenti a questa sentenza in A. Lang, *Sul potere della Commissione di ritirare una proposta di atto legislativo*, in *Eurojus Rivista*, 20 aprile 2015; M. Starita, *Sul potere della Commissione europea di ritirare una proposta legislativa e sui suoi riflessi sugli equilibri istituzionali nel diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 17/2015; N. Lupo, *Un conflitto tra Consiglio e Commissione: il diritto di iniziativa legislativa della Commissione include il potere di ritiro, ma non è privo di limiti*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, p. 792 ss..

50 F. Martines, *Proposte per accrescere*, cit., p. 36 ss.; A.I. Arena, *What reforms for Europe*, cit., p. 424 ss. espone alcune critiche a queste limitazioni, in nome di principi del costituzionalismo e discute la possibilità di un'integrazione per via interpretativa di questo potere di iniziativa. Per l'A., il Parlamento europeo, privo di iniziativa, non è autonomo e dunque il principio della separazione dei poteri non è rispettato. I singoli componenti del Parlamento europeo o le minoranze parlamentari sono prive della possibilità di esercitare l'iniziativa, ciò che incrina il principio di protezione delle minoranze. Cfr. anche S. Villani, *L'iniziativa legislativa*, cit., pp. 108-109; per l'A., «è ben evidente come le citate disposizioni, limitandosi a consentire la disciplina interna dell'istituzione e degli organi ad essa strettamente connessi (come il Mediatore) o l'esercizio dei poteri di controllo solitamente attribuiti agli organi legislativi, riconoscano al Parlamento europeo un diritto di iniziativa concettualmente diverso rispetto ad una ipotesi di iniziativa legislativa generale» (p. 109).

51 Sottolinea questo aspetto A.I. Arena, *What reforms for Europe*, cit., p. 423.

52 F. Martines, *Proposte per accrescere*, cit., pp. 36 e 53 s..

53 Si rinvia a F. Pizzolato, *Rappresentanza politica e Unione Europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2/2013, p. 391 ss..

54 N. Verola, *L'Europa legittima. Principi e processi di legittimazione nella costruzione europea*, Firenze, Passigli, 2006, p. 56. Cfr. anche P. Ponzano, *Un nuovo metodo dell'Unione?*, in G.

Commissione esprime, in un modo così chiaro da sembrare didascalico, la tradizionale dimensione valoriale/elitaria della rappresentanza politica moderna, fondata da Hobbes e ripresa da Madison, strutturalmente pencolante su un crinale oligarchico[55]. Secondo questa classica interpretazione, "rappresentare" il popolo significa darne espressione in quanto comunità politico-ideale[56].

Questa concezione della rappresentanza è, nel contesto europeo, affiancata dalla dimensione, di tipo sociologico, di rispecchiamento della rappresentanza, espressa, in modo differenziato, dal ruolo di Parlamento Europeo e, attraverso il Consiglio, degli Stati membri. Per l'art. 14.2 TUE: «Il Parlamento europeo è composto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione». L'articolo 10 TUE fonda «il funzionamento dell'Unione (...) sulla democrazia rappresentativa», affermando, al co. II, che «i cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo. Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini». Ciò, secondo la lettera della legge, lasciando da parte la questione critica dell'effettività della corrispondenza sociologica tra questa espressione di parti (partiti e governi nazionali) e le aspirazioni dei cittadini europei. Il tema della post-democrazia, infatti, non lascia immune l'UE, pur essendo anzitutto una patologia senile delle democrazie nazionali.

Tale peculiare posizione rappresentativa della Commissione è suscettibile di interpretazioni diverse, che prediligono, di volta in volta, il profilo tecnico e imparziale dell'interesse generale o dello "spirito" comunitario, di cui la Commissione medesima si fa carico; o il suo carattere sintetico, conseguente a mediazioni e alla composizione di apporti politico-sociali plurali[57].

Secondo la prima prospettiva, «la ragione per cui la funzione propositiva era stata affidata in regime di monopolio alla Commissione risiede nella volontà di non farla dipendere da interessi politicamente orientati» e dunque in una certa imparzialità dell'organo[58]. Per la seconda, «l'iniziativa legislativa della

---

AMATO-R. GUALTIERI (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2013, p. 283. Per S. VILLANI, *L'iniziativa legislativa*, cit., p. 114: «l'iniziativa legislativa della Commissione è normalmente caratterizzata da una postura politico-istituzionale volta a raccordare le esigenze dei diversi stakeholders e anche quelle degli Stati membri, facendole confluire nell'interesse generale dell'Unione».

55 Una critica al marchio elitario della democrazia europea in G. GOTTI, *La democrazia e i partiti politici*, cit., p. 13; e, con riferimento alla Commissione, pp. 91 e 164.

56 G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, tr. it., Milano, Giuffré, 1989, p. 94: «Ogni comunità di popolo è al contempo una comunità di valori. Essa, cioè, viene unificata in una totalità individuale tramite uno stabile patrimonio, seppur diverso per ogni popolo, di valori ideali, e viene integrata, nel senso di Smend, in un'unità «materiale». (...) Il popolo può essere rappresentato solo se ci si riferisce a questa comunità politico-ideale».

57 Un'analisi accurata del ruolo della Commissione in E. GIANFRANCESCO, *La Commissione nel quadro istituzionale*, cit., p. 2 ss..

58 F. MARTINES, *Proposte per accrescere*, cit., p. 45. Infatti si propone la maggioranza qualificata, sul modello dell'art. 225 TFUE, per una ipotetica iniziativa diretta parlamentare, a

Commissione è normalmente caratterizzata da una postura politico-istituzionale volta a raccordare le esigenze dei diversi stakeholders e anche quelle degli Stati membri, facendole confluire nell'interesse generale dell'Unione»[59]. Tra le due versioni c'è uno spazio di divaricazione più o meno ampio, a seconda delle interpretazioni.

Se nella prima prospettazione l'interesse generale va potenzialmente depurato dalla contaminazione politica, nella seconda, esso scaturisce piuttosto da una mediazione, a partire da apporti (di cittadini e di Stati membri) che comunque godono, nello spazio istituzionale europeo, di canali autonomi di espressione e di influenza (il Parlamento europeo e il Consiglio, *in primis*)[60]. L'alternativa presentata rimanda alla questione se l'interesse generale che la Commissione deve promuovere si collochi a monte, manifestandosi all'atto dell'iniziativa, o se possa prendere forma solo a valle del procedimento legislativo: detto in altri termini, è una sintesi (che dovrebbe sovrapporsi all'esito) o è affidato alla pre-definizione tecnica e attende di essere semplicemente recepito?

L'alternativa pare difficilmente configurabile in questi termini astratti: per quanto chiamata ad agire in indipendenza, la Commissione non opera in regime di isolamento garantito o di separazione rispetto alle parti costitutive dell'Unione stessa, ma secondo uno stile maieutico[61]. Verso questo approdo ermeneutico inclina l'art. 11 TUE, dal quale si può evincere la necessità che la «proposta legislativa in seno alla Commissione (…) dovrebbe essere elaborata a seguito di "ampie consultazioni delle parti interessate" nell'ambito di un costante dialogo tra le istituzioni, le associazioni rappresentative e la società civile»[62]. Lo stesso art. 17 TUE impegna la Commissione nel processo di programmazione annuale e pluriennale ad accordi inter-istituzionali. La pretesa di un'astratta precomprensione dell'interesse generale, ad opera della Commissione, appare ancor più insostenibile alla luce della progressiva "slatentizzazione" della sua connotazione politica e di indirizzo[63]. Si pensi alla delineazione dei

---

garanzia della trasversalità (*ibidem*, pp. 45-46); A. Menon-J. Peet, *Beyond the European Parliament: Rethinking the EU's Democratic Legitimacy*, London, 2010, p. 6; A.I. Arena, *What reforms for Europe*, cit., pp. 430-431.

59 S. Villani, *L'iniziativa legislativa*, cit., p. 114. *Ibidem*, p. 120, in cui l'A. si riferisce alla Commissione europea, «quale istituzione che al momento è intitolata a promuovere l'interesse comune (dove confluiscono cioè quelli degli Stati membri, quelli dei cittadini e, infine, quelli dell'Unione nel suo complesso)».

60 Di «un'incessante opera di bilanciamento» parlano C. Mariano et Aa., *L'Unione europea*, in P. Caretti-M. Morisi-G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il procedimento legislativo ordinario in prospettiva comparata*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018, p. 481.

61 Cfr. F. Pizzolato, *Rappresentanza politica e Unione Europea*, cit., p. 394.

62 C. Mariano et Aa., *L'Unione europea*, cit., p. 481.

63 Già nel 2012, E. Gianfrancesco, *La Commissione nel quadro istituzionale*, cit., p. 35, osservava che «la partita vitale della Commissione si gioca sul piano della legittimazione politica e dell'assunzione di un ruolo da protagonista nella definizione dell'indirizzo politico dell'Unione». Un accenno in tale direzione in N. Lupo, *Un conflitto tra Consiglio e Commissione*, cit., p. 794: «la Commissione vede confermato e valorizzato dalla Corte di giustizia uno dei suoi poteri più significativi, proprio nel momento in cui la sua natura è in trasformazione, per

candidati di punta, gli *Spitzenkandidaten*, cui concorrono i pur anodini partiti politici europei[64]. Come ha chiosato von Bogdandyi, «non esiste alcun bene comune europeo suscettibile di un riscontro oggettivo: lo si può individuare solamente attraverso una sintesi dei diversi punti di vista. La lealtà comunitaria, a ben vedere, richiede solamente la partecipazione al processo politico dell'Ue»[65].

Questo ruolo della Commissione non è confinato alla fase dell'iniziativa, ma si estende per tutto il procedimento legislativo[66]. In questo modo, l'ordinamento comunitario tenta di arginare lo scivolamento, che spesso gli è contestato, lungo una china oligarchica, immergendo cioè la proposta legislativa della Commissione in un bagno nella pluralità di popoli, di Stati e finanche di interessi socio-economici, secondo il metodo della *governance*[67]. A conferma dell'insostenibilità della pretesa isolazionistica dell'interesse generale può essere portata la domanda di ampliamento dei poteri del Parlamento europeo, a partire dalla sua elezione diretta[68].

In tutti i casi, l'apporto della Commissione mira a garantire un'istanza, in quanto tale, indipendente rispetto a quella degli Stati membri[69]. In questo senso, è stato scritto che la Commissione «inserisce nell'equazione negoziale un elemento nuovo: quello dell'interesse europeo»[70], non attingibile mediante una semplice composizione di interessi nazionali. Al "trilogo" la Commissione ap-

---

effetto dell'accentuata caratterizzazione politica del suo mandato e del suo rafforzato legame con il PE»; più diffusamente G. GOTTI, *La democrazia e i partiti politici*, cit., p. 89.

64 G. GOTTI, *La democrazia e i partiti politici*, cit., p. 218 ss..

65 A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 90.

66 S. PUCCI, *La flessibilità della procedura legislativa nella prassi alla luce del quadro istituzionale e valoriale europeo*, in P. CARETTI-M. MORISI-G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il procedimento legislativo*, cit., p. 535: «All'interno della procedura legislativa ordinaria, la Commissione si trova ormai a rivestire una pluralità di ruoli. (…) È il soggetto che interagisce con i colegislatori nel corso di tutta la procedura di codecisione, presentando proprie osservazioni in merito alle posizioni espresse dal Parlamento e dal Consiglio nel corso delle varie letture e potendo modificare la propria proposta legislativa, così come previsto dall'articolo 293, par. 2 TFUE. (…) è anche l'attore che, in qualità di broker, dovrebbe facilitare, o quantomeno sostenere, il dialogo tra i co-legislatori in sede di trilogo. Proprio la combinazione tra queste ultime due funzioni ha generato notevoli perplessità in merito alla compatibilità con il principio dell'equilibrio istituzionale»; E. GIANFRANCESCO, *La Commissione nel quadro istituzionale*, cit., p. 35.

67 Contributi recenti sul tema in S. SMISMANS, *European Civil Society: Shaped by Discourses and Institutional Interests*, in *European Law Journal*, 4/2003, p. 473 ss.; G. GOTTI, *La sussidiarietà orizzontale nello spazio costituzionale europeo*, in *Rivista AIC*, 2/2025, p. 320.

68 F. MARTINES, *Proposte per accrescere*, cit., p. 34.

69 Art. 17.3 TFUE: «I membri della Commissione sono scelti in base alla loro competenza generale e al loro impegno europeo e tra personalità che offrono tutte le garanzie di indipendenza. La Commissione esercita le sue responsabilità in piena indipendenza. Fatto salvo l'articolo 18, paragrafo 2, i membri della Commissione non sollecitano né accettano istruzioni da alcun governo, istituzione, organo o organismo. Essi si astengono da ogni atto incompatibile con le loro funzioni o con l'esecuzione dei loro compiti». Cfr. N. VEROLA, *L'Europa legittima*, cit., p. 53; E. GIANFRANCESCO, *La Commissione nel quadro istituzionale*, cit., p. 23 ss..

70 N. VEROLA, *L'Europa legittima*, cit., pp. 54 e 55. P. PONZANO, *Un nuovo metodo dell'Unione?*, cit., p. 283.

porta il valore aggiunto di questa carica *ideale*. Ai Commissari, oltre all'indipendenza, sono richiesti competenza ma anche *impegno europeo*. E tuttavia che questo elemento ideale debba ritenersi necessariamente slegato dall'apporto politico è contraddetto, *per tabulas*, dalla funzione riconosciuta dai Trattati ai partiti politici europei, cui è richiesto di favorire una coscienza europea.

5. Qualche nota problematica in conclusione

Si assiste nell'ordinamento europeo a una scissione relativa tra l'organo di rappresentanza (Commissione) e l'organo legislativo: tale scissione può essere ritenuta corrispondente a due espressioni della rappresentanza (valoriale e sociologica) che si combinano per la peculiarità del (non) popolo europeo, pensabile in termini unitari solo in una prospettiva evolutiva. L'art. 1 TUE esordisce affermando che «il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa»; nel Preambolo del TFUE, gli Stati si dicono «determinati a porre le fondamenta di un'unione sempre più stretta fra i popoli europei»; nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, si dichiara che «i popoli d'Europa, nel creare tra loro un'unione sempre più stretta, hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni», e si aggiunge che «l'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa».

In questa tensione verso un'unione *ever closer*, si iscrive la prospettiva del popolo europeo, non ancora "uno", la cui unità – di tipo federale – non può che darsi come meta, oltretutto incerta. Va ribadita l'inconsistenza della pretesa spoliticizzazione dell'interesse generale a livello europeo[71]. Tale pretesa appare sbagliata sia a livello normativo, sia alla prova dei fatti. A livello normativo, non è sostenibile – a partire dai richiamati articoli 10, 11 e 17 TUE - l'interpretazione di un interesse generale europeo astratto dalla pluralità delle parti e degli elementi costitutivi dell'Unione Europea. A livello fattuale, il procedimento legislativo europeo, a partire dal suo impulso iniziale, è tutt'altro che al riparo dalla pressione e dal condizionamento degli interessi, solo che questi non corrispondono, se non in parte minore, a un sistema di domande democraticamente veicolate da soggetti che siano "pontieri" affidabili della partecipazione. La "linfa" degli interessi scorre prevalentemente da canali partecipativi che, per quanto edulcorati dall'immagine della *governance*, sono concretamente percorsi soprat-

71 P. Mair, *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, tr. it., Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, p. 124: «attraverso l'Ue, i cittadini europei imparano non solo a vivere in assenza di un'effettiva democrazia partecipativa, ma anche a vivere con una crescente assenza della politica. Se da un lato l'integrazione europea serve a depoliticizzare buona parte del processo decisionale a livello domestico – attraverso la riduzione dello spazio politico, degli strumenti e del repertorio disponibili per i governi nazionali e i partiti che li organizzano – essa tuttavia non riesce a compensare questa riduzione con una ri-politicizzazione a livello europeo»; cfr. ora anche V. Costa, *Populismo senza popolo. L'esistenza nell'epoca della post-politica*, Roma, Armando, 2025, p. 26.

tutto dalle *lobbies*[72]. Sono quindi gli interessi, essenzialmente economici, ben strutturati e particolaristici, ad esprimere una cittadinanza europea di fatto, sociologica, benché non di diritto.

La teoria generale dello Stato insegna che il concetto di popolo è correlato alla modernità giuridica e politica statale[73]. E lo è, da Hobbes in poi, nel senso che il popolo è definito (e contornato) a partire da una decisione (legislativa) del sovrano. Anche allorquando sia invocata la precedenza della particolarità etico-culturale del popolo rispetto allo Stato, secondo l'ideale dell'autodeterminazione dei popoli, questo conduce all'amputazione di tratti strutturalmente plurali delle collettività medesime, che vengono ridotte a un'omogeneità artificiosa, decisa dall'élite al potere. Ha questa radice, in fondo, la menzogna del nazionalismo[74].

Posto questo legame tra popolo e Stato, non sorprende che i contorni della cittadinanza europea rimangano saldamente tracciati dai "signori dei Trattati", e cioè dagli Stati membri, e che i canali di una partecipazione di tipo individualizzato – come l'ICE - assumano, sostanzialmente e formalmente, un ruolo marginale. La partecipazione in forma individualizzata tende a riprodurre l'archetipo del contratto sociale, che è geneticamente e logicamente correlato alla statualità moderna[75].

In un recente saggio, è stata avanzata l'idea che «la presunta assenza di un popolo europeo non appare dunque tanto come una carenza da colmare, bensì come una modalità indeterminata e fuorviante di rappresentare una realtà plurale, che andrebbe invece assunta come punto di partenza per immaginare forme di partecipazione fondate sul riconoscimento delle differenze»[76]. E, ancora, che questa costruzione, e cioè l'unità come esito della rappresentazione, «deve essere rimessa in questione. Pensare la democrazia europea non può più significare rappresentare un'unità pretesa o costruita in questi termini, ma riconoscere

---

72 A. SANTINI, *L'iniziativa dei cittadini europei*, cit., p. 15; M. SALERA, *Le aperture del procedimento legislativo ordinario: focus sugli strumenti di democrazia partecipativa*, in P. CARETTI-M. MORISI-G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il procedimento legislativo*, cit., p. 554 ss..

73 V., ad es., F. TUCCARI, *La nazione*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 45.

74 Cfr. le tesi sviluppate da E. GELLNER, *Nazioni e nazionalismo*, tr. it., Roma, Editori Riuniti, 1997; E. HOBSBAWM, *Nazioni e nazionalismi dal 1780. Programma, mito, realtà*, tr. it., Torino, Einaudi, 2002. Tra i giuristi, si v. H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, tr. it., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane,1988, p. 245. Osserva però A. DE BENOIST, *La scomparsa dell'identità. Come orientarsi in un mondo senza valori*, tr. it., Roma-Cesena, Giubilei Regnani, 2023, p. 5 che «l'identità è effettivamente una realtà dialogica, narrativa e dinamica, ma è sempre difficile da circoscrivere, il che non autorizza tuttavia a considerarla come un'illusione ottica, un'ombra, o tanto più come una dannosa fantasia».

75 M. BOZZON, *L'Europa che manca. Il problema di un nuovo federalismo*, Milano, Franco Angeli, 2025, p. 60: «sulla (in)esistenza di un "popolo europeo", ciò che risulta teoricamente problematico è proprio la base individualistica su cui si fondano le costituzioni moderne. In che modo, infatti, si può dare espressione istituzionale a una pluralità politicamente determinata partendo dal presupposto dell'individuo come fondamento del corpo politico?»; G. DUSO (a cura di), *Il contratto sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

76 M. BOZZON, *L'Europa che manca*, cit., p. 202.

e articolare istituzionalmente una pluralità costitutiva»[77].

Tali premesse colgono un punto centrale, perché spingono a emancipare la configurazione di un popolo europeo dalla stretta concettuale delle sovranità statali, affinché questo prenda forma dalle manifestazioni della pluralità che compone l'Unione Europea, a partire dalle espressioni vitali dell'autonomia collettiva transnazionale (sul modello, ad esempio, della confederazione europea dei sindacati, CES, o delle autonomie territoriali del Comitato delle Regioni, ecc…). Tali manifestazioni, per le ragioni indicate, non possono esaurirsi negli Stati, scarsamente ospitali rispetto al pluralismo sociale e istituzionale.

Le evocate espressioni della pluralità non sembrano tuttavia, per la loro attuale consistenza, idonee a consentire la messa a fuoco di un'immagine di partecipazione. Tanto meno i partiti politici europei, meri assemblaggi di partiti nazionali, a propria volta in forte ripiegamento partecipativo. Il compito delle istituzioni europee sarebbe quello di promuovere il consolidamento di questi processi, offrendo canali partecipativi credibili (ad esempio, per la CES, il "dialogo sociale europeo"). Lo scarso interesse europeo per la dimensione orizzontale della sussidiarietà, se non nella forma (debole) della democrazia partecipativa, costituisce a riguardo un limite significativo[78]. Dalla congiunzione, ancora lontana, di questi processi, agiti dal basso e dalle istituzioni europee, dipende la pensabilità di un popolo federale europeo.

77 *Ibidem*, p. 203.

78 Cfr., ad es., M. Armanno, *Il principio costituzionale di sussidiarietà. Premesse teoriche. Modelli operativi. Esperienza dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 29; G. Gotti, *La sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 318.

Paola Piras
professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell' Università degli Studi di Cagliari
ppiras@unica.it

Non conosce chi cerca, ma chi sa cercare
(Einaudi, *Prediche inutili*, vol. II, 1956)

Non sai…che gli occhi quando uno non li volge più agli oggetti rischiarati nei loro colori della luce diurna, ma a quelli rischiarati dai lumi notturni, si offuscano e sembrano quasi ciechi, come se non fosse nitida in loro la vista? […] Ma quando, credo, uno li volge agli oggetti illuminati dal sole, vedono distintamente e la vista, che ha sede in questi occhi medesimi, appare nitida
(Platone, *De Republica)*

[…] Credere di spiegare le cose è solo crederlo perché le cose non si chiariscono mai. Il rapporto fra l'uomo e le cose non è solo razionale ma anche sentimentale, dicano quello che vogliono. Bisogna lasciare un margine di discrezione, una forte componente interrogativa fra il soggetto e l'oggetto°
(G. Parise, *Intervista*, in C. Altarocca, *Goffredo Parise*, La Nuova Italia, Firenze 1972)

Trasparenza, buona amministrazione, etica pubblica. La persona oltre l'intreccio delle parole.

Transparency, Good Governance, Public Ethics: The Person Beyond the Web of Words

Sintesi

Il presente lavoro propone una riflessione sulla dualità della trasparenza e sulle ricadute in termini di buona amministrazione ed etica pubblica, considerate, in particolare, le implicazioni legate alla transizione digitale.
Profilo centrale la necessità di leggere la trasparenza quale filosofia dell'amministrazione in una dimensione sostanziale, che la distingua dalla mera percezione che, non traducendosi in conoscenza, potrebbe limitare le potenzialità in termini di comprensione (e conseguente valutazione del cittadino sull'uso del potere da parte dell'amministrazione) e, dunque, di partecipazione attiva del cittadino.
In secondo luogo del rischio che la molteplicità di dati resi disponibili possa in qualche misura non favorire la piena conoscenza, ma tradursi in un oscuramento; o che, ancora, sia naturalmente possibile una diversa lettura dei dati e dei processi amministrativi in conseguenza di differenti fattori personali quali le competenze, l'esperienza, la padronanza linguistica, giuridica, le illusioni percettive e o cognitive. Elementi tutti alla base del diverso atteggiarsi della trasparenza che, prescindendo dalla centralità della persona nel rapporto con la pubblica amministrazione, in questa fase di modernizzazione, nella quale

l'innovazione e l'uso degli strumenti digitali non dovrebbero essere l'obiettivo, ma lo strumento funzionale a meglio perseguire l'interesse pubblico e avvicinare amministrazione e cittadino, potrebbero, invece, soprattutto ad opera dell'intelligenza artificiale, indurre un uso non corretto; non rispettoso della trasparenza, del rispetto e della chiarezza.

Implicare, così, riflessioni etiche; in particolare sulle diverse opzioni di utilizzo, più o meno trasparente, delle tecniche di persuasione non sempre per finalità socialmente favorevoli.

Abstract

This paper explores the dual nature of transparency and its implications for good governance and public ethics, with particular attention to the challenges emerging in the context of digital transformation.

At the heart of the discussion lies the need to understand transparency as a philosophy of administration, one that goes beyond appearances and mere perception. When transparency does not lead to genuine understanding, it risks becoming superficial, limiting citizens' ability to interpret and evaluate how public power is exercised, and ultimately weakening their active participation in democratic life.

A further issue concerns the paradox of information overload: the abundance of available data does not necessarily enhance knowledge but may instead obscure it. Moreover, the interpretation of administrative data and processes is inevitably shaped by individual factors (competence, experience, linguistic and legal literacy, and even perceptual or cognitive biases). These elements influence how transparency is experienced and, at times, distort its meaning. In the current phase of modernization, there is a growing risk that innovation and digital tools, rather than serving the public interest, become ends in themselves. Technology, especially artificial intelligence, should remain an instrument to strengthen accountability and bring citizens closer to public institutions. Yet its misuse can undermine the very principles of transparency, respect, and clarity that it is meant to promote.

These dynamics call for a renewed ethical reflection, particularly on the increasingly sophisticated and sometimes opaque persuasive techniques used in the digital sphere—techniques that are not always directed toward socially beneficial purposes.

Parole chiave: trasparenza, buona amministrazione, servizio, persona, etica.

Keywords: Transparency, good administration, service, person, ethic.

Indice: 1. Premessa. Guardare dentro. 2.Trasparenza *per* una buona amministrazione. 3. La cultura della legalità come via verso un'etica pubblica non sacrificale. 4.L'amministrazione pubblica e le tecnologie. Il futuro è ora, ma quale etica?

1. Premessa. Guardare dentro

La prima riflessione riguarda il titolo e l'impostazione metodologica, dunque l'impianto delle riflessioni che seguono.

Il lavoro intende offrire un'immagine della trasparenza nella quale la dualità si esprime come centro di molteplici prospettazioni e schiude una parabola conoscitiva, collettiva e individuale, che genera interrogativi, domande aperte proiettate verso l'apprendere ad apprendere che è la nostra prospettiva di cittadini.

Il caleidoscopio, grazie ad un gioco di riflessioni multiple, consente, *guardando dentro*, di vedere svariate forme, cogliere diverse immagini semplicemente in ragione della differente rotazione di un cilindro[1]. Crea, dunque, molteplici riverberi; dualità assimilabili alle diverse metodologie di lettura con le quali i cittadini nel loro essere fruitori di prestazioni, possono porsi, "vedere", percepire[2] e poi conoscere l'amministrazione[3].

Perché vedere precede il conoscere e dunque il parlare di ciò che si conosce[4], o si crede di conoscere perché si crede di avere visto[5]: Wittgenstein ci ha fatto capire che vedere non è mera ricezione passiva della cosa, e nemmeno conoscenza dell'essenza, ma comprensione della forma attraverso un processo attivo che ci porta ad organizzare in modo personalizzato gli elementi che vediamo a seconda di come ci colpisce ciascuno di essi.

---

1 Assimilabile al *vedere attraverso* di Lacan, l'intravedere, J. Lacan, *Le Séminaire. Livre XVI. D'un Autre à l'autre* [1968-1969], Seuil, Paris 2006, p. 315.

2 E. Husserl, *Percezione e attenzione*, a cura di A. Scanziani; P. Spinicci, Mimesis 2016 definisce la percezione «*il maggiore di tutti gli enigmi*». Il filosofo in *Ricerche logiche*, vol. II, ed. it. a cura di G. Piana, Il Saggiatore, Milano 2001, p. 268 sottolinea l'importanza di lasciar parlare le cose da sé stesse, senza bisogno di aggiunte costruttive.

3 La percezione dell'amministrazione da parte del cittadino è, infatti, cosa diversa dalla sua conoscenza. La prima è alla base di alcune nostre convinzioni, ma può essere foriera di una illusione di conoscenza a seconda della combinazione dei dati su cui si basa. Il cittadino che desidera conoscere spesso non ha gli strumenti culturali e giuridici per poterlo fare completamente da qui la non conoscenza, l'effetto caleidoscopio e l'illusione della trasparenza. Diffusamente, anche se riferito ai metodi di comparazione giuridica, R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Cedam, W.K. Milano 2025, p.37 ss.

4 J. Berger, *Questione di sguardi. Sette inviti al vedere fra storia dell'arte e quotidianità* [*Ways of seeing*, 1972], il Saggiatore, Milano 2015, p. 9 dice «*Il bambino guarda e riconosce prima di essere in grado di parlare. Il vedere, tuttavia, viene prima delle parole anche in altro senso. È il vedere che determina il nostro posto all'interno del mondo che ci circonda; quel mondo può essere spiegato a parole, ma le parole non possono annullare il fatto che ne siamo circondati*».

5 M. Merleau-Ponty, *Phenomenologie de la perception*, trad.it. *Fenomenologia della percezione*, (Librairie Gallimard, Paris 1945), Bompiani, Milano 2003; Idem, *Il primato della percezione e le sue conseguenze filosofiche* [*Le primat de la perception et ses conséquences philosophiques*, dans le *Bulletin de la Société française de philosophie*, tome XLI, no. 4, octobre-décembre 1947. Republié dans Maurice Merleau-Ponty, *Le primat de la perception et ses conséquences philosophiques*, Lagrasse, Éditions Verdier, 1996, p. 39 à 104], Edizioni Medusa, Milano 2004; Idem, *Il visibile e l'invisibile*, [*Le visible et l'invisible*, Éditions Gallimard, Paris, 1964], Bompiani, Milano 2009, p. 122: «*Si deve intendere la percezione come questo pensiero interrogativo che lascia essere il mondo percepito anziché porlo, e di fronte al quale le cose si fanno e si disfano in una specie di slittamento, al di qua del sì o del no*».

Attività creativa che fa maturare una percezione[6]. Se trasliamo questa teoria alla trasparenza e alla capacità di vedere oltre i dati per conoscere e capire l'amministrazione, ci rendiamo conto di quanto la capacità di andare oltre, non essere travolti dai *bias*, e rapportarsi con la trasparenza, dipenda fortemente dagli strumenti culturali e giuridici di cui il cittadino dispone.

Ecco perché muovere dal caleidoscopio trasparenza: per aprire finestre sui meccanismi istituzionali e coglierne le sfaccettature, le deviazioni rispetto all'integrità istituzionale[7]. Per comprendere se, e quanto, l'esercizio del potere è finalizzato all'interesse pubblico[8]; ma anche se, come affermato da qualcuno in

6 Muovendo da un'immagine del 1900 usata da uno psicologo americano, J. Jastrow, per illustrare le funzioni del cervello nella percezione visiva, L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, II parte, cap. XI, trad.it. Torino, 1999 arriva a sostenere il valore creativo del vedere e non invece quello meramente passivo e richiama la nostra attenzione sul fatto che vediamo le cose a seconda della nostra conoscenza di esse.

7 Penso all'opera di G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, dove parla della funzionalizzazione dell'azione pubblica all'interesse pubblico, da essa consegue, dunque, il suo dover «*essere un atto di buona amministrazione quale il diritto lo vuole*».

88 N. CHOMSKY, a cura di P.R. MITCHEL E J. SCHOEFFEL, *Capire il potere*, M. Tropea edit., 2002 p.30. Doveroso riflettere non solo sul potere amministrativo, ma anche su quello politico. E' vero, infatti, che numerosi sono i casi di architetture digitali realizzate dalle amministrazioni pubbliche per perseguire i loro fini, orientare i cittadini verso una scelta, e per gestire servizi pubblici attraverso un'informazione strumentale, funzionale al loro condizionamento (si pensi al caso di GOIO nell'isola di Tenerife o a piattaforme come quella utilizzata dal Comune di Cagliari per indurre comportamenti ambientali virtuosi). A questi si aggiungono gli studi recenti che evidenziano la capacità persuasiva di chatgpt. Studi, tutti, dai quali si evince la necessità di regole in materia di etica digitale. Altrettanto numerosi sono i casi nei quali è la scelta politica, l'indirizzo, che tende a indurre una percezione; non dunque a fornire conoscenza, come nel caso delle tecniche di *nudging* orientate a sfruttare lacune ed errori cognitivi per indirizzare i cittadini verso una "percezione" apparentemente spontanea. Quella "spinta gentile" che potrebbe essere strumentalmente utilizzata dalla politica come "metodo" per "plasmare la trasparenza" e oscurare. Per manipolare la conoscenza. R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute e felicità*, trad. it. a cura di A. Oliveri, Milano, 2009 e, soprattutto, R. H. THALER, C. R SUNSTEIN *Nudge: The Final Edition*, London, Allen Lane, Penguin, 2021, *Final edition*, xiv, pp.366. Tecniche fatte proprie anche dall'amministrazione pubblica e pertanto meritevoli di una riflessione sulla loro compatibilità con il potere, S. CASSESE, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, in A. KEMMER, C. MOLLERS, M. STEINBEIS, G. WAGNER, *Choice Architecture in Democracies*, Baden Baden, 2016, p.241-245; anche A.ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte della pubblica amministrazione*, ES, Napoli, 2021. Ad essi si aggiunge l'esigenza di una ulteriore i riflessione etica legata al profilo, non di secondaria importanza, rappresentato dagli studi che documentano le ricadute negative in termini di attività cerebrale conseguenti all'uso frequente di chatgpt, e dell'AI in generale (NATALIYA KOSMYNA,fiEUGENE HAUPTMANN,fiYE TONG YUAN,fiJESSICA SITU,fiXIAN-HAO LIAO,fiASHLY VIVIAN BERESNITZKY,fiIRIS BRAUNSTEIN,fiPATTIE MAES, *Your Brain on ChatGPT: Accumulation of Cognitive Debt when Using an AI Assistant for Essay Writing Task*, arXiv:2506.08872v1, https://doi.org/10.48550/arXiv.2506.08872.

9 Diffusamente c.r. sunstein, *Too much information*, Cambridge, Ma, 2020. Mi riferisco all'opacità del potere per eccesso di dati richiamata nel 2014 anche dal garante della *privacy* A Soro in occasione di una tavola rotonda sul rapporto tra trasparenza e *privacy*. Opacità oggetto di riflessioni in dottrina da parte di e. carloni, *La "casa di vetro" e le riforme. modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, Dir. pubbl., n.3 2009, p.779; e. carloni, f. giglioni, *Three transparencies*

dottrina[9], la disponibilità di una così grande molteplicità di dati e informazioni abbia insito in sé il rischio di offuscare in qualche modo la conoscenza, creando una percezione assimilabile a quella descritta da Platone nel mito della caverna[10] là dove ci spiega la differenza tra ignoranza e conoscenza.

E' vero, infatti, che la grande disponibilità di dati, in ragione delle loro possibili molteplici combinazioni, può condurre a conclusioni diverse, positive o negative; può alimentare una realtà distorta. Proprio come nel caleidoscopio, a seconda della proiezione, può fornire riflessioni multiple, che alimentano percezioni diverse, condizionate dai diversi fattori che contribuiscono al processo cognitivo e portano, così, a diverse modulazioni del vedere; alla non conoscenza dell'oggetto al quale si guarda[11]. Possono determinare un'illusione di trasparenza che impone di andare oltre la percezione per cogliere quale sia la realtà oggettiva. Percorso, però, talvolta ostacolato anche dalla carenza formativa del singolo; del soggetto che vorrebbe "conoscere", ma è privo degli strumenti, anche giuridici, necessari per capire attraverso i dati se, a monte, riflettano realmente l'uso del potere dell'amministrazione per assolvere la funzione in quel caso assegnatale. Per vedere le diverse combinazioni dei dati e cogliere se quella particolare rappresentazione dei dati e delle informazioni possa in realtà essere strumentale a creare un contesto per così dire "condizionante", funzionale a plasmare la trasparenza.

Perché, dunque, in questo percorso intrecciare trasparenza, buona amministrazione**,** etica, integrità e appartenenza? In ragione del filo rosso che le avvolge, legando indissolubilmente la trasparenza all'etica[12]. Anzi, direi oggi, all'etica pubblica e, a seguire, ai concetti di integrità e appartenenza che ne costituiscono il presupposto. Dando vita, così, ad un intreccio che esprime continue variazioni, dunque il mutamento, e stimola la nostra attenzione anche sull'ideale morale che dovrebbe essere alla base del rapporto triangolare funzio-

---

and the persistence of opacity in the italian government system, *European public law* n° 2 2017, June, p.286 ss; s. cassese, *Evoluzione della normativa sulla trasparenza*, in SINAPPSI n.1, 2018, 1; D.u. galetta, *Accesso civico e trasparenza amministrativa alla luce delle previste modifiche alle disposizioni del d. lgs.n.33/2013*, federalismi.it, n.5/2016, p.17. In giurisprudenza Corte Cost., 21 febbraio 2019, n.20

9

10 Platone, *Repubblica, VII,514a-517e,* Laterza, trad. di F. Sartori, intr. di M. Vegetti, note di B. Centrone, Roma-Bari, Laterza, 1999.

11 Si rinvia alle posizioni di Schopenhauer sulla teoria della conoscenza e sull'intellettualità della medesima, A. Schopenhauer, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, a cura di A. Vigliani, Arnoldo Mondadori Editore, Milano 2014, p.656; Idem, *La quadruplice radice del principio di ragion sufficiente,* traduzione di E. Kuhn-Amendola, R. Carabba Editore, Lanciano 1915, p. 63 dove afferma «*L'intelletto* […], *grazie alla forma che gli è specialmente propria, dunque a priori, e perciò anteriore a qualsiasi esperienza* (…) *concepisce la sensazione data come un effetto*». Sulla differenza tra vedere e credere di vedere dice «*Nessuna verità è dunque più certa di questa: che tutto ciò che esiste per la conoscenza, – dunque questo mondo intero – è solamente oggetto in rapporto al soggetto, intuizione di chi intuisce; in una parola: rappresentazione.*»

12 Senza peraltro arrivare a considerare la trasparenza "sub-specie della corruzione" come sottolinea S. Cassese, op. loc.cit.

nario-amministrazione-cittadino e alle relative responsabilità. Da non leggersi sul mero piano etico della generalità dei valori condivisi, quanto rispetto all'irriducibilità singolare dell'atto che infrange quei valori universali «*tradendo, in qualche misura, l'etica*»[13] come direbbe Derrida.

2.Trasparenza *per* una buona amministrazione

Cercherò di spiegare meglio. Parlare di trasparenza apre oggi una finestra sulle dinamiche del pubblico potere e, dunque, sul funzionamento delle amministrazioni pubbliche, sul loro processo di modernizzazione e, conseguentemente, sul cambiamento di modello alla base del rapporto cittadino amministrazione: non più destinatario passivo delle funzioni, del potere, mero costo[14]; ma cittadino attivo, risorsa[15]. Che per partecipare deve, però, conoscere[16], per poter poi valutare la coerenza tra la condotta posta in essere dall'amministrazione e il mandato istituzionale a monte, poiché la trasparenza può dirsi strumentale ad altri valori; funzionale a misurare il loro livello di maturazione. Come, ad esempio, avviene grazie alla rendicontabilità delle azioni, a sua volta funzionale a promuovere valore pubblico[17] posto che «*ciò che genera il Valore Pubblico di qualcosa, in parte, è il fatto che il pubblico lo apprezza*» [18].

Ecco perché trasparenza come principio generale; nuovo modo di essere dell'amministrazione, vera e propria filosofia dell'agire amministrativo[19] funzionale alla buona amministrazione[20]. Perché la conoscenza «*è la premessa della liber-*

---

13 J. Derrida, *Donare la morte*, Jaka book, Milano, 2002, p.87

14 S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo stato*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2001, p.602

15 G. Arena, *Cittadini attivi: un altro modo di pensare all'Italia*, 2006, Roma Bari, GLF editori Laterza.

16 Si rinvia a F. Giglioni, *Trasparenza e partecipazione*, in P. Piras (a cura di) *Dialoghi sulla trasparenza*, Milano, 2023, p.1 ss, specie 4-12.

17 Sul valore pubblico M.H. Moore, *La creazione di valore pubblico. La gestione strategica nella p.a.*, Guerini, Milano, 2003; A. Scattaglia, *Valore pubblico e prevenzione della corruzione: strategie integrate per una pubblica amministrazione al servizio dei cittadini*, *Ambiente e diritto, n.4/2004*; S. Villamena, *Piao e valore pubblico*, in Diritto e società n.3, 2023, 569 ss; P. Lombardi, *PIAO e prevenzione della corruzione: verso l'orizzonte del Valore Pubblico*, federalismi.i*t*, 26 luglio 2024; *report CERVAP 2024*, in valorepubblico.com.

18 J. Benington- M. Moore, *Public Value. Theory & Practice,* Palgrave Macmillan, 2011, p. 14.

19 E. Carloni, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Rimini, 2022, Cap.1, *Premesse*, par.1., *L'età della trasparenza*, p.16, la definisce «*un mito...condizione ineludibile nell'organizzazione delle amministrazioni*» ma, aggiungerei io, anche nell'attività. In linea la rappresentazione della trasparenza quale veicolo di ripensamento complessivo e cambiamento dell'amministrazione anche A. Contieri, *Il lungo cammino della trasparenza*, in A. Contieri, (a cura di) *Approfondimenti di diritto amministrativo*, E.S. s.r.l., Napoli, 2021, p.487 ss.

20 Si guardi la recentissima l.n.132/2025 sulle deleghe al governo in materia di Intelligenza artificiale, in particolare art.14, c.1 dove afferma «*Le pubbliche amministrazioni utilizzano l'intelligenza artificiale allo scopo di incrementare l'efficienza della propria attività, di ridurre i tempi di*

tà e del potere» [21]. In quanto tale, centro del cambiamento dalla duplice dimensione: al tempo stesso fine e strumento, tra efficienza e legalità[22] (Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, Adunanza 9 giugno 2009, parere n. 1943, avente ad oggetto lo «Schema di decreto legislativo di attuazione dell'art. 4, della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici», poi emanato con d. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.)

In qualche misura, infatti, fine in sé, come emerge nell'esplicita previsione del diritto alla conoscibilità di cui all'art.3 del d.lgs.n.33/2013[23]; ma, al tempo stesso, strumento della democrazia nel suo essere alla base del rapporto fiduciario tra cittadino e amministrazione[24] chiaramente richiamato sia da Einaudi negli anni '50,[25] che da Bobbio negli anni '90 quando, nel riflettere sul rappor-

---

definizione dei procedimenti e di aumentare la qualità e la quantità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese, assicurando agli interessati la conoscibilità del suo funzionamento e la tracciabilità del suo utilizzo». Ma anche il comma 2 dell'art. 14, che apre numerose riflessioni sia sul valore dell'intelligenza artificiale come supporto, non sostituzione all'attività umana, che sull'esigenza di regole in punto di lealtà digitale. Fa pensare il fatto che la legge richiami la trasparenza esplicitamente 5 volte; l'art. 4 richiami la lealtà dell'informazione e la conoscibilità; l'art. 14 la conoscibilità e tracciabilità.

21 S. RODOTÀ, *Etica e diritto* (*dialogo tra alcuni studenti e Stefano Rodotà*), con una presentazione di G. AZZARITI, Costituzionalismo.it, n.1/2019, p.28.

22 In questo senso si rinvia ancora alla richiamata legge n.132/2025, in particolare all'art.14, c.1.

23 Negli anni '50 H. L. CROSS, *The People's Right to Know: Legal Access to Public Records and Proceedings*. N.Y., Columbia University Press, 1953, nell'approfondire il diritto dei cittadini a conoscere il contenuto dei documenti pubblici proprio in ragione della natura pubblica e non individuale dell'interesse sotteso (profilo ben articolato nella decisione 41 N.Y.L, 332, New Jersey Supreme Court, nel caso State ex rel. Ferry v. William, 41, N.Y.L. 1879-06, in www.lawyerz.com) sottolineava l'intreccio tra pubblicità, democrazia e accesso ai documenti.

24 H.J. BLANKE, R. PERLINGEIRO, "*Essentials of the Right of Access to Public Information: An Introduction*" in H.J. BLANKE - R. PERLINGEIRO (eds), *The Right of Access to Public Information—An International Comparative International Legal Survey*, Springer, 2018, 17-18. Tali posizioni, che potremmo oggi definire consolidate, nonostante ciò convivono con alcune posizioni dissonanti, come quella controtendenza di BYUNG CHUL HAN, *La società della trasparenza*, 2014, Nottetempo, dove l'Autore si esprime criticamente sull'informazione e afferma che «*l'iper-informazione e l'iper-comunicazione non gettano alcuna luce sulla tenebra*, *irradiando senza rischiarare*». Arriva, addirittura, ad un'affermazione che può apparire paradossale, secondo la quale la sollecitazione di trasparenza non rifletterebbe partecipazione e il perfezionamento del rapporto fiduciario cittadino amministrazione, sarebbe, al contrario, espressione proprio dell'assenza di fiducia. Ovvero del fatto che l'auspicata società della trasparenza in sostanza sarebbe in realtà una società basata su sfiducia e sospetto. Conseguenza, dunque, della regressione dell'istanza morale alla quale avrebbe fatto seguito la trasparenza come nuovo imperativo sociale (p.80).

25 L. EINAUDI, *Prediche inutili*, Torino, Einaudi, 1955, dispensa prima, dove affermava «*conoscere per deliberare*» e lamentava l'impossibilità per un politico di decidere in mancanza di informazioni oggettive. La stessa frase veniva ripresa nel 2009 da V. VISCO, *Intervento al Convegno di Studi* su: "Luigi Einaudi, Studioso, Statista, Governatore", promosso dalla Facoltà di Economia dell'Università La Sapienza di Roma e dall'Università della Tuscia (Palazzo Farnese, Caprarola (VT), 10 ottobre 2009, www.bancaditalia.it (che riprendeva anche una frase di F. CAFFÈ, *Politica Economica, 1: Sistematica e tecniche di analisi*, Boringhieri, Torino, 1966, p.13, «*far uso della conoscenza come guida dell'azione*».) che, implicitamente evidenziando la strumentalità della trasparenza rispetto al buon governo, definiva la conoscenza quale strumento per deliberare

to tra potere e conoscibilità, definiva il governo della democrazia come il governo del potere pubblico in pubblico e utilizzava la "pubblicità" del pubblico potere quale criterio per distinguere «*il buon governo dal mal governo*» [26]. Ma, direi, anche principio approfondito e valorizzato sia da Lafer[27] nel richiamare l'esigenza e, dunque, il valore, dell'assenza di reticenze e, pertanto, della trasparenza del potere nelle argomentazioni, che da Habermas, nelle riflessioni sulla comunicazione e sull'importanza di un uso non strategico, pertanto non strumentale, dell'argomentazione[28] da parte del potere. Dunque, anche da parte dell'amministrazione.

La funzionalizzazione della trasparenza al buon governo, alla buona amministrazione[29], si ricava anche dagli artt.1 e 5, c.2 del d.lgs. n.33/2013 che la legano alla tensione verso i nuovi diritti della democrazia partecipativa e all'esercizio del controllo diffuso sul perseguimento delle funzioni istituzionali e l'uso delle risorse pubbliche della p.a.[30], enfatizzando, ancora una volta, il valore strumentale della trasparenza rispetto alla rendicontabilità dell'azione[31]. L'etica del rendere conto.

Dunque strumento (art.1, c.2) per il conseguimento di obiettivi tutelati costituzionalmente come la buona amministrazione (art.97, buon andamento e imparzialità)[32]; il dovere di assolvere le funzioni pubbliche con disciplina e ono-

---

consapevolmente.

26 Così N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, Torino, Einaudi, 1995, p.87-89; nello stesso senso anche P. Barile, *Democrazia e segreto*, Quad. Cost.n.1, 1987. Non solo, già De Toqueville, con posizioni nel tempo consolidate nella cultura giuridica, parlava della democrazia quale potere di un popolo informato (A. De Toqueville, *De la democratie en Amerique*, 1840, vers. It., *La democrazia in America*, trad. di G. Candeloro, Fabbri Editori 1996).

27 C. Lafer, *La menzogna. Un capitolo dei rapporti tra l'etica e la politica*, in *Teoria politica*, 1, 1994.

28 J.L. Habermas, *Etica del discorso*, Bari, Laterza, 1985, p.66.

29 Buon andamento «*cardine della vita amministrativa*» come la Corte Cost. lo ha definito nel 1968 nella sent. n.123.

30 Sulla trasparenza dei conti pubblici si rinvia a Corte Cost. n.184/2016.

31 Si rinvia a P. Piras, *La fragile bellezza della trasparenza: trasparenza e intelligenza artificiale*, in Idem, a cura di, *Dialoghi sulla trasparenza*, Milano, Giuffrè, 2023, p.41 ss, specie 47.

32 Due puntualizzazioni si rendono necessarie: la prima riguarda l'interessante dibattito in Assemblea Costituente dove nella relazione al testo finale dell'art.97 della Cost. il Presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini per voler sottolineare la dovuta enfasi ai principi espressi affermò: «*Brevi sono gli accenni, per la pubblica amministrazione, al buon andamento ed alla sua imparzialità. Un testo di Costituzione non poteva dire di più; ma si avverte da tutti il bisogno che il Paese sia bene amministrato, che lo Stato non sia solo un essere politico, ma anche un buon amministratore secondo convenienza e secondo giustizia. E si sente la tacita invocazione ad una riforma profonda e semplificatrice*», www.nascitacostituzione.it. In merito al "dire di più" si rinvia a A. Sandulli, *I principi di imparzialità e buon andamento, ieri oggi domani*, in M. Calabrò, A. De Siano (a cura di), *Dialogo su buon andamento e imparzialità nell'amministrazione contemporanea*, ES, Napoli, 2025, p.37 ss che definisce la formula dell'art.97 «*perfetta nella sua tenuità e vaghezza*» e a sostegno di tale sua definizione richiama la voce *Interesse, (dir. amm)* di E. Cannada Bartoli, in Enc. Del diritto, XXII, Milano Giuffrè 1972 dove affermava che il principio vale in quanto «*precisabile di volta in volta*» e ancora F. Satta, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in Enc. Del diritto, XXIX, Milano Giuffrè 1988, p.1379, dove definisce il buon andamento «*parametro per valutare il concreto*

re (art.54); il principio di uguaglianza (art.3); la responsabilità (art.28). Ma anche strumento di prevenzione della corruzione, teso a consentire l'emersione dei fenomeni corruttivi e mantenere la pressione dei cittadini sul corretto e imparziale svolgimento dell'azione amministrativa e sul comportamento imparziale dei funzionari amministrativi (art.1, c.3 d.lgs. n.33/2013).

3. La cultura della legalità come via verso un'etica pubblica non sacrificale

Dalla strumentalità della trasparenza rispetto alla correttezza dell'azione pubblica, al buon andamento e alla prevenzione della corruzione, emerge il collegamento con l'etica[33].

Il suo essere mezzo per rinsaldare la cultura della legalità (e l'integrità del funzionario pubblico), non solo in termini di certezza del diritto[34] e diffuso rispetto delle regole[35], ma proprio percezione del valore, e dunque dell'utilità, sia personale che sociale, del rispetto delle regole: come ci dicono Francesco Merloni e Alberto Pirni «*la percezione che tale rispetto…è la regola*»[36].

Il fare sì che portare a compimento la regola non sia, però, espressione di un'etica sacrificale; bensì di una scelta consapevole, che ascolta la voce della responsabilità e la condivide facendola propria, al punto che il dovere, la conformità alla regola, diviene essa stessa forma del desiderio grazie alla comprensione del suo valore e del suo essere, per così dire, al servizio dell'uomo[37].

---

esercizio della funzione amministrativa». La seconda puntualizzazione riguarda il doveroso richiamo (per una lettura combinata con il precedente articolo) al contenuto dell'art. art.41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE dove si afferma «*Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione*» e all'art.15 del TFUE che dispone «*Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile*».

33 Su questo punto farei un passo indietro su quanto già affermato in termini di trasparenza, opacità e percezione (infra, par. 1, note 8 e 9) per cercare di esplicitare ulteriori dubbi e riflessioni e aprire una nuova finestra sulla differenza di valore tra "percezione" e reale conoscenza, con particolare riferimento alla corruzione e all'insufficienza della percezione ai fini di una sua misurazione, e alla necessità di indicatori oggettivi per poter cogliere la reale dimensione del fenomeno nella pubblica amministrazione. E' utile sul punto, per due diverse linee di ragionamento, guardare all'importanza del ruolo svolto negli anni da *Transparency International* sia per richiamare l'attenzione sui temi della trasparenza che per portarci a coglierne punti di forza e debolezza. Tra questi proprio il sistema trasparenza nel suo intreccio con la corruzione e il suo essere la casa di vetro utile a far emergere la corruzione attraverso un sistema di indicatori basati sulla percezione soggettiva e non su indicatori oggettivi fino al 2024 quando, nell'ambito di un progetto finanziato con il PNRR, sono stati individuati da ANAC 70 indicatori oggettivi del rischio corruzione articolati in indicatori di contesto, appalti e comunali.

34 P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p.11

35DIFFUSAMENTE F. MERLONI - A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Donzelli, Roma, 2020, p.25

36 IDEM, op.cit., p.26

37 Ancora P. CALAMANDREI, *op. loc. cit.*, dove nel collegare legalità e certezza del diritto ne spiega il valore in termini di libertà di azione, «*certezza dei limiti entro i quali si estende la libertà*

Ma, dunque, come intendiamo l'etica pubblica? Doverosa qualche breve riflessione preliminare, una semplice pillola, sul suo significato[38].

Non possiamo pertanto in questa fase del nostro percorso argomentativo non muovere dal pensiero di Aristotele che ci ha chiarito il nesso tra l'etica e il comportamento dell'uomo[39], sempre legato ad un fine. Utile e ricco di molteplici stimoli sul punto il lavoro di Francesco Merloni e Alberto Pirni che, muovendo dalle riflessioni del filosofo, ci richiamano a cogliere come la parola etica possa essere letta secondo due accezioni: «*una descrittiva, l'altra valutativo-orientativa*»[40]. La prima riguarda la condotta, la sua descrizione, l'analisi del comportamento e la valutazione rispetto ai valori di riferimento della comunità di cui l'uomo fa parte. La seconda il suo essere strumento che orienta, che induce il maturare di una regola condivisa che si fa consuetudine e diviene "norma". Da qui l'anello di congiunzione trasparenza – etica: la visibilità favorisce la conoscenza e la comprensione, la valutazione dei comportamenti, delle scelte, dei procedimenti.

Non solo, contribuisce al maturare di un costume condiviso e al conseguente comportamento all'interno di una comunità quale esito di quella che potremmo assimilare «*a un'istanza orientativa del comportamento del singolo individuo*»[41]. Istanza che, se proviene dallo Stato, può trovare la sua massima realizzazione etica nella legge[42]che non deve essere, però, subita, come fosse ragione di continui sacrifici; ma che, al contrario, diviene espressione di quello che potremmo definire *il desiderio* della responsabilità etica[43].

Tale visione dell'etica pubblica impone al funzionario pubblico l'onere morale di conformare il proprio agire a regole di correttezza che, se pure non sempre corredate da un preciso contenuto giuridico, con conseguenti sanzioni in caso di violazione, costituiscono una barriera morale contro il malcostume nella misura in cui inducono forme di biasimo e di riprovevolezza sociale[44]. Dunque etica della responsabilità che convive con l'etica del rendere conto.

---

dell'altro».

38 S. Rodotà, *Elogio del moralismo*, Laterza, 2011, parla indistintamente di etica e morale, termini che considera sovrapponibili con una posizione differente da quella di G. F. W. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, trad.it. B. Henry, a cura di G. Marini, Laterza, Roma-Bari 2004. A lui si deve la distinzione tra moralità ed eticità,

39 Aristotele, *Ὄργανον, Ἀναλυτικὰ Ὕστερα*, 89b 9

40F. Merloni-A. Pirni, *op.cit.*, p.15 ss.

41 Idem, *cit,* p.19

42Ibidem, *op.loc.cit.*

43 "Imperativo categorico" come ci insegna I. Kant, *Critica della ragion pratica*, trad.it. Capra, Bari, Laterza, 2006, «*è morale un'azione solo se intende soddisfare il "dovere" e l'universalità della sua regola, del suo valore*».

44 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, pag.149, Torino, Einaudi, 1992, «*le regole ci danno il criterio delle nostre azioni, ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo, possiamo agire in determinate specifiche situazioni previste dalle stesse regole. I principi non ci dicono nulla direttamente, a questo proposito, ma ci danno criteri per prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate quando vengano a determinarsi concretamente…Le regole e solo le regole possono essere osservate e applicate meccanicamente e passivamente…*».

Sappiamo che la riflessione su etica e p.a non è un tema nuovo, riemerge ciclicamente con un andamento quasi vichiano.

Nuovo, invece, è l'approccio seguito per definire l'architettura e le azioni intorno alla quale disegnare il presidio a sua garanzia.

Oggi si ripensa il sistema a partire dall'approfondimento dei principi del buon andamento e dell'imparzialità della p.a. e ai modelli, anche organizzativi, grazie ai quali prevenire il verificarsi di eventi rispetto ad essi distorsivi. Ciò quale risposta alle esigenze espresse da un'amministrazione moderna, che impone grande attenzione anche al profilo organizzatorio del buon andamento quale espressione di efficienza dell'amministrazione [45] e dall'affermarsi di un nuovo concetto di corruzione. Più esteso, che non guarda solo alla violazione di regole che implicano sanzioni; ma anche alla prevenzione di comportamenti che, traducendosi in cattiva amministrazione[46], hanno inevitabili ricadute sul buon funzionamento, sull'efficienza, sull'economicità nell'esercizio della funzione[47].

In questa nuova fase di maturazione dell'amministrazione e del principio del buon andamento il legislatore ha offerto un importante quadro di riferimento con l'emanazione della legge n.190/2012. Da essa emerge, indirettamente, una nuova concezione di etica in chiave moderna, rigorosamente ancorata al dovere quale obbligo; concezione da leggersi in uno con il contributo dell'ANAC, delle sue linee guida e dei suoi atti deliberativi, che hanno esplicitato la definizione di cattiva amministrazione[48] articolando le diverse dimensioni del dovere giuridico e la sua intima connessione con la corruzione (grigia)[49].

L'etica pubblica assume, così, un significato che va oltre le regole di comportamento soggettivo dei funzionari pubblici per arrivare ad una dimensione più ampia, di regole giuridiche o etiche (sul piano della deontologia professionale, della morale individuale, del riferimento ai valori al centro dell'operare pubblico) tese ad assicurare l'integrità delle amministrazioni pubbliche e dei lo-

---

45 M.R. Spasiano, *L'organizzazione comunale-Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli 1995, 223 ss.

46 S. Cassese, "*Maladministration*" *e rimedi*, in Il Foro italiano, settembre 1992, V, 243, pp. 2-15; F.C. Wheare, *Maladministration and its Remedies*, London, 1973.

47 Approfondimento che trova le sue radici molti anni addietro nelle riflessioni di E. Resta, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti per Santi Romano*, vol. II, Padova, Cedam, 1940, p.128 ss quando definiva la buona amministrazione «*concetto finale*» riferito ad un'«*attività amministrativa perfettamente adeguata, nel tempo e nei mezzi, allo specifico fine da raggiungere*».

48 Per tutte si rinvia a ANAC determinazione 28 ottobre 2015, n. 12 p. 7, di aggiornamento al PNA, dove si esplicita una definizione di corruzione in senso ampio, coincidente con la *maladministration* da intendersi «*come assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. Occorre, cioè, avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, e contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse*».

49 B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Mulino, Rimini, 2007.

ro funzionari[50]. Dunque della legalità come principio dal quale le amministrazioni non possono prescindere, ma, direi meglio, non vogliono prescindere in ragione della consapevolezza dell'utilità personale e sociale del rispetto delle regole[51].

Un'etica pubblica non sacrificale, dunque, ma espressione del desiderio; pertanto non sacrificabile[52]. Non per questo sovrapponibile al sogno di un'amministrazione «*senza macchia*».[53].

Bensì di un'amministrazione che cammina al fianco del cittadino, sensibile alle nuove istanze e al suo nuovo ruolo; che è capace di guardare alle nuove frontiere e plasmare la sua attività con l'innovazione, tenendo il passo e non subendo il suo irrompere.

4. L'amministrazione pubblica e le tecnologie. Il futuro è ora, ma quale etica?

In questo percorso di cambiamento e tensione dell'amministrazione verso il futuro, in linea con l'evoluzione sociale, che definirei, dunque, parallelo a quello vissuto dal cittadino con il quale, grazie alla trasparenza e alla partecipazione, si instaura un circuito positivo[54], la trasparenza e l'etica, in ragione delle dinamiche prodotte dalla prima (anche in termini di partecipazione) percorrono una via comune[55] che alimenta sviluppi le cui ricadute a carico dei poteri pubblici sono significative.

La transizione digitale dell'amministrazione[56] ha aperto nuove finestre sulle ripercussioni nei confronti del cittadino e della sua conquistata centralità in termini di conoscenza e trasparenza dell'azione e dell'organizzazione amministrativa imponendo, così, un'attenzione critica e la via verso una riflessione in merito all'uso delle tecnologie nell'amministrazione e le relative implicazioni

---

50 C. Siciliano, *Come promuovere la cultura dell'etica e della legalità per uno sviluppo sostenibile delle comunità,* Labour & Law Issue, Bologna 2015, p.12, quale riflesso di un valore «*che ciascuno di noi porta in sé come proiezione di un ideale interiore di dignità umana che non sempre trova pragmatica corrispondenza*».

51 Nel 2011 S. Rodotà, *Elogio del moralismo*, cit., definiva lo scemare dell'etica pubblica «*potente incentivo al diffondersi dell'illegalità*».

52 Si mutua qui il percorso logico seguito da S. Freud, *Alcune aggiunte d'insieme alla "Interpretazione dei sogni"*, tr.it. in *Opere*, a cura di L. Musatti, Boringhieri, Torino,1967-1980 vol.10 p.157 ss. in merito alla spiegazione dell'inconscio voce di un desiderio che non può essere superato.

53 Per l'espressione amministrazione senza macchia si rinvia a M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.1, 1Marzo 2019, p. 61; F. Merloni, *Etica pubblica e doveri di comportamento dei funzionari pubblici*, Lessico di etica pubblica, 2 /2021, p.107.

54 D. Donati, *Il paradigma sussidiario*, Bologna, Il Mulino, 2014

55 Idem, *Il controllo dei cittadini sull'amministrazione pubblica, tra effettività giuridica e valore etico*, in L. Vandelli (a cura di) *Etica pubblica e buona amministrazione-Quale ruolo per i controlli*? Milano, Giuffrè, 2009, 159-160

56 B. Marchetti, voce *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici, Funzioni amministrative* (a cura di B.G. Mattarella, M. Ramajoli), Milano, Giuffré F.L., 2022

etiche[57].

Due i macro profili: il primo attiene all'emergere e al persistere dei divari digitali, il secondo all'uso dell'intelligenza artificiale.

Entrambi hanno ricadute sulla trasparenza e sulla partecipazione e implicazioni etiche.

Riflettiamo sul primo: il Codice delle amministrazioni digitali, che ha introdotto le regole alle quali l'amministrazione deve attenersi (impiegando tempi lunghissimi per affermarsi, quasi non avesse dignità come legge, non fosse riconosciuta tale), affermava l'esistenza di diritti del cittadino a rapportarsi in modalità digitale con l'amministrazione. Implicitamente, dunque, affermava l'esistenza di doveri dell'amministrazione[58] e richiamava ad un approccio etico all'innovazione da parte delle istituzioni chiamate ad assolvere il dovere di rimuovere le criticità (infrastrutturali ed educative) che avrebbero potuto precludere l'accesso e la partecipazione del cittadino, frustrando così l'aspirazione ad una innovazione digitale inclusiva, in quanto tale funzionale a favorire la partecipazione.

Da un punto di vista infrastrutturale molti sono stati i progressi, mentre, sotto il profilo educativo, come si è avuto occasione di approfondire in altra sede[59], molto piccoli i passi avanti (e limitati all'alfabetizzazione informatica di base, tanto che si è parlato di divari digitali di secondo livello)[60] e la stessa amministrazione ha incontrato non poca difficoltà nel far accettare l'innovazione anche al suo interno[61] progredendo nella transizione digitale soprattutto in ragione dell'affidamento dei servizi digitali all'esterno.

Senza soffermarci in questa sede a fondo sul tema dei divari, al fine di cogliere i punti di connessione persona-amministrazione-innovazione-etica, facciamo un piccolo passo indietro e ripensiamo ai doveri e all'etica.

---

57 Ciò naturalmente si lega al dibattito sulle origini della normatività delle regole etiche, sulla fonte dell'autorità dei nostri standard etici, sul punto, si rinvia diffusamente a C. Korsgaard, *Le origini della normatività*, tr. it. ETS, Pisa 2014 e, in particolare per ciò che riguarda la tecnologia e l'intelligenza artificiale, a E. Fourneret, B. Yvert, *Digital Normativity: A Challenge for Human Subjectivation*, in «Frontiers in Artificial Intelligence», 3 (https://doi.org/10.3389/frai.2020.00027); J. Llorca Albareda, P. García, F. Lara, *The Moral Status of AI Entities*, in F. Lara, J. Deckers (eds), *Ethics of Artificial Intelligence*, The International Library of Ethics, Law and Technology, vol. 41, Springer, Cham 2023, pp.59–83; R. Redaelli, *Different Approaches to the Moral Status of AI: a Comparative Analysis of Paradigmatic Trends in Science and Technology Studies*, in «Discover Artificial Intelligence», 3, 25, 2023.

58 N. Bobbio, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, in *Id. Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 436; P. Piras, *L'amministrazione digitale tra divari e doveri. "non camminare davanti a me, ma al mio fianco",* vol.11, 2, 2022, Persona P.A.

59 P. Piras, *L'amministrazione digitale tra divari e doveri, op.loc.cit.*

60 E. Hargittai, *Second level digital divide: Differences in people on line skills*. First Monday, 7(4), Retrieved May 17, 2016, http://firstmonday.org/article/view/942/864

61 P. Piras, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, Dir.dell'inf. 2020, p.43 ss; Idem, *Comunicazione e innovazione nell'amministrazione gattopardo. I social media per un nuovo rapporto cittadino pa: nulla di fatto?* Il diritto dell'economia, n. 2 2020, p. 239 ss

La Corte Costituzionale già nel 1999, con la sentenza n. 172, quasi relativizzando la nozione di cittadinanza,[62] offriva una definizione (fatta poi propria dalla dottrina) come "comunità di diritti e doveri" più ampia di quella che intendiamo in senso stretto, riferita non all'appartenenza allo Stato, ma in generale ad una comunità. Faceva riferimento a una comunità di diritti e doveri «*che accoglie e accomuna tutti coloro che… ricevono diritti e restituiscono doveri*».

Definizione che possiamo, pertanto, applicare anche alla cittadinanza digitale[63] e rispetto alla quale potremmo e dovremmo interrogarci sulle persistenti diseguaglianze e sull'attenzione riposta al dovere di abbattimento dei divari digitali.

Considerato che gli strumenti di innovazione tecnologica devono avere un carattere emancipativo, essere al servizio della persona, per migliorarne le condizioni di vita e il rapporto con l'amministrazione, è, pertanto, legittimo interrogarsi se, e quanto, le azioni funzionali all' abbattimento dei divari digitali costituiscano un dovere[64].

Se la persistenza dei divari, in quanto limitativa della trasparenza e della partecipazione e anche, direi, potenzialmente della comprensione della motivazione di alcuni atti (si pensi alla motivazione algoritmica), nell'essere fonte di nuove diseguaglianze, sia compatibile con quella che potremmo definire etica pubblica digitale nella misura in cui, piuttosto che all'emancipazione, contribuiscono al suo "immiserimento"[65].

Se possano, dunque, per questa ragione divenire causa della percezione di un senso di estraneità dei cittadini rispetto al loro futuro.

Le misure di etica pubblica hanno come finalità l'integrità delle istituzioni pubbliche, la loro capacità di assolvere la funzione nel modo migliore,[66] di guardare alla "persona" cui la funzione è rivolta.

Questo impone anche all'amministrazione di assolvere il dovere e intervenire, negli spazi vuoti riservati alla sua competenza, per contenere le diseguaglianze e integrare le azioni di rimozione delle criticità. Di esercitare un ruolo trainante in termini solidaristici per fare in modo che l'innovazione sia virtuosa, abbia ricadute positive sulla qualità della vita delle persone, quale esito della

---

62 Nello stesso senso già G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in Riv. dir. cost., n.1, 1997, p. 3 e ss. e in part. p. 11-12. Più di recente F. MANGANARO, *Dalla cittadinanza alle cittadinanze. Questioni su un concetto polimorfico*, in AmbienteDiritto.it, n. 4,2022, p. 4; F. FAINI, *Diritto all'esistenza digitale*, in BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, n. 3, 2019, p. 91 ss

63 A livello normativo non esiste una definizione di cittadinanza digitale, possiamo però fare riferimento alla *Guida dei diritti di cittadinanza digitali dell'Agenzia per l'Italia digitale* (AgID) del 2022 che dice che «*la cittadinanza digitale consiste in una serie di diritti digitali che contribuiscono a facilitare a cittadini e imprese la fruizione dei servizi della Pubblica Amministrazione*» (Parte I).

64 Sul dovere si legga M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona Amministrazione*, VII (2/2020), 543.

65 M. BERTOLASO - G. LO STORTO, *Etica digitale. Verità, responsabilità e fiducia nell'era delle macchine Intelligenti,* LUISS University Press, Roma 2021.

66 PLATONE, *Repubblica*, libro III dove parla dei guardiani, si rinvia a *Repubblica* a cura di F. SARTORI, Laterza, Roma, 223, 1980.

maturazione del profilo di un'amministrazione moderna, capace, grazie alla tecnologia, di migliorare i servizi che eroga e raggiungere i cittadini in modo trasparente, con procedimenti semplificati e accessibili; utili a favorire la più ampia partecipazione.

Garantire, cioè, sia i diritti fondamentali della cittadinanza digitale, che quelli sostanziali[67].

La disattenzione nei confronti del cittadino e del persistere di meccanismi che non è in grado di controllare[68], che dunque minano la sua partecipazione, sono, invece, espressione dell'allontanamento della persona dal centro verso la periferia; dove il centro viene, invece, ad essere riservato all'informatizzazione (innovazione digitale) in sé, divenuta obiettivo finale piuttosto che strumentale[69].

Trasposizione non priva di conseguenze, che fa riemergere alla nostra memoria le parole di S. Rodotà, quasi un monito, secondo il quale «*nello spazio digitale i diritti si espandono e scompaiono…ci parlano di un impegno. Chi li detiene, deve anche essere consapevole del dovere di farli rispettare*» [70] e chi ha il compito di garantirli, quello di assolvere il relativo dovere.

Arriviamo, così, al secondo macro profilo che riguarda l'uso dell'intelligenza artificiale nelle amministrazioni e non è slegato dal precedente nella misura in cui implica anche ragionamenti sulle competenze informatiche avanzate del cittadino.

Ancora una volta ci troviamo a riflettere sulla triangolazione trasparenza, partecipazione, etica, ma non solo.

Ancora una volta, quasi in un percorso vichiano, siamo davanti ad una progressione tecnologica che anticipa l'amministrazione e velocemente matura strumenti, come l'intelligenza artificiale, la cui capacità di modificarsi e riorientarsi rispetto agli *input* del programmatore (come avviene nel caso degli algoritmi non deterministici e del *machine learning*) rende imprevedibile l'esito del processo e può essere anche utilizzata come strumento di persuasione con le relative ricadute positive, ma talvolta anche negative[71]. Ciò implica importanti rica-

---

67 Diffusamente F. DE CINDIO, A. TRENTINI, *Dal tecnocivismo alla cittadinanza digitale, Trasparenza e partecipazione*, Themis editore, Roma, 2024, p.27-28

68 Penso anche all'uso dell'intelligenza artificiale in termini di captologia, di rapporto tra funzionalità di scopo e tecniche persuasive, sul punto a B.J. FOGG, *Creating Persuasive Technologies: An Eight-Step Design Process*, Proceedings of the 4th international Conference on Persuasive Technology, No. 44, ACM, 2009.

69 A questo aspetto collego, senza soffermarmi, l'ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza sulla motivazione algoritmica e sulla imprescindibile «riserva di umanità» (diffusamente G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo,* Padova, CEDAM,2023) volta a garantire la trasparenza e con essa il persistere di un canale di comunicazione tra cittadino e amministrazione (F. GIGLIONI, *Trasparenza e partecipazione*, cit. p.1)

70 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2015, p.4, 10

71 Gli strumenti di persuasione non costituiscono certamente una novità in assoluto. Risalgono all'antica Grecia, infatti già i Sofisti usavano l'arte della dialettica per convincere; per

dute in termini di trasparenza ed etica. Più precisamente in merito all'offuscamento delle connessioni logiche che hanno portato l'amministrazione ad una determinata decisione e innalzano, dunque, una cortina che vela la conoscibilità del percorso seguito alimentando interrogativi, non solo etici, sulla ammissibilità o meno di una decisione interamente automatizzata. Poi risolti da dottrina e giurisprudenza, a favore di una lettura antropocentrica che afferma l'imprescindibilità del contributo umano[72]. Lettura ribadita anche dall'art. 22 regolamento UE 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio approvato il 13 giugno 2024[73] (e ripresa nel testo del disegno di legge di iniziativa del governo approvato il 17 settembre 2025 dal Senato[74]), in particolare nell'art.1, c.1, (finalità) e nel 14 (dedicato all'uso dell'intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni).

Connessioni logiche che, grazie alla velocità dell'innovazione, si ipotizza, alimentando però ulteriore preoccupazione ed evidenziando la fragilità della trasparenza[75], potrebbero essere rimesse alla spiegazione da parte della stessa intelligenza artificiale [76], o, meglio, della sola intelligenza artificiale.

Tale possibilità allontana, ancora una volta, il cittadino dall'amministrazione poiché ipotizza quale controllore dell'intelligenza artificiale la sola intelli-

---

imporre la propria verità, che poteva anche non coincidere con la verità in senso universale, diffusamente M. Dorati (a cura di), *Aristotele Retorica,* Mondadori, Milano 1996.

In questa sede il riferimento è più precisamente rivolto alle *sociotechnical affordances* alle quali a fine anni '60 fece riferimento J. Jerome Gibson, *The senses considered as perceptual systems*, Houghton Mifflin, 1966 e sulle quali oggi si riflette in particolare in merito all'uso dell'intelligenza artificiale e delle chatbot come strumenti di persuasione, cfr. Harri Oinas-Kukkonen and Marja Harjumaa, *Persuasive Systems Design: Key Issues, Process Model, and System Features*, Communications of the Association for Information Systems vol.24, art.28, 485 ss, Berkeley Electronic Press, 2009; B. J. Fogg, *Persuasive technology,* Elsevier Inc., San Diego, 2003, tr.it. *Tecnologia della persuasione. Un'introduzione alla captologia, la disciplina che studia l'uso dei computer per influenzare idee e comportamenti,* Apogeo S.r.l., Milano, 2005; Idem, *A Behavior Model for Persuasive Design,* Proceedings of the 4th international Conference on Persuasive Technology, No. 40, ACM, 2009.

72 M.B. Armiento, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale. Strumenti, principi e garanzie*, ES, Napoli, 2024; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, E.S. Napoli, 2018, specie p.107 ss; G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, Diritto dell'informazione e dell'informatica, fasc.3, 2021, p. 431 ss. specie 457; R. Rolli e M. D'Ambrosio, *La necessaria lettura antropocentrica della rivoluzione 4.0*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1, 2021, pp. 573 ss., 581.

73 J. Ponce Solé, *Il regolamento dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale, la discrezionalità amministrativa e la riserva di umanità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, p.825 ss

74 Già approvato dal Senato e poi modificato dalla Camera.

75 P. Piras, *La fragile bellezza della trasparenza. Trasparenza e intelligenza artificiale*, in Idem, *Dialoghi sulla trasparenza*, Milano, Giuffrè 2023, p.41 ss.

76 W. Meert, T. de Laet, L. de Raedt, *Artificial Intelligence. A Perspective from the Field*, The Cambridge Handbook of the Law, Ethics and Policy of Artificial Intelligence, 2025, 2, p.17 ss. specie 37.

genza artificiale[77]. Impone, dunque, regole e implicazioni etiche[78] che alimentano l'esigenza di guardare con attenzione sulle ricadute dell'uso dell'IA nella pubblica amministrazione e sull'esercizio della sua funzione.

Tutto ciò conferma che il futuro è ora, non domani. Che non possiamo superare le criticità lamentando il tempo perduto, (già M.S. Giannini nel 1979 nel Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato rimpiangeva il «*decennio perduto*»).

Non possiamo rincorrere l'innovazione; ma guardare oltre, inventando ora il futuro dell'amministrazione.[79]Di un'amministrazione disegnata in funzione dell'esercizio rigoroso delle proprie attribuzioni da parte di ciascun organo, dove entrambe le componenti della funzione pubblica, il potere e il servizio, nelle loro reciproche implicazioni, si integrano, realizzando, nel rispetto della trasparenza, al più elevato livello possibile, autorevolezza e servizio nell'interesse della collettività.

Dove l'amministrazione trasparente ed efficiente guarda alla "persona". Oltre le parole.

---

77 R.L. Heidelberg, *Artificial Intelligence and the Modern Condition of Expertise*, in «Administration & Society», n. 56, 2024, n. 1

78 L. Floridi, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2022; G. Finocchiaro, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2022, pp. 1088 ss.; Id., *Intelligenza artificiale. Quali regole?* Bologna, Il Mulino, 2024, spec. pp. 39 ss; P. Forte, *Elementi di intelligenza amministrativa artificiale. Su taluni caratteri giuridici dell'automazione della pubblica amministrazione*, in «Diritto pubblico», n. 2, 2025. Si richiamano qui la Carta etica sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente del 2018, nonché il Regolamento UE 2024/1689 del 13 giugno 2024.)

79 A. Kay, nel 1971 al PARC, (*Palo Alto Research Center* della Xerox), affermava che "il modo migliore per prevedere il futuro è inventarlo" affermazione che poi riprendeva nella *Annual Lindberg-King Lecture* del 2018 http://infocus.nlm.nih.gov/2018/10/04/dr-alan-kay-talks-about-the-future-at-annual-lindberg-king-lecture.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

GIUSEPPE MANFREDI
Professore ordinario di diritto amministrativo
Università Cattolica del Sacro Cuore
giuseppe.manfredi@unicatt.it

DECISIONI CON IMPEGNI NEL CODICE DEL CONSUMO, ACCORDI, TUTELA DEI TERZI

DECISIONS WITH COMMITMENTS IN THE CONSUMER CODE, AGREEMENTS, PROTECTION OF THIRD PARTIES

SINTESI

Lo scritto tratta delle decisioni con impegni nel Codice del consumo, esaminando in particolare la questione della natura degli impegni e quella della tutela dei terzi nei confronti dei medesimi.

ABSTRACT

The paper deals with decisions with commitments in the Consumer Code, examining in particular the question of the nature of the commitments and that of the protection of third parties against them.

PAROLE CHIAVE: Codice del consumo – AGCM - decisioni con impegni – accordi – tutela dei terzi

KEYWORDS: Consumer Code – AGCM - decisions with commitments – agreements - protection of third parties

INDICE: 1.Le disposizioni sugli impegni nel Codice del consumo e nel regolamento di procedura. 2.I precedenti degli impegni disciplinati dal Codice del consumo. 3.La natura degli impegni: la posizione della giurisprudenza 4.Segue: la posizione della dottrina. 5.Segue: e la crisi degli accordi. 6.La tutela dei terzi.

1. Le disposizioni sugli impegni nel Codice del consumo e nel regolamento di procedura

Gli impegni nei procedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che sono intesi a sanzionare le pratiche commerciali scorrette costituiscono uno degli istituti più interessanti dell'odierna disciplina amministrativa del consumo.

Questo strumento viene infatti impiegato ampiamente per definire i procedimenti sanzionatori, perché, rispetto alla consueta definizione tramite l'irrogazione della sanzione, esso può risultare vantaggioso sia per l'autorità procedente, sia per l'impresa – o, per usare la definizione del Codice del consumo, per il professionista - nei cui confronti è stato avviato il procedimento[1].

1 Peraltro gli impegni previsti dal Codice del consumo vengono impiegati da parte dell'Agcm con maggiore frequenza rispetto agli impegni previsti dalla legge n.287/1990 – lo rileva da ultimo C. PISANO, *Tendenze evolutive nell'esperienza dell'Agcm*,

Come ha osservato la Corte di Giustizia nella nota sentenza *Alrosa* del 29 giugno 2010, riguardo all'analogo istituto degli impegni nei procedimenti cosiddetti *antitrust*, per l'autorità procedente gli impegni sono uno strumento "ispirato da considerazioni di economia processuale"[2], dato che consentono all'autorità di intervenire in modo più rapido e con un minore dispendio di risorse.

In sostanza essi perseguono un obiettivo deflativo analogo a quello del pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria in misura ridotta che è previsto dall'art.16 della legge n.689 del 1981, oppure a quello del cosiddetto patteggiamento, *id est* della applicazione della pena su richiesta delle parti che è regolata dall'art.444 del Codice di procedura penale.

E al professionista consentono di evitare delle sanzioni che potrebbero essere ben più gravose degli impegni che propongono, e anche di sfuggire a un accertamento definitivo dell'infrazione che potrebbe essere impiegato da terzi nelle azioni di *private enforcement*, ossia nelle azioni civili intese a rimediare ai danni cagionati dalle pratiche scorrette.

Nondimeno la disciplina degli impegni dettata dal Codice del consumo dopo le modifiche recate dal d.lgs. n.146/2007 è abbastanza scarna.

Il testo vigente dell'art.27 del Codice nel comma 7 prevede che "ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione".

E nel comma 12 prevede che, in caso di mancato rispetto degli impegni, l'Agcm applica le stesse misure previste per l'inottemperanza dei provvedimenti di urgenza e dei provvedimenti inibitori o di rimozione degli effetti della pratica commerciale scorretta, ossia la sanzione pecuniaria da 10.000 a 10.000.000 di euro, e, in caso inottemperanza reiterata, la sospensione sino a trenta giorni dell'attività del professionista inadempiente.

Questa disciplina viene però attuata, e integrata dalle norme secondarie emanate dalla stessa Agcm nelle diverse edizioni del *Regolamento sulle procedure istruttorie nelle materie di tutela del consumatore e pubblicità ingannevole e comparativa* che si sono succedute a partire dal 2007.

---

in *Riv. trim. dir. pub.*, 2025, 391 e ss., sulla base dei dati desunti dalle relazioni sull'attività dell'Autorità.

2 Corte di Giustizia, 29 giugno 2010, C-441/07, Commissione c. Alrosa Company Ltd.

Ora, a differenza di quanto accade per altri atti normativi delle autorità indipendenti, il regolamento di procedura è previsto da una precisa disposizione di legge, ossia dal comma 11 dell'art.27 del Codice.

Ma per quanto riguarda gli impegni pure l'art.10 del testo vigente del regolamento - approvato con la delibera Agcm n.31356 del 2024 - conferma la disinvoltura con cui le autorità indipendenti sono solite attribuirsi poteri non previsti dalla legge[3].

Questa disposizione contiene infatti anche delle previsioni che non trovano riscontro nel Codice, e che dunque non paiono coerenti con il principio di legalità in senso formale.

Mentre il primo e il secondo comma dettano disposizioni di contenuto attuativo, sui termini e sulle modalità di svolgimento del procedimento, il terzo comma contiene delle previsioni sulla riapertura del procedimento sanzionatorio dopo la decisione di accettazione degli impegni del professionista alle quali la legge non fa nessun cenno: "successivamente alla decisione di accettazione di impegni, il procedimento potrà essere riaperto d'ufficio, laddove: a) il professionista non dia attuazione agli impegni assunti; b) si modifichi la situazione di fatto rispetto ad uno o più elementi su cui si fonda la decisione; c) la decisione di accettazione di impegni si fondi su informazioni trasmesse dalle parti che siano incomplete, inesatte o fuorvianti"[4].

Queste previsioni replicano i contenuti del terzo comma dell'art.14-*ter* della legge sulla tutela della concorrenza – di cui si dice in appresso -, sicché tramite esse l'Autorità garante presumibilmente ha voluto rimediare a quella che ha considerato una dimenticanza del legislatore: ma, come s'è detto, lo ha fatto in un modo che è senz'altro opinabile.

Peraltro in giurisprudenza non mancano pronunce che in sostanza paiono voler giustificare la riapertura del procedimento sanzionatorio anche con il principio dell'inesauribilità del potere: ad esempio in C.S., VI, n.3579/2025, si legge che la riapertura è prevista dal regolamento di cui all'art.27 del Codice del consumo, ma si sostiene anche che "in generale la conclusione di un procedimento con l'accettazione da parte dell'Autorità degli impegni del professionista, resi obbligatori con il provvedimento finale, lungi dal costituire un accertamen-

---

3 Si sa che per questo aspetto l'attività normativa delle *authorities* è oggetto di un ampio dibattito sin dagli anni Novanta del secolo scorso: qui pare sufficiente richiamare i lavori monografici di S. FOA', *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, e di P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, e, in generale, sul ruolo e sui poteri delle Autorità indipendenti, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019.

4 Il mancato rispetto del principio di legalità riguardo a questa previsione, che compariva già nella prima edizione del regolamento, emanata con la delibera Agcm n.17589 del 2007, è stato rilevato già da L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Conc. merc.*, 2011, 545 e s.

to in via definitiva sulla scorrettezza o meno delle condotte contestate in sede d'avvio del procedimento, non comporta la consumazione dei poteri di intervento e sanzionatori posti a tutela dei consumatori e del mercato i quali possono essere nuovamente esercitati previa riapertura, al ricorrere delle condizioni di legge, del procedimento istruttorio originario" – ma non va dimenticato che la più recente dottrina ha revocato in dubbio la vigenza del principio della inesauribilità[5], con considerazioni che da ultimo hanno trovato in parte riscontro anche nella sentenza n.88 del 2025 della Corte costituzionale.

2. I precedenti degli impegni disciplinati dal Codice del consumo

Come si evince già dai richiami alla disciplina degli impegni nei procedimenti *antitrust* che si sono appena fatti, è opportuno trattare gli impegni nei procedimenti inerenti le pratiche commerciali scorrette considerando pure la giurisprudenza e la dottrina che si sono occupate di fattispecie analoghe.

Gli è che le previsioni dell'art.27 Codice del Consumo sono identiche a quelle dettate dall'art.8 del d.lgs. n.145/2007, sulla pubblicità ingannevole, e le une e le altre in definitiva sono in parte il calco di un'altra disposizione, la quale è a sua volta il calco di una quarta disposizione.

Il Codice del consumo e il d.lgs. n.145 riprendono infatti una parte dei contenuti dell'art.14-*ter*, inserito nella legge per la tutela della concorrenza n.287/1990 dal decreto-legge n.223/2006, e che nel testo vigente dispone che "1.Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 e 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni e previa consultazione degli operatori del mercato, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese. Tale decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e chiude il procedimento senza accertare l'infrazione. 2. L'Autorità in caso di mancato rispetto degli impegni resi obbligatori ai sensi del comma 1 può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato totale realizzato a livello mondiale durante l'esercizio precedente. Al fine di monitorare l'attuazione degli impegni, l'Autorità esercita i poteri di cui all'articolo 14 della presente legge. 3. L'Autorità può d'ufficio riaprire il procedimento se: a) si modifica in modo determinante la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si fonda la decisione; b) le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; c) la decisione si fonda su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti".

---

5 V. in proposito in particolare M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, e 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 e ss*.

Anche se questa formula è più ampia di quella prevista nel Codice e di quella prevista nel d.lgs. n.145/2007, non vi sono ragioni che inducano a ritenere che gli impegni previsti da questi testi normativi abbiano una natura diversa.

E l'art.14-*ter* della legge n.287 a sua volta riprende i contenuti dell'art.9 del regolamento dell'Unione europea sulla concorrenza n.1 del 2003[6].

Peraltro anche quest'ultima previsione non è il frutto di una elaborazione del tutto autonoma delle istituzioni europee, perché a sua volta si ricollega alla consueta circolazione dei modelli giuridici tra i diversi ordinamenti.

Infatti è stata ispirata dai *consent decree* e dai *consent order* del diritto *antitrust* statunitense: figure in ordine alle quali sono sorte problematiche analoghe a quelle che riguardano gli impegni (ad esempio, per quanto riguarda il pericolo che si verifichi un qualche tipo di collusione nei rapporti tra l'amministrazione e le imprese che sono sottoposte ai procedimenti sanzionatori[7]), ma che hanno una struttura diversa dagli impegni che sono previsti nel diritto dell'Unione europea e nel diritto italiano, sicché non è il caso di occuparcene in questa sede.

Nella disciplina amministrativa del consumo invece allo stato non trova riscontro un'altra figura che persegue anch'essa fini di economia processuale, ossia la procedura di transazione che è regolata dall'art.14-*quater*, inserito nella legge n.287 del 1990 dalla legge n.218/2022[8].

6"1.Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato. 2.La Commissione, su domanda o d'ufficio, può riaprire il procedimento: a) se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; b) se le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; oppure c) se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti". Sugli impegni nell'ordinamento unionale v., per tutti, C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012, 7 e ss.

7 Per un confronto tra gli istituti statunitensi e quelli italiani v. G. FAELLA, *Decisioni d'accettazione degli impegni, consent order e consent decree: l'antitrust e i limiti del potere,* in P. G. MONATERI, A. SOMMA (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di <governo del diritto>,* Napoli, 2009, 819 e ss., e F. POLVERINO, *Procedure negoziate in materia antitrust: impegni e accordi transattivi,* in *Conc. merc.*, 2008, 411 e ss.

8 "1.Nel corso dell'istruttoria aperta ai sensi dell'articolo 14, comma 1, l'Autorità può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono manifestare per iscritto la loro disponibilità a partecipare a discussioni in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione. 2.L'Autorità può informare le parti che partecipano a discussioni di transazione circa: a) gli addebiti che intende muovere nei loro confronti; b) gli elementi probatori utilizzati per stabilire gli addebiti che intende muovere; c) versioni non riservate di qualsiasi specifico documento accessibile, elencato nel fascicolo in quel momento, nella misura in cui la richiesta della parte sia giustificata al fine di consentirle di accertare la sua posizione in merito a un periodo di tempo o a qualsiasi altro aspetto particolare del cartello; d) la forcella delle potenziali

In sostanza, con questa procedura il legislatore ha voluto introdurre nel nostro ordinamento la prassi dei *settlement* adottata dalla Commissione europea nel contrasto dei cartelli tra imprese – prassi che, prevedibilmente, ancora una volta è ispirata anch'essa dal diritto *antitrust* statunitense[9].

L'art.14-*quater* e la *Comunicazione* emanata con la delibera attuativa Agcm n.30629/2023 prevedono che, all'opposto di quanto accade per gli impegni, l'iniziativa di avviare la procedura di transazione spetta all'Autorità, la quale può procedervi o meno in considerazione della "probabilità di addivenire rapidamente alla definizione del procedimento", e che la procedura si articola in discussioni con le imprese incolpate, le quali possono determinarsi a presentare una proposta di transazione il cui accoglimento da parte dell'Autorità reca alla riduzione del 20% dell'ammontare della sanzione da irrogare.

Detto incidentalmente, sulla base della lettera di queste formule pare dunque che la procedura di transazione rechi anch'essa, al pari degli impegni, a una definizione negoziata del procedimento sanzionatorio: ma all'opposto di quanto accade negli impegni, questa definizione reca all'irrogazione della sanzione, seppure in misura ridotta.

3. La natura degli impegni: la posizione della giurisprudenza

Dopo aver descritto la disciplina positiva degli impegni, è il caso di svolgere qualche considerazione su quelli che allo stato sono i due aspetti più di-

---

ammende. Tali informazioni sono riservate nei confronti di terzi salvo che l'Autorità ne abbia esplicitamente autorizzato la divulgazione. 3.In caso di esito favorevole di tali discussioni, l'Autorità può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono impegnarsi a seguire la procedura di transazione presentando proposte transattive che rispecchino i risultati delle discussioni svolte e in cui riconoscano la propria partecipazione a un'infrazione degli articoli 2 e 3 della presente legge ovvero degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché la rispettiva responsabilità. 4.L'Autorità può decidere in qualsiasi momento di cessare completamente le discussioni in vista di una transazione, anche rispetto a una o più parti specifiche, qualora ritenga che sia comunque compromessa l'efficacia della procedura. Prima che l'Autorità fissi un termine per la presentazione delle proposte di transazione, le parti interessate hanno il diritto a che sia loro divulgata a tempo debito, su richiesta, l'informazione specificata nel comma 2. L'Autorità non è obbligata a tener conto di proposte di transazione ricevute dopo la scadenza del termine suddetto. 5.L'Autorità definisce con proprio provvedimento generale, in conformità con l'ordinamento dell'Unione europea e garantendo il diritto al contraddittorio, le regole procedurali che disciplinano la presentazione e la valutazione delle proposte di transazione di cui al presente articolo e l'entità della riduzione della sanzione di cui all'articolo 15, comma 1-bis, da accordare in caso di completamento con successo della procedura".

9 Cfr. F. POLVERINO, *Procedure*, cit., ove riferisce della vicenda che negli anni Settanta del Novecento ha portato all'approvazione del *Tunney act*, che ha previsto una disciplina puntuale degli accordi con cui vengono chiuse le procedure sanzionatorie di comportamenti anticoncorrenziali al fine di limitare il rischio di collusioni con l'impresa incolpata.

scussi di questa figura, ossia la sua natura e la tutela dei terzi.

Quanto alla prima questione, è appena il caso di osservare che non deve stupire che dopo quasi vent'anni da quando è stata introdotta nel nostro ordinamento vi siano ancora delle incertezze sulla natura della figura che qui interessa, perché è noto che molti istituti hanno dovuto attendere ben di più per trovare una sistemazione definitiva – e in seguito diremo di uno di questi casi.

All'inizio dello scorso decennio attenta dottrina aveva rappresentato che in astratto degli impegni paiono ipotizzabili diverse sistemazioni.

E in effetti di primo acchito si potrebbe pensare che gli impegni possono essere qualificati in almeno quattro diversi modi, ossia: - come promesse unilaterali *ex* art.1987 Cod. Civ.; - come transazioni *ex* art.1965 Cod. civ.; - come provvedimenti amministrativi unilaterali; - come accordi tra amministrazione e privato *ex* art.11 della legge n.241 del 1990[10].

La qualificazione come promesse unilaterali a quanto consta a chi scrive sinora non ha trovato sostenitori, presumibilmente perché nelle disposizioni delle quali s'è detto più sopra vi sono diverse espressioni dalle quali si desume che sugli impegni v'è una manifestazione di volontà anche dell'Autorità.

L'art.14-*ter* della legge n.287 del 1990 pare chiaro in tal senso, perché come s'è visto fa riferimento a una "decisione" con cui l'Autorità può "rendere obbligatori per le imprese" gli impegni da esse proposti, e lo stesso concetto lo si desume anche dall'art.27 del Codice del consumo, che dispone che "l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento" – l'art.10 del regolamento attuativo prevede poi che l'Autorità "dispone con provvedimento la loro accettazione rendendoli obbligatori per il professionista".

Invece in dottrina non sono mancati sostenitori della sistemazione degli impegni in termini di transazioni regolate dal diritto civile[11].

Ora, vero è che le definizioni legislative sono un vincolo abbastanza debole per l'interprete, quindi una qualificazione in termini così squisitamente civilistici forse potrebbe essere sostenibile nonostante l'impiego nei testi normativi di cui s'è detto di espressioni quali "provvedimento" e "decisione" – si sa che questa seconda espressione in passato veniva impiegata soprattutto con riguardo ai ricorsi amministrativi, ma da ultimo in sostanza è divenuta un sinonimo della prima[12].

---

10 V. L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni, cit., 534 e ss.*

11 E' la tesi sostenuta in particolare da G. GITTI, *Gli impegni delle imprese e le decisioni delle Autorità indipendenti: la sintesi dell'accordo transattivo*, in *Dir. amm.*, 2015, 597 e ss., e *Gli accordi con le Autorità indipendenti,* in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, II, 1111 e ss.

12 V. L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative,* in Aa.Vv., *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, *Annuario Aipda 2017*, Napoli, 2018, 1 e ss., anche per riferimenti all'elaborazione della nozione che si è avuta negli scorsi decenni.

Ma la limitata stabilità degli impegni che deriva dalle previsioni del terzo comma dell'art.14-*ter* della legge n.287 - e da quelle dell'art.10 del regolamento attuativo dell'art.27 del Codice del consumo - pare ben lontana dalla stabilità rafforzata della transazione che viene dalle norme di cui agli artt.1969 e ss. del Codice civile[13].

La sistemazione degli impegni come provvedimenti amministrativi unilaterali sinora è stata sostenuta da parte della giurisprudenza amministrativa in alcune pronunzie di primo e di secondo grado.

Tra queste pronunce la più recente – e la più argomentata – è T.A.R. Lazio, I, n.5362 del 2019, ove si legge che "… la giurisprudenza … ha avuto modo di precisare (con deduzioni riferite a presunte <intese> anticoncorrenziali ma estensibili anche al settore <consumeristico>) che, all'approvazione dei c.d. <impegni>, non consegue alcuna limitazione dei poteri autoritativi dell'AGCM sull'ulteriore valutazione di una condotta anticoncorrenziale, non essendo la proposizione di impegni uno strumento in mano alle imprese finalizzato solo ad evitare la sanzione al fine di chiudere definitivamente il procedimento perla ritenuta condotta anticoncorrenziale, limitando, in alcun modo, i poteri dell'Autorità o riducendoli ad una funzione meramente <notarile> in grado di comprimere gli ulteriori poteri di accertamento e di sanzione (TAR Lazio, Sez. I., 4.11.15, n.12428 e Cons. Stato, Sez. VI, 19.11.09, n. 7307).

L'istituto della chiusura del procedimento anticoncorrenziale mediante accettazione di impegni proposti dalle imprese coinvolte si configura, quindi, come una modalità alternativa e atipica di chiusura del procedimento sanzionatorio, con cui l'Autorità può limitarsi ad <accettare> gli impegni proposti dalle imprese, senza per questo trasmutare il suo potere successivo, in relazione alla verifica del rispetto degli <impegni> presi, da <autoritativo> a <contrattuale>.

Ne consegue che logicamente la giurisprudenza abbia concluso nel senso per cui le decisioni <con impegni>, di cui all' art. 14 ter l. n. 287/1990, non possono considerarsi assimilabili agli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo, dato che la valutazione rimessa all'Autorità, lungi dal configurare un <accordo> tra le parti, integra, piuttosto, un provvedimento unilaterale, che valuta positivamente e rende giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte (Cons. Stato, n. 7307/09 cit.).

In definitiva, il tipico esercizio del potere da parte delle Autorità <antitrust> non risulta intaccato dall'introduzione delle decisioni di chiusura dell'istruttoria a seguito dell'accettazione di impegni; tale soluzione non integra una sorta di accordo bilaterale tra impresa e autorità ma introduce nell'ambito di un procedimento <antitrust> – ma anche ai fini del rispetto di tutto il Codi-

13 Peraltro anche la dottrina che da ultimo si è occupata – e in modo molto approfondito - della transazione nel diritto amministrativo nega che gli impegni siano riconducibili a questa figura, anche se per ragioni diverse da quelle che vengono esposte nel testo: A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020, 241 e ss.

ce del Consumo - una fase costituita dalla successiva valutazione del comportamento dell'impresa, da svolgere sulla base di criteri obiettivi e con la partecipazione del soggetto interessato, ma pur sempre con un inalterato <potere> di valutazione discrezionale finale da parte dell'Autorità nell'ambito dei suoi poteri di vigilanza e di sanzione (Cons. Stato, Sez. VI,19.11.09, n. 7307)".

In sostanza pare che secondo la giurisprudenza la decisione con la quale vengono approvati gli impegni presentati dall'impresa abbia una natura analoga a quella di un provvedimento ampliativo, o favorevole per il soggetto che ne è destinatario, che secondo attenta dottrina ha un effetto "dovut(o) interamente alla statuizione unilaterale innovativa dell'amministrazione, mentre resta esterno alla medesima il consenso manifestato dal privato"[14].

4. Segue: la posizione della dottrina

Anche se non mancano autorevoli opinioni che condividono la posizione della giurisprudenza amministrativa, la letteratura giuridica invece pare per lo più orientata ad affermare che gli impegni costituiscono un fenomeno consensuale, riconducibile agli accordi pubblico-privato *ex* art.11 della legge n.241/1990[15].

Certo, è innegabile che il distinguo tra gli atti unilaterali di accoglimento delle istanze dei privati e quelli bilaterali non sempre è agevole[16], ma in dottrina per lo più si ritiene che l'effetto degli impegni non viene solo dalla decisione dell'Autorità, e che con la proposta di impegni da parte dell'impresa incolpata seguita dalla approvazione disposta da parte dell'Agcm si ha un incontro delle volontà dell'una e dell'altra[17].

---

14 R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 28.

15 Per la sistemazione in termini consensuali degli impegni v. in particolare il lavoro monografico di C. LEONE, *Gli impegni,* cit., spec. 149 e ss., nonché i saggi di V. CERULLI IRELLI, *Consenso e autorità negli atti delle autorità preposte alla tutela della concorrenza*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni*, cit., I, 325 ss., M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1284 ss., A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, 503 ss., L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni,* cit., P. DURET, *Gli "impegni" nel procedimento antitrust*, in B. MARCHETTI, G. FALCON (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013, 71 ss., e ivi anche L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, 109 ss., nonché, volendo, il ns. *Gli impegni nei procedimenti antitrust e la disciplina generale degli accordi*, 123 e ss. A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 242 e ss., ritiene invece che gli impegni siano convenzioni pubblicistiche, ma che non siano riconducibili agli accordi *ex* art.11 della legge n.241.

16 Il dibattito dottrinale sul punto viene ricostruito da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 12 e ss.

17 Così in particolare, V. CERULLI IRELLI, *Consenso*, cit, 328 e s., e, più ampiamente, L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni, cit., 537 e ss.,* C. LEONE,

E si è dimostrato che l'inquadramento degli impegni come accordi non può essere negato neppure sull'assunto della natura non discrezionale del potere sanzionatorio che viene esercitato dall'Autorità, perché si tratterebbe di un potere vincolato, oppure di una valutazione tecnica, mentre secondo l'art.11 della legge n.241 gli accordi fra amministrazione e privato possono riguardare intervenire solo a fronte di poteri discrezionali.

Infatti già la citata sentenza *Alrosa* della Corte di Giustizia è chiara nell'affermare che il potere sanzionatorio e quello di approvazione degli impegni hanno natura ben diversa, ché l'uno e l'altro "perseguono … due obiettivi diversi che mirano l'uno a porre fine alla infrazione constatata, e l'altro a rispondere alle preoccupazioni della Commissione risultanti dalla sua valutazione preliminare. Pertanto, non vi sono presupposti perché la misura che potrebbe eventualmente essere imposta nel contesto dell'art.7 del regolamento n.1/2003 debba servire da riferimento ai fini della valutazione della portata degli impegni accettati in applicazione dell'art.9 di tale regolamento e che si debba considerare automaticamente sproporzionato tutto quanto vada oltre la citata misura. Quindi, anche se certamente ciascuna delle decisioni adottate a titolo di tali due disposizioni è assoggettata al principio di proporzionalità, l'applicazione di tale principio è tuttavia diversa a seconda che l'una o l'altra di tali disposizioni sia interessata. Le imprese che propongono impegni in base all'art.9 del regolamento n.1/2003 accettano coscientemente che le loro concessioni possono eccedere quanto potrebbe imporre loro la Commissione stessa in una decisione che essa adotterebbe conformemente all'art.7 di tale regolamento a seguito di un'inchiesta approfondita. Per contro, la conclusione del procedimento d'infrazione avviato nei confronti di tali imprese consente loro di evitare la constatazione di una violazione del diritto della concorrenza e l'eventuale irrogazione di un'ammenda".

Alla base del ragionamento svolto dalla Corte di Giustizia v'è dunque una considerazione logica che vale nell'identico modo anche per gli impegni regolati dal nostro diritto interno.

Se infatti l'Autorità garante si trovasse a esercitare lo stesso potere sia quando emana una sanzione, sia quando decide se accettare o meno gli impegni proposti dalle imprese, essa sarebbe obbligata a svolgere o gli stessi adempimenti istruttori, oppure adempimenti analoghi, in entrambi i casi[18].

Ma a questa stregua l'istituto in parola non potrebbe adempiere al fine per cui, come s'è visto, è stato pensato dal legislatore comunitario e italiano, di evitare un dispendio eccessivo di risorse amministrative in lunghe istruttorie sui casi di dubbia risoluzione, e, quindi, finirebbe per essere concretamente inutile.

La *ratio* dell'istituto consiglia dunque di operare una distinzione tra il potere di emanare sanzioni e quello di decidere se accedere o meno agli impegni

---

Gli impegni, cit., 172 e s.: questi due ultimi scritti evidenziano le differenze che corrono tra la struttura degli impegni e quella dei provvedimenti unilaterali ampliativi.

18 Cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi,* cit.

in parola, e, quindi, conduce a ritenere che questo secondo potere ha natura senz'altro discrezionale[19].

E ciò in definitiva trova conferma anche nei dati testuali che si rinvengono nel settimo comma dell'art.27 del Codice del consumo, oltre che nel primo comma dell'art.14-*ter* della legge n.287, perché entrambe queste disposizioni prevedono che l'Autorità, a fronte della presentazione degli impegni, "può" renderli obbligatori.

Pare dunque che gli impegni possano essere ricostruiti come una figura speciale di accordo fra amministrazione e privati.

La specialità consiste nella peculiare soluzione che qui il legislatore ha dato al problema dello *ius poenitendi*, ossia della possibilità della amministrazione di decidere unilateralmente di sciogliere i vincoli pattizi stipulati con un soggetto privato: problema che, come noto, è antichissimo (il potere di recedere dal contratto senza il consenso della parte privata rientrava tra i *privilegia fisci* già in epoca romana[20], e le teoriche del contratto di diritto pubblico per lungo tempo hanno affermato la generale vigenza della clausola *rebus sic stantibus* nelle convenzioni pubblicistiche[21]), e a cui l'art.11 della legge n.241 ha voluto far fronte tramite l'istituto del recesso[22].

L'art.14-*ter* della legge n.287 e l'art.10 del regolamento attuativo del Codice del consumo hanno ripreso integralmente le tre ipotesi di riapertura del procedimento previsto dall'art.9 del Regolamento n.1 del 2003: le quali coprono tutte le ipotesi in cui l'Autorità garante può dover esercitare uno *ius poenitendi*.

Per il resto non sembra invece che vi possano essere particolari remore a ritenere applicabile agli impegni la disciplina degli accordi prevista nella legge n.241, e, dunque, anche il rinvio ai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti" dettato nel secondo comma dell'art.11.

Si tratta di una formula ben poco felice, perché risulta abbastanza enigmatica, ma ormai viene pacificamente interpretata da dottrina e giurisprudenza nel senso della applicabilità agli accordi di tutte le norme generali codificate in materia di obbligazioni e contratti[23].

---

19 Cfr. C. LEONE, *Gli impegni*, cit., 165 e ss.

20 Così A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune,* Torino, 1999, 5 e ss.

21 V., per tutti, G. D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri,* Milano, 1984, spec. 57 e ss. e *passim.*

22 Sulla vasta letteratura in ordine al recesso dagli accordi *ex* art.11 v. almeno i lavori monografici di F. F. TUCCARI, *Recesso ed inadempimento negli accordi amministrativi,* Bari, 1993, e di S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali,* Padova, 2004.

23 V., da ultimo, C.S., IV, n.1962/2025, e G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto,* Torino, 2003, 150 e ss., V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo,* 2008, 394, nonché, volendo, il ns. *Accordi e azione amministrativa,* Torino, 2001, 106 e ss.

Dal che discende che agli impegni *antitrust* in sostanza deve ritenersi applicabile pure una serie di norme del Codice civile che possono servire a tutelare il privato che propone gli impegni da eventuali comportamenti vessatori della Autorità garante.

Ad esempio, le norme *ex* art.1175 in tema di comportamento secondo correttezza, quelle *ex* art.1256 in tema di estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta, quelle *ex* art.1337 in tema di buona fede nelle trattative, quelle *ex* art.1448 in tema di rescissione per lesione, quelle *ex* art.1427 in tema di annullamento del contratto per errore, violenza o dolo, quelle *ex* art.1460 in tema di eccezione di inadempimento, quelle *ex* art.1467 in tema di risoluzione per eccessiva onerosità nei contratti a esecuzione continuata[24].

E dato che dalla qualificazione come accordi discende pure che le controversie in tema di impegni devono ritenersi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di accordi[25], da ultimo ribadita dall'art.133 del Codice del Processo amministrativo, tutte le azioni di accertamento e di condanna che si basano su tali norme devono ritenersi esperibili entro i rispettivi termini di prescrizione, anziché entro il consueto termine sessagesimale di decadenza.

Sicché la ricostruzione degli impegni come accordi finisce per mettere a disposizione delle imprese forme di tutela sicuramente maggiori di quelle offerte dalla ricostruzione unilateralista: e non solo perché alla stregua della qualificazione consensuale e contrattuale si può ovviare alle conseguenze dell'inoppugnabilità, ma anche e soprattutto perché, se invece si ritiene che la "decisione con impegni" dell'Autorità garante costituisce null'altro che un provvedimento unilaterale di accettazione della richiesta di una impresa, si può escludere persino che avanti il Giudice amministrativo questa stessa impresa possa vantare un qualche interesse a impugnare detta decisione, perché nei suoi confronti essa in definitiva probabilmente si atteggia come un atto ampliativo.

5.Segue: e la crisi degli accordi

Si è osservato che alcune posizioni contrarie a questa sistemazione sembrano ispirate dai timori delle conseguenze a cui essa potrebbe portare[26]: ad esempio, perché pare che si tema che gli impegni possano favorire il fenomeno della cattura del regolatore; oppure che essi possano agevolare comportamenti vessatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle imprese.

---

24 V., in generale, M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo,* in *Dir. amm.,* 2010, 190 e ss., e, in relazione agli impegni, C. LEONE, *Gli impegni*, cit., 197 e ss.

25 Cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri,* Torino, 2007, 173.

26 V. in particolare P. DURET, *Gli "impegni"*, cit.

Questi timori, singolarmente opposti e speculari tra loro, non sono del tutto infondati, ma paiono esagerati.

Quello della cattura del regolatore è un problema ha occupato gli economisti per diversi decenni, ed è innegabile che esso si possa verificare anche attraverso gli impegni: è ciò che è accaduto negli Stati Uniti, che per primi hanno sperimentato non solo la regolazione tramite *authorities*, ma anche strumenti analoghi a quelli che qui interessano[27].

Ma se gli impegni vengono approvati in esito a una adeguata istruttoria, la quale si svolge in un procedimento che è aperto alla partecipazione degli interessati, e che culmina in una decisione motivata – come peraltro è regola generale per tutti gli accordi *ex lege* n.241/1990 -, essi valgono a rendere trasparente la dinamica dei rapporti che corrono tra regolatore e regolato, e, quindi, possono consentire di avvedersi se l'uno è compiacente nei confronti dell'altro – senza poi considerare che l'Autorità ben potrebbe essere più o meno compiacente nei confronti delle imprese anche se la sua decisione è (formalmente) del tutto unilaterale.

Ed è innegabile pure che gli impegni in astratto possono agevolare dei comportamenti vessatori.

Questa eventualità però in concreto sembra abbastanza remota, dato che in tutti e tre i testi normativi che abbiamo considerato l'iniziativa della presentazione degli impegni spetta esclusivamente alla impresa incolpata – all'opposto di quanto accade nelle transazioni previste nell'art.14-*quater* della legge n.287: dove però il rischio di vessazioni pare meno grave, perché la transazione può recare solo a una limitata riduzione della sanzione.

In ogni caso va detto che, se mai un'impresa per qualche ragione fosse propensa a cedere a ingiustificati condizionamenti o pressioni, e, quindi, a prestare il proprio consenso ad accollarsi oneri ingiustificati per il tramite degli impegni in parola, probabilmente non sarebbe neppure propensa a contestare delle sanzioni ingiustificatamente irrogatele tramite un atto unilaterale – e d'altro canto non va dimenticato che in passato vessazioni e arbìtri dei pubblici poteri nei confronti dei privati non di rado si sono verificati per il tramite dei provvedimenti unilaterali e autoritativi, senza che vi fosse bisogno di ricorrere a modalità di azione consensuali o contrattuali.

Ma probabilmente il rifiuto della sistemazione consensuale dagli impegni da parte della giurisprudenza si ricollega principalmente alla generale crisi degli accordi pubblico-privato[28].

---

27 Nel caso che ha portato all'emanazione del *Tunney act*, a cui si è fatto cenno nella nota 8.

28 V. in proposito M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 674 e ss., A. GIANNELLI, G*li accordi amministrativi (ancora) in cerca di identità: riflessioni sull'ipotesi della connotazione doverosa*, in *Dir. soc.*, 2021, 59 e ss., e cfr. D. MARRAMA, *Accordi sostitutivi, autoritatività ed esercizio di potere*, in *Nuove auton.*, 2022, 181 e ss.

Crisi che è soltanto l'ennesimo episodio della secolare e altalenante dialettica tra pubblico e privato[29], e che per solito a sua volta è dovuta a vari fattori.

Tra questi un ruolo è senz'altro stato svolto da una certa dose di trascinamento culturale, agevolata dal fatto che le consuete modalità di azione provvedimentali hanno sì radici autoritarie, ma nel corso del tempo sono state circondate da una serie di garanzie[30], che si è temuto andassero perse con l'affermazione della consensualità.

Forse il ruolo più rilevante però lo ha avuto una scelta che risale al ben noto *Appunto introduttivo* redatto da Nigro per la seduta iniziale dell'omonima Commissione, in cui si propose di non elaborare una disciplina compiuta del procedimento amministrativo, quale quella della legge tedesca del 1976, ma, piuttosto, di limitarsi a dettare dei principi generali – unitamente al fatto che nella legge n.241 lo schema della Commissione sul procedimento venne ripreso solo in modo molto parziale[31].

La legge n.241 per vero è uno dei rari testi normativi che è riuscito a innovare profondamente - e, cosa ancor più rara, positivamente - l'azione amministrativa, e il rapporto tra amministrazione e società, e probabilmente è riuscito a farlo anche grazie a questa scelta.

Ma già pochi anni dopo l'entrata in vigore della legge n.241 pure chi aveva fatto parte della Commissione Nigro rilevava che la scelta in parola aveva avuto anche delle ricadute negative, perché aveva fatto sì che una parte delle disposizioni della legge risultasse troppo generica, e dunque di difficile attuazione[32].

E' ciò che è accaduto soprattutto con la disciplina degli accordi *ex* art.11, perché a partire dagli anni Novanta ha dato la stura a un amplissimo dibattito dottrinale sulla natura pubblica o privata di questa figura – né vanno dimenticate le tesi per così dire sincretiche, che si sono interrogate su quanto di pubblico e quanto di privato vi sia nella sua disciplina.

Questo dibattito pluridecennale, come noto, non è ancora interamente sopito, anche se da ultimo sembra prevalere l'idea che gli accordi abbiano natura pubblica, ma che, come s'è già detto, il rinvio ai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti" del secondo comma dell'art.11 vada co-

---

29 Su cui da ultimo v. lo studio di B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica,* Bologna, 2020.

30 Sulla valenza di garanzia del potere amministrativo unilaterale v., per tutti, B. G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 e ss.

31 Appunto che si può leggere in *Riv. trim. scienza amm.*, n.4/1984, 79 e ss.

32 Così G. PASTORI, *Considerazioni conclusive*, in G. ARENA, C. MARZUOLI, E. ROZO ACUNA (a cura di), *La legge n.241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a 10 anni dall'entrata in vigore*, Napoli, 2001, 385 e ss. Nella letteratura più recente v. in questo senso P. L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. giur. ea.*, 2015, 147 e ss.

munque inteso come un rinvio alle norme generali codicistiche[33]: idea che è anch'essa sincretica, perché in questo modo si mantiene l'accordo nell'ambito del diritto pubblico, ma al contempo lo si assoggetta a una disciplina che per la più gran parte è squisitamente privatistica.

Le perplessità che ne sono venute negli scorsi anni hanno favorito pure l'affermazione di orientamenti giurisprudenziali che negano il carattere contrattuale degli accordi, e che in sostanza li assimilano ai provvedimenti unilaterali, soprattutto quando giungono addirittura ad affermare che anche a questa figura trova applicazione l'annullamento d'ufficio, nonostante che l'art.11 (una volta tanto) sia chiaro nel prevedere che qui lo *ius poenitendi* della pubblica amministrazione deve passare necessariamente attraverso il recesso di cui al quarto comma[34].

Ovviamente l'incertezza che per decenni ha circondato gli accordi non ha giovato al loro impiego nella prassi delle pubbliche amministrazioni, perché non era immaginabile che i funzionari pubblici (soprattutto in tempi di crescente paura della firma) si avventurassero nell'uso di strumenti che non solo non si sa bene come funzionino, ma addirittura non si sa bene cosa siano[35].

E presumibilmente è sempre questa incertezza che ha scoraggiato la giurisprudenza persino a intendere gli accordi *ex lege* n.241 come una figura generale a cui ricondurre tutte le fattispecie consensuali previste da norme di settore[36].

Vero è che l'idea dell'art.11 come disciplina applicabile a fattispecie siffatte è prevalsa (non senza difficoltà) riguardo alle convenzioni urbanistiche: ma probabilmente ciò è avvenuto perché sia il Consiglio di Stato, sia la Cassazione non hanno voluto perdere l'occasione di trovare finalmente una qualificazione adeguata di una figura che da sempre era stata di difficile classificazione – è proprio per questa ragione che queste convenzioni s'erano guadagnate l'immaginifica definizione di *centauresse* da parte di Giannini[37].

---

33 Così, ad es., G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 147 e ss., V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo,* 2008, 394.

34 Su questi orientamenti v. in particolare le considerazioni critiche di M. RAMAJOLI, *Gli accordi*, cit.

35 Tant'è che la limitata attuazione degli accordi pubblico-privato è da tempo oggetto di un'osservazione ricorrente nella dottrina amministrativistica: che viene ripresa ad es. anche nell'ampio e puntuale studio di A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 444.

36 Valenza generale che pure era uno degli obiettivi delle previsioni sugli accordi dello schema della commissione Nigro dedicato al procedimento amministrativo, come aveva rilevato tra i primi G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa,* in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione,* Milano, 1990, 77 e ss.

37 Definizione che si legge in M. S. GIANNINI, *Introduzione* a V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979, 5 e ss., ora in Id., *Scritti*, VII, Milano, 2005, 439 e ss. Sulla sussunzione della figura negli accordi *ex* art.11 v., in giurisprudenza, la già citata C.S., IV, n.1962 del 2025, nonché Cass. S.U., n.19914 del 2016; delle

Ma come si vede questo sinora non è accaduto con gli impegni, perché qui la giurisprudenza non ha trovato ostacoli ad aderire a una sistemazione in termini di provvedimento unilaterale dell'Autorità.

6.La tutela dei terzi

La questione della tutela dei terzi è meno problematica, e quindi la si può esaminare più sinteticamente: gli è che in passato anch'essa è stata controversa, ma attualmente dottrina e giurisprudenza sembrano averne chiarito molti aspetti.

Innanzitutto oggi appare scontato che sia le associazioni dei consumatori, sia le imprese concorrenti del professionista assoggettato alla procedura sanzionatoria possono tutelare i propri interessi in sede procedimentale anche riguardo agli impegni.

E' ovvio che le une e le altre possono avere interesse a interloquire sugli impegni, o per suggerire all'Autorità delle integrazioni degli impegni presentati dal professionista incolpato, oppure per opporsi alla approvazione dei medesimi: anche perché riguardo alla tutela civilistica del consumatore nei confronti delle pratiche commerciali scorrette l'accertamento dell'infrazione da parte dell'Agcm non ha la peculiare (e, ad avviso di chi scrive, decisamente opinabile) efficacia prevista dal primo comma dell'art.7 del d.lgs. n.3/2017 per le violazioni della legge n.287[38], ma comunque secondo la giurisprudenza più recente questo accertamento può costituire persino una presunzione *iuris tantum*[39].

Comunque va segnalato che nella materia che qui interessa pare applicabile quanto affermato nella sentenza n.26869/2021 della Prima Sezione civile della Cassazione riguardo agli impegni *ex lege* n.287, per cui nelle controversie risarcitorie dei danni cagionati da comportamenti anticoncorrenziali "non può affermarsi … che il giudice del merito sia condizionato in senso solo negativo dalla decisione con impegni, e cioè che egli sia in qualche misura tenuto a non attribuire rilevanza di sorta agli impegni assunti dal monopolista quali elementi probatori dell'avvenuto illecito", ché, anzi, l'A.G.O. "deve tener conto della valutazione preliminare (dell'Autorità) e degli elementi desumibili dalla comuni-

---

difficoltà incontrate da questa sussunzione riferisce A. GIANNELLI, G*li accordi,* cit.

38 Sull'opinabilità di questa previsione v'è un'ampia letteratura, ma v., per tutti, G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili opinabili,* in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2021, 469 e ss., D. VESE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'agcm. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti,* in *Civil procedure review*, 2020, 69 e ss.

39 V., in proposito, la puntuale trattazione di A. BARLETTA, *L'efficacia dei provvedimenti dell'AGCM a tutela dei consumatori nei giudizi civili dopo l'attuazione della direttiva "Omnibus"*, in *Europa dir. priv.*, 2024, 467 e ss. Quasi inutile ricordare che pare ormai scontata pure la possibilità dei consumatori di impiegare nei giudizi civili gli atti e documenti del procedimento definito con gli impegni, come aveva prospettato già A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni*, cit., 532 e ss.

cazione delle afferenti risultanze, onde considerarle quale indizio, o addirittura quale principio di prova".

Certo, nell'art.27 del Codice del consumo non v'è nessuna formula analoga a quella che è stata inserita nell'art.14-*ter* della legge n.287 dall'art.1 del d.lgs. n.185/2021, per cui l'Autorità decide sugli impegni "previa consultazione degli operatori del mercato": ma ciò nondimeno associazioni dei consumatori e imprese concorrenti ben possono intervenire nel procedimento sanzionatorio *ex* art.9 della legge n.241/1990.

Quanto poi alla tutela giurisdizionale riguardo agli impegni sino agli anni Novanta del secolo scorso la giurisprudenza amministrativa negava la legittimazione a ricorrere avverso i provvedimenti della Autorità in tema di sanzioni e diffide *ex lege* n.287 (il Codice del consumo ovviamente era ancora di là da venire) in capo alle associazioni dei consumatori – e persino in capo alle imprese concorrenti di quella assoggettata alla procedura sanzionatoria: e ciò in base all'assunto che i poteri dell'Agcm fossero intesi solo ed esclusivamente ad apprestare una tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del mercato.

Il che oggi ci può sembra singolare, e non solo e non tanto perché tutti si ha ben presente il passo de *La ricchezza delle nazioni* in cui si dice che il nostro pranzo non dipende dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio, *etc.*, e quindi si dà per scontato che la libera concorrenza dev'essere funzionale agli interessi dei consumatori, ma anche, e soprattutto perché già nel testo originario della legge n.287 questo interesse viene espressamente richiamato sia nell'art.3, sul divieto di abuso di posizione dominante, sia nell'art.4, sul divieto delle intese restrittive della concorrenza, e nell'art.12 si prevede che l'Autorità avvia una istruttoria sui comportamenti anticoncorrenziali anche su denuncia delle associazioni rappresentative dei consumatori[40].

Già sulla base di queste disposizioni si poteva dunque discutere se le associazioni consumeristiche fossero titolari di un interesse non solo differenziato, ma anche qualificato, perché è noto che la giurisprudenza spesso desume la qualificazione dalla rilevanza dell'interesse attribuita dall'ordinamento nel suo complesso, dato che in proposito le previsioni di legge puntuali sono rare[41].

---

40 Le ragioni – di ordine ideologico e/o culturale – dei pregressi orientamenti restrittivi della giurisprudenza vengono esaminate attentamente in particolare da A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, e, più sinteticamente, in *Il difficile rapporto tra l'interesse del consumatore e la disciplina antitrust: storia di un paradosso in via di risoluzione,* in *giustamm.it*, 30.5.2006.

41 Così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa,* Torino, 2019, 64. La questione viene trattata ampiamente da F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, spec. 216 e ss. Sulla tutela dei terzi in diritto amministrativo v. in generale almeno le approfondite trattazioni di L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare,* Torino, 2005, e di G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016.

Sicché nel primo decennio di questo secolo la Sesta Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza n.280 del 2005, anche sulla scorta di orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia che risalgono sino agli anni Settanta del Novecento, ha affermato che pure le associazioni dei consumatori devono ritenersi legittimate a impugnare gli atti di archiviazione dei procedimenti sanzionatori[42].

Eppoi nella sentenza n.2761/2008, sempre richiamando la giurisprudenza comunitaria, ha precisato un corollario della pronunzia precedente, ossia che va "riconosciuta, anche nell'ordinamento interno, la legittimazione a ricorrere avverso i provvedimenti negativi o di archiviazione delle denunce in capo ai soggetti <controinteressati> rispetto ai comportamenti esaminati dalle Autorità indipendenti e tale principio vale per qualsiasi tipo di provvedimento di tal genere (archiviazioni di denunce, autorizzazioni ad operazioni di concentrazione, chiusure di istruttorie antitrust con accettazione degli impegni proposti dalle imprese e giudizi di non ingannevolezza di messaggi pubblicitari)".

Quindi le associazioni consumeristiche sono senz'altro legittimate a impugnare pure gli impegni, perché anch'essi producono un effetto estintivo del procedimento sanzionatorio al pari dell'archiviazione, e dunque possono recare anch'essi un pregiudizio ai consumatori[43].

Questa legittimazione risulta poi implicitamente confermata anche dalla sentenza n.6/2020 dell'Adunanza plenaria, che ha rilevato che le associazioni dei consumatori sono tuttora legittimate anche a ricorrere avanti il G.A. per chiedere l'annullamento degli atti delle *authorities,* nonostante che il Codice del consumo preveda che le associazioni iscritte nell'elenco degli organismi rappresentativi a livello nazionale sono legittimate solo ad agire avanti l'A.G.O. – dal che un orientamento della VI Sezione aveva desunto che nell'ordinamento vigente si sarebbe affermato un "principio di tassatività, per cui la legittimazione degli enti esponenziali è eccezionale e sussiste nei soli casi espressamente previsti dalla legge"[44].

---

42 Sulla quale v. il commento di M. ANTONIOLI, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e i terzi: appunti in tema di legittimazione a ricorrere,* in *Foro amm. – CDS*, 2005, 891 e ss., anche per un'analisi della giurisprudenza comunitaria richiamata dal Consiglio di Stato.

43 Una recente sintesi degli orientamenti del G.A. in tema di legittimazione delle associazioni dei consumatori si legge in S. CASILLI, *Legittimazione, accertamento e risarcimento: il punto sulla capacità delle associazioni esponenziali*, in *giustizia insieme*, 6.10.2021.

44 La sentenza dell'Adunanza plenaria è stata commentata da S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra "generalità" e "specialità", e G. MANNUCCI, La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?, entrambi in Giorn. dir. amm., 2020, 520 e ss., e da* S. FRANCA, *Il "doppio binario" di legittimazione alla prova dell'Adunanza Plenaria. Quale spazio per la legittimazione soggettiva degli enti esponenziali di interessi collettivi?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1029 e ss.

Sicché l'Adunanza plenaria ha ritenuto tuttora in vigore "la regola di origine giurisprudenziale del c.d. doppio binario", per cui le associazioni portatrici di interessi diffusi, in presenza di determinati requisiti, sono legittimate a ricorrere avanti il G.A. a prescindere da specifiche previsioni di legge.

Nihil novi, perché la vicenda è quasi identica a quella che s'era verificata una trentina di anni prima per la legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientaliste.

In un primo tempo le disposizioni sulla legittimazione a ricorrere di questi organismi avevano indotto la giurisprudenza prevalente a negare ogni legittimazione in capo alle aggregazioni sociali prive del riconoscimento ministeriale: ma in seguito quest'orientamento era stato superato in base alla considerazione che si legge ad esempio in C.S., VI, n.182/1996, ossia che le disposizioni sulla legittimazione delle associazioni iscritte negli elenchi previsti dalla legge n.349 del 1986 contenevano "disposizioni non di carattere preclusivo, ma solo di carattere permissivo"[45].

Peraltro la pronunzia dell'Adunanza plenaria è stata salutata con favore da chi ha ritenuto che essa sia espressione di una tendenza antiregressiva[46]; altri invece l'ha criticata in base alla considerazione che con essa la G.A. avrebbe deciso in modo troppo creativo, spingendosi a fare scelte che competono al legislatore anziché al giudice[47].

Ovviamente qui non ci si può dilungare sulla correttezza o meno delle conclusioni a cui giunge questa sentenza, ma va detto incidentalmente è innegabile che determinate scelte dovrebbero spettare al legislatore, e che la creatività - o il creazionismo[48] - della giurisprudenza è senz'altro eccessiva[49].

Ma va detto pure che in questo caso forse ci troviamo di fronte a una conseguenza del fatto che il nostro legislatore in genere si disinteressa di operare una precisa qualificazione degli interessi legittimi: sicché, in assenza di disposizioni legislative che dispongano in materia in modo puntuale, la qualificazione tende a restare oggetto della nomopoiesi giurisprudenziale[50].

---

45 Sul punto sia permesso rinviare al ns. *Interessi diffusi e collettivi*, in *Enc. dir. Annali,* Milano, 2014, VII, 520 e ss.

46 P. L. PORTALURI, in *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo,* Napoli, 2021, 135.

47 Così G. MANNUCCI*, La legittimazione, cit.,* che riprende argomenti già trattati in *La tutela dei terzi*, cit., e che vengono ulteriormente sviluppati in *Legittimazione e interesse a ricorrere delle associazioni ambientaliste,* in *federalismi.it*, n.13/2023.

48 Secondo l'espressione impiegata da P. L. PORTALURI nel sottotitolo de *La cambiale*, cit.

49 Oltre alle osservazioni generali che si leggono nel saggio dell'a. appena citato si vedano le lucide considerazioni che si leggono nello studio di F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, e quelle di M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 147e ss.

50 In dottrina s'è osservato che riguardo alla legittimazione a ricorrere "il rilievo assegnato a una figura incerta come l'interesse legittimo ha finito col rimettere

Da ultimo non pare inutile osservare che la legittimazione delle associazioni in discorso non sarebbe rimessa in discussione neppure se anche in giurisprudenza prevalesse la sistemazione degli impegni come accordi.

La pacifica impugnabilità da parte dei terzi delle convenzioni urbanistiche dimostra che la clausola di cui al primo comma dell'art.11, secondo la quale gli accordi vanno conclusi "senza pregiudizio dei diritti di terzi", vale a derogare la regola civilistica *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* che è sancita nel secondo comma dell'art.1372 Cod. civ.[51] – detto ancora una volta incidentalmente, un discorso diverso si potrebbe forse fare per le transazioni previste dall'art.14-*quater* della legge n.287, se esse venissero considerate riconducibili all'istituto previsto dall'art.1965 Cod. civ.: ma anche questo è un problema che non rileva ai fini di questo scritto.

sostanzialmente nelle mani del giudice: dunque nella giurisdizione amministrativa, in ampia misura, è lo stesso giudice chiamato a decidere la controversia, che decide anche chi possa rivolgersi a lui" – A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione*, in *Dir. pub.*, 2011, 513.

51 Sulla riconducibilità o meno alla nozione di diritto soggettivo anche dell'interesse legittimo come noto v'è da tempo un ampio dibattito, per una sintesi del quale v. almeno L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo. Appunti*, in Aa. Vv., *Colloquio sull'interesse legittimo*, Napoli, 2014, 105 e ss.

Biagio G. Di Mauro
Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo
Università degli studi di Enna "Kore"
biagiogianluca.dimauro@unikore.it

Prove di differenziazione dell'istruzione alla luce dell'interpretazione costituzionale e dei casi regionali. Prospettive critiche ed evolutive

Educational differentiation examined through constitutional interpretation and regional practices: Critical and prospective developments

Sintesi

La sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale ha segnato una svolta nel dibattito sull'autonomia differenziata, imponendo una riflessione critica sulla compatibilità tra devoluzione di competenze e salvaguardia dei diritti. L'istruzione, collocata al crocevia tra esigenze di uniformità nazionale e spinte regionali, emerge come ambito paradigmatico: da un lato, la Corte ribadisce l'esistenza di un "nocciolo duro" di competenze statali, insuscettibili di differenziazione; dall'altro, lascia aperta la possibilità di trasferire specifiche funzioni, purché subordinate alla definizione dei LEP e coerenti con i principi di solidarietà e uguaglianza sostanziale. Attraverso l'analisi delle dimensioni interne del diritto all'istruzione, della distinzione tra "norme generali sull'istruzione" e "istruzione", nonché delle bozze di intesa di Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna, alla luce del quadro normativo e interpretativo vigente, l'articolo si propone di verificare ciò che è effettivamente differenziabile in materia, evidenziando le molte ombre e le poche luci. La prospettiva adottata è quella di un regionalismo differenziato fondato sullo Stato delle Persone, ossia un modello ammissibile solo nella misura in cui risulti funzionale alla massimizzazione dei diritti dei cittadini all'istruzione.

Abstract

Constitutional Court judgment No. 192/2024 marked a turning point in the debate on differentiated regional autonomy, compelling a critical reflection on the compatibility between the devolution of competences and the safeguarding of fundamental rights. Education, situated at the intersection of national uniformity requirements and regional aspirations, emerges as a paradigmatic field: on the one hand, the Court reaffirmed the existence of a "hard core" of State competences, which remain insusceptible to differentiation; on the other hand, it left open the possibility of transferring specific functions, provided that such

transfers are subordinated to the definition of Essential Levels of Performance (LEP) and remain consistent with the principles of solidarity and substantive equality. By analyzing the internal dimensions of the right to education, the distinction between "general rules on education" and "education," as well as the draft agreements advanced by Veneto, Lombardy, and Emilia-Romagna, in light of the current normative and interpretative framework, the article seeks to identify what is genuinely differentiable in this domain, highlighting its many uncertainties and few certainties. The perspective adopted is that of a differentiated regionalism grounded in the State of Persons, a model admissible only insofar as it serves the maximization of citizens' rights to education.

PAROLE CHIAVE: Autonomia differenziata; Regionalismo; Istruzione; Autorità; Diritti inviolabili.

KEYWORDS: Differentiated autonomy; Regionalism; Education; Public authority; Fundamental rights.

INDICE: 1. Inquadramento sistematico e linee di ricerca. - 2. Alla ricerca di un quantum trasferibile in materia di istruzione. Una prima perimetrazione della questione per mezzo della natura e delle dimensioni interne dei diritti in materia di istruzione. - 3. Un "nocciolo duro" di competenza statale tra insufficienze dell'art. 116 Cost. e criteri interpretativi della giurisprudenza costituzionale. Il "limitato" rilievo della sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale. - 4. Le esperienze di Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna: le bozze di intesa del 2018 e del 2019. - 5. Considerazioni conclusive e spunti di riflessione.

1. Inquadramento sistematico e linee di ricerca

È ormai noto come la sentenza n. 192 del 2024 della Corte costituzionale[1] abbia sostanzialmente ridefinito le condizioni di ammissibilità del regionalismo differenziato previsto dall'art. 116, comma 3, Cost. ed attuato dalla legge n. 86 del 2024[2]. Questo modello, stimolando una forma di Stato a geometria molto più variabile rispetto all'assetto originario, è potenzialmente in grado di compromettere, se non realizzato secondo i principi di diritto sanciti, l'unità della Repubblica, la solidarietà tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni medesime, l'uguaglianza sostanziale dei cittadini, e l'attuazione dei principi fondamen-

1 Per i primi commenti alla sentenza, si v. tra i tanti, A. SPADARO, *La quadratura del cerchio o…della sent. cost. n. 192//2024*, in *Diritti Regionali*, 1/2025, 1 ss; V.P. GROSSI, *Principi e incertezze. Quale effettività per la sent. C. Cost. 192 del 2024?,* in *Diritti Regionali*, 2/2025, 459 ss; ; A. POGGI, *Il referendum sul regionalismo differenziato: i principi, l'attuazione, le Corti e la sovranità popolare,* in *Federalismi.it*, 1, 2025; R. BIN, *Regionalismo differenziato: i nodi son venuti al pettine,* in *Le Regioni*, 2, 2025; A. MORRONE, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024, in Giustizia insieme*, 25 gennaio 2025, che nel definirla «una sentenza quadro», sottolinea come «per la terza volta nella storia della sua giurisprudenza, la Corte costituzionale ha adottato una decisione di portata generale sulla struttura della Repubblica "una e indivisibile, che riconosce e promuove le autonomie locali" (art. 5 Cost.). È già questo aspetto è rilevante».

2 Per un approfondimento critico della legge n. 86 del 2024: M. BERTOLISSI, *Testi normativi e contesti istituzionali. Cose vere e meno vere a proposito dell'autonomia differenziata,* in *Consulta Online,* 2, 2023, 495 ss.; M. CARLI, *L'attuazione dell'autonomia differenziata, in Oss. sulle fonti*, 1, 2023, 5 ss.; M. PODETTA, *Il tentativo di attuazione dell'autonomia differenziata: dal disegno di legge Calderoli alla legge di bilancio per il 2023,* in *Consulta Online,* 2, 2023, 353 ss.; G. STARRANTINO, *Prime considerazioni a margine della legge Calderoli: un'occasione di riforma perduta, in Consulta Online,* 2, 2024, 861 ss.

tali costituzionali e dei diritti che si trattengono nel relativo perimetro[3]. La differenziazione contemplata dall'art. 116, comma 3, Cost. è possibile solo nel perimetro "del bene comune della società e della tutela dei diritti degli individui e delle formazioni sociali", non potendosi risolvere in "un fattore di disgregazione dell'unità nazionale e della coesione sociale"[4].

In tale contesto, è agevole evincere come il regionalismo differenziato non ponga soltanto una mera questione di «riorganizzazione del potere nel sistema politico»[5], ma anzi torni a riproporre seriamente la questione della funzione del potere e dell'autorità che ne è titolare.

Per lungo tempo, il diritto pubblico ha riservato una posizione di assoluta preminenza all'autorità, elaborando una concezione tutta incentrata sulla valorizzazione della persona giuridica pubblica e dell'organizzazione amministrativa. Il tema centrale della teoria classica dell'autorità stava nel forte intreccio con la sovranità, la quale era originariamente[6] riconosciuta allo Stato che la esercitava nei confronti dei consociati. Sovranità come "disponibilità del potere e realtà della sua personificazione nella statualità[7] divenivano i termini immancabili di questa questione"[8], sicché l'autorità - ossia lo Stato e le sue articolazioni (anche locali) - si configurava come il soggetto che ne era titolare e che ne disponeva attraverso un determinato apparato organizzativo legittimato a perseguire fini "predeterminati" funzionali alla sua sopravvivenza.

Oggi, l'avvento del diritto costituzionale e l'adesione all'ordinamento europeo hanno determinato un cambio di paradigma, che qualifica l'autorità - anche quella che dispone di "ulteriori forme e condizioni di autonomia" - in senso funzionale alla massimizzazione dei diritti inviolabili delle persone[9]. A ben vedere, infatti, la costruzione della teoria dell'autorità dovrebbe essere tessuta utilizzando le summenzionate categorie ordinanti, ma attribuendo loro significati differenti. Riconsiderando tali elementi costitutivi per riempirli di significa-

3 Ciò segnerebbe un "indebolimento della democrazia" (cfr. Corte cost. sent. 4 dicembre 2024, n. 192, punto 4).

4 Così, Corte cost. sent. 4 dicembre 2024, n. 192, punto 4, che aggiunge che si tratta di un tipo di regionalismo "cooperativo", differenziandolo da quello "duale" ove le Regioni sono divise da "paratie stagne".

5 Si mutua parte del titolo del Convegno "Globalizzazione, crisi della rappresentanza e riorganizzazione del potere", Università degli Studi "Kore" di Enna, 4 Dicembre 2024. Sul punto, v. la relazione introduttiva di A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e riorganizzazione del potere, tra regole istituzionali e regolarità della politica,* in *Consulta Online,* III/2024.

6 Si v. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1914, 370, che configura la sovranità statale come "potere di dominazione originario" e ID., *Gesetz und Verordnung: Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichung-der Grundlage*, Friburgo, 1887; nonché O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlino, 1887.

7 Sulla relazione tra Stato e sovranità, si v. soprattutto V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Barbera, Firenze, 1912.

8 L.R.PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare,* in *Il diritto dell'economia*, anno 65, n. 98, 1/2019, 46, nota 4.

9 L.R.PERFETTI, *op. cit.*, p. 58, ma anche prima G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 478.

ti differenti, si è avuto modo di evidenziare in altra sede[10] come la dottrina[11] abbia prospettato una soluzione completamente "ribaltata", perché (i) è il popolo ad essere il fondamento dell'autorità; (ii) è la sovranità popolare[12] a legittimare e plasmare l'organizzazione e l'attività dell'autorità; (iii) è l'insieme dei diritti fondamentali e dei doveri di solidarietà a costituire il fine ultimo dell'autorità. In altre parole, (iv) è l'autorità a essere funzionale ai diritti della società e non la società a essere al servizio del potere dell'autorità.

In questa prospettiva, il cambio di paradigma deve essere assunto come criterio interpretativo per rileggere la funzione dell'autorità, la quale, con l'attuazione del cd. regionalismo differenziato, sarà chiamata a esercitare ulte-

---

10 Sia consentito il rinvio a B.G. DI MAURO, *Il governo locale dei servizi pubblici. Profili ricostruttivi, comparativi ed evolutivi,* Cedam-Wolters Kluwer, 2025, pp. 331 ss..

11 La concezione tradizionale dell'autorità, che la ricostruisce come funzionale a sé stessa, è ormai superata, perchè, in realtà, l'autorità non è mai stata né è mai divenuta, con l'avvento dell'ordinamento costituzionale (ed europeo), titolare del potere sovrano. Pare essenziale, in questa sede, riportare alcuni passaggi nevralgici del ragionamento di Perfetti, secondo cui «il riconoscimento dei diritti inviolabili avviene con l'atto costituente, vale a dire con quella decisione fondamentale attraverso la quale l'ordinamento è posto e giustificato. Ne deriva necessariamente che - essendo i diritti inviolabili riconosciuti - essi sono riconosciuti come esistenti indipendentemente dall'esistenza dell'ordinamento positivo. Essi esistono senza che l'ordinamento positivo esista. Quindi, non possono che esistere nella sovranità, che è l'energia giuridica che pone in essere l'ordinamento positivo e lo giustifica. Infine, essi esistono come entità giuridiche. Non si tratta di valori, di fondamenti ideologici, di alcunché di politico: la Costituzione è chiara nell'identificarli come "diritti" e "doveri". E poiché v'è un ordine di diritti e doveri esistente come diritto, indipendentemente dall'ordinamento positivo, essi costituiscono un ordine giuridico, l'ordine giudico della società. Se l'organizzazione pubblica è funzionale al sovrano per l'esercizio delle attribuzioni che spettano alla sovranità, occorre affermare chiaramente che essa è quindi funzionale non allo Stato (o all'autorità in genere) ma al popolo in generale ed all'attuazione dell'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che costituiscono la funzione stessa dell'ordinamento e dell'autorità. L'intero assetto dei poteri è funzionalizzato alla persona - vale a dire all'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che ne connotano la dimensione giuridica» (L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit., p. 57, e per ulteriori approfondimenti, si v. tra i tanti, ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità,* in *Dir. pubb.,* 2013; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranita,* in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri,* Padova, 2016, 1153 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare,* in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, pp. 119 ss; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione,* in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 99 ss.; ID., *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, 2021 e, recentemente, ID., *L'amministrazione repubblicana. Un percorso di ricerca attraverso*

riori forme e condizioni di autonomia anche nel settore dell'istruzione.

Si tratta allora di capire se la funzionalizzazione dell'autorità a cui si intendono riconoscere competenze differenziate in relazione a materie che presentano valenza generale e unitaria, o comunque elementi costitutivi che richiamano i valori della solidarietà e della coesione sociale (come nell'istruzione), sia compatibile con il sistema di garanzie costituzionali e con una visione di uno "Stato proteso alle Persone". D'altra parte, è la medesima Corte a ritenere che le modifiche costituzionali del Titolo V del 2001 non consentono "una innovazione tale da equiparare pienamente tra loro i diversi soggetti istituzionali che pure tutti compongono l'ordinamento repubblicano, così da rendere omogenea la stessa condizione giuridica di fondo dello Stato, delle Regioni e degli enti territoriali"[13]. Uno sguardo che non soffre di "miopia" non "sfoca" di fronte al compito di interpretare le regole di differenziazione delle Regioni alla luce della funzione fondamentale dell'autorità, anche regionale, ovvero quella che la Corte saluta anche nel comunicato che ha preceduto la sentenza n. 192/2024 come «funzione del bene comune della società e della tutela dei diritti garantiti dalla nostra Costituzione»[14].

Se lo Stato sociale è altro rispetto allo "Stato dell'Autorità" e si configura come "Stato delle Persone"[15], l'autonomia differenziata deve essere valutata non solo dalla prospettiva "interna" della riorganizzazione del potere, ma anche da quella "sociale" della massimizzazione dei diritti dei cittadini. L'autonomia differenziata, dunque, è possibile solo se funzionale al migliore godimento dei diritti delle persone, non potendosi giustificare attraverso ragioni politico-territoriali e/o economico-finanziarie[16].

Questo è particolarmente vero nel comparto dell'istruzione (art. 33 e 34 Cost.), ambito che, pur essendo inserito tra quelli trasferibili a titolo di differenziazione, non può sfuggire alla logica sottostante alla prospettiva socialmente orientata menzionata.

---

potere pubblico, sovranità, diritti fondamentali, 2025).

12 Tale condizione è confermata anche dalla Corte costituzionale, che, per un verso, rammenta che la sovranità appartenga al popolo in senso unitario (cfr. sent. 4 dicembre 2024, n. 192, pt. 4), per un altro, che essa non sia suddivisibile tra i popoli regionali (v. sent. 14 novembre 2007, n. 365).

13 Corte cost. sent. 4 dicembre 2024, n. 192, punto 4.

14 Ufficio comunicazione e stampa della Corte costituzionale, Comunicato del 14 novembre 2024. Per una analisi dello stesso, A. RUGGERI, *Il regionalismo differenziato fa tappa presso la Consulta prima di riprendere il suo viaggio verso … l'ignoto,* in *Diritti Regionali,* 3, 2024, 858 ss.

15 L.R. PERFETTI, *La persona unico centro unitario a cui riferirsi,* in *Jus*, fasc. 3, 2011.

16 Di questo avviso anche G. GARDINI, *Il puzzle delle autonomie,* in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2024, 240, secondo cui "al centro del conflitto generato da questa legge non c'è la scelta della forma di Stato più adatta per il nostro Paese, come in passato, ma l'idea – molto meno nobile – per cui l'autonomia differenziata possa incidere sulla distribuzione delle risorse economiche, in particolare tributarie, tra i territori regionali. La vera ragione, inconfessata, che anima le richieste di maggior autonomia avanzate da alcune Regioni ordinarie, le più ricche e produttive del paese, è rappresentata infatti dai c.d. 'residui fiscali', ossia la quota di gettito tributario prodotto sul territorio che eccede il finanziamento dei servizi erogati dallo Stato sul medesimo territorio".

L'istruzione[17] rappresenta uno degli assi portanti del Paese, rilevante sia a livello individuale e collettivo, sia a livello intergenerazionale. Essa influisce su vari aspetti del sistema valoriale complessivo dell'ordinamento, inclusa la partecipazione democratica, che è strumento per l'attuazione dei principi sanciti dall'art. 1 Cost., in combinato disposto con gli artt. 2, 3 e 9 Cost.[18].

Si tratta, infatti, di una di quelle materie che si colloca al crocevia tra società e diritto e che ne plasma grandemente i rapporti, realizzando quel rapporto di stretta e reciproca compenetrazione che immaginava Santi Romano, secondo cui "quel che non supera la sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo, come tale non è diritto (*ubi ius ibi societas*) e inoltre non c'è società, nel senso vero della parola, senza che si manifesti in un fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*)"[19].

In questo senso, l'adozione della recente sentenza della Corte costituzionale sul regionalismo differenziato offre numerosi spunti per riflettere sulla "reale" differenziabilità della materia "istruzione" *latu sensu* intesa, in considerazione del preminente ruolo che svolge per la formazione e lo sviluppo della personalità umana, e per la vitalità dell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

In particolare, la Corte, pur rinnovando alcuni concetti già espressi in precedenti pronunce, ove sottolineava la «valenza necessariamente generale ed unitaria»[20] delle norme in materia di "istruzione", poiché «delineano le basi del

---

17 Per una ricostruzione del sistema, A. SANDULLI, *Il sistema nazionale dell'istruzione*, Il Mulino, Bologna, 2003; F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione,* Torino, 2008; F. CORTESE, *Tra amministrazione e scuola*, Napoli, 2014; A.M. POGGI, *Per un «diverso» stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019.

18 In tal sede, si ritiene opportuno lasciare sullo sfondo il diritto dell'Unione europea per le seguenti ragioni. L'istruzione, infatti, si colloca entro coordinate normative che, nell'ordinamento statale e in quello sovranazionale, appaiono tra loro divergenti e talvolta persino dissonanti. Basti osservare la diversa collocazione sistematica dei principali riferimenti normativi: da un lato l'art. 34 cost., inserito nel titolo dedicato ai "rapporti etico-sociali"; dall'altro, l'art. 14 della CDFUE, posto nel capo rubricato "libertà". Questa differente impostazione si riflette inevitabilmente sui contenuti delle due disposizioni. L'art. 34 cost. si apre con una solenne affermazione di principio ("la scuola è aperta a tutti") e si articola in tre distinti diritti sociali: il diritto a una scuola accessibile, il diritto alla gratuità dell'istruzione inferiore per almeno otto anni, e il diritto a raggiungere i gradi più alti degli studi. Non manca, inoltre, di indicare gli strumenti attraverso i quali rendere effettivo quest'ultimo diritto.

Diversamente, l'art. 14 CDFUE richiama il diritto all'istruzione insieme all'accesso alla formazione professionale e continua; qualifica l'accesso gratuito all'istruzione obbligatoria come una "facoltà"; e introduce due profili di libertà: la libertà di istituire scuole e il diritto dei genitori di provvedere all'educazione dei figli secondo le proprie convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche. Si tratta, dunque, di due grammatiche normative difficilmente sovrapponibili, non solo per la diversità dei contenuti rispettivamente enunciati, ma anche per il diverso grado di efficacia che ciascuna disposizione è in grado di esprimere e, conseguentemente, per la loro attitudine a fungere da parametro nei confronti della legislazione derivata (cfr. M. BENVENUTI, "*La scuola è aperta a tutti?" Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale,* in *Federalismi.it*, 4, 2018, 100-101).

19 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, in *Annali delle Università toscane*, 1917/1918, ristampato con note aggiunte dall'autore, Firenze, 1946, 21.

20 Corte cost. sent. 8 luglio 2009, n. 200 e, più recentemente, sent. 27 dicembre 2023, n. 223 e sent. 30 ottobre 2024, n. 168.

sistema nazionale di istruzione» e assicurano «la previsione di una offerta formativa sostanzialmente uniforme sull'intero territorio nazionale, l'identità culturale del Paese, nel rispetto della libertà di insegnamento di cui all'art. 33, primo comma, Cost.»[21], si è limitata a dichiarare che l'eventuale differenziazione della "configurazione generale dei cicli di istruzione" e dei "programmi di base" non sarebbe legittima perché in contrasto con "il mantenimento dell'identità nazionale"[22].

Pertanto, la decisione non sembra risolvere il problema di ciò che è effettivamente differenziabile in materia di istruzione, ma anzi rimette all'interprete il compito di offrire una soluzione prevedibile e affidabile alla luce degli sviluppi della dottrina costituzionalistica. Come noto, l'istruzione non è "un unico ambito materiale" poiché è suddiviso in due sottocategorie, denominate "norme generali sull'istruzione" e "istruzione". Nel primo caso, vi è competenza legislativa esclusiva dello Stato, mentre nel secondo vi è competenza statale nella definizione dei principi fondamentali, mentre per la fissazione delle norme di dettaglio interviene la Regione. Sotto tale profilo, la recente decisione della Corte costituzionale sembra avere una portata "piuttosto limitata", in quanto, per un verso, detta regole giudiziali solo con riferimento ad alcuni profili della materia "norme generali sull'istruzione", per un altro, non specifica alcunché in relazione alla materia "istruzione".

Se questa è la prospettiva da cui si muove, l'obiettivo sarà quello di comprendere se e come la materia dell'istruzione sia effettivamente differenziabile, soprattutto in considerazione del principio di diritto sancito dalla Corte secondo cui la differenziazione non può avere ad oggetto "materie o ambiti di materie", ma "specifiche funzioni legislative e amministrative"[23]. Ci si chiede, quindi, se ci siano ed, eventualmente, quali siano gli specifici profili della materia che costituiscono nucleo talmente "duro" da non essere trasferibile dallo Stato se non a prezzo del sacrificio delle esigenze unitarie sottese al diritto allo studio, e se ci siano ed, eventualmente, quali siano - in concreto - le specifiche funzioni che le Regioni a statuto ordinario possono definitivamente conseguire, previa intesa e determinazione dei LEP[24], per integrare le "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" previste dall'art 116, comma 3, Cost.

---

21 Si v. Corte cost. sent. 8 luglio 2009, n. 200.

22 Cfr. Corte cost. sent. 4 dicembre 2024, n. 192, punto 4.4. Sul concetto di identità in relazione all'istruzione, si rinvia a G. LANEVE, *L'istruzione come fattore di identità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2024.

23 Così, Corte cost. sent. 4 dicembre 2024, n. 192, motivo 2.

24 Per un quadro generale sui LEP e sulle implicazioni derivanti dalla sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale,, si rinvia a P. TORRETTA, *La disciplina dei LEP per l'autonomia differenziata (ma non solo) al vaglio della Corte costituzionale. Note a margine della sentenza n. 192/2024,* in *Federalismi.it,* 13, 2025, 173 ss.

2. Alla ricerca di un *quantum* trasferibile in materia di istruzione. Una prima perimetrazione della questione per mezzo della natura e delle dimensioni interne dei diritti in materia di istruzione

La ricerca di un *quantum* differenziabile necessita di una preliminare riflessione sulla natura dei diritti in materia di istruzione, nell'ottica di restringere il campo delle prestazioni che configurano in capo all'autorità pubblica il "dovere inderogabile"[25] (art. 2 Cost.) di rimuovere gli ostacoli al soddisfacimento dei bisogni educativi dei cittadini (art. 3 Cost.). Solidarietà e uguaglianza sono quindi elementi centrali della missione del "servizio pubblico istruzione"[26] e servono da canale di collegamento costituzionale per garantire l'effettività dei diritti implicati, sul presupposto che non sia «credibile la libertà di chi non riesce ad affrancarsi dai bisogni elementari»[27] .

Ci sono diritti, o comunque alcune loro dimensioni, che richiedono un'organizzazione di supporto per diventare effettivi[28]. Mortati, pur non usando l'espressione «diritti sociali» preferendogli quella di «diritti civici», sostiene che essi siano «pretese dei singoli verso lo Stato o enti pubblici a prestazioni a loro favore» e che «si distinguono da quelli di libertà perché tendono ad ottenere dal soggetto passivo l'adempimento di obblighi positivi di fare»[29]. Corso sottolinea che i diritti sociali sono diritti 'a', ossia consistono in aspettative positive (di prestazione) che si distinguono dai diritti individuali 'di', che consistono in aspettative negative (di non lesione)[30]. Le tradizionali tesi di Grossi[31] e Bob-

25 In particolare, M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione,* 2/2020, 544, afferma che "l'art. 2 Cost. fonda direttamente, nell'*an*, l'esistenza di 'doveri inderogabili' in capo alle pubbliche amministrazioni, serventi alla garanzia del 'nucleo irriducibile' dei 'diritti inviolabili' della persona umana nel prisma della solidarietà costituzionale; tali doveri inderogabili non hanno solo ad oggetto, in negativo, l'astensione da ingerenze, bensì soprattutto, in positivo, l'intervento sostentatore delle pubbliche amministrazioni; i doveri amministrativi inderogabili corrispondono, in prospettiva sistematica, a quelle che la Corte EDU definisce '*positive obligations*' in capo agli Stati, scaturenti per gemmazione dagli stessi diritti fondamentali dell'uomo i quali, per non restare teorici o illusori, richiedono che le pubbliche amministrazioni si attivino con proprie misure per consentirne concretamente l'esercizio e renderne effettivo il godimento". Si v. anche M.C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro,* in *P.A. Persona e Amministrazione,* 1/2021, 408 ss.

26 R. CALVANO, *La scuola, gli insegnanti e l'art. 116, comma 3, Cost. L'istruzione al tempo del regionalismo differenziato,* in *Questione Giustizia,* 4, 2019, ove sostiene la «rilettura dell'istruzione non più come funzione, ma come servizio».

27 Così, I.M. MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi «a diritto amministrativo»*, in *Dir. e proc. amm.,* 2007, 74, (ora anche in F. SCIACCA (a cura di), *Studi in memoria di Enzo Sciacca*, Milano, 2008, 489 ss.); ma anche ID., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987, 250 ss.

28 Si v. A. PUBUSA, *I servizi pubblici tra effettività e miti della concorrenza*, *in Dir. e Proc. Amm.*, 2013, 845.

29 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1133.

bio[32], che distinguono tra diritti di libertà e diritti sociali, subordinano la tutela dei secondi ad un intervento attivo dello Stato che la protezione dei diritti di libertà non esige. Da qui la giustificazione dell'organizzazione dei pubblici servizi nello Stato sociale e, al tempo stesso, la percezione dei diritti sociali, da parte della letteratura prevalente, come diritti «di carta»[33], «diritti imperfetti»[34] o «diritti finanziariamente condizionati»[35], o secondo altri, come un'espressione «ricca di fascino storico ma formalmente tautologic[a]»[36], usata «per fare riferimento a una categoria in realtà sprovvista di elementi comuni»[37].

Questa dicotomia è stata in seguito rielaborata da Perfetti[38], il quale, nel delineare un modello costituzionale ed europeo di servizio pubblico fondato

30 G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali,* in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali,* Roma Tre Press, 2014, 276.

31 Per approfondimento della classifica distinzione, si v. anzitutto P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991, 274, che mette in rilievo come «nei diritti di libertà (...) l'individuo chiede allo Stato essenzialmente di astenersi e con l'astensione dello Stato (e ovviamente anche dei terzi, singoli e gruppi) la libertà risulta tutelata, poiché il titolare di essa può scegliere liberamente come utilizzare lo spazio che viene lasciato libero (a suo favore) dal diritto», sicché il «singolo ha quindi a disposizione la facoltà di scelta circa l'esercizio (in positivo o in negativo) della libertà», mentre il diritto sociale, per struttura, vuole che «il cittadino chieda allo Stato di intervenire e di garantire una prestazione, ovvero di fornire un servizio, che può essere l'assistenza sanitaria, l'istruzione, la messa a disposizione di una abitazione, ecc.»

32 Si v. anche N. BOBBIO, *Diritti dell'uomo*, in M. BOVARO (a cura di), *Teoria generale della politica,* Torino, Einaudi, 1996, 464, secondo cui «[c]iò che caratterizza un diritto sociale, a differenza di un diritto di libertà, è che esso è riconosciuto e protetto non solo nell'interesse primario dell'individuo, ma anche nell'interesse generale della società di cui l'individuo fa parte. […] Naturalmente, questa non è la sola differenza. La differenza fondamentale, quale già risulta dalla loro definizione di diritti di prestazione, sta nel fatto che i diritti di libertà obbligano lo Stato a un comportamento meramente negativo, cioè a non impedire spazi personali di libertà, come praticare la religione di cui si è convinti o non praticarne nessuna, o esprimere la propria opinione politica; i diritti sociali obbligano lo Stato, come rappresentante dell'intera collettività, a intervenire positivamente nel creare istituti atti a rendere di fatto possibile l'accesso all'istruzione, l'esercizio di un lavoro, la cura della propria salute» (cfr. anche ID., *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 67 ss.).

33 R. GUASTINI, *Diritti,* in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto,* Torino, Giappichelli, 1994, 164.

34 N. BOBBIO, *Diritti dell'uomo*, cit., 461.

35 Tale celebre definizione si deve a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili,* Bologna, Il Mulino, 1990, 30, secondo cui «[s]e invece si inquadra il fenomeno sotto il profilo soggettivo si deve constatare che i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti alla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi, e, come tali, non identificabili con i diritti fondamentali del cittadino. Il che non significa riscoprire Carl Schmitt e la programmaticità dei diritti sociali. Significa solo dire che i diritti sociali hanno un contenuto diverso dai diritti di libertà. Ciò porta anche ad escludere che l'utente coincida col cittadino e conseguentemente che l'organizzazione dei pubblici servizi debba necessariamente seguire il modulo politico-rappresentativo»

36 A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile),* in *Rivista AIC*, 4, 2011, 1.

sull'integrazione tra diritti sociali e diritti di libertà, evidenzia come entrambe le categorie si articolino in dimensioni tanto *self executing* quanto *non self executing*. In questo nuovo quadro, anche l'istruzione - al pari di altri diritti[39] - si compone delle dimensioni summenzionate, con la conseguenza che quelle immediatamente applicabili[40] non legittimino pretese "sociali" valide a costituire un "dovere inderogabile" in capo all'autorità pubblica. Esse, infatti, possono essere soddisfatte direttamente dal titolare o tradursi in pretese da far valere nei confronti delle organizzazioni che "i cittadini, singoli o associati," autonomamente costituiscono ai sensi dell'art 118, ultimo comma, Cost[41]. Solo con riguardo al-

37 In questo senso, E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana, in Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengon*i, III, Milano, Giuffrè, 1995, 1775 e C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie, della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli, 2000, 15-22, richiamati da M. MATASSA, *Tutela dei diritti sociali e 'interessi' delle nuove generazioni,* in *P.A. Persona e Amministrazione,* 2, 2023, 918-919 a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

38 Si v. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, 2001, 228-235; e soprattutto, ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubb.*, 2013, 66-67, nota 6.

39 Per ulteriori approfondimenti sul diritto d'istruzione, si rinvia a M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale, in Le dimensioni costituzionali dell'istruzione,* a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli, 2014, 147 ss.; ID., *Un "problema nazionale". Spunti ricostruttivi in tema di 'istruzione' e 'istruzione e… formazione professionale', tra Stato e Regioni, a partire dalla giurisprudenza costituzionale, in Federalismi.it*, 1, 2015, 2 ss.; ID., *Articolo 34,* in F. CLEMENTI ET AL. (a cura di), *La Costituzione italiana,* Bologna, 2018, vol. I, 226 ss; E. FAGNANI, T*utela dei diritti fondamentali e crisi economica*, Milano, 2014; C. SALAZAR, *Le dimensioni costituzionali del diritto all'istruzione: notazioni nel tempo della crisi,* in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, 2014, 31 ss.; M. DE BENEDETTO, *Il diritto sociale all'istruzione*, in E. CATELANI, R. TARCHI (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti,* Napoli, 2015, 73 ss.; A.M. POGGI, *Il diritto all'istruzione come diritto sociale*, in E. CATELANI, R. TARCHI (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti,* Napoli, 2015, 59 ss.; E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza,* in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative,* Firenze, 2016, 81 ss.; G. GALAZZO, *"Obbligatoria e gratuita"*, in G. MATUCCI, F. RIGANO (a cura di), *Costituzione e istruzione,* Milano, 2016, 325 ss.; E. ROSSI ET AL., *La libertà di insegnamento e il diritto all'istruzione nella Costituzione italiana,* in *Osservatorio costituzionale*, 2016, fasc. I, 1 ss; F. CORTESE, *La Costituzione scolastica: radici, temi e risultati,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 45 ss.

40 Se ci sono porzioni di diritti in materia di istruzione direttamente attuabili, diventa importante individuare quali per tracciare una coerente linea di demarcazione per l'intervento pubblico. Sebbene tale compito esuli da tale scritto, vale la pena evidenziare, a titolo esemplificativo, come lo sviluppo della società digitale e delle tecnologie intelligenti abbia reso molto più accessibile la conoscenza delle fonti di informazione, favorendo la libertà di informazione e di manifestazione del pensiero, e agevolando la "partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese". Semmai, quindi, il tema da non sottovalutare è quello della tutela dell'internauta e, precisamente, della trasfigurazione dell'uomo "sociale" in "*homo numericus*" a causa del "calcolo digitale", ma per questo si v. E.DI CARPEGNA BRIVIO, *Nudge e protezione costituzionale della persona nella società digitale,* in *Federalismi.it*, 3/2025, 60 ss.

41 Il riferimento è al principio di sussidiarietà orizzontale, per il quale si v. di recente B. GILIBERTI, *L'amministrazione condivisa: co-programmazione e co-progettazione nel Terzo settore tra*

le dimensioni non *self executing* è immaginabile una pretesa nei confronti dell'autorità e, conseguentemente, solo tali segmenti possono essere oggetto di differenziazione ai sensi dell'art 116, comma 3, Cost.

A questo si aggiunge che il collegamento tra gli artt. 2 e 3 Cost. in materia di istruzione deve essere realizzato non solo dal punto di vista "assistenziale", ma anche da quello "promozionale". É noto, infatti, che a partire da una certa fase della storia repubblicana, il settore dell'istruzione ha smesso di essere interpretato nelle politiche pubbliche in coerenza con i valori e i principi dello Stato sociale, privilegiando interventi di mera protezione rispetto a quelli di autentica promozione. Si tratta, però, di due concezioni radicalmente diverse. Da un lato, il diritto all'istruzione inteso come diritto assistenziale si lega all'idea di sostegno e tutela di categorie o individui in condizioni di bisogno, dall'altro, il diritto all'istruzione come diritto promozionale si orienta alla piena realizzazione della persona, sia «come individuo sia come soggetto sociale»[42], in un circuito virtuoso in cui l'avanzamento del singolo coincide con il progresso della collettività e viceversa.

In questa prospettiva, diritti e doveri si intrecciano in modo quasi inscindibile. Nello Stato sociale assistenziale lo Stato ha il dovere di garantire l'istruzione nelle situazioni di bisogno e i cittadini hanno il diritto di riceverla. In uno Stato sociale di promozione, invece, lo Stato non si limita a garantire l'istruzione, ma rivendica anche il diritto di pretenderla; allo stesso modo, i cittadini non hanno soltanto il diritto di istruirsi, ma anche il dovere di farlo. Questo per dire che il diritto all'istruzione deve riacquisire il suo pieno *status* di diritto sociale[43], inteso tanto nella dimensione della "protezione" quanto in quella della "promozione". Ne consegue che le componenti non immediatamente esecutive - cioè quelle che richiedono un intervento organizzativo o regolativo da parte delle istituzioni - possano fondare una pretesa nei confronti dell'autorità sia dal punto di vista assistenziale che promozionale. "Soltanto" questi segmenti del diritto possono essere oggetto di differenziazione regionale ai sensi dell'articolo 116, comma 3, Cost..

---

autonoma iniziativa delle formazioni sociali e poteri delle pubbliche amministrazioni, in *P.A. Persona e Amministrazione*, vol. XIV, 1, 2024, 417 ss. e E. CARUSO, *L'amministrazione pubblica condivisa: terzo settore, contratti, servizi,* in *P.A. Persona e Amministrazione,* vol. XIV, 1, 2024, 206 ss.

42 A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 10.

43 Tali argomentazioni si devono a A.M. POGGI, *Per un «diverso» stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, cit., 27-28, secondo cui tale riconoscimento si rivela oggi, e lo sarà ancor più in futuro, una condizione imprescindibile per l'effettivo esercizio dei diritti democratici e, in particolare, di quello che la tradizione contemporanea considera il diritto sociale per eccellenza: il diritto al lavoro.

3. Un "nocciolo duro" di competenza statale tra insufficienze dell'art. 116 Cost. e criteri interpretativi della giurisprudenza costituzionale. Il "limitato" rilievo della sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale

Ristretto il campo dell'intervento pubblico nell'istruzione sulla base delle dimensioni interne dei diritti collegati, la ricerca di un *quantum* differenziabile[44] in materia passa dalla distinzione tra "norme generali sull'istruzione" e "istruzione".

Tale distinzione consente di comprendere l'effettivo ambito di rilevanza delle norme di principio in materia di istruzione e di quelle trasversali e unitarie uniformemente applicabili su tutto il territorio nazionale, con l'obiettivo finale di verificare se sia possibile restringerne il campo a favore di un intervento differenziato, legato alle specificità territoriali, senza cadere in una contraddizione logica. Il tema è quello della determinazione dei criteri volti a stabilire un "nocciolo duro" di competenze non differenziabili in materia di istruzione e necessariamente appartenenti allo Stato: "una sorta di 'minimo comune denominatore' che possa riguardare tutto il territorio nazionale"[45].

In tale contesto, se l'art 116, comma 3, Cost. - letto congiuntamente alla l. n. 86/2024[46] - non fornisce alcuna indicazione specifica, limitandosi a fissare soltanto requisiti strutturali-procedimentali[47], occorre guardare al fertile terreno dell'interpretazione costituzionale per individuare i limiti sostanziali e valoriali della differenziazione nel comparto istruzione.

Soccorre, dunque, la sentenza n. 192 del 2024 della Corte costituzionale, che enuclea la sussidiarietà come unica regola[48] in grado di derogare all'ordine

---

44 Si precisa, in linea con la sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale, che la differenziazione possa avere ad oggetto tanto funzioni legislative, quanto amministrative, in materia di istruzione. D'altronde, è già dalla riforma del Titolo V che è venuto meno il meccanismo del parallelismo tra funzioni legislative ed amministrative, con la conseguenza che la devoluzione delle funzioni amministrative possa seguire "un percorso" indipendente dalle sorti delle funzioni legislative.

45 P. MACI, *Autonomia differenziata e istruzione. Le intese Stato-regioni tra "principi generali" e "norme generali sull'istruzione". L'attuazione del terzo comma dell'art. 116 Cost nel solco del titolo V della Costituzione,* in *Dirittifondamentali.it,* 1/2023, 67.

46 Si tratta di un tipo di approccio che si discosta dalla strategia argomentativa della pronuncia n. 192/2024, che si concentra non sulla legge n. 86 del 2024 (o non soltanto su di essa), ma soprattutto sull'art. 116, comma 3, Cost. (cfr. A. MORRONE, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024,* cit. che sostiene come «Questo è il "vero" oggetto della decisione»).

47 R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato,* in *Rivista AIC*, 4/2019, secondo cui, «l'art. 116, comma 3., Cost. (...) non pone espressi obblighi di motivazione o di dimostrazione di interessi peculiari a giustificazione della richiesta», configurando una norma per così dire «neutra». Di ciò vi è conferma nelle intese del 28 febbraio 2018 tra Lombardia, Emilia Romagna e Veneto, e il Sottosegretario per gli affari regionali e le autonomie, ove si giustifica "l'attribuzione di forme e condizioni particolari di autonomia" sulla base di «specificità proprie della Regione richiedente e immediatamente funzionali alla sua crescita e sviluppo».

48 Si tratta di una regola che evita che la differenziazione risponda a logiche di potere tra soggetti politici o a valutazioni meramente politiche, in modo tale da non essere "considerata

di ripartizione generale delle funzioni sancito dalla Costituzione[49]. Una regola che, qualora applicata, implica un giudizio di adeguatezza «dell'attribuzione della funzione ad un determinato livello territoriale di governo», da giustificarsi in relazione «alla natura della funzione e al contesto, in modo da evidenziare i vantaggi – in termini di efficacia e di efficienza, di equità e di responsabilità – della soluzione prescelta»[50].

Se la sussidiarietà è lo strumento che può giustificare l'autonomia differenziata nel comparto istruzione[51], i suoi meccanismi di funzionamento devono riempirsi di contenuto con l'obiettivo di identificare concretamente i limiti sostanziali. In questa prospettiva, muovendo dalla distinzione tra "norme generali sull'istruzione" e "istruzione", l'analisi deve mirare anzitutto all'individuazione di quel nucleo di norme che - almeno secondo le indicazioni delle Corte - hanno "valenza necessariamente generale e unitaria", poiché funzionali all'effettività di un nucleo irrinunciabile di diritti *non self executing*.

Concentrando l'attenzione sulle "norme generali sull'istruzione", non sembra che la sentenza n. 192 del 2024 della Corte costituzionale fornisca decisive coordinate per orientare concretamente l'interprete verso l'identificazione e la comprensione dell'area delle disposizioni aventi valenza generale ed unitaria. La portata della sentenza appare dunque limitata.

Da un lato, la Corte - ribadendo la «valenza generale ed unitaria» delle norme generali sull'istruzione, in quanto rappresentative dell'ossatura del sistema nazionale di istruzione e funzionali ad un'offerta formativa sostanzialmente uniforme su tutto il territorio e all'identità culturale del Paese[52], in conformità alla libertà di insegnamento sancita dall'art. 33 Cost - esclude la legittimità di interventi regionali che incidono sulla «configurazione generale dei cicli di istruzione» o sui «programmi di base», ritenendo che tali aspetti non possano essere oggetto di differenziazione senza compromettere l'unità nazionale.

Dall'altro, la pronuncia non offre una soluzione definitiva – al di là della statuizione già richiamata – circa i profili delle "norme generali sull'istruzione" suscettibili di essere effettivamente devoluti alle Regioni. Tale scelta della Corte può essere letta nel senso della "prudenza istituzionale": un intervento più am-

---

ex parte principis, bensì *ex parte populi*" (cfr. Corte cost. sent. 4 dicembre 2024, n. 192, punto 4.2.).

49 Corte cost. sent. 28 luglio 2021 n. 168.

50 Sempre, Corte cost. sent. 4 dicembre 2024, n. 192, punto 4.3.

51 Per un approfondimento recente delle potenzialità del principio di sussidiarietà all'indomani della sentenza n. 192/2024, si rinvia a, A.SORPRESA, *Il principio di sussidiarietà nella distribuzione delle funzioni ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost. (a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2024), in Italian Papers on Federalism, 1, 2025, 204 ss.,* e S. CIVITARESE MATTEUCCI*, Il ruolo del principio di sussidiarietà nella sentenza della Corte Costituzionale n. 192/2024,* in *Istituzioni del Federalismo,* 1, 2025.

52 Già molti anni addietro, E. SPAGNA MUSSO, *Lo stato di cultura nella Costituzione Italiana*, Napoli, 1961, affermava che le norme generali sull'istruzione costituiscono immediata attuazione dei valori costituzionali che connotano la Repubblica come «Stato di cultura». Cfr. A. CARIOLA, *Lo Stato culturale. Prime riflessioni sul tema, in Dirittifondamentali.it*, 3, 2024, 36)

pio avrebbe infatti comportato la ridefinizione del rapporto tra Stato e Regioni in un ambito particolarmente delicato, con il rischio di generare squilibri sistemici. Ma a prescindere dalle ragioni che hanno guidato tale scelta, rimane irrisolto il nodo dell'individuazione del nucleo essenziale di competenze che, per esigenze di unità e di identità nazionale, non possono essere trasferite alle Regioni. A questo riguardo, assume un rilievo decisivo la giurisprudenza costituzionale maturata nel decennio precedente, richiamata in un paio di punti dalla stessa sentenza n. 192 del 2024.

In questo senso, appaiono fondamentali le indicazioni della sentenza n. 200 del 2009 della Corte costituzionale, nella parte in cui delineano lo statuto costituzionale dell'istruzione a partire dagli artt. 33 e 34 Cost. Tali precetti costituzionali riflettono esigenze unitarie tali da giustificare l'intervento esclusivo dello Stato[53], precisando la locuzione «Repubblica» dell'art. 33 Cost. e prevedendo «una riserva di legge statale, logicamente emergente»[54]. Essi delineano le caratteristiche fondamentali del sistema educativo nazionale, rappresentando un nocciolo duro sottratto da logiche di differenziazione territoriale. La loro attuazione attraverso norme generali statali garantisce non solo l'eguaglianza sostanziale tra cittadini, ma anche la coesione culturale e sociale del Paese[55]. Ne deriva che i profili attinenti allo statuto costituzionale dell'istruzione risultano intrinsecamente non differenziabili, tra i quali si annoverano (i) il diritto di enti e privati di istituire scuole e istituti di educazione, senza oneri per lo Stato; (ii) la garanzia della parità tra scuole statali e non statali, sotto il profilo della loro piena libertà e dell'eguale trattamento degli alunni; (iii) la necessità di un esame di Stato per l'ammissione ai diversi ordini e gradi di scuola, nonché per la loro conclusione; (iv) l'apertura delle scuole a tutti; (v) l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione inferiore; (vi) il diritto degli alunni capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di accedere ai livelli più alti degli studi; (vii) la necessità di rendere effettivo tale diritto attraverso strumenti di sostegno, quali borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze, da attribuire mediante concorso.

La stessa pronuncia evidenzia, inoltre, come l'individuazione delle norme generali sull'istruzione non si esaurisca nel riferimento alla fonte costituzionale, ma trovi fondamento anche nella legislazione ordinaria. In tal senso, significativa è la legge 28 marzo 2003, n. 53, con la quale il Parlamento ha conferito al Governo la delega per la definizione di tali norme mediante decreti legislativi.

53 È quindi soltanto lo Stato che può legiferare sulle caratteristiche basilari del sistema scolastico, come il diritto di enti e privati di istituire scuole e istituti di educazione, senza oneri per lo Stato; la garanzia della parità tra scuole statali e non statali sotto gli aspetti della loro piena libertà e dell'uguale trattamento degli alunni; la necessità di un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuola o per la conclusione di essi; l'apertura delle scuola a tutti; l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione inferiore; il diritto degli alunni capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi; la necessità di rendere effettivo quest'ultimo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso (v. artt. 33 e 34 Cost.).

54 Si v. Corte cost. sent. 8 luglio 2009, n. 200.

55 V. CRISAFULLI, *La scuola nella costituzione, in Riv. Trim. dir pubblico,* 1956, 58.

Tutti i decreti che ne sono conseguiti[56], unitamente alle disposizioni sull'autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche, sull'assetto degli organi collegiali, nonché sulla parità scolastica e sul diritto allo studio e all'istruzione, rappresentano un adeguato parametro di riferimento[57] per comprendere se le future disposizioni in materia di istruzione possano (o meno) essere qualificate negli stessi termini.

È necessario, anche rispetto a tali disposizioni, svolgere una valutazione volta a verificarne l'eventuale riconducibilità alla categoria del "nucleo irriducibile" di competenze che appartengono in via esclusiva allo Stato e che, pertanto, non possono essere devolute alle Regioni. In questa prospettiva, non appare improprio valorizzare il diverso rango della fonte normativa di riferimento, così da giungere a conclusioni differenti rispetto a quelle precedentemente delineate. Tra le disposizioni nazionali "generali" in materia di istruzione, l'individuazione del nocciolo duro non differenziabile risente dunque del diverso rango della fonte di previsione. Mentre è indubbio che le disposizioni che attengono o sviluppano lo statuto costituzionale dell'istruzione non sono differenziabili, quelle che invece si occupano di istruzione e sono qualificate "generali" dallo stesso legislatore sono potenzialmente trasferibili a un livello territoriale più vicino ai cittadini. Sotto quest'ultimo profilo, le Regioni potrebbero astrattamente dare vita a modelli regolatori diversi da quelli previsti dallo Stato, sia pure nel rispetto del quadro normativo fondamentale in materia, sia nazionale che europeo[58].

Analoghe considerazioni possono essere formulate anche con riguardo alla materia "istruzione", tradizionalmente affidata alla competenza concorrente tra Stato e Regioni. Se la distinzione tra principi fondamentali e norme generali

56 La legge 28 marzo 2003, n. 53, "Delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale", ha determinato l'adozione di diversi decreti legislativi finalizzati alla previsione di norme generali e livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione. Si tratta del d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59 (Definizione delle norme generali relative alla scuola dell'infanzia e al primo ciclo dell'istruzione, a norma dell'art. 1 della l. 28 marzo 2003, n. 53); del d.lgs. 19 novembre 2004, n. 286 (Istituzione del Servizio nazionale di valutazione del sistema educativo di istruzione e di formazione, nonché riordino dell'omonimo istituto, a norma degli artt. 1 e 3 della l. 28 marzo 2003, n. 53); del d.lgs. 15 aprile 2005, n. 76 (Definizione delle norme generali sul diritto-dovere all'istruzione e alla formazione, a norma dell'art. 2, comma 1, lett. c), della l. 28 marzo 2003, n. 53); del d.lgs. 15 aprile 2005, n. 77 (Definizione delle norme generali relative all'alternanza scuola-lavoro, a norma dell'art. 4 della l. 28 marzo 2003, n. 53); del d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 226 (Norme generali e livelli essenziali delle prestazioni relativi al secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione, a norma dell'art. 2 della l. 28 marzo 2003, n. 53); del decreto legislativo 17 ottobre 2005, n. 227 (Definizione delle norme generali in materia di formazione degli insegnanti ai fini dell'accesso all'insegnamento, a norma dell'art. 5 della l. 28 marzo 2003, n. 53), poi abrogato dall'art. 2, comma 416, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008).

57 Cfr. Corte cost. sent. 8 luglio 2009, n. 200.

58 Ci si riferisce alla "Strategia di Lisbona" dell'Unione Europea del 2000 e alla scelta di tutti gli Stati membri del *lifelong learning,* come criterio di orientamento delle politiche educative del futuro.

sull'istruzione risulta ormai consolidata nella giurisprudenza costituzionale[59], appare evidente che l'eventuale devoluzione delle competenze relative ai principi fondamentali debba essere affrontata con particolare cautela, soprattutto laddove - per finalità di coordinamento - essa incida sugli elementi costitutivi della materia. A titolo esemplificativo, le problematiche suggerite potrebbero sorgere in materia di programmazione della rete scolastica e di programmazione dell'offerta formativa integrata tra istruzione e formazione professionale. In astratto, è plausibile ipotizzare una riduzione dell'ambito di intervento delle norme statali che fissano i principi fondamentali in materia di istruzione; tuttavia, sul piano concreto, ciò è ammissibile solo nella misura in cui non venga compromesso il nucleo comune del servizio di istruzione e l'effettività dei diritti ad esso strettamente connessi[60].

3. Le esperienze di Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna: le bozze di intesa del 2018 e del 2019

Sul piano pratico, diverse Regioni italiane (Emilia Romagna, Veneto e Lombardia) hanno recentemente intrapreso la via della differenziazione prevista dall'art. 116, comma 3, Cost., in materia "di istruzione" e "norme generali sull'istruzione", sebbene tali iniziative non si siano concretizzate. Tali iniziative si sono tradotte in alcune bozze di intesa, sottoscritte nel febbraio 2018 e 2019, poi seguite da altre del maggio 2019 per recepire le osservazioni dei ministeri competenti. Esse sono molto utili non soltanto per comprendere appieno i meccanismi di funzionamento dei parametri costituzionali menzionati, ma anche per verificare come le disposizioni ivi contenute si confrontano con l'interpretazione costituzionale.

In relazione alle bozze del 2018, le competenze oggetto di devoluzione avevano un oggetto abbastanza omogeneo e riguardavano (*i*) la programmazione dell'offerta di istruzione regionale, da realizzarsi attraverso un "piano pluriennale" adottato dalla Regione d'intesa con l'Ufficio scolastico regionale, fina-

59 Si v. soprattutto Corte cost. sent. 8 luglio 2009, n. 200, secondo cui i principi fondamentali svolgono una funzione "residuale", poiché introducono norme che "non sono riconducibili a quella struttura essenziale del sistema nazionale di istruzione che caratterizza le norme generali sull'istruzione", costituendo solo "un punto di riferimento in grado di orientare l'esercizio del potere legislativo regionale (cfr. Corte Cost. sent. 24 febbraio 1988, n. 177). I principi fondamentali della materia, operando sostanzialmente da raccordo tra le 'norme generali' e quelle di competenza regionale in tema di istruzione, passano attraverso il termine medio della legislazione delle Regioni, adottata nell'ambito di scelte riservate all'autonomia del legislatore regionale". Cfr. anche Corte cost. sent. 20 luglio 2005, n. 279, con nota di S. NICODEMO, *Livelli di legislazione e "livelli di principi" in materia di istruzione,* in *Quad. Cost.*, secondo cui la linea di demarcazione è da individuare nel diverso ambito di operatività. Infatti per la Consulta «le norme generali in materia di istruzione "sono quelle sorrette, in relazione al loro contenuto, da esigenze unitarie e quindi applicabili indistintamente al di là dell'ambito propriamente regionale". Si distinguono dai principi fondamentali in materia di istruzione, rilevanti ai sensi dell'art.117 comma 3, in quanto questi ultimi "pur sorretti da esigenze unitarie non esauriscono in se stessi la loro operatività, ma informano, altre norme, più o meno numerose"»

60 P. MACI, *Autonomia differenziata e istruzione,* cit., 74.

lizzato a definire la dotazione dell'organico e ad attribuirlo alle singole scuole; (*ii*) la realizzazione di un "sistema integrato di istruzione professionale e di istruzione e formazione professionale", che doveva comunque tener conto delle competenze dell'Ufficio scolastico regionale e dell'autonomia delle istituzioni scolastiche, oltre che delle disposizioni del d.lgs n. 61 del 2017 e dell'offerta di istruzione regionale; (*iii*) la possibilità di istituire il Fondo regionale per l'integrazione dell'organico stabilito dalla legge statale, nonché per aggiungere ulteriori posti in deroga (da assegnare secondo le norme vigenti in materia di contratti a tempo determinato) ed in funzione dell'esercizio della competenza sulla programmazione dell'offerta di istruzione regionale (art. 1) e del funzionamento del Sistema integrato di istruzione professionale (art. 2).

Riguardo alle bozze del 2019, è interessante notare che la bozza dell'Emilia Romagna circoscriveva la devoluzione delle competenze (legislative e amministrative) alla sola materia "istruzione", tanto che se ne definivano l'oggetto e la finalità all'art. 27. Tra le competenze, vi erano (*i*) garantire una organizzazione delle rete scolastica e dell'offerta formativa adeguata alle politiche educative e di *welfare* regionali, anche attraverso la programmazione degli organici e la sua attribuzione alle autonomie scolastiche; (*ii*) realizzare un sistema unitario ed integrato di istruzione secondaria di secondo ciclo e di istruzione e formazione professionale votato alle opportunità occupazionali del territorio e alla effettiva possibilità di scelta tra il "sistema di istruzione" di competenza statale e quello di "Istruzione e formazione professionale" di competenza regionale; (*iii*) qualificare l'offerta di istruzione e formazione tecnica e professionale in ambito regionale a partire dalla piena valorizzazione dell'autonomia scolastica.

Le bozze di Lombardia e Veneto, invece, operavano "un tentativo di regionalizzare il comparto istruzione in tutti i suoi aspetti", specialmente "in quelli *latu sensu* organizzativi"[61]. Le competenze attenevano (*i*) alla disciplina dell'organizzazione del sistema educativo regionale di istruzione e formazione, (*ii*) alla disciplina della programmazione dell'offerta formativa integrata tra istruzione e formazione professionale, (*iii*) alla disciplina della programmazione delle rete scolastica sul territorio regionale e dell'organizzazione delle Fondazioni di Istruzione Tecnica Superiore (ITS) e, soprattutto, (*iv*) alla regionalizzazione del personale scolastico.

4. Considerazioni conclusive e spunti di riflessione

Secondo una parte della dottrina, le previsioni contenute nelle bozze di intesa del 2018 e 2019 - se riproposte *tout court* secondo il procedimento previsto dalla legge 86/2024 e corretto dalla sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale[62] - sarebbero astrattamente conformi con i limiti sostanziali sanciti dalla Costituzione in riferimento alla devoluzione di ulteriori forme e condizio-

61 P.MACI, *Autonomia differenziata e istruzione,* cit., 78.

ni di autonomia in materia di istruzione. Soluzioni di questo tipo potrebbero anche porsi in linea con il principio di diritto sancito dalla Corte costituzionale che vieta ai livelli territoriali di governo di interessarsi degli ambiti relativi alla «configurazione generale dei cicli di istruzione» e dei «programmi di base»[63], preservando sostanzialmente l'identità nazionale. Né, secondo queste ricostruzioni, iniziative regionali simili potrebbero compromettere «le basi del sistema nazionale di istruzione», che servono a garantire «una offerta formativa sostanzialmente uniforme sull'intero territorio nazionale, l'identità culturale del Paese, nel rispetto della libertà di insegnamento di cui all'art. 33, primo comma, Cost.»[64]. In questo senso, Troisi afferma che alle Regioni spetterebbe il compito di «organizzare un'offerta complessiva di istruzione e formazione in sintonia con le esigenze economiche e produttive del proprio territorio e quelle più generali di sviluppo socio-economico del Paese nel suo complesso» in «sinergia e correlazione con le altre competenze di spettanza delle Regioni nei settori contigui (...) pur nel rispetto dei contenuti essenziali del diritto all'istruzione e delle competenze riconducibili allo statuto costituzionale dell'autonomia scolastica»[65].

A ben vedere, però, non paiono infondate le perplessità di chi ritiene che le disposizioni in materia di istruzione contenute nelle bozze di intesa summenzionate pongano «a rischio la tenuta dell'unità nazionale, prima ancora che del modello di regionalismo»[66]. Anzi, vi sono diverse ragioni, di tipo specifico e generale, che conducono ad una conclusione in tal senso.

Se muoviamo dalla prospettiva solidale e sociale enucleata in premessa, che altro non è che la sostanza euristica che anima la stessa Costituzione, ci accorgiamo delle implicazioni distorsive che una siffatta differenziazione in materia di istruzione potrebbe realizzare.

Intese come quelle precedentemente sottoscritte, per un verso, paiono concretamente compromettere quella piattaforma in grado di garantire una offerta formativa omogenea su tutto il territorio nazionale, mettendo in pericolo l'identità culturale del Paese; per un atro, paiono sostanzialmente confliggere

---

62 Sulle problematiche formali-procedimentali relative all'attuazione del regionalismo differenziato, già prima dell'adozione della l. n. 86/2024, si rinvia a R. DI MARIA, *La procedura per la attuazione del c.d. "regionalismo differenziato": dalla marginalizzazione delle assemblee elettive e degli Enti locali, alla perplessa definizione dei l.e.p.,* in *Italian Papers on Federalism*, n. 1, 2023, pp. 30 ss.

63 Si riprendono i casi paradigmatici enucleati da Corte cost. sent. 4 dicembre 2024, n. 192, punto 4.4.

64 Tali locuzioni si devono a Corte cost. sent. 8 luglio 2009, n. 200.

65 Così, M. TROISI, *L'istruzione, una materia contesa tra Stato e Regioni,* in *Italian papers on federalism*, 3/2020, 10; ma anche M. COCCONI, *Le Regioni nell'istruzione dopo il nuovo Titolo V*, in *Quad. cost*., 2007, 729.

66 Cfr. R. CALVANO, *La scuola, gli insegnanti e l'art. 116, comma 3, Cost.* cit., 79, che rinvia a R. BIN, *L'insostenibile leggerezza dell'autonomia "differenziata": allegramente verso l'eversione,* in *laCostituzione.info*, 2019 e C.IANNELLO, *Asimmetria regionale e rottura dell'unità nazionale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2018.

con i principi fondanti del sistema istruzione[67], poiché le disposizioni ivi contenute si occupano dell'organizzazione e della gestione del comparto istruzione. Tanti ordinamenti regionali differenziati sul piano dell'istruzione «corrono il rischio di assumere contorni sempre più netti e distinti gli uni dagli altri, sia per la cornice normativa che per le risorse sulle quali detta cornice si fonda. C'è il rischio che si crei un sistema in concreto in cui le dinamiche dello Stato regionale si perdano in favore di un sistema diverso»[68] che, pur rispettando la forma astratta consentita dalla Carta fondamentale, ne tradisca, in definitiva, la sostanza sociale e lo spirito solidale. Si tratterebbe di un'altra «mutazione» della nostra forma di Stato, «ancora liquida e per alcuni aspetti (...) incompiuta" a causa del "regionalismo senza modello»[69], e per altri, in perenne crisi di identità (sociale) tanto da non più sembrare, come all'origine, uno Stato sociale e solidale.

Sotto un profilo generale, è interessante notare che l'autorità regionale non persegua fini sociali ed unitari nella varietà delle fattispecie concrete considerate, essendo proiettata a soddisfare ragioni prettamente "territoriali", legate al benessere produttivo locale e/o alla sua legittimazione nei confronti della comunità amministrata. Pare chiaro quindi il tradimento di molti dei valori essenziali propugnati dalla Costituzione, a cominciare da quelli più pertinenti all'istruzione fino ad arrivare a quelli di portata più ampia, come la sovranità popolare, l'uguaglianza sostanziale, la solidarietà, l'identità culturale, l'unità, e la partecipazione democratica.

L'ampliamento delle competenze regionali sul versante dell'organizzazione e della gestione del comparto istruzione non sembra essere compatibile in concreto con le esigenze unitarie e solidali che (ontologicamente e costituzionalmente) informano il settore, nonché con le esigenze sociali che dovrebbero informare l'azione dei livelli territoriali di governo.

Scendendo nel particolare, poi, la questione si fa ancora più intricata sotto almeno due profili.

Il primo profilo attiene al finanziamento delle funzioni devolute: vi è il timore che questo finanziamento aggiuntivo, legato alla maggiore autonomia di alcune Regioni ordinarie in materia di istruzione, produca una diminuzione delle risorse complessivamente disponibili per tutte le altre, con conseguente impossibilità di garantire la prestazione di servizi educativi e le altre funzioni essenziali al soddisfacimento dei diritti che ne dipendono nei territori non differenziati[70]. Ciò è avvertito grandemente dalla Corte costituzionale in più parti

---

67 Ci si riferisce alla parità tra scuole, alla solidarietà, all'uguaglianza nella qualità essenziale delle prestazioni erogate, alla disparità di trattamento degli insegnanti con riguardo all'accesso, allo *status* e alla retribuzione.

68 P.MACI, *Autonomia differenziata e istruzione,* cit., 97.

69 A. PATRONI GRIFFI, voce *Regionalismo differenziato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet giuridica, Milano, 2021, 219.

70 G. VIESTI, *Memoria predisposta per l'audizione presso la commissione affari costituzionali della Camera dei deputati sull'A.C. 1665 'Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata'*, 15 marzo

della sentenza n. 192/2024: (*i*) con riferimento alla facoltatività, piuttosto che alla doverosità, del concorso agli obiettivi di finanza pubblica per le regioni differenziate e al conseguente eventuale indebolimento dei vincoli di solidarietà e unità della Repubblica; (*ii*) con riguardo all'individuazione, tramite compartecipazioni al gettito di tributi erariali, delle risorse destinate alle funzioni trasferite, essa dovrà avvenire non sulla base della spesa storica, bensì prendendo a riferimento costi e fabbisogni *standard* e criteri di efficienza, liberando risorse da mantenere in capo allo Stato per la copertura delle spese che, nonostante la devoluzione, restano comunque a carico dello stesso; (*iii*) con riferimento alla clausola di invarianza finanziaria, si richiede che, al momento della conclusione dell'intesa e dell'individuazione delle relative risorse, si tenga conto del quadro generale della finanza pubblica, degli andamenti del ciclo economico, del rispetto degli obblighi eurounitari[71].

Il secondo profilo riguarda il complicato intreccio di normative che si produrrebbe con il trasferimento delle competenze in materia, rendendo estremamente arduo orientarsi nel risultante *caos* normativo. Si nutrono forti perplessità riguardo alla possibilità che anche in materia di istruzione le quindici Regioni ordinarie possano richiedere forme più ampie di autonomia secondo diverse gradazioni. In questo senso, è ipoteticamente possibile che tutte le Regioni ordinarie, incluse Emilia Romagna, Veneto e Lombardia, aspirino a forme di autonomia di diversa entità, a meno che decidano di non avvalersi affatto dell'art. 116, comma 3, Cost. Né pare che un'autonomia differenziata di questo tipo escluda, in termini comparativi, «il paradosso di Achille e la tartaruga»[72]

2024, mette in rilievo come, stando ai dati, "le Regioni Lombardia, Veneto e Emilia-Romagna rappresentano il 40% del Pil italiano; la spesa pubblica statale nelle tre regioni ammonta a 68 miliardi sui 273 'regionalizzabili' (Senato della Repubblica e Camera dei deputati 2023). Garantire loro previe compartecipazioni al gettito di ampia dimensione, in relazione anche all'istruzione, può ridurre significativamente le risorse disponibili per il ministero dell'Economia per far fronte al debito pubblico, che rimarrebbe a carico di tutti i contribuenti italiani".

71 Per un approfondimento complessivo delle ricadute finanziarie in materia, si rinvia a G. RIVOSECCHI, *L'art. 119 cost. e le implicazioni finanziarie del regionalismo differenziato: la quadratura del cerchio,* in *Istituzioni del Federalismo*, 2024, 255 ss. Per una panoramica dopo l'adozione della sentenza n. 192/2024, P.I. D'ANDREA, *Profili fiscali e finanziari dell'autonomia differenziata,* in *Nomos*, 1, 2025, 1 ss.

72 G. GARDINI, *La carrera infinita entre las comunidades autónomas en España e Italia. La paradoja de aquiles y la tortuga como efecto (no deseado) del regionalismo asimétrico,* in *Revista General de Derecho Administrativo*, 64/2023, secondo cui il regionalismo asimmetrico spagnolo ha stimolato uno schema secondo cui le Regioni meno ricche avanzano richieste di maggiore autonomia di quelle più ricche le quali, a loro volta, si allontanano dalle prime, e tentano di ottenere ulteriore autonomia rispetto a quella originaria. Da un lato, le Regioni meno sviluppate hanno percorso la strada dell'incremento delle competenze e delle risorse per destare sé stesse e rincorrere le Regioni storiche, dall'altro, queste ultime hanno reagito con richieste di "ulteriori forme e condizioni di autonomia" per evitare l'*igualación competencial.*

che si è realizzato nell'ordinamento iberico, perché, nelle more della rincorsa verso la *igualación competencial* in materia di istruzione, le disuguaglianze socio-educative potrebbero divenire davvero insostenibili.

Alla luce di quanto sinora esposto, sembra ancora necessario ragionare sulla materia "istruzione", nell'ottica di promuovere una maggiore "certezza"[73] in un settore cruciale non solo per la sopravvivenza dello Stato, ma soprattutto della comunità che è «unitariamente» sovrana ai sensi dell'art. 1 Cost.

73 La maggiore certezza giuridica *supra* menzionata andrebbe ricercata già a partire dai contenuti del recente DDL S. 1623, dal titolo "Delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni", approvato in data 19 maggio 2025 dal Consiglio dei Ministri. Il provvedimento attualmente in esame conferisce al Governo una delega per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP), con l'obiettivo di dare piena attuazione all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione e alla sentenza n. 192/2024. La stessa Corte costituzionale, in tale decisione, ha chiarito che la definizione dei LEP rappresenta un passaggio propedeutico e imprescindibile, in quanto costituisce un «contrappeso necessario» alla differenziazione regionale, una vera e propria «rete di protezione» volta a salvaguardare condizioni di vita omogenee sull'intero territorio nazionale. In questa prospettiva, il disegno di legge si conforma alla pronuncia della Corte, ponendo la definizione dei LEP come garanzia contro il rischio che l'ampliamento dell'autonomia regionale, in chiave asimmetrica e potenzialmente competitiva, possa tradursi in divari territoriali o in una riduzione della tutela dei diritti fondamentali al di sotto di una soglia minima prefissata. Le finalità generali della regolazione sono due: da un lato, assicurare che le prestazioni connesse ai diritti civili e sociali siano erogate in modo uniforme, efficiente e appropriato su tutto il territorio nazionale; dall'altro, rendere la determinazione dei LEP la *conditio sine qua non* per un'attribuzione costituzionalmente responsabile di nuove funzioni alle Regioni. Quanto agli obiettivi specifici, essi si collegano ai principi e ai criteri direttivi contenuti negli articoli da 3 a 32 del disegno di legge, ispirati agli indirizzi già elaborati dal CLEP (Comitato per la determinazione dei LEP), il cui lavoro è stato "fatto salvo" dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 192/2024.

Per la materia "istruzione" (artt. 4–13), gli obiettivi connessi ai LEP possono essere sintetizzati come segue: (i) riorganizzare la rete scolastica per assicurare una distribuzione capillare dei punti di erogazione del servizio, tenendo conto delle caratteristiche territoriali e demografiche, nonché delle specificità delle scuole situate in comuni montani, piccole isole e aree linguistiche minoritarie; (ii) garantire l'inclusione degli alunni con bisogni educativi speciali, disabilità, disturbi specifici dell'apprendimento o condizioni di svantaggio socio-economico, linguistico e culturale; (iii) colmare il divario infrastrutturale degli edifici scolastici; (iv) promuovere la digitalizzazione degli ambienti e degli strumenti di apprendimento.

FRANCESCA PUBUSA
Professoressa associata di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Universita' degli Studi di Cagliari
fpubusa@unica.it

LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DELLA CORTE DEI CONTI: GLI EFFETTI SULLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA E SUI DIRITTI DEI CITTADINI

CHANGES TO THE COURT OF AUDITORS' REGULATIONS: THEIR IMPACT ON ADMINISTRATIVE FUNCTION AND CITIZENS' RIGHTS

SINTESI

La Corte dei conti e' interessata da una progressiva trasformazione funzionale e organizzativa.
Questo processo si riverberera' necessariamente anche sull'azione delle Pubbliche amministrazioni, sull'interesse generale e quindi sui diritti dei cittadini, in ragione della stretta connessione fra le funzioni della Magistratura contabile, l'effettività' e la correttezza dell'agire amministrativo, il perseguimento dell'interesse pubblico e la concretizzazione dei diritti.
Il saggio esamina le proposte di modifica che maggiormente incidono su questi aspetti, e ne indaga la coerenza costituzionale; propone inoltre una prima riflessione, da sviluppare in successiva e piu' ampia sede, sull'attuale contesto normativo, che costituisce matrice e giustificazione di queste proposte, onde rilevare quanto e come stia modificando le categorie dell'agire amministrativo, e individuare percorsi che ne assicurino la funzionalità' e la democraticità'.

ABSTRACT

The Court of Auditors is undergoing a progressive functional and organizational transformation. This process will necessarily also impact the actions of public administrations, the general interest, and therefore citizens' rights, given the close connection between the functions of the Court of Auditors, the effectiveness and correctness of administrative action, the pursuit of the public interest, and the realization of rights. This essay examines the proposed amendments that most impact these aspects and investigates their constitutional coherence. It also offers an initial reflection, to be developed in a subsequent and broader context, on the current regulatory framework, which forms the basis and justification for these proposals. This aims to identify the extent and how it is changing the categories of administrative action and to identify paths that will ensure their functionality and democratic nature.

PAROLE CHIAVE: Corte dei conti - funzione amministrativa - risultato amministrativo - interesse pubblico - diritti dei cittadini

KEYWORDS: Court of Auditors - administrative function - administrative result - public interest - citizens' rights

INDICE: 1. Premessa – 2. I primi interventi sulla disciplina della Corte dei conti - 3. Le proposte di modifica alla l. n. 20 del 1994 – 4. Il d.d.l. n. 1457 alla luce della Costituzione – 5. Segue – 6. Il contesto generale: riflessioni conclusive.

1. Premessa

Dopo decenni di tendenze incrementali delle sue funzioni, in attuazione delle previsioni costituzionali di cui agli artt. 100 e 103 Cost., la Corte dei conti e' interessata da una progressiva trasformazione funzionale e organizzativa.

A partire dal 2023 e' stato infatti avviato un deciso processo di modifica della sua disciplina funzionale e organizzativa, comprensivo della l. n. 20 del 1994, che, al momento in cui si scrive, e' giunto ad un punto di elaborazione tale da potersene senz'altro individuare e analizzare le linee portanti, nonche' le possibili ricadute in concreto.

L'interesse all'indagine discende, in primo luogo, dalla collocazione della Corte dei conti nel nostro ordinamento. Essa e' costituzionalizzata come organo giudiziario, ausiliario del Parlamento per la verifica e il controllo del potere esecutivo e della Pubblica amministrazione, in ordine al corretto utilizzo del denaro pubblico e dell'effettivita' delle entrate.

Ulteriore motivo di interesse all'indagine risiede nell'impatto, diretto e indiretto, che queste funzioni hanno nella realtà' giuridica e sociale: esse, infatti, collegano strettamente l'azione della magistratura contabile alla correttezza dell'agire amministrativo; la quale, a sua volta, e' presupposto per l'effettivo perseguimento di un interesse realmente pubblico, e dunque anche per la concretizzazione dei diritti dei cittadini. La Corte dei conti, nell'essere uno dei presidi della legittimità', dell'imparzialita' e del buon andamento della Pubblica amministrazione[1], e' cioe' anche essenziale garante dei diritti: quindi, le ipotesi modificative ben possono giungere ad incidere la sfera giuridica dei cittadini.

Dopo l'analisi delle proposte che, a nostro parere, maggiormente interessano questi aspetti, si indaghera' sulla loro coerenza costituzionale, per cercare di comprenderne gli effetti, non solo sulla funzionalita' della Corte dei conti, ma anche sull'azione amministrativa, sull'interesse generale e sui diritti. Per concludere, si proporranno delle riflessioni sul contesto ordinamentale nel quale questo processo di modifica si inserisce.

2. I primi interventi sulla disciplina della Corte dei conti

1 Un siffatto organo e' indispensabile in qualsiasi Stato, a prescindere dalla sua tipologia: sul punto, anche con interessanti cenni storici, F. BENVENUTI, *Corte dei conti e tutela degli interessi comuni* (1997), in *Scritti giuridici*, V, Milano, Vita e pensiero, 2006, 4425 e 4426, nonche' F. TIGANO, *Efficienza amministrativa, principio di buon andamento e ruolo della Corte dei conti*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 128 ss., e W. GIULIETTI, *L'insegnamento di Guarino su vincoli di bilancio e attivita' amministrativa*, *ivi*, 2024, 76.

La tendenza riduttiva delle prerogative del giudice contabile e' stata avviata nel 2020, quando l'art. 21, co. 2, d.l. n. 76, ha introdotto il c.d. "scudo erariale".

Si tratta, com'e' noto, di un istituto originato dall'emergenza pandemica, nel tentativo di superare l'ormai consolidato timore dei funzionari di incorrere in responsabilità' erariale, e i rallentamenti che tale condizione impone all'azione amministrativa: questo fenomeno, precedente la pandemia, e' stato ovviamente da essa accentuato. Lo "scudo erariale" vi interviene introducendo un regime differenziato della responsabilità', sanzionando cioe' piu' gravemente il danno prodotto da omissione di quello prodotto da provvedimento: in particolare, il pregiudizio da inerzia genera responsabilità' sia per dolo che per colpa grave, mentre quello discendente da provvedimento la sola responsabilità' per dolo[2].

Nel 2023 e' stata inoltre limitata la portata del controllo concomitante, *ex* art. 1, co. 12 *quinquies*, del d.l. n. 44.

Questa prerogativa, conferita *ex novo* alla Corte dei conti dall'art. 11, l. n. 15 del 2009, e poi rafforzata dall'art. 22 del citato d.l. n. 76 del 2020, consiste nel controllo su procedure ancora in corso, di competenza di amministrazioni statali o territoriali, allo scopo di verificarne la regolarita' e la coerenza rispetto agli obiettivi, o, nel caso si tratti di attivita' attuative di piani, programmi, erogazioni o trasferimenti di fondi, il rispetto dei tempi previsti. Oltre a cio', la sua finalita' e' la rimozione delle cause di eventuali ritardi e anomalie, che vengono individuate e discusse in contraddittorio con l'amministrazione e portate poi a conoscenza dell'organo politico competente per favorire anche suoi interventi. Si tratta, in sostanza, di correggere l'azione in corso d'opera, evitando dunque situazioni di ritardo, illegittimita' e dunque responsabilita'.

Il citato d.l. n. 44 del 2023 vi ha sottratto le attività' relative all'attuazione del PNRR e del PNC, ovvero le gestioni piu' complesse e problematiche di questo momento storico.

Sempre nel 2023, in dicembre, la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti della Regione Campania ha sollevato la questione di legittimita' costituzionale sul citato art. 21, co. 2, d.l. n. 76 del 2020, cioe' sullo "scudo erariale".

La vicenda si e' conclusa con la sentenza n. 132 del 2024, che ha dichiarato la legittimita' costituzionale dell'istituto, confidando anche nella sua temporaneità': all'epoca infatti la cessazione della sua efficacia era fissata per il 30 giugno 2024, dopo le varie proroghe che ne hanno consentito il passaggio dal sistema emergenziale a quello ordinario. Proprio per questo, la Consulta ha ritenuto di dare al legislatore una serie di suggerimenti, individuando una serie di aspetti considerati meritevoli di intervento normativo, in vista dell'elaborazione di una disciplina in grado di superare definitivamente il costante timore

2 Sullo "scudo erariale", fra i tanti, M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilita' erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilita' erariale dei pubblici funzionari*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 286 ss., si esprime molto criticamente.

della responsabilità' erariale.

Si trattava, in particolare, della revisione delle modalità' di ripartizione, fra amministrazione e dipendente, del rischio connesso all'agire amministrativo: a tal fine, si suggeriva un intervento normativo sull'istituto della responsabilità' amministrativa – e in particolare sull'elemento psicologico; della rigorosa tipizzazione della colpa grave; della previsione di un peculiare regime di responsabilità' per colpa per determinate categorie di dipendenti e per particolari atti e attività', che, in ragione della loro complessità', recano elevati livelli di rischio. Si proponeva, inoltre, la limitazione dell'entità' del danno attribuibile al dipendente, e quindi la revisione della disciplina del potere riduttivo del giudice contabile; il rafforzamento dei suoi poteri di controllo, nel senso di fornire piu' specifiche indicazioni alle amministrazioni, cosi' da mandare esenti da responsabilità' i dipendenti che vi si adeguassero. Infine, si consigliava un maggiore e regolare ricorso alle polizze assicurative.

Dopo la sentenza n. 132, lo "scudo erariale" e' stato ulteriormente prorogato, ed e' tuttora efficace, fino al 31 dicembre 2025. I contenuti della pronuncia sono intanto entrati nel percorso di modifica della disciplina della Corte dei conti, quale addentellato cui i redattori delle proposte normative si sono spesso richiamati.

3. Le proposte di modifica alla l. n. 20 del 1994

Contestualmente all'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, nel dicembre 2023, veniva incardinato alla Camera il d.d.l. n. 1621: esso, approvato nell'aprile del 2025, e' stato trasmesso al Senato, dove ha assunto il numero 1457 ed e' in discussione al momento in cui si scrive.

Il suo testo riproduce una serie di proposte già' contenute nel d.d.l. n. 1621; ne contiene altre modificate, in (minima) parte in virtu' delle sollecitazioni della Corte dei conti, contenute nel parere n. 3 del 2024 che le Sezioni riunite in sede consultiva hanno espresso sul d.d.l. n. 1621; e ne introduce di nuove, fra cui una delega al Governo per la disciplina dell'organizzazione della Corte dei conti, con i relativi principi e criteri direttivi.

Oltre all'organizzazione, le proposte modificative intervengono sulla l. n. 20 del 1994, in relazione, fra l'altro, alla responsabilità' per colpa grave, alla funzione consultiva della Corte, al controllo preventivo di legittimità': ovvero gli aspetti piu' rilevanti per l'effettivita' della funzione della Magistratura contabile, cosi' come delineata dai Costituenti.

3.1. Sulla responsabilità' erariale

Le ipotesi di modifica alla l. n. 20 del 1994 sono contenute nell'art. 1 del d.d.l. n. 1457, dove, in primo luogo, e' proposta la definizione di colpa grave: sul punto, il testo, nell'accogliere i suggerimenti della Consulta, si adegua al citato parere n. 3 del 2024.

La colpa grave e' configurata come il travisamento dei fatti rispetto agli atti del procedimento e la manifesta violazione delle norme rilevanti nel caso di specie: la sua valutazione dovrebbe avvenire tenendo conto del livello di chiarezza della disciplina e del grado dell'inosservanza; secondo la proposta normativa, non sussiste invece colpa grave laddove l'applicazione, pur produttiva di pregiudizio, abbia seguito orientamenti giurisprudenziali prevalenti o pareri delle autorità' competenti.

La Corte dei conti si e' espressa sul d.d.l. n. 1457 con il parere n. 4 del 2025 delle Sezioni riunite in sede consultiva, le quali hanno rilevato il mancato coordinamento con la definizione di colpa grave già' presente nel nostro nostro ordinamento, all'art. 2, co. 3, d.l.gs. n. 36 del 2023, Codice dei contratti pubblici. Esso, com'e' noto, la individua nella violazione di norme e di autovincoli amministrativi, nonche' nel *"la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e* nel*l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente ... esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto"*.

Se vi e' coincidenza sulle ipotesi che non integrano colpa grave, la differenza fra le due definizioni e' invece evidente. Tale scarto, in concreto, comporterebbe una diversa e ingiustificata valutazione del comportamento del funzionario, a seconda che esso si inserisca o meno in una vicenda contrattuale, e, in quest'ultimo caso, determinerebbe forti difficoltà' applicative per il giudice contabile, dato che le due definizioni si sovrapporrebbero.

Quanto all'ambito operativo della responsabilità' per colpa grave, l'art. 1, d.d.l. n. 1457, prospetta varie ipotesi di esenzione.

Il medesimo art. 1, punto 1.2, propone di escluderla laddove il danno discenda non solo dall'atto approvato in sede di controllo preventivo di legittimità', ma altresi', da atti da esso richiamati e allegati, che ne costituiscono presupposto logico e giuridico. Per tali ipotesi, dunque, solamente il dolo genererebbe responsabilità' erariale.

L'attuale proposta appare piu' circoscritta rispetto all'omologa del d.d.l. n. 1621, che prevedeva l'esenzione per colpa grave anche per i danni discendenti da uno degli atti o documenti sottoposti al controllo, pur non necessariamente venuti all'attenzione del magistrato. Sul punto, si e' tenuto conto dei rilievi effettuati dalle Sezioni unite nel citato perere n. 3 del 2024.

Ulteriori proposte di esenzione della responsabilità' per colpa grave si trovano nel punto 2 dello stesso art. 1, e sono ispirate ad un altro suggerimento della Consulta: si tratta una serie di specifiche fattispecie, cui si ricorre per tentare di ridurre il contenzioso, delle quali si vuole incentivare l'utilizzazione. Di conseguenza, dell'eventuale pregiudizio da esse discendente il funzionario responsabile non risponde per colpa grave, ma solo se e' provato il dolo.

Il punto 3 interviene sull'accertamento del danno, proponendo l'integrazione dell'art. 1, l. n. 20 del 1994, con l'obbligo per il giudice di verificare la sussistenza del concorso dell'amministrazione danneggiata nella produzione del

pregiudizio. Tale ipotesi conferisce rilevanza giuridica ai frequenti fenomeni di anomalia organizzativa in grado di rallentare, ostacolare o compromettere l'azione del singolo, ed e' percio' da condividere. Va peraltro sottolineato che, ai fini della coerenza dell'ordinamento e della parità' di trattamento fra amministrazioni e funzionari, la corretta applicazione di una siffatta disposizione presuppone adeguati investimenti sulle risorse umane e sulle relative competenze pubbliche, onde assicurare a ciascun ente quanto effettivamente adeguato al carico e alla qualità' del lavoro.

Vi e' poi la proposta del punto 4, che integra l'art. 1, co. 1 *ter*, l. n. 20 del 1994, con la sua interpretazione autentica: essa si traduce in un'altra limitazione della responsabilità' per colpa grave, in quanto prospetta la presunzione della buona fede dei titolari di organi politici che approvano o autorizzano l'esecuzione di atti di competenza di uffici tecnici o amministrativi. Spetterà' dunque alla Procura provare la loro mala fede per aver dato seguito ad attivita' delle quali conoscevano l'anomalia, fatti comunque salvi i casi di dolo.

Le Sezioni unite, nel citato parere n. 4 del 2025, osservano che questa ipotesi e' ridondante rispetto al co.1 *ter* vigente: l'interpretazione proposta e' infatti *in re ipsa*, e lo stesso richiamo del concetto di buona fede assicura un'adeguata distribuzione del rischio fra organi politici e organi burocratici.

Piuttosto, la presunzione della buona fede irrigidisce la fattispecie perche', introducendo un'automatica esenzione della responsabilità' per colpa grave, rende piu' gravoso il lavoro della Procura, in contraddizione con il proposito dichiarato del d.d.l. di aumentare l'efficienza della magistratura contabile, ma soprattutto impone un trattamento identico per situzioni che in concreto sono inevitabilmente sempre diverse.

L'ipotesi di co. 1 *octies*, che si propone di introdurre nell'art. 1, l. n. 20 del 1994, riguarda i casi nei quali sussista la responsabilità' per colpa grave: accogliendo un altro suggerimento della Consulta, interviene sulla quantificazione del danno, rendendo obbligatorio l'esercizio del potere riduttivo e definendone gli esiti. In particolare, prospetta un'entita' del risarcimento a carico del responsabile non superiore al 30% del danno accertato, e, in ogni caso, non superiore al doppio della retribuzione lorda percepita nell'anno di inizio della condotta lesiva o nell'anno immediatamente precedente o successivo. Per il caso in cui il danno discenda dall'azione di un soggetto che non e' dipendente dell'amministrazione, si propone che l'ammontare del risarcimento non superi il doppio del corrispettivo o dell'indennità' percepiti.

Il tenore letterale di questa proposta e' mutato rispetto all'omologa del d.d.l. n. 1621, che limitava l'ammontare del risarcimento del danno per colpa grave da un minimo di 150 euro ad un massimo corrispondente a due annualità' di trattamento economico complessivo annuo lordo. Resta tuttavia lo squilibrio a favore del condannato e a sfavore, quindi, dell'erario e della collettività'. La fissazione di criteri alla discrezionalità' del giudice e' infatti solo apparente: in realta', piuttosto, si ottiene l'effetto di cristallizzare l'entità' della somma do-

vuta, a prescindere dalla gravità' del pregiudizio erariale.

Le Sezioni unite, nel citato parere n. 4 del 2025, come gia' nel pure citato parere n. 3 del 2024, osservano in primo luogo come l'ipotesi di modifica del potere riduttivo impedisca il recupero all'erario delle somme corrispondenti al pregiudizio, o la quantita' maggiore possibile di esse. Rilevano inoltre come tale proposta normativa sia incoerente con il regime dei fondi europei e di altri fondi pubblici, che, per il caso di cattivo utilizzo, impone la loro completa restituzione.

Peraltro, i magistrati contabili non respingono in radice la possibilità' di disciplinare il potere riduttivo: propongono una regolazione per criteri generali, che, nel circoscrivere la discrezionalità' del giudice, non la elida, in modo da assicurarne l'adeguamento alle peculiarità' del caso. Ne' escludono la possibilità' di fissare limiti all'entità' della somma oggetto di condanna: cio' puo' avvenire in particolare per categorie di soggetti predeterminate, in ragione della tipologia di rapporto con l'amministrazione e del livello di rischio a cui sono esposte.

Vi e' poi l'intervento sulla disciplina della prescrizione: il punto 6, art. 1 del d.d.l., ipotizza la modifica dell'art. 1, co. 2, l. n. 20 del 1994.

Com'e' noto, il testo ora vigente prevede che il diritto dell'amministrazione al risarcimento si prescrive in cinque anni, decorrenti dal giorno in cui si e' verificato il danno, o, nel caso in cui esso sia stato occultato dolosamente, dal giorno della sua scoperta.

La proposta priva di rilievo giuridico la conoscenza del danno da parte dell'amministrazione o della Corte dei conti, consentendo alla prescrizione di decorrere anche se il pregiudizio e' ancora sconosciuto e, dunque, il diritto al risarcimento non si e' ancora formato. Inoltre, limita la rilevanza dell'omissione dolosa del danno ai soli casi nei quali essa avvenga con comportamenti attivi o con la violazione di obblighi di comunicazione.

Le Sezioni unite ricordano il principio generale per cui la prescrizione decorre dal giorno in cui il diritto puo' essere concretamente fatto valere, e la consolidata giurisprudenza in materia di occultamento, la quale lo ritiene rilevante anche in caso di comportamenti omissivi, nelle ipotesi in cui, cioe', il danneggiante violi un obbligo di fare. In tal senso, la proposta di modifica contraddice anche la disciplina della trasparenza.

Facendo propria un'altra delle sollecitazioni della Consulta, il d.d.l. n. 1457, al punto 7 dell'art. 1, propone l'obbligo della stipulazione di polizze assicurative, prima dell'assunzione dell'incarico e a copertura di eventuali danni erariali per colpa grave, in capo a tutti coloro – non solo dirigenti – che gestiscono denaro pubblico. In aggiunta rispetto al d.d.l. n. 1621, si ipotizza inoltre di rendere l'istituto assicurativo litisconsorte necessario nel processo per danno patrimoniale.

Questa proposta e' l'esito del rilievo al precedente testo, che ipotizzava la stipulazione obbligatoria in capo all'amministrazione – per la quale le Sezioni unite, nel parere n. 3 del 2024, avevano rilevato la nullità' per illiceità' della

causa *ex* art. 3, c. 59, l. n. 244 del 2007 – nonche', probabilmente, della consapevolezza che la stipulazione *tout court* del contratto di assicurazione, per il suo stesso funzionamento, non e' in grado di fornire effettive garanzie ne' all'erario ne' al dipendente. Non e' affatto certo, infatti, che, in concreto, l'istituto assicurativo rifonda l'amministrazione; senza dubbio, invece, esso e' avvantaggiato dalla mobilitazione di denaro per la stipulazione delle polizze: di qui, la previsione del litisconsorzio necessario.

Tuttavia, il testo attuale si presta a sua volta a rilievi: l'obbligatorietà' della stipulazione puo' significativamente incidere sulla condizione economica del dipendente, a seconda del suo livello retributivo, contraddicendo dunque l'art. 3 Cost. Le Sezioni unite rilevano piu' specificamente il conflitto con l'art. 36 Cost., che sancisce e impone la proporzionalità' della retribuzione con la quantità' e la qualità' del lavoro svolto; osservano inoltre che la previsione del litisconsorzio altera la struttura del processo contabile, perche' vi inserisce un soggetto per sua natura estraneo alla giurisdizione della Corte dei conti. Cio', oltre ad essere anomalo rispetto alle relative disposizioni costituzionali, rischia di appesantire il processo, laddove, come molto probabile, sorgano controversie fra l'impresa assicurativa e il soggetto chiamato in giudizio.

3.2 Sull'attività' consultiva della Corte dei conti

L'art. 2 del d.d.l. n. 1457 conferma la proposta del d.d.l. n. 1621 di reintrodurre l'attività' consultiva in materia di contabilità', e ne mantiene il testo.

I pareri dovrebbero essere resi dalla Sezione centrale per il controllo o dalle Sezioni regionali, su richiesta, rispettivamente, delle amministrazioni statali o degli enti territoriali; nella prima ipotesi, essi possono riguardare anche le attività' di attuazione del PNRR e del PNC, fino ad avere ad oggetto fattispecie concrete, di valore comunque non superiore al milione di euro. Rispetto alla seconda ipotesi, si prevede l'ulteriore funzione nomofilattica della Sezione centrale.

Il termine per rendere il parere e' di 30 giorni: in caso di suo decorso infruttuoso, esso si intende comunque reso, in senso positivo verso la proposta di soluzione prospettata dall'amministrazione. In assenza di proposte, il silenzio e' qualificato come parere negativo: tuttavia, mancando l'elemento cui riferirlo – la proposta – ne resta oscuro l'effetto sull'azione amministrativa.

L'eccentricita' del silenzio applicato all'azione della Corte dei conti, che, pur essendo in questo caso consultiva, non e' comunque assimilabile ad un'attivita' amministrativa, e' accentuata dall'innesto di un'ulteriore ipotesi di esenzione da responsabilita' per danno da colpa grave, a beneficio del funzionario che, nell'adozione del provvedimento, si adegui al parere. Il combinato disposto fra le due previsioni produce l'effetto dell'esenzione di responsabilita' anche nel caso di silenzio, in assenza, cioe', di un effettivo esame da parte della Corte.

Nell'ipotesi di parere negativo silenzioso, non essendo chiaro in cosa consista l'adeguamento, e' di conseguenza difficilmente comprensibile anche

l'operativita' dell'esenzione: parrebbe che essa, qualunque sia la soluzione accolta nel provvedimento, copra l'eventuale conseguente pregiudizio erariale.

3.3 Sul controllo preventivo di legittimità'

Tornando all'art. 1 del d.d.l. n. 1457, il punto 3 contiene le proposte di modifica all'art. 3, l. n. 20 del 1994, avente ad oggetto il controllo preventivo di legittimità': anche su questo aspetto, viene prevalentemente riprodotto il testo del d.d.l. n. 1621.

Gli interventi riguardano i contratti pubblici: l'ipotesi di un nuovo co. 1 *ter* estende il controllo preventivo di legittimità' alle aggiudicazioni provvisorie e ai provvedimenti di affidamento, laddove non sia prevista l'aggiudicazione formale: i termini del relativo procedimento sono perentori e dimezzati rispetto al co. 2 vigente. Parrebbe un ampliamento delle prerogative della Corte dei conti, ma subito si incontra un'ulteriore ipotesi di silenzio significativo, per il caso di infruttoso decorso: esso determina la registrazione dell'atto. Per di piu', si trova un'altra esenzione da responsabilità' per colpa grave, a beneficio del dirigente competente, nell'ipotesi di pregiudizi discendenti dagli atti registrati, anche se silenziosamente.

Questa procedura di controllo puo' essere attivata anche dagli enti territoriali, mediante norma di legge o statutaria, secondo quanto stabilito dall'ipotesi del nuovo co. 1 *quater*; la proposta di co. 1 *quinquies* estende tale facoltà' ad ogni altro soggetto attuatore del PNRR e del PNC, da esercitarsi tramite di propri provvedimenti; infine, la proposta del co. 1 *sexies* estende a queste ultime due fattispecie il regime del co. 1 *ter*, e dunque anche il silenzio e l'esenzione da responsabilità' per colpa grave.

Il controllo preventivo di legittimità' e' dunque costruito similmente alla funzione consultiva: entrambi, infatti, da strumento di supporto conoscitivo per l'amministrazione diventano mezzi per esentare i funzionari dal rispondere ad eventuali pregiudizi erariali provocati per colpa grave.

Cio' conferisce a queste prerogative una nuova natura, "consulenziale", che si presta all'esondazione dell'attività' giurisdizionale in quella di amministrazione attiva; inoltre, proprio per questo, favorisce l'opportunismo delle amministrazioni, indotte a rivolgersi alla Corte non per acquisire elementi istruttori, ma, da un lato, per farsi indicare come agire e, d'altro canto, per evitare responsabilità'.

Le Sezioni unite in sede di controllo rilevano inoltre l'eccentricità' dell'ipotesi di co. 1 *quinquies* per conflitto con gli artt. 100, 103, 117, 107 e 108 Cost., che riservano alla legge statale la disciplina delle funzioni della Corte dei conti. Evidenziano, in particolare, come l'art. 117, co. 2, lett. *e)*, *g)* e *l)*, Cost., riservi alla potestà' legislativa esclusiva statale l'ordinamento civile, la giurisdizione, la giustizia amministrativa, la tutela della concorrenza e la finanza pubblica: e' dunque escluso che gli enti territoriali o funzionali possano, di propria

iniziativa, decidere di sottoporre loro atti a controllo preventivo di legittimità'.

3.4. Sull'organizzazione della Corte dei conti

Un altro aspetto fortemente rilevante del d.d.l. n. 1457, suscettibile di trasformare profondamente il nostro ordinamento, riguarda l'organizzazione della Corte dei conti: e' contenuto nell'art. 3 e sistematizza una serie di proposte emendative al d.d.l. n. 1621.

In particolare, si predispone una delega al Governo e se ne indicano i principi e i criteri direttivi, in buona misura riproduttivi, appunto, di quanto già' oggetto di discussione alla Camera e di osservazioni da parte della Magistratura contabile.

L'idea portante e' una decisa centralizzazione, tanto funzionale quanto organizzativa.

La lett. a) e la lett. c), punto 1, indicano il criterio di concentrazione delle diverse funzioni della Corte – consultiva, referente, di controllo e giurisdizionale – in sezioni uniche: piu' di una al livello centrale; una sola al livello territoriale – che, si badi, non e' piu' quello regionale; in entrambi i livelli, le attività' dovrebbero essere distribuite per collegi, mediante provvedimenti del relativo Presidente.

In proposito, le SS.UU. osservano innanzitutto la genericità' di questa previsione – non e' infatti chiaro cosa si intenda per sezioni territoriali, ne' sono esplicitati i criteri per la loro formazione – che prospetta dunque un'ampia discrezionalità' per il Governo: per tale motivo, ne evidenziano il contrasto con l'art. 76 Cost. Nel merito, rilevano il conflitto con gli artt. 5, 81, 117, 119, 120 e 125 Cost., che delineano il decentramento dei poteri pubblici centrali al fine di assicurarne l'effettivita' su tutto il territorio nazionale, nonche' l'uniformità' delle modalita' di esercizio.

Connesso alla proposta di siffatta revisione e' il criterio della lett. b), che prospetta il rafforzamento degli effetti nomofilattici delle pronunce delle Sezioni unite per le diverse funzioni, comprese quelle requirenti, onde omogeneizzarne l'esercizio al livello territoriale. A questo proposito, il citato parere n. 4 del 2025, osservato che già' esiste un sistema volto ad uniformare l'interpretazione delle norme e assicurare la certezza del diritto, garantito dalle Sezioni riunite in sede giurisdizionale e in sede di controllo e dalla Sezione delle autonomie; rileva inoltre l'incoerenza della funzione nomofilattica nei confronti delle Procure con il principio dell'indipendenza del Pubblico ministero.

Ugualmente collegati con la revisione delle sezioni sono i criteri che intervengono sul regime di lavoro dei magistrati. La lett. c), punto 3, indica che ciascuno sia assegnato a piu' sedi contestualmente, mediante provvedimento del Consiglio di Presidenza; la lett. f) prospetta in capo ad ogni magistrato l'obbligo di svolgere tutte le funzioni, nel corso della sua carriera, in base ad un criterio di rotazione temporale, da cui resta escluso il passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giurisdizionali.

Rispetto a questi criteri, le Sezioni unite richiamano innanzitutto il principio di auto-organizzazione della Corte dei conti come strumento che, nel garantire il soddisfacimento di esigenze organizzative, assicura altresi' l'osservanza del principio di inamovibilità' del giudice, il quale, a sua volta, riguarda non solo la sede in cui il magistrato lavora, ma anche la funzione che esercita. Dunque, l'eventuale modifica della sede o della funzione puo' essere attivata solo su richiesta del magistrato o con atti del Consiglio di Presidenza, per la soluzione di oggettivi problemi organizzativi o disciplinari.

Le Sezioni unite ricordano inoltre l'ontologica diversita' fra le funzioni di controllo e quelle giurisdizionali, sia per oggetto e che per finalita': le prime riguardano l'attivita' amministrativa in se', mentre le altre attengono ai comportamenti dei funzionari. Queste differenze impongono la diversita' dei magistrati preposti e la loro elevata specializzazione: lo spostamento automatico non assicura la verifica della specializzazione necessaria per svolgere correttamente ed effettivamente ciascuna funzione, e rende possibile che lo stesso magistrato, immediatamente dopo aver esercitato il controllo, sia assegnato all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Con specifico riferimento alla funzione requirente, e' inoltre prefigurata la centralizzazione sia dell'organizzazione che delle attività': la lett. d) indica il criterio del conferimento dell'incarico di Procuratore territoriale a un Viceprocuratore generale, che opera sotto il coordinamento del Procuratore generale; la lett. e) prospetta che il rapporto fra la Procura generale e le Procure territoriali sia improntato al modello gerarchico. In primo luogo, quindi, indica l'attribuzione alla prima di poteri di indirizzo e coordinamento nei confronti delle seconde; inoltre, al punto 1, il potere di accedere, in ogni momento, agli atti dei procedimenti di loro competenza; al punto 2, di avocare a se' le istruttorie di competenza delle Procure territoriali, nei casi che saranno previsti in attuazione della delega e comunque di inerzia o violazione delle disposizioni di indirizzo e coordinamento. Ancora, il punto 3 indica il conferimento al Procuratore generale del potere di intervenire in istruttorie di particolare rilevanza, complessità' o novità': si propone, in particolare, l'affiancamento del magistrato territorialmente competente con uno o piu' magistrati della Procura generale e, a pena di nullità', la sottoscrizione del Procuratore generale, in aggiunta al Procuratore territoriale, dell'invito a dedurre, della citazione a giudizio e della disposizione di misure cautelari.

Le Sezioni unite, nel condividere il criterio relativo ai poteri di indirizzo e di coordinamento della Procura generale, esprimono avviso negativo sulle prerogative prospettate per il Procuratore generale: esse potrebbero infatti condizionare le Procure territoriali, compromettendo dunque la loro terzietà', imparzialità' e indipendenza, e con esse il principio del giusto processo.

Rispetto al d.d.l. n. 1621, e' venuta meno l'intestazione dell'azione di responsabilità' alla Procura generale e la proposta di ridurre le sezioni regionali, tanto di controllo che giurisdizionali, accorpandole in sei macrosezioni su tutto

il territorio nazionale, indistinte quanto a competenze. Cio' pero', come visto, non riduce la complessiva problematicità' dei principi e criteri direttivi della delega; d'altro canto, la qualificazione "territoriale" delle sezioni non esclude il loro distacco dal livello regionale.

3.5. Su altri principi e criteri direttivi

Fra i principi e criteri direttivi della delega, l'art. 3 ne contiene alcuni che incrociano le proposte di modifica alla l. n. 20 del 1994, amplificandone la portata e accentuando la complessiva problematicita' del quadro.

Si tratta dell'ampliamento delle tipologie di giudizi ad istanza di parte da proporre alla Corte – *ex* art. 172, d.lgs. n. 174 del 2006 – indicato dalla lett. m), e dell'estensione del controllo preventivo di legittimità' ad atti degli enti locali, appositamente individuati in ragione della loro rilevanza e complessità', prospettato dalla lett. s).

Queste disposizioni paiono rafforzare le funzioni della Corte: ma il combinato disposto con gli artt. 1 e 2 del d.d.l., in materia di responsabilità', attività' consultiva e di controllo, rivela che i principi e i criteri direttivi in questione sono in realtà' suscettibili di ampliare ulteriormente le ipotesi di esenzione da responsabilità' per colpa grave. L'incremento delle tipologie dei giudizi ad istanza di parte e l'estensione del controllo preventivo di legittimità' ad atti degli enti locali ben possono infatti tradursi in pronunce della Corte, consultive o di controllo, l'adeguamento alle quali da parte del provvedimento assicurerà' al funzionario competente l'esenzione dalla responsabilità' per colpa grave per i pregiudizi eventualmente prodotti. E cio', si badi, anche in caso di silenzio della Corte. I dubbi sulla funzionalita' delle proposte di cui ai citati artt. 1 e 2 del d.d.l. n. 1457 investono dunque anche questi criteri.

La lett. o) richiede al Governo una nuova disciplina dei procedimenti di controllo, consultivi e referenti, che riguardi in particolare i criteri per la costituzione e la composizione dei collegi, nonche' il regime di pubblicità' e riservatezza dei relativi atti: su quest'ultimo aspetto, le Sezioni unite hanno espresso il dubbio che possa prestarsi all'elaborazione di disposizioni restrittive della trasparenza degli atti della Corte, e dunque dell'imparzialita' dell'agire amministrativo.

La lett. p) prospetta un'ulteriore limitazione del controllo concomitante: richiede infatti al Governo una nuova disciplina che riconosca solo alle Camere, al Governo stesso o all'amministrazione interessata la prerogativa di attivarlo, e che lo preveda solo per piani, programmi e progetti di significativo valore finanziario ed impatto socio-economico. Si richiede inoltre la limitazione della pubblicità' degli atti adottati dalla Corte nel corso di tale attivita' di controllo.

Il parere n. 4 del 2025 rileva la sottrazione alla Corte dei conti dell'iniziativa ad avviare la procedura di controllo concomitante e ne osserva la contraddittorieta' con l'art. 100 Cost., perche' riduce l'effettivita' delle funzioni del giudice contabile e la sua indipendenza dal potere esecutivo.

4. Il d.d.l. n. 1457 alla luce della Costituzione

Dall'esame fin qui svolto si puo' evincere la complessiva incapacità' del d.d.l. n. 1457 di migliorare l'attuale quadro normativo, sia in termini di efficacia ed effettivita' delle funzioni della Corte dei conti, che di qualita' e attendibilita' dell'agire amministrativo. Si e' inoltre potuta osservare un'incoerenza costituzionale di massima: a questo punto, occorre dunque procedere ad una piu' approfondita analisi comparativa con le norme costituzionali.

Bisogna in primo luogo considerare gli artt. 100 e 103 Cost., che definiscono le funzioni della Corte dei conti e quindi la sua collocazione fra i poteri dello Stato: il controllo preventivo di legittimita' sugli atti del Governo, quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato, quello sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, l'esercizio della giurisdizione nelle materie di contabilita' pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

Non pare che le proposte del d.d.l. n. 1457 abbiano l'attitudine a rafforzare l'effettivita' di tali prerogative. La surrettizia trasformazione della funzione consultiva e del controllo preventivo di legittimita' in attivita' consulenziale[3], la diffusa possibilita' che l'esito del loro esercizio possa essere il silenzio, le varie esenzioni da responsabilità' per colpa grave ad esse collegate, l'irrigidimento del potere riduttivo, che trasforma il risarcimento in una sanzione economica, le limitazioni al controllo concomitante, la modifica del regime delle prescrizione: tutte queste ipotesi mutano le finalità' e il contenuto delle funzioni della Corte. Da un lato, le rendono indistinguibili dall'amministrazione attiva, privandole della loro efficacia deterrente e operativa, incoraggiando, quindi, comportamenti superficiali, se non illegittimi, e privando l'erario della capacità' e della possibilita' di recuperare, almeno in parte, le somme scorrettamente spese.

D'altro canto, e con particolare riferimento all'esenzione di responsabilita' collegata alla funzione consultiva, si configura la possibilita' che la funzione giurisdizionale si sovrapponga a quella amministrativa, venendo dunque compromessa tanto l'indipendenza della Corte che l'effettivita' della stessa funzione amministrativa.

Dalla prospettiva degli artt. 100 e 103 Cost., dunque, le proposte di modifica del d.d.l. n. 1457 rivelano l'attitudine a svuotate, di fatto, le prerogative della Corte.

Spostando il punto di vista sugli artt. 107 e 108 Cost., aventi ad oggetto i principi di inamovibilita' e di indipendenza dei giudici e del Pubblico ministero, vengono in rilievo le proposte modificative dell'organizzazione della Corte dei conti sul territorio, con particolare riferimento al regime di lavoro dei magistrati. I criteri direttivi, di cui all'art. 3, lett. c).3 e lett. f), trasformano la decisione del Consiglio di presidenza, l'organo di autogoverno della Corte, da atto

3 In tema, F. Liguori, *Questione amministrativa e Corte dei conti*, in *Amministr@tivamente*, 2024, 1334 ss.

collegato alla necessita' di risolvere problemi organizzativi o disciplinari, e cosi' motivato, in una sorta di atto dovuto e vincolato, in quanto imposto *ex lege*, da emanarsi automaticamente nei confronti di ciascun giudice, a prescindere dalla sua volonta' o da effettive esigenze organizzative. Risulta cosi' violato l'art. 107 Cost. nella parte relativa al principio di inamovibilita' dei magistrati, che, come ricordato *supra*, va inteso non solo con riferimento alla sede, ma anche all'attivita'. E' altresi' disatteso l'art. 108 Cost., nella misura in cui lo spostamento obbligatorio di funzione rende possibile che la funzione di controllo e quella giurisdizionale siano svolte dallo stesso magistrato – che, dopo aver esercitato la prima, potrebbe essere assegnato all'esercizio della seconda: ne mina infatti la neutralita' e l'indipendenza; si profila anche un'ulteriore inosservanza dell'art. 100 Cost., poiche', evidentemente, una situazione di parzialita' del giudice e' in grado di vanificare le funzioni della Corte e la sua indipendenza dal potere esecutivo[4].

Gli stessi artt. 107 e 108 Cost. sono d'altro canto contraddetti dalle ipotesi di riorganizzazione riguardanti le Procure territoriali: la funzione nomofilattica; le prerogative della Procura generale; il presidio sul territorio, costituito dalla funzione del viceprocuratore generale come procuratore territoriale, ben possono infatti incidere sulla loro terzietà', imparzialità' e indipendenza. In tal senso, si prospetta un altro profilo di incoerenza costituzionale rispetto all'art. 100, nella misura in cui tale condizione del singolo giudice e' in grado di incidere sull'effettivita' delle funzioni della Corte dei conti.

Ma le proposte modificative dell'organizzazione vanno lette anche alla luce delle disposizioni costituzionali in materia di decentramento e di autonomia regionale e locale.

L'organizzazione per sezioni territoriali appare incoerente con l'art. 5 Cost.: la centralizzazione del giudice contabile mina il principio del decentramento perche' ne compromette le finalita', ovvero la capillarità' e l'uniformita' organizzativa delle funzioni della Corte su tutto il territorio nazionale. Di nuovo, sono disattesi gli artt. 100 e 103 Cost., perche' tale scenario incide sull'effettivita' delle funzioni della Magistratura contabile.

5. Segue

Come gia' visto, le ipotesi di modifica coinvolgono anche la Pubblica amministrazione: l'assicurazione di un sistema di controllo sulla spesa pubblica, di cui agli artt. 100 e 103 Cost., costituisce infatti anche un presidio per un'azione amministrativa a sua volta costituzionalmente orientata. Si tratta dunque a questo punto di verificare piu' analiticamente l'impatto del d.d.l. n. 1457 in tale contesto.

4 Su questo aspetto, F. Benvenuti, *Corte dei conti*, cit., 4427: il controllo e la vigilanza sulle spese e sulle entrate pubbliche deve necessariamente essere svolto da un soggetto del tutto indipendente, terzo e neutrale rispetto ai soggetti che svolgono le attivita' di gestione del denaro pubblico e di riscossione delle entrate. Un giudice, dunque.

A tal fine, si puo' subito rilevare come esso delinei uno scenario nel quale il sistema di rapporti fra la Corte dei conti e le Pubbliche amministrazioni non puo' piu' dirsi di giurisdizione e controllo.

In tal senso operano ad esempio le ipotesi di esenzione da responsabilità' per colpa grave, collegate alle funzioni consultive e di controllo; la presunzione della buona fede degli organi politici, ma anche la delineata riorganizzazione delle sezioni in senso genericamente territoriale.

L'amministrazione non e' piu' sollecitata alla migliore azione, ma incoraggiata a rivolgersi alla Corte intanto per farsi suggerire come agire, ed in ogni caso per assicurarsi l'esenzione da responsabilita'. Quanto alle ipotesi in cui dovessero comunque emergere responsabilita', i vincoli alla funzionalita' degli istituti volti al recupero delle somme sottratte all'erario, attraverso la trasformazione del risarcimento del danno erariale in una sanzione economica e un nuovo regime per la prescrizione, privano in ogni caso l'azione della Corte di effettiva deterrenza. Tutto cio' riduce il rilievo giuridico degli istituti e delle norme procedimentali da cui dipende l'effettivita' dei principi di cui all'art. 97 Cost., legittimandosi dunque un agire amministrativo che si ritiene da essi svincolato.

A tal fine, contribuiscono anche le ipotesi di modifica organizzativa della Corte: ad esempio, lo spostamento periodico di ciascun magistato da una funzione ad un'altra, essendo suscettibile di compromenterne la terzieta', mina l'effettivita' del presidio sui principi di cui all'art. 97 Cost. Cosi' anche il distacco delle sezioni dal livello regionale: nel disattendere il principio del decentramento, riduce la capillarita' delle funzioni della Corte, rendendo dunque ben possibile che condotte oggettivamente illegittime o di dubbia legittimita' sfuggano al suo controllo; tanto piu' in ragione della proposta di modifica del regime della prescrizione.

La possibilita' che l'art. 97 Cost. resti disatteso senza sanzione comporta di conseguenza la vanificazione dei doveri di disciplina e onore, posti a carico del dipendente pubblico dall'art. 54 Cost., nonche' il principio di responsabilità' di cui all'art. 28 Cost.

D'altro canto, la sopravvenuta incapacita' *ex lege* della Corte di assicurare all'erario il recupero delle somme illegittimamente spese, o quantomeno la quantita' maggiore possibile di esse, rendera' impossibile alla Pubblica amministrazione italiana di adempiere all'obbligo dell'equilibrio e della sostenibilita' del bilancio, imposto dagli artt. 81 e 97, primo co., Cost[5].

Il d.d.l. n. 1457 e' dunque suscettibile di alterare significativamente anche il sistema della funzione amministrativa: cio' si ripercuotera' sull'effettivo e corretto perseguimento dell'interesse pubblico, che, nella costruzione dell'amministrazione democratica, secondo Costituzione, e' comprensivo anche

5 La contraddittorieta' di questo quadro con la Costituzione e' ancor piu' evidente laddove si consideri che lo stesso principio dell'equilibrio di bilancio, di cui a queste norme, non puo' spingersi fino al punto di privare le amministrazioni dei mezzi necessari per l'espletamento delle loro funzioni, pena la violazione del principio del buon andamento: in proposito, W. GIULIETTI, *L'insegnamento di Guarino*, cit., 78 ss.

dei diritti dei cittadini, discendendo dalla sintesi degli interessi rilevanti nel caso di specie. D'altro canto e piu' specificamente, il controllo della spesa pubblica e' strettamente connesso all'effettivita' e alla qualita' delle prestazioni dovute dalle istituzioni ai cittadini, allo scopo di concretizzare i loro diritti fondamentali: inevitabilmente, dunque, l'alterazione delle funzioni della Corte dei conti riguarda anche i cittadini, molto piu' direttamente di quanto a prima vista possa apparire[6].

Intanto, l'incremento delle possibilita' che l'azione amministrativa devii dai principi degli artt. 97, 54 e 28 Cost. implica di per se' la compromissione dei rapporti fra cittadini e amministrazione, nella misura in cui rende piu' probabile e piu' frequente la necessita' di contestare il provvedimento amministrativo.

In secondo luogo, gli ammanchi che inevitabilmente discenderanno dal sistema prospettato dal d.d.l. n. 1457, indeboliranno ulteriormente – se possibile – le funzioni pubbliche di prestazione da cui dipende l'effettività' dei diritti: la Pubblica amministrazione sara' sempre meno in grado di assicurare il superamento di bisogni che non e' alla portata del singolo soddisfare.

Infine, e di conseguenza, come rilevato ripetutamente e nelle piu' varie sedi dai magistrati contabili, si prospetta la socializzazione del danno erariale, cioe' la riduzione della spesa pubblica e l'incremento della pressione fiscale, nel tentativo di reintegrare l'erario e di adempiere all'obbligo del pareggio di bilancio.

Con cio', il disegno di modifica contraddice direttamente le norme costituzionali che sanciscono i diritti dei cittadini, nonche' i principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 Cost. Infatti, l'incapacita' delle istituzioni di garantire l'effettività' dei diritti e', di per se', inosservanza del dovere di solidarietà'; d'altro canto, questo scenario crea ulteriori forti diseguaglianze, in una società' che e' gia' profondamente differenziata innanzitutto dal punto di vista delle condizioni di vita essenziali[7]. Non pare peregrino ritenere che tale situazione si scarichi infine sull'effettività' dell'art. 1 Cost.: l'esercizio della sovranità' popolare presuppone infatti la partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese, la quale, a sua volta, poggia sull'effettivita' dei diritti fondamentali – salute, istruzione, lavoro – e sul pieno sviluppo della persona umana che solo

6 Come spiega molto bene F. Benvenuti, *Corte dei conti*, cit., 4428.

7 Sulla specifica e fondante funzione del diritto amministativo di porre rimedio alla condizione di incertezza e di solitudine propria dei nostri tempi, proprio per la sua capacita' di assicurare l'effettivita' dei diritti fondamentali, R. Ferrara, *Il diritto alla felicita' e il diritto amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 1073 ss. E' tale assicurazione a dover determinare il bilancio, e non il contrario: le relative spese sono ineludibilmente obbligatorie, e lo stesso vincolo all'equilibrio del bilancio va inteso come strumentale a garantire il loro adempimento. Una volta costituzionalizzato, infatti, deve necessariamente interagire funzionalmente con gli altri principi e valori costituzionali. Sul tema. G. Urbano, *La "reisilienza" dei diritti fondamentali: riflessioni a cinque anni dalla costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 2027 ss., in particolare 2040 e 2041, e W. Giulietti, *L'insegnamento di Guarino*, cit., 81.

essa assicura[8]. E' d'altro canto ormai noto che, fra le tante cause che determinano il consistente astensionismo elettorale dei nostri tempi, vi e' la diffidenza verso le istituzioni, la rassegnazione circa la loro incapacita' di essere all'effettivo servizio della cittadinanza e il senso di solitudine e abbandono che ne discende[9].

Complessivamente, dunque, il contenuto del d.d.l. n. 1457 non pare in grado di innestarsi nell'impianto costituzionale, ma si caratterizza, piuttosto, per significative incoerenze e forzature. Contraddicendo i capisaldi della funzione e dell'organizzazione della Corte dei conti, la trasforma in un'entita' diversa rispetto a quanto fissato nella Costituzione; attraverso lo stretto collegamento fra le sue funzioni e la funzione amministrativa, e fra questa e l'effettivita' dei diritti e dell'interesse pubblico, giunge inoltre ad incidere sulla stessa democraticita' del nostro sistema.

6. Il contesto generale: riflessioni conclusive

L'intervento normativo sulla Corte dei conti si inserisce in un contesto da tempo improntato alla progressiva accelerazione e semplificazione dell'agire amministrativo: questa impostazione, finalizzata al procedimento e al provvedimento piu' celeri e meno dispendiosi possibile, difficilmente puo' convivere con le prerogative del giudice contabile come finora le abbiamo conosciute. Esse, infatti, cosi' come regolate dalla l. n. 20 del 1994 e da tutte le successive disposizioni incrementali, sono costruite a partire dai principi di cui all'art. 97 Cost. e dai criteri e istituti che da essi discendono, in primo luogo quelli della l. n. 241 del 1990. Ma, se valutata secondo questi parametri, l'amministrazione semplificata e accelerata e' prevalentemente inadeguata, e dunque sanzionabile.

Piu' in particolare, infatti, anche la Pubblica amministrazione e la sua azione sono ormai regolate tramite decreti-legge, come per la prevalente parte delle questioni: la disciplina che vuole semplificarla e modernizzarla e' dunque emergenziale[10]: cio' la rende frammentata e contraddittoria, laddove dovrebbe

8 Sulla strumentalita' di questi elementi alla felicita', e su di essa come esito della democrazia, S. Licciardello, *Democrazia, giustizia, felicita'*, in S. Perongini e S. Villamena (a cura di) *Norma, potere e controllo della discrezionalita' amministrativa*, cit., 182 ss., nonche' *Diritto amministrativo e felicita'*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 889 ss. Sul tema gia' U. Allegretti, *Amministrazione e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, 216 ss. e 234 ss., il quale precisa che questa felicita' non puo' essere meramente individuale, ma dev'essere alla portata di tutti: la funzione di soddisfacimento dei bisogni cui l'amministrazione e' preposta non e' pura prestazione, ma e' promozione della persona, che assicura a ciascuno gli strumenti per emanciparsi e costruirsi l'esistenza che piu' gli corrisponde.

9 Si rivelano quanto mai attuali gli avvertimenti di F. Benvenuti, *Pubblica amministrazione e legalita'* (1992), in *Scritti giuridici*, cit., 4268 e 4269, sulla necessita' di istituzionalizzare la cittadinanza come indispensabile passaggio per la pace sociale. La loro rilettura mostra anzi con estrema chiarezza le cause dell'attuale crisi sociale e istituzionale. In proposito, anche R. Ferrara, *Il diritto alla felicita'*, cit., 1087 e 1088, il quale evidenzia come lo strumento essenziale per rendere la felicita' a portata di tutti sia proprio la capacita' dell'amministrazione di conciliare gli opposti interessi, attraverso l'effettivo e corretto esercizio della discrezionalita'. Sul tema, v. altresi' S. Licciardello, *Diritto amministrativo e felicita'*, cit., 887 ss.

10 Cio', di per se', costituisce elemento di incoerenza costituzionale, per violazione dell'art. 77 Cost.: la necessita' e l'urgenza cui esso condiziona il decreto-legge sussiste infatti solo nel

essere accuratamente programmata e ponderata, allo scopo di costituire un quadro organico e coerente.

L'oscurita' della disciplina per decreti-legge e' dovuta anche all'errata lettura, della nozione di risultato amministrativo: cio', in estrema sintesi e salvi approfondimenti in altre sedi, comporta che la regolazione del procedimento sia improntata unicamente sugli aspetti quantitativi, intesi come risparmio di tempo e risorse. Gli aspetti qualitativi, cioe' l'adeguatezza dell'istruttoria, la completezza della conoscenza da essa ricavabile e la ponderazione degli interessi hanno invece progressivamente perso rilevanza, in quanto richiedono proprio quel tempo e quelle risorse che vanno risparmiate.

Si tratta di una grave forzatura: l'impoverimento dell'istruttoria compromette il corretto esercizio della discrezionalità', inficiando il processo decisionale nel senso della carenza di logicità', razionalità' e proporzionalità'. Il procedimento amministrativo, semplificato e accelerato, perde quindi la sua specifica ed essenziale[11] attitudine di accogliere, valutare e sintetizzare fatti e interessi rilevanti: di conseguenza, e' pericolosamente esasperata l'unilateralità' e l'imperatività' del provvedimento, che diventa imposizione di una decisione ad una dimensione. L'amministrazione perde cosi' la sua necessaria capacita' di gestire la complessità' e di farne sintesi[12], e, con cio', viene meno la stessa funzione am-

caso di eventi imprevisti, imprevedibili e dunque non gestibili con la disciplina vigente. Il decreto-legge serve appunto a definire una regolazione del tutto nuova, *ad hoc*, nell'intanto che il Parlamento potra' occuparsi della questione. Questo sistema serve a normalizzare l'emergenza, assorbendola nell'ordinamento per il tramite della conversione, con o senza modifiche; anche la mancata conversione puo' essere normalizzazione, nella misura in cui ci si rende conto che, infine, la normativa contenuta nel decreto-legge e' ridondante o ripetitiva di un regime gia' esistente. In tal modo, i Costituenti, memori delle leggi speciali di epoca fascista, hanno inteso impedire l'eccezione normativa, suscettibile di modificare l'ordinamento in modo improvviso e soggettivo. Viceversa, l'uso che ormai da decenni e' invalso nel nostro ordinamento riporta all'eccezione, soprattutto negli ultimi anni: la decretazione d'urgenza viene infatti utlizzata per disciplinare fatti ed eventi del tutto ordinari e prevedibili, derogando a norme gia' vigenti; talora, addirittura, senza nemmeno dettare una disciplina alternativa, rimettendo la determinazione del regime in concreto all'autorita' amministrativa, ordinaria o a sua volta emergenziale. In tema, L.R. Perfetti, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *Pers. e amm.*, n. 2-2020, 73 ss.

11 In proposito, U. Allegretti, *Amministrazione e Costituzione*, cit.: l'amministrazione trova la sua giustificazione nell'attivita' di servizio alle persone, finalizzata alla realizzazione dei loro diritti – v. 11 e 12; per questo, essa non e' pura macchina, animata solo da una razionalita' di scopo, ma e' strumento per la concretizzazione di valori. Il suo agire va quindi qualificato e valutato non solo in termini di scopo, ma anche di valore, in relazione, cioe', alla sua capacita' di realizzare i principi e i diritti costituzionali – e v. 228 ss. R. Ferrara, *Il diritto alla felicita'*, cit., 1066 ss., sviluppa tale costruzione configurando le categorie e gli istituti del giusto procedimento amministrativo quali strumenti per il perseguimento del diritto alla felicita': esso e' l'esito della concretizzazione dei diritti fondamentali sanciti nella Costituzione, ciascuno dei quali costituisce, appunto, un frammento di felicita'. In tema, anche S. Dettori, *Doveri amministrativi di risultato e doveri amministrativi di comportamento*, in *Pers. e amm.*, n. 1-2021, 464 ss., nonche' L.R. Perfetti, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, *ivi*, n. 2-2023, 114 ss.

12 A maggior ragione necessaria a fronte della naturale e sempre crescente impossibilita', per qualsivoglia norma, di predefinire l'assetto di interessi e, ancor prima, la concreta consistenza

ministrativa[13]: si accentua allora l'autoritativita' del potere pubblico, che, privo di vincoli diversi dall'efficacia, efficienza ed economicita', torna ad essere mera forza giuridica priva di controllo[14] [15].

Questa lettura critica del quadro normativo vigente non intende negare l'importanza e anzi l'essenzialità' della nozione del risultato amministrativo, ma piuttosto evidenziare come la sua attuale concezione normativa non sia l'unica possibile.

Il risultato amministrativo, infatti, e con esso la costruzione teorica dell'amministrazione di risultato[16], e' elemento insito ed immanente nella fun-

---

dell'interesse pubblico: F. MANGANARO, *Principio di legalita' e semplificazione dell'attivita' amministrativa*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2000, 114 ss. In siffatto contesto, l'istruttoria e il coinvolgimento dei portatori di interessi nel procedimento sono presupposti essenziali per il corretto esercizio della discrezionalita'. Sulla dinamica del bilanciamento degli interessi, e sulla sua necessaria complessità', L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo*, cit., 132 ss.

13 In questa sede non e' ovviamente possibile domandarsi, ne' rispondere, su come emergenza e semplificazione incidano sulla funzione amministrativa: si deve necessariamente rimandare la trattazione ad altri momenti. Qui bastera' ricordare che la funzione e' la trasformazione del potere in decisione attraverso il procedimento, ma tale decisione non e' espressione della sola volonta' dell'amministrazione, quanto, piuttosto, l'esito del confronto fra gli interessi coinvolti nel problema amministrativo. Il procedimento, dunque, e' qualificato proprio dalla partecipazione dei privati, quale ambiente giuridico per l'ingresso e la considerazione dei loro interessi: la partecipazione e' anche il passaggio necessario per la legittimazione dell'agire pubblico, poiche', ad un tempo, assicura l'intervento nell'esercizio della funzione, il controllo *ex ante* sulla decisione, e di conseguenza anche il consenso alla soluzione in essa contenuta. Puo' allora esservi funzione solo laddove vi sia procedimento partecipato: il cittadino e' quindi anch'esso produttore di diritto. Diversamente, intendendolo come mero destinatario, lo si colloca all'esterno dell'ordinamento, quale suddito: F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 128, 138 ss., 144 e 145, e *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994, 102 ss.; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di E. Giucciardi*, cit., 792 ss.; F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo fra autorita' e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1489 ss., il quale evidenzia che il procedimento partecipato e' altresi' lo strumento per l'imparzialita', intesa come capacita' dell'amministrazione di sottrarsi ad indebite pressioni. Sul tema, del medesimo Autore, anche *Sull'amministrazione consensuale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 68, nonche' R. FERRARA, *Il diritto alla felicita'*, cit., 1071 ss., sulla capacita' conciliativa fra interessi pubblici e privati, essenzialmente propria del diritto amministrativo.

14 Secondo un percorso inverso a quello che ha reso l'amministrazione democratica: in proposito, F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in memoria di E. Giucciardi*, Padova, Cedam, 1975, 812 ss.; G. BERTI, *Il rapporto amministrativo nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, Giuffre', 1977, 67 ss.; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 106 ss. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»* (2001), in *Scritti giuridici*, Napoli, Editoriale scientifica, I, 2024, 510 ss., avvisa che l'idea per cui cio' che e' legale non e' necessariamente efficiente porta con se' il rischio del postulato che cio' che e' efficiente ben puo' (e puo' anche) non essere legale: l'efficienza puo' cioe' legittimare l'illegittimita'. In *Amministrazione di «risultato» e provvedimento amministrativo* (2004), *ivi*, 542 e 543, il medesimo Autore precisa che la teorica che ritiene irrilevanti i vizi formali del provvedimento, il cui esito non puo' in concreto essere diverso, non riguarda il risultato, ma il rapporto fra la decisione e le formalita' per la sua adozione. Questa costruzione, dunque, pur essendo funzionale alla costruzione dell'amministrazione di risultato, non e' di sua esclusiva pertinenza, ben potendo essere utilizzata anche per una valutazione dell'agire

zione e nell'azione pubblica[17], in ragione dell'art. 97 Cost., essendo l'esito dell'interazione dei principi ivi sanciti, nonche', di conseguenza, di tutti i criteri ed istituti da essi discendenti.

Il quadro normativo vigente, invece, trascurando la cospicua e autorevole letteratura sul tema, lo ricava esclusivamente dal principio del buon andamento, isolato dai principi di legalità' e imparzialità': ne e' dunque evidente l'insufficienza giuridica e la parziale incoerenza costituzionale.

Vero e' che l'art. 1, d.lgs. n. 36 del 2023, fornisce un importante contributo ad una corretta lettura del risultato amministrativo, e quindi al suo recepimento nel sistema dei principi e delle categorie dell'azione amministrativa. La qualificazione come principio dell'agire amministrativo rende infatti necessaria l'interazione con gli altri principi: l'art. 1 impone in particolare il perseguimento del risultato per l'attuazione del buon andamento, nell'osservanza del principio di legalita', in coerenza con i principi di trasparenza e di concorrenza, e funzionalmente all'interesse della collettivita'.

Questa disposizione, tuttavia, e' ancora insufficiente a consolidare una concezione del risultato amministrativo coerente con l'effettivita' e l'adeguatezza della funzione amministrativa: non richiama infatti il principio di imparziali-

---

amministrativo che prescinda dal risultato.

15 Sull'emergenza che deforma il potere, L.R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza*, cit., 76 ss.

16 Sulla quale, si v. l'opera *Principio di legalita' e ammininistrazione di risultati*, a cura di M. Immordino e A. Police, Torino, Giappichelli, 2004. In tema, e' inoltre necessario richiamare gli studi di A. ROMANO TASSONE: in *Amministrazione di «risultato» e provvedimento amministrativo* (2004), in *Scritti giuridici*, cit., I, 2024, 540 ss., osserva che il concetto di risultato puo' essere utilizzato come metro di valutazione del provvedimento e della sua validita' laddove sia predeterminato all'esterno del relativo procedimento, ovvero, al livello politico, mediante gli atti di indirizzo, e al livello burocratico, tramite atti di pianificazione e programmazione. D'altro canto, occorrono altresi' condizioni organizzative, e in particolare, il conferimento dei poteri decisionali ad organi che, politicamente, rispondono direttamente alla collettivita': in tal senso, individua l'amministrazione locale quale livello piu' adatto all'instaurazione di un modello di amministrazione di risultato che possa dirsi adeguato alle esigenze della collettivita'. In *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»* (2007), *ivi*, II, 1174 ss., il medesimo Autore precisa ulteriormente la consistenza del risultato amministrativo: se inteso come esito valido dell'agire amministrativo, non ha alcuna utilita', in quanto gia' contenuto in categorie note, come i principi di cui all'art. 97 Cost., pure affiancati dall'efficienza. Se inteso come esito materiale, si tratta di nozione troppo generica per essere riferita all'agire amministrativo, a meno che non lo si precisi e non lo si circoscriva: cio' puo' avvenire applicando la tecnica dell'analisi economica del diritto specificamente all'azione amministrativa. In tal senso, il risultato consiste nell'utilita' sociale della decisione, maggiore del costo sociale sopportato per la sua produzione. Solo cosi', volta alla *«"massimizzazione" del benessere collettivo»*, la nozione di "amministrazione di risultato" ha senso e utilita'. Sulla massimizzazione, con specifico riferimento alla concretizzazione dei diritti fondamentali, L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo*, cit., 126 ss., che li configura come elementi costitutivi dell'interesse pubblico. Sull'amministrazione di risultato in una prospettiva storica, D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali*, in *Pers. e amm.*, n. 1-2019, 341 ss.

17 Sul punto, L.R. PERFETTI, *Analisi economica, amministrazione di risultato e metodo giuridico in Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, III, 2019.a

ta' e continua ad intendere il principio del buon andamento soltanto come efficienza, efficacia e economicita'. D'altro canto, e forse non a caso, non ha impedito che la disciplina del d.lgs. n. 36 del 2023 ceda spesso a modalita' di semplificazione finalizzate alla mera accelerazione, senza sforzi di bilanciamento con le esigenze di qualita' del risultato. Cio', piu' in generale, continua ad essere la cifra di tutta la successiva disciplina dell'agire amministrativo, cui il d.d.l. n. 1457 conferisce conferma e legittimazione.

D'altro canto, se e' ancora necessario ricorrere ad espedienti come lo scudo erariale, le eccezioni alla responsabilita' erariale per colpa grave e agli altri ipotizzati dal d.d.l. n. 1457, e' evidente l'incapacita' del sistema costruito sul risultato meramente quantitativo a migliorare l'agire amministrativo. Emerge piuttosto che e' la regolazione improntata all'emergenza e la semplificazione finalizzata alla mera accelerazione ad indurre la c.d. "paura della firma" e a rallentare l'azione dell'amministrazione[18]. L'oscurità' e la contraddittorietà' del quadro normativo, aggravata dall'assenza di un organico adeguato in termini quantitativi e qualitativi, dalla progressiva crescita del carico di lavoro, dalle sollecitazioni alla celerità' e dalla costante emergenzialità', rendono infatti impossibile adottare una decisione che possa dirsi ragionevolmente corretta e adeguata. Tentare di superare questa crisi con lo stesso strumentario che la produce non fa altro che generare ulteriore entropia in un ordinamento già' fortemente sotto pressione.

L'art. 1, d.lgs. n. 36 del 2023, e' dunque il punto di partenza per proseguire il lavoro di analisi ed elaborazione di una nozione di risultato amministrativo costituzionalmente orientata, dove esso e' l'esito di legalita', imparzialita' e buon andamento, che, a sua volta, dev'essere letto recuperando anche la sua originaria concezione. Questa, infatti, sollecitando un agire completo in termini istruttori e conoscitivi senza soluzioni di continuità' e attività' non funzionali, non e' affatto incompatibile con l'efficienza, l'efficacia e l'economicita'[19].

---

18 A proposito di questa malintesa semplificazione, F. LIGUORI, *Questione amministrativa*, cit., 1337.

19 Rimane sul punto attualissimo il pensiero di F. LEDDA: in *La legalità' nell'amministrazione: momento di sviluppo e fattori di "crisi"* (1992), in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 300, esclude che l'efficienza sia un valore, inquadrandola piuttosto come strumento del principio del buon andamento: per questo, l'inefficienza provoca spesso illegittimità' del provvedimento. Piu' nettamente in *Dal principio di legalità' al principio di infallibilità' dell'amministrazione* (1997), *ivi*, 453: l'efficienza e' un sistema di misura di elementi di carattere economico; la legittimità', invece, e' un valore, poiche' esprime la corrispondenza dell'azione amministrativa alla volontà' legislativa, in quanto tale democratica. I due concetti non possono dunque essere posti sullo stesso livello, men che meno si puo' immaginare di barattare la legittimita' con l'efficienza. In tal senso anche gli Autori che hanno accolto l'efficienza come criterio necessario per la modernizzazione dell'agire amministrativo: F. BENVENUTI, *L'azione amministrativa fra garanzia ed efficienza* (1981) in *Scritti giuridici*, IV, Milano, Vita e pensiero, 2006, 3654 ss., la identifica nel soddisfacimento dei bisogni degli amministrati per il tramite del procedimento, che dunque e' l'unico strumento di efficienza; sulla stessa linea U. ALLEGRETTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 216; F. MANGANARO, *Principio di legalita' e semplificazione*, cit., 182 ss.: l'efficienza e' la capacita' dell'amministrazione di soddisfare i bisogni sociali attraverso la costruzione dell'assetto di interessi piu' adeguato al caso di specie. Piu' di

Tale lettura supera l'attuale conflitto fra i principi dell'art. 97 Cost., ripristinandone la reciproca coerenza e complementarieta'; consente inoltre una reale e rigorosa semplificazione, programmata e progettata in modo da essere funzionale all'effettivita' e alla correttezza dell'azione amministrativa, che ne preservi quindi anche la qualita'[20]. Questo quadro meglio contribuirebbe a ridurre timori e rallentamenti e, in ragione della comune *ratio* fra l'art. 97 Cost. e gli artt. 100 e 103 Cost., ripristinerebbe anche la continuita' fra la funzione amministrativa e le prerogative della Corte dei conti, in una ricomposizione del quadro costituzionale da cui non resta escluso il soddisfacimento di nessuna esigenza di cambiamento.

recente, F. TIGANO, *Efficienza amministrativa, principio di buon andamento e ruolo della Corte dei conti*, cit., 147 ss., D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa*, cit., 355 ss., nonche' A. DE SIANO, *Spunti di riflessione sul concetto di efficienza*, cit., 732 ss., e in particolare 766 ss.: l'efficienza va intesa come clausola generale volta ad integrare le regole di condotta cui l'amministrazione deve attenersi nel rapporto con il privato, al fine di rassicurarne la struttura e la dinamica paritaria. Efficiente e' dunque l'agire amministrativo capace di ponderare gli interessi coinvolti adeguatamente e secondo proporzionalita'.

20 Tale processo interpretativo e' affine a quello che F. MANGANARO, *Principio di legalita' e semplificazione*, cit., 171 ss., propone per il principio di legalita': ricavare dai principi dell'art. 97 Cost. un piu' complessivo e comprensivo principio di costituzionalita', in cui inquadrare e con cui valutare l'agire amministrativo.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Giovanni Pesce
Professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Telematica Pegaso

giovanni.pesce@gsph.it

Il boicottaggio Accademico tra autonomia universitaria e legalità dell'azione amministrativa.

Academic boycott between university autonomy and the legality of public administrations.

Sintesi

Il contributo esamina il boicottaggio accademico alla luce dei principi di libertà di insegnamento, autonomia universitaria e diritto alla cooperazione scientifica, con particolare attenzione ai rischi che tali pratiche possono comportare per il pluralismo accademico. In questo quadro, vengono approfonditi i profili giuridico-amministrativi relativi alla sospensione e alla revoca degli accordi di cooperazione tra università, evidenziando la necessità di decisioni motivate e rispettose dei principi di legalità e imparzialità.

Abstract

The paper examines academic boycotts in light of the principles of freedom of teaching, university autonomy, and the right to scientific cooperation, with particular attention to the risks such practices may entail for academic pluralism. Within this framework, the analysis focuses on the legal and administrative aspects concerning the suspension and termination of inter-university cooperation agreements, highlighting the need for decisions that are duly reasoned and in full compliance with the principles of legality and impartiality.

Parole chiave: Boicottaggio Universitario – Accademia – Diritto Amministrativo – Accordi di Cooperazione – Legalità.

Keywords: University Boycott – Academia – Administrative Law – Cooperation Agreements – Legality.

Indice: I. Premessa. - 2. Libertà accademica, autonomia universitaria e diritto alla cooperazione scientifica. -2.1. Art. 33 Costituzione italiana. - 2.2. Il diritto alla cooperazione scientifica nello spazio europeo. - 2.3. L'autonomia scientifica e organizzativa delle università (L. 240/2010): cenni. - 2. 4. Gli Statuti universitari. - 3. Il boicottaggio accademico. - 3.1 Il boicottaggio come forma di pressione politica - 3.2 I rischi per la libertà di ricerca. - 4. Sulla natura giuridica delle Università degli Studi. - 5. Natura giuridica degli accordi di cooperazione. - 6. Sospensione e interruzione degli accordi di cooperazione. - 7. I vincoli giuridici e il rischio di derive ideologiche. - 8. Il boicottaggio universitario è legittimo? - 9. Conclusioni.

1. Premessa

Alcune università pubbliche italiane, nel contesto dei rispettivi organi di vertice (senato accademico; rettore; consiglio di dipartimento), hanno assunto deliberazioni aventi ad oggetto la sospensione o l'annullamento di precedenti provvedimenti o contratti aventi ad oggetto la collaborazione accademica o scientifica con atenei e centri di ricerca israeliani. La motivazione è da mettere in relazione con il più ampio scenario del conflitto in Medio Oriente, tuttora in corso[1].

1 Il fenomeno è diffuso. A titolo di esempio citerò solo alcune delle più significative, a mio avviso, decisioni assunte in questa materia dagli Atenei, rispetto al cui contenuto, peraltro, non constano precedenti in Italia.

1) Il verbale del 1° ottobre 2025 del Consiglio di dipartimento di Chimica "Ugo Schiff" dell'università degli studi di Firenze, dal quale risulta che "*VISTE le precedenti mozioni adottate su questo tema dal Senato accademico, ed in particolare quanto già approvato nella delibera n. 125 del Senato accademico del 21 maggio 2024, che afferma che questa istituzione, "constatando con sgomento gli ulteriori drammatici sviluppi che si stanno consumando [...], riconosce la necessità […] di dare seguito ai valori costituzionali e statutari, rendendosi attivo e concreto agente di pace e lavorando all'interno delle proprie sedi decisionali in tale direzione", - CONSIDERATO che con delibera 61 del 15 settembre 2025, il Senato Accademico "impegna gli Organi competenti a valutare nel rispetto dei principi costituzionali statutari ed etici dell'Ateneo gli accordi in essere ed eventualmente futuri con università, enti e istituzioni israeliani e di mantenere solo quelli che non contribuiscono al mantenimento dell'occupazione illegale del territorio palestinese e al perpetrarsi delle gravissime violazioni del diritto internazionale richiamate in premessa", e "si impegna altresì a promuovere contestualmente il rafforzamento delle iniziative accademiche didattiche e di cooperazione internazionale orientate alla costruzione di una cultura di pace nonché programmi di sostegno e inclusione a favore di studentesse e studenti, ricercatrici e ricercatori provenienti da tutte le aree colpite dai conflitti affinché l'Università di Firenze dia concreta attuazione alla propria missione di comunità scientifica impegnata nella tutela dei diritti fondamentali." - CONSIDERATA la mozione presentata in data 23/09/2025 da alcuni membri del Dipartimento di Chimica; - CONSIDERATO l'esito della votazione; approva integralmente la mozione sopra citata e dà mandato al presidente di inoltrare la delibera al Rettore e al Senato accademico*".

Per essere precisi, la mozione in esame, approvata con 73 voti su 100 degli aventi diritto, era inerente alla valutazione degli accordi in vigore con istituzioni israeliane, ed in particolare ad una convenzione del 2023 relativa al rilascio del doppio titolo di Laurea Magistrale LM-54 UNIFI e di Master of Science in Chemistry, tra Università degli Studi di Firenze e Hebrew University of Jerusalem, ed era così strutturata: "*Il Consiglio del Dipartimento di Chimica (DICUS) RITIENE che non si possa essere ragionevolmente sicuri che la Hebrew University non contribuisca al mantenimento dell'occupazione illegale del territorio palestinese e al perpetrarsi delle gravissime violazioni del diritto internazionale richiamate in premessa, e che il principio di precauzione debba essere in questo caso applicato. Pertanto, chiede su queste basi, alla Scuola di SMFN ed al CdA che tale accordo sia sospeso, dando mandato al Direttore di inoltrare alla Rettrice la documentazione necessaria a ciò*".

2) La delibera del C.d.A. dell'Università di Pisa del 24 luglio 2025 (https://www.unipi.it/news/luniversita-di-pisa-interrompe-due-accordi-quadro-con-le-universita-israeliane-reichman-ed-hebrew/) con la quale "*in via eccezionale, alla luce del grave contesto internazionale attuale e della drammatica situazione umanitaria che si è creata nella striscia di Gaza, di accogliere la richiesta formulata dal Senato Accademico in merito alla interruzione degli accordi quadro in essere con la Hebrew University of Jerusalem e con la Reichman University. Tale interruzione, adottata quale gesto politico espressamente rivolto al Governo dello Stato di Israele, intende rappresentare un invito affinché si adoperi per la cessazione immediata delle ostilità e per il ripristino di un processo di pace giusto e sostenibile nella Striscia di Gaza*".

Il fenomeno sopra descritto si può certamente inquadrare nel boicottaggio accademico, concetto che designa l'insieme delle pratiche attraverso le quali si interrompono unilateralmente rapporti di collaborazione scientifica e istituzionale con università o ricercatori appartenenti a determinati paesi allo scopo di danneggiare questi ultimi e la popolazione di riferimento.

L'obiettivo dichiarato è quello di esercitare una pressione politica indiretta sul governo (italiano e talvolta israeliano), facendo leva sull'autorevolezza e sul ruolo internazionale delle istituzioni universitarie.

Scopo del presente articolo è capire se il boicottaggio accademico sia compatibile alla luce dei principi di libertà di insegnamento, autonomia universitaria e diritto alla cooperazione scientifica, con particolare attenzione ai rischi che tali pratiche possono comportare per il pluralismo accademico. In questo quadro, saranno approfonditi i profili giuridico-amministrativi relativi alla sospensione e alla revoca degli accordi di cooperazione tra università.

Da un lato, le università, in quanto pubbliche amministrazioni dotate di autonomia scientifica e organizzativa (art. 33 Cost. e l. n. 240/2010), devono agire nel rispetto delle regole formali che disciplinano l'adozione, la sospensione e la revoca degli atti amministrativi; dall'altro, la dimensione internazionale della cooperazione scientifica, valorizzata dall'art. 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Carta europea dei ricercatori, attribuisce alla libertà accademica un rilievo che travalica i confini nazionali, configurandola come interesse pubblico europeo.

Il perimetro entro il quale il presente contributo si muove dovrebbe essere quindi chiaro. L'Università statale ha natura di ente pubblico ed è pertanto sottoposta ai vincoli dell'azione amministrativa (imparzialità, buon andamento, proporzionalità). Il provvedimento con il quale un organo universitario decide di interrompere i rapporti di cooperazione con altre università ha natura di atto amministrativo.

D'altra parte, gli accordi di cooperazione universitaria sono adottati tramite deliberazioni formali degli organi di governo accademico. Gli accordi col-

---

3) La mozione assunta dall'Università di Padova e pubblicata sul sito il 1° luglio 2025 (https://www.unipd.it/news/luniversit-padova-prende-posizione-quanto-si-sta-verificando-medio-oriente): "*L'Università di Padova ribadisce….che gli accordi istituzionali con Università israeliane già attivati e i progetti accademici che coinvolgono ricercatrici e ricercatori, hanno esclusiva valenza didattica e di ricerca in coerenza con lo Statuto e con l'articolo 15 del Codice di Integrità della Ricerca e si impegna a non intraprendere nuovi accordi istituzionali, né a rinnovare gli accordi in essere, con le istituzioni e gli enti israeliani che contribuiscono al perpetrarsi delle gravissime violazioni del diritto internazionale e al mantenimento dell'occupazione illegale del Territorio Palestinese*".

4) La mozione assunta dall'Università di Bologna il 23 settembre 2025 (https://magazine.unibo.it/archivio/2025/09/23/il-senato-accademico-approva-una-mozione-concernente-accordi-e-relazioni-con-universita-aziende-e-istituzioni-israeliane): "*Oggi il Senato Accademico dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna ha approvato, dopo ampio e approfondito dibattito, la seguente mozione:*

a) che l'Ateneo di Bologna interrompa ogni formale relazione e collaborazione con università, istituzioni e aziende israeliane, fatti salvi progetti di ricerca esistenti non ascrivibili al dual use, e non ne avvii di nuove (…).

laborazione possono essere inquadrati nell'alveo degli accordi previsti dall'art. 15 L. 241/1990: essi, pur fondandosi su un consenso bilaterale, sono funzionalizzati al perseguimento di un interesse pubblico e soggetti ai vincoli pubblicistici di legalità, imparzialità e buon andamento e non si inscrivono nell'esercizio della libera autonomia negoziale propria dei contratti di diritto privato. Essi sono inquadrabili in quella categoria ibrida che la giurisprudenza[2] riconosce sotto la denominazione di "contratti ad oggetto pubblico" poiché si fondano sul consenso, ma restano assoggettati a vincoli pubblicistici quanto a finalità, forma e controlli[3].

La stipula di un accordo ex art. 15 non è esercizio di autonomia privata, ma manifestazione di un potere autoritativo che la pubblica amministrazione utilizza secondo moduli consensuali. Non a caso, il legislatore li qualifica come "accordi", non come "contratti"[4]: prevede la forma scritta a pena di nullità, limita l'applicazione del Codice Civile alle sole ipotesi compatibili, e devolve la materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, presupponendo che la pubblica amministrazione agisca in veste di autorità e non come parte privata.

Chiarito, perciò, il perimetro in cui ci muoviamo, deve essere parimenti ricordato che l'atto amministrativo, per potere essere legittimo, deve avere per legge una valida motivazione (art. 3 l. n. 241/90).

Il nodo centrale è stabilire se il conflitto bellico in Medio Oriente possa costituire valida giustificazione ai sensi delle norme costituzionali ed europee applicabili per interrompere i rapporti di cooperazione con università israeliane (ma il discorso può essere generalizzato).

Occorre a questo punto partire dalle principali norme che regolano il nostro caso, seguendo un criterio gerarchico delle principali fonti di riferimento e ribadendo, quindi, che il presente contributo non può affrontare con esaustività il tema dell'autonomia universitaria e della libertà scientifica che deve essere garantita in tale contesto ma vuole costituire una prima riflessione sull'argomento del boicottaggio accademico cui stiamo assistendo, in forma inedita, in questo periodo[5].

---

2 Cons. Stato, Ad. Plen. n. 5/2020, in www.giustizia-amministrativa.it.

3 La materia è vasta. Si rinvia a: G. Greco, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016; M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Il diritto dell'economia* (2 2022), pp. 31-64.

4 Per una ricognizione del tema, L. Ferrara, *Gli accodi fra le amministrazioni pubbliche*, in *Codice dell'amministrazione pubblica*, a cura di M.A. Sandulli, II ed., Milano, 2017, pp. 779 e ss.

5 Fenomeno, quindi, ben diverso, per quanto possano intravvedersi a prima vista alcuni punti di contatto, dai noti casi "Cordero" e "Lombardi Vallauri" e cioè del rapporto tra libertà di scienza, di pensiero e l'insegnamento nelle università libere "confessionali o comunque ideologicamente caratterizzate" (così, Corte cost. n. 195/1972, in Giur. cost., pp. 2198-99; cui adde la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 20 ottobre 2009).

2. Libertà accademica, autonomia universitaria e diritto alla cooperazione scientifica

2.1. Art. 33 Costituzione italiana

L'art. 33 Cost. sancisce che «l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

Senza dubbio, ciò che all'art 33 preme di stabilire anzitutto è la libertà del singolo nello svolgimento delle sue attività più tipicamente intellettuali, creazione artistica, ricerca scientifica, invenzione tecnica, insegnamento, etc.

Si tratta di garantire all'individuo, come suo diritto, una libertà di pensiero che, muovendo nei livelli più elevati della cultura umana, ha un grado di tutela costituzionale estremamente forte[6] che certamente blocca ogni intervento in profondità dello Stato senza il sostegno di un'opinione scientifica concorde. In altri termini, l'interpretazione oggettiva dell'art 33 è un'espansione naturale, e spesso una conseguenza necessaria, della interpretazione soggettiva.

Ciò significa che la garanzia costituzionale disposta dal primo comma, passando dagli individui alle istituzioni e dalle istituzioni a strutture ancora più ampie e diffuse, subisce certamente attenuazioni e riduzioni di forza che però possono essere giustificate soltanto da altre esigenze costituzionali preminenti.

In linea di massima, il principio della libertà intellettuale assicura anche alla scienza oggettiva e alle sue istituzioni il movimento per forze interne e la salvaguardia da forze esterne perturbatrici[7].

Vale a dire che l'art 33 della Costituzione si presta ad una duplice lettura: da un lato, può essere inteso come garanzia individuale in favore dei docenti e dei ricercatori, volta a sottrarre la ricerca e la didattica a possibili orientamenti di natura politica o ideologica; dall'altro, esso incardina un principio di carattere istituzionale, volto ad assicurare che l'università possa svolgere, in un ordinamento democratico, la funzione che le è propria di sede autonoma di produzione e trasmissione del sapere. Pertanto, come del resto è stato osservato ampiamente dalla dottrina[8], la libertà di insegnamento si configura come garanzia

---

6 Sulla libertà di insegnamento la produzione scientifica è vastissima; si rinvia a U. POTOTSCHNIG, che ha scritto due importanti voci in questa materia, nei volumi XXI e XXIII dell'Enciclopedia del diritto: Insegnamento (libertà di) e Istruzione (diritto alla).

7 Il tema è, per così dire, antico: R. DE STEFANO, *La libertà accademica nelle situazioni politiche attuali*, relazione presentata al IX Congresso Nazionale di Filosofia giuridica e politica (Perugia, 5-7 ottobre 1972).

8 Sul tema della c.d. autonomia universitaria la letteratura è ricca. Cfr. il numero speciale de « Il Mulino», 1957, dedicato alla bibliografia in argomento; A.M. SANDULLI, L'autonomia delle Università statali, in Scritti in memoria di Cosattini, 1948, p. 61 ss.; C.L. RAGGHIANTI, *L'autonomia costituzionale delle università*, in *Democrazia e autonomia della scuola*, Torino, 1961, p. 9 ss.; L. GALATERIA, *Autonomia e organizzazione dell'università*, in *Studi per il rinnovamento dell'università italiana*, Milano, Isle, 1965, p. 156 ss.; G.M. LOMBARDI, *Autonomia universitaria e riserva di legge*, in *Studi Sassaresi*, I, Università, Milano, 1969, p. 823 ss. ; S. LARICCIA, *Libertà delle Università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento*, in Giur. cost., (XVII) 1972, pp. 2177 ss.; G. TARLI BARBIERI, Le fonti dell'autonomia universitaria, in Osservatorio sulle fonti, n.

funzionale del pluralismo culturale, impedendo allo Stato di dirigere i contenuti della ricerca e della didattica secondo schemi ideologici predefiniti. Tale principio è stato ribadito inoltre in sede europea, dove la Corte di giustizia, nella vicenda relativa alla Central European University, ha chiarito che la libertà accademica comprende non soltanto la posizione individuale dei ricercatori, ma anche l'autonomia istituzionale delle università.

Ne consegue che l'art. 33 Cost., pur senza ignorare la sua originaria ambiguità[9], va letto non come clausola meramente dichiarativa, ma come principio ordinamentale: esso delimita il perimetro entro cui le università, in quanto enti pubblici dotati di autonomia, possono operare. Come rilevato dalla più recente dottrina, il testo costituzionale prevede esplicitamente come titolari di una situazione soggettiva perfetta («hanno diritto») le Università: tale diritto («di darsi ordinamenti autonomi») deve essere esercitato nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato, che possono dunque conformare, secondo i principi tratteggiati sopra, tale situazione soggettiva[10]. Ogni scelta che incida sulle attività di ricerca e insegnamento – comprese quelle relative agli accordi di cooperazione con altri atenei – deve allora rispettare questo nucleo essenziale di libertà, pena il rischio di trasformare l'università da luogo di confronto aperto a strumento di orientamento politico. Prevale perciò la tesi secondo cui la libertà di insegnamento in deve ritenersi una libertà "funzionale": la libertà di insegnamento non è una libertà garantita ad un soggetto per soddisfare l'interesse del suo titolare; la libertà di insegnamento è una libertà garantita a chi ne è titolare per soddisfare gli interessi dei destinatari dell'attività di insegnamento; è cioè una libertà garantita ai professori per soddisfare gli interessi degli allievi, degli studenti, dei partecipanti ai corsi di insegnamento nei quali il professore svolge la sua funzione di docente[11].

Allo stesso tempo, l'art. 33 impone un vincolo organizzativo agli Atenei laddove gli stessi pretendano di imporre misura eccessive o sproporzionate, con l'effetto di comprimere senza alcuna giustificazione libertà e diritti protetti dalla stessa Costituzione. Come già affermato dalla Corte delle Leggi «gli artt. 33 e 34 della Costituzione pongono i principi fondamentali relativi all'istruzione con riferimento, il primo, all'organizzazione scolastica (della quale le università,

---

1/2022; M. RAMAJOLI, *La mai attuata autonomia universitaria*, in A. MARRA (a cura di), L'autonomia universitaria del nuovo millennio, Roma, Aracne, 2020, p. 29; A. POLICE, *Quale legittimità per la nuova governance universitaria*?, in M. D'ORSOGNA, E.-P. GUISELIN, S. CIMINI, A.F. Di SCIASCIO (a cura di), Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università, vol. I, Napoli, 2013.

9 L. PALADIN, *Stato e prospettive dell'autonomia universitaria*, in *Quad. cost.*, 1988, p. 162; S. CASSESE, *L'autonomia delle università nel rinnovamento delle istituzioni*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 84.

10 B. CARAVITA DI TORITTO, L'autonomia universitaria oggi, in federalismi.it (25/2021).

11 Così, S. LARICCIA, *Vecchi e nuovi problemi dell'insegnamento universitario,* ora in *Tutti gli scritti*, Cosenza, 2015, tomo V, pp. 3945 e ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile), Padova, Cedam, 1990, pp. 455 e ss. Più di recente, C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 3 e ss.

per quanto attiene all'attività di insegnamento, sono parte: sentenza n. 195 del 1972); con riferimento, il secondo, ai diritti di accedervi e di usufruire delle prestazioni che essa è chiamata a fornire. Organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi o condizionandosi reciprocamente»[12].

Da tale rapporto di reciproco condizionamento discende, di necessità, che ogni misura idonea a limitare sia l'autonomia organizzativa interna delle istituzioni universitarie, sia, a maggior ragione, gli aspetti funzionali che coinvolgono i diritti di accesso alle prestazioni, debba essere adottata con legge dello Stato.

Per quanto la riserva di legge in materia di ordinamento universitario sia relativa, continua la Corte Costituzionale, «è nella legge che debbono però individuarsi le fattispecie in cui all'Autorità amministrativa (a seconda dei casi, centrale-ministeriale o universitaria) è consentito limitare o condizionare il diritto dei cittadini di poter usufruire delle prestazioni erogate dalle istituzioni di alta formazione». E ciò a tutela non solo del diritto allo studio, dell'autonomia degli enti accademici e del diritto delle stesse istituzioni di alta formazione di rendere libera istruzione universitaria (artt. 2, 33 e 41 Cost.) ma, in ultima analisi, a tutela dello stesso fondamento dell'ordinamento democratico e del suo assetto pluralistico: i limiti imposti ai diritti dei cittadini devono trovare una giustificazione nel consenso dell'organo costituzionale che ne è espressione esponenziale (il Parlamento), all'esito di un procedimento di composizione degli interessi contrapposti.

2.2. Il diritto alla cooperazione scientifica nello spazio europeo

La libertà accademica ha trovato un riconoscimento espresso anche a livello sovranazionale con l'art. 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che afferma che «le arti e la ricerca scientifica sono libere. La libertà accademica è rispettata». La disposizione, che non definisce il contenuto del diritto, ne sancisce, tuttavia, l'esistenza quale principio autonomo, distinto dalle altre libertà fondamentali e destinato a vincolare tanto gli Stati membri quanto le istituzioni dell'Unione nell'attuazione delle politiche europee. Un chiarimento sostanziale della portata dello stesso è venuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, nella sentenza Commissione c. Ungheria (C-66/18, cd. caso CEU), relativa alla legge ungherese che aveva introdotto restrizioni alle università straniere operanti nel Paese, ha affermato che la libertà accademica comprende la libertà individuale dei ricercatori e dei docenti e, allo stesso tempo, l'autonomia istituzionale necessaria a garantire l'effettività di tale libertà[13].

12 Corte costituzionale, sent. n. 383/1998. In termini, cfr. TAR Lazio, Roma, sent n. 9253/2018.

13 S. Benvenuti, *La libertà accademica e la sua tutela nello spazio europeo. Riflessioni sulla vicenda della Central European University alla luce della sentenza CGUE Commissione c. Ungheria del 6 ottobre 2020 (C-66/18)* in *federalismi.it*, 2021.

In tal modo, la Corte ha ampliato la prospettiva dell'art. 13, includendo la dimensione organizzativa e istituzionale delle università tra gli elementi costitutivi della libertà accademica, collocandola nello spazio giuridico europeo come diritto composito: individuale e collettivo.

La Corte ha stabilito varie cose interessanti al nostro fine, specie sul piano dei principi generali.

Per quanto riguarda, in primo luogo, la libertà accademica, essa è sancita in termini generali dall'articolo 13, seconda frase, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, a termini del quale «[l]a libertà accademica è rispettata»[14]. Ai sensi dell'articolo 52, paragrafo, della Carta, occorre attribuire ai diritti sanciti nella stessa e corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»), il significato e, quanto meno, la stessa portata di quelli conferiti dalla suddetta Convenzione.

È vero che il testo della CEDU non fa riferimento alla libertà accademica. Tuttavia, si evince dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che tale libertà è associata, in particolare, al diritto alla libertà di espressione sancito dall'articolo 10 della CEDU[15].

Inoltre, la nozione di «libertà accademica» deve essere intesa in modo più ampio.

A tal riguardo, la Corte richiama il contenuto della raccomandazione 1762 (2006), adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 30 giugno 2006 e intitolata «Libertà accademica e autonomia delle università», da cui risulta che la libertà accademica presenta anche una dimensione istituzionale e organizzativa, dato che il collegamento ad un'infrastruttura rappresenta una condizione essenziale per l'esercizio delle attività di insegnamento.

Allo stesso modo, anche la Carta europea dei ricercatori del 2005 ha contribuito a precisare, in chiave programmatica, i principi di funzionamento della comunità scientifica europea. Pur non avendo valore vincolante, il documento rappresenta una cornice di *soft law* ampiamente recepita nelle politiche europee di ricerca, come quelle legate ai programmi Horizon 2020 e Horizon Europe. Più specificatamente, la Carta ha tre funzioni principali: costituisce un insieme di principi generali e requisiti che specificano il ruolo, le responsabilità e i diritti dei ricercatori e delle persone che assumono e/o finanziano i ricercatori; garantisce che la natura dei rapporti tra ricercatori e datori di lavoro o finanziatori favorisca esiti positivi per quanto riguarda la produzione, il trasferimento, la condivisione e la diffusione delle conoscenze e dello sviluppo tecnologico, e sia propizia allo sviluppo professionale dei ricercatori; da ultimo, riconosce il

14 E. Cardin, art. 13, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Pollicino, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, pp. 265-266.

15 Giurisprudenza pacifica: Corte EDU, 15 aprile 2014, Hasan Yazıcı c. Turchia, §§ 55 e 69, e Corte EDU, 27 maggio 2014, Mustafa Erdo□an e altri c. Turchia, §§ 40 e 46).

valore di tutte le forme di mobilità come strumento per migliorare lo sviluppo professionale dei ricercatori[16]. Si desume come la mobilità e la cooperazione internazionale dei ricercatori devono essere favorite, in quanto costituiscono quello che può essere definito un "interesse pubblico europeo"[17].

Nel loro insieme, dunque, l'art. 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la Carta europea dei ricercatori, delineano un modello di libertà accademica che va oltre la dimensione individuale: alle istituzioni universitarie è riconosciuta la possibilità di stabilire rapporti di collaborazione con altri atenei, nazionali e stranieri, considerati strumenti essenziali per il progresso. In tale contesto, la cooperazione scientifica non rappresenta soltanto un'opzione delle università, ma un interesse comune dell'ordinamento europeo, funzionale alla competitività e al pluralismo del sapere e le limitazioni arbitrarie alla cooperazione scientifica – quali potrebbero risultare da decisioni di boicottaggio – rischiano di porsi in contrasto non solo con i principi costituzionali interni, ma anche con i valori fondativi dell'Unione.

Ecco che, se letta in questa chiave, la cooperazione accademica diventa componente essenziale della funzione pluralista dell'università. Il legame tra libertà di insegnamento e autonomia istituzionale è, infatti, finalizzato a garantire che l'università rimanga luogo di confronto critico e di apertura al dialogo internazionale, capace di resistere a tentativi di condizionamento politico o ideologico.

Di talché, la sospensione o la revoca di accordi di cooperazione non può essere considerata una scelta neutra poiché essa incide direttamente su un bene pubblico – la circolazione delle idee e delle conoscenze – che le università sono chiamate a garantire non solo a livello nazionale, ma anche europeo. Ogni decisione di limitare la cooperazione scientifica dovrebbe dunque essere valutata alla luce del rischio di impoverire la funzione pluralista dell'università, con possibili ricadute negative sullo stesso assetto democratico dell'ordinamento.

2.3. L'autonomia scientifica e organizzativa delle università (L. 240/2010): cenni

Il principio di autonomia universitaria, già implicito nell'art. 33 Cost., ha poi ricevuto una definizione più precisa sul piano normativo con la riforma introdotta dalla legge n. 240/2010, che ha inteso razionalizzare la governance degli atenei, riconoscendo loro margini più ampi di autodeterminazione nella gestione delle attività di ricerca e didattica, ma inserendo al contempo l'autonomia entro un quadro di responsabilità e di compatibilità con gli interessi generali dell'ordinamento[18].

16 Allegato Sezione 1 La Carta europea dei ricercatori.

17 Carta europea dei ricercatori 2005: "la mobilità e la cooperazione internazionale dei ricercatori devono essere favorite, in quanto costituiscono un interesse pubblico europeo".

18 La riforma organica del sistema universitario è stata avviata dalla Legge 168/1989 ed è stata successivamente scandita dalla riforma degli ordinamenti didattici (legge 341/1990); dalla disciplina del sistema di diritto allo studio (legge 390/1991); dalle regole di programmazione

L'autonomia così delineata non si esaurisce dunque in una sfera di libertà assoluta, ma sembra piuttosto configurarsi come funzionalizzata, inserendosi in un vasto spazio decisionale seppur sempre vincolato al perseguimento delle finalità pubbliche che l'università, in quanto ente pubblico, è chiamata ad assolvere[19]. Viene così a rafforzarsi l'idea secondo cui l'autonomia organizzativa e gestionale non può mai porsi in contrasto con la funzione primaria di garantire la libertà di insegnamento e di ricerca, già sancita a livello costituzionale[20].

Ciò, del resto, appare conforme con le prescrizioni che regolano l'autonomia universitaria contenute nell'art. 6 della legge n. 168/1989 secondo cui la personalità giuridica viene conferita alle università «in attuazione dell'articolo 33 della Costituzione» ed esse «svolgono attività didattica e organizzano le relative strutture nel rispetto della libertà di insegnamento dei docenti» e (solo) nell'osservanza di questi principi gli statuti determinano i corsi, etc.. E proprio perché «le università sono sedi primarie della ricerca scientifica» devono operare «per la realizzazione delle proprie finalità istituzionali, nel rispetto della libertà di ricerca dei docenti e dei ricercatori nonché dell'autonomia di ricerca delle strutture scientifiche».

2. 4. Gli Statuti universitari

Dovrebbe essere evidente che le norme ora richiamate di per sé rendono evidente un aspetto che si rivela centrale per il nostro dibattito. Sia l'art. 33 Cost. sia le norme europee sia quelle interne devono essere lette non come clausole meramente dichiarative, ma come princìpi ordinamentali: esse delimitano il perimetro entro cui le università, in quanto enti pubblici dotati di autonomia, possono operare. Ogni scelta che incida sulle attività di ricerca e insegnamento – comprese perciò quelle relative agli accordi di cooperazione con altri atenei – deve allora rispettare questo nucleo essenziale di libertà, pena il rischio di trasformare l'università da luogo di confronto aperto a strumento di orientamento politico.

---

del sistema (legge 245/1990); il disegno riformistico è poi proseguito con la: disciplina dell'autonomia finanziaria (legge 537/1993); disciplina dell'autonomia didattica (legge Bassanini 59 e 127 del 1999 e Dm 509/99); revisione del sistema di reclutamento dei docenti (legge 210/1998); (L. 240/2010, art. 1: "Le università sono dotate di autonomia statutaria, regolamentare, organizzativa, contabile e gestionale").

19 Si rinvia alla giurisprudenza costituzionale: "il legislatore può legittimamente imporre vincoli e limiti all'esercizio dell'autonomia universitaria (art. 33 Cost.), quando tale imposizione risulti finalizzata al perseguimento di interessi e finalità di rilievo costituzionale ... " […] " … non si tratta di una autonomia piena ed assoluta ma di una autonomia che lo Stato può accordare in termini più o meno larghi, sulla base di un suo apprezzamento discrezionale, che, tuttavia, non sia irrazionale" (Corte cost., sent.n. 60 del 2014).

20 R. Balduzzi, L'autonomia universitaria dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, in *Le istituzioni del federalismo*, 2004; R. Calvano, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Jovene, Napoli, 2012. A. D'Atena, Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'Università, in A. D'Atena, *L'Italia verso il "federalismo". Taccuini di viaggio,* Milano, 2001.

La situazione sopra descritta non muta neppure a livello statutario, cioè delle norme che regolano la vita dei singoli atenei. Non si rinvengono, cioè, spazi ulteriori di autonomia. Facciamo qualche esempio.

Lo Statuto dell'Università di Firenze[21] «ha per fine la libera elaborazione e trasmissione delle conoscenze e la formazione superiore, in attuazione delle libertà di ricerca, di insegnamento e di apprendimento…»; «afferma il proprio carattere pluralistico, indipendente da ogni condizionamento religioso, ideologico, nonché politico o economico» (art. 1); informa la propria attività «al rispetto della libertà di ricerca garantendo, in particolare, la libera scelta dell'oggetto e del metodo di indagine, le condizioni materiali e le dotazioni per l'esercizio della ricerca ed una ripartizione dei fondi per la ricerca ad opera di organi specificamente competenti e sulla base di criteri obiettivi» (art. 2).

Lo Statuto dell'Università di Pisa[22], dopo aver premesso all'art. 2 di recepire i valori della Costituzione della Repubblica Italiana, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, della Magna Charta delle Università Europee e dello Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore e della Ricerca" dichiara di riconoscere la pace quale principio fondamentale e si impegna a promuoverne l'applicazione nell'ambito di tutte le proprie attività istituzionali. Allo stesso tempo, «considera la pari dignità delle persone quale proprio valore fondante e, pertanto, promuove "il superamento di ogni tipo di discriminazione, garantendo pari opportunità nell'accesso allo studio e al lavoro, nella ricerca…» e «afferma il proprio carattere pluralista, indipendente e libero da ogni condizionamento confessionale, ideologico, partitico o economico».

Lo Statuto dell'Università di Bologna[23], dopo aver esaltato l'autonomia dell'Ateneo come «garanzia della libertà di apprendimento, di insegnamento e di ricerca», riconosce e garantisce l'autonomia della ricerca e la libertà di insegnamento in tutte le sue forme (art. 2.2), sino al punto da istituire appositi organismi interni la cui *mission* istituzionale è vigilare sul rispetto del principio di non discriminazione di qualunque tipo.

Potremmo andare avanti. Gli statuti sono quasi tutti uguali.

In sostanza, dalla disamina degli Statuti si comprende che la cooperazione accademica diventa componente essenziale della funzione pluralista dell'università. Il legame tra libertà di insegnamento e autonomia istituzionale è, infatti, finalizzato a garantire che l'università rimanga luogo di confronto critico e di apertura al dialogo internazionale, capace di resistere a tentativi di condizionamento politico o ideologico.

21 https://www.unifi.it/sites/default/files/migrated/documents/statuto_dr1680_18.pdf
22 https://www.unipi.it/wp-content/uploads/statuto.pdf.
23 https://normateneo.unibo.it/Statuto.html.

3. Il boicottaggio accademico

3.1 Il boicottaggio come forma di pressione politica

Appare opportuno a questo punto sottolineare che la forma di boicottaggio accademico che qui interessa fa riferimento alla forma di pressione politica esercitata attraverso la sospensione dei rapporti di cooperazione scientifica che segue una logica che non risiede nella contestazione dei contenuti della ricerca o della didattica, bensì nella volontà di incidere indirettamente sull'azione di un Governo ritenuto responsabile di violazioni dei diritti fondamentali, facendo leva sull'autorevolezza delle istituzioni universitarie a livello internazionale. Questo tratto emerge con chiarezza nelle Linee guida PACBI del 2014 che affermano che «il boicottaggio delle istituzioni accademiche israeliane mira a esercitare pressione sullo Stato di Israele affinché rispetti il diritto internazionale»[24] e negli appelli del movimento BDS[25], che sostengono il boicottaggio quale mezzo volto a delegittimare un regime politico attraverso l'isolamento delle sue istituzioni accademiche.

Si nota allora che, se da un lato, questa impostazione ne rafforza la valenza simbolica e la visibilità pubblica, dall'altro lato ne accentua l'ambiguità ed è proprio questo slittamento di piano a sollevare molti interrogativi critici: fino a che punto è legittimo trasformare un'istituzione dedicata alla produzione e diffusione del sapere in un attore politico-partigiano? E quali sono le conseguenze, sul piano giuridico e istituzionale, di una simile torsione?

In altri termini, l'università - sede di produzione di conoscenza e di confronto pluralistico- rischia di essere piegata a funzioni estranee alla sua missione istituzionale e alla sua vocazione universalistica poiché il confine tra la legittima espressione di solidarietà internazionale e la trasformazione della stessa in soggetto politico non è sempre agevole da tracciare.

3.2 I rischi per la libertà di ricerca

Il boicottaggio accademico come strumento politico ha conseguenze che ricadono anzitutto sulla libertà di ricerca. La sospensione delle collaborazioni e la chiusura degli spazi di confronto finiscono, infatti, per colpire direttamente i singoli studiosi delle istituzioni coinvolte, generando un effetto paradossale: coloro che dovrebbero rappresentare i garanti della libertà scientifica risultano essere i primi a subirne la compressione. Da questa contraddizione deriva poi il più ampio rischio di impoverimento del pluralismo accademico. L'università,

24 Linee guida PACBI 2014.

25 Boicottaggio, Disinvestimento e Sanzioni per i diritti del popolo palestinese: https://bdsitalia.org/index.php/la-campagna-bds/campagna-bds. Le riflessioni sul punto sono frutto anche del confronto con C. Olivieri, che ha condotto una ricerca, ancora in fase di elaborazione, nell'ambito del Dottorato di ricerca di ricerca in Diritto ed Economia della Società Digitale – UTIU.

chiamata a garantire la circolazione delle idee senza vincoli politici, viene proiettata in una logica di contrapposizione ideologica: non più luogo neutrale di confronto critico, ma terreno di scontro dove l'appartenenza istituzionale diventa criterio di legittimità scientifica sicché, rifiutare rapporti scientifici non significa opporsi a un governo, ma pregiudicare la libertà di ricerca come valore universale[26].

E le ricadute non si limitano al piano individuale. In diversi atenei, il dibattito sul boicottaggio ha prodotto una frattura interna tra chi sostiene la necessità di interrompere i rapporti con le università israeliane e chi, al contrario, richiama l'esigenza di preservare l'imparzialità accademica. Tale polarizzazione ha messo in discussione la stessa coesione della comunità universitaria, trasformando l'università in un'arena politica più che in uno spazio pluralista di elaborazione del sapere[27].

In questo senso, il boicottaggio accademico appare rischioso non tanto e non solo per i suoi effetti immediati sulle collaborazioni scientifiche, quanto per la sua potenzialità di alterare l'identità stessa dell'università: da sede di ricerca e confronto critico a luogo di esclusione e divisione ideologica.

Nel dibattito internazionale, una presa di posizione particolarmente significativa è quella dell'American Association of University Professors (AAUP), che da tempo si è dichiarata contraria al boicottaggio accademico. L'associazione, punto di riferimento per la tutela della libertà accademica negli Stati Uniti, ha affermato che i boicottaggi «contravvengono ai principi fondamentali della libertà accademica e del libero scambio di idee»[28]. Appare interessante notare come la posizione dell'AAUP non si traduca in una negazione delle responsabilità politiche dei governi, ma poggi sull'idea che l'università non possa essere trasformata in strumento di sanzione collettiva poiché, a differenza di altre istituzioni, essa trae la propria legittimazione dal mantenere aperti i canali di confronto, anche in contesti di forte tensione politica.

L'intervento dell'AAUP offre in realtà un elemento di sintesi rispetto alle criticità già evidenziate. Se il boicottaggio si configura come pressione politica e produce effetti divisivi sulla libertà e sul pluralismo, l'esperienza dell'AAUP mostra come le comunità accademiche possano reagire sottolineando che la difesa dei diritti umani e la difesa della libertà di ricerca non devono essere poste

---

26 Tra le (prime) prese di posizione tra i giuristi che evidenziano questo rischio, si vedano per esempio: A. Baraggia, *Il boicottaggio accademico di Israele tradisce la libertà di pensiero e di studio*, 2023 https://riflessimenorah.com/il-boicottaggio-accademico-di-israele-tradisce-la-liberta-di-pensiero-e-di-studio/; l'appello contro il boicottaggio in https://www.change.org/p/appello-contro-il-boicottaggio-delle-universit%C3%A0-israeliane; l'intervista di L. Corso a Radio radicale in https://www.radioradicale.it/scheda/764107/appello-contro-il-boicottaggio-delle-universita-israeliane-intervista-alla.

27 M. Sacchi, Le Università italiane e il boicottaggio a Israele, 2024: "il tema ha polarizzato gli atenei italiani, tra chi invocava la rottura delle relazioni e chi, al contrario, richiamava la necessità di preservare l'università come spazio pluralista", in https://www.atlanteguerre.it/le-universita-italiane-e-il-boicottaggio-a-israele/.

28 AAUP, Journal of Academic Freedom 2013: *Academic boycotts contravene the fundamental principles of academic freedom and the free exchange of ideas.*

in contraddizione, ma devono procedere insieme[29].

4. Sulla natura giuridica delle Università degli Studi

L'art. 6 della legge n. 168 del 1989 ha riconosciuto espressamente alle Università la "personalità giuridica" e la conseguente natura di "Enti pubblici"[30].

Con tale previsione può considerarsi risolta la disputa sulla qualificazione giuridica delle Università che, nel periodo antecedente, aveva visto la giurisprudenza e parte della dottrina[31] negare la natura di Enti alle istituzioni universitarie, relegandole al ruolo di "persone giuridiche-organi dello Stato"[32].

In realtà, le istituzioni accademiche non sono articolazioni periferiche dello Stato e nemmeno Enti pubblici "territoriali", essendo, sotto quest'ultimo profilo, in base ad una catalogazione risalente, qualificabili, all'opposto, come Enti pubblici "istituzionali".

Le Università non integrano "Enti politici" aventi "fini generali", non detenendo la capacità di determinare autonomamente i propri fini istituzionali (che sono imposti e delineati dalla legge in maniera puntuale) e perseguendo finalità autonomamente tutelate (come l'elevazione culturale e il progresso scientifico e tecnico), i cui beneficiari diretti sono gli studenti iscritti ai vari corsi di studio e gli studiosi, ma, altresì, più indirettamente, la totalità della popolazione del Paese in cui le Università sono collocate, ripercuotendosi gli effetti dell'azione universitaria, in maniera rilevante ed in via riflessa, sulla generalità dei cittadini.

Sono certamente Enti pubblici "non economici", evidentemente "autarchici", operando in regime di diritto amministrativo[33].

Le amministrazioni in discorso, peraltro, proprio perché trovano consacrazione e guarentigie espresse nel testo costituzionale, sono, evidentemente, Enti "necessari" ad "autonomia costituzionalmente garantita" ed "a rilevanza costituzionale", non sopprimibili mediante legge ordinaria.

Con il tempo i fini delle Università si sono ampliati notevolmente, per cui i beneficiari diretti sono non solo gli studenti e le loro famiglie, ma anche il territorio, inteso come tessuto economico-produttivo con il quale l'Università si interfaccia, la comunità scientifica, complessivamente considerata come comunità di studiosi senza confini territoriali e, più in generale, la società che benefi-

29 C. Olivieri, cit..

30 Sugli Enti pubblici v. G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna 1991; V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed Enti pubblici*, Torino 1994.

31 In giurisprudenza v. Cass., SS.UU., 28 giugno 1975 n. 2546, in *Foro it.* 1975, I, 1936; Corte dei Conti, Sez. contr., 3 giugno 1976 n. 699, in Foro amm. 1977, I, 913.

32 Sulla classificazione e distinzione tra Enti pubblici v., A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli 1989, p. 187 ss; M.S. Giannini, Diritto amministrativo, vol. I, Milano 1993, p. 208 ss.

33 S. Pignataro, *Alcune considerazioni sull'autonomia e sulla natura giuridica delle università degli studi*, in *Giurisdizione amministrativa*, 2012.

cia in modo rilevante dell'incremento del tasso culturale del Paese che, specie nel contesto attuale, è una determinante fondamentale del suo sviluppo. Le istituzioni accademiche non avrebbero, pertanto, la rappresentanza specifica degli interessi (categoriali) della circoscritta comunità universitaria presente al loro interno.

Non si tratta, neppure, di Enti "associativi"[34]. Le Università, a differenza degli Ordini professionali o delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, non detengono un albo, un elenco o registro di individui o imprese iscritti in funzione legittimante rispetto all'esercizio di determinate attività (professionali o imprenditoriali) e non perseguono affatto gli interessi degli studenti iscritti e dei docenti e ricercatori facenti parte dei propri ruoli, ma si adoperano per un interesse più ampio, dell'intera collettività, consistente nell'elevazione culturale e scientifica della popolazione e della comunità degli studiosi di ogni area geografica[35].

Per valutare la natura delle Università vanno considerate, poi, l'evoluzione dell'ordinamento nel suo complesso e la connotazione che, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, hanno assunto le istituzioni accademiche.

Si è infatti registrato da tempo il superamento di un modello centrato sull'Università come servizio pubblico uniforme sul territorio nazionale e si è affermato un altro modello fondato su una rete di Atenei, anche strutturalmente diversi, nei quali prevale l'elemento locale e la comunità che si autoamministra e che è in grado di esercitare l'autonomia normativa in svariate materie, a tal fine esprimendo propri interessi differenziati e peculiari forme di rappresentanza[36].

Altrettanto evidente è che la nomenclatura legislativa "formale", attribuita alla maggior parte delle istituzioni accademiche, di "Università statali", non può ritenersi prevalente in presenza della più intensa e significativa valenza sostanziale insita nella creazione e nell'attribuzione de compiti e nel conferimento di ampie sfere di autonomia a strutture pubbliche, definite, per l'appunto, "autonomie funzionali", concorrendo tutti questi elementi a palesare la decisa volontà del Legislatore di determinare una frattura netta di queste ultime rispetto agli Enti territoriali, primi tra tutti, lo Stato.

Di talché la conclusione che ne deriva è che l'Università pubblica sia da considerarsi Ente pubblico non statale ma, al contempo, niente affatto catalogabile in relazione al criterio territoriale. Si tratta di centri istituzionali, pluralizzati sul territorio, ciascuno con una propria identità, propulsori di interessi aventi rilevanza costituzionale e dimensione ed ampiezza nazionali, non classificabili né tra gli Enti statali o nazionali, né tra gli Enti regionali, né tra quelli lo-

34 Cfr. R. FINOCCHI, *Le Università, cit.,* p. 1363, il quale rileva che la collettività di studiosi e studenti di riferimento delle istituzioni universitarie "*non raggiunge il grado di stabilità e di omogeneità propri degli Enti a base associativa, a causa della natura transitoria del rapporto della sede universitaria con i singoli studenti e della prevalenza della componente dei professori negli organi di vertice*".

35 C. OLIVIERI, cit.

36 In questi termini R. FINOCCHI, Le Università, cit., p. 1364.

cali, per lo meno nell'accezione generalmente accolta.

In considerazione della particolare rilevanza degli interessi promossi dalle istituzioni accademiche ex art 9 Cost., il Costituente ha sì garantito loro un'ampia autonomia separandole dallo Stato, ma le ha ancorate, in quanto Pubbliche amministrazioni, alla potestà normativa primaria ed, in parte, secondaria dello stesso e le ha poste in una condizione di indipendenza relativa dal dicastero competente.

5. Natura giuridica degli accordi di cooperazione

Dalla natura pubblicistica delle università statali discende il tema della riconducibilità degli accordi di cooperazione universitaria alla categoria degli accordi amministrativi ex art. 15 della l.n. 241/1990. Accordi che, come noto, sono al centro del recente dibattito sul boicottaggio accademico e la cui adozione avviene tramite deliberazioni formali degli organi di governo accademico – senati accademici, Consigli di amministrazione, rettori – come testimoniato dalle decisioni di atenei che hanno sospeso o addirittura revocato ("interrotto") protocolli di collaborazione con università israeliane[37]. Anche sul piano internazionale si riscontra un certo *trend* di cancellazioni di scambi e progetti di ricerca, secondo i dati diffusi dall'Associazione dei rettori israeliani[38]. Tali decisioni, lungi dal costituire iniziative meramente simboliche, costituiscono vere e proprie deliberazioni istituzionali, con dirette conseguenze giuridiche sull'assetto ordinamentale universitario.

La qualificazione giuridica degli accordi di cooperazione universitaria non è priva di profili problematici: la riconduzione degli stessi agli strumenti di amministrazione cd. "consensuale"[39] e, nello specifico, all'alveo degli accordi amministrativi comporta l'applicazione di un regime pubblicistico che, nonostante si avvicini al diritto civile, mantiene una sua specialità soprattutto con riferimento allo scioglimento del rapporto[40]. Infatti, seppur fondati su un reciproco consenso nei termini della intenzione di addivenire ad una intesa tra università, ritenere che gli accordi di collaborazione siano accordi ex art. 15 l.n. 241/1990 comporta affermare che essi non costituiscano mere convenzioni *de iure privatorum* (e quindi libere nella stipula e nella risoluzione consensuale) bensì che si tratti di atti di natura, appunto, pubblicistica, in quanto tali funzionalizzati al perseguimento di un interesse pubblico, che nel caso di specie non può che coincidere con la libertà della ricerca.

37 Si rinvia alla nota n. 1

38 C. Olivieri, cit.

39 Sul punto, cfr. A. Moliterni, op. Cit.; M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2025.

40 Deve essere chiarito che l'analisi qui condotta assume come riferimento la qualificazione dal punto di vista del diritto nazionale delle università degli studi; va da sé che gli accordi in questione ben potrebbero essere assoggettati ad una disciplina giuridica differente, sia in ragione della natura privatistica delle università israeliane che costituiscono la controparte degli accordi stessi, sia sul piano del diritto internazionale.

Si potrebbe sostenere, in alternativa, che gli accordi in questione non integrino la fattispecie dell'art. 15, l.n. 241/90, bensì che si tratti di contratti con oggetto pubblico.

Dalla qualificazione nell'uno ovvero nell'altro senso discendono dirimenti conseguenze in termini di cessazione del rapporto: qualora si propenda per la tesi della natura procedimentale, si riterrebbe applicabile la disciplina pubblicistica del recesso ex art. 21-*sexies*, l.n. 241/90, «ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto» che, lungi dal costituire un diritto potestativo attribuito alla parte contrattuale, costituisce una facoltà (o meglio, una potestà) pubblicistica attribuita all'amministrazione[41]; nel caso in cui, invece, si volessero ricondurre gli accordi all'alveo dei contratti, occorrerebbe confrontarsi con la disciplina privatistica della risoluzione del contratto. In ambedue le ipotesi, comunque, non si potrebbe mai giungere a ritenere applicabile al caso di specie l'istituto della revoca (né tantomeno del recesso dall'accordo ex art. 11, comma 4, l. n. 241/90, che, come noto, non è applicabile agli accordi ex art. 15) che opera sui provvedimenti esclusivamente autoritativi dell'amministrazione e avviene (anche) per ragioni di pubblico interesse, e cioè, essenzialmente, per esercizio del cd. *ius poneitendi*.

6. Sospensione e interruzione degli accordi di cooperazione

Accolta la tesi della riconducibilità degli accordi di cooperazione universitaria alla categoria degli accordi ex art. 15 l. 241/1990, la distinzione tra sospensione e interruzione degli stessi serve a definire il perimetro dei poteri effettivamente azionabili dagli Atenei nel rispetto del quadro legislativo e della libertà di ricerca costituzionalmente garantita.

Anzitutto, occorre porsi al riparo da una equivocazione lessicale molto frequente nel linguaggio comune: gli accordi delle università italiane con Israele, di cui si discute, sono stati sospesi, dovendosi con ciò intendere una temporanea interruzione nell'esecuzione e nella vigenza degli stessi (ad esempio, l'università di Firenze), ovvero interrotti (come le università di Pisa e Bologna), cessando in tal modo definitivamente la loro esistenza. Non si può parlare invece, in proposito, di revoca ex art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990: essa integra l'espressione di un potere di secondo grado, riferibile ai provvedimenti amministrativi unilaterali a efficacia durevole; opera *ex nunc*, presuppone sopravvenienze (o – nei limiti oggi imposti – una nuova valutazione dell'interesse pubblico), richiede il rispetto del *contrarius actus*, ed è assistita dall'indennizzo in favore del destinatario legittimamente inciso. Questo istituto non è applicabile, in via propria, nell'ambito dei rapporti convenzionali: l'espressione "revocare" riferita ad un accordo, tecnicamente, assume un altro significato. Nè l'interruzione degli accordi in questione può essere intesa nel senso di una revoca di fatto di tali accordi. Nella dimensione consensuale, infatti, la cessazione del rapporto può

41 M. D'Alberti, cit., p. 416.

avere la forma del recesso (quando previsto dall'accordo o dal rinvio compatibile all'art. 11 l. 241/1990), ovvero della risoluzione per sopravvenienze (impossibilità, illiceità dell'oggetto sopravvenuta, causa di frustrazione dello scopo), talora della sospensione dell'esecuzione quale misura temporanea di autotutela contrattuale[42]. In questa prospettiva, è stato ormai sciolto il nodo del mancato richiamo, nell'art. 15 della l.n. 241/1990 al comma 4 dell'art. 11 (mentre sono, invece, richiamati i commi 2 e 3 del medesimo art. 11) nel senso di ritenere non per tale ragione insussistente un divieto di recesso tra amministrazioni, bensì per sottolineare l'assenza dell'elemento tipico dell'autotutela provvedimentale, cioè l'indennizzo verso il privato, restando fermo l'obbligo di una motivazione rafforzata e di una valutazione proporzionata degli interessi coinvolti[43]. Tale discrimine evidentemente distingue il recesso dagli accordi cd. provvedimentali dal recesso negli accordi tra amministrazioni.

Diversa è, per struttura ed effetti, la sospensione. Pur essendo anch'essa, provvedimento di secondo grado, la sospensione integra una misura temporanea e cautelare, volta a consentire il verificarsi di una determinata condizione (quale può essere l'esito di una istruttoria, l'ottenimento di chiarimenti ministeriali, evoluzione del quadro internazionale); la sospensione mantiene (o dovrebbe mantenere) la reversibilità del vincolo e, proprio perché presenta un'incidenza relativamente meno severa, esige una motivazione che dia conto delle contingenze che la giustificano. Al contrario, l'interruzione definitiva di un accordo (impropriamente detta "revoca") estingue il rapporto: richiede, sul piano concreto, l'attivazione di una causa legittimante (quale potrebbe essere, astrattamente, una risoluzione consensuale ovvero ; conseguente al verificarsi di una condizione del contratto, o ancora, per sopravvenuta impossibilità dell'oggetto o per previsione di legge) e una motivazione particolarmente stringente, perché chiude di fatto canali di cooperazione scientifica, comprimendo la libertà accademica in ossequio ad uno specifico posizionamento politico (che l'università non dovrebbe assumere). In entrambe le ipotesi, l'Ateneo rimane esposto a profili di responsabilità: precontrattuale, nella misura in cui la scelta sospensiva o interruttiva interviene su degli accordi che preludono alla circolazione degli studenti e alla proliferazione dell'attività di ricerca condivisa; contrattuale, nella misura in cui l'università che viene meno al rapporto si considera inadempiente o si ritiene che ricorra abusivamente al recesso; da cd. contatto sociale, sotto il profilo pubblicistico, per la sottrazione della possibilità (su cui si

42 L'argomento è di vasta portata. Sia consentito rinviare a: A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato* op. cit.; M.A. Sandulli, *Autotutela*, in *Libro dell'Anno del Diritto*, Roma, Treccani, 177 ss.; F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici,* in *federalismi.it* (8/2017).

43 Il potere di recesso ex art. 11 co. 4, l.n. 241/90, secondo la giurisprudenza, è riconducibile al generale potere di revoca delle determinazioni amministrative poiché "non rappresenta altro se non la particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo iniziale anziché in forma unilaterale" (cfr. T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 20.12.2014, n.3141).

era creato legittimo affidamento) di svolgere determinate attività in ambito accademico.

Il test di legittimità, peraltro, non si esaurisce nella corretta tipizzazione dell'atto. Operano, da un lato, limiti endogeni, desumibili dal tenore dell'accordo (clausole su durata, cause di scioglimento, forza maggiore, compliance etica, meccanismi di consultazione) e, d'altro lato, limiti esogeni, riconducibili ai principi di cui all'art. 97 Cost. (legalità, motivazione, imparzialità, buon andamento) e al contesto sovranazionale nel quale la cooperazione si inscrive (libertà accademica, mobilità e diffusione delle conoscenze nello Spazio europeo della ricerca). Le conseguenze non sono trascurabili. In primo luogo, la motivazione di un atto amministrativo non può ridursi a un richiamo a valori etico-politici di relativa condivisibilità se poi l'atto in questione incide su valori costituzionali universalmente tutelati: la eventuale scelta deve necessariamente essere ricondotta nel novero delle finalità istituzionali dell'università, secondo ponderazione degli effetti sull'interesse pubblico della cooperazione cui si decide di rinunciare (programmi, borse, reti, doppi titoli). Inoltre, il principio di imparzialità impone di evitare misure che colpiscano in modo generalizzato interi sistemi accademici con effetti, sul piano concreto, discriminatori. Da ultimo, il buon andamento impone un giudizio di proporzionalità sostanziale[44].

Occorre, inoltre, procedere ad un effettivo bilanciamento tra l'autonomia universitaria e i vincoli ordinamentali di derivazione costituzionale ed europea. Vale, infatti, anche per gli atenei il principio secondo cui l'attività amministrativa è intrinsecamente funzionalizzata alla cura concreta degli interessi pubblici[45], nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico quale fine istituzionale dell'*agere* della pubblica amministrazione. Va da sé che l'esercizio dei pubblici poteri, nell'ambito dell'autonomia universitaria, non possa essere orientato da correnti ideologiche o politiche, ma debba rispondere alle ragioni ordinamentali che soggiacciono alla loro stessa attribuzione[46].

7. I vincoli giuridici e il rischio di derive ideologiche

Assunta la natura convenzionale degli accordi di cooperazione, la decisione di sospenderne l'esecuzione o di interromperli stabilmente — pur muovendo in un terreno pattizio — resta un atto dell'ente pubblico e, come tale, è vincolata ai principi di cui all'art. 97 della Costituzione. Ne deriva un doppio

44 Siamo perciò ben lontani anche dal potere generale della p.a. di disporre in autotutela, quale manifestazione cioè dell'autoritarietà attribuita alla pubblica amministrazione per la cura dell'interesse pubblico: cfr. G. Corso: A*utotutela (dir. amm.)*, in S. Cassese, (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006.

45 Come da risalente insegnamento di M.S. Giannini.

46 L'immanenza dell'interesse pubblico, anche in ipotesi ulteriori rispetto a quella di natura provvedimentale, ha già fatto più volte affermare alla giurisprudenza del Consiglio di Stato l' irriducibilità degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990 a meri "strumenti di matrice civilistica": C.d.S., sez. IV, 15 maggio 2017, n. 2256, 19 agosto 2016, n. 3653, 3 dicembre 2015, n. 5510; sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786, 14 ottobre 2013, n. 5000, in www.giustizia-amministrativa.it.

scrutinio: interno, in termini di legalità, motivazione, imparzialità e buon andamento; ed esterno, di coerenza con la cornice sovranazionale in cui si colloca la libertà accademica e la cooperazione scientifica, che lo spazio europeo della ricerca riconosce e promuove. La dimensione "europea" non aggiunge un potere, ma rafforza gli oneri di giustificazione: la compressione di canali cooperativi incide su un'infrastruttura istituzionale della libertà accademica, come emergente dal commento alla sentenza CEU, e si misura con obiettivi di mobilità e diffusione delle conoscenze richiamati nella Carta europea dei ricercatori.

In questo quadro, la motivazione non può risolversi in un rinvio a valori etico-politici, in sé rilevanti sul piano pubblico ma insufficienti a reggere una decisione amministrativa incidente su interessi accademici e su rapporti convenzionali. Essa deve esplicitare il nesso tra misura adottata e finalità istituzionali dell'ateneo, rendendo verificabili l'istruttoria compiuta, le ragioni di proporzionalità e la scelta del mezzo meno invasivo (per esempio, sospensione temporanea in luogo di cessazione definitiva, quando l'incertezza del contesto lo consenta). L'esigenza di motivazione si fa ancor più stringente quando l'accordo si inserisce in cornici pubbliche — come bandi intergovernativi, reti o programmi europei — poiché in questi casi la decisione dell'ateneo non incide soltanto su un rapporto bilaterale tra istituzioni, ma su strumenti qualificabili come vere e proprie politiche della ricerca, finanziate e programmate a livello nazionale o sovranazionale.

Il principio di imparzialità opera come presidio contro misure generalizzate che colpiscano interi sistemi accademici per appartenenza (nazionale o istituzionale) e non per condotte specifiche rilevanti rispetto all'oggetto e alle finalità dell'accordo. Una simile impostazione, oltre a incrinare la neutralità dell'università, rischia di tradursi in discriminazioni indirette che comprimono, di fatto, la circolazione delle idee e il pluralismo scientifico — il che, nella prospettiva europea richiamata dal caso CEU, si riflette sulla tenuta dell'infrastruttura che rende effettiva la libertà accademica. Ciò implica che misure "a blocco" adottate per ragioni meta-scientifiche, ove non puntualmente correlate a rischi o violazioni inerenti all'accordo, espongono l'ateneo al vizio di sviamento.

Quanto al buon andamento, esso impone un giudizio sostanziale di adeguatezza e necessità.

La prassi recente, in Italia e all'estero, dimostra come il rischio di derive arbitrarie non sia un'astrazione. Le delibere degli atenei italiani, spesso assunte in contesti di forte mobilitazione studentesca, hanno mostrato una polarizzazione che trascende l'oggetto specifico della cooperazione accademica, trasformando decisioni di natura amministrativa in scelte simboliche di posizionamento politico. Sul piano internazionale, l'ampiezza degli episodi di interruzione registrata dall'Associazione dei rettori israeliani rivela una dinamica analoga.

In questo quadro, il vero pericolo non è soltanto l'illegittimità formale, ma la progressiva torsione della funzione universitaria. Quando le decisioni di sospendere o revocare accordi si giustificano esclusivamente attraverso categorie

meta-scientifiche o valori contingenti, l'autonomia accademica rischia di essere svuotata della sua vocazione costituzionale, trasformandosi da garanzia di libertà e pluralismo a strumento di lotta politica. Il boicottaggio, nato come pratica simbolica di denuncia, può così degenerare in un atto di esclusione incompatibile con il principio di imparzialità che regge ogni decisione pubblica.

È proprio questa tensione che impone all'università di esercitare la propria autonomia entro i confini della legalità e della proporzionalità, evitando che la tutela dei diritti e dei valori si traduca in un impoverimento sistemico del sapere e della ricerca. Solo in questo modo lo spazio accademico può continuare a svolgere la sua funzione di garante del pluralismo scientifico e, insieme, contribuire alla tenuta dello Stato di diritto.

8. Il boicottaggio universitario è legittimo?

Se la legge attribuisce agli atenei la facoltà di stipulare accordi di cooperazione scientifica, ne consegue che la decisione di sospendere, interrompere o revocare tali accordi non può essere esercitata come espressione di una libertà priva di vincoli, ma deve rispettare il quadro costituzionale e amministrativo che sorregge l'autonomia universitaria. La scelta di aderire o meno a forme di boicottaggio non dovrebbe potersi trasformare in atto puramente politico, ma dovrebbe essere giustificata alla luce delle finalità istituzionali dell'università e dei principi di legalità e imparzialità che regolano l'azione amministrativa esercitata nelle forme consensuali.

È proprio la natura degli accordi in questione che, seppur discussa e – in un certo senso – ibrida, disvela le ragioni della illegittimità delle decisioni di sospendere o interrompere tali accordi: tale tipo di determinazione istituzionale, infatti, deve avvenire, nel rispetto del principio di legalità, entro i confini dell'attribuzione del potere di recesso ex art. 21-*sexies* l.n. 241/90, e non può risolversi in una scelta di natura politica o ideologica, peraltro in violazione altresì del principio di imparzialità dell'attività amministrativa.

In questo senso, il boicottaggio accademico appare nefasto non solo per i suoi effetti immediati sulle collaborazioni scientifiche, quanto per la sua sicura capacità di alterare l'identità stessa dell'università: da sede di ricerca e confronto critico a luogo di esclusione e divisione ideologica.

Pertanto, il boicottaggio si pone in netto contrasto con il quadro indicato sopra e i relativi provvedimenti che lo sostengono sono di dubbia legittimità.

La sospensione e la interruzione di accordi di cooperazione richiede un'istruttoria seria, idonea a dimostrare il nesso tra la misura e le finalità istituzionali dell'ateneo, nel caso concreto, insussistenti[47] non fosse altro perché la "ragion politica" prevale su ogni altra considerazione: prova ne sia che l'altra parte dell'accordo (cioè, l'ateneo colpito dalla misura) non è stata nemmeno sentita prima della decisione di interrompere il rapporto.

47 Si rinvia alla nota 1.

La motivazione non può ridursi a generici richiami a valori etico-politici: occorre una giustificazione proporzionata, con la valutazione di soluzioni meno invasive (ad es. sospensione temporanea invece che cessazione definitiva e persino promessa di non sottoscrivere accordi futuri).

Se gli accordi si inseriscono in programmi europei o intergovernativi, l'obbligo motivazionale si rafforza: la decisione dell'ateneo incide su politiche pubbliche della ricerca e non solo su rapporti bilaterali.

Il principio di imparzialità vieta misure generalizzate che colpiscano università in base alla loro appartenenza nazionale, pena la configurazione di discriminazioni indirette e la lesione del pluralismo scientifico.

Misure di "boicottaggio generalizzato" possono dunque configurare il vizio di sviamento di potere, essendo fondate su ragioni meta-scientifiche estranee agli scopi istituzionali della ricerca e dell'insegnamento.

Ed allora, appare chiaro, che le delibere di boicottaggio[48] sono rette da un movente *lato sensu* politico.

La decisione di interrompere rapporti universitari è di conseguenza illegittima perché contraria proprio sia allo Statuto delle singole università sia alla legge, i cui obiettivi non sono politici ma di ben altro tipo, vale a dire lo sviluppo della ricerca e specie i processi di internazionalizzazione.

Un punto deve essere enfatizzato. La politica estera è di competenza esclusiva dello Stato, cui spetta, secondo la Costituzione (art. 117), curare i rapporti internazionali: non risulta che il Governo abbia mai assunto decisioni improntate al boicottaggio dei docenti israeliani o dei centri di ricerca dislocati presso università israeliane. Quindi, siamo al cospetto di iniziative dal sapore ideologico ma di dubbia legittimità sul piano giuridico e, in teoria, foriere di conseguenze molto delicate sul piano della responsabilità degli amministratori pubblici che, violando la Costituzione, finiscono per usurpare decisioni che spettano allo Stato.

Sulla illegittimità di decisioni del genere si può menzionare, peraltro, un precedente specifico. Il Tribunale amministrativo di Granada, con ordinanza n. 223 del 14 giugno 2024, ha sospeso il provvedimento dell'Università di Granada che interrompeva la cooperazione con istituzioni israeliane, sulla base delle seguenti motivazioni: i) violazione del principio di non discriminazione e di neutralità/imparzialità degli enti pubblici; ii) lesione della libertà accademica (art. 103 Cost. spagnola); iii) contrarietà ai principi di pluralismo sanciti dallo Statuto universitario[49].

Potrebbe valere la pena allargare ancora il discorso per valutare le conseguenze per le università italiane in caso di accertata illegittimità di provvedimenti aventi ad oggetto misure di boicottaggio.

48 Qui il discorso si allarga anche al boicottaggio economico: si veda per esempio la decisione dell'ente Fiera del levante di escludere le imprese israeliane dalla esposizione dello scorso agosto.

49 Un precedente analogo era già stato deciso da un altro tribunale amministrativo spagnolo, con esiti simili.

Da un lato, l'illegittimità amministrativa può essere fonte di responsabilità contrattuale verso le università partner (e i singoli docenti) il cui accordo sia stato sospeso o comunque reso inefficace. Dall'altro, l'ateneo potrebbe essere esposto a possibili responsabilità erariali dei dirigenti e organi deliberanti. Quest'ultimo aspetto impone molta cautela da parte dei Rettori. La decisione (illegittima) di boicottare può arrecare un danno erariale all'ateneo pubblico derivante, ad esempio, dal mancato introito dei proventi previsti negli accordi annullati, sospesi o revocati, o dei servizi ad essi riferibili. Si pensi in tal senso all'art. 13 della legge 240/2010 (sulle Misure per la qualità del sistema universitario): «Ai fini di cui alla presente lettera, sono presi in considerazione i parametri relativi all'incidenza del costo del personale sulle risorse complessivamente disponibili, nonché il numero e l'entità dei progetti di ricerca di rilievo nazionale ed internazionale assegnati all'ateneo».

9. Conclusioni

Quando la cooperazione scientifica entra nell'orbita della legalità amministrativa, la scelta di interrompere o sospendere diventa l'esercizio di un potere pubblico che pretende istruttoria, motivazione, proporzionalità, imparzialità.

In questo senso l'autonomia non è uno scudo, è una responsabilità rafforzata. L'università può pronunciarsi, ma solo nei linguaggi e nei limiti del diritto. Diversamente, l'autonomia si piega a fini estranei e il provvedimento scivola verso un vizio dell'atto amministrativo noto come sviamento di potere. La stessa nozione di autonomia ne sarebbe compromessa e legittimerebbe anche interventi ortopedici da parte dello Stato: parafrasando una autorevole dottrina, l'università è autonoma nella misura in cui è in grado di autogovernarsi (o di autodeterminarsi)[50].

Infine, sulle origini poco lusinghiere del movimento BDS, cui i sostenitori del boicottaggio si ispirano, andrebbe poi aperto uno squarcio anche da un punto di vista storico e non perché sul piano giuridico debba interessare la genesi di un movimento ma per confermarne la natura discriminatoria. La letteratura sul punto è piuttosto cospicua[51] sebbene non sia questa la sede per una discussione che richiederebbe ben altri spazi.

---

50 U. Pototschnig, *L'autonomia universitaria: strutture di governo e di autogoverno*, in AA.VV., *L'autonomia universitaria*, Padova, 1991, ora Id., *Scritti scelti*, Padova, 1999, pp. 823 ss.

51 E. Cannon, *The BDS and Anti-BDS Campaigns: Propaganda War vs. Legislative Interest-Group Articulation*, in *Jewish Political Studies Review* 30, no. 1/2 (2019): 5–64. https://www.jstor.org/stable/26642823.

J. Herf, "*Antisemitism and the Academy since 9/11*" in J. Herf, *Three faces antisemitism: Right, Left and Islamist,* Routledge 2024, pp. 227-236.

D. Hirsh, *The Rebirth of Antisemitism in the 21st Century. From the Academic Boycott Campaign to Mainstream,* Routledge, 2023.

Michael Yudkin (2007), *Is an academic boycott of Israel Justified*?, Engage Journal, https://engageonline.wordpress.com/2015/11/04/is-an-academic-boycott-of-israel-justifiedmichael-yudkin-engage-journal-special-issue-april-2007/.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Carla Acocella
Università degli Studi di Napoli Federico II
carla.acocella@unina.it

Implementing European law principles in the framework of transformations of the relationships between national legal systems and EU law. Reflections on the Ruling of the Italian Constitutional Court No. 181/2024

Abstract

The Paper aims to analyze the issue of implementing European law principles within the national legal systems, as a phenomenon related to the expansion of the fields of European action. This expansive trend produces a transformation of the coordinates within which the dialogue between the European and national legal systems is placed, in particular with regard to the impact of the Charter of Fundamental Rights of the EU (directly applicable and therefore cause of expansion of the area of possible conflicts with domestic law), the growing protection of the fundamental rights of European citizens, and the tendency to formalize European Law Principles in primary European law with their express provision in the treaties and with the attribution to them, to many of them, of a constitutional value.

In this context the judgement of the Italian constitutional Court n. 181/2024 fits in. The paper will move from its reasoning in order to show the interaction between all this issues, that are not lying on the ground of the dialogue between legislators (European and national) and judges, but highlight the need to refer the implementing dimension of European law principles to the dialogue between administration and national (common) judges. According to the ruling's reasoning, the inadequacy of the disapplication tool in order to effectively defend the primacy of European law would arise, among others, precisely in the cases where public administration continues to apply uncertain and controversial provisions. On the other hand, the judgement deals with one of the general principles, namely the non-discrimination principle, which appears as a paradigmatic field of analyses of issues such as those here mentioned.

Keywords: eu law implementing processes - national public administrations - plurality of actors - transformation - non-discrimination principle.

Index: 1. The plurality of actors involved in implementing EU law principles. – 1.1. The fundamental role played by Courts. – 2. The facts at issue in the Judgement no. 181/2024 and the role of non-discrimination principle. – 2.1. The "Constitutional Tone", the relationship between European and national legal systems and the role of public bodies. – 3. Critical issues raised by the Ruling and the impact of Transformations. – 4. Confusion of roles and crossing the boundaries between powers.

1. The plurality of actors involved in implementing EU law principles

There are many perspectives of analysis to address the issue of the application of the principles of European law in national administrative law. Among these, the one adopted in this essay, mostly focuses on the interaction within that process between different and several actors, additional than administrations. The perspective herewith proposed also stresses – as it will be underlined – the value and the effects of transforming factors on the said implementing process.

On a general point of view, this approach might appear to be a somewhat different perspective from the most usually proposed with regard to the implementation of EU law principles, looking at the latter as an hermeneutic operation which refers the process at issue essentially to a matter for national administrations, if not confined to the activity of national administrative authorities.

Neverthless on a closer inspection, attention paid to a plurality of actors involved in the implementing dynamic is fully coherent with the purpose – which underlines the subject of reflection to which we are called[1] – to exhibit national administrative legal systems as a field of application of european law principles.

In this perspective, on one hand, it is worth noting that the administrative activity itself cannot be reduced to a mere execution of legal provisions, and in this sense the idea that powers conferred to public bodies are exhausted in a pure law-execution must be considered definitively outdated. The same idea of the incompleteness of the normative level[2], that needs to be completed through the administrative procedure, and therefore through a job which is partly a creative one[3], militates in this direction. These are all outcomes that the so-called "Result-based Administration" helps to corroborate, in particular by paying attention to the result as an essential reference in the exercise of administrative activity, as an element that is placed within legality, so that the legality itself is not only compliance with the regulatory provisions but also a tool to assess the consistency with the objective

1 This Paper develops the reflection carried out in the context of the Conference "Implementing European Law Principles in National Administrative Law", that took place at the University of Rijeka, Faculty of Law, on 17 and 18 February 2025.

2 On the incompleteness of the legal provisions (conferring administrative powers) see A. FALZEA, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999; M. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Dir. Amm.*, 2000, 131 ss.

3 On this aspect it is worth mentioning the position taken by G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994, 371: "Administration is not execution of laws, as well as it is not economic freedom. It cannot accept orders given by the law-maker, but neither can it impose on the market rules that it does not accept and make its own. In reality, the administration receives regulatory impulses from one or the other of the spheres just mentioned, and it is its prerogative to derive from the comparison between the directive of the legislator and the market convention, which constitutes precisely its own code".

whose pursuit legitimizes the power of the authority[4]. In line with the approach that is being considered, it is clear that the implementation of the principles emphasizes, even more than the implementation of the rules, this creative rather than executive role of public administration. Actually, within principles' implementation the public administration contributes to creating the rule of the concrete case[5], in accordance with the idea of the growing complexity of the context in which public bodies are called to exercise active administrative functions[6]. Convergent with the value exhibited by legal principles in the governance of complexity, appears the role played by them within the whole modern administrative law and the system which binds EU Law and Member States' legal systems, since they appear – thanks to their indeterminacy – to be able to bring back to a system the complex and disordered set of sources characterizing the law of our time, and to allow administrative law to be reconstructed beyond the boundaries of state law[7].

---

4 On the polisemic notion of "Result-based Administration", see the wide analysis of M. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Napoli, 2003; and most recently M. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 2024, 206 ss.; M. Spasiano, *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, del risultato, alla prova del correttivo*, in *Federalismi.it*, 2025, 10, p. 191 ss.; M. Trimarchi, *Il risultato dell'amministrazione: un quadro d'insieme*, in *Dir. Amm.*, 3/2025, 803 ss.. On the subject see also A. Police, *Amministrazione "di risultati" e processo amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (cured by), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 102 ss.; A. Romano Tassone, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (cured by), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 11 ss.; L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 64. On the case-law that refers to the mentioned deviation from the goal (result), instead of a mere formal legality, as a parameter of judicial assessment, see TAR Campania, Napoli, Section V, 17.5.2019 n. 2616; Section VII, 28.7.2014 n. 4339; TAR Lombardia, Milano, Section III, 8.6.2011 n. 1428. The "Result-based Administration" as a canon is at the core of the Ruling of italian constitutional Court n. 32 of 2024, which rejected the complaints of constitutional illegitimacy raised against the law which temporarily limited the administrative responsibility of public officials before the Corte dei conti, by revealing the contradictions that concern, on the one hand, the need for efficiency in the administration, and, on the other hand, the complications that derive from too many rules and the complexity of the job of the public administrator in modern "society of risk". For a comment on the judgement see F. Cintioli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024*, in *Federalismi.it*, 2024.

5 On this point see again M. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, cited.

6 A. Zito, *La funzione amministrativa nella riflessione giuridica: una nozione meramente descrittiva o connotativa?*, in *Ceridap*, 2/2024, 228 ss.

7 A deep analysis of the value exhibited by principles in the framework of EU administrative law is carried out by D. De Pretis, *I principi nel diritto amministrativo dell'Unione europea*, in M. Malo, B. Marchetti, D. De Pretis (cured by), *Pensare il diritto pubblico: liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Trento, 2015, 123-152, who, on this points, refers to Schmidt-Aßmann's position (expressed in *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Ein Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und zukünftigen Aufgaben*, Tubingen, 2013) about the aptitude of principles in the Community context to go beyond the merely programmatic dimension that characterizes them at national level and to act as real legal norms. On the topic see also G. Della Cananea, C. Franchini (cured by), *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017; C. Franchini, *I principi applicabili*

On the other hand, the implementation clearly appears as a task, as a role, that involves many more actors than national administrations: namely national courts, and among them, not only "common judges"[8], but of course, even constitutional courts[9], and law-makers[10], as I will try to clarify later on.

1.1. The fundamental role played by Courts

In this perspective the choice to draw the subject for analysis around the themes of the role played by national jurisdictions; administrative disputes or the functions performed by national high administrative courts, easily shows that the debate about the EU principles implementation involves the jurisprudential dimension as a fundamental factor of the application of such principles[11]. In this sense it is worth pointing out that the opening provision laid down by the Italian Code of Administrative Process, within the scope of a rule dedicated to the "effectiveness"[12], provides that "Administrative jurisdiction ensures full and effective protection in accordance with the principles of the Constitution and European law". Therefore, the principles clearly represent the perimeter within which the role of guaranteeing normative consistency carried out by the judges is called upon to take place.

---

ai procedimenti amministrativi europei, in *Riv. it., dir. pubbl. com.*, 5/2003, 1038 ss.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006; J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e "nuova" Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1279 ss.. On the issue, in order to underline the influence of the european Law on the structuring process of administrative law principles see A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 730; G. POLI, *I principi nel diritto amministrativo. Tracce di un cambiamento in corso*, Napoli, 2023.

8 Just in order to mention one of the main problems arising within the implementation processes in national laws of rules and principles imported from supranational legal contexts, reference can be made to the debate about the consistency of jurisprudential intepretation and about the role of national common judges in fighting normative inconsistencies: see among others, G. MARTINICO, *The Importance of Consistent Interpretation in Sunational Constitutional Contexts. Old Wine in New Bottles?*, in *Perspectives on Federalism*, 4, No. 2, 2012, 269-293.

9 About the role of constitutional Courts, see, among others: E. LAMARQUE, *Interpreting Statutes In Conformity With The Constitution: The Role Of The Constitutional Court And Ordinary Judges*, in *Italian Journal of Public Law*, October 2010, Vol. 2, No. 1, at *http://www.ijpl.eu/*; G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 3 (2002), 398; o O. CHESSA, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (cured by), Torino, 2002, 420 ss.

10 The matter at issue however poses a problem of regulation and rule-making. See on this point, S. CASSESE, E. D'ALTERIO, *Introduction: the development of Global Administrative Law*, in *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, 2016, 1-21; according to them: "in the global perspective, the concept of publicness is also subject to change, because it is influenced by the State in connection with global regulators. The State remains the protagonist, but new actors play the part of deuteragonist (or vice versa)".

11 On the role of national common judges in implementing EU law principles, see among others M. D'ALBERTI, *Principi del diritto europeo e giurisprudenza amministrativa*, in G. Pellegrino e A. Sterpa (cured by), *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Roma, 2014, 277 ss.

12 Article 1 of the Code of Administrative Process is entitled "Effectieness".

A further reason for the significant protagonism of judges in principles implementation process is even intuitive: protection of rights at national level is entrusted to the national judge, so the principles of European law end up finding application even in matters mainly and tipically national[13].

Another aspect concerning the role of judges in the implementation process consists in the fact that national case-law becomes a tool of application and contextual definition of European administrative law, in accordance with a dynamic described as follows. The application and the construction of the principles of European law performed by national judges, has been revealed to be also a phase of construction of European administrative law, which is in turn an osmotic process between different national legal systems (specifically a reconstruction of the solutions adopted in national – Member States' – legal systems on the basis of a selection), in short corresponding to a transition from national legal systems to the European legal order (bottom-up) and their subsequent return from the latter system to the national legal orders (top-down), although they cannot be described as automatisms[14]. In the framework of this osmotic dynamic – back and forth – the European Court of Justice carries out, as it is well known, a creative work, but its contribution is then integrated with the one provided by national judges. More specifically, the Court incorporates into European Law as european principles, principles found in national law on the basis of a selection, which usually takes place on recurring principles in national legal systems. Neverthless, beyond this quantitative recurrence, there are cases in which the selection can also identify values appearing useful for the purposes of European Law but conflicting with general principles common in the Member States[15] or developed, for example, only within a particular legal system.

At this point, and moving back to the plurality of actors involved in the principles' implementation, as process not concerning only public administrations, neither only judicial authorities, it has to be bear in mind that the definition of administrative law itself (even in a mere domestic horizon) implies reference to rules conferring powers on public administrations, and therefore to the

13 In this perspetive two reasons have been outlined (D. DE PRETIS, *I principi nel diritto amministrativo dell'Unione europea*, cited): the one reffered in the text, namely the entrustment of judicial protection of rights to national judges, and a first one, related to the need to avoid discrimination whenever the application of European law results in more favourable legal treatment than the one reserved for the same situation by national law. The Author adds that "the coincidence between the national level of the europeam jurisdiction and the national jurisdiction explains why European principles end up imposing themselves even in exclusively national matters". On the matter see also G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1153 ss.

14 D. DE PRETIS, *I principi nel diritto amministrativo dell'Unione europea*, cited, 139-140.

15 This is the case paradigmatically represented in the well known Kobler Ruling (ECJ, Cause C-224/01, 30.9.2003) where the liability of States for damage caused by the exercise of judicial powers contrary to European law was affirmed despite the limitation of liability for judicial activity recognized in all legal systems of Member States.

law-maker as an additional actor, and to the dialogue between national laws and European law with a specific regard to the principles of the latter. More options at this point arise within a range of hypothesis from conformity to conflict between European Union law (and its principles) and national administrative laws. That national administrative law is a natural framework for the application of these principles of European Law is clear by the "return" of the principles of European law to national legal systems. The "descending" process, being not an automatic entry of the european principle into national legal orders, often involves an expansion of the principle beyond the areas pertaining to European law, so that principles' implementation becomes constant even in cases of mere domestic law[16]. Therefore implementing european law principles in national administrative law also becomes the issue of solutions put in place in national legal systems to ensure the compatibility of domestic administrative rights with the principles of european law, or to overcome the conflict between them; ranging those solutions from: the duty to disapply national law conflicting with EU law and the duty to interpret national law in conformity with EU law, with the possibility for preliminary ruling when necessary[17]; a limited use of constitutional legitimacy proceedings before the constitutional court – in accordance with the balance established by Granital ruling[18], that is – limited to: hypotheses in which a conflict between national provisions and european rules not directly applicable/self-executing arises, and Articles 11 and 117 of italian Constitution represent the scrutiny parameter; cases in which a conflict between european provisions and fundamental principles of the italian Constitution arises, and there is therefore the possibility of activating the so called "conunter-limitis". As well known, a further room for the proceedings of constitutional legitimacy has been opened in cases of "dual preliminarity" – *id est* in cases of disputes that may give rise to questions of constitutional illegitimacy and, simultaneously, to questions of consistency with european Law[19] – when

16 G. Falcon, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, cited.

17 On the "European Path", see R. Mastroianni, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *EP,* 2020, 493 ss., where the Auhor refers to that path the solution (of conflicts between national and european legal provisions) provided by the Granital Ruling, in accordance to which, whereas the European rules at issue have direct effect and the conflict cannot be resolved by way of interpretation, national judge has to proceed with the disapplication of national rules, whatever their rank in the national legal system and without prejudice of the so called "counter-limits". The expression "domestic path", on the other side, refers to the intervention of constitutional Court in the framework of constitutional legitimacy proceedings of a national provision conflicting with articles 11 and 117 of italian Constitution, so that, in the event of ascertainment of the conflict, the internal rule is removed from the legal system with effects *erga omnes*.

18 C. cost. 8.6.1984 n. 170 commented by A. Tizzano, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario … vent'anni dopo*, in *Foro it*., 1984, I, 2062 ss.

19 See, for the textual passages here repoted, the well known ruling of constitutional Court n. 269 of 2017. On the so called "Dual Preliminarity" established by the Italian constitutional Court in its judgement No. 269/2017, the literature is boundless. See, among others, G. Tesauro – P. De Pasquale, *La doppia pregiudizialità*, in C. Iannone – F. Ferraro (cured by), *Il*

the question involves (as parameter of scrutiny) the Charter of Fundamental Rights and the fundamental rights protected by national constitutional provisions[20]. In those cases the national judge must refer the matter to the constitutional Court, but he can also, at any time, raise the questione before the European Court of Justice, so that the primacy of European law is saved. As widely known, the subsequent case-law has corrected the sharpness of the said position, admitting that there is a room for a choice by the common judge between the so called domestic and european path only when the issue of consistency is referable to the Charter of Fundamental Rights or to acts of European Law related to the said Chart, while for other issues the model appliable is the one provided by Granital case[21]. As it appears clear, a complication within the implementation process (as based on the dialogue between the two paths) is of course represented by the Charter of Fundamental Rights of the EU. The latter has in fact enlarged the area of possible conflicts with the national legal orders and laws, not only thanks to its direct applicability, but also by mean of the fact itself that is has allowed the european jurisdictions to deal with fundamental rights, which are right at the heart of national constitutions[22]. Thus, cases of

---

rinvio pregiudiziale, Torino, 2024, 341 ss.; G. Scaccia, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost*., 2017, 6, 2948; A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost., n. 269 del 2017)*, in *Riv. Dir comparati*, 2017, 3, 234 ss.; G. Repetto, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale e comunitaria), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 6, 2017, 2955-2965; C. Caruso, F. Medico, A. Morrone, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020; R. Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 1, 2014, 1-34.; R. Bin, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 2020; G. Martinico, *La doppia pregiudizialità nel diritto comparato*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 3, 757-774; L. Lorenzoni, *The Doctrine of dual Preliminarity in the case-law of italian administrative Courts*, in *Italian Journal of public Law*, 2023, 41-68.

20 See M. Cartabia, C*onvergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in*Rivista AIC*, n. 4, 2017, pp. 1-17, and M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia (cured by), *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, 13-66; A. Barbera,*La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in*Rivista AIC*, n. 4, 2017, 1-27.

21 For a summary of the solution embraced by the subsequent jurisprudence and represented by the concurrence of remedies, "more suited to the needs imposed by the european Law" see R. Mastroianni, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione*, in *Quad. Aisdue*, 1/2025, 1-29. On the subject at issue see also F. Ferraro, *Giudice nazionale, centro di gravità e doppia pregiudiziale*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, Napoli, 2021, 511 ss.). See also P. Gambatesa, *Reversing or Updating Granital? La nuova "regola 181" nell'ambito dei rapporti interordinamentali (in margine a Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2024)*, in *Osservatorio cost*., 2025, 30, 152 ss.

22 On these profiles see P. De Pasquale, O. Pallotta, *In tempi di sovranismo la Consulta difende il primato del diritto dell'Unione europea (e l'autonomia dei giudici)*, in *EuroJus*, 4/2024, 172-185.

intertwining between competences of the two jurisdictions can often occurr as well as cases of non-application of domestic rules on the basis of disparate and divergent interpretations of the content of fundamental rights recognised by the Charter of Nice, with undeniable repercussions on the domestic constitutional order[23].

Actually through the involvement of national legislator and national laws as interpreters of the overall implementing process of european law principles, involvement of further actors arises: administrations applying national law (in particular provisions conferring powers) and which are obliged to apply self-executing provisions; common national courts on which the same obligation is incumbent; even constitutional courts, as is the case at issue in a recent ruling adopted by the italian constitutional Court, and in its subsequent case-law.

2. The facts at issue in the Judgement no. 181/2024 and the role of non-discrimination principle

The ruling issued last Novembre by the italian constitutional Court in fact shows how all these several level of relevance of implementing process (of European Law principles) are intertwined. This intertwining confirms, on one hand, the premise from which this study moved, that is the plurality of actors involved at the same time in the said process: national law-maker, public administration, national (very often administrative) common Courts, constitutional Courts. On the other hand, in order to solve the matter at issue in the judgement before the Italian constitutional Court, a peculiar principle of European Law appears decisive, that is the non-discrimination principle[24]. This is a para-

23 R. Mastroianni, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, cited. See again also P. De Pasquale, O. Pallotta, *In tempi di sovranismo la Consulta difende il primato del diritto dell'Unione europea (e l'autonomia dei giudici)*, cited.

24 Just as in this ruling, in other decisions of the strand at issue the question of the principle of non-discrimination has been raised. See constitutional Court. Ruling No. 15/2024, about the discriminatory consequences on the basis of nationality produced by regional legislation which made the allocation of a contribution for the purchase of a home as a primary residence subject to the requirement of the absence of property in the national territory or abroad: A. Ruggeri, *Ancora in tema di tecniche di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali self-executing (a prima lettura di Corte cost. n. 15 del 2024),* in *Consulta online,* 2024, 305 ss.; L.S. Rossi, *Il nuovo corso della Corte costituzionale italiana sui rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea: è davvero una questione di "tono"?,* in *Federalismi.it,* 2025, 14; O. Scarcello, *Un altro passo nel processo di riaccentramento del sindacato di costituzionalità eurounitario. Nota a Corte cost., sentenza n. 15 del 2024*, in *Osservat. cost.*, 2/2024, 280 ss. See also constitutional Court., Ruling No. 1/2025, in which the question referred to the Court concerned the requirement of ten-year residence in order to access contributions relating to public housing, regulated in such a way as to violate the principle of equal treatment between long-term residents and national citizens: on it see again L.S. Rossi, *Il nuovo corso della Corte costituzionale italiana sui rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea ... cited.* See also constitutional Court, Order No. 21/2025 cit., by which the Constitutional Court suspended the proceedings to put a preliminary question of interpretation to the Court of Justice regarding the compliance of some provisions of the 2023 Budget Law with the EU Reg. 2022/1854, for having the domestic legislation extended the set of recipients of the "solidarity contribution", with respect to the one identified by the

digmatic principle, since it appears as a typical area of intertwining issues, such as those above mentioned. First of all, the exemplary value of non-discrimination expresses the reason itself underlying the above mentioned phenomenon, that is the expansion and the relevance of european law principles even in mere domestic affairs, since it is necessary to avoid discriminations by preventing a more favorable treatment producted by an european law principle than the one provided by national provision for the same situation[25]. On the other hand, a significant part of administrative activities consists in managing selective procedures and therefore competitive comparisons (for instance public tender), which brings out the issue of respect for the principle of equal treatment and non-discrimination, and therefore appears as a natural reason to focus on them. In the case of the judgement at issue the administrative judge has in fact recognized a conflict between the national discipline on which an internal competition for the qualification of police inspector had been based and the european prohibition of discrimination on the basis of gender in workplace[26].

The issue subject of the constitutional Judgement No. 181/2024 has arisen from a dispute before the Italian High administrative Court[27]. The appeal had been filed by some assistants of the Penitentiary Police Corps against the

---

European law: s. L.S. Rossi, *cited*; P. Gambatesa, Reversing or Updating *granital? La nuova "regola 181" … cited*. Also constitutional Court Ruling No. 31/2025, resolves a proposed conflict between the Italian legislation on citizenship income, in particular in the provision of the requirement of ten-year residence for the purposes of receiving the benefit, and the principles of European law of equal treatment and non-discrimination on grounds of nationality: on it see L.S. Rossi, *op. cit.*; P. Gambatesa, *op. cit.*; e C. Amalfitano, *"Tono costituzionale": formalmente conciliante, sostanzialmente preoccupante. Brevi riflessioni a partire dalla sentenza costituzionale n. 31/2025*, in *Riv. del contenzioso eur.*, 2025, 1, 1 ss.

25 D. De Pretis, *I principi nel diritto amministrativo dell'Unione europea*, cited above, 144.

26 The non-compliance with the non-discrimination principle was in the judgement referred to: the Directive 76/207/EC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, which was subsequently replaced by Directive 54/2006/EC; the Directive 2000/78/EC; the Charter of Fundamental Rights (Articles 21 and 23) and the Treaty on the Functioning of the European Union (Article 3, par. 2, and Article 8).

27 To be more precise, the role of the High Administrative Court has been played in the framework of a procedure called "Extraordinary Appeal to the Head of State". While adopting the opinion, provided for by Presidential Decree No. 1199 of 24 November 1971, by Order No. 1449 of 8 November 2023, the Council of State, I Section, ascertained a conflict between the national law appliable to the public selection at issue and the european provisions. It is worth mentioning that the debate on the administrative or judicial nature of the remedy at issue has been strengthened by the legislative amendment (by means of Law No. 69/2009) of the Articles 13 and 14, D.P.R. No. 1199/1971 cited, in particolar by foreseeing the possibility for the Council of State to raise questions of constitutional legitimacy before the constitutional Court. On the procedure, see among others, F.G. Scoca, *Osservazioni sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, p. 11; S. Battini, *Aggiornamento sul ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'ircocervo esiste*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 12, 2014, 1177-1188; M. Carrato, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: uno strumento alternativo alla giurisdizione. Dalla Corte costituzionale all'adunanza plenaria n. 11/2024*, in *Federalismi.it*, 14/2025; A. Carbone, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Diritto Processuale amministrativo*, 1, 2015.; G. Martini, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la legge n. 69/2009*, in *Giust. amm.*, 2010, 689-716.

approval of the final ranking of an internal competition for several (hundreds) posts in the bodies of the penitentiary police, for the male role of inspectors, and against the prerequisite acts. The administrative acts were considered to be in violation of the law, specifically for breach of the principle of non-discrimination on the basis of gender, both with regard to EU law provisions and with regard to national law provisions[28]. At present case, the Council of State, even if had expressly recognized self-executing provisions[29], did not choose the european path, by setting-aside the national conflicting rule or carrying out a conforming interpretation of it. The national provisions at issue[30] were disputed for allowing administrations to adopt discriminatory measures on the basis of gender (in that case, notice and final ranking), distinguishing the Italian Law the posts to be put up for competition in the position of inspector of the penitentiary police corps, within the organic endowment of the bodies, according to the gender.

The national provisions have been challenged by the administrative judge within the referral order, cause of an alleged breach of the Italian Constitution under Article 3 – by means of which it would seem conflict with the principle of equality and to be devoid of any reasonable justification – and under Article 117, first paragraph, indicating as interposed parameters, Directives 2000/78/EC and 76/207/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation and Articles 21 and 23 of the Charter of Fundamental Rights of the EU, relating to the principles of non-discrimination and equal treatment between men and women.

2.1. The "Constitutional Tone", the relationship between European and national legal systems and the role of public bodies

Faced self-executing european provisions, the italian constitutional Court, in order to justify its own competence, while safeguarding the principle of primacy of EU law, observes that "it is necessary that the question posed by the referring judge exhibits a 'constitutional tone', due to the link with interests or principles of constitutional importance". In this sense, the constitutional tone would appear as a filter of admissibility of the questions raised to the Constitutional Court, a basis for choosing and preferring the internal rather than

28 In particular the national provisions at issue were Articles 3, 51 and 57 of the italian Constitution.

29 On the subject the literature is boundless. See P. Pescatore, *The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Desease of Community Law*, in *ELR*, 1983, p. 155; R. Mastroianni, *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi interne?*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3503 e ss.; R. Mastroianni, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Diritto dell'U.*E., 3/2007, 585 ss.; R. Mastroianni, *Efficacia "orizzontale" del principio di eguaglianza e mancata attuazione orizzontale delle direttive comunitarie*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2006, 442 ss.; A. Pace, *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, 451 ss.

30 The national discipline was laid down by a Legislative Decree no. 95/2017 (art. 44, paragraphs 7 to 11).

the European path. Some perplexities have been raised on this point, as will be said in more detail later on[31]. But in general those perplexities are due to an envisaged marginalization of the "european path", by means of an alleged encouragement of access to the proceedings of constitutional legitimacy. Neverthless, it is worth mentioning that the "constitutional tone", can act as a deflationary tool[32] instead of an incentive to the access to the constitutional Court, not being an unknown processual tool, but having been borrowed from the scientific debate on the conditions of admissibility in the framework of conflicts of attribution between the powers of the State or between the State and the regions.

In the exhibition of the "constitutional tone", the principle of equal treatment between men and women has a decisive influence, since the principles of non-discrimination and equal treatment between men and women, as the Court expressly recognizes, "invests fundamental principles in the constitutional design", and "with those principles interacts in the review that this Court is called to carry out in the in the light of Article 3 of the Constitution, in a perspective of effectiveness and integration of remedies/guarantees"[33].

The perspective is therefore the integrated contribution of judicial remedies, which involve the national administrative judge and the constitutional Court, both "committed to implementing European Union law in the Italian legal system, each one with its own instruments and each one within the scope of their respective competences"[34]. In a context of concurrence of remedies, in which the choice is therefore left to the common national judge (in this case the administrative one), according to the Court opinion there are, however, reasons to prefer the judgment before the Constitutional court over other paths. On this point, the Courts states that "The dialogue with this Court, activated in order to issue ruling *erga omnes*, shows to be very appropriate, whenever the law (national) at issue gives a too wide room for interpretation; or whenever public administration goes further to apply the disputed law or the interpretative issues are likely to have a systemic impact, and to produce their effects beyond the concrete case; or whenever it is

31 Critical concerns have been raised by R. Mastroianni, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione*, cited; F. Ferraro, *La Consulta si affida al "tono costituzionale" per estendere il suo controllo (anche) sulle norme dell'Unione provviste di effetto diretto*, in *EJ*, 4, 2024, 160 ss.; A. Ruggeri, *La doppia pregiudizialità torna ancora una volta alla Consulta, in attesa di successive messe a punto (a prima lettura di Corte cost. n. 181 del 2024)*, in *Consulta on line*, III, 2024.

32 As P. De Pasquale, O. Pallotta, *In tempi di sovranismo la Consulta difende il primato del diritto dell'Unione europea (e l'autonomia dei giudici)*, cited, conveniently do, by recalling the formula used by C. Mezzanotte, *Le nozioni di «potere» e di «conflitto» nella giurisprudenza della Corte Costituzionale,* in *Giur. Cost.*, 1979, 110 ss., in particular 113, in order to show that the "constitutional tone" has been already used, in the past, in the framework of a "restrictive approach" to the eligibility cases of conflict to raise before the constitutional Court (Rulings No. 10/2017 and 129/2019 cited in the Paper.

33 So the Ruling No. 181/2024 cited, par. 6.3.

34 See, on it, constitutional Court, Ruling No. 149/2022, par. 2.2.2. cited in the Ruling No. 181/2024, and also Ruling No. 15/2024, No. 20/2019, par. 2.3.

necessary to carry out a balance between principles of constitutional nature".

Thus, in this reasoning, the administrative action in the light of national administrative law appears relevant. As well known, among operators obliged to apply self-executing EU law provisions, to set-aside national provisions conflicting with the former, there are for sure public administrations, besides judges. Neverthless, a going on use and application (by public bodies) of national rules conflicting with EU law can also occur, due to the "lack of awareness of the aforementioned conflict or due to an interpretation that deny the conflict existence"[35]. And these interpretative processes are left every day to public administrations, who are called to apply – in the creative manner above mentioned – national administrative law[36]. This last outcome (in terms of variety of outcomes of this interpretive operation and inability to unequivocally identify the hypotheses of conflict) is so true that the administrative judge, by raising the question before the Constitutional Court, pointed out that in other judgments (on analogous issues) any conflict with the constitutional and EU law principles has been denied[37]. Besides this, doubts about the direct effectiveness of the EU law applicable could arise: here it's clear that the "internal or national" path, meaning the raising of the constitutional legitimacy question, allows to eliminate all uncertainty. And in this perspective the Italian constitutional Court goes so far to admit that the question of constitutional legitimacy can be declared well-founded, in the presence of a conflict between domestic law and european law, regardless of the direct effect/self-executing nature of the European provisions at issue. Within the scope of this reasoning, a decisive argument seems to be the legal certainty[38]: for the benefit of legal certainty it is proper to choose, among several remedies provided and available (and aimed to ensure uniform application of EU law), the removal from the national legal system of the rule conflicting with the principles of EU law, through a constitutional illegitimacy ruling, which is a tool provided with binding effects towards everyone. And those effects will bind not only all national courts, but also all public administrations. In conclusion the constitutional Court refers to a strengthening of the EU law primacy through constitutional guarantees, "in a relationship of mutual enrichment"[39].

35 In these terms in the Ruling No. 181/2024 cited (par. 6.5.), the benefits of an appeal to the constitutional Court are outlined.

36 About the obligation of disapplication incumbent upon public bodies, as well as on the judge, in the context of the reflections conducted downstream of the Ruling of the constituzional Court No. 15/2024, see O. Scarcello, *Un altro passo nel processo di riaccentramento del sindacato di costituzionalità eurounitario*, …cited and A. Ruggeri, *Ancora in tema di tecniche di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali* self-executing …*cit*.

37 See in these terms the par. 6.6. of the Ruling No. 181/2024 cited.

38 On a more general level of reflection, about the legal certainty P. Grossi, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Annuario Aipda 2014*, Napoli, 2015, 1 ss.

39 See the final part of par. 6.5. in Ruling No. 181/2024 cited. With regard to the need to give priority to legal certainty in the solution of problems, see M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

As it is easy to see, all these statements of the Court relate to the profile of the method.

As regards the substantial profiles, the constitutional Court finds the illegitimacy question well-founded, because there is a conflict with Article 3 of the Constitution (which lays down the equality principle), and with a fundamental principle of EU law according to Article 2, and Article 3, para. 2 TFEU, as well as "according to the case-law of the Court of Justice". In particular, Directive 2006/54/EC detailed this principle by providing (Article 14) that "any direct or indirect discrimination on grounds of sex in the public or private sectors, including bodies governed by public law, shall be prohibited as regards: a) the conditions of access to employment and occupation... as well as promotion". The disputed italian law discriminated against access to the role, but such discrimination against women, has been deemed not pursuing "a legitimate objective, linked to the need to preserve the functionality and efficiency of the Penitentiary Police Corps" and therefore conflicting "with the canon of proportionality, precisely because of the breadth of the gap it generates". The relevance of the proportionality principle[40], is fully clear. In addition, the recognized unequal treatment generates "distorting effects that affect the efficiency of the administration itself"[41]. On this specific point, it is possible to notice a convergence between a principle of European law and a fundamental internal principle, that of efficiency of administrative action.

The same method scheme is reproduced by the Court in other Rulings, for instance Rulings No. 1 of 2025 and No. 7 of 2025[42], respectively relating to: a case of a regional law[43], assumed conflicting with the principle of non-discrimination between holders of long-term residence permits and Italian citizens in access to public housing and other social benefits; and a case of

---

40 On the principle at issue see A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 315 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012; S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Torino, 2023.

41 See par. 17 of the Ruling No. 181/2024. Some remarks about the effects on the principle of good performance of the Italian regulation of penitentiary system on the basis of the Ruling at issue are made by A. PITINO, *La sentenza n. 181/2024 e l'affermazione del principio di non discriminazione e pari opportunità tra le donne e gli uomini nell'accesso al ruolo di ispettore della Polizia penitenziaria (con qualche osservazione sull'ambigua rilevanza del genere come "requisito attitudinale" nell'accesso al lavoro)*, in *Lecostituzionaliste*, 2025, 4 ss.

42 See also constitutional Court Ruling No. 210/2024; No. 31/2025 and Order No. 21/2025.

43 More precisely the law has been adopted by the Autonomous Province of Trento, 7.11.2005 No. 15. The referring Judge (Court of Cassation, italian highest Court) has challenged the requirement of ten-year residence on Italian territory, which is provided by the law for as a condition both for access to public housing and for the payment of the supplementary contribution to the rent. See constitutional Court, Ruling 8.1.2025, No. 1.

national discipline, challenged for a violation of the european law principle of proportionality in criminal punishment, for having forseen the sanction of mandatory confiscation of good instrumental to crime, whether direct or by equivalent means[44], even in this case by considering the referral judicial order admissible even though the challenged provision could have been set aside in the main proceedings by directly applying the Charter of Fundamental Rights.

3. Critical issues raised by the Ruling and the impact of Transformations

A first concern has been raised by the Doctrine relating to the use by the constitutional court of the "legal certainty" argument, and its effect on the discretion of national judge in managing a conflict between national provisions and EU law. The "national path" would in fact frequently no longer appear only an option compared to the "european" one (setting-aside the national conflicting provision by directly applying the European law and, in some cases, raising preliminary Ruling) but the only feasable one. This would happen for instance in all hypotheses where the arising problem of consistency between national law (administrative and not only) and european law, involves a wide range of interested parties, or leads to repeated/several applications of the provision, and even leads to divergent outcomes within the provision application. Namely the concern is that almost always "conflict between national and European rules should be brought to the attention of the Constitutional Court, thus limiting the use of European path and the immediate protection of subjective legal situations that only this path fully and properly protects"[45]. Almost always, since there are many cases in which the EU law and principles invoked in national judicial disputes have a general scope and a systemic impact, like for instance in the very crowded disputes relating to the compatibility of the national law with the European provisions on bathing concessions.

A further critical issue is represented by a delay in obtaining the good of life for those entitled: excepted cases of precautionary measures, the entitled persons must wait for the end of the centralized judgment before the constitutional court, and the subsequent resumption of the case before the common national judge (in this case administrative court), being the good of life, in this case, represented by the annulment of the challenged administrative acts. Therefore, the hope expressed by this critical part of the doctrine is that, as well as following the issuance of Ruling No. 269/2017 by the constitutional Court, the ordinary national judges will go ahead to enhance their role as the main guarantor of the direct and immediate effectiveness of European provisions for

44 Constitutional Court, Ruling 5.2.2025 No. 7. For subsequent cases in which the "constitutional tone" has been recognized, see constitutional Court, Order No. 21/2025, with which the question has been referred for Preliminary Ruling to the European Court of Justice; and Ruling No. 31/2025.

45 In this terms R. Mastroianni, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione*, cited.

the full protection of subjective legal positions.

Within this dialogue of national administrations with their national law influenced by the european law principles, and within the dialogue between national courts (at different levels) and european courts, it is true that very significant transformations occur and that they involve the priorities taken on by the different actors as well.

Priorities at the time "of Granital" were certainly different as the actual ones: in matters involving European law, centrality had to be guaranteed to the European Court of Justice and to the common judge, being the latter understood as a bulwark of the "functioning of a system based on the full and simultaneous application of European rules in all Member States"[46]. Now, however, the priorities have changed, and therefore the problem of recovering a central position of the top national courts in Europe is at the center of the debate; of course this does not necessarily mean marginalizing the role of the common judge. However, it means acknowledging that the gradual substantial extension of the EU's competences, hoped for because it is healthy for the process of European integration and for the process of protection of fundamental rights, erodes state competences, or at least extends them to sectors wider than those in which the Communities operated in the 80s.

Thus, if the needs for integration of the legal systems have been changed, there is reasonably room for a redefinition of the role of high national courts (among those of the constitutional courts), since this role had been assigned to them, in the perspective of a greater involvement, within an outdated context. It means adapting the relations between legal systems by means of living law[47].

4. Confusion of roles and crossing the boundaries between powers

The afore mentioned transformations are actually also a mirror of a confusion of roles of the different various actors involved in processes, of a crossing-over of their different roles, that create tensions on the implementing of European principles.

In this sense the italian case of bathing concessions is highly paradigmatic. As well known, at issue there has been a conflict of the extension of bathing concessions – based on national law – with the European law and with the principles of equal treatment and freedom of establishment of economic activities (provided for by Article 49 TFEU) as well as with the provisions of the so called Services Directive.

Here, in addition to the confusion of roles, several themes are intertwined. On one side, it is worth mentioning the significant extension of administrative activity to strategic areas, and of the consequent litigation arising form

46 See again R. Mastroianni, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione*, cited.

47 This is the shareable opinion of P. De Pasquale, O. Pallotta, *In tempi di sovranismo la Consulta difende il primato del diritto dell'Unione europea (e l'autonomia dei giudici)*, cited, 185.

that activity (for instance the judicial proceedings on economic matters) which has moved into the hands of the administrative judge.

On another side, the relationship between high courts, in particular between the Court of Cassation and the Council of State, is also subjected to stress. The relationship between each other is traditionally managed by Article 111, last paragraph of the Italian Constitution, which controls the pre-eminence of the Cassation over the Council of State, by limiting the appeal of high administrative court decisions before the Court of Cassation according due to "reasons inherent in jurisdiction"[48].

In this context the Court of Cassation has been trying to gain ground through an extensive interpretation of the concept of excess of judicial power, in order to counteract and balance the extension of the area of administrative jurisdiction, expanded – as mentioned above – as a result of the expansion of economic litigation (judicial proceedings on economic matters). Within the described scenario of friction between Court of Cassation and Council of State, the Italian constitutional Court has also tried to curb this expensive interpretative approach, by confining the power of judicial control exercised by the Supreme Court according the italian Constitution, within very precise limits[49].

Now, the said attempt (to extensively interpret the concept of excess of judicial power) carried out by the Court of Cassation also relied on European law[50].

The "Randstad" case is highly significant in this perspective, since the Court of Cassation has put forward the idea that the failure of the High Administrative Court (Council of State) by applying an european provision would give rise to an excess of judicial power[51]. Actually, the case of the "Anti-euro-

48 On the subject the literature is very wide. See, among others, F. Auletta, *Il ricorso in Cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione – Significato e valore attuali dell'art. 111, comma 8, Cost.*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2024, 793 ss.; A. Panzarola, *Il controllo della Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 587 ss.; H. Simonetti, *Questioni di giurisdizione e diritto dell'Unione europea*, *in www.giustizia-amministrativa.it*, 2024; R. Villata, *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss.

49 This outcome has been produced by constitutional Court, Ruling No. 6 of 2018, on which see A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1111 ss.; P. Tomaiuoli, *L' "altolà" della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consultaonline*, 2018.

50 More in general, for the opinion according to which the influence of european Law intertwines with the issue of the "questions of jurisdiction", and therefore of the Appeal to the Court of Cassation, before and after the issuance of the italian Code of Administrative Process, see H. Simonetti, *Questioni di giurisdizione e diritto dell'Unione europea, cited*, who underlines that "Public services, compensation for damages, public contracts, fundamental rights are the elective sectors of these 'intersections'". See also G. Greco, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2023, 275.

51 See ECJ 21.12.2021 cause C-497/20. The Court of Cassation (order 18.9.2020 No. 19598) had recognized a judicial error, made by the Concil of State (Ruling No. 5606/2019), by means of a breach of european Law on public contracts' sector. The Council of State had rejected the appeal of an exclusion (in a public tender procedure) for the award of a public

pean" Ruling can occur both cause of a judicial failure to refer to the European Court of Justice (preliminary Ruling), and cause of a denial of judicial protection. On the Randstad case, the Court of Justice replied that a national provision, such as the Italian one, which prevents from challenging before the Court of Cassation the consistency with the European law of a judgment of the Council of State, does not breaches European law from the point of view of an effective and equivalent protection with respect to the subjective positions guaranteed by national law[52].

In the case of bathing concessions then, the Court of Cassation returns to apply the scheme at issue. In particular, by Ruling No. 32559 of 2023, the United Sections of Supreme Court has annulled the Ruling issued by High administrative court in Plenary Session (No. 18 of 2021) about the extension of state-owned maritime concessions, considering that a denial of jurisdiction had occurred[53], since the administrative judge had rejected the intervention in the judicial proceedings of collective stakeholders, without having concretely assessed their subjective legal positions. However, in doing so, the Court of Cassation has removed a decision, issued by the administrative Court, that had ascertained the breach of European provision by the Italian legislation and had affirmed the duty to set-aside such a legislation. In fact in the Ruling No. 18/2021 of the Plenary Meeting, the Council of State had recognized a violation, by the italian Law on awarding concessions of coast areas to companies in the absence of transparency, of the European law principle of equal treatment and freedom of establishment of economic activities. In this sense, the mission – that the Court of Cassation had taken on by means of the said extensive approach – to prevent and overcome breaches of EU law appears, in the case at issue, seems not fulfilled[54].

---

contract, allegedly in breach of EU law, and the Ruling had been appealed before the Court of Cassation, pursuant to art. 362, paragraph 1, of the Code of Civil Procedure, for reasons relating to jurisdiction, believing that the failure of the supreme administrative court by applying an European rule gives rise to an excess of judicial power.

52 See ECJ 21.12.2021, cited. On the Ruling see M. Verrengia, *Il caso Randstad Italia tra profili procedurali e sostanziali: la Corte di giustizia si pronuncia sui limiti del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato e sulla tutelabilità dell'interesse strumentale secondo il diritto dell'Unione*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 131 ss.; P. Biavati, *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in *Questionegiustizia.it*, 2022; P. Iannuccelli, *La sentenza Randstad, ovvero la Corte di giustizia si accontenta (apparentemente) di fare l'arbitro in casa sua*, in *aisdue.eu*, 2022; N. Canzian, *Il caso RandStad: la violazione del diritto dell'Unione da parte del Consiglio di Stato non incide sul riparto di giurisdizione*, in *Quad. reg.*, 2/2022, 378-381. On the theme of the autonomy of processual Law of Member States, see D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009; C. Consolo, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla Cedu a sua volta)*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Bologna, 2011, 189 ss.

53 See F. Patroni Griffi, *Eccesso o rifiuto di giurisdizione e sindacato della Corte di cassazione ex articolo 111 della Costituzione*, in *corteconti.it*, 2017; F. Liguori, *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Dir. e processo amm.*, 2/2017, 587 ss.

54 On this point see again H. Simonetti, *Questioni di giurisdizione e diritto dell'Unione europea*, cited.

In any case, and on a more general point of view, the disapplication of national provisions becomes a tool used several times by the Italian administrative judge to frustrate the attempts of the italian legislator to adopt national provisions conflicting with European law principles, and in particular, as far as it concerns the case at issue, the tendence of the Italian regulation to extend the bathing concessions' lasting[55]. Thus, disapplication of national rules (carried out in judicial proceedings) appears as a mean useful to impose, even artificially, compliance with self-executing european law provisions and, therefore, a way for the judge to replace the law-maker (not complying with EU principles)[56]. Within this replacement of legislator by the judge it is also recognizable a "political" use of the judicial decision, in order to extend for a time-limit in the future the effects of measures recognized as invalid by the decision itself (issued by the Plenary Meeting of the Counsil of State) that ensures their continuation, by invoking the judicial need to replace for failures of the legislator[57]. Then, not only a replacement of an actor to another and an invasion of powers occurr, but even a very unscrupulous use of legal theoretical categories, as it appears, for instance, the recourse to the modulation of the effects of the annul-

55 As recalled by the Council of State in Plenary Meeting No. 18/2021 cited, (since the the analogous Ruling No. 17/2021 of the Pleanry Meeting had not been annulled) there had been several laws having extended concessions' lasting. One of the most recent laws was Law No. 145 of 2018, providing that the state concessions already issued had a duration of fifteen years from the entry into force of the law. On the basis of Law No. 145/2018 some administrative acts – at issue in the Ruling – had been adopted. As far as concern the effects of the Ruling, the Plenary Meeting had stated that the latter would have been produced from 31 December 2023. After the Ruling No. 18/2021 cited, the Law No. 118/2022 has been adopted in order to implement the extension provided by Ruling No. 18/2021 cited and to lay down principles for competitive procedures for the assignment of bathing concessions. On the subject see P. Otranto, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, in *Diritto e soc.*, 3/2021, 583-620; R. Rolli, D. Sammarro, *L'obbligo di "disapplicazione" alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria)*, in *Diritto e soc.*, 3/2021, 489 ss.; B. Caravita Di Toritto, G. Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Diritto e soc.*, 3/2021, 621 ss.; M. Gola, *La concessione di beni demaniali: verifica della sua attualità e influenza dell'ordinamento eurounitario per la sua interpretazione*, in *Ceridap*, 4/2024, 165 ss.; A. De Siano, *Stravaganze giurisprudenziali a proposito dell'atto amministrativo (a margine di Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18),* in *Dir. proc. amm.,* 4/20221, 823 ss.

56 The Plenary Meeting of the Council of State by Judgements No. 17 and 18 of 2021 cited ruled that concessions' extension *ex lege* was breaching principle of freedom of establishment (Article 49 TFEU) and Article 12 of Services Directive (Dir. 2006/123/EC) which requires public tenders at european level for the issue and renewal of concessions.

57 On the issue see M.A Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza plenaria*, in *Diritto e soc.*, 3/2021, pp. 353 ss. The Author underlines that "We therefore face rulings that, on the one hand, while reiterate that administrative acts contrary to EU law are simply voidable, immediately after … clearly state that the extensions ordered by the entire administrations through the reference to the laws of 2018 and 2020 would not be an expression of an administrative power, but merely recognizatory acts, which, given the contrast of the aforementioned laws with EU rules with direct effect, must even be considered *tamquam non esset*. On the other side, in view of the complexity of the consequences of such a statement, provide that the effects of the decisions must be postponed for two years".

ment decision in absence of its prerequisites[58], or even the use of the concept of "recognizatory acts" or "reconnaissance measure", with regard to the extension (of concessions) ordered by means of administrative measures, since merely reproductive of national provisions conflicting with self-executing European provisions.

Thus, the invasion of powers becomes an ordinary pattern to which the actors react: the law-maker by issuing, in consideration of the described judicial trend, subsequent laws laying down further conditions for bathing concessions extension, also in order to prevent public administrations from disapplying the law; public bodies, by issuing administrative measures extending active bathing concessions[59]; and finally, again, the administrative judge, by using the notion of reconnaissance acts, in order to neutralize the effects of the extension measures (issued by municipalities) and thus to ensure the implementation of European law principles.

On this latter profile it is worth underlying that, on a closer inspection, behind the said legislative trend (to extend the concessions' lasting) itself there is a further example of the invasion of the field of one power by another, namely the so called "administration by Law"[60], cases in which the legislator concretely disposes in place of the administration. In the light of this observation, even the reference to the reconnaissance acts appears out of scope. In theory, it should imply the exercise by public administration of a bounded activity (consisting in the ascertainment of the legal prerequisites at the end of which the enabling effect is produced), not the meaning intended by the Plenary Meeting in Ruling No. 18/2021, namely measures to be considered non-existent, since reproductive of laws capable themselves to produce the extending effects (since, as said, they administer by law) and moreover conflicting with European self-executing provisions.

The cases analyzed allow to observe and confirm that common national judges, and in a special way, administrative courts, play a fundamental role as protagonists of the dialogue between internal and supranational courts and, through this dialogue, appear protagonists within the relationship between diffe-

58 On this poit see, again, the critical analysis of M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza plenaria*, cited, and B. Accettura, *Studio sui presupposti processuali. Evoluzione e prospettive*, in *Ambientediritto.it*, 2/2024, 1 ss.

59 On the basis of mentioned Law No. 118/2022.

60 The literature on the "administration by law" is very wide. On the subject see: S. Spuntarelli, *Il Parlamento amministratore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, 262 ss; L. Casini, *Il governo legislatore*, *ivi*, 149 ss.; and before S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007; A. Moliterni, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, *ivi*, 393 ss.; F. Liguori, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Una introduzione*, in *Ceridap*, 1/2024, 58 ss.; L.R. Perfetti, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1024 ss.; G. Arconzo, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, 2013; F. Cortese, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Regioni*, 2018, 759-765.

rent legal systems and the rights' enforcement dimension. The relationship between different courts, between supreme national Courts[61] and supranational Courts (the European Court of Justice)[62] becomes the framework in which is inscribed the implementing of european law principles. In the described scenario, sometimes, as it is easy to see for instance in the Randstad case, implementing European law principles raises a question of implementing legal provisions by national judges more than by national public bodies, being national administrative law (in that case the national regulation of public tender) only an external anchor of european law principles (in that case the principle of loyal cooperation, the principle of effectiveness of judicial protection, principles governing the division of competences between the EU and the Member States, principles relating to the raise of preliminary Ruling[63]) to be applied in order to assess the compliance with them of processual internal provisions[64].

In addition to this as the bathing concessions affair clearly shows, administrative courts, having acknoledged a legislative invasion of the area of competence of the public administration, by trying to fix it, end up invading the area of public administration as well.

The dynamics here summarized are indicative of a confusion of roles as well as of attempts, not always linear, to neutralize dysfunctional fields' invasion, which sometimes end up give raise to even more serious dysfunctions. In the said climate of significant transformations, even the need to implement European law principles can become a justification for confusing the respective areas of competence of legislators, administrations, judges.

61 On this issue in fact H. SIMONETTI, *Questioni di giurisdizione e diritto dell'Unione europea*, cited, observes "the administrative judge once had only the Supreme Court (Court of Cassation) above him and only with regard to questions of jurisdiction understood in the classic sense. Instead, for some decades he has also and first of all had the Court of Justice above him, which in many cases 'has the last word' on the events of its judgment".

62 H. SIMONETTI, *Questioni di giurisdizione e diritto dell'Unione europea*, cited: "The relationship that would have been created, in this scenario, between the Court of Justice and the national supreme Courts is debated, whether it is one of hierarchy or equiordination, and whether it is better framed in a monist or pluralist logic". In particolar a question arises whether the High Administrative Court (Council of State) is a Court of last instance, pursuant to Article 111 of italian Constitution, in order to establish who has the duty to refer a question for preliminary Ruling.

63 See Court of Cassation, Order No. 19598 cited.

64 In the case at issue, preventing a judicial remedy, the appeal to the Court of Cassation, cause of "lack of judicial power", in order to challenge Council of State's decisions implementing national practices braching European case-law in fields regulated by european law.

KAMAL YAZZIF
Doctoral Researcher in Management Sciences at the Higher School of Technology - Sidi Mohamed Ben Abdellah University of Fez
kamal.yazzif@usmba.ac.ma
FATIMA EL AMRANY
Doctorate Researcher in Management Sciences at the Higher School of Technology - Sidi Mohamed Ben Abdellah University of Fez
fatima.elamrany@usmba.ac.ma
ACHRAF BAGHDAD
Doctoral Researcher in Management Sciences at the Higher School of Technology - Sidi Mohamed Ben Abdellah University of Fez
Achraf.baghdad@usmba.ac.ma
ABDERRAHMANE OUDDASSER
Teacher-Researcher in Management Sciences at the Sidi Mohamed Ben Abdellah University of Fez
abderrahmane.ouddasser@usmba.ac.ma
abdoouddas@gmail.com

MODERNIZATION OF PERSONNEL MANAGEMENT OF THE PUBLIC SECTOR CASE OF THE URBAN AGENCY OF AL HOCEIMA

ABSTRACT

The performance and efficiency of the public administration is linked to the level of efficiency of its human resources management. These resources are considered as the main pillar for the development of the administration and its empowerment for its insertion in the social and economic sphere and for the contribution to lifting the challenges of globalization and international competition, It is in this context that the urban agency of Al Hoceima in coordination with the services of the TGR which has designed and developed a web version of the software package *Gipe/Ordinator called INDIMAJ* with the aim of facilitating communication with the partners of the GIPE system and to allow interfacing with the system *Wadef@ujour*, in order to constitute a
first step of integration of the target system.
The integrated management system of the State personnel is a system allowing all the participants in the process of management, control and remuneration of the personnel of the State or other organizations to apply the same rules of management, to unify the concepts and procedures and to adopt the same standards of communication as regards exchange of information by relying on modern technologies of information.
Through this paper, we will try, in a first part, to present an overview of the human resources function in the public sector. In a second part, we will proceed to a reflection on the advantages and disadvantages of computer system in the management of human resources in the public sector.

KEYWORDS: Human Resources- Management, Information System, Public Administration.

INDEX: 1. Introduction. - 2. Overview of the Human Resources Function in the Public Sector. – 2.1. Human resources management: history and evolution. – 2.2 The salary processing system in the public sector: genesis and evolution of information systems. – 2.2.2 Historical evolution of the salary processing information system in Morocco. - 3. Modalities of payroll processing at the Urban Agency of Al Hoceima as a model. 3.1 presentation of the study zone. - 3.2 Payroll processing and scheduling - 4. The epistemological approach to research and discussion of results- 4.1 Advantages and disadvantages of the salary processing information system in Morocco - 4.1.1 The advantages. – 4.1.2. The disadvantages – 5. Conclusion. - 6. References

1. Introduction

The actions taken in recent years to modernize the public administration are part of a broad support for economic and social development by the government. This administrative reform involves the optimization and rationalization of all production factors and methods (human resources management, simplification and dematerialization of procedures, management of working hours, etc.).

Thus, the implementation of an IT solution for payroll processing remains essential in this context marked by the encouragement of dematerialization of all human resources processes within public institutions. Indeed, this project is not only a technical and computer evolution but a real rational conception of time management, aiming at the efficiency of the service and the development of the civil servants' capacities.

In this case, the path of administrative modernization concerns the importance we must give to human resources, how to strengthen their skills and develop their creativity?

Taking into account the importance of the human factor in management as a basis for good governance in terms of effectiveness, efficiency, relevance, transparency and proximity («*B. Martory, D. Crozet, 1998*»).

At the national level, human resource management is now a central concern of public authorities. The way in which civil servants are recruited, their training and the management of their salaries and careers are all areas that require adaptation to new requirements. The decision of the Urban Agency of Al Hoceima in cooperation with the services of the general treasury of the kingdom to adopt an IT solution aimed at improving the payroll processing system is the result of an agreement between the two parties since 2017, it is a second experience in Morocco after that of the Urban Agency of Rabat salé.

This reform is not only a technical change but also a modern approach based on a rational conception of time management. It is a reasonable choice dictated by the need to establish compliance with national and international environmental standards.

This paper is based on a comparative analysis between a traditional system based on manual production and a new system marked by the introduction of computer techniques.

2. Overview of the Human Resources Function in the Public Sector

Nowadays, Moroccan public institutions are more and more questioned about their ways of managing human resources, moving from a purely administrative management orientation to a strategic vocation.

Indeed, the actors of the HR function are facing an increasingly globalized context, notably through the multiplication and introduction of NICTs in the different aspects of HRM. The interests of these actors may converge or diverge depending on their interactions, their expectations or their roles and responsibilities («*A. CHERKAOUI & Ah. BELGAID, 2021*»).

2.1 Human resources management: history and evolution

Human resources management is probably several millennia old. Since then, it has imposed rules of organization, control and management of people. Human resource management is the set of activities that allow an organization to have human resources that correspond to its needs in quantity and quality («*L. Cadin, F. Guérin and F. Pigeyre, 2007*»). It covers the entire process from payroll management, time management, training management to end of career. From a simple organization of work, to the rationalization of personnel, modern society and progress, particularly technological progress, have led human resources management to increasingly specific and sophisticated tools («*Ph.Kotler, K. Lane Keller, B. Dubois, De. Manceau, 2006*»).

Today, managing human resources within an information system has become an essential professional practice. During the years of computerization, we can say that human resources management has gradually evolved in Morocco. It has gone through what is commonly called the four ages of computerized human resources management. From the payroll management of the years before 1980, the integration of tasks related to human resources in the 1980s and the connection of several information systems, then the integration into a single software package in 2000, then the Internet revolution of information sharing, and decision support tool and a common and secure access.

The Human Resources function has become a key function that acquires great strategic importance. Moreover, the human capital constitutes a major competitive advantage, and thus, a strategic resource for the public institution. We believe that securing the HR function as well as undergoing fundamental changes (less administrative and more strategic) are part of the strategic objectives in order to increase HR performance in the public sector. Human Resources are therefore neither a given nor an adjustment variable, but a strategic lever for achieving the objectives set.

Generally speaking, Human Resources management is a function linked to the company's duty, it is also a set of methods to plan, prevent, evaluate, train its resources and personnel needs in order to achieve the objectives it has set itself in a context of increased uncertainty. To contribute to the performan-

ce of the company1 («*An. DIETRICH, PIGEYRE, 2005*»), HRM makes people an object of management: it develops their skills through training, measures their performance and increases their motivation.

Elton Mayo in 1940, professor of industrial research at the Harvard Business School, testified that man can only find happiness and security if he feels he belongs to the group in which he works. His proposals include the organization of time («*RO. Stephen, D. DE CENZO, 2006*»), the introduction of rest periods, as well as the comparative advantages of individual and collective pay scales.

2.2 The salary processing system in the public sector: genesis and evolution of information systems

2.2.1 definition

Human resources management is probably several millennia old. Since then, it has imposed rules of organization, control and management of people. Human resource management is the set of activities that allow an organization to have human resources that correspond to its needs in quantity and quality («*L. Cadin, F. Guérin and F. Pigeyre, 2007*»). It covers the entire process from payroll management, time management, training management to end of career. From a simple organization of work, to the rationalization of personnel, modern society and progress, particularly technological progress, have led human resources management to increasingly specific and sophisticated tools («*Ph. Kotler, K. Lane Keller, B. Dubois, De. Manceau, 2006*»).

Today, managing human resources within an information system has become an essential professional practice. During the years of computerization, we can say that human resources management has gradually evolved in Morocco. It has gone through what is commonly called the four ages of computerized human resources management. From the payroll management of the years before 1980, the integration of tasks related to human resources in the 1980s and the connection of several information systems, then the integration into a single software package in 2000, then the Internet revolution of information sharing, and decision support tool and a common and secure access.

The Human Resources function has become a key function that acquires great strategic importance. Moreover, the human capital constitutes a major competitive advantage, and thus, a strategic resource for the public institution. We believe that securing the HR function as well as undergoing fundamental changes (less administrative and more strategic) are part of the strategic objectives in order to increase HR performance in the public sector. Human Resources are therefore neither a given nor an adjustment variable, but a strategic lever for achieving the objectives set.

Generally speaking, Human Resources management is a function linked to the company's duty, it is also a set of methods to plan, prevent, evaluate, train its resources and personnel needs in order to achieve the objectives it has set itself in a context of increased uncertainty. To contribute to the performance of the company[1] («A. DETRICH, PIGEYRE, 2005»), HRM makes people an object of management: it develops their skills through training, measures their performance and increases their motivation.

Elton Mayo in 1940, professor of industrial research at the Harvard Business School, testified that man can only find happiness and security if he feels he belongs to the group in which he works. His proposals include the organization of time («St. ROBBINS, D. DE CENZO, 2006»), the introduction of rest periods, as well as the comparative advantages of individual and collective pay scales.

2.2.2 Historical evolution of the salary processing information system in Morocco

Taking into account the evolution of the Moroccan administration's information systems, an evolutionary and incremental approach has been adopted since the first years of computerization in Morocco. Indeed, given the age of the payroll system that was implemented since the 1950s to ensure the part of the liquidation of salaries[1] («*Dahir No. 1-58-008 of 4 Chaabane 1377 (February 24, 1958) on the general status of the civil service*»), a reflection in the early 1980s implemented a roadmap for the automation and computerization of tasks not yet covered in this area. The salary processing system of the Moroccan State has progressed throughout the evolution of the Moroccan administration accompanied by regulatory changes. The status of the entity in charge of the pay has accompanied this evolution by several mutations.

The entity of payroll management started in Morocco in 1949 as the Service d'Ordonnancement Mécanographique (*SOM*). It was in charge of the operations of commitment and mandatement for a staff of about 20,000 agents.

In 1978, the Division of Scheduling and Computer Processing (*DOTI*) was established to liquidate and mandate remunerations («*Quarterly Review of the Ministry of Finance and Privatization AL MALIYA No. 3, 2007*»). In fact, the first purely computerized data entry and processing was carried out in 1980, with some 260,000 agents using a Cobol system (IBM).

In 1993, this entity was established as the Directorate of Remuneration and Payment of Pensions and was integrated into the General Treasury of the Kingdom as a public accountant. It was in charge of the execution of the payroll following the adoption of the standard known as (*GIPE*) integrated mana-

1[1]According to article 26, section II of Dahir n° 1-58-008 of 4 chaabane 1377 (February 24, 1958) on the general statute of the civil service: Remuneration includes salary, family benefits and all other allowances or premiums instituted by legislative or regulatory texts.

gement of the State personnel.

In 2002, the Paierie Principale des Rémunération (PPR, new name of the DRPP) was put in charge of the payroll of the State personnel after the transfer of the payment of pensions to the Caisse Marocaine des Retraites.

In 2008, the National Center for Salaries was in charge of the payroll following the establishment of the Ministerial Treasuries in charge of the control of regularity and validity of personnel expenses under the control of the Principal Treasurer as assigning accountant.

In 2014, following the new reorganization of the Kingdom's General Treasury, the Directorate of Personnel Expenditure was provided with the means to centralize the management and settlement of the payroll of the Territorial Communities in the same way as the State's personnel. Thus, the system has been opened to the centralized settlement of the payroll of local authorities in the same way as the State.

In 2017, a new version of the payroll system was put into service, integrating the new budgetary control rules following the implementation of the LOLF provisions relating to limited appropriations.

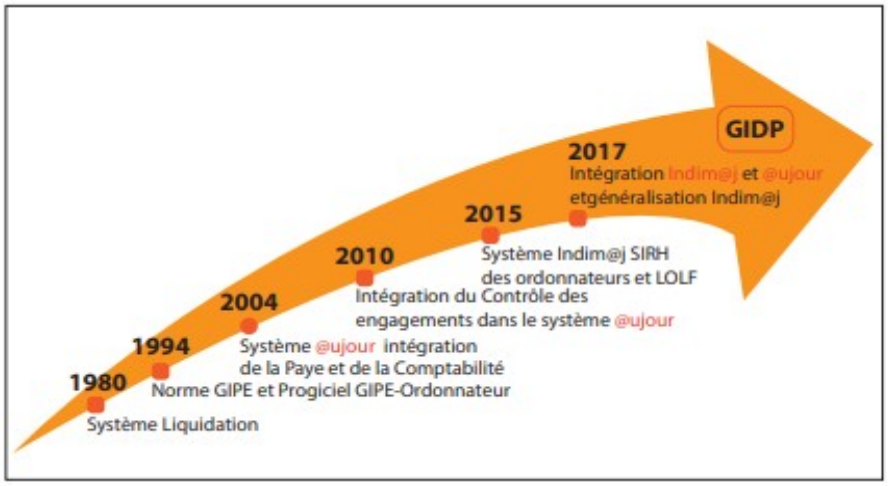


Fig. 1. Summary table of the evolution of payroll information systems
[Source: Treasury Review General of the Kingdom - N°14 September 2018]

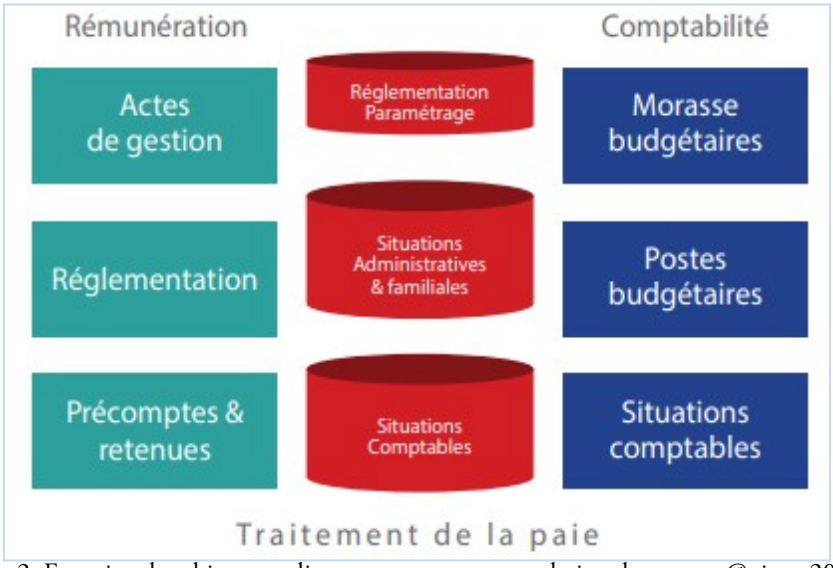


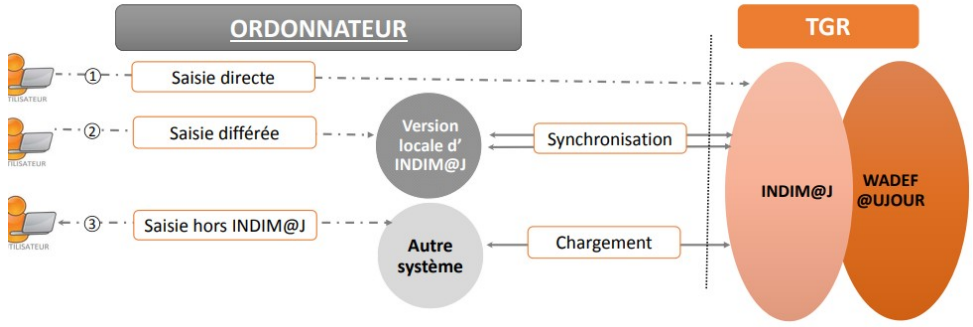
Fig. 2. Functional architecture diagram - source system design document @ujour 2004 [Source: Treasury Review General of the Kingdom - N°14 September 2018]

3. Modalities of payroll processing at the Urban Agency of Al Hoceima as a model

The Indimaj salary processing management software is a computerized payroll solution that complies with the standards of the Moroccan regulations. Adapted to the System used by all the ministerial departments (44), the territorial communities (1604) and the other conventional organizations (110)[2], this payroll software manages the careers of the civil servants and all the treatments related to the payroll.

Developed with the latest technology, it uses all the powers to ensure data security, respond to future changes in the law and to changes in administrative procedures for human resources management. Equipped with a great functional richness, the *INDIMAJ* payroll software is able to process any type of payroll, even the most complex. A centralized database with secure access via the web that encompasses more than a million employee systems. A system that can be parameterized and adapted to the specific context of each organization. Online exchange with the payroll system *wadef@ujour*. It is an evolution of the GIPE software package, developed by the *TGR* services and implemented at the level of the State services.

2 According to statistics made by the services of the General Treasury of the Kingdom in January 2017,of which the Urban Agency of Al Hoceima includes as a conventional body.



(1) Direct use of Indim@j
(2) Deferred use of a local version in synchronisation with Indim@j
(3) Use of another product: interface with Indim@j

Fig. 3. Operating mode
[Source: Official website of the General Treasury of the Kingdom of Morocco]

3.1 Presentation of the study zone

Our research focuses on public institutions such as the Urban Agency of Al Hoceima, where we will deal more specifically with the management of payroll processing through *INDIMAJ* computer solution that is centralized and directly connected to the *Wadef@ujour* system with secure access of all stakeholders by adopting an adequate system of empowerment.

The Urban Agency is a public institution with legal personality and financial autonomy. It is managed by a director and directed by the board of directors. It was created by the 14 rabii I 1425 (May 4, 2004) Decree No. 2-03-221, involving the agencies of the city of Nador, AI Hoceima, Ouarzazate Zagora, Oued-Eddahab-Aousserd, Errachidia and Guelmim-Es-Semara. The attributions of AUH (urban agency of Al Hoceima) revolves around four main axes:

Urban studies and planning:

- To carry out the studies necessary for the elaboration of the master plans of urban development and to follow the orientations which are stated there;
- Plan development projects to achieve the objectives of the master plans;
- Prepare draft urban planning documents, including zoning plans, development plans and development plans.

Urban management :

- To issue an assent within a determined period of time on the projects of subdivisions, groups of dwellings, subdivisions and construction transmit-

ted, for this purpose, by the competent authorities;

- To verify the conformity of the subdivisions, parcels, groups of houses and constructions in progress with the legislation and the regulatory requirements in force, with the authorization given by the authorities.

Operational management

- To carry out studies on development projects for the State, the local community or for any other public or private that will need it when the project is of general interest;
- To take stakes in any company whose activity corresponds to the objectives and missions assigned to it.

Technical assistance°:

- To promote, with the assistance of the elected bodies concerned, the constitution and development of owners' groups by providing them with the necessary frameworks in order to facilitate the implementation of urban planning documents and, in particular, to encourage the creation of syndical associations in application of the legislation in force on the subject and to ensure the follow-up of the operations carried out by the said associations in coordination with the above-mentioned communal councils;
- To provide technical assistance to local authorities in urban planning and development as well as to public and private operators who request it, in their development actions;
- To collect and disseminate all information relating to the urban development of the prefectures and/or provinces located within the Agency's territorial jurisdiction..

3.2 Payroll processing and scheduling

Within the framework of the dematerialization of these procedures, the Urban Agency of Al Hoceima has concluded an agreement for the outsourcing of the payroll services with the services the General Treasury of the Kingdom (*TGR*) to ensure the technical preparation of the salary processing of the staff on the basis of the elements transmitted by the services of the Agency and this, in accordance with the schedule of realization agreed upon, which for each phase, it determines the deadlines and the responsibilities, it is as follows:

step	Stakeholder
a) **Feasibility study & specification of needs** ▪ Study of the personnel statutes and the remuneration system ▪ Study of management and control rules	▪ *TGR* ▪ Organization
b) °**Agreement**	

step	Stakeholder
▪ Elaboration and validation of the convention and the procedures manual ▪ Signing of the agreement and the procedures manual ▪ Implementation schedule	▪ *TGR* ▪ Organization
c) **Constitution of the regulatory database and setting of the organization's payroll parameters** ▪ Setting of budgetary allocations ▪ Setting of rights ▪ Setting of deductions ▪ Setting of special situations, if any	▪ *TGR*
d) **4. Blank payroll by the DDP** i. Authorization and paper editions ii. Generation of payroll files	▪ *TGR* ▪ Organization
e) **Real payroll processing on @ujour** i. Decision to switch to @ujour ii. Elaboration and execution of the schedule for switching to real	▪ *TGR* ▪ Organization
f) **Deployment of GIPE authorizer at the agency level** i. Installation ii. Training iii. Implementation assistance: database creation and management, processing of management acts	▪ *TGR* ▪ Organization
7. Creation of the "Personnel" database on @ujour ▪ Sending the files in the agreed form iv. Loading of data and generation of management acts (5 families of acts): i. Administrative situations (grade, scale, step, status, assignment...) ii. Family situations (spouses and children) iii. Non-automatic allowances (functions, expenses, compensation) iv. Regulatory deductions (mutual insurance, buyback and validation of services, rent ...) v. Withholding taxes (social foundations, loans, ...) v. Payment methods (RIB, bankers) vi. Taking charge, control and validation of management acts on *@ujour*	▪ Organization ▪ *TGR*
8. Reconciliation and reliability of data and treatments	

step	Stakeholder
vii. Payroll liquidation viii. Reliability of data and processing (iterative procedure of modifications and updates). ix. Comparison of liquidation results (gross and net emoluments)	▪ *TGR* ▪ Organization

[Source: Manual of procedures for the management and processing of payroll of public bodies' personnel]

2.1.3 Monthly schedule of payroll processing

The monthly salary processing schedule is as follows:

At the end of each month, *TGR* will produce the files mentioned below[1]:

- The computer files of settlement by transfers through the Moroccan interbank teleclearing system (*SIMT*);
- Monthly computerized payroll files:

  - Monthly payroll file,
  - Payroll certification file,
  - Liquidation statement files,
  - Family allowance file,
  - Prepayment File.

These files will be transmitted to the Urban Agency of Al Hoceima at the latest on the 18th of the corresponding month.

☑ At the beginning of each year, *TGR* will produce the following files:

- Permanent Expenditure Report File;

- The file of the annual income tax return (*IR*) of the previous year.

- Other periodic editions can be established upon request, and after study of its feasibility by the *TGR*.

The diagram above shows the organization and the deadlines of this planning

Actions	Actors	Observations
Envoi des modifications du mois	L'organisme conventionné	Before the 10th of each month
Processing of changes (Prepayment schedules, loans, handling of sent changes)	*DDP*	12th of each month
Calculation, liquidation and control of the payroll	*DDP*	15th of each month
Mandating and issuing payroll	*DDP*	17th of each month
Sending electronic files (payroll and LMIS files) by e-mail	*DDP*	18th of each month
Sending of the monthly balance (various statements and paper documents) E-mail	*DDP*	18th of each month

[Source: Personnel Payroll Convection]

4.The epistemological approach to research and discussion of results

Our study is based on an analysis of the process of implementing a performance system in an organization that has initiated such an approach. This is the study and analysis of documentation, a fully-fledged method of approaching organizations within the field of documentary studies.

The scientific requirements of this method are the same as those of the other research options, as it examines the phenomenon in its operational context.

Our research focuses on a public administration that has improved its management by introducing a modern payroll system. We intervene in a public administration that has introduced a system based on effectiveness, efficiency

and relevance, using appropriate management mechanisms. The aim of this research is to review the operation of the administration, taking into account all the concrete changes made.

4.1 Discussion of results

At the end of this work and after analysis of the results, we can make the following remarks:

Considerable investment in the computerization of the administration must be accompanied by training, not only technical, but also in other areas.

It is important not to restrict the use of information systems to certain routine administrative tasks, but to extend them to more strategic activities such as knowledge management and human capital development.

It is essential for administrations to overcome organizational and cultural difficulties in order to maximize the benefits of ICT.

A lack of a culture of dematerialized payroll management and resistance to transparency and cross-functionality are commonplace in public sector organizations, particularly among managers.

Managers must face up to the problems of using information systems. They must not be used simply as a means of getting the job done, but as a genuine tool for good governance within the administration. It can also integrate the best practices of other administrations in a benchmarking approach;

Public administrations must face up to the problem of updating and updating data;

Managers need to address the issue of data security and confidentiality;

Administrations need to facilitate teamwork (groupware). Managers need to facilitate the creation of virtual teams, get the IT and communications departments to work together, and involve the IT department in reform projects.

The administration is called upon to overcome the legal and administrative obstacles to human resources management;

The use of information systems in administrative departments must be based on a performance-oriented approach;

Finally, we would like to point out that the individual must be at the heart of software development and use within the administration. The implementation of these technologies, by their very nature vectors of change, must not only respond to organizational concerns, but also take the end-user into account.

An understanding of people's behaviours will help to secure the support and commitment of all employees.

It should be noted that the system is used by all ministerial departments (44), local authorities (1,604) and other approved bodies (110)[3].

3 According to the results of a study carried out by the General Treasury of the Kingdom of Morocco, which is the project owner.

A centralized database with secure web access, covering over a million civil servants.

The implementation of *INDIMAJ* offers major benefits for the Administration, including :

- A drastic reduction in the time taken to regularize the situation of civil servants.
- Simplification of personnel expenditure circuits and procedures;
- Reduce the cost of running departments and acquiring and maintaining technical equipment;
- Take advantage of the development of new information technologies, in particular Web technologies and communication networks;
- Accelerate the pace of processing required to regularize the administrative and financial situation of staff.
- Enable staff to access credit at source and at preferential interest rates.
- Ensure that salaries are paid in accordance with up-to-date regulations.
- Have access to all historical personnel information, either consolidated or detailed.
- Provide organizations with the necessary human resources management tools, training and assistance, in particular the *Indim@aj* system and *Teleservices*.

- Integrated processing of remuneration elements throughout the entire chain, from preparation of the management act to payroll settlement.

- Ease and convenience in managing withholding taxes: computerized and transparent procedure with finance companies, banks and insurance companies.
- Electronic Data Interchange *(EDI)* developed with pension, social security, credit and insurance organizations, ensuring monthly declarations of contributions and other complementary services.

4.2 Advantages and disadvantages of the salary processing information system in Morocco :

In general, a public administration processes all of its operations with the help of IT solutions to meet the increased needs of citizens. With information systems, it is possible for an organization to automate up to ninety percent of its operations and services. Today, with issues such as growing competition, labour shortages and increased data security risks, it is essential for an organiza-

tion to have business solutions that allow it to achieve one hundred percent operational efficiency. In this perspective, the acquisition of a custom software is no longer a question to be asked, it definitely becomes an added value for any organization in search of effectiveness and efficiency.

Here are the advantages and disadvantages that this solution represents in this establishment after having been installed at the services of this agency since 2014.

4.2.1 The advantages

INDIMAJ is a centralized solution that provides an interface to *"Wade-f@ujour"*, connected directly to this system via a secure access, based on an adapted and reactive authorization system of high level in terms of confidentiality, integrity and data privacy. This system of integrated personnel management in the public sector allows all those involved in the management, control and remuneration of people to apply the same management rules, "unify concepts and procedures and the application of similar methods of communication in terms of exchange of information on modern information technology through two basic principles: standardization and computerization.

The objective of the system is to unify the concepts and procedures related to the management of State personnel, the standardization of management rules by applying the same rules regardless of the service or organization involved in the application of these rules, simplify administrative procedures and circuits by reducing the processing time of files, harmonization and reconciliation of data exchanged between the parties to achieve an official "identical file" at the level of all stakeholders in the HR management.

This system as it has been designed and implemented presents significant gains for the Administration, including:

The drastic reduction of the delays of regularization of the situations of the civil servants, the simplification of the circuits and procedures of execution of the expenses of the personnel, the reduction of the costs of functioning of the services, of acquisition and maintenance of the technical equipment, The use of the development of the new technologies of information, notably the technologies of the Web and those of the communication networks, automation and facilitation of the process of production of salary processing, modernization of the tools of management of the authorizing officers, pooling and optimization of the Administration's resources, automatic generation of response files for each authorizing officer, monitoring of the financial impact of management acts, which allows for automatic and real monitoring of available credits, consultation of the payroll situation by authorizing departments, automatic monthly dispatching of payroll files for each authorizing officer, provision of authorizing officers with data relating to budgetary forecasting of the wage

bill[4], reliability and security of social data.

A high-performance payroll engine with automatic mass processing (approximately 2.5 million settlements for 2016), an information base structured in such a way as to make the system the basis of a real decision-making tool, a high-performance and integrated management system based on parameters adapted to take into account the main regulatory changes, Intrinsic time management allowing easy processing of retroactivity and future payroll (forecasting of the wage bill, simulation of the impact of regulatory reforms and budget programming), transfer of entries to the accounts, openness to other organizational modes and multi-payroll management.

4.2.2 The disadvantages

Several categories of disadvantages exist:

During the last few years the system has undergone evolutions. This was either to meet functional needs due to the integration of the regularity control process or to meet user requests (*WADEF and @ujour* integration project and several maintenance requests related to regulatory changes). Nevertheless, the system continued to operate with the basic design with major evolutions that were implemented without re-engineering the basic process. This leads to double checks and possibly regressions detected afterwards. This choice is sometimes dictated by the possible cost of the investment for a given information system. The management acts continue to follow the same circuit, the handling at the order office, the study, the approval and then the validation, which causes a heavy exploitation when it is a question of transferring slips and acknowledgements of receipt between workstations of the same entity. In addition to the management of the acts, the constraints linked to the system can be summarized as follows:

Organizational and regulatory constraints. Indeed, the system requires readjustments to be multi-accounting and will be able to make each manager responsible for these interventions in the system. The process of liquidation and mandatement is made for the mass and not the unit, this makes the process of selective and very heavy control. The field of the Moroccan payroll is very complex and retroactive («*depth until 1980*»), this makes the functional field alive and dynamic from month to month of the balance. This deployment requires a proximity assistance within the ministries, local authorities and autonomous organizations agreed. This system transmits the acts to the *@ujour* system after their initiation by the authorizing officers, which requires a double handling. In addition to these regulatory and organizational constraints, the system has technological constraints related to the durability of the technological architecture, which cannot cope with the changes in the new technology, and

4 The payroll includes the gross remuneration paid to civil servants and the social security contributions that the State, as the employer, is required to make to social security schemes.

human resources are scarce to ensure the maintenance of this technology. In addition, the current architecture was initially designed for local network access. This results in very slow response times for processing collective acts in intranet access. In view of these constraints, it is advisable to rethink the system. A re-engineering of the payroll system must be carried out in order to simplify the procedures for processing management acts, to make the "employer" actors more responsible and to give them a global view of the management of their human resources. The circuit that a management act must follow is necessary in order to eliminate certain tasks that have become useless and also to define the process of management acts on all the points of control of taking in charge, regularity and validity.

5. Conclusion

In conclusion, the *INDIMAJ* payroll processing project in Morocco has demonstrated its significant potential for improving payroll processes within companies. The initiative has standardized and streamlined the processing of payroll data, contributing to more efficient human resources management. Preliminary results indicate a noticeable reduction in calculation errors and an improvement in employee satisfaction, underlining the importance of an automated payroll system. The challenges encountered, notably resistance to change and technical problems, provided learning opportunities that could serve as a basis for other similar projects in the future. The lessons learned from the case studies presented illustrate the need for appropriate support when implementing new technologies. Moreover, the integration of regulations is crucial to ensure compliance and reinforce stakeholder confidence. In short, the *INDIMAJ* project can serve as a model for other initiatives in Morocco and beyond, illustrating how a methodical, analytical approach can transform human resources management practices.

The major challenges of the current system of payroll management for civil servants of the State and certain organizations consist in the adoption of new concepts of the latest generation of information systems, in this case the end-to-end dematerialization and self-service with its prerogatives in terms of security of access and data. It is desirable to re-launch in the short term the reflection on the redesign of the personnel expenditure system following the example of the integrated systems to integrate the authorizing officer and the other partners knowing that the human resources of the *TGR* have acquired a very great expertise in the matter.

The above-mentioned limitations open the way to promising new prospects, particularly in the area of introducing new technologies into human resources management via:

The move towards a single Integrated Personnel Expense Management *(IPEM)* system;

A progressive integration approach;

An integrated, unified system common to all personnel expenditure players.

6.References

1- Cherkaoui, A. and Belgaid, A. (2021) 'The new challenges of local managers in the face of the decentralization of the HR function in Morocco – Case of a pan-African financial group, Management question(s), n° 32(2), pp. 43–68.
2- Bernard Martory, Daniel Crozet, (1998)," Human Resources Management ", édition Nathan, p.143
3- BOISVERT, Hugues, (novembre 1999), «Benchmarking - Towards Effective Payroll Practices», CMA Management, , p 54 - 59.
4- DIETRICH Anne, PIGEYRE Frédérique, (2005) «Human Resources Management», Benchmark, Discovery, p.1
5- Belaraj. A, Oukassi. M, (2020), « the new public management: towards good governance of public institutions », review of control, accounting and auditing, volume4 : numéro3, pp : 96 - 122.
6- Baudoin, Emmanuel, Caroline Diard, Myriam Benabid, and Karim Cherif, (2019), 'Chapter 1: 'Digitalisation of the HR function', Management Sup, 4–48;
7- Dietrich, Anne, Patrick Gilbert, and Frédérique Pigeyre, (2010), Skills management, 3d ;
8- Gray, A., & Jenkins, B. (1995). From public administration to public management : reassessing a revolution ?Public administration,73(1), 75-99.
9- Guérin, Francis, Frédérique Pigeyre, and Patrick Gilbert, (2009), 'Professionalization of the HR function', French Management Review, n° 194.4, 105–21;
10- L. Cadin, F. Guérin et F. Pigeyre, (2007), human resources management » Dunod editions;
11- Jebli, Fedwa, Jamal El Baz, Diane-Gabrielle Tremblay, and Ilias Majdouline, (2021), Do national labels certifying corporate social responsibility promote socially responsible human resources management ? Exploration of the Moroccan context', Research in Management Sciences, N° 143.2, 269–94;
12- Martory, B. and Crozet, D. (2016) 'Chapitre 5. Remuneration and payroll', Management Sup, 9e ed., pp. 128–171;
13- Moumene, Jihane, and Mohamed Benhrimida, (2017)' The performance of the Moroccan Public Administration: Contribution of management control, 11;
14- Martory, Bernard, and Daniel Crozet, (2016), 'Chapitre 5. Remuneration and payroll', Management Sup, 9 eed., 128–71 ;

15- Najim, I. (2019) Public Management: From Expenditure Control to Management Control: The Process of Implementing a Management Control System for Moroccan Public Administrations;
16- Philip Kotler, Kevin Lane Keller, Bernard Dubois, Delphine Manceau, (2006), " Marketing Management", 12th edition, New Horizon, , p.73fl;
17- 140 Revue Marocaine de Gestion et d'Economie, N°6, Janvier- Juin 2016
18- Mounassib, Riyad. La gestion des ressources humaines dans le secteur public au Maroc : D'une simple fonction d'administration du personnel à une réelle vision stratégique. Presses Académiques Francophones, 2013. ISBN : 978-3-8416-2003-3.
19- Ministère de la Justice du Maroc. LOI du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027.
20- A Ibourk, T GHAZI - 2024 - policycenter.ma.flPolitiques activités du marché du travail au Maroc.
21- R du Maroc - eina4jobs.org.flLes Nouvelles Formes et les Formes Atypiques d`emploi au Maroc
22- I Ouhlale - 2023 - theses.hal.science.flLe contentieux individuel du travail: étude de droit comparé franco-marocain
23- ROBBINS Stephen, de Cenzo David, (2006) « Management, Essentials of concepts and practices », 6th edition, New Horizons, p.12fl;
24- Soufyane Frimousse, Jacques Igalens, Jacques Orsoni, Maurice Thévenet (2014) Human resources and social responsibilities;
25- Summary of the Human Resources report for the year 2021, Ministry of Economy, Finance and Administration Reform;
26- Rate, mass and disparity of wages in 1949, Economy and Statistics, Studies and conjuncture - French Union / French Economy, 4e year, n°6, 1949fl;
27- Quarterly Review of the Ministry of Finance and Privatization Al Maliya n 3, 2007fl;
28- Report by the Court of Auditors, evaluation of the civil service system in Morocco, 2017fl;
29- Dahir n° 1-58-008 of 4 chaabane 1377 (February 24, 1958) concerning the general status of the civil service (B.O n° 2372 of April 11, 1958);
30- Royal Decree n° 330-66 of 10 moharrem 1387 (April 21, 1967) on the general regulation of public accounting;
31- Law n° 77-99 promulgated by dahir n° 1-01-38 of 21 kaada 1421 (February 15, 2001) prohibiting the cumulation of salary, retirement or any other similar income;
32- Circular n° 34-64-FP of October 29, 1964 relating to the application of decree n° 2-64-389 of 10 rebia II 1389 (August 19, 1964) fixing the regime of access to the jobs of the public administrations reserved for the

resistant;
33- Circular n° 5-68-FP of 22-01-1968 on the recruitment of temporary staff ;
34- Circular n° 6-75-FP of March 14, 1975 relating to the civil service - Statutory recruitments -Procedure ;
35- Order of the Minister of Economy and Finance No. 713-18 of 23 Jumada II 1439 (March 12, 2018) establishing the nomenclature of supporting documents for proposals for commitment and payment of state expenditures;
36- Royal Decree bearing law no. 354-67 of June 26, 1967: B.O. no. 2863 of September 13, 1967: (Superior Council of the Civil Service);
37- https://pdfcoffee.com/1-manuel-de-procedure-version-finale-pdf-free.-html;
38- https://www.auah.ma/;
39- http://www.lof.finances.gov.ma/sites/default/files/presentation_du_systeme_indimj.pdf;
40- https://www.universalis.fr/encyclopedie/elton-mayo/>;
41- https:// www.mmsp.gov.ma;
42- https://www.tgr.gov.ma.

ALMA LUCIA GIUSEPPINA TARANTINO
Avvocato, Dottore di ricerca in Istituzioni e politiche comparate Università degli Studi di Bari Aldo Moro
avv@almatarantino.it

LA FINANZA DI PROGETTO: PECULIARITÀ ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

PROJECT FINANCE: PECULIARITIES IN LIGHT OF THE NEW PUBLIC PROCUREMENT CODE

SINTESI

Il presente contributo esprime alcune riflessioni sulla disciplina dell'istituto della finanza di progetto ripercorrendone le evoluzioni a valle della successione in poco tempo di testi normativi e correttivi che ne hanno determinato una complessiva revisione. La finanza di progetto rappresenta una modalità di finanziamento sempre più diffusa nel settore delle opere pubbliche e dei servizi, di interesse per quegli enti pubblici costretti a scontrarsi con una progressiva riduzione della disponibilità delle risorse per realizzare pubblici interventi spesso di elevata complessità tecnica. Nonostante interventi di semplificazione, la recente riforma sembra non aver superato i vizi della precedente disciplina attraverso una serie di disincentivazioni degli investitori privati. Permangono quindi criticità sull'effettiva *vis* attrattiva dell'istituto nei confronti dei potenziali promotori.

ABSTRACT

This paper expresses some reflections on the discipline of the project finance institute, retracing its evolutions following the succession in a short time of regulatory and corrective texts that have determined a comprehensive revision. Project finance represents an increasingly widespread financing method in the sector of public works and services, of interest to those public bodies forced to face a progressive reduction in the availability of resources to carry out public interventions often of high technical complexity. Despite simplification interventions, the recent reform seems not to have overcome the flaws of the previous discipline through a series of disincentives for private investors. Critical issues therefore remain on the effective attractiveness of the institute towards potential promoters.

PAROLE CHIAVE: Project financing, d.lgs. n. 36/2023 e d.lgs. n. 209/2024 - opportunità e criticità-.

KEYWORDS: Project financing, Legislative Decree No. d.lgs. n. 36/2023 and n. 209/2024, opportunities and critical issues.

INDICE: 1. Introduzione. – *2*. Origini ed evoluzioni della disciplina. – 3. La mutata natura giuridica e la nuova disciplina. – 3.1. Sul regime transitorio. – 3.2. La revisione della procedura. – 4. Protagonismo del privato a supporto delle scelte amministrative: opportunità e criticità.

1. Introduzione

La finanza di progetto o *project financing* rappresenta una modalità di finanziamento per così dire "a capitale privato" di opere pubbliche e di servizi a fronte del calo di investimenti, della progressiva riduzione della disponibilità di risorse pubbliche nonché della mancanza, spesso, nella pubblica amministrazione di competenze tecniche idonee a provvedere alla realizzazione e gestione di determinati interventi.

È uno strumento che consente la realizzazione di progetti di grande impatto e rilevanza economico e sociale, caratterizzato da una struttura finanziaria complessa e da un'allocazione di rischi particolarmente dettagliata[1]. Può essere quindi definito -sotto il profilo finanziario- da un lato come una tecnica di finanziamento di un progetto in cui il creditore guarda principalmente al *cash flow* ed alla redditività dello stesso, come fonte per la restituzione del debito, ed ai beni del progetto come unica garanzia di prestito[2]; dall'altro -sotto il profilo giuridico- come una fattispecie negoziale atipica, sommatoria di singoli contratti che ne costituiscono la struttura complessa.

In buona sostanza, il tragitto procedimentale necessario per coinvolgere capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche sembrerebbe aver preso il nome della meta, ovvero del risultato a cui tende quindi "finanza di progetto", anche se le due cose sono e devono rimanere distinte[3].

Siamo nel contesto dell'avvenuto riconoscimento di un processo di privatizzazione del diritto amministrativo inteso nella diffusione all'interno dell'amministrazione sia di una visione privatistica della cosa pubblica sotto il profilo degli strumenti utilizzabili per l'attività (i c.d. modelli contrattuali), e sia dei nuovi parametri e dei nuovi concetti introdotti per la misurazione dei successivi risultati dell'attività rispetto alle finalità istituzionali (ad esempio, la performance)[4].

L'attrattività di tale strumento negli ultimi anni muove dal fatto che con esso la pubblica amministrazione ha potuto affidare la progettazione, realizzazione e gestione di opere pubbliche a soggetti privati dietro impegno degli stessi

---

1 A. Cermele, *Realizzazione e gestione delle opere pubbliche con la finanza di progetto*, 19.07.2024, in *www.altalex.com*.

2 R. Cori, G. Marinuzzi, I. Paradisi, W. Tortorella in *Partenariato pubblico privato e project financing: il contesto di riferimento*, in M. Nicolai, I. Paradisi, W. Tortorella (a cura di), *Partenariato pubblico privato e project finance*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2024, p. 35.

3 Osservatorio dei contratti pubblici, 2012, in www.territorio.regione.emilia-romagna.it/osservatorio/Project-financing/cose-il-project-financing.

4 F. Saitta, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 4, pp. 549-578; C. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in C. Franchini, F. Tedeschini (a cura di), *La nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 4 e ss.; C. Franchini, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in Id. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, p. 54.

a realizzare l'opera ed a garantirne il corretto funzionamento per un determinato periodo di tempo, con accollo dei relativi rischi, in cambio della possibilità di remunerarsi mediante la gestione della stessa.

Questo meccanismo è risultato incentivante sia per la parte pubblica, considerando l'operazione fuori bilancio ed estranea ai limiti dell'indebitamento pubblico[5], sia per quella privata[6] in grado di massimizzare i profitti con una gestione del progetto efficiente e virtuosa. Per ciò autorevole dottrina[7] saluta l'istituto in esame come un'àncora di salvezza per gli Enti pubblici che, per mancanza di denaro e perché in ogni caso bloccati nelle loro possibilità di spesa dal c.d. patto di stabilità interno[8], hanno bisogno di realizzare investimenti di medio e lungo termine. Rimangono comunque aperti i profili di criticità determinati dalla successione in poco tempo di testi normativi e correttivi che hanno determinato una complessiva revisione della disciplina dell'istituto. Perché se da un lato si è sentita la necessità di intervenire in ottica di semplificazione delle procedure incrementando l'efficienza degli affidamenti, dall'altro si è ritenuto di ritornare ad una visione di maggiore garanzia in ottica di concorrenza degli operatori economici alla procedura di selezione. La questione è rilevante perché nel prossimo futuro, con il venire meno delle risorse straordinarie del P.N.R.R., il ricorso a capitali privati diventerà strategico[9].

2. Origini ed evoluzioni della disciplina

Tecnicamente la finanza di progetto rientra tra quelle fattispecie riconducibili ai partenariati pubblici privati di tipo contrattuale[10] comprensivi dei con-

5 Per tale ragione può essere considerata un'operazione di contabilità pubblica prevedendo un meccanismo di trasferimento del rischio che viene cancellato dal bilancio pubblico.

6 E tra i privati non si dimentichino anche i cittadini, ultimi beneficiari dei servizi attuati.

7 F. MERUSI, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in G. Morbidelli (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 13 e ss.; M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in Id. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, p. 5; F. MONTANI, *Project financing, inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 1-9; E. PICOZZA (a cura di), *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici,* Torino, Giappichelli, 2005, p. 2050. Cfr. altresì M.G. VIVIARELLI, *Unitarietà o autonomia delle fasi del project financing: due orientamenti a confronto*, in *Il corriere del merito*, 2011, n. 1, pp. 99-106, secondo cui tale istituto è lo strumento cui ricorrere per riempire il vuoto lasciato dal fallimento dello Stato come principale o forse anche esclusiva fonte delle risorse finanziarie per la realizzazione di infrastrutture.

8 Il *project financing* è "*off balance*": non altera gli indici di indebitamento, non irrigidisce il bilancio dell'ente e non genera nessuna spesa se non per un'eventuale partecipazione al capitale di rischio della società progetto.

9 L. PERFETTI, *Sul "Correttivo" al Codice dei contratti pubblici. Ovvero sulle tensioni tra politica e tecnica, tra potere e contratto*, in *Urbanistica ed appalti*, 2025, 1, p. 12.

10 Il termine partenariato pubblico privato contrattuale è un'espressione di matrice europea che indica quella forma di cooperazione tra pubblico e privato avente ad oggetto il finanziamento o la realizzazione di un'infrastruttura o la gestione o la fornitura di un servizio o più in generale lo svolgimento di un compito pubblico, mediata attraverso un contratto che disciplina le reciproche obbligazioni - Libro verde relativo ai partenariati pubblico o privati e dal diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, Bruxelles 30 Aprile 2004,

tratti di concessione, ovvero a quelle forme di cooperazione tra partner pubblico 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[11].

Dal punto di vista definitorio, la sua traduzione letterale "finanza di progetto" non esprime il suo significato e non ne rivela il potenziale; d'altronde neppure il legislatore si era occupato di individuarne una definizione lasciando piuttosto che la stessa fosse desumibile attraverso la descrizione delle operazioni di aggiudicazione e finanziamento. Abbiamo dovuto attendere il d.lgs. n. 209 del 2024, correttivo al d.lgs. n. 36 del 2023, per assistere alla eliminazione, con l'art. 174, di quelle incertezze interpretative del passato sulla qualificazione di tale istituto rispetto alle forme concessorie previste dal sistema della contrattualistica pubblica, e quindi per avere conferma che la finanza di progetto rientra in una particolare modalità contrattuale di finanziamento strutturato attraverso cui può esser realizzata una concessione a sua volta *species* del P.P.P.[12].

Ma in verità il modello della finanza di progetto affonda la propria ispirazione nell'esperienza dei sistemi giuridici del *common law*, ed in particolar modo negli strumenti della *private finance iniziative*[13] e della *private finance transaction*[14] sia

---

COM 2004-; il P.P.P. di tipo contrattuale rappresenta quei rapporti tra soggetto pubblico e privato che si inverano in un rapporto di carattere negoziale di contenuto non organizzativo. Cfr.: C. Contessa, *PPPC: Modello Generale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2019, V, pp. 207-212. Un esempio di P.P.P. contrattuale è la concessione (di lavori pubblici).

11 Commissione europea, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico – privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e in edtch jeurs*, Bruxelles, 30 Aprile 2004, COM (2004). M.P. Chiti, voce *Partenariato pubblico – privato*, in *Enc. giur., Il Diritto*, Vol. X, Milano, 2007, p. 690 e ss. Siamo nelle forme di espressione ed articolazione della cosiddetta sussidiarietà orizzontale da cui il ruolo sussidiario della società civile nell'esplicazione delle attività di interesse generale e quindi anche nell'esercizio di funzioni e servizi pubblici e sociali, in B. Raganelli, *La finanza di progetto*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 1322 e V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 72. Per vero secondo alcuni studiosi il partenariato pubblico privato non comporterebbe una sostituzione della parte pubblica totale con quella privata mantenendo in ogni caso l'amministrazione un ruolo propulsivo direttivo e di controllo, cfr. C. Contessa, *PPPC: modello generale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., p. 210.

12 Il Partenariato Pubblico-Privato (P.P.P.) è un'operazione economica consistente nella stipula di accordi tra enti pubblici e soggetti privati per la realizzazione, gestione o finanziamento di opere e servizi di interesse pubblico. Il P.P.P. su "*iniziativa privata*", che implica la compartecipazione del privato sin dal momento della progettazione del P.P.P. con la formulazione di una proposta, vede il proprio affidamento disciplinato dall'art. 193 del libro IV, Parte II, Titolo IV rubricato "*Finanza di progetto*"; in www.programmazioneeconomica.gov.it/it/il-partenariato-pubblico-privato/il-ppp-come-si-fa/.

13 Strumento finalizzato al finanziamento degli ospedali del National Health Service attraverso il ricorso a capitali privati. P.K. Nevitt, *Project financing*, Bari, supplemento al n. 23, Luglio - Settembre 1987, quaderni n. 15, *riv. trim.di econ.*, traduz. present. di Paul De Sury, p. 13.

14 E.C. Bujevich, Y.S. Park, *Project financing and the in International financial markets*, Boston, Kluwer Academic 1997, p. 87 e ss.; A. Floris, *Linee storiche ed evolutive del project financing*,

pur con i dovuti distinguo: infatti il P.F.I. inglese non si configura esattamente come un contratto, né come una procedura di selezione o di affidamento, ma come una modalità di realizzazione delle opere pubbliche per i lavori complessi[15]. Probabilmente tale differenza muove dal fatto che a livello nazionale si è voluto costruire uno schema giuridico rigido basandolo su un modello di azione che come concepito nel *project finance initiative* anglosassone risultava invece innovativo, di natura dinamica e rispondente ad esigenze di flessibilità di mercato[16].

Ciò nonostante possiamo concludere che sotto il profilo finanziario l'espressione è stata utilizzata per fare riferimento a un concetto economico che identifica un'operazione di finanziamento di particolare unità economica[17] nella quale il finanziatore fa affidamento sui flussi di cassa e sugli utili della stessa opera come fonte del rimborso del prestito anziché sulla capacità di indebitamento dei soggetti promotori dell'iniziativa stessa; mentre dal punto strettamente giuridico, per richiamare una fattispecie negoziale atipica con causa complessa ovvero la sommatoria di singoli contratti (di fornitura, di appalto, di finanziamento, di garanzia, di società, di concessione di costruzione e di gestione) che ne costituiscono di poi la struttura[18]. Orbene ciò detto, vi è che nei riferimenti correnti il modello italiano del *project financing* nella sua fase embrionale si è innestato su quello delle concessioni -di costruzione e gestione[19]- e di poi

---

6.10.2003, in *www.altalex.com*.

15 B. RAGANELLI, *Partenariato pubblico o privato ed opere pubbliche in Europa. La ricerca di un equilibrio tra regole e flessibilità*, Convegno Roma 29 ottobre 2008, in https://www.itaca.org/documenti/finanza/Studi%20I-Com%20Partenariato%20Pubblico-Privato%20ed%20Opere%20Pubbliche%20in%20Europa.pdf; V. LOPILATO, *Trust e project financing dopo la Merloni ter*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, p. 338.

16 Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847.

17 Alternativa rispetto alla tradizionale forma di *corporate finance* in cui l'affidamento creditizio avviene in considerazione della consistenza patrimoniale del finanziato e della titolarità dei beni che fungono da garanzia; cfr. in B. RAGANELLI, *op.cit.*, 2019, p. 1327.

18 G. FIDONE, B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 737 ss.; B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto (artt. 183-186)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 1327-1330; R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in N. Longobardi (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione,* Torino, Giappichelli, 2016, pp. 32-38.

19 A. BARGONE, P. STELLA RICHTER, *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, in prefazione, Milano, Giuffrè, 2001. Sul piano sostanziale nella concessione di costruzione e gestione dell'opera, l'amministrazione concedente affida ad un soggetto estraneo alla sua organizzazione la costruzione di un'opera e la gestione di un pubblico servizio ad essa connesso. La realizzazione dell'opera rappresenta, quindi, una fase strumentale e preordinata alla gestione del servizio, cfr. G. VERDE, *La concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici, il project financing e l'affidamento a contraente generale nella normativa vigente*, in *www.diritto.it/wp-content/uploads/old2022/articoli/amministrativo/verde7.pdf*. Nel *project financing*, come nella concessione, i proventi derivanti dalla gestione e dallo sfruttamento dell'opera e le eventuali entrate ulteriori previste a vario titolo (contributi, finanziamenti, ecc.) nonché le utilità economiche indotte devono essere tali da ricoprire in un certo lasso di tempo gli

anche del P.P.P.[20] come maturati a seguito dell'influenza della visione europea sui modelli di collaborazione pubblico-privato.

E operando un breve *excursus* storico si dimostrerà che la finanza di progetto non dà vita a un istituto nuovo sottratto ai principi in materia di affidamento di lavori pubblici, ma a un sistema di realizzazione di questi ultimi[21] che si basa sulle comuni norme che regolano la concessione[22].

Quindi possiamo anticipare che la finanza di progetto non è un istituto giuridico autonomo ma bensì può essere considerato, come per definizione che fu resa dall'ex Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici[23], un sistema di realizzazione delle opere pubbliche innestato sul collegamento funzionale tra molteplici rapporti giuridici (contratti di finanziamento, di appalto, concessioni), risultando espressione di una complessa ed eterogenea struttura contrattuale.

Pur essendo opportunatamente distinto dal modello concessorio classico da considerarsi come uno dei possibili esiti della procedura amministrativa di affidamento disciplinata dal codice di contratti[24] (oggi ex artt. 182-187), ovvero il contratto di concessione come l'oggetto di affidamento tramite una procedura di gara, il *project financing* ne è una forma di affidamento-finanziamento (a seconda del profilo giuridico o finanziario da cui si guarda l'istituto) ricca di

---

investimenti sostenuti ed assicurare un margine di guadagno.

20 A.N.A.C., determinazione 16.10.2002, n. 27. Cfr. V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, vol. I, pp. 1222-3.

21 Perché si può concludere con l'affidamento di un contratto di concessione di lavori pubblici e servizi o con un contratto di appalto (e al tempo stesso la concessione di costruzioni e gestione come in origine sorta costituiva già un rapporto contrattuale che formalizzava tutte le operazioni di finanza e di progetto).

22 Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847.

23 Cfr.: Atto di regolazione n .34 del 18 luglio 2000 in www.anticorruzione.it/-/atto-di-regolazione-n.-34-del-18/07/2000-rif.

24 *In primis* vi è che la concessione di lavori pubblici in origine si caratterizzava per il fatto che l'amministrazione affidasse ad un soggetto estraneo alla sua organizzazione il compito di provvedere alla costruzione e alla gestione dell'opera pubblica senza effettuare il pagamento di quest'opera ma consentendo al concessionario di sfruttare economicamente le stesse. Si trattava di opere realizzate in ambito ferroviario o autostradale per le quali la gestione era destinata alla produzione di un'utile pubblico. In questo contesto la scelta del concessionario in ragione dei poteri pubblici trasferiti al privato nella funzione di gestione dell'esercizio del pubblico servizio avveniva in maniera fiduciaria senza il rispetto delle regole di evidenza pubblica. Sulla natura giuridica della concessione al termine di una disputa dottrinaria tra sostenitori della tesi pubblicistica e dall'altro lato della tesi privatistica, alla luce dell'intervenuta direttiva 2014 / 23/ UE, si è finito per ricondurre la concessione nell'ambito dei contratti di diritto pubblico, per la contrattualizzazione delle concessioni di servizi e lavori pubblici, formalizzando il passaggio della concessione contratto al contratto di concessione. Cfr. D. D'Amico, *Natura giuridica e riparto di giurisdizione delle concessioni pubbliche: in particolare, delle concessioni di beni pubblici*, in *www.ildirittoamministrativo.it*, 2021. Attualmente l'ordinamento prevede due tipi di concessione: la prima riferita al ricorso al mercato, la seconda con utilizzazione diretta dell'opera da parte della pubblica amministrazione concedente; si anticipa che a questo ultimo tipo di contratto si giunge attraverso una procedura di selezione del contraente avviata su iniziativa del privato gergalmente definita già nel 2008 -a seguito del d.lgs. n. 152 del 2008, terzo correttivo al codice dei contratti pubblici- come rientrante nel metodo della finanza di progetto. Cfr. https://territorio.regione.emilia-romagna.it/osservatorio/Project.

autonome caratteristiche[25].

Sotto il profilo giuridico l'istituto della finanza di progetto è stato in Italia oggetto di molteplici interventi normativi.

La prima disciplina si riconduce alla cosiddetta Merloni *ter* (legge n. 415 del 1998)[26] concernente prevalentemente la fase pubblicistica dello strumento, in modifica alla legge quadro sui lavori pubblici (legge n. 109 del 1994)[27]. Tale normazione concepì la finanza di progetto come fattispecie di affidamento di una concessione *sui generis* per la realizzazione di opere pubbliche su proposta del promotore[28]. Significativa è stata l'emanazione di poi della legge n. 166 del 2002, la cosiddetta Merloni *quater*, contenente sostanziali modifiche alla disciplina precedente in relazione al diritto di prelazione del promotore con l'obiettivo di introdurre incentivi alla partecipazione dei privati ad operazioni finalizzate alla costruzione e gestione di opere pubbliche[29]. Ad essa ha fatto seguito la legge comunitaria del 2004[30] e la legge n. 15 del 2005 che ha introdotto modifiche alla disciplina in materia di avviso indicativo e di diritto di prelazione del promotore.

Successivamente, al fine di rimeditare l'intera struttura della finanza di progetto, il legislatore italiano ne inserì la disciplina nel codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 163 del 2006, questa a sua volta modificata con il d.lgs. n. 152 del 2008[31], e con il d.l. n. 1 del 2012 conv. in l. n. 27 del 2012. Per vero il codice del 2006 non ha saputo cogliere l'occasione per dare il giusto valore a

---

25 B. Raganelli, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico-privato: un quadro generale*, in *www.giustamm.it,* 2021. Quindi trattasi di «*una procedura che enuclea due serie procedimentali strutturalmente autonome ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse e la seconda di gara di evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità. La seconda serie, più precisamente, è distinta nelle subfasi di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione*», Cons. Stato, V, 10 febbraio 2020, n. 1005, T.A.R. Puglia - Lecce, sez. III, 11 agosto 2023, n. 1034. G. Serra, *Il partenariato pubblico – privato nella filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2024, V. 13, 2, p. 870 e ss.

26 Fece seguito la creazione dell'Unità tecnica finanza di progetto presso il Cipe ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 144 del 1999 con il compito di assistere e supportare le pubbliche amministrazioni in materia di finanza di progetto -norma poi soppressa dalla legge di stabilità del 2016, legge 28 dicembre 2015, n. 208-.

27 Cfr. anche la legge 21 dicembre 2001, n. 443, la c.d. "Legge Obiettivo", a cui va il merito di aver introdotto una accelerazione all'utilizzo del *project financing* nel settore delle grandi infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale per la modernizzazione del Paese individuando, a regime speciale, forme di deroghe a molte delle procedure previste dalla legge Merloni, nonché il d.lgs. n. 190 del 20 agosto 2002 che della prima ne chiariva i contenuti, l'ambito di applicazione e gli schemi procedimentali.

28 L'art. 37*bis* della Legge Merloni ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento dei lavori pubblici la figura del "promotore", cioè di quel soggetto dotato di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, che presenta alle amministrazioni pubbliche proposte di realizzazione di opere pubbliche da finanziare con risorse totalmente o parzialmente a proprio carico.

29 Disposizione risultata non conforme al diritto europeo, cfr.: Commissione europea, procedura di infrazione n. 2182 del 2001.

30 La legge 18 aprile 2005, n. 62, "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee".

questa operazione complice probabilmente anche una iniziale diffidenza dell'amministrazione ad interloquire coi privati.

In tale contesto si è assistito all'emanazione del pacchetto Direttive 2014 in tema di *public procurement* e in particolar modo all'adozione della Direttiva n. 23/2014/UE che ha consentito una armonizzazione di disciplina in tema di concessione.

La visione europea delle concessioni e del P.P.P. infatti si è nel tempo intrecciata con la disciplina nazionale della finanza di progetto fino ad accompagnare il legislatore nazionale a definire in ultima battuta nel 2023 quest'ultima come una modalità di finanziamento dei contratti riconducibili al *genus* del partenariato pubblico privato.

L'accresciuta rilevanza economica dei modelli contrattuali aveva spinto il legislatore europeo ad eleggere le concessioni a modello negoziale equiordinato ai contratti pubblici di appalto.

Con la Direttiva 2014/23/UE[32] (cui seguiranno la n. 24 e 25/2014) è stata delineata una prima regolamentazione organica delle concessioni di lavori e di servizi e definito l'inquadramento della stessa come un rapporto giuridico unitario di tipo contrattuale preceduto da una fase procedimentale ad evidenza pubblica.

Le nuove Direttive europee del 2014 sugli appalti e sulle concessioni, introducendo una nuova definizione dei contorni dell'evidenza pubblica -complice anche un contesto favorevole all'utilizzazione dei modelli consensuali funzionali alla realizzazione dell'interesse pubblico-, hanno poi rivolto un'attenzione particolare al coinvolgimento del privato nell'erogazione dei servizi pubblici e nella realizzazione delle infrastrutture dando così avvio all'utilizzo di forme di collaborazione tra pubblico e privato nella dimensione anche partenariale.

La definizione di partenariato pubblico privato era stata inizialmente affidata al solo Libro verde della Commissione europea del 30 aprile 2004 e ai documenti elaborati dall'Eurostat, quindi non ad una definizione cogente nel diritto comunitario; vi è però che pur se nella Direttiva n. 2014/23/UE mancavano specifiche disposizioni definitorie sullo stesso, ad essa va attribuito il merito di aver operato una omogeneizzazione concettuale tale da includere nel modulo di azione delle concessioni anche i contratti di P.P.P. in cui il principale paga-

31 R. Greco, *La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al Codice degli appalti*, in *www. giustizia-amministrativa.it,* 2009.

32 Con tale direttiva si è provveduto a dettare una disciplina a livello europeo per i contratti di concessione per offrire una certezza giuridica della materia e optare per una unione dei regimi applicabili alle concessioni di servizi a quelle dei lavori. Alla stessa si attribuisce anche il merito di aver sottoposto alle medesime regole di affidamento sia la concessione di lavori che quelle di servizi superando la dicotomia posta tra esse; ciò partendo dal presupposto che l'aspetto gestionale è comune ad entrambe le fattispecie. Di poi, con il recepimento delle direttive europee n. 23, n. 24, n.25 del 2014, il legislatore nazionale ha dovuto operare un riordino complessivo della materia dei contratti pubblici introducendo una disciplina organica delle concessioni, nonché del partenariato pubblico privato nel rispetto dei principi della concorrenza (cfr.: d.lgs. n. 50/2016).

tore sia la sola amministrazione (per cui la remunerazione del concessionario provenga solo dalla stessa e non da una tariffazione di pluralità di utenti)[33].

Quindi le concessioni costituiscono l'archetipo del contratto di partenariato caratterizzandosi per la complessità dell'oggetto costituito dall'accorpamento di tutte le fasi di realizzazione di un progetto e per la centralità della fase di gestione dell'opera o del servizio tale da poter giustificare la durata lunga del contratto in funzione del tempo necessario per ammortizzare l'investimento da parte del concessionario e garantire la congrua remunerazione dell'investimento[34].

Bisognerà attendere il d.lgs. n. 163 del 2006 per avere anche per il P.P.P. una piena definizione, sulla scia degli indici di riconoscimento già individuati dalla Commissione europea nel Libro verde del 2004. Di poi con la comunicazione della Commissione europea del 19 novembre 2009 fu "sdoganata" anche con una fonte di diritto cogente l'utilizzazione del partenariato pubblico privato come strumento per mobilitare investimenti pubblici e privati, per favorire la ripresa economica e i cambiamenti strutturali di lungo termine.

Mancava ancora una disciplina organica di sintesi della materia che arriverà di poi con il d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare con l'art. 180[35] delineante una serie di contratti eterogenei il cui elemento comune è rappresentato dalla funzione di attrarre risorse private di natura organizzativa e finanziaria per realizzare e gestire opere o servizi pubblici connessi con l'assunzione del rischio imprenditoriale, economico, finanziario in capo al privato.

Secondo il codice dei contratti pubblici del 2016 infatti la finanza di progetto costituiva (ex artt. 182, c. 1., e 183 c. 1 e c. 16) una modalità di finanziamento dei contratti di P.P.P. nonché di una concessione.

Al termine di tale breve *excursus* si è giunti quindi ad evidenziare come la visione europea delle concessioni e del P.P.P. si siano nel tempo intrecciate con la disciplina nazionale della finanza di progetto fino ad accompagnare il legislatore nazionale a definire quest'ultima come una modalità di finanziamento dei contratti di partenariato pubblico privato.

Ma arriviamo ai giorni nostri: con il codice del 2023, il d.lgs. n. 36 del 2023, il legislatore ha sistematizzato e semplificato l'intera disciplina della finanza di progetto collocando la relativa disciplina nella parte dedicata ai contratti di concessione nel libro sul P.P.P.

---

33 M. Guardapassi, *Le concessioni ed il partenariato pubblico privato*, in A. Meale (a cura di), *Manuale breve dei contratti pubblici*, Pisa, Pacini, 2019, p. 338.

34 R. Cori, G. Marinuzzi, I. Paradisi, W. Tortorella, *op. già cit.*, p. 57.

35 Art. 180, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016: «*Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti*». Quindi merito del codice del 2016 l'inquadramento anche della concessione nell'ambito del *genus* del partenariato pubblico privato di tipo contrattuale. Cons. Stato, sez. I, parere del 28 aprile 2020, n. 823.

Ne sembrava così chiarita definitivamente la natura di schema procedurale finanziario utilizzato per l'affidamento di concessioni. Perché è il medesimo contratto di concessione che può essere finanziato sia in *corporate financing* che in *project financing*.

Detto ciò, con il decreto correttivo d.lgs. n. 209 del 2024 il legislatore è intervenuto nuovamente sul tema operando una complessiva revisione sistematica della disciplina del P.P.P. e trasversalmente anche dell'istituto del *project financing* presente nel d.lgs. n. 36 del 2023.

Il correttivo in questione ha inteso rimodulare l'istituto della finanza di progetto nell'ottica di incrementare l'efficienza degli affidamenti e promuovere la contendibilità delle concessioni favorendo la più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara, nonché consentire ai concedenti di verificare appieno la fattibilità della proposta anche in relazione all'affidabilità del proponente. Come risulta dalla relazione illustrativa e dalla relazione tecnica al nuovo codice, la disposizione è motivata da un lato per dare attuazione agli impegni assunti con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza P.N.R.R. e per chiarire le modalità applicative dell'istituto per incentivarne ulteriormente l'utilizzo, e dall'altro in considerazione dei rilievi sollevati dalla Commissione europea con la procedura d'infrazione INFR (2018)2273 per quanto al diritto di prelazione (di cui si tratterà in seguito nello specifico)[36].

L'introdotto P.N.R.R. e la conseguente esigenza di realizzare connessi progetti performanti si è dimostrato uno stimolo importante per il rinnovo della disciplina del *project financing*[37].

A tal fine essenziale è stata l'attenzione rivolta all'attività di programmazione delle opere pubbliche in stretta relazione con quella economica-finanziaria dell'Ente al fine di operare il collegamento tra la programmazione dei lavori pubblici con la progettazione. In questa prospettiva la valutazione preventiva dell'efficacia e dell'efficienza amministrativa e la valutazione costi-benefici diventano parametri vincolanti per le scelte che si effettuano in sede di programmazione[38].

---

36 «*Non conformità del diritto italiano alle Direttive 2014/23/EU,2014/24/EU and 2014/25/EU, e agli articoli 49 e 56, T.F.U.E.*», mediante l'introduzione di specifiche disposizioni che mirano ad assicurare la trasparenza e la pubblicità durante la procedura di selezione delle proposte di progetto di fattibilità.

37 G. Sivieri, *Con il PNRR il rilancio del project financing*, 2023, in www.citynext.it/2023/10/24/con-il-pnrr-il-rilancio-del-project-financing/. «*Con il "Next Generation EU", più noto come recovery fund o recovery plan, l'Unione europea ha messo a disposizione degli Stati membri complessivamente settecentocinquanta miliardi di euro, ad integrazione del quadro finanziario 2021- 2027, al fine di realizzare un percorso di ripresa economica post-pandemia. Il fronte del PNRR si esaurirà nel 2027* […] *Di conseguenza l'apporto degli operatori privati, in termini di capitale e di rapidità di progettazione e esecuzione è fondamentale per dar vita a progetti orientati alla performance, generando reddito e spostando il rischio del contratto sul privato, meglio strutturato per la sua gestione*».

38 www.odcec.torino.it/public/convegni/con1342.pdf.

3. La mutata natura giuridica e la nuova disciplina

Come già anticipato, il legislatore ha confermato che il *project financing* rappresenta una forma particolare di realizzazione della concessione attraverso l'articolo 174, comma 3, esplicitando che lo stesso è un istituto ascrivibile al *genus* della *species* del P.P.P., eliminando le incertezze interpretative del passato sulla qualificazione dello stesso come "autonomo" rispetto alle altre forme concessorie previste dal sistema della contrattualistica pubblica. Infatti è stabilito che lo stesso contratto di concessione può essere realizzato attraverso le forme del *project financing*.

Questa specificazione assume in realtà un rilievo dogmatico non trascurabile perché se da un lato ha posto fine a un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice[39], dall'altro ha anche generato dubbi di natura processuale sulla corretta individuazione del rito da applicare alle relative controversie.

Nello specifico, come sollevato dalla recente giurisprudenza[40], nella vigenza della nuova disciplina infatti la visione del *project financing* come una modalità di finanziamento della concessione fa sì che lo stesso -a prescindere dalla fase in cui si trova la procedura-, rientri nel novero delle concessioni di servizi sottoposte al rito speciale di cui all'art. 120 del d.lgs. n. 104 del 2010. In tal caso viene superata la precedente posizione della giurisprudenza in forza della quale, laddove la procedura del *project financing* non avesse superato la prima fase e quindi nessuna procedura competitiva per l'affidamento fosse venuta ad esistenza, non avrebbe trovato applicazione alla relativa controversia il rito speciale degli appalti[41]. Di qui la significatività della introduzione di una previsione

39 La complessità riferita all'istituto in commento è determinata dalla commistione tra potere autoritativo e attività di diritto privato dell'amministrazione da un lato, e dall'intervento di finanziamenti privati nella realizzazione di opere di pubblico interesse dall'altro; la struttura bifasica con una prima parte assimilabile al procedimento amministrativo volto all'individuazione del promotore, e la seconda ad una procedura ad evidenza pubblica rendeva il *project financing* non inquadrabile in nessuna definizione già esistente nel nostro ordinamento finendo per esser ricondotto in un complesso di numerosi contratti aventi cause e oggetti diversi ma facenti tutti parte di un unitario schema progettuale. G. FAZIO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1988, Vol. I, p. 12; P. LASELVA, *Natura giuridica del project financing: indagine sull'applicabilità della disciplina dell'azione amministrativa alla finanza di progetto ad iniziativa privata*, in *Riv. Giur. Europea*, 2021, Vol. IV, n. 1, pp. 97-144 e http://rivistagiuridicaeuropea.edicampus-edizioni.it/wp/wp-content/uploads/2021/07/RGE_2021-1-SELVA.pdf. La struttura "bifasica" dell'istituto ha stimolato nel corso degli anni anche un acceso dibattito giurisprudenziale afferente all'unitarietà o, in alternativa, all'autonomia dei due momenti caratterizzanti il *project financing* ad iniziativa privata. Cfr. T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 28 luglio 2010, n. 28920; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2009, n. 3319; Id., ord., 23 settembre 2008, nn. 4972 e 4973; Dibattito concluso con il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 1, del 28 gennaio 2012, su rimessione del Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7277.

40 T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 10 febbraio 2025, n. 311.

41 Si supera l'orientamento giurisprudenziale fino a quel momento consolidato che escludeva l'applicabilità del rito di cui all'art. 120 c.p.a. alla prima fase della procedura di *project*

espressa in tema di individuazione della norma *ratione temporis* applicabile ai procedimenti in corso.

Ebbene, tale conclusione come resa dalla succitata giurisprudenza, muove dalla modifica morfologica e sistematica dell'istituto apportato dal correttivo n. 209 del 2023. «*Infatti diversamente dalla finanza di progetto disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016 suddivisa in tre fasi quella della scelta della proposta quella dell'inserimento dell'opera dichiarata di pubblico interesse nella programmazione triennale e quella che prevede l'indizione della gara sul progetto approvato di cui solo l'ultima sottoposta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica*», il nuovo codice del 2023, con il correttivo del 2024, «*ha disciplinato la finanza di progetto agli artt. 193, 194, 195 collocati all'interno della parte seconda dedicata ai contratti di concessione posto che tale strumento altro non è se non una peculiare modalità di finanziamento delle concessioni*».

Ma la questione non è ancora del tutto superata alla luce per vero di pronunciamenti in discontinuità con gli innovativi recenti orientamenti sancenti l'irrilevanza della sottoposizione della fase preliminare della finanza di progetto alle medesime regole delle procedure di evidenza pubblica; e ciò ritenendosi essenzialmente immutata la struttura complessa della procedura di *project financing* enucleante due serie procedimentali strutturalmente autonome ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale: la prima di valutazione e approvazione del progetto di fattibilità rispondente al pubblico interesse e la seconda di gara di evidenza pubblica sulla base del detto progetto[42].

Orbene, detto ciò, nello specifico della nuova disciplina vi è che il d.lgs. n. 209 del 2024 s.m.i., meglio noto come "Correttivo" al codice dei Contratti Pubblici -il d.lgs. n. 36 del 2023-, ha introdotto significative modifiche alla di-

---

financing poiché, ad oggi, tale procedura rientra, a prescindere dalla fase in cui si trova, nel novero delle concessioni sottoposte al predetto rito speciale accelerato.

42 T.A.R. Friuli Venezia Giulia - Trieste, sez. I, 16 aprile 2025, n. 147, secondo cui «*non persuade quanto opinato al riguardo da recente giurisprudenza (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 10 febbraio 2025, n. 311), atteso che la circostanza che nel nuovo codice dei contratti la finanza di progetto costituisca, secondo la relazione di accompagnamento, "un capitolo 'interno' alla disciplina della concessione" non depriva l'istituto del suo caratteristico sviluppo bi-fasico, il cui primo segmento - che qui rileva - è, del tutto, estraneo ed antecedente, sotto il profilo temporale e logico, alla procedura di affidamento propriamente detta, i cui soli atti ricadono nell'ambito di operatività degli artt. 119, comma 1, lettera a), e 120 c.p.a. A nulla rileva, dunque, che il codice qualifichi il partneriato pubblico-privato quale "operazione economica" ovvero che tale istituto costituisca una modalità di finanziamento della concessione (ovviamente se e quando effettivamente affidata), atteso che, ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett. a), del c.p.a., che costituisce ineludibile regola interpretativa del successivo art. 120 c.p.a. (che reca, per l'appunto, "Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)"), al rito abbreviato sono soggetti solo "i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" e non le concessioni in sé e per sé considerate. Conta, piuttosto, che la prima fase della procedura di cui all'art. 193 d.lgs. n. 36 del 2023 (nel testo vigente ratione temporis), che si conclude con l'approvazione del progetto di fattibilità e il suo successivo inserimento tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente, non è, in alcun modo, annoverabile tra le procedure di affidamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2023, n. 10758 e n. 9298/2023 cit.)*». G. Casamassima, *Il carattere bi-fasico del project financing: la fase preliminare non è una procedura di affidamento*, in *www.italiappalti.it*, 24 aprile 2025.

sciplina del *project financing* con l'obiettivo di semplificare una normazione particolarmente complessa relativa alle operazioni di partenariato pubblico-privato, ovvero, la previsione espressa del regime transitorio ex art. 225 *bis* c. 4, ed a livello di procedura: il ripristino della specificazione dei due modelli di presentazione delle proposte su iniziativa pubblica e/o privata, la revisione della procedura di affidamento delle concessioni con struttura bifasica e la nuova applicazione del diritto di prelazione.

In primis, in generale nel modello di azione della finanza di progetto tre sono gli elementi distintivi rinvenibili ovvero la centralità del progetto, l'autonomia economica giuridica dello stesso, l'individuazione di un equilibrato piano di riparto dei rischi dello stesso.

Per porre in essere un'operazione di *project financing* infatti è necessario che il progetto risulti idoneo per generare un flusso di cassa costante per un dato periodo di tempo che consenta di coprire i costi iniziali e i costi operativi, nonché di rimborsare il debito e remunerare il capitale investito[43]. A tale proposito si richiama la distinzione tra le opere cosiddette fredde e quelle calde[44]: le prime caratterizzate da una predominante funzione sociale che non consente l'applicazione di tariffe idonee a consentire il recupero dei fondi impiegati e le seconde da un taglio organizzativo di tipo imprenditoriale con costi e ricavi[45].

Per quanto all'autonomia economica giuridica del progetto è evidente che il finanziamento debba essere imputato ad un soggetto giuridico autonomo ovvero alla società di progetto che ha come oggetto sociale esclusivo la realizzazione e la gestione dello stesso. In questo modo di fatto la società di scopo gestisce l'intervento sotto l'aspetto economico finanziario in modo distinto rispetto al soggetto partecipante alla procedura, e di poi anche all'aggiudicatario[46]. Il *ring fence* consente di garantire stabilità al meccanismo volto a convogliare i flussi di cassa realizzati dal progetto per ripagare i debiti contratti attraverso proprio la separazione del fabbisogno finanziario del progetto dai bilanci dei

43 Da ciò la necessità di una preventiva indagine diretta a valutare la finanziabilità del progetto cioè la capacità dello stesso ad avere e produrre *cash flow* sufficienti a coprire i costi operativi, remunerare il finanziamento e fornire un congruo margine di profitto al promotore.

44 P. Mantini, *Il partenariato pubblico privato verso il contratto standard*, in *GiustAmm.it*, 2019, n. 3; G. Sabbato, *La società di progetto – Le società per la gestione dei servizi pubblici locali – Analisi del project nei vari settori*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2008.

45 Nel tempo abbiamo anche assistito all'utilizzo della denominazione opere miste come via di mezzo tra le calde e le fredde che richiedono entrate tariffarie e contributi pubblici, con rischio operativo solo parzialmente trasferibile.

46 La società di scopo di fatto mira a realizzare il principio del *ring fence* -c.d. recinzione ad anello- in base al quale si realizza una separazione dei flussi finanziari generati dall'opera che si intende realizzare tenendo ben distinti il fabbisogno finanziario del promotore da quello della società di scopo. In questo modo il debito contratto per il finanziamento non entra nello stato patrimoniale dei promotori, mantenendo così inalterata la loro capacità di indebitamento nei confronti del sistema bancario e assicurando che le risorse destinate al rimborso dei finanziamenti non vengano utilizzate per le finalità estranee al progetto. All'attualità si rinvia al contenuto dell'art. 194 del d.lgs. n. 36 del 2023 come modificato.

promotori[47].

Infine, ulteriore elemento distintivo è dato dalla individuazione di un equilibrato piano di riparto dei rischi del progetto affinché le garanzie del finanziamento vengano rappresentate dai suoi *assets* e dalla concessione di eventuali garanzie, e non dal patrimonio del promotore. Perché anche se i rischi connessi all'operazione vengono identificati e poi ripartiti tra i soggetti che sono coinvolti proporzionalmente al rischio di impresa, il rischio complessivo del progetto non deve gravare integralmente su nessuno dei soggetti coinvolti, ma su tutti pro quota. Quindi è fondamentale la valutazione della capacità di rimborso del debito basata su previsioni di reddito dell'iniziativa finanziata e non sull'affidabilità economico – patrimoniale del promotore. La cosiddetta *risk analysis* è decisiva nelle operazioni di tal fatta soprattutto per il conseguimento del *value for money* inteso come margine di convenienza di un'operazione in finanza di progetto rispetto a un appalto "tradizionale"[48].

3.1. Sul regime transitorio

Una delle novità apportate dal correttivo al codice dei contratti del 2023 è stata l'introduzione dell'art. 225 *bis* intitolato "Ulteriori disposizioni transitorie" che al comma 4 affronta la questione relativa alla disciplina transitoria applicabile alle procedure di *project financing* avviate nella vigenza del codice dei contratti pubblici ante riforma del 31.12.24.

La norma prevede che le disposizioni di cui all'art. 193 disciplinanti le procedure di affidamento in concessione di lavori o servizi mediante finanza di progetto, la cui entrata in vigore coincida con quella della disposizione di modifica, quindi al 31.12.24, non si applichino ai procedimenti di finanza di progetto in corso alla medesima data (per cui invece la soggiacenza alla precedente disciplina), ovvero alle procedure per le quali è stata già presentata da un soggetto promotore una proposta di fattibilità per la realizzazione di interventi mediante finanza di progetto, ovvero l'ente concedente abbia già pubblicato avvisi di sollecitazione ai privati a farsi promotori di iniziative volte alla realizzazione di progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato.

Tale introduzione è significativa se si considera che l'omissione di disciplina sul regime intertemporale della legge applicabile alla finanza di progetto che caratterizzava il decreto legislativo n. 36 del 2023 *prima facie* aveva avviato una *querelle* sull'individuazione del momento di attivazione del procedimento e quindi sull'applicabilità o meno ai procedimenti in corso della previgente previ-

47 R. Cori, G. Marinuzzi, I. Paradisi, W. Tortorella, *op. già cit.*, p. 37.

48 Il rischio può essere insito nell'incertezza dei risultati futuri esaminati all'interno di un orizzonte temporale definito e nella probabilità di accadimento dello stesso e connesso poi alla capacità del soggetto, a cui lo stesso è stato allocato, di porre in essere tutte le attività di prevenzione e mitigazione volte alla minimizzazione degli effetti del rischio.

sione di cui al d.lgs. n. 50 del 2016[49], e visto il *favor* di quest'ultima per quanto agli oneri documentali gravanti sugli operatori economici.

Il Codice del 2023 infatti aveva introdotto un incremento del livello di progettazione a carico dell'operatore economico a presentazione della proposta di *project financing* con aggravio di tempo e di costi per entrambe le parti in apparente spregio dei principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Di qui la significatività della questione.

La soluzione era di poi intervenuta in seguito all'emanazione del parere dell'A.N.A.C. n. 63 del 2024 reso sul punto, secondo cui, ex art. 225, comma 9, del codice, le previsioni del d.lgs. n. 50 del 2016 continuavano ad applicarsi ai procedimenti in corso ovvero per quelle procedure per le quali fosse stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice aveva acquistato efficacia, quindi ai procedimenti per i quali fosse stato affidato un incarico di progettazione prima del 1° luglio 2023. Quindi in tali casi per la redazione del progetto e per tutti gli aspetti correlati disciplinati dalla norma continuava a trovare applicazione l'articolo 23 del d.lgs. n. 50 del 2016. «*Per gli incarichi affidati o da affidarsi successivamente alla data sopra indicata, valgono invece le previsioni in materia di progettazione dettate dal d.lgs. 36/2023. Con specifico riferimento all'affidamento del contratto d'appalto, volto ad individuare il soggetto esecutore dei lavori oggetto della progettazione (…) deve farsi riferimento alla disciplina transitoria contemplata nell'art.226 del d.lgs. 36/2023*»[50].

Più articolata era invece la soluzione proposta nel caso in cui la stazione appaltante, oltre ad aver ricevuto la proposta, ne avesse anche dichiarato la fattibilità tecnica ed economica ed il pubblico interesse provvedendo ad inserire nella programmazione triennale delle opere pubbliche l'intervento oggetto della proposta ex articolo 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, prima dell'entrata in vigore del codice del 2023. In tal caso la disciplina di riferimento ai sensi del parere succitato sarebbe stata quella del d.lgs. del 2016 per tutti gli aspetti correlati alla progettazione (ex art. 225, comma 9, del d.lgs. n 36 del 2023). Il tutto fermo restando che la successiva gara per l'affidamento del contratto sarebbe stata comunque disciplinata dal codice del 2023 con conseguente necessità di procedere prima della stessa all'adeguamento alle nuove previsioni per quanto agli elaborati progettuali.

Orbene, detto ciò, la questione appare sul punto quieta alla luce del correttivo del 2024.

3.2. La revisione della procedura

49 Il d.lgs. n. 36 del 2023, all'articolo 226, ha prescritto per tutte le procedure che le disposizioni di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso, considerando gli stessi le procedure e i contratti per i quali i bandi o gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia.

50 Parere A.N.A.C. n. 63 del 2023.

Il nuovo testo, se rende più immediata la distinzione tra la finanza di progetto su iniziativa privata e quella su iniziativa pubblica dell'ente concedente, sembrerebbe aver aumentato la complessità della procedura recependo i vizi della normazione precedente[51].

Tra le principali novità si evidenziano: l'introduzione di un progetto di fattibilità a contenuto ridotto al fine di alleggerire gli importanti oneri iniziali della proposta e rendere più agevole la circolazione delle idee progettuali; la previsione, in caso di iniziativa privata, di una manifestazione preliminare di interesse con la quale gli "aspiranti" promotori possono richiedere all'ente concedente informazioni e dati necessari per la predisposizione della proposta. A ciò aggiungasi la previsione di una fase preliminare di valutazione comparativa tra la proposta del promotore e quelle pervenute da altri operatori anche con eventuale ricorso all'istituto della conferenza di servizi preliminare. Ed infine, l'estensione del diritto di prelazione, tradizionalmente riservato al promotore, anche agli altri proponenti.

La principale innovazione apportata dal correttivo è rappresentata dalla revisione dell'art. 193 disciplinante la procedura di affidamento delle concessioni in *project financing*.

In *primis* vengono individuate due fasi della procedura:

la prima fase con previsione di presentazione della proposta del promotore che, all'esito di una valutazione comparativa con eventuali ulteriori proposte presentate da soggetti terzi (i Proponenti), si conclude con l'individuazione del progetto da mettere a base di gara quale progetto di pubblico interesse[52].

Quindi, in una prima fase «*se l'iniziativa è promossa da un unico promotore l'ente concedente assegna un termine non inferiore a 60 giorni per la presentazione di proposte da parte di altri operatori economici ed individuate la proposta o le proposte di interesse pubblico sulla base di una valutazione comparativa, la sottopone a valutazione di fattibilità o ad eventuale convocazione di conferenza di servizi preliminare infine individuando la proposta da sottoporre a gara*»[53].

---

51 Procedura lunga, caratterizzata da molteplicità di adempimenti procedurali, in assenza di garanzie per il privato presentatore del progetto in merito all'affidamento dell'incarico ed alla realizzazione del progetto per ampia discrezionalità della p.a. Queste le criticità sollevate dagli addetti al mestiere.

52 Per vero con l'art. 193, comma 2, il legislatore ha introdotto anche una fase preliminare c.d. di manifestazione di interesse obbligatoria per le amministrazioni pubbliche e facoltativa per il promotore, codificando una fattispecie suggerita dall'A.N.A.C., attraverso la quale il promotore stesso può richiedere le informazioni e i dati necessari per la formulazione della proposta. Qualora l'ente concedente ritenga sussistere un interesse pubblico preliminare alla elaborazione della proposta trasmette all'operatore economico le informazioni richieste e ne dà notizia sul proprio sito istituzionale a beneficio di altri eventuali interessati a proporre a loro volta nuove proposte. Ma di ciò si tratterà nel dettaglio a seguire.

53 A. Tomassetti, Commento all'art. 193, *La nuova disciplina del Project financing*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici d.lgs. 36 del 2023 aggiornato al decreto correttivo*, Molfetta, Nel diritto Editore, 2025, pp. 1105-1106. In tal modo si anticipa il momento comparativo rispetto a quello dell'espletamento della procedura di gara.

La seconda fase, con previsione di messa a gara del progetto individuato all'esito della valutazione comparativa della fase precedente e approvato dall'ente concedente; quindi, all'ente concedente il compito di porre «*a base di gara il progetto di fattibilità tecnico – economico selezionato, riconoscendo il diritto di prelazione all'operatore che ha proposto il progetto*»[54].

In linea con quanto nel precedente codice vi è che l'affidamento in concessioni di lavori o servizi mediante finanza di progetto può intervenire su iniziativa privata oppure del concedente pubblico[55].

L'art. 193 per quanto alla prima fase prevede che l'affidamento possa avvenire previa formulazione di una proposta privata inviata su impulso dello stesso privato (proposta privata spontanea in senso stretto -art. 193, comma 3-) per proposte incluse e non nella programmazione triennale[56] delle esigenze pubbliche[57] idonee ad esser soddisfatte con le forme del partenariato pubblico-privato, oppure su impulso dell'ente concedente mediante avviso pubblico di sollecitazione dei privati a formulare proposte (art. 193, comma 16, la cosiddetta iniziativa privata in senso lato) facendosi promotori di iniziative in P.P.P. per interventi già inseriti nella programmazione triennale[58].

«*Anche gli investitori istituzionali di cui all'articolo 32, comma 3, del d.l. n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010, nonché i soggetti di cui all'articolo 2, n. 3), del regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015, possono formulare le proposte di cui al primo periodo*» dell'art. 193 «*salva la necessità, nella successiva gara per l'affidamento dei lavorio dei servizi, di associarsi o consorziarsi con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi investitori istituzionali ne siano privi, o mediante l'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento o del subappalto*[59]*. Per gli investitori istituzionali, dunque, a differenza di quelli privati, resta la possibilità di formulare le proposte nella fase preliminare anche sen-*

54 A. TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 1106.

55 L. PERFETTI, *Sul correttivo al codice dei contratti pubblici. Ovvero sulle tensioni tra politica e tecnica, tra potere e contratto*, in *Urbanistica ed appalti*, 2025, 1, p. 13, cit.

56 In questo caso non trova applicazione l'obbligo di preventiva pubblicazione di un avviso ai sensi del comma 16.

57 Elemento, questo, di novità rispetto al passato.

58 Quindi, mentre l'iniziativa pubblica prevede la pubblicazione di un avviso per sollecitare la presentazione delle proposte, l'iniziativa privata consente all'operatore economico di proporre dei progetti spontanei anche per interventi che non sono inclusi nella programmazione triennale opere pubbliche.

59 Per far fronte alla necessità di attestare il possesso dei requisiti correlati ai lavori o ai servizi oggetto del contratto gli operatori economici potranno nella fase successiva di gara associarsi o consorziarti con operatori economici in possesso di questi requisiti ricorrendo all'avvalimento anche integrale delle capacità di altri soggetti, oppure ricorrendo al subappalto integrale in fase esecutiva; ma in questo caso dovranno comunicare il nominativo del subappaltatore con il consenso di quest'ultimo all'ente concedente entro la scadenza del termine per presentare l'offerta.

za possedere i requisiti di partecipazione alla gara»[60] e senza obbligo di preventiva manifestazione di interesse.

Nel dettaglio sulla proposta vi è che la stessa contiene un progetto di fattibilità; la stessa viene valutata dall'Ente Concedente e di poi approvata prima di essere posta a base della gara per l'affidamento del contratto di P.P.P.

Con riferimento alla fase della proposta si evidenzia l'avvenuta eliminazione dell'obbligo di presentazione della cauzione pari al 2,5 % dell'ammontare dell'investimento previsto che costituiva il disincentivo alla presentazione delle stesse in considerazione alla necessità di rinnovare la stessa per tutta la durata della procedura[61].

Se la proposta è formulata dal 1° gennaio 2025 in poi è previsto che la stessa contenga un progetto di fattibilità "semplificato/*light*"[62] redatto in coerenza con l'articolo 6-*bis* dell'allegato I.7., una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e l'indicazione dei requisiti (prima indicati come generali e speciali)[63] del promotore[64].

Il progetto di fattibilità selezionato al termine degli iter comparativi con eventuali ulteriori proposte sarà integrato per divenire P.F.T.E. e posto in approvazione.

L'ente concedente, come già accennato, a seguito della sua ricezione e laddove verifichi l'esistenza di un interesse pubblico (preliminare) alla elaborazione della proposta, trasmette i dati e le informazioni richiesti all'operatore economico interessato; gli stessi sono resi disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione nella sezione "*Amministrazione trasparente*" del proprio sito istituzionale[65]. Questa appare come una novità: una semplice sollecitazione al mer-

60 Il Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 27 novembre 2024 (numero affare 01427/2024), parere sullo Schema di decreto legislativo recante "Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", *www.giustizia-amministrativa.it*.

61 A. TOMASSETTI, *op.cit.*, p. 1106.

62 Altra innovazione è riferita al progetto di fattibilità. Il correttivo è intervenuto sull'allegato I.7 al Codice Appalti (al quale rinvia l'art. 193, c. 3) al fine di semplificare la progettazione richiesta per la presentazione di una proposta di P.P.P., con l'inserimento dell'art. 6-*bis*, della previsione di un "*progetto di fattibilità per la finanza di progetto*" semplificato rispetto ai contenuti del P.F.T.E. normalmente richiesto dal Codice Appalti. A seguito dell'introduzione del correttivo inoltre è stata superata la questione relativa alla omessa indicazione di dicitura "progetto di fattibilità tecnico-economica" in favore del solo "progetto di fattibilità" che aveva sollevato dubbi sulla possibile elaborazione di un *tertium genus* rispetto al documento previsto nell'art. 41. Unica criticità è insita nel dato per cui posticipando, dunque, valutazioni più accurate in una fase successiva di selezione possano emergere incertezze sui costi reali dell'opera.

63 Il Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 27 novembre 2024, *op. cit*.

64 www.programmazioneeconomica.gov.it/it/il-partenariato-pubblico-privato/il-ppp-come-si-fa/.

65 Sembrerebbe restare esclusa dal vincolo di trasparenza l'ipotesi di una manifestazione di interesse a cui l'ente concedente non intenda fornire un riscontro positivo perché attinente a un progetto ritenuto non prioritario o attuale o per cui non sono disponibili elementi di valutazione, v. A. TOMASSETTI, *op.cit.*, p. 1106.

cato a presentare proposte alternative a quella del promotore al fine di rendere contendibile e soggetto alle regole del mercato anche l'approvazione della proposta da inserire negli strumenti di programmazione, con il relativo e ambìto diritto di prelazione[66].

La P.a. indica di poi un termine per la presentazione da parte di altri operatori di proposte relative al medesimo intervento. Sul punto per vero pare assente una previsione sulla tempistica data all'amministrazione in merito alla conclusione dell'operazione di verifica dell'eventuale interesse pubblico della proposta.

Al fine del rispetto dei principi di trasparenza della procedura, previa verifica dell'interesse pubblico alla proposta e della relativa coerenza con la programmazione triennale del P.P.P., è previsto poi che tutte le proposte pervenute alla pubblica amministrazione debbano essere pubblicate secondo le modalità istituzionali con indicazione di un termine non inferiore a 60 giorni - commisurato alla complessità del progetto- per la presentazione di proposte relative al medesimo intervento da parte di altri operatori economici[67].

Si apre la seconda fase della procedura con la valutazione comparativa delle proposte pervenute al cui esito segue l'individuazione di quella di maggior interesse pubblico che diventa la base della gara pubblica da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti entro 45 giorni dalla scadenza dei 60 giorni succitati (fissato ad altri operatori per la presentazione di ulteriori proposte), l'ente concedente individuerà in forma comparativa uno più proposte da sottoporre alla procedura di valutazione (art. 193, comma 5).

Il promotore e i proponenti possono essere invitati ad apportare modifiche (c.d. rimodulazione in fase di sola valutazione della proposta) al progetto di fattibilità, piano economico finanziario e allo schema/bozza di convenzione necessarie per la loro approvazione (art. 193, comma 6). Per garantire maggiore trasparenza ed equità nel processo decisionale è prevista una valutazione preliminare delle proposte basata sulla loro fattibilità tecnica ed economica con la possibilità per l'ente concedente di convocare una conferenza di servizi preliminare (ex art. 14 della legge n. 241 del 1990) per acquisire pareri e autorizzazioni necessarie.

---

66 S. Dota, A. Bertelli (a cura di), *Decreto legislativo n. 209/2024 (cd. correttivo appalti) - prime linee guida operative e schema di regolamento per affidamenti sottosoglia aggiornato*, in https://www.anci.it/wp-content/uploads/2025/03/Quaderno-correttivo-appalti-DEF.pdf., marzo 2025.

67 Art. 193, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 come modificato dall'art. 57 del Correttivo d.lgs. n. 209 del 2023. «*Previa verifica dell'interesse pubblico alla proposta e della relativa coerenza con la programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, l'ente concedente dà notizia nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale della presentazione della proposta e provvede, altresì, ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni, commisurato alla complessità del progetto, per la presentazione da parte di altri operatori economici, in qualità di proponenti, di proposte relative al medesimo intervento, redatte nel rispetto delle disposizioni del comma 3*».

Questo meccanismo unitamente al rafforzamento delle esigenze di trasparenza della procedura sono considerati elementi di innovazione del nuovo codice introdotto a seguito delle osservazioni rese dal Consiglio di Stato in sede di parere al testo di modifica.

Se il promotore o i proponenti non apportano le modifiche e integrazioni richieste per recepire le indicazioni del concedente entro il termine indicato le proposte si considereranno respinte con provvedimento motivato. Ed in sede di gara la competizione di fatto pare si giochi proprio sulle varianti migliorative al progetto di fattibilità tecnico – economica[68] e sulle eventuali modifiche allo schema di convenzione.

Il progetto di fattibilità così selezionato è integrato, se necessario in funzione dell'oggetto dell'intervento, con gli ulteriori elaborati richiesti dall'articolo 6 dell'allegato I.7, e poi approvato[69].

All'esito dell'insieme di queste fasi, l'amministrazione entro 60 giorni, differibili fino a 90 per esigenze comprovate istruttorie, conclude con provvedimento motivato[70] la procedura di valutazione (che in caso di pluralità di proposte ammesse si svolge in forma comparativa). Gli esiti di tale valutazione sono pubblicati sul sito istituzionale dell'ente, e degli stessi è data comunicazione ai soggetti interessati.

L'ente concedente prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando e redige una graduatoria nominando aggiudicatari il soggetto (promotore o altro proponente) che ha presentato la migliore offerta sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; poi viene posto in approvazione successivo il livello progettuale elaborato dall'aggiudicatario.

Sia nel caso di proposta spontanea, sia nel caso di proposta sollecitata da un avviso pubblico di un ente concedente, formulata prima o dopo il 1° gennaio 2025, l'art. 193 prevede la possibilità di assegnare al promotore, prevedendolo nel bando che disciplina la gara da espletarsi a valle della procedura di approvazione della proposta, il c.d. "diritto di prelazione" e cioè il diritto ad essere preferito al miglior offerente; tale diritto può essere esercitato entro 15 giorni

68 Permanente è ancora nell'allegato I.7. il dato per cui i documenti della proposta tengano conto delle analisi inerenti alla sostenibilità ambientale/compatibilità paesaggistica e fattibilità economica dell'opera in relazione ai contesti territoriali di incidenza. Sul punto non possono ritenersi superate le conclusioni rese dall'A.N.A.C. già con la determinazione n. 10 del 2015 in materia di *project financing* tesa a suggerire, nella fase di approvazione dei progetti, forme di garanzie di coinvolgimento degli utenti e dei residenti interessati al fine di scongiurare forme di opposizione delle comunità locali interessate e garantire nel contempo la massima trasparenza degli atti procedimentali. Pertanto risulterebbe utile, anche al di fuori delle ipotesi in cui prescritto per le opere significative in ragione della particolare rilevanza sociale dell'intervento e del suo impatto sull'ambiente e sul territorio, il ricorso al dibattito pubblico di cui all'articolo 40 oltre le ipotesi tassative di cui all'allegato I.6.

69 https://www.programmazioneeconomica.gov.it/it/il-partenariato-pubblico-privato/il-ppp-come-si-fa/.

70 Anche sul punto si evidenzia l'innovazione apportata dal correttivo con cui il provvedimento di conclusione del procedimento non è più indicato come espresso ma come motivato (comma 6).

dalla comunicazione di aggiudicazione della gara a patto che il promotore garantisca l'adeguamento della propria offerta alle migliori condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Orbene tale istituto viene riconosciuto applicabile in favore, innovativamente, non solo del promotore ma anche degli altri proponenti (la cui proposta sia stata selezionata e posta base di gara) in recepimento delle osservazioni del Consiglio di Stato, nonché dei pronunciamenti giurisprudenziali recenti[71], favorendo il principio concorrenziale. È stata confermata anche in sede di correttivo l'eliminazione della previsione secondo la quale nel bando l'ente concedente poteva alternativamente porre in essere il riconoscimento al promotore di un punteggio premiale al ricorrere dei presupposti di legge rispetto al diritto di prelazione.

Se il promotore o il proponente non risulta aggiudicatario della procedura, ha 15 giorni di tempo per esercitare la prelazione dalla comunicazione dell'aggiudicazione e ottenere l'affidamento della concessione alle stesse condizioni offerte dal miglior offerente. In caso di mancata aggiudicazione o di non esercizio della prelazione, il promotore o il proponente hanno diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta comprensive anche dei diritti delle opere di ingegno nei limiti di cui al comma 8 dell'art. 193 del d.lgs. n. 36 del 2023[72].

4. Protagonismo del privato a supporto delle scelte amministrative: opportunità e criticità

In conclusione, nonostante le modifiche normative succitate, permangono criticità sulla disciplina della finanza di progetto come innovata per quanto alla effettiva *vis* attrattiva dell'istituto nei confronti degli investitori privati. La riforma sembrerebbe aver recepito quei vizi della precedente disciplina che la rendevano inefficiente attraverso una serie di disincentivazioni dei soggetti terzi potenziali promotori.

Il legislatore sembra aver erroneamente considerato la sola prelazione come il principale mezzo di incentivazione per l'imprenditore alla procedura, non tenendo conto invero della bancabilità di progetti[73], della tempistica di realizzazione dell'opera e della certa ripartizione delle responsabilità procedurali tra tali

71 La V° sezione del Consiglio di Stato, ordinanza del 25 novembre 2024, n. 9449, ha ritenuto di dover demandare alla C.GU.E. l'onere di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto europeo della clausola di prelazione contenuta nell'art. 183, comma 15, di cui al precedente codice -d.lgs. n. 50 del 2016- che, nell'ambito di una procedura di *project financing*, attribuisce al proponente che non risulta aggiudicatario la facoltà di esercitare la clausola di prelazione e subentrare così nella posizione del primo in graduatoria. Il Collegio, considerata la possibilità che la prelazione possa sovvertire l'esito di una gara pubblica se esercitata dal promotore, in spregio ai principi di parità di trattamento e di apertura al mercato, ha sollevato dubbi sulla compatibilità della clausola di prelazione con la direttiva n. 2014/23/UE ovvero se la stessa sia espressione di puntuale recepimento dei principi di diritto eurounitario.

72 https://www.programmazioneeconomica.gov.it/it/il-partenariato-pubblico-privato/il-ppp-come-si-fa/. Non si può superare il 2,5% del valore dell'investimento nel rimborso delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta.

mezzi; il tutto avendo per di più forse perso l'occasione di re-introdurre una previsione di termini di azione perentori[74].

Una soluzione per superare tale criticità avrebbe potuto essere quella di semplificare ulteriormente il procedimento per accelerare l'attività di *permitting*, quella complessa serie di procedure amministrative che valutano l'opera da realizzare nelle sue diverse fasi di progettazione, realizzazione ed esecuzione. E ciò non solo attraverso l'accelerazione/snellimento degli iter procedurali, ma anche attraverso la preferenza del modulo negoziale[75] rispetto a quello di evidenza pubblica -sia pur per fattispecie tipiche-. Per vero, esempi di discipline "semplificate" rispetto alla normazione della procedura ad evidenza pubblica nazionale (salve le previsioni europee) si erano già registrati.

In tema di attuazione di progetti di grande interesse pubblico significativa è la disciplina introdotta dalla legge n. 84 del 1994 ex art. 18 *bis* e s.m. che ha apportato un'importante innovazione legata alle forme di intervento finanziario da parte di soggetti privati per le opere portuali, prima incentrate in via esclusiva su un sistema di natura pubblicistica[76]. Ed infine all'art. 13, comma 4, del d.l. n. 104 del 2023 conv. in l. n. 136 del 2023 disciplinante i poteri del Commissario straordinario nominato dal Governo ove necessario ai fini dell'esercizio dei propri compiti in materia di realizzazione di programmi di in-

---

73 Ossia la sua conformità a produrre nell'arco di tempo un piano flussi di cassa (*cash flow*) sufficiente a coprire tutte le spese operative, rimborsare i finanziatori e generare un utile di impresa al promotore dell'operazione: in altre parole il progetto deve essere fl*self-liquidating*.

74 Rispetto al d.lgs. n. 50 del 2016 non si fa più riferimento al "termine perentorio di tre mesi per la valutazione della fattibilità della proposta", ma si è tornati ad utilizzare la dicitura "entro".

75 Per vero autorevole dottrina aveva affermato in tempi non sospetti che l'irrigidimento delle forme del procedimento non consente una piena attuazione di tutti i principi costituzionali rilevanti nell'attività amministrativa, cogliendo un nesso inscindibile tra la flessibilità dell'azione amministrativa e l'efficienza della stessa e dunque del valore costituzionale del buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione; cfr. M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, in G. Serra, *op.cit.*, p. 882.

76 L' art. 18 *bis*, comma 5, prevede infatti che «*Per la realizzazione delle opere e degli interventi di cui al comma 1, le Autorità di sistema portuale possono, in ogni caso, fare ricorso a forme di compartecipazione del capitale privato, secondo la disciplina della tecnica di finanza di progetto di cui all'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modifiche ed integrazioni, stipulando contratti di finanziamento a medio e lungo termine con istituti di credito nazionali ed internazionali abilitati, inclusa la Cassa depositi e prestiti S.p.A.*». «*Si è affermato dunque, in un sistema fino ad allora caratterizzato da un modello di finanziamento esclusivamente pubblico, un vero e proprio capovolgimento di prospettiva che ha portato all'affermazione del principio della privatizzazione della realizzazione delle opere portuali, dunque ad un significativo elemento di apertura verso l'apporto di contributi finanziari da parte dei privati che avrebbe dovuto determinare, come accaduto in parte nel resto della realtà europea, la definizione di nuovi scenari per il rilancio degli investimenti nelle infrastrutture portuali*», cfr. A. Marchetti, *Il project financing quale strumento per la realizzazione e il finanziamento delle infrastrutture portuali: genesi e prospettive di un modello di partenariato pubblico privato in assestamento*, in *federalismi.it*, 2019, 1, p. 13. È opportuno evidenziare sul punto che il nuovo codice appalti -d.lgs. n. 36 del 2023- ha espunto dalla disciplina della finanza di progetto tutti i riferimenti alla nautica di diporto presenti nell'art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016 affidandone quindi la relativa applicabilità della disciplina alla sola norma di settore.

vestimento esteri di interesse strategico nazionale in deroga alle disposizioni del codice dei contratti (sia pur non ai vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea).

Sta di fatto che il ricorso al *project financing* risulterebbe all'oggi ancora marginale.

Una delle principali problematiche emergenti attiene all'incerta realizzabilità delle opere attraverso tale istituto a causa dell'ampio potere discrezionale in capo all'amministrazione in grado di poter vanificare -come sostenuto da autorevole dottrina[77]- gli impegni di progettazione, sviluppo ed elaborazione in virtù della sussistenza dell'esercizio del potere di revoca delle procedure.

E sulla spettanza in capo alla stazione appaltante del potere di revoca in autotutela «*suffraga la spiccata latitudine discrezionale di questo potere, cui sottese valutazioni di sostenibilità e convenienza si prestano ad un sindacato giurisdizionale estremamente limitato*»[78]. Resta insindacabile nel suo nucleo duro quindi la valutazione di convenienza di una operazione di P.P.P., da intendersi -come anzidetto- nella complessiva sostenibilità economica dell'operazione anche solo in termini di entità, tempistica e modulazione degli oneri che la sua esecuzione porrebbe a carico della amministrazione.

Sul punto recente giurisprudenza amministrativa[79] si è espressa ribadendo la necessità di operare una lettura evidentemente restrittiva delle procedure di *project financing* laddove idonee a determinare dannosità per il pubblico erario al fine di evitare la trasformazione dei pubblici servizi in occasione di lucro garantito per il settore creditizio in danno dell'equilibrio delle pubbliche finanze (c.d. finanziarizzazione speculativa dei pubblici servizi).

Per vero la questione era stata affrontata anche dalla giustizia contabile evidenziando la responsabilità a carico dei dirigenti protagonisti della sottoscrizione di convenzione a seguito di procedura di finanza di progetto, rei di aver posto in esser una operazione svantaggiosa ed antieconomica per l'amministrazione[80].

Di poi, sul legittimo affidamento maturato in capo al promotore magari frustrato dopo esser stato coinvolto per lungo tempo nel progetto con costi e oneri sopportati, vi è che lo stesso potrà esser considerato recessivo rispetto all'interesse pubblico primario della sostenibilità di bilancio aziendale. E riguardo all'operatore economico, dapprima selezionato nella fase pre-procedimentale della procedura di *project financing* in quanto presentatore di una proposta rite-

77 L. Perfetti, *op. cit.*, 2025, 1, p. 12.

78 Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2024, n. 9701.

79 T.A.R. Puglia - Bari, sez. II, 28 febbraio 2024, n. 237, confermata in appello con sentenza del Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2024, n. 9701.

80 Corte Conti, sez. Giur. Veneto, 15 aprile 2024, n. 30, secondo cui «*Il piano finanziario deve rivestire un ruolo essenziale e centrale nella proposta di project financing e così le relative voci che concorrono a definirne l'equilibrio, e non è ammissibile la sottrazione del piano economico finanziario ad una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente*».

nuta d'interesse, che successivamente abbia visto revocata una procedura già indetta il legislatore ha posto una serie di rimedi per alleviare parzialmente il peso degli oneri sostenuti, alcuni dei quali a titolo di rimborso di costi; ciò sia pur ribadendo l'alea della possibile non realizzazione della proposta.

D'altronde la presentazione della proposta non comporta l'insorgere di un dovere di dare corso alla procedura di individuazione del promotore perché l'amministrazione rimane titolare del potere di valutazione della stessa per la tutela dell'interesse pubblico i cui esiti si articolano in un ventaglio di possibili soluzioni attraverso valutazioni attinenti al merito amministrativo, tra cui l'opportunità di affidare il progetto per la sua esecuzione o anche di rinviare la sua realizzazione o di non procedere affatto[81]. Infatti, come anche affermato da recente giurisprudenza in tema di *project financing*, anche dopo l'approvazione della proposta non sorge un distinto, speciale ed autonomo rapporto che porti l'amministrazione a dare corso in ogni caso alla procedura finanziata dal progetto pena la sua responsabilità precontrattuale. La valutazione della necessità di realizzazione dell'opera deve essere rimanente, nel senso che l'amministrazione deve valutarne fino all'affidamento l'attualità e la convenienza senza condizionamenti neppure tramite contatti informali da parte del promotore.

Quindi ciò che si rendeva necessario nel nuovo testo di disciplina era il prevedere una valutazione in contraddittorio in cui, a fronte di un interesse preliminare manifestato e dello sviluppo di un progetto, pianificata un'iniziativa e acquisite le conoscenze economiche e tecniche insorgende dalla proposta, vi fosse un'assunzione di un impegno reciproco. Nella normativa come introdotta invece è previso a carico dell'amministrazione, all'esito della presentazione della proposta e verificato l'interesse pubblico della stessa (in assenza di termini fissi a riguardo), non una dichiarazione di pubblico interesse, ma l'eccitazione di un confronto concorrenziale di altre proposte sempre nel dubbio in merito all'effettiva esistenza di un procedimento destinato a proseguire e alla valutazione del pubblico interesse dello stesso[82].

Forse esemplificativa sul punto avrebbe potuto esser la disciplina vigente per l'ammodernamento o costruzione di impianti sportivi dove significativa è la concentrazione, accelerazione e semplificazione dell'iter procedimentale affidato alla formula collegiale della conferenza di servizi (sia preliminare che decisoria) ai fini della valutazione del pubblico interesse e della dichiarazione di pubblica utilità della proposta progettuale sottoposta dal promotore[83].

Infine, se è vero che nella disciplina del Codice come riformato all'esito delle varie fasi di valutazione l'amministrazione è chiamata a concludere con provvedimento motivato la procedura di valutazione che in caso di pluralità di

81 Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368, T.A.R. Toscana - Firenze, sez. I, 4 marzo 2025, n. 345 e Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2025, n. 4358.

82 L'art. 193, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede la pubblicazione della stessa proposta al fine di sollecitare la presentazione «*da parte di altri operatori economici in qualità di proponenti di proposte relative al medesimo intervento*».

83 Cfr. l'art. 4 del d.lgs. n. 38 del 2021 come modificato dal d.lgs. n. 120 del 2023.

proposte ammesse si svolgerà in forma comparativa, e che all'esito di ciò è previsto che la procedura segua come da tradizione la celebrazione della gara, altrettanto significativa è l'assenza di indicazioni sui tempi di indizione della stessa. Chiaramente la competizione in sede di gara verterà fondamentalmente sulle varianti migliorative a progetto di fattibilità tecnico – economica e sulle eventuali modifiche allo schema di convenzione; ciò in assenza di previsioni in merito all'esame sulla effettiva eseguibilità delle stesse. Ma anche su questo laddove le proposte migliorative dovessero contenere degli elementi tecnologici coperti da brevetto o privativa, l'esercizio della opzione di prelazione in capo al promotore sarebbe probabilmente non attuabile.

In conclusione, forse all'oggi il maggior danno che possa essere arrecato all'interesse pubblico dalla mancata attuazione della procedura della finanza di progetto è proprio connesso alla mancata realizzazione dell'opera pubblica attraverso il supporto delle risorse private.

E ciò specie in quegli ambiti di intervento dove la carenza di competenze tecniche di alta specializzazione nelle pubbliche amministrazioni renderebbe necessaria la capacità progettuale dei privati; ci si riferisce alle operazioni di innovazione tecnologica che passano dalla digitalizzazione dei servizi pubblici (nelle *smart city*)[84]. fIE la stessa A.N.C.E.[85] sul punto ha di recente auspicato la possibilità per gli enti locali di coinvolgere i privati nelle proposte di intervento da presentare nell'ambito dei bandi per la rigenerazione urbana, incentivando le operazioni di partenariato pubblico-privato anche con strumenti di natura non prettamente pubblicistica (es. accordi operativi).

Non ci resta che attendere quindi la prova dei fatti.

84 In www.agendadigitale.eu/smart-city/smart-city-tecnologie-e-parnership-al-servizio-delle-comunita-urbane, 5 maggio 2025. L'integrazione di tecnologie avanzate nelle smart city migliora l'efficienza dei servizi pubblici, la sostenibilità e la qualità della vita. In tal senso, il Partenariato Pubblico-Privato rappresenta un'opportunità per finanziare questi progetti.

85 Cfr. in www.ancefoggia.it/rigenerazione-urbana-ance-bene-limpegno-a-promuovere-un-programma-nazionale-sulla-rigenerazione-urbana-prioritario-migliorare-il-rapporto-tra-stato-regioni-e-enti-locali, ottobre 2024.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Stefano Mangiacasale
Dottorando di ricerca in diritto costituzionale, Università degli studi Magna Græcia di Catanzaro
stefano.mangiacasale1@studenti.unicz.it

Interdittiva antimafia, contraddittorio endoprocedimentale e deficit di tipicità: profili costituzionali

Anti-mafia interdiction, intra-procedural contradictory and deficit of typicality: constitutional profiles

Sintesi

Il contributo analizza i profili di tensione tra l'istituto dell'interdittiva antimafia e il dettato costituzionale, incentrando l'analisi su due aspetti specifici della materia: il primo, procedurale, riferibile al contraddittorio nell'adozione della misura; il secondo, sostanziale, volge lo sguardo alla cd. 'interdittiva generica' ex art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d. lgs. n. 159/2011, al fine di saggiarne la compatibilità col sistema di tutele che la Carta pone, avendo altresì riguardo, per entrambi i profili, alla giurisprudenza amministrativa e costituzionale.

Abstract

The contribution addresses the profiles of tension between the anti-mafia interdictory measure and the constitutional provisions, focusing the analysis on two specific aspects: the first, procedural, referable to the adversarial process in the adoption of the measure; the second, substantial, looks at the so-called 'generic anti-mafia interdiction' pursuant to art. 84, paragraph 4, letter. d) and e), d. lgs. n. 159/2011, in order to test its compatibility with the constitutional system of protections, also having regard, for both profiles, to administrative and constitutional jurisprudence.

Parole chiave: Interdittiva antimafia, principio del contraddittorio, diritto di difesa, principio di tipicità, giurisprudenza costituzionale.

Keywords: Anti-mafia interdictory measure, adversarial principle, right to defense, principle of typicality, constitutional jurisprudence.

Indice: 1. Interdittiva antimafia: analisi dell'istituto e questioni controverse. – 2. Il nuovo "contraddittorio minimo": genesi e profili essenziali della riforma. – 3. Il cd. "contraddittorio minimo" tra limiti applicativi e profili critici – 3.1 Riflessioni a partire dall' ordinanza 190/2024 del TAR Reggio Calabria – 4. Necessitas facit ius? Sull'interdittiva antimafia generica ex art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d. lgs. n. 159/2011, tra deficit di tipicità e giurisprudenza amministrativa/costituzionale.

1. Interdittiva antimafia: analisi dell'istituto e questioni controverse

Nato dall'esigenza di scongiurare minacce per la sicurezza pubblica, che si sostanziano nelle infiltrazioni mafiose all'interno del tessuto economico del Paese[1], il diritto amministrativo di prevenzione antimafia pone, in capo al giurista, esigenze riflessive sugli aspetti controversi della materia e, in special modo, in ordine all'istituto dell'interdittiva antimafia[2].

La materia è disciplinata dal libro II del D.lgs. n. 159/2011, rubricato «*Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*».

Il testo ricomprende diciannove articoli (82 e ss.), delineando il perimetro entro il quale le norme *ivi* ricomprese esplicano gli effetti giuridici connessi: soggetti destinatari del controllo, tipologie di documentazione antimafia, ambito di applicazione documentale, competenze in fase valutativa e decisoria, termini per il rilascio e di validità dei provvedimenti, poteri di controllo in seno agli organi amministrativi.

Per quanto attiene ai soggetti destinatari del controllo antimafia, essi vengono individuati dalla legge in maniera indiretta: l'art. 83 del codice stabilisce, infatti, che «*le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di*

1 Cfr. TAR Sicilia – Catania, Sez. I, sent. n. 2043/2020.

2 Ne è testimonianza la vastissima letteratura scientifica in tema di misure e documentazione antimafia: in questa prima sede, senza pretese di esaustività e rinviando al prosieguo della trattazione l'indicazione di contributi più specifici, si segnalano R. Cantone - L. Della Ragione, *Diritto penale dell'antimafia. Profili sostanziali e processuali - Prevenzione penale ed amministrativa- Sistema delle confische*, Pisa, 2021; E. Ciconte, *Storia ed evoluzione dei provvedimenti antimafia*, in E. Mezzetti - L. Lupària Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, Zanichelli, 2020; F. Consulich, *Le misure di prevenzione personali tra costituzione e convenzione*, in E. Mezzetti - L. Lupària Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, Zanichelli, 2020; L. Dalla Ragione - A. Marandola - A. Zampaglione, *Misure di prevenzione interdittive antimafia e procedimento*, Milano, 2022; G. Fiandaca - C. Visconti, *Il "codice delle leggi antimafia": risultati, omissioni e prospettive*, in *Legisl. pen.*, 2012; T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University Press, 2015; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto Penale. Parte speciale*, Zanichelli, 2021; F. Figorilli – W. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2021 (2 giugno 2021); A. M. Speciale, *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi speciali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 26 ottobre 2020; G. Amarelli, *Interdittive antimafia e "valori fondanti della democrazia": il pericoloso equivoco da evitare*, in *www.giustiziainsieme.it*, 17 luglio 2020; N. Durante, *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, in *Riv. trim. appalti*, 2020, 4, pp. 1693 ss.; R. Garofoli – G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, Roma, 2020, pp. 1333 ss.; J.P. De Jorio, *Le interdittive antimafia e il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; V. Salamone, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019; G. Amarelli – S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; M. Noccelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 2017, pp. 2524 ss.; S. Mazzamuto, *Profili di documentazione antimafia*, in *www.giustamm.it*, n. 3/2016; N. Durante, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, in *Giurisdiz. amm.*, 2013, IV, pp. 151 ss.; V. Neri, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in *Corr. Merito*, 2010, pp. 810 ss.

lavori o servizi pubblici devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67».

Il successivo articolo 84, invece, definisce la documentazione antimafia: essa è «*costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia*». Al secondo comma viene stabilito che la comunicazione antimafia «*consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67*»[3].

Orbene, la comunicazione antimafia attesta l'eventuale presenza di influenze mafiose accertate e cristallizzate in un provvedimento giurisdizionale definitivo, attraverso il quale il tribunale ha adottato una misura di sicurezza personale prevista dallo stesso codice. Tale misura presenta dunque un contenuto vincolato, di tipo accertativo, che comprova o meno l'esistenza della statuizione giuridica penale nei confronti del soggetto privato contraente, al momento della richiesta da parte del soggetto pubblico interessato.

Al contrario, le informative antimafia hanno un contenuto discrezionale: esse sono dirette ad accertare la eventuale sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti, in qualsiasi modo, a condizionare le scelte delle società oggetto del controllo[4]. Siffatta valutazione è rimessa esclusivamente all'autonomo apprezzamento del Prefetto[5], in assenza di alcun riferimento a un precedente giurisdizionale che, per quanto attiene al regime delle comunicazioni antimafia, si

3 E cioè l'applicazione, con provvedimento giurisdizionale definitivo, di una delle misure di prevenzione personali previste dal libro I, titolo I, capo II, del codice antimafia, ovvero condanne penali definitive o comunque confermata in appello per taluno dei delitti, consumati o tentati, elencati nell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. nonché per i reati di cui all'articolo 640, secondo comma, n.1), del codice penale, commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico, e all'articolo 640-*bis* del codice penale.

4 L'informazione antimafia deve essere acquisita prima di stipulare, approvare, autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia:fl1. In materia di opere, lavori pubblici e pubbliche forniture: pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati. In particolare: in materia di opere e lavori pubblici la soglia comunitaria è di Euro 5.225.000,00 (IVA esclusa);flin materia di servizi e forniture, la soglia comunitaria è di Euro 209.000,00 (IVA esclusa);flper le forniture di beni da aggiudicarsi dalle amministrazioni di cui al D. Lgs. 12/04/2006, n. 163 (di recepimento delle due direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE modificate con regolamento UE 1177/2009). 2. Per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali e per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali di valore superiore a Euro 150.000,00;fl3. Per le autorizzazioni di subcontratti, cessioni o cottimi concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche di valore superiore a Euro 150.000,00; 4. Per le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali si applica la direttiva 2004/17/CE (come modificata dal Regolamento UE n. 1251/2011) – limitatamente agli appalti che gli enti pubblici aggiudicano per scopi relativi all'esercizio delle loro attività (art. 20 Direttiva 2004/17/CE): Opere e lavori pubblici di importo pari o superiore a Euro 5.225.000.00.flForniture e servizi di importo pari o superiore a Euro 418.000,00.fl

atteggia a *condicio sine qua non* dell'atto amministrativo.

L'effetto giuridico ricollegato all'emissione del provvedimento interdittivo realizza la materiale e temporanea impossibilità per l'impresa colpita di svolgere qualsivoglia prestazione lavorativa per conto della pubblica amministrazione, e si intenderebbe rescisso ogni contratto stipulato tra la parte pubblica e il soggetto passivo della misura.

L'istituto, sin dalle prime applicazioni, ha scoperto il fianco a numerosi rilievi da parte della dottrina[6] ai quali si sono aggiunti, nel corso degli anni, quelli di parte della giurisprudenza amministrativa[7].

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha difeso *ab origine* l'informativa antimafia interdittiva con pronunce, alcune anche di massimo rilievo[8]; dal canto suo, il Legislatore è apparso attento a 'svolte decisioniste' sulla scia di vere e proprie

---

5 Sulla natura discrezionale del potere prefettizio si veda l'opinione critica di F. G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm.it*, 6/2013. Sul tema cfr. G. D'Angelo, *Artt. 84-95 del D.lg. 6.9.2011, n. 159 (commento)*, p. 1151, il quale, evidenziando che «*la giurisprudenza amministrativa è ferma nel considerare la valutazione del prefetto "espressione di ampia discrezionalità" anche se sembra ricondurre le informazioni antimafia a valutazioni di ordine tecnico*», ha altresì sottolineato come simili posizioni non sarebbero condivisibili «*in quanto attenuano il sindacato giurisdizionale in modo significativo, fino al punto da essere incompatibile con i principi costituzionali sulla tutela*».

6 Senza pretesa di completezza, si rimanda a G. D'Angelo, *Il tentativo d'infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedimentali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2021, p. 516 ss.; G. Amarelli, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d. lgs. n. 159/2011?*, in *DPC online*, 4/2017, pp. 290-299; R. Di Maria-A. Amore, *Effetti «inibitori» delle interdittive antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta (5 maggio 2021)*, in *Federalismi.it*, n. 12/2021; F. Siracusano, *Impresa mafiosa e contiguità*, in A.M. Maugeri-V. Scalia-G. M. Vagliasindi (a cura di), *Crimine organizzato e criminalità economica*, Pisa, 2019, pp. 325 ss.; F. Siracusano, *Il sistema sanzionatorio penale tra bisogno di sicurezza e finalità preventive*, in O. Sapia, A. Scerbo (a cura di), *Temi, problemi e prospettive del sistema penale*, E.S.I., Napoli, 2022; J.P. De Jorio, *Le interdittive antimafia e il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; L. Bordin, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 14/2023, pp. 21-46; A. Longo, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *www.federalismi.it*, 2019; F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018; A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *NOMOS*, 2/2020; A. Bongarzone, *L'informativa antimafia nelle dinamiche negoziali tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2018.

7 *Ex multis*, si considerino: T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 17 giugno 2013, n. 1348; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 10 luglio 2014, n. 3858; T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 3 novembre 2017, n. 836; Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Sez. giurisdizionale, 11 dicembre 2017, n. 548; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 25 gennaio 2024, n. 68.

8 Il riferimento corre alla sentenza n. 3/2018, resa in Adunanza Plenaria. Si segnala, con riferimento critico ai profili civilistici della pronuncia, il contributo di C. Commandatore, *Interdittiva antimafia e incapacità giuridica speciale: un difficile equilibrio. Nota a Ad. Pl. n. 3/2018*, in *Resp. Civile e prev.*, n. 3/2019, p. 917 ss.

«*risposte emotive*»[9] a forti problemi sociali e, di conseguenza, giuridici. Lo sforzo difensivo operato dal supremo consesso amministrativo ha abbracciato molteplici aspetti dell'istituto, concentrandosi particolarmente sulla natura giuridica della misura, annoverata tra i provvedimenti amministrativi di natura cautelare e preventiva[10] che, a fronte di una valutazione prefettizia in ordine alla contiguità mafiosa dei soggetti sottoposti al controllo, produce un effetto riduttivo della sfera giuridica del privato, privandolo parzialmente della capacità giuridica[11].

Siffatto arresto giurisprudenziale ha sollevato perplessità in dottrina, specie sulla natura sostanzialmente afflittiva della misura, sebbene confinata all'interno del *genus* amministrativo[12]; inoltre, tale decisione ha avuto forte impatto all'interno del filone dottrinale incentrato sulle conseguenze di matrice civilistica consequenziali all'emissione del provvedimento interdittivo[13].

Ai dubbi diffusamente manifestati dai tribunali amministrativi regionali e dalla comunità scientifica, ha costantemente posto rimedio il Consiglio di Stato, collocando l'istituto al riparo da obiezioni dottrinali e disciplinandone tutti gli aspetti fondamentali, dai presupposti applicativi agli effetti giuridici: il risultato è meritevole di approfondimento alla luce dei princìpi costituzionali coinvolti, nonché della giurisprudenza costituzionale[14].

---

9 In questi termini, J. P. De Jorio, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli 2019.

10 Sulla natura cautelare dell'interdittiva antimafia, cfr. ex *multis* Cons. Stato, n. 2342/2011, n. 254/2012; n. 2678/2012; n. 2806/2012; n. 1329/2013; n. 4527/2015; n. 1328/2016; n. 3333/2017.

11 In tal senso, Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 3/2018; *Cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2022, n. 8558: «*Come precisato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio, il provvedimento di cd. 'interdittiva antimafia' determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque l'insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la pubblica amministrazione riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247)*».

12 Emblematico sul punto il contributo di N. Durante, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, in *giustizia-amministrativa.it*, 3/2013, in cui l'A. sottolinea come "gli effetti dell'interdittiva si sono prepotentemente avvicinati a quelli della confisca: se la confisca costituisce la sottrazione di un patrimonio, l'interdittiva costituisce la sottrazione della capacità di produrre reddito […] In questo modo la tutela anticipatoria dell'interdittiva si realizza a costo di una notevole compressione della libertà di iniziativa economica ed attraverso misure amministrative, il cui contenuto afflittivo è divenuto analogo a quello di alcune misure di natura penale".

13 Sul tema, v. C. Commandatore, *op. cit.*; G. Leone, *Il rischio dell'interpretazione evolutiva della norma. Un caso emblematico in tema di interdittiva antimafia*, in G. Amarelli e S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2019, p. 113 e ss.; A. Bongarzone, *L'informativa antimafia nelle dinamiche negoziali tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2018; A. De Pascalis, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. Amarelli e S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia*, *cit.*, p. 149 e ss., spec. p. 159 e ss.

14 In dottrina, *ex multis* A. Longo, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali,* in *federalismi.it*, 2019; M. Allena, *La sanzione amministrativa tra garanzie*

Da ultimo, gli aspetti controversi della misura hanno portato il legislatore a modificare, seppur timidamente, il codice antimafia[15], introducendo alcuni istituti atti a garantire il rispetto dei principi fondamentali; tuttavia, la persistenza di profili di criticità merita un'attenta analisi alla luce delle garanzie costituzionali riconosciute dall'ordinamento. È proprio dai presupposti applicativi dell'istituto che questa analisi intende prendere forma.

2. Il "contraddittorio minimo": genesi e profili essenziali della riforma

Come attenta dottrina ha rilevato, l'informativa antimafia si colloca in un 'crocevia' di interessi di rilievo costituzionale e sovranazionale che essa mira a proteggere anticipando la soglia di difesa sociale della sicurezza pubblica[16].

---

costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità, in *federalismi.it*, 2017; R. Di Maria – A. Amore, *Effetti "inibitori" della interdittiva antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in *federalismi*.it, 5 maggio 2021; J.P. De Jorio, *Le interdittive antimafia e il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019. In senso opposto, v. R. Rolli – M. Maggiolini, *Il vaccino contro l'infezione mafiosa. Note in tema di interdittiva antimafia (nota a Consiglio di Stato, sez. I, parere 18 giugno 2021, n. 1060)*, in *giustiziainsieme.it*, 20 ottobre 2021, in cui gli Autori, sebbene rilevi l'importanza di scongiurare «*ad ogni costo e ad ogni livello, la deriva del libero arbitrio*» prefettizio, sottolinea come il provvedimento interdittivo funga «*da vaccino per le influenza mafiose nel tessuto pubblico*»; R. Rolli, *L'informazione antimafia come "frontiera avanzata" (nota a sentenza Consiglio di Stato, sez. III, n. 3641 dell'08.06.2020)*, in *giustiziainsieme.it*, 2 luglio 2020, in cui si legge «*Il particolare pregio del dictum giudiziale risiede […] nell'averne evidenziato la veste e la funzione di "frontiera avanzata" per la tutela dei valori fondanti la democrazia. Nozione, questa, che, nella sua singolarità, riassume perfettamente la natura, da sempre controversa, dell'informazione antimafia*» - sicché - «*l'informazione antimafia riveste il ruolo di frontiera avanzata poiché è la più immediata barriera posta dall'ordinamento al fine di persuadere la mafia dall'intento di avvicinarsi, tramite le società, alla cosa pubblica. Uno Stato, infatti, è veramente solido nella sua struttura istituzionale quando, fiducioso dei suoi mezzi, non consente ad agenti patogeni esterni di aggredirne il sistema, attivandosi previamente per scongiurare ogni rischio in tal senso*»; O. Morcavallo, *L'informazione interdittiva antimafia*, Giuffrè, 2019, p. 16, in cui l'autore, uniformandosi alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, sottolinea come «*l'elasticità della formula adottata dal Legislatore nel disciplinare l'informazione interdittiva su base indiziaria è compatibile sia con i principi della Costituzione, sia con i principi della CEDU: riviene dalla ragionevole ponderazione tra l'interesse privato al libero esercizio dell'attività imprenditoriale e l'interesse pubblico alla salvaguardia del sistema socio-economico dagli inquinamenti mafiosi, dove il primo, non specificamente tutelato dalla CEDU, né riconducibile alla sfera dei diritti costituzionali inviolabili, si rivela recessivo rispetto al secondo, siccome collegato alle preminenti esigenze di difesa dell'ordinamento contro l'azione antagonistica della criminalità organizzata*»; P. M. Zerman, *Lotta alle infiltrazioni nelle imprese, vanno valutati fatti concreti*, in *ilsole24ore.com*, 25 settembre 2019; A. Crismani, *Interdittiva antimafia e ius ritentionis (nota ad Adunanza Plenaria 26.10.2020, n. 23)*, in *giustiziainsieme.it*, 19 dicembre 2020.

15 Attraverso il D.L. n. 152/2021, recante 'Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose', convertito, con modificazioni, nella L. 29 dicembre 2021, n. 233.

16 In questi termini A. Levato, *Potestà discrezionale del Prefetto e regime di impugnazione delle interdittive antimafia. Criticità e prospettive di risoluzione*, in *Culturaprofessionale.interno.gov.it*, 2017; id., *Ratio e requisiti delle interdittive antimafia*, in G. Amarelli - S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, 2019, p. 36.

Il punto cruciale della trattazione, ai fini dell'analisi della misura all'interno del sistema ordinamentale, coincide con il necessario bilanciamento dei valori sottesi: da una parte, la necessità di salvaguardare l'interesse pubblico attraverso la massima anticipazione di tutela sociale[17]; d'altra parte, il rischio di compressione di diritti fondamentali.

Tra gli aspetti critici del procedimento di adozione dell'interdittiva antimafia, l'assenza del contraddittorio tra pubblica amministrazione e impresa ha catalizzato per diversi anni l'attenzione della giurisprudenza maggiormente attenta al rispetto delle garanzie procedimentali[18], nonché della dottrina[19].

Sul punto, il Consiglio di Stato ha sempre ribadito che la mancata previsione di un contraddittorio necessario tra autorità amministrativa e soggetto interessato, dipendesse da esigenze di celerità o, in alternativa, di riservatezza[20].

Tale orientamento intercettava un precedente giurisprudenziale contenuto in una risalente sentenza della Corte costituzionale in tema di scioglimento dei consigli comunali e provinciali per i quali fossero emersi collegamenti con fenomeni mafiosi[21]. In siffatte ipotesi, il giudice delle leggi avallava il principio per cui una deroga al contraddittorio nel procedimento amministrativo, in ipotesi di scioglimento degli organi pubblici, appariva «*giustificata dalla loro peculiarità, essendo quelle misure [antimafia] caratterizzate dal fatto di costituire la reazione dell'ordinamento alle ipotesi di attentato all'ordine ed alla sicurezza pubblica*»; evenienza,

17 Cons. St., Sez. III, sent. n. 2058/13: «*la norma introduttiva dell'informativa prefettizia esprime, quindi, la ratio di anticipare la soglia di difesa sociale ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto della criminalità organizzata […] le cautele antimafia non obbediscono a finalità di accertamento di responsabilità, bensì di massima anticipazione dell'azione di prevenzione*». Del medesimo tenore *cfr.* Cons. Stato, Ad. pl., 6 aprile 2018, n. 3; *id*., Sez. III, 21 gennaio 2019, n. 515; *id*, Sez. III, 22 giugno 2023, n. 7061; *id*, Sez. III, 2 ottobre 2023, n. 8606. La posizione assunta dal supremo giudice amministrativo è stata oggetto di dibattito dottrinale. Si segnala, sul tema, A. Longo, *La «massima anticipazione di tutela», cit.*

18 *Ex multis*, il rinvio pregiudiziale (ordinanza n. 28/2020) del T.A.R. Puglia – Bari, alla CGUE per la violazione del contraddittorio endoprocedimentale nella fase primigenia di applicazione della misura interdittiva, con richiamo all'art. 41 della Carta di Nizza.

19 In tema, si vedano L. Bordin, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittiva antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in *federalismi.it*, 22 luglio 2020; R. Di Maria – A. Amore, *cit*., p. 109; M. Mazzamuto, *Prevenzione amministrativa antimafia - Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giur. It*.,

6/ 2020. Su posizioni differenti, v. R. Ruberto, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giur. it*., n. 3/2020, pp. 683 e ss., il quale afferma che la deroga al principio partecipativo di cui alla l. 241/90 sia indirizzata a preservare il buon andamento della P.A.

20 Emblematica la sentenza n. 565/2017 del Consiglio di Stato, Sez. III, secondo cui: «*la delicatezza di tale ponderazione intesa a contrastare in via preventiva la minaccia insidiosa ed esiziale delle organizzazioni mafiose, richiesta dall'autorità amministrativa, può comportare anche un'attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale, che del resto non è un valore assoluto, slegato dal doveroso contemperamento di esso con interessi di pari se non superiore rango costituzionale, né un bene in sé, o un fine supremo e ad ogni costo irrinunciabile, ma è un principio strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale (art. 3, comma secondo, Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo*».

21 Corte cost, sent. n. 103/1993.

quest'ultima, «*che esige interventi rapidi e decisi, il che esclude che possa ravvisarsi contrasto con l'art. 97 della Costituzione*»[22]. Nel solco tracciato dalla Corte, il supremo organo di giustizia amministrativa recepiva l'orientamento secondo cui, per le misure caratterizzate dal fatto di costituire la reazione dell'ordinamento alle ipotesi di attentato all'ordine ed alla sicurezza pubblica, «*non è ipotizzabile alcuna violazione dell'art. 97 Cost. per l'assenza o per la diminuzione delle garanzie partecipative*»[23].

Mutatis mutandis, in epoca più recente (ma anteriore alla riforma del codice antimafia avvenuta nel 2021), il Consiglio di Stato ha rivisto criticamente le posizioni assunte nel corso degli anni in tema di contraddittorio nell'adozione della misura interdittiva.

Difatti, ha ritenuto che il principio dell'*audiatur et altera pars*[24] andasse 'ragionevolmente bilanciato', di modo che avvenisse un «*quantomeno parziale recupero delle garanzie procedimentali* […] *in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale*»[25]. Il supremo consesso amministrativo, attraverso un monito al legislatore e appellandosi alla «*saggezza*» dello stesso, schiudeva le porte al ripensamento della disciplina, in ottica di «*bilanciamento tra i valori in gioco*», al fine di scongiurare «*un sacrificio del diritto di difesa sproporzionato*»[26].

Nel contempo, anche la Corte costituzionale ha rilevato la gravità degli effetti della misura interdittiva 'generica', indirizzando un monito al legislatore attraverso la pronuncia n. 57/2020[27], successivamente richiamato nella sentenza n. 180/2022[28].

---

22 *Ibidem*

23 Così Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 6435/2019.

24 Principio di rango costituzionale, *ex* art. 111, comma 2, Cost.

25 Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 4979/2020.

26 *Ibidem*. Sul punto, *cfr.* D. Albanese, *Le modifiche del D.L. 152/2021 al 'codice antimafia': maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di 'prevenzione collaborativa'*, in *Sistema Penale*, 12 gennaio 2022.

27 Corte cost., sent. n. 57/2020, punto 7.2 del Considerato in diritto, incentrato sul rilievo che «*attiene alla impossibilità di esercitare in sede amministrativa i poteri previsti nel caso di adozione delle misure di prevenzione dall'art. 67, comma 5, del d.lgs. n. 159 del 2011, e cioè l'esclusione da parte del giudice delle decadenze e dei divieti previsti, nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia*». Secondo la Corte, «*la differenza, che in parte trova una compensazione nella temporaneità dell'informazione antimafia (ciò che valorizza ulteriormente l'importanza del riesame periodico cui sono chiamate le autorità prefettizie), merita indubbiamente una rimeditazione da parte del legislatore, ma non può essere oggetto di una pronuncia specifica poiché non è dedotta in modo autonomo (non vi è infatti alcun riferimento al caso concreto), e come argomento integrativo e secondario dell'illegittimità dell'informazione interdittiva non ha una incidenza determinante*».

28 In cui la Corte affronta il delicato tema delle valutazioni prefettizie in ordine alle ricadute dell'interdittiva antimafia sulle capacità di sostentamento del soggetto colpito dal

Quest'ultimo arresto traeva origine da un'ordinanza di remissione del TAR Calabria[29], Sezione di Reggio Calabria, in cui il tribunale amministrativo poneva in evidenza la necessità, limitatamente ai casi in cui l'interdittiva avrebbe potuto privare il soggetto dei mezzi di sostentamento, di stabilire un contraddittorio tra la P.A. e il cittadino[30]. A tal fine, i parametri costituzionali richiamati comprendevano gli artt. 3, comma 1, 4 e 24 della Costituzione: nel caso di specie, le doglianze riguardavano l'eccessiva compressione del diritto di difesa, ossia la violazione delle garanzie partecipative nella formazione del provvedimento amministrativo.

La Corte, sebbene addivenendo a una pronuncia di rigetto delle questioni sottoposte, in punto di diritto inviava uno stringente monito al legislatore, richiamandolo all'esercizio della discrezionalità legislativa per porre rimedio alle criticità emerse in materia[31].

---

provvedimento. Sul punto, v. M. ARMANNO, *L'informativa antimafia dopo Corte cost. n. 180 del 2022: un'indagine in prospettiva costituzionale degli itinerari di riforma e della giurisprudenza amministrativa*, in *nuoveautonomie.it*, 08/2023.

29 Ordinanza T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, n. 732, datata 11 dicembre 2020.

30 Nel caso di specie, il tribunale amministrativo di Reggio Calabria sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Argomentando sulla violazione del diritto di difesa *ex* art. 24 Cost., il Collegio sottolineava come la disciplina non escluderebbe totalmente il contraddittorio (art. 93, comma 7, cod. antimafia), tuttavia si tratterebbe solo di una «*interlocuzione eventuale*» tra il prefetto e i soggetti interessati. Dunque, stante la pervasività del provvedimento – che induce una parziale incapacità giuridica del soggetto e gli impedisce di ottenere qualsiasi erogazione da parte della pubblica amministrazione – precludere al destinatario «*di detto provvedimento la possibilità di sottoporre all'autorità prefettizia le possibili conseguenze di esso, in termini di depauperamento dei mezzi di sostentamento suoi e della sua famiglia sembra integrare la violazione anche dell'art. 24 della Costituzione*». Vero che, secondo la giurisprudenza costituzionale, il diritto di difesa non si estende nel suo pieno contenuto ai procedimenti contenziosi amministrativi, ma ciò, sottolinea il giudice *a quo*, non significa che esso non possa manifestare riflessi in altri ambiti, proprio per la sua connessione con i diritti inviolabili della persona. In questi termini, Corte cost., sent. 180/2022, punto 6 del Ritenuto in fatto.

31 Corte cost., sent. 180/2022, punti 6.3, 6.4 e 7 del Considerato in diritto: «[…] *vi è da considerare che le misure di prevenzione personali hanno, come accennato, un proprio e tradizionale contenuto tipico – delineato all'art. 8 cod. antimafia – cui i divieti e le preclusioni elencati all'art. 67 cod. antimafia si aggiungono in via accessoria. Invece, le misure interdittive antimafia (laddove non si basino a loro volta su provvedimenti dell'autorità giudiziaria, già produttivi di conseguenze autonome) esauriscono i propri effetti pregiudizievoli proprio nei divieti e nelle decadenze di ordine economico previste dal medesimo articolo, sicché l'eventuale inibizione in toto della loro applicazione, sia pur in nome di fondamentali esigenze quali quelle rappresentate dal giudice a quo, significherebbe privarle di oggetto e, perciò, di qualunque utilità, frustrando gli obbiettivi cui esse mirano. Per scongiurare un simile paradossale effetto, bisognerebbe almeno ritenere che l'art. 67, comma 5, cod. antimafia non richiede di escludere "in blocco" tutte le decadenze e i divieti in esso richiamati, ma solo quelli essenziali a dare continuità all'attività economica da cui il soggetto, e la sua famiglia, traggano alimento. Interpretazione, peraltro, non del tutto piana, non impedita dalla lettera della disposizione in questione, e tuttavia nemmeno facilitata dall'inesistenza di una significativa giurisprudenza in materia: ciò che, insieme al richiesto trasferimento del potere valutativo in merito dal giudice al prefetto, accentua ulteriormente il carattere manipolativo della pronuncia prospettata dal rimettente, che, anche da questo punto di vista, chiama in causa scelte spettanti alla discrezionalità legislativa. […] appartiene allo stesso modo alla discrezionalità legislativa decidere se e come utilizzare allo scopo invocato dal giudice a quo, innovandoli ulteriormente, alcuni utili strumenti, quali il controllo giudiziario o le misure amministrative di prevenzione*

Difatti, pronunciandosi in regime di *self restraint*[32] e attraverso il richiamo al suo precedente contenuto nella sentenza n. 57 del 2020[33], ritenendo inascoltate dall'organo legislativo le sollecitazioni inviate[34] e «*in considerazione del rilievo dei diritti costituzionali interessati*»[35], il giudice costituzionale manifestava l'indifferibile esigenza di provvedere al riordino della materia in sede legislativa. Diversamente, la Corte avrebbe provveduto direttamente *ex se*, attraverso una pronuncia manipolativa[36].

Rebus sic stantibus, l'intervento legislativo veniva invocato come necessario per ottimizzare il bilanciamento, da un lato, tra le esigenze di tutela sociale avverso le infiltrazioni mafiose nell'economia e, d'altro canto, del rispetto delle garanzie partecipative costituzionalmente previste e tutelate.

Con riferimento al contraddittorio, recependo le doglianze dei supremi giudici amministravi e costituzionali, il Parlamento provvedeva a modificare il codice antimafia attraverso la legge 29 dicembre 2021, n. 233[37], inserendo nella rubrica dell'art. 92 i commi 2-*ter* e 2-*quater*, e modificando il comma 2-*bis*.

Nel dettaglio, la novella ha previsto che «*il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per*

---

collaborativa (già di recente oggetto di modifiche), al fine di meglio contemperare l'interesse pubblico alla sicurezza e la generale libertà del mercato, da una parte, e il diritto della persona a veder garantiti i propri mezzi di sostentamento, dall'altra: inserendo esplicitamente, tra le valutazioni che tali misure consentono, la possibilità di decidere selettive deroghe agli effetti interdittivi e alle decadenze di cui all'art. 67 cod. antimafia, proprio in vista di assicurare alle persone coinvolte i necessari mezzi di sostentamento economico. In definitiva, come si vede, non può essere una pronuncia di questa Corte, allo stato, a farsi carico – allo scopo di sanare l'accertato vulnus al principio di uguaglianza – dei complessi profili fin qui segnalati. Pure, deve trovare soddisfazione in tempi rapidi la necessità di accordare tutela alle esigenze di sostentamento dei soggetti che subiscono, insieme alle loro famiglie, a causa delle inibizioni all'attività economica, gli effetti dell'informazione interdittiva».

32 In tema di creazionismo giudiziario e necessità crescente di *juridicial self restraint*, si rimanda a L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi editore, 2018; B. Ruthers, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Mucchi editore, 2018.

33 In cui la Corte aveva Corte aveva sottolineato come, in caso di adozione della misura interdittiva antimafia, l'omessa previsione in capo al prefetto della possibilità di esercitare i poteri attribuiti al giudice dall'art. 67, comma 5, cod. antimafia, «*merita[sse] indubbiamente una rimeditazione da parte del legislatore*» (Corte cost., sent. n. 57/2020; v. nota 26).

34 In tal senso, v. Corte cost., sent. n. 180/2022, punto 7 del Considerato in diritto, in cui si legge: «[…] *Si è già ricordato che nella sentenza n. 57 del 2020 questa Corte aveva sottolineato come l'omessa previsione, in capo al prefetto, della possibilità di esercitare, adottando l'informazione interdittiva, i poteri attribuiti al giudice dall'art. 67, comma 5, cod. antimafia, nel caso di adozione delle misure di prevenzione, "merita[sse] indubbiamente una rimeditazione da parte del legislatore". Questa rimeditazione, tuttavia, non risulta finora avvenuta*».

35 *Ibidem*

36 Corte cost., sent. n. 180/2022, punto 7 del Considerato in diritto, per cui: «[…] *in considerazione del rilievo dei diritti costituzionali interessati dalle odierne questioni, questa Corte non può conclusivamente esimersi dal segnalare che un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe tollerabile (analogamente, sentenza n. 22 del 2022) e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente, nonostante le difficoltà qui descritte*».

37 Legge di conversione, con modificazioni, del Decreto legge 6 novembre 2021, n. 152.

l'adozione dell'informativa antimafia interdittiva […] e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa»[38]. All'emissione del provvedimento segue l'assegnazione di un termine al soggetto attinto dalla misura, stabilito dall'autorità prefettizia in misura «*non superiore a venti giorni*», per presentare «*osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione*»[39]. La disposizione stabilisce altresì che non possano formare oggetto della comunicazione al soggetto passivo «*elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose*», definendo infine i termini del procedimento partecipativo, che si conclude «*entro sessanta giorni dalla data di ricezione della predetta comunicazione*». A chiusura del procedimento in contraddittorio, l'art. 92, comma 2-*quater* precisa che, nel periodo tra la ricezione della comunicazione di cui al comma 2-*bis* e la conclusione della procedura in contraddittorio, fissata dalla novella in sessanta giorni, «*il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia*».

3. Segue. Il cd. "contraddittorio minimo" tra limiti applicativi e profili critici

La richiamata riforma del codice antimafia operata sul finire del 2021, nonostante abbia migliorato il quadro delle garanzie partecipative, non ha compiutamente risolto la *vexata quaestio* relativa al contraddittorio nel procedimento di adozione della misura interdittiva antimafia[40].

---

38 Art. 92, co. 2-*bis*, d. lgs. n. 159/2011, per come modificato dalla l. 233/2021.

39 *Ibidem*

40 Del medesimo tenore R. Rolli-M. Maggiolini, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia*, in *giustiziainsieme.it*, 2022, che esprimono preoccupazione per «*una forma di contraddittorio dimezzata ed eventuale*»; M. Armanno, *L'informativa antimafia dopo Corte cost. n. 180 del 2022: un'indagine in prospettiva costituzionale degli itinerari di riforma e della giurisprudenza amministrativa,* in *Nuove Autonomie*, 1/2023, che la definisce come «*una evidente soluzione di compromesso*», posto che «*l'ulteriore anticipazione del contraddittorio avrebbe presumibilmente rischiato di poter ridurre l'efficacia delle verifiche che sono disposte al fine di acquisire elementi rilevanti a fondamento della misura interdittiva*»; S. Ippedico, *Le interdittive antimafia tra collaborazione e contraddittorio: nuove contraddizioni?*, in *Cassazione Penale*, n. 12/2023, pp. 4337-4358, il quale parla di «*orizzonti ristretti del nuovo contraddittorio*». Considerazioni di segno

Difatti, analizzando il tenore del rinnovato art. 92 del d. lgs. 159/2011, non possono essere sottaciuti alcuni profili critici della novella.

Innanzitutto, il comma 2-*bis* àncora il contraddittorio ai casi in cui non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, circostanza rimessa all'autonoma valutazione del prefetto. La riforma, sebbene atta ad ampliare le garanzie partecipative, non espunge totalmente la discrezionalità prefettizia: l'amministrazione rimane titolare di un pregnante potere discrezionale valutativo, sia in ordine alle "particolari esigenze di celerità", sia per ciò che concerne gli elementi informativi «*il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose*»[41]. Sul punto, la dottrina ha ragionato in termini di «*contraddittorio dimezzato ed eventuale, la cui valutazione di utilità è demandata, ancora una volta, alla discrezionalità del Prefetto*»[42], nonché di «*nuova "difesa" procedimentale […] evidentemente monca*»[43].

Al netto dei rilievi testé operati, il nuovo obbligo opera soltanto nelle ipotesi in cui il Prefetto, all'esito delle verifiche sulla banca dati nazionale, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione interdittiva o, in alternativa, per procedere all'applicazione delle misure di prevenzione collaborativa *ex* art. 94-*bis* del codice antimafia[44].

---

opposto pervengono invece da N. Durante, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, in *l'amministrativista.it*, 2022, in cui si prospetta un «capovolgimento prospettivo, che fa assurgere il contraddittorio da timida eccezione a regola ordinaria»; F. Figorilli, *Il difficile equilibrio fra prevenzione dell'economia criminale e garanzia delle posizioni soggettive nella nuova conformazione delle interdittive antimafia*, in *Archiviopenale.it*, n. 2/2024, il quale parla di «*un passaggio molto significativo nella direzione di un pieno recupero della nozione di giusto procedimento*», esprimendo «*giudizio positivo*» sulle modifiche apportate dalla novella. Sul punto, riflessioni positive sulla novella vengono altresì effettuate da A. Tortora, *Informativa interdittiva antimafia: tra discrezionalità del prefetto e sindacato del giudice amministrativo*, in *contabilità-pubblica.it*, 2022, secondo cui «*Le novità enucleate dal d.l. 152/2021 si pongono in linea con i principi del diritto amministrativo europeo, con l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza e con l'art. 6 della Convenzione EDU, dal momento che la necessità di tutela dell'interesse pubblico e di contrasto alla criminalità organizzata, cui risponde l'istituto delle informative antimafia, non può prescindere dal contemperamento con le garanzie (anche procedimentali) proprie di uno Stato di diritto. Centrale in questo senso è, dunque, l'introduzione, nelle modalità descritte, del contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia in linea con la disciplina costituzionale del fondamentale diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.*».

41 In tema, si segnala il contributo di M. Mazzamuto, *Lo scettro della prefettocraziia: l'indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della filiera*, in *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del XVIII Convegno di Copanello 28-29 giugno 2013*, Giuffrè editore, 2014, il quale sottolinea gli eccessivi poteri concessi all'organo prefettizio in tema di interdittiva antimafia, a giudizio dell'Autore espressione di una vera e propria "*prefettocrazia*".

42 Così R. Rolli-M. Maggiolini, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale*, *cit.*

43 In questi termini M. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in *giustiziainsieme.it*, 2023.

44 Si tratta delle misure applicabili dal Prefetto in caso di agevolazione occasionale, ossia: misure organizzative, anche ai sensi degliflarticoli 6,fl7flefl24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale;flcomunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il

Si tratta, dunque, di un contraddittorio endoprocedimentale solo eventuale, che si traduce in una sorta di «*contestazione degli addebiti con invito a controdedurre*»[45].

Così intesa, la riforma realizza una forma di difesa «*pericolosamente posizionata in avanti*»[46], ossia nella fase in cui l'autorità amministrativa abbia già raggiunto il convincimento della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura interdittiva, con conseguente difficoltà per il privato assoggettato di esercitare a pieno le garanzie connesse al diritto di difesa, inviolabile «*in ogni stato e grado del procedimento*»[47].

In sostanza, il destinatario della comunicazione resa *ex* art. 92, comma 2-*bis*, d. lgs. 159/2011, non è chiamato a contribuire alla progressiva valutazione degli elementi che hanno spinto l'autorità prefettizia ad avviare la procedura; egli potrà, al più, tentare di smentire le valutazioni già effettuate attraverso il ricorso agli strumenti legali[48]. Il privato è chiamato a difendersi da un positivo giudizio prognostico operato dall'amministrazione procedente, un *fumus* probabilistico di infiltrazioni mafiose, che mal si concilia con la tutela del diritto di

---

luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 5.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume di affari dell'impresa; per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze gli finanziamenti, in qualsiasi forma, eventualmente erogati da parte dei soci o di terzi; comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma; in aggiunta alle misure richiamate, il Prefetto può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2-bis, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa. Agli esperti di cui al primo periodo spetta un compenso, determinato con il decreto di nomina, non superiore al 50 per cento di quello liquidabile sulla base dei criteri stabiliti dal decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa, società o associazione.

45 Come giustamente osserva M. SANDULLI, *op. cit.*

46 Sul punto, cfr. UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, *Le modifiche legislative presentate dal Governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario*, in camerepenali.it, 29 ottobre 2021. Similmente, M. SANDULLI, *op. cit.*, secondo cui «*Il destinatario del preavviso, infatti, non potrà contribuire alla progressiva valutazione degli elementi che hanno, ab origine, indotto il Prefetto ad avviare la procedura, ma potrà soltanto cercare di indurlo a modificare la valutazione che esso ha sostanzialmente già effettuato*».

47 *Ex* art. 24, co. 2, Cost., che, nel rimarcare i caratteri della solennità e irrinunciabilità di tale diritto, non a caso utilizza l'aggettivo 'inviolabile'; pregno di significato risulta altresì il riferimento al 'procedimento', che ingloba, secondo un rapporto di *genus* a *species*, le attività processuali generalmente intese, estendendosi anche alle attività di natura extraprocessuale che incidano sui diritti dei consociati.

48 Ossia attraverso la presentazione di osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, o con la richiesta di audizione diretta.

difesa e del contraddittorio procedimentale.

A ben vedere, è una forma di contraddittorio inteso come *posterius* rispetto al convincimento dell'organo prefettizio; ad avvalorare tali rilievi, la lettera dell'art. 92, comma 2-*quater*, codice antimafia, stabilisce che, nel periodo che intercorre tra la ricezione della comunicazione e la conclusione della procedura, qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle «*imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa*» possa essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia.

Riferendosi alle 'imprese interessate dai tentativi di infiltrazione', lo stesso testo normativo realizza una contraddizione logica rispetto al richiamo delle garanzie partecipative, che aveva ispirato la riforma: l'instaurazione del contraddittorio comporta che le imprese siano già tacciate di contiguità mafiosa. Dunque, al momento della comunicazione al privato, il giudizio sull'applicabilità della misura è già formato; al soggetto passivo non resta che difendersi, in posizione asimmettrica rispetto alla pubblica amministrazione: la *ratio legis*, in quest'ottica, assume, ancora una volta, contorni inquisitori, realizzando un contraddittorio sulla prova e non sulla formazione della prova.

Diversamente, il pieno recupero delle garanzie costituzionali imporrebbe, alla luce della congenita posizione asimmettrica del privato rispetto all'amministrazione procedente[49], la sistematica applicazione delle garanzie partecipative enucleate dalla legge n. 241/90[50]. Su tutte, in relazione al principio del contraddittorio, di immediato interesse risulta essere l'art. 7 della l. 241/90, che prevede la comunicazione di avvio del procedimento, istituto improntato alla logica collaborativa; nel caso di specie, la pienezza della comunicazione garantirebbe l'effettiva partecipazione del soggetto sottoposto al controllo, garantendogli una posizione attiva rispetto al convincimento dell'autorità pubblica. In tal senso, con la comunicazione di avvio del procedimento il privato sarebbe ammesso in chiave prodromica alla formazione del convincimento prefettizio, recuperando, per quanto possibile, le garanzie costituzionali del contraddittorio e del diritto di difesa in ogni stato del procedimento[51].

---

49 Sul tema, sebbene affrontato di riflesso rispetto alla tematica vertente sulla natura giuridica della responsabilità in capo alla pubblica amministrazione nei confronti del privato per lesione di interessi legittimi, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., sent. n. 7/2021. In dottrina, si segnala il contributo di D. D'Amico, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimentale sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità extracontrattuale. Nota a Consiglio di Stato – Adunanza plenaria, sentenza 23 aprile 2021, n. 7*, in *ildirittoamministrativo.it*, 2021.

50 In tal senso, cfr. D. D'Amico, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi*, *cit.*, la quale, richiamando il rapporto asimmettrico tra cittadino e P.A., sottolinea che «*per tale ragione, al privato sono innanzitutto riconosciuti strumenti di tutela procedimentale finalizzati ad orientare la discrezionalità dell'amministrazione, secondo la disciplina di carattere generale contenuta nella legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990*».

51 In tal senso, v. T.A.R. Calabria – Sezione di Reggio Calabria, sent. n. 826/2023, punto 9.2, in cui si legge: «*Nelle intenzioni del Legislatore l'interazione dialettica che ne deriva, in una fase prodromica rispetto a quella di adozione dell'interdittiva, è rivolta a produrre un effetto utile, oltre che deflattivo*

Tuttavia, sul punto è intervenuta la terza Sezione del Consiglio di Stato attraverso la sentenza n. 5086 del 21 giugno 2022.

Recependo i «*consolidati principi sviluppati dalla Sezione*», il Supremo giudice ha ribadito che, ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo, l'amministrazione è esonerata dall'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, nonché dalle altre garanzie partecipative, «*poiché i procedimenti in materia di tutela antimafia sono tipicamente connessi ad attività di indagine giudiziaria e caratterizzati da ragioni di urgenza e da finalità, destinatari e presupposti incompatibili con le ordinarie procedure partecipative*»[52].

Sennonché, è da sottolineare in questa sede come il legislatore, per mezzo della riforma, abbia inteso escludere *ab origine* la possibilità di operare una *discovery* anticipata di elementi informativi «*il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose*»[53]. Ne deriva che, garantita *ex lege* la riservatezza delle informazioni coperte da segreto istruttorio[54], risulterebbe coerente con il rispetto delle garanzie partecipative l'introduzione di una comunicazione di avvio del procedimento *ex* art. 7, l. 241/90 nel procedimento di cui all'art. 92, codice antimafia, nei termini esposti.

In quest'ottica, il citato arresto del supremo consesso amministrativo[55] risulterebbe sganciato dal novellato contesto normativo, limitandosi a confermare gli orientamenti giurisprudenziali antecedenti alla riforma del codice. Peraltro, il richiamo effettuato dal Consiglio di Stato è agganciato al presupposto, di matrice antitetica rispetto alla riaffermazione delle garanzie partecipative, «che più avanzano le garanzie partecipative più è concreto il rischio che la *discovery* anticipata di elementi o notizie a disposizione degli inquirenti ponga nel

del contenzioso, sia per il privato, chiamato ad assumere un ruolo proattivo al fine di scongiurare l'esito esiziale del procedimento, sia per la P.A. la quale, sfruttando l'occazione di acquisire e/o rivalutare informazioni talvolta sottovalutate o neglette, può comporre un quadro istruttorio il più possibile esaustivo e funzionale all'emissione di un provvedimento ispirato a canoni di proporzionalità e ragionevolezza».

52 In questi termini, Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 5086/2022, punto 8.1.

53 *Ex* art. 92, co. 2-*bis*, codice antimafia. Peraltro, in epoca antecedente alla novella del 2021, il principio era già recepito nel corpo dell'art. 93 del d. lgs. 159/2011, che parla di «*esigenze di tutela di informazioni che, se disvelate, sono suscettibili di pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri procedimenti amministrativi finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose*».

54 Categoria che non esaurisce il novero di elementi informativi non disvelabili. Sul punto, cfr. N. Durante, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, *cit.*, il quale osserva che «*la qualificazione dell'elemento informativo come non disvelabile non coincide con quella dell'art. 329 c.p.p., essendo ricollegabile anche al possibile pregiudizio in danno di "procedimenti amministrativi" ovvero di "altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose". Anzi, sarebbe proprio il caso di dire che il perimetro degli atti non disvelabili sia del tutto diverso dal perimetro degli atti coperti da segreto investigativo, i quali, stante la natura erga omnes del divieto, non sarebbero noti neppure al Prefetto; e ciò troverebbe avallo nell'uso del termine "attività processuali in corso", in luogo di "indagini preliminari in corso"*».

55 Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 5086/2022.

nulla gli sforzi e le risultanze raggiunte»[56].

In posizione asimmetrica rispetto al Supremo organo di giustizia amministrativa e in netta rottura col passato, parte della giurisprudenza ha affermato la natura "*sui generis*" del contraddittorio *ex* art. 92, comma 2-*bis*, d. lgs. 159/2011 (e, di conseguenza, della comunicazione resa dalla P.A. al privato) evidenziandone la «*radicale diversità strutturale e sistematica*» rispetto all'art. 7, l. 241/90, «*tanto da escludere in apice qualsiasi rapporto di specialità tra le due disposizioni*»[57].

Difatti, nel caso analizzato dai giudici amministrativi, la differenziazione operata fra i due istituti[58] risulta funzionale alla valorizzazione del contraddittorio endoprocedimentale, che non può essere relegato «*a strumento di mero carattere "formale" nell'ambito di un fenomeno da tempo in atto di complessiva "dequotazione" delle garanzie procedimentali*», dovendo invece assumersene la «*spiccata valenza sostanziale*»[59].

In ultima analisi, ciò che rileva non è il *nomen iuris* attribuito all'istituto introdotto dalla novella, o la previsione di una comunicazione di avvio del procedimento nei termini dedotti in disamina: entrambe le soluzioni convergono verso il recupero dell'effettività delle garanzie partecipative[60].

Allo stato attuale, le positive valutazioni prefettizie in ordine alle esigenze di celerità del procedimento di applicazione della misura interdittiva vanificano le garanzie costituzionali, aggirando gli istituti della comunicazione di avvio del procedimento e, di conseguenza, del contraddittorio.

Strettamente connessa alla comunicazione di avvio del procedimento e della pienezza delle garanzie partecipative, il dettato normativo prevede che non possano formare oggetto della comunicazione gli elementi informativi «*il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni*

---

56 Di questo tenore, Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 5086/2022, punto 8.2. Alla luce della riforma, la scelta operata dal supremo giudice amministrativo di richiamare e uniformarsi ai «*consolidati principi sviluppati dalla Sezione*» appare inusitata.

57 In questi termini, T.A.R. Calabria – Sezione di Reggio Calabria, sent. n. 826/2023.

58 Comunicazione di avvio del procedimento *ex* art. 7, l. 241/90 e contraddittorio *ex* art. 92, co. 2-*bis*, d. lgs. 159/2011.

59 *Ibidem*

60 In tema, similmente L. Bordin, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittiva antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, *cit.*, il quale, riferendosi all'ordinanza di remissione del T.A.R. Puglia – Bari, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sulla violazione del contraddittorio procedimentale in epoca antecedente alla riforma, evidenziava come «*i dubbi di compatibilità [tra la previsione di un contraddittorio endoprocedimentale meramente eventuale nel procedimento di adozione dell'informazione interdittiva antimafia e il principio del contraddittorio ricavabile dall'art. 41 CDFUE] nasc(essero) dal fatto che l'attivazione del contraddittorio tra Autorità prefettizia e soggetti attinti dal potere interdittivo (fosse) rimessa alla valutazione di utilità del Prefetto*», evidenziando che «*la distanza rispetto alle guarentigie partecipative poste dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 pare siderale*».

mafiose»[61].

Si tratta, dunque, degli atti coperti da segreto.

Sul punto, attenta dottrina ha rimarcato la necessità di adottare un approccio prudente nell'utilizzo del potere di occultamento degli atti sensibili, richiamando la necessità di preservare il contraddittorio[62].

Il problema maggiore, a parere dello scrivente, si manifesta con gli atti di matrice penalistica, specie d'indagine[63]. Di fatto, essi vengono sottratti al contraddittorio nel procedimento di applicazione della misura antimafia, ma concorrono alla formazione del convincimento in capo all'organo amministrativo, che gode di piena discrezionalità nel valutarli[64].

3.1. Riflessioni a partire dall'ordinanza 190/2024 del TAR Reggio Calabria, tra modifiche normative, effetti della misura ed effettività del contraddittorio.

Dalle considerazioni appena effettuate discende l'importanza di un sindacato pieno ed effettivo del giudice amministrativo sull'operato del Prefetto: il giudice ha il diritto (*rectius*, dovere) di accedere a tutti gli atti ed elementi presupposti del provvedimento impugnato. Sindacato che, evidentemente, deve estendersi al necessario controllo di proporzionalità sulla scelta interdittiva rispetto a quella di mera prevenzione collaborativa e che incide, per l'effetto, sulla concreta valenza della gradazione delle misure di prevenzione antimafia[65].

---

61 *Ex* art. 92, co. 2-*bis*, d. lgs. 159/2011.

62 Il riferimento corre a N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, *cit.*, il quale osserva che «*come vale per l'urgenza di provvedere, anche in quest'àmbito deve suggerirsi un prudente utilizzo del potere di oscuramento/occultamento degli atti sensibili, allo scopo di preservare il più possibile integri il senso e la ratio del contraddittorio, intenzionalmente configurato dal legislatore come preventivo rispetto alla conclusione del procedimento e non come meramente successivo (mediante istanza di autotutela o di aggiornamento) o giudiziario*».

63 Sul punto, in senso analogo v. M. INTERLANDI, *Interdittive antimafia e diritti fondamentali nella prospettiva della separazione dei poteri,* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2023, p. 575, secondo cui: «l'art. 48 d.l. n. 152/2021, riformulando l'art. 92, co. 2-*bis*, del d. lgs. n. 159/2011, ha previsto la possibilità per l'imprenditore interessato dall'informativa antimafia di presentare entro venti giorni osservazioni difensive e chiedere eventualmente un'audizione personale. Peccato, però, che la stessa norma preveda che la comunicazione del Prefetto non può contenere elementi informativi il cui disvelamento possa pregiudicare attività processuali, e ciò costituisce un limite significativo al diritto di difesa dell'imprenditore chiamato al contraddittorio».

64 Esprime uguali preoccupazioni M. SANDULLI, *op. cit.*, secondo cui il problema maggiore «*resta quello degli atti riservati», con esplicito riferimento agli atti dei procedimenti penali, «i quali non sono mai prodotti, ma solo menzionati e/o citati nelle parti di interesse dalle Prefetture e dalle forze di polizia (per cui) sui loro contenuti e sui fatti ivi citati in effetti non esiste, nell'ambito delle misure di prevenzione amministrativa, alcun contraddittorio*». Ciò comporta delle marcate criticità, «*considerando che anche nel caso di un processo penale che venga esitato con una sentenza di assoluzione con formula piena, la stessa sentenza assolutoria può non esser sufficiente ad escludere l'adozione di un'interdittiva e può essere anzi posta a fondamento della stessa*».

65 La graduazione delle misure è considerata da M. SANDULLI, *cit.*, «*la più importante novità della riforma del 2021*». L'alternativa per la P.A., come visto, sarà tra l'adozione delle meno

Sul punto, emblematica la recente ordinanza del T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, n. 190/2024[66].

Il provvedimento, che sospende l'efficacia della misura interdittiva nei confronti di un'impresa individuale, fonda le proprie ragioni sulla lacunosità motivazionale circa i tentativi di condizionamento mafioso, nonché sulla considerazione che l'esecuzione della misura avrebbe determinato un pregiudizio economico grave e irreparabile all'impresa, con conseguente fallimento della stessa[67].

Sennonché, nonostante la riforma del codice in senso estensivo verso il recupero delle garanzie partecipative, l'ordinanza riporta alla luce il tema degli effetti della misura antimafia, sotto il profilo della coazione economica che comporti la privazione dei mezzi di sostentamento per il soggetto colpito, sulla scia delle già richiamate sentenze nn. 57/2020 e 180/2022 della Corte costituzionale, che pur aveva stabilito la necessità di «*meglio contemperare l'interesse pubblico alla sicurezza e la generale libertà del mercato, da una parte, e il diritto della persona a veder garantiti i propri mezzi di sostentamento, dall'altra*», prevedendo la «*possibilità di decidere selettive deroghe agli effetti interdittivi e alle decadenze di cui all'art. 67 cod. antimafia, proprio in vista di assicurare alle persone coinvolte i necessari mezzi di sostentamento economico*»[68], auspicava, *in subiecta materia*, una «*rimeditazione da parte del legislatore*»[69]. Tuttavia, il Parlamento ha recepito il monito del giudice costituzionale solo di recente[70], a distanza di tre anni dalla pronuncia, di fatto perpetrando per anni una disparità di trattamento tra misure di prevenzione appartenenti al *genus* penale e amministrativo: l'art. 67, comma 5, del codice antimafia prevede che il giudice, nell'applicare una misura di prevenzione, possa escludere le decadenze

---

incidenti misure previste dall'art. 94-*bis*, codice antimafia (cd. prevenzione collaborativa), o il ricorso all'interdittiva antimafia.

66 T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, ordinanza n. 190/2024, del 5 settembre 2024, pronunciata sul ricorso n. 445/2024.

67 T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, ordinanza n. 190/2024, in cui si legge: «*il provvedimento interdittivo omette di enunciare elementi o circostanze da cui possa essere desunto il pericolo o il tentativo di condizionamento, ad opera dei soggetti menzionati nell'atto, dell'attività imprenditoriale del ricorrente; […] quanto al periculum in mora, che l'esecuzione del provvedimento impugnato determinerebbe, come da documentazione versata in atti, un pregiudizio grave ed irreparabile alla ditta ricorrente e che, pertanto, ricorrono i presupposti per la concessione dell'invocata misura cautelare*». Sul tema, l'ordinanza si pone in continuità con le motivazioni della Corte costituzionale, sent. n. 180/2022, punto 6.3 del Considerato in diritto, in cui si legge: «*bisognerebbe almeno ritenere che l'art. 67, comma 5, cod. antimafia non richiede di escludere "in blocco" tutte le decadenze e i divieti in esso richiamati, ma solo quelli essenziali a dare continuità all'attività economica da cui il soggetto, e la sua famiglia, traggano alimento*».

68 Corte cost., sent. n. 180/2022, punto 7 del Considerato in diritto. V. *infra*, nota 31.

69 Corte cost., sent. n. 57/2020, punto 7.2 del Considerato in diritto.

70 Attraverso l'introduzione del novellato art. 94.1 del codice antimafia, il quale al primo comma prevede che "[…] il Prefetto, qualora ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva, può escludere uno o più divieti e decadenze previsti dall'art. 67, comma 1, nel caso in cui accerti che per effetto della medesima informazione antimafia interdittiva verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento al titolare dell'impresa individuale e alla sua famiglia […]".

e i divieti previsti dalla stessa disposizione normativa[71]; diversamente, all'autorità prefettizia è stato a lungo precluso qualsiasi potere di modulazione della misura interdittiva.

Sebbene sul piano degli effetti l'introduzione del nuovo art. 94.1 all'interno del codice antimafia abbia rappresentato un approdo a lungo auspicato, la dottrina non ha mancato di evidenziare come, a seguito delle richiamate sentenza della Corte, una eventuale e ulteriore inerzia del legislatore avrebbe comportato «*il rischio di una declaratoria di illegittimità costituzionale elevatissimo*»[72].

Non può essere sottaciuta, poi, la circostanza per la quale la disposizione di cui al primo comma dell'art. 94.1, codice antimafia, sia affetta da una irragionevolezza intrinseca, poiché riferibile alle sole imprese individuali, di fatto realizzando un *discrimen* tra imprese individuali e società, anche facenti capo a un solo imprenditore.[73]

Tanto premesso in ordine agli effetti, il procedimento di adozione dell'interdittiva antimafia resta caratterizzato dalla circostanza per cui l'unica possibilità di difesa in capo al soggetto passivo è rappresentata dalla possibilità di avvalersi degli istituti connessi al contraddittorio, ovvero la produzione documentale e l'audizione, il cui onere di presentazione (o di richiesta, in caso di audizione) grava sul privato entro un termine stabilito dalla P.A., comunque «*non superiore a venti giorni*». Due i rilievi critici al dettato normativo.

Da una parte, viene accordata ampia discrezionalità all'organo pubblico procedente anche nello stabilire i termini entro cui il privato può appuntare la propria difesa tecnica, fissati nel massimo in venti giorni, con notevoli ricadute negative in ottica procedurale e, segnatamente, con riguardo al diritto di difesa[74]. Considerando, poi, che la procedura del contraddittorio «*si conclude entro*

---

71 *Ex* art. 67, comma 5, codice antimafia, che recita: «*Per le licenze ed autorizzazioni di polizia, ad eccezione di quelle relative alle armi, munizioni ed esplosivi, e per gli altri provvedimenti di cui al comma 1 le decadenze e i divieti previsti dal presente articolo possono essere esclusi dal giudice nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia*».

72 G. Amarelli, *Il decreto sicurezza e la riforma degli effetti delle interdittive antimafia: un fiore nel deserto in attesa di essere emendato*, in *sistemapenale.it*, 5 maggio 2025.

73 Si pensi, ad esempio, alla società a responsabilità limitata unipersonale, anch'essa facente capo al singolo imprenditore, cui è preclusa l'applicabilità del nuovo art. 94.1 codice antimafia nonostante le esigue dimensioni dell'impresa. Con riferimento alla responsabilità patrimoniale illimitata dell'imprenditore, si pensi, ancora, al socio accomandatario unico nella società in accomandita semplice.

74 Come rilevato da N. Durante, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, *cit.*, il quale sottolinea come sia «*certamente possibile presentare istanza di accesso agli atti, ma bisogna considerare che il termine per partecipare al procedimento è inferiore a quello, di 30 giorni, previsto dall'art. 25 della legge n. 241/1990 ai fini della formazione del silenzio rigetto; né sussiste un qualche meccanismo di sospensione/interruzione del termine di 20 giorni, in pendenza di una domanda di accesso. Ciò significa che la partecipazione difensiva ben potrebbe svolgersi in carenza di una sufficiente conoscenza degli atti (noti solo nei loro estremi, ma non nel contenuto) e senza che sia stato possibile adire, anche in via di urgenza, il TAR, non essendosi ancora formato il silenzio rigetto. Anche in tal caso, si profilano tutti i risvolti immaginabili in tema di impugnabilità del provvedimento interdittivo formatosi senza la garanzia di un pieno contraddittorio a monte*».

sessanta giorni dalla data di ricezione della comunicazione», il dato temporale assume ancor più spiccata rilevanza.

Difatti, al fine di produrre documentazione utile a costruire una difesa tecnica, al privato è assegnato un termine non superiore a venti giorni nel massimo, sicché risulta compatibile con la disposizione normativa l'assegnazione di un termine inferiore. Parallelamente, il Prefetto avrà a disposizione un termine minimo di quaranta giorni per valutare la documentazione prodotta dall'impresa e addivenire alla conclusione della procedura; spazio di tempo destinato a estendersi nel caso in cui venisse assegnato un periodo inferiore ai venti giorni all'interessato.

D'altro canto, pur considerando l'assegnazione del termine massimo di venti giorni al privato, l'esiguità dell'intervallo temporale potrebbe risultare non bastevole per il reperimento della documentazione utile a fini difensivi, con ricadute potenzialmente disastrose sull'impresa.

Da ultimo, in ordine alla pregnanza degli strumenti difensivi connessi al contraddittorio nel procedimento di adozione della misura, è intervenuta la recente ordinanza n. 22/2025 del TAR Basilicata.

Il provvedimento, sospendendo l'efficacia di una misura interdittiva, ha posto l'accento sulla necessità di un completo dispiegamento del contraddittorio procedimentale, sulla scorta della valorizzazione, da parte del soggetto privato avverso la determinazione della P.A., di «*profili motivazionali ulteriori rispetto a quelli rappresentati in sede di comunicazione di avvio del procedimento*»[75]. I giudici amministrativi hanno invitato l'Amministrazione procedente al riesame dell'atto impugnato, secondo le rilevate criticità sollevate dal ricorrente, onerando la parte pubblica a versare «*in atti di causa l'esito di tale attività unitamente a copia di ogni documento ivi citato o comunque ritenuto utile ai fini della decisione del ricorso*»[76].

4. Necessitas facit ius? Sull'interdittiva antimafia generica *ex* art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d. lgs. n. 159/2011, tra deficit di tipicità e giurisprudenza amministrativa/costituzionale.

Nel quadro delle misure antimafia a carattere interdittivo, occorre operare una *summa divisio* tra interdittive "specifiche" e "generiche". Le prime, rese ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. a), b), c) ed f)[77], si fondano su elementi og-

75 TAR Basilicata, Sez. I, ordinanza n. 22/2025.

76 *Ibidem*

77 Che recita: «*Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 , nonché dei delitti di cui agli articoli 2, 3 e 8 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge*

gettivi legalmente individuati, appunto specifici, che si traducono in una limitazione valutativa dell'organo prefettizio in ordine all'adozione della misura, di modo che ne sia quanto meno garantita la prevedibilità in capo ai destinatari.

Differentemente, le interdittive cd. generiche[78] possono essere adottate sulla base di presupposti imprecisati, massimizzando la discrezionalità tecnica dell'organo amministrativo[79]. In concreto, l'istituto delle interdittive generiche rende difficile la previsione circa l'esito applicativo di una misura che impatta fortemente sulle libertà individuali costituzionalmente tutelate[80].

---

24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; […] f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia».

78 Adottate ai sensi dell'art. 84, co. 4, lett. d) ed e), d. lgs. 159/2011, ad opera delle quali le situazioni che danno luogo all'adozione dell'informativa antimafia, sono desunte «*d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d)*».

79 Cfr. G. Amarelli, *Le interdittive antimafia "generiche" tra interpretazione tassativizzante e dubbi di costituzionalità*, in G. Amarelli – S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2019, pp. 208-209, il quale ragiona di «*assoluta indeterminatezza delle condizioni che possono consentire al Prefetto di emettere un'informativa antimafia ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d. lgs. n. 159/2011*», che «*alimenta notevoli perplessità circa la adeguatezza di questa misura, apparendo poco sostenibile in un ordinamento democratico che rifugga da antichi spettri di diritto di polizia e di "pene del sospetto"*»; in senso contrario, cfr. G. Trombetta, *Le interdittive antimafia: un istituto sotto attacco?*, in *Democrazia e sicurezza*, anno XI, n. 2/2021, secondo cui «*la fattispecie legittimante il provvedimento non consiste negli accertamenti prefettizi – che rappresentano solo la modalità di accertamento – bensì nel tentativo di infiltrazione mafiosa. È a questo paradigma positivo che occorre rivolgersi per valutare la definitezza o vaghezza dei presupposti della misura. Il riconoscimento di accertamenti prefettizi "atipici" quali elementi sintomatici del nesso impresa/mafia denuncia soltanto che si è in presenza di un concetto giuridico indeterminato, la cui concretizzazione è rimessa all'autorità amministrativa procedente; ma è sull'oggetto dell'accertamento – e non sulle sue modalità – che dovrebbe svolgersi una verifica di compatibilità convenzionale/costituzionale. Sulla base di argomenti logico-formali […] pare sostenibile che la fattispecie disegnata dal codice antimafia appaia chiara e definita, quantunque la formulazione sia inevitabilmente segnata da un elemento normativo, che rinvia alla sfera socio-economica e apra, dunque, alla discrezionalità tecnica del Prefetto. L'infiltrazione mafiosa, infatti, trova un solido referente nella realtà dei rapporti sociali: affermare il contrario potrebbe tradursi davvero col negare in radice l'intero sistema antimafia, tornando all'antica opinione di Pitrè secondo cui "la mafia non esiste", in quanto mero atteggiamento culturale*»

80 In senso analogo, M. Infusino, *Misure di prevenzione all'indomani della sentenza De Tommaso*, in *diritto.it*, 2018.

Orbene, stante il principio di legalità *ex* art. 25 Cost., esso comporta una serie di corollari di assoluta rilevanza, tra i quali spicca il principio di tipicità: il fatto posto alla base della limitazione dei diritti dei consociati, deve essere individuato dettagliatamente nei suoi estremi[81].

Tuttavia, l'istituto ha trovato riparo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che, stabilendo l'impossibilità di predisporre un *numerus clausus* di situazioni da cui poter desumere la contiguità mafiosa[82], ha operato uno "sforzo sistematico"[83] tassativizzante sulle circostanze fattuali da cui poter desumere i tentativi di infiltrazione[84]. In questo solco, la sentenza n. 6105/2019 del Supremo giudice amministrativo rappresenta l'approdo nell'opera di individuazione delle situazioni indiziarie da cui far discendere l'applicabilità della misura interdittiva[85].

D'altro canto, la Corte costituzionale ha assecondato il Supremo giudice amministrativo: con la sentenza n. 57/2020, il giudice costituzionale ha soste-

81 Sul tema, chiarificatrice ed esaustiva la spiegazione di G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale (parte generale),* Giuffrè editore, 2015, p. 63 e ss., secondo cui «*L'obbligo per il legislatore di disciplinare il reato e le sanzioni penali tende ad evitare che il giudice assuma un ruolo creativo […] oltre che espressione della divisione dei poteri, il principio di precisione è garanzia per la libertà e la sicurezza del cittadino*». Esso discende direttamente dal principio di legalità sostanziale, che trova, a sua volta, fondamento nell'art. 25 Cost., co. 2, secondo cui «*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*».

82 Cfr. Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 1743/2016, ripresa da Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 1109/2017, in cui si legge: «*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*».

83 Così definito dallo stesso Cons. Stato, Sez. III, n. 6105/2019, sforzo reso «*in modo sistematico*» a partire dalla sentenza n. 1743 del 3 maggio 2016.

84 Per approfondimenti sulle criticità poste dall'interdittiva antimafia rispetto al principio di tassatività, nella duplice accezione sostanziale e processuale, si rimanda integralmente a A. Amore, *Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2020.

85 Tra le quali figurano, secondo il Cons. Stato, sent. n. 6105/2019, punto 9.2: *a)* gli provvedimenti "sfavorevoli" del giudice penale; *b)* le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa, nelle multiformi espressioni con le quali la continua evoluzione dei metodi mafiosi si manifesta; *c)* la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d. lgs. n. 159 del 2011; *d)* gli rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una "regia collettiva" dell'impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia "clanica", in cui il ricambio generazionale mai sfugge al "controllo immanente" della figura del patriarca, capofamiglia, ecc., a seconda dei casi; *e)* gli contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; *f)* le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa; *g)* le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa, incluse le situazioni, recentemente evidenziate in pronunzie di questo Consiglio, in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne, o simili, antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un "volto di legalità" idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; *h)* la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi "benefici"; *i)* l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.

nuto l'indirizzo intrapreso dal Consiglio di Stato stabilendo, nel merito, la mancata violazione del principio di legalità sostanziale, che presiede all'esercizio di ogni attività amministrativa[86]. La decisione, basata sull'assunto della pervasività mafiosa e sulla natura preventiva della misura[87], viene giustificata lungo due direttrici: da una parte, la presenza di un sindacato giurisdizionale (ma successivo) pieno ed effettivo sulle conclusioni prefettizie; d'altro canto, il carattere provvisorio della misura che, a parere della Corte, «*svolge un ruolo particolarmente rilevante*» nella valutazione circa la ragionevolezza dell'istituto rispetto al sistema costituzionale[88].

Entrambe le argomentazioni non sono scevre da profili critici che meritano di essere approfonditi[89].

In primo luogo, il sindacato giurisdizionale interviene in una fase successiva (ed eventuale) rispetto al provvedimento amministrativo, che perciò dispiegherà i suoi effetti nelle more della decisione. Per ciò che concerne la pienezza

86 Cfr. Corte cost., sent. n. 57/2020, punto 5 del Considerato in diritto.

87 Corte cost., sent. n. 57/2020, punto 6 del Considerato in diritto, in cui si legge: «*la risposta amministrativa, non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco, la cui tutela impone di colpire in anticipo quel fenomeno mafioso, sulla cui gravità e persistenza – malgrado il costante e talvolta eroico impegno delle Forze dell'ordine e della magistratura penale – non è necessario soffermarsi*».

88 Corte cost., sent. n. 57/2020, punto 6 del Considerato in diritto, secondo cui: «*In questa valutazione complessiva dell'istituto un ruolo particolarmente rilevante assume il carattere provvisorio della misura. È questo il senso della disposizione dell'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, secondo il quale l'informativa antimafia ha una validità limitata di dodici mesi, cosicché alla scadenza del termine occorre procedere alla verifica della persistenza o meno delle circostanze poste a fondamento dell'interdittiva, con l'effetto, in caso di conclusione positiva, della reiscrizione nell'albo delle imprese artigiane, nella specie, e in generale del recupero dell'impresa al mercato*». Per approfondimenti sul carattere provvisorio della misura e sui poteri di riesame, si segnala in contributo di V. Mameli, *Gli effetti nel tempo dell'interdittiva ed il potere di riesame*, Relazione del 8 aprile 2022 al convegno sul tema "*Il nuovo volto delle interdittive antimafia alla luce del P.N.R.R.*, organizzato dalla Sezione distaccata di Reggio Calabria del T.A.R. Calabria e dall'Università degli studi di Reggio Calabria.

89 Parimenti critico nei confronti della pronuncia n. 57/2020 della Corte, A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, *cit.*, che lamenta la tendenza ad «*appiattirsi […] pedissequamente, sugli arresti della giurisprudenza amministrativa», il quale sottolinea come «non casualmente, nella motivazione della sentenza, ricorre, più e più volte, la citazione della Relazione annuale del Presidente del Consiglio di Stato, che assume la funzione di una vera e propria "bussola argomentativa"*». Dello stesso tenore G. Amarelli, *Butterfly effect e interdittive antimafia. L'incostituzionalità di una norma edilizia regionale può determinare l'illegittimità delle interdittive generiche?*, in *Sistema Penale*, 8 luglio 2024, p. 8, secondo cui: «*La difesa delle interdittive generiche è stata indirettamente puntellata anche dalla Corte costituzionale con la (discutibile) sentenza n. 57/2020 con cui si è ribadita la loro legittimità costituzionale. Ad avviso dei giudici della Consulta, a salvare le interdittive antimafia contribuisce il fatto che la decisione circa la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa è subordinata ad un'attenta ponderazione delle risultanze istruttorie da parte dell'autorità prefettizia, che devono restituire un quadro indiziario quanto più possibile chiaro, completo e convincente (sebbene secondo lo standard probatorio del più probabile che non...)*». Visioni opposte caratterizzano l'opera di G. Trombetta, *Le interdittive antimafia: un istituto sotto attacco?*, *cit.* Guarda positivamente alla materia antimafia, per come delineata dalla giurisprudenza maggioritaria, G. Aprea, *La prevenzione amministrativa – considerazioni sulla efficacia, anche alla luce della recente novella normativa*, in *Amministrazione e Contabilità*, 22 maggio 2022.

ed effettività di siffatto controllo in sede processuale, lo stesso giudice amministrativo ha applicato un *self restraint* di non poco conto[90]. Difatti, il Consiglio di Stato ha stabilito che il potere valutativo del prefetto (cd. discrezionalità tecnica) possa essere vagliato dal giudice «*solo sotto il profilo della ragionevolezza in relazione ai fatti accertati*»[91] e/o «*in casi di manifesti vizi di eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti*»[92], rimanendo estraneo al G.A. «l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, assunti a base del provvedimento»[93].

In secondo luogo, il carattere provvisorio della misura è stato oggetto di analisi dottrinale, con esiti critici rispetto alle valutazioni operate dal giudice delle leggi.

Difatti, sarebbe piuttosto vera l'affermazione per cui l'interdizione dell'impresa risulta «*tendenzialmente permanente*»[94], giacché il semplice decorso dei dodici mesi non è idoneo *ex se* a far venir meno l'efficacia della misura[95].

Alla scadenza del termine previsto dalla legge, il Prefetto sarà chiamato a riesaminare complessivamente la vicenda, ai fini dell'aggiornamento della originaria prognosi operata[96]. Obbligo che, si badi bene, soggiace sempre alle valutazioni discrezionali dell'autorità amministrativa procedente.

A ogni modo, lo "sforzo tassativizzante" operato dal Consiglio di Stato ha portato a considerare sintomatici di infiltrazioni mafiose finanche le sentenze di proscioglimento o assoluzione[97]. La circostanza è particolarmente degna di at-

---

90 Dello stesso avviso J. P. De Jorio, *cit.*, p. 28, secondo cui «*è possibile sostenere che la tutela demolitoria avverso le interdittive risulta 'monca', giacché la possibilità di effettivamente contestare funditus tali provvedimenti incontra una preclusione di notevole rilievo nell'ampia discrezionalità di valutazione riconosciuta alla P.A. ed il contestuale ristretto sindacato giurisdizionale che si è autoimposto il G.A.*»; sul tema, cfr. L. Bordin, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 14 giugno 2023; M. Paladino, *Brevi osservazioni in tema di sindacato del Giudice Amministrativo sulle informazioni antimafia interdittive*, in *Amministrativ@mente*, fasc. n. 1/2024

91 Cons. Stato, Sez. III, sentt. nn. 1563/2018, 5143/2017, 4295/2017.

92 Così, Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 5556/2015.

93 *Ibidem*. L'esigenza che il quadro indiziario debba essere corroborato attraverso la valorizzazione di specifici elementi di fatto, al fine di attualizzare il giudizio circa la contiguità mafiosa, è stata fortemente sottolineata anche dalla Corte di Cassazione a Sezioni unite, sent. n. 111/2018, sulla quale v. A. Quattrocchi, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2018. Solleva dubbi sulla razionalità dell'intero sistema antimafia F. G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm*, 6/2013.

94 Così N. Durante, *I tentativi di infiltrazione mafiosa*, Relazione del 15 dicembre 2016 al convegno sul tema "*L'interdittiva antimafia*", organizzato a Vibo Valentia dall'Associazione forense vibonese.

95 *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 7002/2011; Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 292/2012; Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 4602/2015.

96 Come chiarito, da ultimo, dal Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 8309/2021.

97 Discostandosi peraltro dal dettato normativo, che prevede la possibilità, *ex* art. 84, co. 4, lett. a), d. lgs. n. 159/2011 di desumere «*Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 […] a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353 bis, 603 bis, 629, 640 bis, 644, 648 bis, 648 ter° del codice*

tenzione, se si considera che il soggetto sottoposto a procedimento penale non è considerato colpevole sino a condanna definitiva[98]; sicché, una volta assolto dalle accuse e riconosciutane l'innocenza, egli non potrà essere nuovamente giudicato sui medesimi fatti[99].

Tuttavia, dando seguito alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il carattere amministrativo delle misure di prevenzione antimafia giustifica l'applicabilità dell'interdittiva alla luce delle valutazioni su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, siano sintomatici della contaminazione mafiosa[100].

Simili affermazioni contrastano col divieto di *bis in idem*, principio generale del diritto e riconosciuto in ambito nazionale[101] e internazionale[102], a norma del quale un soggetto non può essere sottoposto a un duplice giudizio in ordine ai medesimi fatti di causa[103]. Nell'ambito delle interdittive antimafia, dunque, i fatti giudicati come penalmente irrilevanti dall'autorità giudiziaria all'esito del processo, vengono nuovamente posti sotto la lente del Prefetto, che potrà valutarli in maniera differente e persino opposta.

A tal proposito, appare condivisibile l'obiezione mossa in dottrina, secondo la quale in siffatti casi il soggetto privato sia gravato di una vera e propria *probatio diabolica* davanti all'autorità amministrativa, giacché dovrà dimostrare la propria estraneità ai condizionamenti mafiosi su fatti coperti da giudicato penale assolutorio[104].

In materia, l'impianto procedurale delineato dalla giurisprudenza amministrativa potrebbe essere messo in discussione dalla sentenza n. 149/2022 della Corte costituzionale[105]. Resa in tema di diritto d'autore, l'*iter* argomentativo af-

---

penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, nonché dei delitti di cui agli articoli 2, 3 e 8 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74».

98 *Ex* art. 27 Cost., per cui potranno essere applicate soltanto misure cautelari all'esito di stringenti valutazioni da parte dell'autorità giudiziaria.

99 Fatte salve le ipotesi di cd. revisione del giudicato, previste tassativamente dalla legge, a norma degli artt. 629 e ss., c.p.p., che peraltro soggiace, «*a pena di inammissibilità della domanda», al limite espresso del favor rei, attraverso la produzione di elementi in base che dimostrino, se accertati, «che il condannato deve essere prosciolto a norma degli articoli 529, 530 o 531*» (art. 631 c.p.p.).

100 Cfr. Cons. Stato, sent. n. 6105/2019, punto 9.2.

101 In Italia, il principio è sancito dall'art. 649, c.p.p. Anche la Corte costituzionale si è pronunciata più volte sul principio in questione, definendolo come «*immanente alle garanzie di cui agli artt. 24 e 111 Cost.*» (*ex multis*, Corte cost., sent. n. 200/2016).

102 *Ex* art. 4, par. 1, Prot. n. 7 CEDU e art. 50, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza).

103 Sul tema, per approfondimenti v. AA.VV., *Ne bis in idem: origini ed evoluzione del principio a livello interno e internazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3/2023.

104 In tal senso, J.P. De Jorio, *op. cit.*, p.16, secondo il quale può affermarsi che «*si richiede ai soggetti oggetto di verifica antimafia di superare una probatio diabolica, in quanto anche le sentenze di assoluzione, non valgono a provare la loro estraneità a condizionamenti mafiosi*».

105 Per approfondimenti, v. M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sistema Penale*, 23 giugno 2022; R. Rudoni, *Ancora a proposito di giurisdizione costituzionale, cumuli punitivi eterogenei e ne bis in idem*

fronta lo scoglio della legittimità costituzionale del doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, alla luce del divieto di *bis in idem*[106].

In particolare, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Verona veniva imperniata sulla compatibilità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, il quale vieta di sottoporre ad un secondo giudizio un soggetto già assolto (o condannato) in altro procedimento sui medesimi fatti, ma non prevedeva l'operabilità di tale divieto nel caso in cui l'imputato fosse già stato sottoposto alla sanzione amministrativa prevista *ex* art. 174-*bis*, l. 633/41.

La questione veniva accolta dal giudice delle leggi, che dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 649, c.p.p., «*nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633 […] che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente concluso-si, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge*».

Nel caso di specie, la Corte riconosceva innanzitutto il carattere punitivo della sanzione amministrativa in materia di diritto d'autore[107], escludendo la sussistenza di una connessione sufficientemente stretta tra quest'ultima e le sanzioni penali previste dall'art. 171-*ter*, l. 633/41. Ciò comportava, a parere del giudice costituzionale, l'impossibilità di far apparire le due differenti sanzioni come una «*risposta coerente e sostanzialmente unitaria*» a questa tipologia di illeciti, sicché i due procedimenti (amministrativo e penale), benché originati dalla medesima condotta, «*seguono percorsi autonomi, che non si intersecano né si coordinano reciprocamente in alcun modo*», generando inevitabilmente «*le condizioni per il verificarsi di violazioni sistemiche del diritto al* ne bis in idem»[108]. Ma v'è di più.

Lo sdoppiamento delle sanzioni, che comporta la duplicazione dei procedimenti in ordine agli stessi fatti, realizza una conseguente e costituzionalmente illegittima «*duplicazione in capo all'interessato dei costi personali ed economici*»[109] connessi.

(riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 149/2022 relativa al 'doppio binario' in materia di diritto d'autore), in *NOMOS*, 2/2022.

106 Tribunale ordinario di Verona, Sezione penale, ordinanza n. 152 del 17 giugno 2021. Le censure riguardavano il testo dell'art. 649 c.p.p., in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

107 Corte cost., sent. n. 149/2022, punto 5.2.2 del Considerato in diritto: «*Né appare dubbia, a giudizio di questa Corte, la natura punitiva delle sanzioni amministrative previste dall'art. 174-bis della legge n. 633 del 1941 alla luce dei criteri Engel e della stessa giurisprudenza costituzionale*».

108 Così Corte cost., sent. n. 149/2022, punto 5.2.3 del Considerato in diritto.

109 Corte cost., sent. n. 149/2022, punto 7 del Considerato in diritto, in cui il giudice costituzionale sottolinea come il sistema consenta «*comunque l'apertura di due procedimenti e il loro svolgimento parallelo, con conseguente duplicazione in capo all'interessato dei costi personali ed economici di cui si è detto*».

I richiamati rilievi in materia di diritto d'autore appaiono calzanti anche in materia di interdittiva antimafia, ove può assistersi allo sdoppiamento dei procedimenti, alla 'parzializzazione' della capacità giuridica del soggetto colpito, alla rivalutazione di fatti coperti da giudicato assolutorio, all'aggravio di costi per il privato, nonché alla potenziale perdita dei mezzi di sostentamento personali e familiari, nonostante l'assoluzione in sede giurisdizionale[110].

Merita, infine, condivisione la tesi sostenuta in dottrina da chi avverte che «*l'assunto della materia amministrativa delle misure interdittive non sfuggirebbe ad un paradosso che ne decreterebbe l'inaccettabilità sul piano della ragionevolezza*», poiché «*le medesime conseguenze sanzionatorie acquisiscono la natura di pene accessorie se inflitte dal giudice penale, ma si trasformerebbero in sanzioni amministrative, ovvero in provvedimenti di revoca per fini di "autotutela" della P.A., ove disposte nel procedimento di prevenzione*»[111].

110 Con riferimento alle conseguenze dell'interdittiva antimafia, M. MAZZAMUTO, *Prevenzione amministrativa antimafia - Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1/2019, il quale ragiona in termini di «*ergastolo imprenditoriale*». Ad opposte conclusioni perviene V. SALAMONE, *L'efficacia temporale delle interdittive antimafia e le procedure di revisione. Si tratta veramente di un "ergastolo imprenditoriale"?*, in *Giustizia Amministrativa*, 2023.

111 V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in V. MAIELLO (a cura di), La *legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2014, p. 378. Similmente, v. *supra* N. DURANTE, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, *cit*., nota 10.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Luca Bordin
Dottore di ricerca in diritto pubblico, Sapienza – Università di Roma
luca.bordin@giustizia.it

Potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione e discrezionalità: profili funzionali e strutturali

Punitive power of the public administration and discretion: functional and structural aspects

Sintesi

Il presente contributo esamina la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione sia sotto il profilo funzionale dell'inerenza alla sanzione amministrativa della cura concreta dell'interesse pubblico, sia sotto quello strutturale dei possibili margini di scelta *lato sensu* discrezionale che possono essere riconosciuti all'amministrazione. All'esito, vengono svolte riflessioni in ordine alla stessa collocazione ordinamentale della potestà sanzionatoria amministrativa, alla luce della c.d. teoria del prestito.

Abstract

The paper analyzes the punitive power of the public administration in its functional and structural aspects. From the first point of view, it analyzes the role of public interest; while, in the structural perspective, it examines the spaces of discretion that may be afforded to administrative authorities. The study concludes by reflecting on the constitutional positioning of administrative sanctioning powers within the broader legal framework, considered through the lens of the so-called borrowing theory.

Parole chiave: sanzione amministrativa; interesse pubblico; discrezionalità amministrativa e giudiziale; teoria del prestito.

Keywords: administrative sanction; public interest; administrative and judicial discretion; loan theory.

Indice: 1. Premessa. – 2. Sanzione amministrativa, provvedimento amministrativo e interesse pubblico (generale). – 2.1. *Segue*. Brevi cenni alla dogmatica del provvedimento amministrativo. – 2.2. La rilevanza statica dell'interesse pubblico (generale) nella sanzione amministrativa. – 3. Il profilo strutturale della potestà sanzionatoria amministrativa. I margini di scelta dell'amministrazione. – 3.1. La sanzione amministrativa e la discrezionalità nel momento conoscitivo. La discrezionalità tecnica. – 3.2. La sanzione amministrativa e la discrezionalità nel momento dispositivo: l'*an*. – 3.2.1. Discrezionalità nell'*an* e potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 3.3. *Segue*. La possibile discrezionalità nel momento dispositivo: *quantum*. – 3.4. La sanzione amministrativa e (l'inconfigurabilità del)la discrezionalità nel momento teleologico. – 4. Breve sintesi dei risultati ottenuti in ordine alle caratteristiche funzionali e strutturali della potestà sanzionatoria amministrativa. – 5. Possibili ricadute sostanziali e processuali. Alcune considerazioni (non) conclusive.

1. Premessa

«*Nel campo del diritto in generale, e del diritto amministrativo e penale in ispecial modo, si avverte ogni giorno più la necessità di individuare e definire le sanzioni amministrative punitive*»[1]. È con queste parole che si apre uno dei primi lavori monografici in materia di sanzioni amministrative, nell'intento di porre al centro della ricerca l'indagine definitoria, quale *prius* rispetto a qualsivoglia approccio ricostruttivo. A distanza di un secolo dalla notazione citata, l'individuazione e la definizione dell'oggetto di quell'indagine sembrano operazioni ancora *in fieri*[2].

Per vero, le riflessioni della dottrina hanno contribuito in misura rilevante a disvelare natura, oggetto e funzione della potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, senza tuttavia esaurire le prospettive d'indagine[3].

Del resto, la delimitazione del concetto stesso di sanzione nel diritto amministrativo[4] è stata complicata dalla polisemia assunta dal termine in ambito

1 A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925, p. 3.

2 Sull'attualità della questione definitoria si è espresso, in anni recenti, P. Cerbo, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3605 ss.

3 Circostanza questa ineludibile per qualsiasi tematica oggetto di studio della scienza giuridica che, in quanto scienza umana, si caratterizza per il suo essere scienza del divenire. In ciò si evoca la nota distinzione tra scienze della natura e scienze dello spirito operata dal filosofo tedesco Wilhelm Dilthey. Cfr. W. Dilthey, *Introduzione alle scienze dello spirito*, in G.A. De Toni (a cura di), Firenze, 1974. Per un inquadramento generale del pensiero del filosofo v. F. Bianco, *Introduzione a Dilthey*, Roma-Bari, 1985. Sullo sfondo resta la questione, di centralità assoluta nel dibattito filosofico contemporaneo, della stessa plausibilità della distinzione tra scienze naturali (o esatte) e scienze spirituali (o non esatte). Sul punto, v. *infra*, nota n. 190.

4 La letteratura in materia è sconfinata e risulterebbe arduo richiamarla in un'unica nota bibliografica. Sull'argomento, senza pretesa di esaustività, v. G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; Id., *La sistemazione delle sanzioni fiscali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, p. 500 ss.; A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, *cit.*; U. Ardizzone, *(voce) Sanzioni amministrative*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XI, Torino, 1939, p. 1084 ss.; V. Domenichelli, *Sanzioni amministrative, principio di legalità e poteri del giudice ordinario*, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 1381 ss.; M.A. Sandulli, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981; Id., *Le sanzioni amministrative pecuniarie – principi sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983; Id., *(voce) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992; A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; A. Vigneri, *La sanzione amministrativa, origine e nozione*, Padova, 1984; G. Baratti, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984; C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988; Id., *(voce) Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 345 ss.; G. Pagliari, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988; C. Pepe, *Illecito e sanzione amministrativa: tra valori costituzionali e discrezionalità legislativa*, Padova, 1990; E. Rosini, *Le sanzioni amministrative: la giurisdizione ordinaria*, Milano, 1990; E. Casetta, *(voce) Sanzioni amministrative*, in *Dig. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 598 ss.; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999; A. Cagnazzo, S. Toschei (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017; S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018; F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; G. Martini, *Potere sanzionatorio della p.a. e diritti dell'uomo: i vincoli CEDU all'amministrazione*

giuridico. Peraltro, la locuzione è impiegata, in generale, con una molteplicità di significati anche nel campo della filosofia morale, delle scienze sociali e del linguaggio comune.

Così, tanto gli usi a-tecnici, propri del linguaggio comune, quanto quelli (pur specialistici) di pertinenza di discipline non giuridiche «*hanno, in certa misura, condizionato e contribuito a modificare gli usi tecnico-giuridici di "sanzione"*»[5].

Nell'ambiente giuridico è generalmente possibile scorgere almeno due significati del termine. Il primo è proprio del diritto costituzionale. In base ad esso la sanzione costituisce un sinonimo di approvazione, sostanziandosi nell'atto con cui il sovrano licenzia una legge già approvata dal Parlamento[6].

Nel secondo senso, il termine è impiegato nella teoria del diritto e nelle discipline giuridiche positive «*per indicare alcune misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza*»[7].

Se, come detto, molti e assai proficui sono stati i contributi della dogmatica allo studio della sanzione amministrativa, sembra doveroso illustrare le ragioni sottese alle riflessioni di seguito esposte.

Sul punto, occorre osservare che la vasta produzione scientifica sul tema sembra caratterizzarsi per la persistenza di talune questioni ricostruttive addensatesi attorno all'istituto, nella duplice direzione di: *i)* disvelare il rapporto tra la sanzione amministrativa e le altre misure sfavorevoli di spettanza della p.a.; *ii)* cogliere il *discrimen* tra penalmente rilevante e sanzione amministrativa[8].

---

repressiva, Napoli, 2018; S. Terracciano, *Le sanzioni amministrative a tutela degli interessi pubblici procedimentali*, Napoli, 2023; F.G. Scoca, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2025, 1, p. 3 ss.; F. Piemontese, *La sanzione amministrativa. Aporie e opzioni sistematiche*, Torino, 2025.

5 G. Gavazzi, *(voce) Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, p. 1.

6 In questi termini, ad esempio, si esprimeva l'art. 7 dello Statuto Albertino, secondo cui «*Il Re solo sanziona le leggi e le promulga*». La sanzione regia è, dunque, istituto tipico dei regimi monarchici. Essa, pertanto, non trova perfetti corrispondenti nell'attuale assetto repubblicano. In termini N. Bobbio, *(voce) Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 530 ss., il quale individua quale corrispondente della sanzione regia «*se pure con una certa approssimazione, il potere di veto, che può essere risolutivo o solo sospensivo (art. 74 Cost.) del Presidente della Repubblica: con questa differenza, che la sanzione in quanto espressione del potere legislativo del re è un momento della formazione della legge, il potere di veto in quanto esercitato dal capo dello stato in funzione non legislativa interviene quando la legge è già formata per ottenere l'annullamento o la revisione*» (p. 530).

7 N. Bobbio, *voce Sanzione*, *cit.*, p. 530 ss.

8 Ed è proprio intercettando questi profili che in dottrina si è rilevata la necessità di fondare la dogmatica della sanzione amministrativa «*su criteri di maggior pregnanza, tali da contraddistinguere con sempre maggior nettezza questa figura giuridica, sia esternamente, dalla 'contigua' sanzione penale, sia internamente, nell'universo dei mezzi coattivi della pubblica amministrazione. Solo così potrà essere riconquistata - in tutti i suoi profili, sia sistematici che giuspolitici - la "specialità" della sanzione amministrativa come strumento di controllo sociale*», C. E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 353.

Simili questioni sembrano allora assurgere a vere e proprie *invarianti*[9] dell'istituto.

Con riferimento alla prima problematica, la trasposizione sul piano della dogmatica amministrativa del concetto teorico generale di sanzione giuridica[10] sembrerebbe aver risentito dell'inevitabile interferenza dovuta allo sviluppo delle categorie concettuali proprie del diritto amministrativo, prime fra tutte quelle di discrezionalità amministrativa, di procedimento e di provvedimento amministrativo[11]. Di qui la tendenza, sovente emersa negli approcci metodologici al tema, a dilatare la nozione di sanzione amministrativa al punto da ricondurvi tutte le misure *lato sensu* sfavorevoli di pertinenza dell'amministrazione pubblica.

I problemi di delimitazione esterna del concetto di sanzione amministrativa, invece, si sono posti soprattutto rispetto alla sanzione penale[12]. Tale ordine di questioni ha costantemente impegnato gli studiosi della materia, costituendo il terreno elettivo per la definizione stessa della nozione di sanzione amministra-

---

9 Per riprendere la nota terminologia impiegata da M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, pp. 25 e 251.

10 Sul tema generale della sanzione giuridica, senza alcuna velleitaria pretesa di esaustività, si vedano W. Cesarini Sforza, *Norma e sanzione*, in *RIFD*, 1921, p. 60 ss.; G. Garilli, *Il concetto di sanzione*, Palermo, 1934; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 26 ss.; Id., *Il valore della sanzione del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 237 ss.; F. Benvenuti, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, p. 223 ss.; C. Mandrioli, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, p. 86 ss.; E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957; E. Cammarata, *Sulla concepibilità di un nesso logico tra "illecito" e "sanzione"*, in *Scritti in memoria di Antonio Giuffrè*, vol. I, Milano, 1967, p. 101 ss.; N. Bobbio, *(voce) Sanzione*, *cit.*; F. D'Agostino, *(voce) Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 303 ss.; G. Gavazzi, *(voce) Sanzione (teoria generale)*, *cit.*; Id., *Norme primarie e norme secondarie*, ora in *Studi di teoria del diritto*, Torino, 1993, p. 165 ss.; L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 662 ss.

11 Nella stessa manualistica difatti, assai spesso la sanzione amministrativa è esaminata nella trattazione dedicata ai procedimenti amministrativi o in quella sul provvedimento. Per un esempio della prima impostazione v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, p. 1291 ss.; per la seconda, v. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 177 ss.; R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, p. 698 ss., i quali però chiariscono che, pur esaminate nel capitolo sul provvedimento amministrativo «*a rigore, le sanzioni amministrative non sono perfettamente inquadrabili nell'ambito della funzione provvedimentale propriamente intesa*» (p. 698).

12 Problemi particolari non sembrano invece porsi con riferimento alla sanzione civile del risarcimento del danno. Questa, difatti, pur non misconoscendo – specie in alcune ipotesi evincibili dalla legislazione speciale – il perseguimento di finalità (anche) punitive, è caratterizzata dal suo preminente orientarsi alla riparazione, consentendo di collocare il danneggiato sulla medesima curva di indifferenza (per usare un'espressione tipica della microeconomia ma sovente richiamata anche nella giurisprudenza) in cui si sarebbe trovato ove l'illecito aquiliano non fosse occorso. La distinzione con la sanzione amministrativa, una volta aderito alla tesi della natura afflittiva di questa sanzione, quale *pena in senso tecnico*, risulta di intuitiva rappresentazione. Per una sintesi delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza in ordine ai rapporti tra sanzioni amministrative, pene private e risarcimento del danno, v. S.L. Vitale, *op. cit.*, p. 27 ss.

tiva[13]. Del resto, i primi tentativi definitori sono stati compiuti proprio dalla dottrina penalistica, segno evidente dell'interdisciplinarità della tematica, alla quale in questa sede si approccia prendendo le mosse dalla dichiarata adesione alla teoria *zanobiniana* della sanzione amministrativa quale *pena in senso tecnico*, al fine di distinguere – sul piano intra-sistemico del diritto amministrativo – le sanzioni dalle altre misure negativamente incidenti sui loro destinatari[14].

È sulla scorta della circostanza che per quasi un secolo il dibattito si sia polarizzato intorno alle sopracitate questioni che induce a riflettere sui profili funzionali e strutturali della potestà sanzionatoria.

---

13 Cfr. S.L. Vitale, *op. cit.*, p. 17.

14 Com'è noto Zanobini individua l'essenza del fenomeno nell'afflittività e propone la celebre definizione, secondo la quale le sanzioni amministrative sarebbero «*pene in senso tecnico, la cui applicazione costituisce, per l'amministrazione verso la quale corrono i doveri cui esse accedono, un diritto soggettivo*», G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 38. In quanto *pena in senso tecnico*, la sanzione amministrativa, *zanobinianamente* intesa, non è assimilabile a strumenti diretti alla conservazione o al ripristino di interessi sostanziali lesi dell'infrazione. In termini, C.E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 351, i quali ritengono che la concezione di Zanobini trovi conferma «*nella l. n. 689 del 1981 che in tema di sanzioni amministrative individua al capo I alcuni principi - probabilmente di portata non assoluta, ma molto generali - chiaramente modellati sulla nozione di 'sanzione amministrativa' intesa come 'pena'*» e concludono accordando preferenza all'orientamento inaugurato da Zanobini «*motivata da una duplice esigenza: un'esigenza, da un lato, di chiarezza e puntualità nell'indagine, che suggerisce di adottare una nozione omogenea e pregnante, anziché una nozione più ampia, dimostratasi però eterogenea e vaga; dall'altro lato, un'esigenza di concreta aderenza al diritto positivo, che impone all'interprete di ricercare soluzioni coerenti con gli svolgimenti legislativi. A questo proposito, lo schema di principi delineato dalla l. n. 689, cit. e il concetto di sanzione che implicitamente se ne ricava sembrerebbero criteri, non solo legittimi, ma addirittura privilegiati al fine di stabilire che cosa debba intendersi per "sanzione amministrativa" nel nostro ordinamento*».

L'adesione alla teorica della *pena in senso tecnico* consente di escludere dal campo d'indagine quelle che di solito vengono definite sanzioni amministrative in senso lato. La distinzione si deve a quell'indirizzo dottrinario che ha costruito la categoria della sanzione amministrativa in modo non unitario, distinguendo al suo interno tra sanzioni in senso ampio e in senso stretto. In termini si vedano, A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, *cit.*, p. 90 ss., 107 ss.; U. Ardizzone, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*; A. De Roberto, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, Milano, 1982, p. 125 ss., in part. p. 128. Tra i migliori interpreti di questo ampio argomentare figura proprio Tesauro, il quale fa rientrare nel concetto di sanzione amministrativa «*ora reazioni, ora prevenzioni; reazioni quando sono minacciate e comminate per la trasgressione di ordini amministrativi; prevenzioni, quando stanno ad assicurare lo svolgimento della funzione preventiva dell'amministrazione indipendentemente dall'emanazione di precetti generali o di ordini particolari*», A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, *cit.*, p. 90 ss. All'interno di questo insieme è possibile individuare le sanzioni amministrative punitive – oggetto precipuo della monografia del 1925 – quali «*mezzi di natura afflittiva, con i quali si assicura lo svolgimento dell'attività amministrativa*», servendo «*in tutti quei casi, in cui è turbato il regolare svolgimento dell'attività amministrativa e, non essendo in alcun modo possibile la riparazione del danno, si è costretti a infliggere pene ai colpevoli, oppure quando è necessario prevenire possibili danni o pericoli per la società giuridicamente organizzata*», A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, *cit.*, p. 107 ss.

La distinzione è stata oggetto di critiche in quanto consente di ricomprendere nel campo delle sanzioni amministrative istituti assai eterogenei. Si è difatti osservato che «*Una nozione così ampia di sanzione è apparsa poco utile sul piano ricostruttivo della disciplina applicabile, in quanto*

A parere di chi scrive, nell'opera di trasposizione dal piano teorico a quello dogmatico[15], la dottrina sembrerebbe aver avvertito l'intrinseca problematicità nel rapportare le funzioni amministrative propriamente dette alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione e, conseguentemente, nel riferire anche a quest'ultima la funzionalizzazione dell'attività alla cura dell'interesse pubblico.

Tale funzionalizzazione – di per sé predicabile, come meglio si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, anche rispetto all'esercizio di poteri vincolati – è di particolare evidenza ove all'amministrazione la norma attributiva e regolativa del potere riconosca margini di scelta discrezionali.

Quello del confronto tra attività provvedimentale discrezionale e sanzione risulta allora la sede privilegiata per l'analisi della potestà sanzionatoria nella prospettiva della discrezionalità amministrativa, nella duplice declinazione funzionale e strutturale.

Sul primo versante, occorre indagare in che modo l'interesse pubblico possa interagire con la potestà sanzionatoria amministrativa. Ciò, al fine di chiarire se la sanzione amministrativa possa assurgere a strumento di cura diretta dell'interesse pubblico nel caso concreto.

---

ricomprendente ipotesi tra loro molto eterogenee», S.L. Vitale, *op. cit*., p. 12. Altra parte della dottrina, a proposito dell'incidenza del diritto sovranazionale sulla definizione di sanzione amministrativa, ha osservato come una nozione «*eccessivamente inclusiva, in quanto priva di confini precisi, lungi dall'assicurare un ampliamento delle garanzie rischia di risolversi in un'operazione meramente nominalistica*», P. Cerbo, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, *cit*., p. 3612.

Nonostante simili rilievi, la distinzione tra sanzioni latamente intese e sanzioni in senso stretto è penetrata anche nel formante giurisprudenziale, secondo il quale «*le prime hanno una finalità ripristinatoria, in forma specifica o per equivalente, dell'interesse pubblico leso dal comportamento antigiuridico; le seconde hanno una finalità afflittiva, essendo indirizzate a punire il responsabile dell'illecito allo scopo di assicurare obiettivi di prevenzione generale e speciale*», Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2015, n. 5425. Ad inaugurare, in giurisprudenza, questa distinzione, è stata Cass., Sez. un., 24 febbraio 1978, n. 926, ripresa poi anche dalla giurisprudenza amministrativa a partire da Cons. Stato, Ad. plen., 28 ottobre 1980, n. 42. Sul punto, cfr. S.L. Vitale, *op. cit*., p. 13.

Pur rientrando nell'alveo delle *pene in senso tecnico*, in questa sede non verranno indagati i profili relativi alle sanzioni disciplinari, data la specificità del fenomeno. Com'è noto, le sanzioni disciplinari hanno la peculiarità di attenere «*alla trasgressione di doveri particolari, aventi però come destinatari esclusivamente coloro che si trovano con l'Amministrazione in un particolare rapporto di subordinazione (esempio tipico, quello dei pubblici impiegati), caratterizzato da regole disciplinari affatto specifiche, i cui principi informatori andrebbero dunque esaminati caso per caso*», M.A. Sandulli, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit*., p. 6.

Lo stesso legislatore, del resto, nell'offrire una disciplina generale delle sanzioni amministrative con la l. n. 689/1981, eccettua, all'art. 12 l. cit., dall'ambito di applicazione della novella proprio le violazioni disciplinari.

15 Numerosi sono gli apporti della dogmatica amministrativistica sul tema che prendono abbrivio dall'esame della sanzione dal punto di vista della teoria generale. Tale itinerario si riscontra, ad esempio, in G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, *cit*.; A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, *cit*.; M.A. Sandulli, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, *cit*.; G. Pagliari, *op. cit*.; E. Casetta, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit*.; S. Cimini, *op. cit*.; G. Martini, *op. cit*.

Dal punto di vista strutturale, invece, si ritiene indispensabile esaminare il modo in cui la potestà in esame è delineata dalle norme attributive e regolative della stessa, al fine di chiarire se e quali margini di discrezionalità amministrativa siano riconosciuti all'amministrazione.

Simili riflessioni, peraltro, sembrano costituire un rilevante banco di prova per la sperimentabilità di una ricostruzione unitaria del fenomeno punitivo statuale, foriera, com'è intuibile, di conseguenze ulteriori, anche sul piano processuale.

L'impressione che sta alla base di questo ipotizzato tentativo ricostruttivo – qui solamente evocato, ma che necessiterebbe di più ampi e autonomi svolgimenti – è che l'attribuzione a un'istanza superiore, di carattere pubblicistico, della capacità di comminare una conseguenza sfavorevole, una *pena in senso tecnico*, a fronte di una condotta inosservante di un precetto giuridico, possa rintracciare il suo *primum movens* nelle attribuzioni più intime della sovranità statuale. Che poi questa astratta possibilità di comminare una punizione possa declinarsi[16] secondo gli schemi ordinamentali del diritto penale o di quello amministrativo pare potersi considerare circostanza tale da non oscurare questo comune principiarsi delle diverse manifestazioni di potestà espresse nell'atto della punizione-sanzione.

Se le considerazioni che precedono non risultano – come ci si augura – del tutto peregrine, sembrano allora poter offrire sufficiente giustificazione delle ragioni sottese allo svolgimento delle riflessioni qui presentate.

Ciò, a maggior ragione, se solo si pensi al fatto che il tema del rapporto tra la sanzione e la discrezionalità amministrativa non è certo nuovo nel dibattito dogmatico. Anche di recente, infatti, è riemersa in dottrina la tesi che riconosce margini di discrezionalità amministrativa nell'*an* e nel *quantum* all'amministrazione titolare della potestà sanzionatoria[17].

Esaminati gli elementi posti alla base di questa tesi, si evidenzieranno le ragioni sottese all'adesione a quella ricostruzione che ritiene non configurabili margini di discrezionalità amministrativa propriamente detta nell'esercizio della potestà sanzionatoria.

---

16 Non si spiegherebbe altrimenti la presenza nell'ordinamento di «*illeciti amministrativi che offendono interessi generalissimi della collettività e che ben potrebbero essere reati e viceversa illeciti penali minori che continuano a restare nel novero delle contravvenzioni o addirittura in quello dei delitti, pur rappresentando la loro commissione soltanto un intralcio allo svolgimento di attività amministrative*», G. Vassalli, *(voce) Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 793 ss., in part. p. 798.

17 Ci si riferisce, in particolare, a F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 79 ss.; S. Cimini, *op. cit*. Più sfumata appare la posizione di S.L. Vitale, *op. cit.*, per il quale mentre «*la discrezionalità amministrativa dell'amministrazione in ordine all'*an *della sanzione appare limitata*» (p. 286), con riferimento al *quantum* è maggiormente propenso a scorgere profili di discrezionalità amministrativa (cfr. p. 289).

2. Sanzione amministrativa, provvedimento amministrativo e interesse pubblico (generale)

L'indagine che ci si propone muove dal preliminare esame della rilevanza che l'interesse pubblico può assumere nel rapporto amministrativo[18]. È in questa prospettiva, difatti, che sembrerebbe possibile distinguere le tradizionali funzioni di amministrazione attiva[19] dalla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione.

---

18 Esso si pone in rapporto di specie a genere con il concetto di "rapporto giuridico", elaborato dalla teoria del diritto, e in special modo dalla c.d. corrente relazionale che, nella speculazione sul fondamento del diritto, rinviene proprio nel rapporto giuridico il punto di partenza per la ricostruzione del fenomeno della giuridicità. Alla costruzione della categoria generale del rapporto giuridico ha contribuito anche la dogmatica giuridica, per mezzo della progressiva generalizzazione dei concetti desumibili dalla concreta esperienza giuridica. Cfr. S. PALAZZOLO, *(voce) Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 ss., in part. p. 289. Sul tema del rapporto giuridico, tra i molti, A.G. CONTE, *(voce) Rapporto (Teoria del diritto come)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 785 ss.; G. LAZZARO, *(voce) Rapporto giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 787 ss.; A. CATANIA, *(voce) Rapporto giuridico. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993; P. STANZIONE, *(voce) Rapporto giuridico. II) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993. Per le coordinate essenziali relative alla teoria relazionale v. A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, 2010, Bari-Roma, pp. 16-17; S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, Torino, 2014, p. 33 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, ed agg. C. Faralli (a cura di), Bari-Roma, 2020, p. 228 ss. Aderiscono e coltivano la teoria relazionale G. DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1912; ID., *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1952; F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, Firenze, 1940; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1953.

Il rapporto giuridico ha costituito terreno di speculazione tradizionale della dogmatica privatistica, ciò in ragione di una lettura restrittiva della stessa nozione di rapporto. Si è a tal proposito osservato che «*se per rapporto giuridico si intende (restrittivamente) la relazione tra (titolari di) diritti soggettivi e (titolari di) obblighi (ed obbligazioni), risulta del tutto evidente che un (tale) rapporto non può essere (di norma) oggetto del processo amministrativo, per la ragione che le situazioni giuridiche soggettive che spettano all'amministrazione e al privato non sono (di norma) quelle appena indicate, bensì rispettivamente poteri (o potestà) e interessi legittimi. Tuttavia, se si accoglie una nozione meno restrittiva di rapporto giuridico, intendendolo come relazione tra (titolari di) situazioni soggettive contrapposte ma concernenti un medesimo oggetto (ad esempio: il potere di espropriare un determinato bene immobile e l'interesse legittimo del proprietario a conservarne la proprietà; il potere di rilasciare una autorizzazione, l'interesse del richiedente ad ottenerla e l'interesse del terzo a farla rifiutare), allora è perfettamente predicabile il rapporto giuridico amministrativo (di diritto sostanziale) tra amministrazione e privati*», F.G. SCOCA, *Il modello processuale*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, p. 155 ss., in part. p. 163. Si v. G. BERTI, *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Milano, 1977, p. 41 ss., in part. p. 59, per l'affermazione secondo cui il rapporto interprivato «*è veramente il prototipo del rapporto giuridico, giacché racchiude un concetto di autolimitazione reciproca e consapevole di due posizioni di libertà*».

Più recente sembra l'attenzione riposta dai giuspubblicisti al tema del rapporto giuridico di diritto amministrativo; ancor più ravvicinata nel tempo pare la penetrazione del concetto nella giurisprudenza (cfr. Corte cost. 4 maggio 2017, n. 94.).

Le difficoltà di concepire la relazione tra p.a. e privato in termini di rapporto giuridico, riscontrate negli orientamenti tradizionali, possono rintracciare una possibile chiave di lettura nella concezione della posizione dell'amministrazione e, per suo tramite, dello Stato, rispetto al

In proposito, larga parte della dottrina ritiene detta potestà un complemento[20] delle funzioni attribuite all'amministrazione per la cura degli interessi pubblici ad essa affidati dalla legge. Emblematica di questa posizione è l'autorevole tesi che inscrive la potestà sanzionatoria nell'alveo dei poteri di autotutela[21]. In questa prospettiva, mentre la sanzione giurisdizionale sarebbe vero e proprio atto di applicazione della sanzione, volto alla restaurazione dell'ordine giuridico violato, quella amministrativa assicurerebbe l'attuazione e l'esecuzione del precetto.

La posizione da ultimo indicata è stata recentemente valorizzata da una parte della dottrina, al fine pratico di dimostrare: *i)* che la sanzione amministra-

---

cittadino, tale da rendere inconfigurabile un rapporto bilaterale.

Sul concetto di rapporto amministrativo e sulla sua evoluzione v. G. Berti, *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, *cit.*; G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; V. Antonelli, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007, in part. p. 78 ss.; M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008. Si v. anche G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 585 ss. Nella manualistica si v. l'attenzione posta al tema da M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 112 ss.

19 Che «*consiste nell'esercizio, attraverso moduli procedimentali, dei poteri amministrativi attribuiti dalla legge a un apparato pubblico al fine di curare, nella concretezza delle situazioni e dei rapporti con soggetti privati, l'interesse pubblico*», M. Clarich, *op. ult. cit.*, p. 105.

In generale, sul concetto di funzione e su quello di attività amministrativa, *ex plurimis*, F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.; Id., *(voce) Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989; M.S. Giannini, *(voce) Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 988 ss.; G. Miele, *(voce) Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, p. 686 ss.; E. Casetta, *(voce) Attività amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, p. 522 ss.; G. Marongiu, *(voce) Funzione (funzione amministrativa)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989; F.G. Scoca, *(voce) Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 75 ss.; B.G. Mattarella, *(voce) Attività amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, p. 520 ss.; F. Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013; S. Pedrabissi, *Funzione amministrativa, esercizio del potere e principio di legalità*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Franco Bassi*, vol. I, Napoli, 2015, p. 199 ss.; A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016.

20 Sul punto, v. S.L. Vitale, *op. cit.*, p. 35 ss., in part. p. 38; G. Pagliari, *op. cit.*, p. 185; S. Cimini, *op. cit.*, p. 59, il quale richiama in proposito l'opinione di C.E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*, secondo cui «*L'amministrazione competente ha un interesse particolare allo svolgimento della funzione sanzionatoria, determinato proprio dalla complementarità di tale funzione rispetto alle funzioni attive, di cura diretta di una certa sfera di interessi*» (p. 243). Si veda anche, con particolare riferimento alle sanzioni poste a tutela degli assetti concorrenziali del mercato, A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, p. 177.

21 Per la dottrina in parola, infatti, le sanzioni rientrerebbero nell'ambito della «*autotutela sui rapporti, che si esplica mediante decisioni di condanna successive, le quali postulano che il comportamento dell'interessato abbia già dato luogo ad un conflitto attuale mediante il già avvenuto sacrificio delle pretese dell'amministrazione*», F. Benvenuti, *(voce) Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 537 ss., in part. p. 549. Anche questa dottrina differenzia sanzioni in senso stretto da quelle in senso ampio, puntualizzando come «*il nome di sanzioni amministrative, in senso stretto, va riservato a quelle ipotesi in cui la comminazione di una misura svantaggiosa per il privato non consegue lo scopo di assicurare la esecuzione di un precetto attraverso la soddisfazione di un interesse dell'amministrazione, garantito da quel precetto, ma agisce indirettamente per quello scopo limitandosi a*

tiva è strumento (diretto) di realizzazione dell'interesse pubblico; *ii)* che proprio per tale funzionalizzazione, la potestà sanzionatoria non è incompatibile con la spendita di discrezionalità amministrativa (nell'*an* e nel *quantum*)[22].

Le riflessioni che seguono, al contrario, mirano ad evidenziare le ragioni di una persistente adesione a quell'orientamento tradizionale[23], in base al quale l'amministrazione, all'atto di sanzionare il trasgressore, non si avvarrebbe di discrezionalità amministrativa pura.

A tal fine pare dunque opportuno brevemente riepilogare e poi replicare agli argomenti addotti da quanti considerano la sanzione amministrativa misura di diretto perseguimento dell'interesse pubblico.

Si fa anzitutto notare come la funzione della sanzione amministrativa non si esaurirebbe «*nell'accertamento e nella punizione delle infrazioni – e quindi nel garantire l'osservanza dei precetti*», qualificandosi «*anche per un collegamento con l'interesse pubblico (il quale, secondo l'insegnamento di Benvenuti, viene indirettamente tutelato sanzionando chi ha violato il precetto)*»[24], per poi concludere nel senso della diretta – e

---

costituire un effetto dannoso per chi abbia posto in essere il comportamento difforme dal precetto», *Ibidem*. Si vedano inoltre, F. Benvenuti, *Sul concetto di sanzione*, *cit.*; Id., *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, *cit.*, p. 33 ss. Per una efficace sintesi di questa tesi si veda G. Pagliari, *op. cit.*, p. 84.

La posizione di Benvenuti sembra mostrare l'interferenza delle categorie dogmatiche proprie del diritto amministrativo – in questo caso l'autotutela amministrativa – nella declinazione amministrativistica della sanzione giuridica. Una simile raffinata ricostruzione però, potrebbe non consentire di cogliere il *proprium* del fenomeno sanzionatorio sotto il profilo funzionale. In senso critico, in ordine all'ipotizzato rapporto tra autotutela e sanzioni amministrative, cfr. E. Cannada Bartoli, *(voce) Illecito (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 112 ss., in part. p. 116 ss.; G. Baratti, *op. cit.*, p. 68 ss. In termini adesivi alla posizione *benvenutiana*, cfr. G. Coraggio, *(voce) Autotutela. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988.

Per una recente rilettura della teoria della sanzione amministrativa avanzata da Feliciano Benvenuti, v. M. Lunardelli, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Riv. giur. ed.*, 2021, p. 173 ss.

22 Il riferimento è a S. Cimini, *op. cit.*, p. 58 ss. Le due conclusioni si rinvengono anche nell'opera di altri studiosi. Si veda, in particolare, F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, *cit.*

23 Le posizioni degli studiosi che concludono nel senso del carattere non discrezionale sono variamente argomentate e contengono al loro interno sfumature diverse. Nell'ambito della tesi prevalente è possibile includere E. Capaccioli, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in Aa.Vv., *Le sanzioni in materia tributaria. Atti del Convegno*, Varese, 1979, p. 125 ss.; Id., *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, *cit.*, p. 87 ss., in part. p. 116 ss. A. Vigneri, *Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Nuove leggi civ.*, 1982; G. Baratti, *op. cit.*; R. Villata, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 388 ss.; C.E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*; E. Casetta, *(voce) Sanzione amministrativa*, *cit.*; E. Rosini, *op. cit.*

24 S. Cimini, *op. cit.*, p. 58.

non già solo indiretta, come invece nella prospettazione *benvenutiana* – rilevanza della tutela dell'interesse pubblico.

A tal fine vengono richiamati i poteri delle Autorità amministrative indipendenti[25] e il parallelismo tra la competenza ad irrogare la sanzione e quella a svolgere funzioni di amministrazione attiva, emergente dalla disciplina della l. n. 689/1981[26].

Simili indici positivi sarebbero probanti del fatto che, mediante la sanzione amministrativa, le amministrazioni si farebbero curatrici (e concretizzatrici) dell'interesse pubblico nella specifica vicenda, a detrimento della posizione del privato attinto dalla sanzione. La conclusione naturale del ragionamento è dunque «*che le sanzioni amministrative sono riconducibili alla nozione di provvedimento amministrativo*»[27].

Sul punto, occorre evidenziare come, da un lato, la comunanza in capo alla stessa autorità di funzioni di amministrazione attiva e del riconoscimento di potestà sanzionatoria manifesta, al più, una coerente distribuzione delle competenze, per come delineata nel disegno del legislatore, in attuazione dei canoni desumibili dall'art. 97 Cost. Inferirne la funzionalizzazione della potestà sanzionatoria amministrativa, però, significherebbe provare troppo, a fronte di disposizioni di carattere organizzativo.

Quanto alle Autorità amministrative indipendenti, invece, va rilevato come dalla loro conformazione normativa sembrerebbe invece ricavarsi la riprova del mancato perseguimento diretto dell'interesse pubblico rispetto all'esercizio della loro potestà sanzionatoria, in ragione del diverso ruolo che questo assume nell'attività tipica di queste peculiari amministrazioni[28].

---

25 Il riferimento a dette amministrazioni è ricorrente negli studi sul tema. A tal proposito, si sostiene in dottrina che le Autorità indipendenti «*sono titolari di poteri sanzionatori ed anzi che si caratterizzino proprio per la particolare finalizzazione degli stessi al compimento della propria funzione, al punto che si potrebbe supporre che ciò che connota queste autorità, oltre alla particolare posizione di autonomia di giudizio loro riconosciuta nel momento istitutivo, sia proprio la stessa connessione tra funzione di regolazione e poteri di disciplina di cui dispongono*», E. Bani, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000, p. 39.

26 Si osserva, sul punto, che «*se tali misure fossero state pensate solo per punire il trasgressore e svolgere una funzione di prevenzione generale si sarebbe potuto (e forse dovuto) affidare questo compito ad una (o più di una) Autorità amministrativa terza e imparziale*», S. Cimini, *op. cit.*, p. 63.

27 S. Cimini, *op. cit.*, p. 64. A conferma di tale conclusione viene inoltre richiamata una nota pronuncia delle Sezioni Unite, nella quale si afferma, in un caso di regolamento di giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dall'AGCM, che nella categoria dei provvedimenti adottati dall'Autorità Garante vi rientrano «*tutte le determinazioni che essa può assumere nell'esercizio del potere decisionale, dunque sia gli atti di accertamento dei comportamenti vietati e sia i conseguenziali provvedimenti sanzionatori*», aggiungendo più avanti nella parte motiva che l'atto di irrogazione della sanzione «*ha un contenuto complesso, che gli attribuisce i caratteri del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti*», Cass., Sez. Un., 5 gennaio 1994, n. 52.

28 Ciò lascia impregiudicata la possibilità di individuare momenti di esercizio di autentica discrezionalità amministrativa da parte delle Autorità amministrative indipendenti, nell'esercizio dei poteri ad esse attribuite, diversi dalla potestà sanzionatoria. Per una panoramica delle posizioni assunte dalla dottrina in ordine al ruolo dell'interesse pubblico e ai

A tal proposito, non si è mancato di evidenziare i caratteri differenziali con i quali le Autorità amministrative indipendenti curano l'interesse pubblico, rispetto alle amministrazioni tradizionali[29].

In questa prospettiva, i criteri e le regole poste dalle Autorità in parola non troverebbero «*fondamento nella garanzia o nella tutela di un interesse pubblico, ma, piuttosto, nella necessità ed opportunità di garantire e tutelare, reciprocamente, situazioni soggettive private*», sicché si tratterebbe piuttosto «*di configurare un interesse pubblico "riflesso" e mediato, affidato, appunto, alla cura delle autorità indipendenti*»[30].

Ne conseguirebbe l'impossibilità, per le Autorità amministrative indipendenti «*di operare sulla base di un apprezzamento discrezionale degli interessi in gioco*»[31]. Ciò emergerebbe dalla loro stessa collocazione ordinamentale, poste in posizione di neutralità e di terzietà rispetto agli interessi rilevanti, comparabile a quella «*di altre autorità neutrali, quali il giudice e … il notaio, specie per quanto riguarda il suo ruolo nel processo*»[32]. Sarebbe tale posizione diversa e distinta da quella dei titolari degli interessi a giustificare l'attribuzione «*di un potere di controllo, di giudizio e di sanzione come potere riservato esclusivamente all'autorità*»[33].

---

margini di scelta riconosciuti alle Autorità amministrative indipendenti nell'esercizio della vasta gamma dei loro poteri v. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, p. 107 ss.

29 Cfr. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 55 ss.

30 L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 58. Il ragionamento svolto dalla A. – che di seguito si tenterà di riassumere – è riferito alla c.d. regolazione condizionale, definibile quale insieme di regole che non prefigura un risultato o un obiettivo al quale l'attività privata è chiamata a conformarsi, quanto criteri di comportamento e regole di condotta rivolti agli stessi privati, volti ad assicurare l'uguaglianza degli operatori economici, la libertà di scelta dei consumatori e l'efficienza allocativa del mercato nel suo complesso di cui sarebbero esempi la disciplina generale della concorrenza e la disciplina sulla trasparenza dei mercati regolati.

Tre sarebbero le caratteristiche essenziali della regolazione condizionale: *i)* l'assetto degli interessi rilevanti è compiutamente individuato dalla legge ed è dato come valore ordinamentale; *ii)* le regole e le condizioni cui soggiace l'attività privata «*non sono finalizzate alla soddisfazione di un interesse pubblico, ma, invece, alla garanzia di situazioni soggettive private*» (p. 60), sicché le norme definirebbero un equilibrio tra situazioni giuridiche private e le autorità indipendenti sarebbero chiamate a controllare che questo equilibrio sia raggiunto e mantenuto; *iii)* in questi casi «*l'amministrazione non è chiamata a scegliere fra gli interessi privati, né a ponderarli o a comporli, né, tantomeno, a soddisfarli: le situazioni soggettive private sono soddisfatte mediante il rispetto di determinate regole da parte di altri soggetti privati. Il rapporto tra le diverse situazioni soggettive private coinvolte non è risolto, quindi, configurando alcune di esse come elementi costitutivi o come graduazione dell'interesse pubblico, ma, invece, attraverso un riferimento mediato*» (p. 61).

Per un esame critico delle posizioni espresse dall'A. citata, v. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 150 ss. Quest'ultimo, in particolare, non condivide l'assunto della vincolatezza del giudizio formulato dalla Autorità amministrativa indipendente, poiché ciò non corrisponderebbe al concreto atteggiarsi dell'azione amministrativa.

31 L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 63.

32 L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 65.

33 L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 66.

Sulla scorta degli snodi argomentativi solo succintamente richiamati, la dottrina qui citata avanza l'ipotesi di impiegare, per le Autorità amministrative indipendenti, la categoria dell'interesse generale[34]. Su questo aspetto si tornerà nel prosieguo, qui anticipando che ad avviso di chi scrive l'archetipo dell'interesse generale sembra essere quello che meglio si attaglia alla potestà sanzionatoria amministrativa *tout court*[35]. Si è così tentato di evidenziare come gli elementi posti alla base della prospettazione teorica che scorge nella potestà sanzionatoria amministrativa una funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico siano tutt'altro che univoci. Si ritiene infatti che – in disparte la circostanza che la sanzione amministrativa si presenta, nella realtà fenomenica, con il *vestimentum* provvedimentale[36] – la riconducibilità della sanzione amministrativa al provvedimento amministrativo quale atto di cura dell'interesse pubblico si appalesa contrastante rispetto a indici di carattere etimologico-semantico[37], teo-

34 Cfr. L. TORCHIA, *op. cit.*, pp. 66-67.

35 È significativo che il ricorso all'interesse generale sia stato ritenuto praticabile rispetto all'attività di regolazione condizionale delle Autorità amministrative indipendenti anche sulla scorta della loro collocazione ordinamentale in termini di neutralità, terzietà e indipendenza e dunque valorizzando quegli elementi strutturali e organizzativi che presentano indubbia comunanza con le caratteristiche tipiche e proprie dell'autorità giudiziaria.

Nella prospettiva che qui si esporrà, il riferimento all'interesse generale si fonda invece sul rilievo della natura della funzione esercitata dalle amministrazioni con la comminatoria della sanzione, a prescindere dal ricorrere – sotto il profilo organizzativo – degli elementi tipici delle *Authorities*. Sul punto si avrà modo di meglio argomentare nel prosieguo.

36 La sola struttura formale dell'atto sanzionatorio, guardato nella prospettiva della sua esteriorizzazione in un documento redatto per iscritto, è assimilabile a quella del provvedimento amministrativo: l'intestazione nella quale è indicata l'autorità procedente; il preambolo nel quale vengono richiamate le norme giuridiche che assumono rilievo; la parte motiva in cui si individuano gli elementi fattuali e giuridici rilevanti; la parte dispositiva con la quale viene determinata e inflitta la sanzione. In verità, su di un piano ancor più generale, simile struttura si rinviene anche nei provvedimenti giurisdizionali. La qualificazione semantica della sanzione amministrativa in termini di "provvedimento" è stata in passato impiegata per sostenerne la natura discrezionale. Si v. la già citata Cass., Sez. Un., 5 gennaio 1994, n. 52 che, proprio prendendo le mosse dalla qualificazione in termini provvedimentali dell'atto di irrogazione delle sanzioni pecuniarie dell'AGCM, ai sensi dell'art. 14, comma 5, l. n. 287/1990, nella formulazione all'epoca vigente, qualifica tale atto in termini di "provvedimento in senso proprio", involgente l'esercizio di poteri autoritativi discrezionali.

37 Quanto all'etimologia cfr. F. D'AGOSTINO, *(voce) Sanzione (teoria generale), cit*., p. 306; ID., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999, p. 11 e G. PAGLIARI, *op. cit.*, p. 26. Il termine "sanzione" deriva dal latino *sanctio*, a sua volta ricollegabile al verbo *sancire*. Il participio passato del verbo *sancire* è *sanctum* che, in forma astratta, diviene per l'appunto *sanctio*. Se si passa dall'esame meramente etimologico a quello semantico – con l'avvertenza che l'argomento semantico non può costituire, da solo, il punto risolutivo di un'indagine di carattere giuridico, come del resto non ha mancato di ammonire Giannini, secondo cui «*la semantica è utile e pericolosa insieme, potendo dare risultati fallaci*», M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 5 – il lemma che qui si indaga si riconnette alla dimensione religiosa dell'esperienza umana, individuando una zona intermedia tra il *sacrum* e il *profanum* (cfr. F. D'AGOSTINO, *(voce) Sanzione (teoria generale), cit*., p. 306). È *sanctum* quel particolare aspetto della realtà al quale è ricollegato una *sanctio*; ed è *sanctio* ciò che rende tale aspetto *sanctum*. Il *sanctum* non è un attributo naturale di un ente, quanto il risultato di una qualificazione operata dall'uomo. Sotto tale profilo, la distanza dal lemma "provvedimento" è particolarmente evidente. Questo, a sua volta, origina dal verbo "provvedere" che deriva dal latino *provĭdēre*, dato dalla combinazione del

rico-generale[38] e dogmatico.

2.1. *Segue*. Brevi cenni alla dogmatica del provvedimento amministrativo

È sui profili dogmatici che occorre, in questa sede, soffermarsi. La non assimilabilità sul piano funzionale della sanzione amministrativa al provvedimento amministrativo pare infatti predicabile sulla scorta di un'attenta lettura della tradizione dogmatica propria del diritto amministrativo.

A tale stregua, la sanzione amministrativa non costituirebbe una *species* dell'ampio *genus* provvedimentale, quanto un vero e proprio *aliud*.

---

prefisso rafforzativo *pro-* con il verbo *vĭdēre*, 'vedere'. In un'accezione tecnica è usato come sinonimo di *consulere*, *statuere*, *decernere*. La forma soggettivata *provisio* è sinonimo di *cura*. Il parallelismo tra questi termini si protrae anche nei secoli successivi. Si pensi, ad esempio, ad alcune cariche amministrative della Serenissima Repubblica di Venezia (*provisor* e *curator*). In termini, e per una disamina più approfondita, B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, Padova, 1993, p. 27. Nel linguaggio comune, in un primo senso, il verbo "provvedere" esprime il significato di prevedere o predire. Usato in forma transitiva il verbo indica l'azione di chi si dota di ciò che occorre; in quella intransitiva esprime il significato di prendere le misure opportune per raggiungere un determinato scopo o per ovviare a qualche bisogno o inconveniente. Cfr. Aa.Vv., *Treccani 2014 – Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 2014, p. 1629. Mentre dunque la sanzione evoca letteralmente un'operazione di qualificazione di dati fenomenici, il provvedimento si riferisce all'apprestamento di una misura volta al raggiungimento di uno scopo.

38 Di sicuro interesse è anche la profonda distanza tra la sanzione e il provvedimento nella prospettiva della teoria del diritto.

Su di un piano normativistico, difatti, la sanzione giuridica si apprezza soprattutto nell'analisi dell'ordinamento in prospettiva nomostatica, nella dicotomia tra norma primaria e norma secondaria; il provvedimento si colloca, invece, in una dimensione nomodinamica e gradualistica dell'ordinamento, secondo la fondamentale distinzione tra norma superiore e norma inferiore. Quest'ultima non si riduce a mera applicazione o esecuzione della prima ma «*è applicazione o esecuzione nella misura in cui si produce attraverso quelle modalità stabilite dalla norma superiore, ma rispetto a quest'ultima ha per definizione sempre un* surplus *innovativo. Questo* quid novi *è in realtà il contenuto della decisione che viene a prodursi all'interno della cornice normativa*», A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, *cit.*, p. 55. Nella ricostruzione nomodinamica *kelseniana*, «*Partendo dalla* Grundnorm*, supposta valida di per sé ossia senza essere stata creata per delegazione di un'autorità superiore, si scende per una scala di delegazioni dalle autorità superiori autorizzanti alle inferiori che sono autorizzate alla creazione di norme, finché si arriva all'autorità giudiziaria la cui sentenza è anch'essa una norma, ma individuale e non generale*», W. Cesarini Sforza, *(voce) Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 659 ss., in part. p. 687. Com'è noto, Kelsen propone una visione integrata delle funzioni giurisdizionali ed amministrative nella comune prospettiva dell'applicazione del diritto, in contrapposizione alla funzione creativa della norma, di pertinenza del potere legislativo. Cfr. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. S. Cotta, G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1952, p. 269 ss.

Per F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, p. 26, «*il provvedimento attua (deve attuare) i gradi superiori dell'ordinamento dal punto di vista deontico (le norme prodotte), assiologico e antropologico (l'assetto di valori ed interessi determinato*» e ciò in contrapposizione – non già, nella prospettiva dell'indagine ivi compiuta, alla sanzione ma – al negozio giudico che «*rispetta (deve rispettare) i gradi superiori dell'ordinamento dal punto di vista deontico, assiologico e antropologico*».

Rispetto alla distinzione tra norma primaria e norma secondaria è noto come non siano mancate ricostruzioni che hanno patrocinato un'inversione dei due termini, intravedendo nella

Per meglio contestualizzare simili affermazioni risulta assai proficuo lo svolgimento di brevi cenni in ordine alla categoria del provvedimento amministrativo, limitati a quanto di interesse per il prosieguo del discorso qui condotto sulla discrezionalità amministrativa e sul suo rapporto con la sanzione.

Com'è noto, quella di provvedimento amministrativo è nozione che, pur essendo di assoluta centralità nella dogmatica e nella pratica del diritto amministrativo, non risulta oggetto di una disposizione definitoria di diritto positivo[39].

La perimetrazione del concetto è dunque opera meritoria della dottrina e della giurisprudenza[40] e affonda le sue radici nelle teorizzazioni sull'atto amministrativo[41]. Storicamente, infatti, il provvedimento nasce «*dalla costola dell'atto*

---

sanzione la norma primaria e nel precetto quella secondaria, con evidente riduzionismo del giuridicamente rilevante al momento coattivo sanzionatorio. Il primo tentativo di capovolgere i termini della dicotomia è fatto risalire a Rudolf von Jhering. Si osserva a tal proposito che «*Von Jhering è giurista dell'età bismarckiana; siamo alla fine dell'Ottocento quando lo Stato moderno, pur celebrando i suoi fasti, comincia a essere minacciato dalla pressione politica di nuove forze sociali e reagisce trincerandosi nella propria autoreferenzialità: lo Stato produce il diritto che si indirizza ai suoi funzionari, veri destinatari del diritto, che debbono applicare il diritto stesso. Un mondo quindi circolare e chiuso, ove la dimensione del giuridico collegata all'esperienza attiva del singolo individuo sembra attutirsi, se non scomparire. Ecco: la considerazione che porta Jhering a spostare il momento focale del diritto nella sanzione è il frutto dell'applicazione di un criterio di importanza. Il ragionamento è questo: se il diritto è tale perché è espressione della volontà e della forza dello Stato, allora il diritto si articola, primariamente, in quelle norme che stabiliscono appunto le sanzioni negative, cioè la manifestazione della forza coercitiva nel giuridico*», A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, *cit.*, p. 126. Ma la più nota inversione dei due termini si deve all'opera di Kelsen, per il quale la norma primaria sarebbe la sanzione, mentre il precetto assurgerebbe a norma secondaria. Contrariamente alla prospettiva tradizionale, difatti, «*per Kelsen, la vera norma primaria, anzi l'unica vera norma giuridica è la norma sanzionatoria*», F. D'Agostino, *(voce) Sanzione (teoria generale)*, *cit.*, p. 319, il quale, facendo propria la critica di Hart, osserva che «*affascinato dal mito scientifico della semplicità, Kelsen non si è mai voluto accorgere dell'indebita semplificazione della realtà giuridica cui la sua teoria costringeva; non si può non concordare con Hart, quando scrive che una simile dottrina acquista la piacevole uniformità del modello a un prezzo veramente troppo alto, quello di recar violenza alle diverse funzioni esercitate dai diversi (e reciprocamente irriducibili) tipi di norme giuridiche*». Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, *cit.*, p. 61.

Il collocamento della sanzione e del provvedimento su piani teorici diversi ha consentito a parte della dottrina di concludere per la non riconducibilità della sanzione amministrativa (e in particolare di quella sostanzialmente penale) al paradigma provvedimentale anche sulla scorta del diverso atteggiarsi del principio di legalità, evidenziando che «*la legalità "penalistica" e quella amministrativa innescano una differente dinamica giuridica: le norme "penali" definiscono da sé i termini del conflitto tra le sfere giuridiche coinvolte; le norme amministrative "indirizzano" l'azione regolatrice degli apparati amministrativi, per fare in modo che gli stessi – in quanto delegati dall'ordinamento a "comporre" la gerarchia degli interessi coinvolti – operino in modo imparziale e coerente con l'indirizzo politico-amministrativo. Per le medesime ragioni, l'atto di accertamento dell'illecito amministrativo si configura, sul piano strutturale e funzionale, in termini diversi dalla nozione di "provvedimento"*», D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Riv. Reg. mer.*, 2022, p. 47 ss., in part. p. 85.

Emerge allora, e in ciò confermando i risultati evincibili già sul terreno etimologico, la distinzione – sul piano funzionale – tra la norma sanzionatoria, volta alla qualificazione di un comportamento umano in termini di illiceità e quella scaturente dal provvedimento amministrativo, tesa alla cura dell'interesse pubblico. Qui intendendo la norma in termini assai generici, quale *regula iuris*, senza alcuna intenzione di qualificare in termini normativi il provvedimento.

amministrativo, come sua species *eminente*»[42].

Per vero, la dottrina italiana intercetta la centralità della questione definitoria dell'atto amministrativo solo dopo esser stata lungamente occupata nella stessa identificazione del concetto di amministrazione[43].

La necessità di individuare il perimetro dell'atto amministrativo emerge in tutta la sua impellenza per un'esigenza eminentemente processuale[44]: sia la legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E (c.d. L.a.c.) che la legge 31 marzo 1889, n. 5992 (c.d. Legge Crispi) si riferiscono – seppur con accezioni e finalità sensibilmente diverse[45] – all'atto amministrativo[46]; di qui l'esigenza di delimitare con

39 In termini, F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit.*, p. 112. Non mancano ordinamenti in cui il legislatore si è fatto carico della questione definitoria. Esempio classico è quello del § 35 della Legge sulla procedura amministrativa tedesca del 1976 (VwVfG) che definisce (non già il provvedimento ma) l'atto amministrativo come «*ogni provvedimento, decisione o altra misura autoritativa che è emanata da un'autorità amministrativa per regolare un caso singolo nel campo del diritto pubblico e che è volta a produrre un effetto giuridico diretto verso l'esterno*». Per un'efficace sintesi della disciplina dell'atto amministrativo nella Legge sulla procedura amministrativa, G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2020, p. 227. La nozione fatta propria dal legislatore tedesco del 1976 non è molto distante da quella fornita quasi un secolo prima da Otto Mayer. Lo sforzo definitorio così compiuto ha rappresentato una svolta nello studio del fenomeno, se solo si pensi che nella cultura giuridica tedesca precedente si ricomprendeva nel perimetro dell'atto amministrativo qualunque forma di attività dei pubblici poteri. Sull'evoluzione della nozione di atto amministrativo nell'ordinamento tedesco, F. Bartolomei, *L'atto amministrativo nella letteratura giuridica della Repubblica Federale di Germania*, in *Saggi di diritto pubblico*, Milano, 1994, p. 75. Per un'ampia ricostruzione del pensiero *mayeriano*, nell'ambito di una complessiva ricostruzione critica del concetto di provvedimento v. S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, in part. p. 42 ss.

40 In tema, Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6244. Osserva Giannini che l'elaborazione concettuale si deve soprattutto all'opera della dottrina italiana e tedesca e a quella della giurisprudenza francese, cfr. M.S. Giannini, *(voce) Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 157 ss., in part. p. 157.

41 La prima trattazione generale sugli atti amministrativi si deve a L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1879. La letteratura successiva è vastissima. *Ex plurimis*, E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità degli atti amministrativi*, Milano, 1911; S. Trentin, *L'atto amministrativo: contributi allo studio della manifestazione di volontà della Pubblica Amministrazione*, Roma, 1915; R. Alessi, *Spunti ricostruttivi per la teoria dell'atto amministrativo*, in *Jus*, 1941, p. 385 ss.; R. Lucifredi, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941; U. Fragola, *Gli atti amministrativi non negoziali*, Milano, 1942; Id., *Gli atti amministrativi*, Napoli, 1964; O. Ranelletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945; E. Casetta, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 ss.; Id., *(voce) Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. pubbl.*, XII, Torino, 1997, Agg. 2013, p. 243 ss.; O. Ranelletti, A. Amorth, *(voce) Atti amministrativi*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, p. 1487 ss.; M.S. Giannini, *(voce) Atto amministrativo*, *cit.*; G. Guarino, *(voce) Atti e poteri amministrativi*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario amministrativo*, vol. I, Milano, 1983, p. 101 ss.; A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986 (rist. anast. dell'ed. 1916); F. Satta, *(voce) Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988; D. Sorace, *Promemoria per una nuova 'voce' "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, p. 747 ss.; Id., *(voce) Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, 2010, p. 46 ss.; F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss.; A. Lolli, *L'atto amministrativo*

precisione tale concetto[47].

La dottrina elabora differenti prospettazioni teoriche al fine di chiarire i confini della categoria cui le disposizioni del nascente sistema di giustizia amministrativa facevano riferimento.

In un primo tempo è emersa la c.d. teoria formale, alla stregua della quale il perimetro dell'atto amministrativo sarebbe coinciso con ogni atto emanato in virtù di un potere pubblicistico da un organo di un plesso amministrativo. In tal modo la categoria ha subìto una dilatazione tale da renderla un contenitore generalissimo, al cui interno far rifluire anche gli atti normativi espressione del potere esecutivo, come i decreti aventi forza di legge[48].

---

nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica, Milano, 2000; B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000; P.M. Vipiana, *L'atto amministrativo*, Padova, 2012; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, *cit.*; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

42 F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, *cit.*, p. 1.

43 Sul punto, si osserva che «*nelle riflessioni della prima dottrina postunitaria, era lo stesso concetto di amministrazione a risultare ampio e non sempre individuato nei suoi precisi limiti, onde non può escludersi che l'incertezza in ordine al concetto di atto amministrativo, strumento tipico dell'agire amministrativo, riflettesse l'incertezza sui limiti e le peculiarità dell'amministrazione*», E. Casetta, *(voce) Provvedimento e atto amministrativo*, *cit.*, p. 243. In termini analoghi, si è fatto notare che «*I giuristi del diciannovesimo secolo si erano preoccupati di descrivere l'attività amministrativa, anche in rapporto alle altre forme di attività dei pubblici poteri, e ne avevano offerto classificazioni per materie, ma non ne avevano dato qualificazioni giuridiche, e in particolare non si erano posti il problema delle differenze tra gli atti emanati dalla pubblica amministrazione e quelli dei privati*», B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, *cit.*, p. 74.

Le difficoltà nascono probabilmente dal fatto che il concetto di amministrazione, nel corso dei secoli precedenti, fu ricondotto in parte alla giurisdizione e in parte alla legislazione. Isolati i tre poteri dello Stato, alla dottrina postunitaria si richiese l'ulteriore sforzo di distinguere, nell'ambito del potere esecutivo, tra funzioni riconducibili al ruolo costituzionale del governo e quelle più propriamente amministrative. Le difficoltà di una simile distinzione emergono anche rispetto alla concettualizzazione dell'atto amministrativo, specie nella c.d. teoria formale.

44 Analogamente a quanto avvenuto in Francia. E difatti, «*L'acte administratif a été révélé par le contentieux et c'est essentiellement de ce point de vue que la notion est toujours appréhendée. Il s'agit, en d'autres termes, de l'acte susceptible d'être attaqué, notamment par la voie du recours pour excès de pouvoir, devant le juge administratif, qui lui appliquera le droit administratif*», J. Petit, P.L. Frier, *Droit administratif*, Parigi, 2023, p. 381.

45 Sulle ragioni che indussero il legislatore dapprima ad optare per l'abolizione del contenzioso amministrativo e di poi per l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato si v., per tutti, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, E. Cardi, A. Nigro (a cura di), Bologna, 2000, spec. p. 69 ss.

46 Si vedano, in particolare, gli artt. 4 e 5 L.a.c, e l'art. 3 Legge Crispi. E difatti, posto dalla L.a.c. il divieto di annullamento dell'atto a carico del giudice ordinario «*quella di atto ammnistrativo divenne una nozione giuridicamente rilevante, e sorse il problema della sua definizione e dei suoi confini*», B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, *cit.*, p. 36.

Com'è noto, il privato titolare di un «*diritto civile o politico*» poteva azionare la sua posizione innanzi alla giurisdizione ordinaria la quale, in caso di accertata illegittimità di un atto dell'amministrazione, disponeva del potere di disapplicazione evincibile a partire dall'art. 4 L.a.c. Ove invece l'amministrato non fosse stato titolare di un diritto soggettivo, le controversie relative agli «*affari non compresi*» sarebbero state rimesse alla stessa amministrazione.

È stata successivamente elaborata la c.d. teoria formale-sostanziale, in base alla quale l'atto amministrativo sarebbe identificabile al ricorrere di due requisiti: uno formale, dato dalla provenienza da un'amministrazione; l'altro sostanziale, rappresentato dallo scopo di cura di un interesse pubblico. La dottrina ha messo in rilievo la tautologia insita in tale approccio, «*essendo da individuare l'atto amministrativo "in senso proprio" nell'atto che fosse tale sotto l'aspetto soggettivo, oggettivo e formale insieme, esso poteva indicarsi come l'atto di autorità amministrativa che fosse esercizio di potestà amministrativa, sì che se ne rinviava la determinazione a concetti estranei alla sua stessa definizione*»[49].

La Legge Crispi, dal canto suo, istituendo la IV Sezione del Consiglio di Stato, ne individuava la competenza nel «*decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell'autorità giudiziaria, ne si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali*» (art. 3), in tal modo dando rilievo al tipo di tutela esperibile, di carattere eminentemente impugnatorio.

Sulla Legge di abolizione del contenzioso e sull'istituzione della IV sezione, v., in tempi recenti, F. Merusi, *Dal 1865… e ritorno… al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 671 ss.; Id., *Incontri pericolosi… Crispi e la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 13 ss. Si vedano inoltre M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, *cit.*, p. 62; V. Cerulli Irelli, *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, Roma, 2016, p. 25; M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, p. 22; L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa. I. Il giudice speciale*, Torino, 2021, spec. pp. 29 ss. e 49 ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 29; Aa.Vv., *Giustizia amministrativa*, F.G. Scoca (a cura di), Torino, 2023, p. 4 ss.; Aa.Vv., *Il giudizio amministrativo. Princìpi e regole*, M.A. Sandulli (a cura di), Napoli, 2024. Per un'approfondita analisi storica L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, 2001, Roma – Bari, p. 330.

47 Si tenga a mente che il successivo comma 2 dell'art. 3 Legge Crispi escludeva la proponibilità del ricorso avverso «*atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*». La delimitazione dell'atto amministrativo risultava dunque indispensabile anche ai fini della perimetrazione del concetto di atto politico.

In senso critico rispetto alla rottura del «*tratto più tipico dell'attività amministrativa*», rappresentato «*dalla sua continuità*», mediante l'emersione del concetto di atto amministrativo, v. F. Satta, *(voce) Atto amministrativo*, *cit.*, p. 9. Questa dottrina, del resto, si pone in senso fortemente critico nei confronti della nozione, di cui evidenzia l'inconsistenza concettuale. L'atto amministrativo sarebbe concetto «*totalmente astratto e indeterminato, del quale è impossibile ricercare la disciplina e tentare una ricostruzione perché non esiste nella realtà. È una pura categoria logica*», F. Satta, *op. cit.*, p. 3.

48 Cfr. M.S. Giannini, *(voce) Atto amministrativo*, *cit.*, p. 160. La tendenza della teoria formale dell'atto amministrativo ad includervi anche atti espressione del potere sovrano probabilmente si spiega in ragione dell'originaria assimilazione dell'amministrazione ora al potere legislativo, ora a quello giudiziario, a seconda del grado di vincolatezza del potere. Sul punto L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, *cit.*, p. 297.

49 M.S. Giannini, *(voce) Atto amministrativo*, *cit.*, p. 161, che nella citata voce enciclopedica ha rilevato che l'elaborazione di questa teoria è il frutto della valorizzazione del principio di separazione dei poteri. La tesi in commento è stata sviluppata soprattutto dalla dottrina tedesca (Laband e Jellinek) e italiana (Ranelletti e, con alcune attenuazioni, Santi Romano).

Tra le tesi tradizionali, ha poi avuto particolare fortuna quella negoziale[50]. Ciò si comprende in considerazione del clima culturale dell'epoca, fortemente influenzato dall'elaborazione pandettistica[51]. È risultato difatti spontaneo, per la dottrina, muovere dall'atto amministrativo quale espressione della volontà dell'amministrazione, secondo una costruzione simmetrica e armonica identificante il naturale termine di paragone nel negozio giuridico contrattuale, quale massima espressione dell'autonomia (e della volontà) privata. Così procedendo, i fautori della tesi negoziale hanno spostato l'attenzione sul contenuto dell'atto amministrativo, da ricercarsi alla stregua del contenuto essenziale del negozio giuridico.

La giustapposizione al contratto è stata criticata dalla dottrina tradizionale[52], la quale ha sottolineato che «*l'atto amministrativo non è avvicinabile al contratto, figura principe del diritto privato, ma piuttosto a quelle determinazioni unilaterali produttive di effetti, che pur si hanno nel sistema privatistico, come il testamento*»[53].

La principale critica mossa alla tesi negoziale si appunta sul suo fondarsi sulla mancata percezione dei profili differenziali tra l'agire dei privati, liberi nella scelta dei fini da perseguire nell'esercizio della loro autonomia, e l'*agere* amministrativo, teso al perseguimento dell'interesse pubblico[54].

---

50 La teoria negoziale è sviluppata in Francia da M. Hauriou, *Précis de droit administrative*, Parigi, 1933, in Germania da K. Kormann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlino, 1910. Per l'Italia v. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1914; A. De Valles, *op. cit.*; S. Trentin, *op. cit.*

51 La letteratura amministrativistica sembra condizionata dalle suggestioni pandettistiche ancora sino alla prima metà degli Anni '30 del Novecento. Cfr. N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 413 ss. Già P. Bodda, *Opinioni sulla causa dell'atto amministrativo*, in AA.Vv., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, 1940, p. 100 ss. avvertiva le criticità insite nel trasferire le categorie proprie del diritto privato a quello pubblico.

52 La più recente elaborazione dottrinaria, dal canto suo, non ha mancato di rilevare che l'aver raffrontato il provvedimento al negozio contrattuale anziché all'atto unilaterale privato debba ritenersi uno degli errori prospettici in cui la dottrina tradizionale è incappata e da cui scaturì la centralità dei concetti di imperatività e autoritatività del provvedimento, cfr. B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1 ss.

53 O. Ranelletti, A. Amorth, *(voce) Atti amministrativi*, *cit.*, p. 1487.

54 Cfr. R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2023, p. 757. Osserva Satta, «*il sistema di concetti e di valori, sviluppato dalla dottrina nella sua grande rimeditazione del diritto privato, venne trasferito,* sic et simpliciter*, al diritto pubblico ed amministrativo, dando assolutamente per scontato – davvero assumendo* a priori *– che la realtà dei rapporti tra cittadini e amministrazione potesse e dovesse venir interpretata e ricostruita secondo quel metodo, secondo quei concetti, secondo quei valori, senza dunque che neppur sorgesse il problema di verificare e conoscere l'esperienza di rapporti amministrativi, disciplinati dal diritto; in una parola, senza preoccuparsi di conoscere l'esperienza del diritto pubblico, e non privato. Il diritto amministrativo nasceva insomma già adulto, senza aver mai attraversato le fasi della propria formazione. Si parlava già di "atti" dell'amministrazione, di 'diritti' del cittadino nei suoi confronti, di "contratti di diritto pubblico" ecc., quando tutto era ancora oscuro, avvolto nelle nebbie dell'incertezza: quando occorreva appena affrontare la dinamica dei rapporti e dei conflitti tra poteri dell'amministrazione e diritto del cittadino, quando addirittura si ignorava tutto della formazione degli atti e si concepiva l'amministrazione come una diffidente ed infida struttura, in cui l'unico momento di certezza era il vertice sommo, ministero o ministro.*

Il primo passo verso l'emersione del provvedimento amministrativo dal concetto di atto amministrativo è rappresentato allora dalla definitiva emancipazione di quest'ultimo dal negozio giuridico, operazione concettuale che si deve in massima parte all'opera di Giannini[55], con il quale ci «*si libera così dall'ipoteca pandettistica e si cambia l'angolo visuale, per cui l'atto amministrativo si definisce in relazione alla sua funzione e non più alla sua struttura di dichiarazione di volontà*»[56].

Ne è di poi conseguita l'individuazione, nel *genus* degli atti amministrativi, della *species* provvedimentale[57].

È per merito di simile elaborazione concettuale e dello sviluppo della c.d. teoria funzionale-procedimentale[58] che si è addivenuti a una più sicura distinzione tra il provvedimento e l'atto amministrativo e all'emancipazione del primo concetto dal secondo.

La teoria funzionale-procedimentale, oggi prevalente in dottrina, muove dalla valorizzazione della funzionalizzazione del potere e del suo dispiegarsi in moduli procedimentali. Sicché, il provvedimento si caratterizzerebbe rispetto al mero atto amministrativo in quanto atto conclusivo del procedimento. La linea differenziale tra atto e provvedimento viene così individuata mediante la relazione logica di genere a specie: il provvedimento è una particolare *species* di atto amministrativo. La specialità è individuabile nella sua funzione decisoria e terminale del procedimento.

Secondo la ricostruzione così operata, si giunge alla definizione secondo cui «*è provvedimento l'atto amministrativo autoritativo, che realizza in via diretta la cura di un interesse pubblico, è dotato di imperatività e assistito da autotutela, intesa l'imperatività come idoneità a produrre l'effetto di ridurre o cancellare diritti soggettivi dell'amministrato e l'autotutela come idoneità dell'atto ad essere eseguito dal suo stesso autore*»[59]. L'essenza del

---

La realtà doveva essere affrontata in quest'ottica, frutto di tutt'altra esperienza. Era un'ottica deformante e fuorviante; solo l'astrattezza la salvava», F. SATTA, *op. cit.*, p. 4.

55 Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

56 R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, *cit.*, p. 13.

57 Fondamentali sul punto le riflessioni svolte nel 1950 e nel 1959. Si vedano, in particolare, M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950; ID., *(voce) Atto amministrativo*, *cit.*

58 Sulla quale si veda, tra i molti, E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, 2008, p. 208, il quale pone in risalto, oltre al contributo di Giannini, anche quello di Benvenuti e Nigro. Lo stesso Giannini rinviene l'apertura della nuova fase nell'opera di Donati, Borsi, Presutti, Forti e Bracci, cfr. M.S. GIANNINI, *(voce) Atto amministrativo*, *cit.*, p. 162.

59 Così viene riassunta l'elaborazione concettuale di Giannini da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, *cit.*, p. 15. Per la manualistica, *ex multis*, L. GALATERIA, M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo. Principi generali*, Torino, 1998, p. 367; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 393; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, p. 1363; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, F. Fracchia (a cura di), Milano, 2017, p. 546; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 111; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, p. 285; F.G. SCOCA, *Il provvedimento*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, F.G. Scoca (a cura di), Torino, 2021, p. 274; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 657; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale*

provvedimento starebbe dunque in questa sua funzionalizzazione alla cura dell'interesse pubblico[60].

Il discorso necessita, però, di talune puntualizzazioni relative alla natura di detto interesse[61], di non secondario ausilio per le riflessioni qui condotte con riferimento alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione.

Troppo spesso, difatti, il riferimento al concetto di interesse pubblico pare nebuloso e impreciso. Celebre il riferimento all'interesse pubblico quale personaggio in nome del quale se ne combinano di ogni genere[62].

Attraverso l'esercizio del potere, l'amministrazione pubblica introduce nell'ordinamento una regola giuridica per il caso concreto, determinando l'assetto degli interessi di quella specifica vicenda relazionale. Il fine è solo individuato dalla norma di attribuzione e di regolazione del potere, ma tale identificazione è operata sul piano generale e astratto. È attraverso l'attività conoscitiva e determinativa dell'amministrazione che questo interesse – calato nel procedimento amministrativo – si apprezza nella sua concreta consistenza. Opinando diversamente si sovrapporrebbe il piano generale e astratto con quello concreto, disconoscendo la capacità del provvedimento di introdurre un *quid novi* nell'ordinamento[63].

---

di diritto amministrativo, *cit*., p. 755.

60 Cfr., per tutti, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 236. Più recentemente si è osservato che «*Quanto ai caratteri costanti e indefettibili del provvedimento amministrativo nessun dubbio vi è che tra essi compaia la necessaria finalizzazione al raggiungimento di interessi pubblici concreti. Il provvedimento amministrativo è espressione del potere dell'amministrazione, il quale risulta assai simile al potere dei privati dal punto di vista strutturale, tuttavia se ne differenzia profondamente in quanto rileva come funzione, come strumento di soddisfacimento dell'interesse pubblico*», R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, *cit.*, p. 17.

Non sembra essere casuale che proprio sotto questo profilo sia possibile scorgere la maggior sovrapposizione tra il significato di uso comune del lemma e quello più propriamente amministrativistico. Cfr. quanto osservato *supra*, nota n. 37 sull'etimologia di 'provvedimento'.

61 Vasta è la letteratura sulla rilevanza dell'interesse pubblico. *Ex multis*, W. Cesarini Sforza, *Sul concetto di interesse generale*, ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, vol. II, Milano, 1967, p. 263 ss.; E. Cannada Bartoli, *(voce) Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1972, p. 1 ss.; A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 57 ss.; M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, p. 907 ss. Più di recente, v. le riflessioni di A. Cioffi, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 797 ss.; Id., *Intérêt général et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie,* in *Jus publicum*, 2014, 2.

62 Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 108, il quale ammonisce dal semplicistico riferimento all'interesse pubblico. Osserva infatti che «*se in sede teorica è possibile ragionare, ai più alti livelli, semplicemente in termini di interesse pubblico, allorché si passa a livelli minori (come p. es. già per la teoria della discrezionalità o per quella del procedimento), e ancor più in sede applicativa, non si può sfuggire all'onere dell'esatta identificazione dell'interesse o, più spesso, degli interessi pubblici, sotto pena del generico in dottrina e dell'approssimativo nella pratica e nella giurisprudenza*».

63 E dunque, a venire in rilievo sarebbe «*non l'interesse pubblico generale ed ancor meno l'indeterminato* Gemeinwohl*, ma un interesse che, sia pure entro i limiti del tipo risultante dalla legge, l'amministrazione stessa "pone" come esigenza storica reale, modellandolo sull'impronta di una situazione di fatto concretamente individuata. E quindi, ancora, un interesse che costituisce la materia di una attività*

Il momento conoscitivo dell'azione amministrativa – l'istruttoria procedimentale – sembra disvelare in modo chiaro quanto si è appena affermato. Nell'istruttoria, infatti, l'amministrazione è chiamata a individuare tutti gli interessi in gioco e ad accertarne la consistenza[64], in modo da poter assumere la decisione amministrativa che meglio realizzi l'interesse pubblico nel caso concreto, il cui perseguimento è il fine stesso dell'azione amministrativa, per come delineato dalla norma di attribuzione del potere e da quelle che ne regolano l'esercizio.

Il dialogo tra gli interessi, però, non avviene su un piano astratto, in quanto «*il risultato dell'istruttoria non è un elemento esterno o reperibile* aliunde*, bensì un fatto desumibile solo dall'istruttoria: cade così l'idea dell'interesse pubblico come fattore* extra ordinem»[65].

Il *quid novi* immesso nell'ordinamento dal provvedimento amministrativo – la norma giuridica inferiore che esso pone rispetto alla norma giuridica superiore che regola il potere[66] – è l'oggettivizzazione in concreto dell'interesse pubblico quale risultato dell'istruttoria[67].

"conoscitiva" e "creativa" al tempo stesso», così F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss., in part. p. 379.

64 E ciò a pena di invalidità del provvedimento, *sub specie* di eccesso di potere *ex* art. 21-*octies* l. 7 agosto 1990, n. 241 e art. 29 c.p.a. In particolare, la non esaustiva individuazione dei fatti rilevanti si risolve nel vizio di incompleta istruttoria; il vizio dell'accertamento, invece, può consistere nell'erroneità o nel travisamento dei fatti. Queste due figure sono tradizionalmente individuate quali indici sintomatici di eccesso di potere. Si v. però V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, *cit.*, p. 487, il quale rileva che in questi casi «*il vizio emerge non da un mero sintomo di irragionevolezza dell'agire, ma da un risultato sostanziale dell'azione concreta. Qui non si tratta dunque di figure sintomatiche, anche se ad esse spesso sono accomunate*».

Si v. inoltre, N. Pappalardo, *L'eccesso di potere secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in Aa.Vv., *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. II, Roma, 1932, p. 5 ss.; G. De Cesare, *Problematica dell'eccesso di potere legislativo. I. L'eccesso di potere e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Padova, 1973, in part. p. 68 ss.; T. Alibrandi, *L'eccesso di potere come indizio processuale,* in *Dir. soc.*, 1982, p. 55 ss.; A. Azzena, *Sindacato sui cosiddetti sintomi di eccesso di potere ed ampliamento della competenza del giudice ordinario sui provvedimenti amministrativi*, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Vittorio Bachelet,* vol. II, Milano, 1987, p. 29 ss.; E. Follieri, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi,* in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 61 ss.

65 A. Cioffi, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, *cit.*, p. 803 ss.

66 Ovviamente il riferimento alla "norma" non sta ad indicare la natura normativa del provvedimento, ma è operato nel senso classico di risultato dell'indefettibile attività ermeneutica. Nella visione *kelseniana* l'amministrazione «*è individualizzazione e concretizzazione di leggi e precisamente di leggi amministrative*», H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Vienna, 1934, trad. it. di Treves G., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952. La citazione è tratta dall'edizione del 2000, nella collana *Piccola Biblioteca Einaudi*, p. 109.

Come osservato, «*Ogni azione deontica, e quindi anche il provvedimento amministrativo, è – si ripete – mutamento da uno stato-di-cose deontico ad un altro, il primo iniziale, il secondo risultato dal mutamento. L'effetto del provvedimento, perciò, è necessariamente e per definizione una norma (dispositiva o prescrittiva)*», F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit.*, p. 420.

67 Cfr. A. Cioffi, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, *cit.*, p. 810.

Il dinamismo concreto dell'interesse pubblico – che, facendo capo a una o più amministrazioni, può anche essere definito interesse pubblico amministrativo[68] - si contrappone alla staticità dell'interesse generale, quale riflesso di una valutazione politica, operata a monte dal legislatore e identificabile, in un contesto democratico-costituzionale, con la volontà generale[69].

2.2. La rilevanza statica dell'interesse pubblico (generale) nella sanzione amministrativa

La breve incursione nella dogmatica del provvedimento amministrativo[70] pare aver consentito di chiarire che: *i)* il provvedimento è funzionalmente proteso al perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione; *ii)* detto interesse vive in una dimensione dinamica e fluida nel momento conoscitivo e dispositivo dell'*agere* amministrativo, sicché non può essere mai apprezzato e considerato come un *deus ex machina*[71].

Nell'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa, a parere di chi scrive, questo dinamismo dell'interesse pubblico sembra sostituito da una *pietrificata* prevalenza per l'interesse all'osservanza del precetto[72], quale interesse generale predeterminato al momento dell'introduzione della fattispecie sanzionatoria nell'ordinamento giuridico[73]. Che poi l'osservanza del precetto persegua in-

---

68 M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1996, pp. 908-909, nota n. 66.

69 Cfr. A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, *cit.*, p. 827.

70 E non può che essersi trattata di incursione, attesa la centralità della categoria nel diritto amministrativo e la sua pregnanza teorica.

71 Il riferimento è a E. CANNADA BARTOLI, *(voce) Interesse (diritto amministrativo)*, *cit.*, p. 7.

72 Diversamente accade per quelle che sovente vengono definite sanzioni amministrative in senso lato, ma che qui si preferisce chiamare misure ripristinatorie, rispetto alle quali si ha vero e proprio esercizio della funzione amministrativa, quale cura concreta degli interessi pubblici. In questo caso, difatti, «*L'interesse pubblico è curato dall'amministrazione, che agisce come amministrazione in senso proprio e non come (una sorta di) giudice*», M. LUNARDELLI, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, *cit.*, p. 175, che, più avanti, commentando Cass., Sez. Un., 24 febbraio 1978, n. 926, rileva come detta nota pronuncia abbia individuato «*con chiarezza la diversità di* ratio *delle misure ripristinatorie rispetto alle sanzioni amministrative: mentre le seconde hanno finalità punitiva, le prime attengono alla cura di interessi pubblici e, quindi, sono espressione di un'autentica funzione amministrativa*» (p. 191). Oltre, l'A., con particolare riferimento alle misure ripristinatorie in materia ambientale, sembra ricollegare la circostanza del loro essere espressione del concreto esercizio di funzione amministrativa propriamente intesa, con la sussistenza di margini di discrezionalità amministrativa attribuiti all'autorità competente (cfr. p. 198).

Qui si sostiene una posizione complementare a quella da ultimo riportata. E difatti, la funzione afflittiva propria delle sanzioni amministrative intese quali *pene in senso tecnico* esclude che queste possano considerarsi espressione di una funzione provvedimentale amministrativa e, con ciò, la sussistenza di margini di scelta riconducibili alla tradizionale nozione di discrezionalità amministrativa.

73 In termini analoghi, M.A. SANDULLI, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 2, per la quale «*la sanzione è essenzialmente rivolta a colpire il responsabile dell'illecito, attraverso la comminatoria di un male che esula dalla soddisfazione diretta (inteso quest'ultimo come aggettivo in senso finalistico e non contenutistico) dell'interesse (del soggetto pubblico o privato) specificamente pregiudicato. L'interesse che viene preso in*

direttamente finalità di pubblica rilevanza e consistenza pare essere – ancor prima che un dato facilmente evincibile dall'ordito positivo – circostanza imposta dal rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

L'inflizione di una misura afflittiva, di una *pena in senso tecnico*, non si giustificherebbe se non fosse in qualche modo funzionale alla tutela di interessi di una certa consistenza, a meno di non voler giustificare, sul piano della ricostruzione dogmatica, ipotesi di precetti assistiti da sanzioni per il mero capriccio o l'arbitrio del *rule maker*.

La sanzione, dunque, opera anzitutto in termini di dissuasione della generalità dei consociati (funzione general-preventiva) e, in caso di inosservanza del precetto, retribuisce il trasgressore[74] e ristabilisce la legalità violata (funzione retributiva), tentando inoltre di esercitare su questi una pressione psicologica affinché non ricommetta la violazione (funzione special-preventiva)[75].

Essa è retta dallo schema logico-formale dell'imputazione, in base al quale "Se *a*, allora *b*". Da una certa premessa – la protasi – in questo caso la violazione del precetto, segue una data conseguenza – l'apodosi – e cioè l'irrogazione della misura afflittiva[76].

La sanzione, anche quella amministrativa, replica la struttura del periodo ipotetico.

L'interesse pubblico generale, in simili evenienze, è a soddisfazione garantita, non residuando margini per l'apprezzamento di altri interessi, che al più trovano, per espressa previsione normativa, emersione nel momento dispositivo della quantificazione[77].

Quanto detto trova conferma nell'essenza stessa del fenomeno della depenalizzazione, alla base di numerose previsioni di sanzioni amministrative presenti nell'ordinamento positivo[78].

---

considerazione dalle norme sanzionatorie è invece piuttosto quello – pubblico – al rispetto dell'ordine giuridico (sia questo l'ordine generale o quello particolare dell'Amministrazione)».

74 «*Malum passionis, quod infigitur ob malum actionis*», secondo la nota definizione di Ugo Grozio in *De iure belli ac pacis*, l. II, cap. XX, § 1.1.

75 La tematica intercetta l'articolato dibattito penalistico sugli scopi e sulle funzioni della pena criminale. Su tali aspetti, per una panoramica generale v., per tutti, P. Nuvolone, *(voce) Pena (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 787 ss. Sulla punizione e sulle sue funzioni, nell'assetto contemporaneo, si v. le recenti riflessioni di G. Fiandaca, *Punizione*, Bologna, 2024.

76 Sul principio di imputazione v. A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, *cit.*, p. 149; Id., *(voce) Qualificazione giuridica (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991. In termini generali, sulla struttura della proposizione deontica, v. F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit.*, p. 154.

77 Si vedano, in particolare, l'art. 11, l. n. 689/1981 e l'art. 133 c.p. Su tale aspetto v. *infra* par. 3.3.

78 Come notato in dottrina, «*le sanzioni penali e quelle amministrative pecuniarie connesse a politiche legislative di depenalizzazione sono assimilabili: entrambe assolvono una funzione repressiva mediante l'irrogazione di una sanzione avente un contenuto afflittivo nei confronti del trasgressore. Due elementi forniscono una chiara prova di tale analogia di fondo: il modo di concepire il principio di legalità e la discrezionalità nell'applicazione della sanzione, segnatamente nella quantificazione di essa*», M.

E difatti, quel che nel reato costituiva il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, diviene l'interesse pubblico tutelato dalla sanzione amministrativa, in un *continuum* valoriale caratterizzato – il più delle volte – dal mero succedersi della sanzione amministrativa alle pene di cui all'art. 17 c.p.[79].

Il parallelismo tra il diritto penale e quello punitivo amministrativo è particolarmente efficace[80].

Nel sistema penale il bene giuridico tutelato non viene fatto oggetto di ponderazione con l'interesse perseguito dal reo nella commissione del reato o con altri ulteriori interessi emergenti nella fattispecie concreta.

Nella successione dal reato all'illecito amministrativo una simile statica rilevanza di ciò che prima era il bene giuridico tutelato non può che rimanere immutata nella sostanza. L'interesse pubblico generale (all'osservanza del precetto) non è sacrificabile e non dialoga con altri interessi[81].

LUNARDELLI, *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, *cit.*, p. 180.

79 Tanto da far parlare la dottrina penalistica, con specifico riguardo al fenomeno dell'efficacia della legge penale nel tempo, di successione impropria. Sul tema v. T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, p. 1322 ss.; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, *cit.*, p. 175 ss.; E. AGHINA, *La disciplina transitoria e le norme finali*, in G. Lattanzi, E. Lupo (a cura di), *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, Milano, 2001, p. 319 ss.; S. CARDIN, *Principi generali dell'illecito amministrativo*, Padova, 2005, spec. p. 22 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della fattispecie incriminatrice*, Napoli, 2008, p. 150 ss.; ID., *(voce) Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VII, Milano, 2014, p. 648 ss.; D. BIANCHI, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 322 ss.; V. TIGANO, *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, p. 1 ss.

Del resto, come autorevolmente osservato «*il mero mutamento della sanzione non può automaticamente mutare gli interessi tutelati dalla norma o i rapporti in atto, né può crearne di nuovi. In queste condizioni bisogna convenire che – oggi come oggi – una distinzione contenutistica di carattere generale tra reati e illeciti amministrativi non riesce a tenerla in piedi*», E. CASETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, *cit.*, p. 45 ss., in part. p. 54.

80 Tale assonanza «*tra sanzioni giurisdizionali e sanzioni amministrative*» è invece recisamente esclusa da F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, *cit.*, p. 41.

I punti di contatto tra diritto penale e amministrativo saranno illustrati con regolarità in questa sede, al fine di segnalare come fenomeni molto analoghi possano essere spiegati nella comune "galassia afflittiva", prescindendo dal ricorso alla categoria della discrezionalità amministrativa. Per questa felice formula v. R. BARTOLI, *La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Primo studio per un affresco*, in *sistemapenale.it*, 2 marzo 2021.

81 Un momento di autonoma rilevanza di interessi ulteriori può essere individuato in quegli istituti del diritto penale che vengono ricondotti dalla c.d. teoria quadripartita nell'alveo della punibilità e che sono spiegati in termini di valutazioni politico-criminali sull'opportunità dell'irrogazione della pena. Per una sintetica esposizione della teoria quadripartita v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2024, p. 241 ss.

Prescindendo in questa sede dal dibattito circa la collocazione della punibilità nella teoria analitica del reato e della stessa possibilità di poterla configurare, nell'esposizione degli elementi

Le ulteriori possibili sovrapposizioni concettuali tra illecito penale e amministrativo potrebbero essere a lungo elencate, ma il senso di quanto precede non cambierebbe. Il tentativo di affermare che la sanzione amministrativa – intesa in questa sede, lo si ribadisce, quale *pena in senso tecnico* – sia in grado di perseguire essa stessa direttamente l'interesse pubblico concreto affidato alle cure dell'amministrazione procedente si scontra con la statica[82] rilevanza assunta dall'interesse generale nel momento sanzionatorio, sconosciuta alle tradizionali funzioni di amministrazione attiva, specie se discrezionali[83].

3. Il profilo strutturale della potestà sanzionatoria amministrativa. I margini di scelta dell'amministrazione

Si sono così indicate le ragioni per le quali la sanzione amministrativa non sarebbe – sotto il profilo funzionale – strumento volto direttamente e concretamente alla cura dell'interesse pubblico e, dunque, un atto avente natura sostanzialmente provvedimentale.

Occorre ora declinare le implicazioni di quanto sin qui sostenuto rispetto al rapporto tra la potestà sanzionatoria dell'amministrazione pubblica e la discrezionalità amministrativa; questione «*di rilievo centrale, non solo per un corretto inquadramento del procedimento sanzionatorio, ma anche per una valutazione complessiva dell'istituto*»[84].

A fronte di un orientamento dottrinario prevalentemente orientato a negare spazi di discrezionalità amministrativa nel procedimento sanzionatorio[85], una parte della dogmatica opina diversamente[86].

---

del reato, quale autonomo elemento, preme qui evidenziare il fatto che financo in materia penale il legislatore prevede ipotesi di impunità nei confronti dell'autore di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole. Ciò non sta certo a significare che la potestà punitiva dello Stato sia rimessa all'arbitraria valutazione del giudice penale, quanto piuttosto che la risposta punitiva può arretrare nei casi e nei modi predeterminati dalla legge e sulla base di valutazioni di opportunità e di politica criminale rimessi al legislatore, inverate nella decisione giudiziaria del caso concreto. Del resto, valutazioni relative alla punibilità di un illecito amministrativo già perfetto (e dunque tipico, antigiuridico e colpevole) si rinvengono nella stessa l. n. 689/1981. Si pensi alla morte del trasgressore (art. 7), all'oblazione (cfr. art. 16 sul pagamento in misura ridotta) e alla prescrizione (art. 28). In termini, C.E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit*., p. 391.

82 Il riferimento alla staticità, del resto, non è casuale. Come già osservato (cfr. *supra*, nota n. 38), in punto di teoria generale, difatti, mentre è possibile apprezzare il provvedimento in un'ottica nomodinamica, la comprensione del fenomeno sanzionatorio è offerta da una visuale nomostatica dell'ordinamento giuridico, caratterizzata dalla relazione tra il precetto (la norma primaria) e la reazione sanzionatoria (la norma secondaria).

83 Del resto, chi opina diversamente finisce col rilevare l'anomalia con cui la potestà sanzionatoria perseguirebbe l'interesse pubblico e la compatibilità del diretto perseguimento di tale interesse anche in campo penale. Cfr. S. Cimini, *op. cit.*, pp. 66-68. In termini analoghi F. Goisis, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 337 ss.

84 C.E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 397.

85 Si vedano gli Autori già citati alla nota n. 23.

La giurisprudenza, dal canto suo, non è giunta a solide conclusioni, potendo però individuarsi una tendenza favorevole al carattere non discrezionale della potestà sanzionatoria in alcune pronunce della Corte di Cassazione, a fronte di orientamenti opposti sostenuti nella giurisprudenza amministrativa[87].

La prospettiva d'indagine tradizionale muove dalla distinzione tra discrezionalità amministrativa nell'*an* e discrezionalità amministrativa nel *quantum*.

Un tale approccio al tema, tuttavia, non sembra del tutto appagante. Esso, difatti, pare concentrarsi su taluni aspetti della decisione amministrativa (per l'appunto quelli relativi all'*an* e alla quantificazione), senza indagarne il sostrato conoscitivo e valoriale nel quale essa si colloca.

Su di un piano strutturale, poi, non sembra consentire l'apprezzamento degli autonomi frangenti nei quali le norme attributive e regolative della potestà sanzionatoria (e, più in generale, dei poteri amministrativi) possono prevedere l'emersione di margini di scelta in capo all'autorità procedente.

Per chiarire questi aspetti è necessario svolgere qualche preliminare considerazione sulla discrezionalità amministrativa[88], necessariamente contenuta nei

---

86 Per la dottrina meno recente U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901; E. Guicciardi, *Pene pecuniarie per infrazioni valutarie e competenza giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 1954, I, p. 151 ss.; G. Landi, *(voce) Disciplina (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 17 ss. Più di recente F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, *cit.*; S. Cimini, *op. cit.*, e, in parte, S.L. Vitale, *op. cit*.

La tesi della discrezionalità è poi sostenuta da quella dottrina che rinviene profili di specialità nella potestà sanzionatoria di pertinenza delle Autorità amministrative indipendenti. Si veda, in particolare, E. Bani, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, *cit.*; L. Bertonazzi, *Osservazioni sulla compatibilità tra l'istituto del pagamento in misura ridotta contemplato dall'art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689 e la funzione sanzionatoria dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di cui all'art. 3, comma 20, lett. c) della legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 831 ss.; R. Titomanlio, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007.

87 Per una ricca analisi delle principali posizioni della giurisprudenza v. F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, *cit.* pp. 80-95 e S.L. Vitale, *op. cit.*, p. 278 ss. Per la giurisprudenza civile Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489; Cass., sez. I, 14 novembre 1992, n. 12240; Cass., sez. I, 15 dicembre 1992, n. 13246; Cass., sez. lav., 11 aprile 2001, n. 5443; Cass. civ., Sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786. Nella giurisprudenza amministrativa, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584; Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542; Cons. Stato, sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4799; Cons. Stato, sez. VI, 19 aprile 2011, n. 2422; Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2251; Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256; Cons. Stato, sez. VI, 24 marzo 2011, n. 1813.

88 La rilevanza del concetto per la scienza amministrativistica e per la prassi è tale da aver dato luogo ad una letteratura sconfinata. Senza alcuna pretesa di esaustività si v., *ex multis*, M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, *cit.*; C. Mortati, *(voce) Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 1098 ss.; A. Piras, *(voce) Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 65 ss.; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 463 ss.; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, p. 3165 ss.; G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; G. Barone, *(voce) Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc.*

limiti di quanto funzionale al discorso qui condotto.

L'opinione comunemente diffusa, secondo la quale la discrezionalità amministrativa si risolve in una ponderazione di interessi, si deve – ancora una volta – al contributo di Massimo Severo Giannini[89]. Si è così disvelato il ruolo concreto dell'interesse pubblico e il suo non manifestarsi mai da solo, ma sempre interconnesso in un più ampio contesto valoriale.

Nell'ambito di un simile approccio ricostruttivo, la discrezionalità amministrativa assumerebbe centralità nella fase di concretizzazione dell'interesse pubblico, sulla scorta di un'operazione di carattere valutativo, rimessa dalla norma attributiva e regolativa del potere all'amministrazione. Indicato l'interesse pubblico amministrativo in via generale e astratta, all'amministrazione sarebbe richiesto di trasporlo sul piano della fattispecie concreta. All'atto dell'esercizio del potere la pubblica amministrazione individuerebbe la via più idonea per la cura concreta dell'interesse pubblico.

Tale concretizzazione avverrebbe sulla base di un'operazione comparativa, di carattere quantitativo e qualitativo, degli interessi pubblici e privati attinti dal potere, in modo che l'interesse pubblico perseguito (c.d. primario) possa essere soddisfatto «*secondo il valore che l'autorità ritiene che abbia nella fattispecie*»[90].

---

giur., vol. XIII, Roma, 1989; E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss.; C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 71 ss.; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, *cit.*; G. Bottino, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004; F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004; E. Codini, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale: per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309 ss.

89 M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, *cit*. Per un esame dell'evoluzione concettuale della categoria della discrezionalità nel pensiero di Giannini v. F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 ss. Sulla categoria della discrezionalità negli autori precedenti, v. G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, *cit.*, p. 240.

90 M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 74. Su questo aspetto della ricostruzione *gianniniana* si è osservato che l'attività di comparazione sarebbe necessaria «*perché il valore dell'interesse essenziale (motivo primario) viaria in ragione dell'incidenza che, nella fattispecie concreta, assumono gli interessi secondari (motivi secondari), che l'amministrazione non prenderebbe in considerazione in quanto tali, poiché la legge non gliene rimette la cura*», N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, *cit.*, p. 436 che, più avanti, sottopone a revisione critica l'assunto che l'interesse primario sia già dato all'atto della comparazione qualitativa con gli altri interessi, facendo notare come «*o la individuazione del concreto interesse pubblico si desume dalla norma, ma allora il suo apprezzamento deve necessariamente essere preceduto da un'attività interpretativa che la dottrina in commento non prende in adeguata considerazione, ovvero deve individuarsi mediante l'apprezzamento concreto dei soli interessi secondari, ossia attraverso un procedimento di conoscenza (ma meglio si potrebbe dire di comprensione) della realtà inevitabilmente avulso dal confronto con la fattispecie normativa; con la conseguenza che, ove l'emergenza dell'interesse pubblico finisse con lo scaturire dall'apprezzamento dei soli*

Questa attività di ponderazione sarebbe la ragion d'essere della categoria, la cui necessità logico-giuridica si dovrebbe rinvenire nella «*esigenza che, nella cura di ciascun interesse pubblico, l'autorità competente possa tener conto degli interessi che con quello concorrono o che a quello accedono*»[91]. Tramite l'esercizio del potere discrezionale la pubblica amministrazione si farebbe dunque concreta portatrice dell'interesse pubblico nella specifica vicenda di vita di relazione, intervenendo sul *quid*, sull'*an*, sul *quando*, sul *quomodo* del potere stesso[92].

La concretizzazione di detto interesse troverebbe emersione formale con l'adozione del provvedimento amministrativo. Il legislatore, dunque, affiderebbe all'amministrazione il difficile ruolo di soppesare tutti gli interessi e domare la complessità della realtà, adottando la determinazione che in quello specifico contesto risulti preferibile.

L'esito della scelta rimessa all'amministrazione non potrebbe mai dirsi scontato, potendo ipotizzarsi il caso di una fattispecie concreta in cui l'interesse pubblico primario risulti subvalente rispetto agli altri interessi in gioco, pubblici o privati che siano. La soluzione ottimale del "problema amministrativo", dunque, è una soluzione aperta[93], rimessa all'apprezzamento dell'amministra-

---

interessi secondari, questo tipo di attività escluderebbe in radice la possibilità di operare una comparazione, in assenza di uno dei due postulati termini di relazione» (p. 438).

91 F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, *cit.*, p. 1048, nota n. 10. In termini, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, *cit.*, p. 102.

92 In termini, P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, vol. II, Milano, 1992, p. 7. Per una riflessione sul tema della discrezionalità nel *quando*, si veda A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988.

93 Le difficoltà sorte nel coniugare funzione provvedimentale e potere vincolato possono trovare una chiave di lettura proprio nell'esito "a soluzione chiusa" che caratterizza i provvedimenti vincolati. Di qui i dubbi sulla stessa riconducibilità di simili provvedimenti alla categoria generale.

La tesi dell'inqualificabilità in termini provvedimentali degli atti adottati nell'esercizio di un potere vincolato pare prendere le mosse da una identificazione tra potere amministrativo e discrezionalità ed è solitamente ricondotta ad alcune riflessioni esposte da Miele in un contributo del 1944, ove l'A. afferma che «*nel caso di un atto giuridico compiuto in adempimento di un obbligo, occorrerà esaminare se esso altra modificazione non produca che l'estinzione dell'obbligo stesso (*solutio*), nel qual caso non v'è posto per il potere giuridico, o se, oltra a questa, vi sia una modificazione giuridica autonoma che non si possa spiegare con l'effetto proprio dell'adempimento dell'obbligo, e allora essa dovrà essere ricondotta a un potere giuridico*», G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 114 ss., in part. p. 116; ID., *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1953, p. 45. In termini, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, pp. 279 e 289; G. GUARINO, *(voce) Atti e poteri amministrativi*, cit., p. 101; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, p. 155 ss.

Nello stesso senso si afferma che «*d'un potere dell'amministrazione può utilmente parlarsi solo con riferimento ai casi in cui quest'ultima disponga d'un certo margine di discrezionalità, cioè di un margine che consenta l'affermazione di una volontà compiutamente espressa dalla norma: e quindi per l'affermazione della volontà di un precetto che non sia semplice proiezione, nel concreto, di quello posto dalla legge*», così F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, *cit.*, p. 376 ss.; più recentemente L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, p. 37 ss.

Così opinando, però, sembrerebbe operarsi una sovrapposizione concettuale tra il potere come capacità e il potere come situazione giuridica soggettiva. Per una più approfondita

zione procedente e alla sua capacità di cogliere l'effettiva consistenza di tutti gli interessi incisi dal potere[94].

Rispetto alla tematica che qui si affronta, è sulla scorta della concezione *gianniniana*[95] che una parte della dottrina scorge momenti di discrezionalità amministrativa nell'esercizio della potestà sanzionatoria[96]. Non mancano poi diverse ricostruzioni, che individuano nella sanzione amministrativa la spendita di discrezionalità tecnica o di discrezionalità giudiziale.

La prospettiva d'indagine qui proposta sottende un'impostazione parzialmente diversa, basata su una preliminare scomposizione – in termini strutturali – dell'azione dell'amministrazione pubblica.

---

disamina v. A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, p. 36 ss. il quale, più avanti – e più specificamente sul problema della vincolatezza del potere – ricorda che «*nel diritto amministrativo, il problema della configurabilità del potere a fronte dell'attività vincolata si è posto in ordine alla individuazione del concetto di atto amministrativo (negoziale, provvedimentale, o prima ancora nell'antica concezione dell'atto di impero) quale espressione di un potere autoritativo, in ragione del ruolo da esso ricoperto ai fini del riparto di giurisdizione. Se, infatti, l'impianto della legge di abolizione del contenzioso (All. E, l. n. 2248/1865) era stato originariamente interpretato in giurisprudenza (più complessa la situazione in dottrina) nel senso che la sfera di discrezionalità dell'Amministrazione (all'epoca considerata essenzialmente come sfera di libertà) non consentiva all'autorità giudiziaria ordinaria di sostituirsi alla scelta discrezionale effettuata, senza però escluderne per questo la giurisdizione, successivamente, con l'istituzione della IV Sezione e l'affermazione, nei primi decenni del '900, della teoria della degradazione, la presenza dell'atto discrezionale è valsa invece ad escludere il diritto (e quindi la giurisdizione ordinaria) […] La giurisprudenza, successivamente, si è posta nel senso per cui sussiste un diritto soggettivo quando la natura vincolata dell'atto sia configurata dalla legge non a tutela di un interesse pubblico perseguito dalla P.A., ma a tutela diretta e specifica di un interesse privato*» (p. 74, nota n. 89).

La tesi dell'inconfigurabilità della funzione provvedimentale in presenza di un potere vincolato è stata oggetto di attenta rielaborazione da parte di una nota dottrina, la quale ha rifondato le conclusioni poc'anzi esposte muovendo dalla distinzione tra norme di relazione e norme d'azione. Si veda, in particolare, A. Orsi Battaglini, *(voce) Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, p. 58 ss.; Id., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2007, p. 1213 ss. Si v. anche E. Guicciardi, *Concetti tradizionali e spunti ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1937, p. 51 ss.; Id., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957.

Quest'impostazione teorica risulta avversata dalla dottrina prevalente. Per tutti, v. F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, *cit.*; E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione, cit.*, p. 503; G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2005; B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, *cit.*

94 Se l'interesse pubblico esistesse solitario, la scelta dell'autorità dovrebbe sempre corrispondere a quella soluzione che realizzi la massimizzazione di quel dato interesse. In termini, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 480.

95 Concezione che, preme chiarirlo, non è rimasta certo esente da rilievi critici. A partire dalla esposizione del 1939, numerosi sono stati gli Autori che si sono confrontati con la ricostruzione offerta da Giannini. La tematica esula da queste brevi riflessioni. Ci si limita a segnalare, *ex multis*, C. Mortati, *(voce) Discrezionalità*, *cit.*; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, *cit.*; F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, spec. p. 195 ss.; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, *cit.*; E. Codini, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale: per una ridefinizione della*

Mentre sul piano funzionale, come appena notato, la distanza tra il provvedimento amministrativo e la sanzione amministrativa si fa siderale, su quello della struttura della decisione i punti di contatto risultano assai significativi, data la comunanza del modello procedurale di accertamento sulla cui base le rispettive decisioni vengono adottate[97].

Anche in questo caso, allora, l'esame del provvedimento amministrativo consente di chiarire il peculiare atteggiarsi della potestà amministrativa nell'irrogazione della sanzione.

Come già chiarito, il provvedimento amministrativo è concretizzazione dell'interesse pubblico nella vicenda di vita di relazione, in ciò dando concretezza anche al potere che in astratto la norma attributiva ha conferito all'amministrazione[98].

Le disposizioni che attribuiscono e regolano il potere identificano così i presupposti in presenza dei quali il provvedimento è validamente emanabile, la tipologia di effetti che il potere può produrre e il fine che l'amministrazione è chiamata a perseguire. In tal modo è possibile identificare i tre distinti piani dei presupposti, degli effetti e delle finalità del provvedimento[99].

Tra i presupposti, implicita è la vigenza della norma attributiva del potere. Altri presupposti possono appuntarsi su fatti, su altre norme, su valori o su interessi[100]. Gli effetti del provvedimento possono invece scorgersi in quel *quid novi* che esso immette nell'ordinamento. Le finalità del provvedimento identificano le conseguenze che l'atto produce sull'assetto degli interessi e dei valori esistenti.

La decisione amministrativa – se indagata su di un piano strutturale – tende così a snodarsi attraverso tre momenti: il primo attinente all'apprezzamento dei presupposti; il secondo relativo alla produzione dell'effetto; il terzo inerente alla individuazione dell'interesse pubblico concreto.

Ove le norme attributive e disciplinanti l'esercizio del potere riservino margini di scelta all'amministrazione e, dunque, margini di discrezionalità, è al-

---

discrezionalità, *cit.*; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, *cit.*; M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società, cit*. Per una approfondita disamina delle posizioni assunte dagli Autori citati rispetto al modello *gianniniano* di discrezionalità v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, *cit.*, p. 427 ss.

96 Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 91.

97 Sull'enucleazione del modello procedurale di accertamento v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, *cit.*, in part. p. 475 ss.

98 In termini, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 109.

99 Cfr. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit.*, p. 418.

100 Cfr. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit.*, p. 419.

lora possibile individuare tre fondamentali momenti di esercizio di tale discrezionalità[101]: nel momento conoscitivo, rispetto ai presupposti; nel momento dispositivo degli effetti; nel momento teleologico, nel quale si individua e si cura l'interesse pubblico[102].

Prima di procedere oltre pare però opportuna una precisazione.

Nella tradizione del diritto amministrativo si suole individuare nella discrezionalità amministrativa quel margine di scelta rispetto alle conseguenze giuridiche che alla fattispecie sono ricollegate e, dunque, un margine di scelta in ordine agli effetti del provvedimento. Quando poi nella fase istruttoria vengono in rilievo fatti complessi, concetti vaghi o concetti giuridici indeterminati, il cui apprezzamento involge saperi tecnico-specialistici, la dottrina tradizionale ricorre alla discussa nozione di discrezionalità tecnica[103].

---

101 La discrezionalità cui si fa cenno non si identifica propriamente con la discrezionalità amministrativa quale ponderazione di interessi, volendo qui riferirsi alla discrezionalità in senso lato, quale possibilità di scelta tra più soluzioni possibili.

102 In termini, F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit.*, p. 423; A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, *cit.*, p. 434.

103 Ammesso poi che di vera e propria discrezionalità possa parlarsi in simili casi, non avendo, quella tecnica «*proprio nulla di discrezionale … chiamandosi così per un errore storico della dottrina*», M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 488. Larga parte della dottrina ha assunto un atteggiamento ostile rispetto all'accostamento dei due termini, preferendo di gran lunga discorrere di valutazioni tecniche. In termini, V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, *cit.*, p. 291; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 130; M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019, p. 190.

Osserva Moliterni che le vicende che hanno interessato e che continuano a interessare «*la ricostruzione teorica e il concreto trattamento giuridico della discrezionalità tecnica sembrano sollevare seri dubbi rispetto alla stessa possibilità e utilità di riferimento a un simile concetto*», A. Moliterni, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in Aa.Vv., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, A. Moliterni (a cura di), Napoli, 2021, p. 35.

Per poter distinguere la discrezionalità tecnica da quella amministrativa pare necessario, in via preliminare, intendere per tecnica non già ogni genere di scienza o tecnica in senso oggettivo, perché altrimenti vi si ricomprenderebbe anche quella giuridica, appartenente alle scienze *lato sensu* sociali. Il riferimento alle conoscenze tecnico-specialistiche declina i concetti di scienza e tecnica in senso soggettivo, come sapere specialistico di pertinenza di pochi. In termini, F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit.*, p. 427.

Anche sulla discrezionalità tecnica la letteratura è assai vasta. Tra i molti, E. Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, p. 10 ss.; P. Virga, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, p. 95 ss.; V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; N. Daniele, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, vol. III, Milano, 1967, p. 293 ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. de Pretis, *Concetti giuridici indeterminati e discrezionalità tecnica*, Trento, 1990; Id., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; G. Abbamonte, *Discrezionalità tecnica e controllo di legittimità*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992, p. 3 ss.; A. Cariola, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 469 ss.; S. Baccarini, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 80 ss.; F. Salvia, *Considerazioni su tecnica e*

Rapportando quanto precede ai tre individuati momenti si sarebbe portati a ritenere – *prima facie* – che mentre la discrezionalità amministrativa pertenga al momento dispositivo, quella tecnica sarebbe riscontrabile in quello conoscitivo.

In realtà, come segnalato in dottrina[104], la discrezionalità amministrativa non si risolve in discrezionalità nel momento dispositivo, così come quella tecnica non coincide con la discrezionalità nel momento conoscitivo. Vi sono ipotesi in cui nella fase conoscitiva occorre selezionare interessi ed altre in cui la spendita di saperi tecnici influisce sull'individuazione della decisione amministrativa adeguata rispetto al caso concreto.

Il punto di osservazione offerto dai tre momenti dell'azione amministrativa non è, dunque, sovrapponibile alla tradizionale distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. Con i tre momenti si individuano altrettanti frangenti in cui l'amministrazione può operare delle scelte, nel senso minimale e generale del termine. Ciò, lascia impregiudicata la possibilità che in ciascuno dei momenti, sulla base della disciplina normativa, sia possibile individuare manifestazioni di discrezionalità amministrativa o tecnica tradizionalmente intese. Per tale via è possibile un separato esame dell'*agere* amministrativo, utile per scongiurare il rischio di estendere la categoria della discrezionalità amministrativa ad ogni operazione logica, intellettiva, applicativa e volitiva nell'ambito dell'esercizio della funzione[105].

È in una simile prospettiva che si procederà ora ad esaminare il rapporto tra la discrezionalità e la sanzione amministrativa, scomponendo la decisione sanzionatoria nei suoi tre momenti strutturali: *i)* conoscitivo, relativo all'accertamento (e sovente all'apprezzamento) dei presupposti; *ii)* dispositivo, afferente alla produzione degli effetti; *iii)* teleologico, per il cui tramite l'amministrazione finalizza la sua attività[106].

---

interessi, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 603 ss.; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 983 ss.; ID., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005; ID., *(voce) Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, Milano, 2008, p. 471 ss.

104 Cfr. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit.*, p. 426.

105 Mette in guardia sul punto N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, *cit.*, p. 417 per il quale, opinando diversamente si finisce per «*estendere una sfera di potere riservato ben oltre l'ambito di esplicazione della scelta tradizionalmente qualificata come "politica", svalutando da un lato l'apporto personale ed originale degli agenti coinvolti nella funzione e, dall'altro, qualificando come esclusivi dell'autorità atti ed operazioni di informazione, conoscenza, elaborazione e giudizio che, ancorché (tutti) strumentali al momento di adozione della scelta politica, non sembrano partecipare affatto né di quella discrezionalità predicata, salvo rare ed incerte eccezioni, dalle dottrine tradizionali, né di quel "potere riservato di apprezzamento" che orientamenti relativamente recenti hanno in varia guisa evidenziato*».

106 In termini, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit.*, p. 423; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, *cit.*, p. 434.

Il vantaggio che sembra scorgersi nella scomposizione e separata analisi dei tre momenti dell'azione amministrativa consiste nella possibilità di isolare l'oggetto su cui può effettivamente ricadere la facoltà di scelta dell'amministrazione e, con esso, ciò che può essere oggetto di sindacato giurisdizionale.

3.1. La sanzione amministrativa e la discrezionalità nel momento conoscitivo. La discrezionalità tecnica

Nel momento conoscitivo[107] l'amministrazione opera un raffronto tra i presupposti della fattispecie e la realtà materiale per come le si manifesta, al fine di individuarne la ricorrenza e adottare conseguentemente la decisione amministrativa.

L'accertamento dei presupposti pertiene strutturalmente alla fase procedimentale dell'istruttoria. In base alle caratteristiche di tali presupposti varia anche il tipo di accertamento o di valutazione operati dall'amministrazione.

Nel corso dell'istruttoria l'amministrazione può essere anzitutto chiamata a valutare interessi. Tipico esempio è quello del provvedimento di revoca *ex* art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990, tra i cui presupposti possono assumere rilievo mutamenti della situazione di fatto, ma anche «*sopravvenuti motivi di pubblico interesse*» o un nuovo apprezzamento «*dell'interesse pubblico originario*»; nelle due ultime ipotesi la disposizione citata implica la spendita di discrezionalità amministrativa (tradizionalmente intesa) già nel momento conoscitivo, in quanto l'apprezzamento degli interessi pubblici sopravvenuti o la diversa valutazione di quello originario non possono che essere condizionati dall'applicazione di quei canoni di buona amministrazione che sovrintendono l'uso del potere discrezionale da part dell'amministrazione.

Per un analogo tentativo, compiuto in ordine al potere interdittivo antimafia dell'autorità prefettizia, sia consentito il rinvio a L. Bordin, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2023, 14, 1 ss.

107 Sull'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967; D. Bortolotti, *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, Milano, 1984; M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996; M.P. Guerra, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996; N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, *cit.*; Aa.Vv., *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, F. Merloni (a cura di), Rimini, 2002; E. Carloni, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2011. Sull'importanza di tale attività nell'impalcatura della legge sul procedimento amministrativo v. M. Delsignore, *La centralità dell'attività conoscitiva nella concezione originaria della legge n. 241/1990 e la sua perdurante attualità*, in Aa.Vv., *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), Torino, 2021, p. 339 ss.

Nel momento conoscitivo possono venire in rilievo anche fatti semplici[108], corrispondenti al binomio esistenza/inesistenza[109]. Assumono poi crescente centralità i fatti complessi e i concetti giuridici indeterminati. È questo il campo dominato dalla discrezionalità tecnica[110]: la determinazione del mercato rilevante, la valutazione sul pregio artistico, il punteggio attribuito all'offerta di un operatore economico o alla prova concorsuale di un partecipante a un concorso pubblico sono solo alcune delle svariate ipotesi in cui l'amministrazione è chiamata a operare valutazioni tecniche[111].

Rapportando quanto precede alla tematica della potestà sanzionatoria amministrativa, è possibile scorgere, nel momento conoscitivo del procedimento sanzionatorio, margini di scelta latamente intesi.

Sulla scorta dei dati emersi all'esito della condotta analisi funzionale della potestà sanzionatoria, si ritiene di poter far coincidere i margini di scelta indicati con l'area della discrezionalità tecnica, non assumendo rilievo, in sede di esercizio di detta potestà, interessi concreti da ponderare[112].

---

108 Sulla distinzione tra fatti semplici e fatti complessi nella dottrina tradizionale v. F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, p. 276 ss.; ID., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, 1911, p. 773 ss.; L. RAGGI, *Questioni in materia di prove nei procedimenti avanti le Sezioni contenziose del Consiglio di Stato e della Giunta provinciale amministrativa*, in *Arch. giur.*, 1910, p. 177 ss.

109 Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 387.

110 La riconduzione dei concetti giuridici indeterminati alla discrezionalità tecnica avvicina la concezione italiana all'elaborazione tedesca. La dottrina tedesca, tra la fine dell'Ottocento e i primi anni del Novecento, si è sforzata di rendere controllabile dal giudice l'attività discrezionale della pubblica amministrazione, cfr. A PIRAS, *(voce) Discrezionalità amministrativa*, *cit.*, p. 71. In quest'ottica, il potere discrezionale si fonderebbe sui concetti indeterminati di origine normativa che, pur affidando all'amministrazione il compito di trasporli nella realtà concreta, imporrebbero comunque un vincolo, pienamente controllabile dal giudice con le forme dell'interpretazione diretta della norma, v. F. CINTIOLI, *(voce) Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, *cit.*, p. 474 che ivi evidenzia come «*Il fenomeno che nella nostra esperienza passa sotto il nome di discrezionalità tecnica … si è replicato in condizioni pressoché eguali in altri ordinamenti … In essi però ha assunto un'etichetta diversa, perché, quando si è affrontato il problema più significativo, vale a dire quello dei limiti al sindacato, si è parlato di controllo giudiziale sui concetti giuridici indeterminati, non di controllo sulla discrezionalità tecnica*». Il superamento dell'ipotesi ricostruttiva che assimilava la discrezionalità tecnica a quella amministrativa ha così consentito alla dottrina italiana l'accostamento della discrezionalità tecnica ai concetti giuridici indeterminati, in tal modo determinando l'evocato avvicinamento tra le due tradizioni dogmatiche. In termini, F. CINTIOLI, *(voce) Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, *cit.*, p. 479.

111 Per un recente esame dei settori di più rilevante impiego delle valutazioni tecniche, nel loro rapporto con il sindacato giurisdizionale si veda AA.VV., *Le valutazioni tecnico-scientifiche*, A. Moliterni (a cura di), cit. Sul rapporto tra l'incremento delle fattispecie che rimandano a saperi tecnico-specialistici e la crisi del principio di legalità dell'azione amministrativa cfr. F. CINTIOLI, *(voce) Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, *cit.*

112 Ancora una volta si scorge la grande distanza, sotto il profilo funzionale, tra la sanzione e il provvedimento. Come detto, difatti, rispetto a quest'ultimo non pare corretto istituire una relazione biunivoca tra discrezionalità nel momento conoscitivo e discrezionalità tecnica, potendo venire in rilievo – come del resto osservato a proposito della revoca *ex* art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 – anche discrezionalità amministrativa tradizionalmente intesa.

L'alternativa è, dunque, tra fatti semplici e fatti tecnicamente complessi. La differenza si rinviene tutta nel grado di opinabilità del risultato a cui l'amministrazione procedente perviene. Se il risultato non è opinabile può effettivamente parlarsi di accertamento dei presupposti; in caso contrario i presupposti, più che accertati, sembrerebbero apprezzati.

Nelle più rilevanti ipotesi di provvedimenti sanzionatori soggetti alla giurisdizione amministrativa, il momento conoscitivo è per l'appunto caratterizzato dalla spendita di discrezionalità tecnica.

Ciò è ovviamente rilevato anche da quanti scorgono discrezionalità (amministrativa) nell'esercizio della potestà sanzionatoria[113]. La presenza di valutazioni tecniche su fatti complessi o la necessità di dare concreta delimitazione a concetti giuridici indeterminati implica certamente una scelta che, tuttavia, non pare involgere propriamente e in modo diretto valori o interessi[114], sicché l'amministrazione non sarebbe chiamata ad adottare alcun criterio di preferenza tra gli stessi[115].

3.2. La sanzione amministrativa e la discrezionalità nel momento dispositivo: l'*an*

Il momento dispositivo è collegato «*alla situazione effettuale da porre in essere*»[116]. Dal punto di vista dogmatico la discrezionalità nel momento dispositivo implica un margine di scelta in ordine agli effetti del provvedimento, all'*an* della produzione dell'effetto, al *quomodo*, al *quando* di questa produzione[117].

Il tema della discrezionalità nel momento dispositivo intercetta quello della potestà sanzionatoria principalmente sotto i profili dell'*an* e della quantificazione che, come ricordato, costituiscono la tradizionale prospettiva indagata dalla dottrina.

Quanto all'*an*, anche gli Autori che ritengono di scorgere discrezionalità amministrativa nell'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa osservano come la regola della vincolatezza sia «*del tutto prevalente anche in giurisprudenza,*

113 Cfr. S. Cimini, *op. cit.*, p. 117.

114 Anche chi sostiene la tesi della discrezionalità amministrativa, infatti, avverte che in simili ipotesi il riferimento allo spazio di discrezionalità è inteso come mera possibilità di scelta. Cfr. S. Cimini, *op. cit.*, p. 125.

115 Criterio di preferenza che invece connota la presenza di discrezionalità nel momento teleologico. In termini A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, *cit.*, p. 436.

116 A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, *cit.*, p. 435.

117 Cfr. F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit.*, p. 425.

e su cui, in effetti, in via di prima approssimazione, non è dato discostarsi»[118].

Del resto, nella l. n. 689/1981 indici del carattere vincolato della potestà in esame sono tradizionalmente desunti dagli artt. 17 e 18 nella parte in cui il primo pone l'obbligo del rapporto e il secondo della doverosa instaurazione del procedimento[119].

Ma l'indisponibilità dell'*an* nel momento dispositivo sembrerebbe doversi predicare non solo – e non tanto – sulla scorta di singoli indici positivi, pur sussistenti, quanto piuttosto sul piano dei principi generali, quale precipitato dei canoni di ragionevolezza e imparzialità[120], sia sul piano sostanziale e cioè «*di adeguatezza della misura della sanzione alla gravità dell'illecito*», sia sotto il profilo formale «*di "indiscriminatezza" dell'irrogazione -, senza ammettere condizionamenti di "opportunità", né oggettiva (interessi amministrativi particolari), né, tantomeno, soggettiva (persona del trasgressore)*»[121].

In particolare, dall'art. 3 Cost. pare doversi dedurre che le esenzioni da *pene in senso tecnico* debbano di necessità rivestire carattere generale e astratto.

L'art. 97 Cost.[122], dal canto suo, nel richiede all'amministrazione di operare in modo imparziale, andrebbe declinato, nella prospettiva punitiva, in termini di maggior pregnanza, tali da imporre «*trattamenti eguali a parità di (pre)condizioni*»[123].

---

118 F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, *cit.*, p. 132. Molto cauto, nel riconoscere discrezionalità amministrativa nell'*an* pare essere S.L. Vitale, *op. cit.*, p. 286.

119 I due indici normativi sono valorizzati, ai fini dell'affermazione del principio di obbligatorietà procedimentale, da C.E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 382. In termini analoghi anche M.A. Sandulli, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*, pp. 15-16.

120 Cfr. G. Corso, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, *cit.*, p. 76.

121 C.E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 374.

122 Sulla possibilità di dedurre il principio di obbligatorietà dell'azione sanzionatoria della p.a. da quello costituzionale di buon andamento *ex* art. 97 Cost., cfr. M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie – principi sostanziali e procedimentali*, *cit.*, p. 198-199.

123 C C.E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 374, i quali danno atto del recepimento della tesi in esame anche nella giurisprudenza costituzionale, avendo la Consulta affermato che «*Non può peraltro disconoscersi che anche rispetto alle sanzioni amministrative ricorre l'esigenza della prefissione* ex lege *di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse, e ciò in riferimento sia al princìpio di imparzialità (art. 97 della Costituzione), espressamente invocato dal ricorrente, sia al princìpio di cui all'art. 23 Cost., implicitamente invocato con il denunziare la mancata previsione, ad opera della legge regionale, di criteri siffatti*», Corte cost. 14 aprile 1988, n. 447. La sentenza appena citata è stata in realtà letta da Goisis come conferma della legittimità costituzionale di una rinuncia alla pretesa sanzionatoria pecuniaria (cfr. F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, *cit.*, p. 136). Sul punto, osservano Paliero e Travi che «*Si trattava in questo caso dell'individuazione legislativa di fattispecie note ai penalisti come "bagatellari", sia pure attraverso un criterio rudimentale (l'ipotesi "bagatellare" è qui integrata dalla quantità esigua - della sanzione). Ma proprio la predeterminazione* ex lege*, con una disposizione di ordine generale, del criterio in base al quale*

L'esigenza di un trattamento eguale per situazioni identiche e diseguale per quelle diverse, consentirebbe dunque di enucleare dai principi di uguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di imparzialità (art. 97 Cost.) il corollario dell'obbligatorietà dell'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa; tale da escludere la rilevanza di scelte frutto di discrezionalità nel momento dispositivo riferite all'*an*, in modo affatto dissimile da quanto l'art. 112 Cost. predica per il pubblico ministero in ordine all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale[124].

Tali coordinate interpretative di carattere generale sembrerebbero attagliarsi anche all'attuale assetto del diritto positivo[125], consentendo dunque di escludere margini di scelta discrezionale in ordine al momento dispositivo riferibili all'*an* della *potestas puniendi* amministrativa[126].

3.2.1. Discrezionalità nell'an e potestà sanzionatoria amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato

---

la "rinuncia alla sanzione" debba operare (per di più in questo caso un criterio numerico, esatto quindi per definizione) esclude ogni possibilità di discrezionalità in senso tecnico dell'organo irrogante nell'esercizio della potestà sanzionatoria» (p. 375).

124 È noto, difatti, come tra le *rationes* del principio di obbligatorietà dell'azione penale venga incluso anche il principio di uguaglianza. Secondo la Corte costituzionale «*il principio di legalità (art. 25, secondo comma), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale*», Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88. Già in precedenza la Consulta ebbe a chiarire che «*l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero... è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale*» sicché l'azione è attribuita a tale organo «*senza consentirgli alcun margine di discrezionalità nell'adempimento di tale doveroso ufficio*», Corte. cost. 26 luglio 1979, n. 84. In termini, nella manualistica, O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2015, p. 51 ss., in part. p. 110; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019, p. 311; F. DELLA CASA, G.P. VOENA, *I soggetti*, in G. Conso, V. Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Milano, 2020, p. 2 ss., in part. p. 45; P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2021, p. 630. Si v. inoltre, V. ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, p. 291 ss.; M. CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati, IV. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali nel diritto obiettivo*, Milano, 1977, p. 100 ss.; M. SCAPARONE, *(voce) Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1988, p. 1094 ss., in part. p. 1100.

125 Assetto che peraltro, sulla scorta delle considerazioni svolte, sembra doversi ritenere costituzionalmente necessitato. Eventuali ipotesi di sanzione amministrativa propriamente detta – e dunque di *pena in senso tecnico* –, la cui applicazione fosse rimessa alla scelta discrezionale amministrativa dell'autorità procedente, porrebbero questioni di compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa che, per come ricostruito in questa sede, assurge a corollario di fondamentali principi costituzionali.

126 Come si è avuto modo di notare, difatti, la conclusione raggiunta sembra trovare conferma nelle disposizioni della l. n. 689/1981.

Per confermare un simile approdo, però, pare necessario confrontarsi con la potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti, rispetto alla quale la dottrina sembra maggiormente disposta – anche su un piano più squisitamente culturale, ancor prima che tecnico-giuridico – ad ammettere margini di scelta nell'an espressivi di discrezionalità amministrativa[127].

La questione non può essere affrontata analiticamente, rispetto a ciascuna Autorità amministrative indipendente dotata di strumenti sanzionatori. Per ragioni di economia espositiva, si prenderà come riferimento la potestà sanzionatoria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

La scelta si giustifica anche per il fatto che i riferimenti alla discrezionalità amministrativa nell'an intercettano nel dibattito dottrinario in modo ricorrente la potestà sanzionatoria di questa Autorità[128]. L'analisi va riferita, anzitutto, all'istituto – di derivazione europea[129] – degli impegni[130]. In base al disposto

127 Non è mancato però chi, con riferimento alle Autorità amministrative indipendenti, si è espresso negativamente in ordine alla presenza di margini di discrezionalità amministrativa in senso proprio, rispetto alla potestà sanzionatoria. In termini, M. Clarich, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. Cassese, S. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, i., p. 151-152. L'A., in particolare, dopo aver individuato due distinti modelli di irrogazione della sanzione, uno rimesso all'autorità politica e l'altro direttamente all'Autorità amministrativa indipendente, rileva la maggior coerenza dell'ultimo modello, osservando come «*La potestà sanzionatoria va considerata … come una sorta di completamento e di punto di chiusura del complesso dei poteri attribuiti a questo nuovo tipo di amministrazioni e, peraltro, la cogestione nell'esercizio di tale potestà con l'intervento, in qualsiasi forma, di organi di derivazione squisitamente politica, intacca la posizione di indipendenza funzionale delle autorità. Oltretutto, a differenza di quanto accade per altri provvedimenti di tipo sanzionatorio … nel caso dell'irrogazione di sanzioni pecuniarie sembra mancare qualsivoglia elemento di discrezionalità amministrativa in senso proprio e dunque sembra essere ancor meno giustificato l'intervento dell'autorità politica*».

128 Si v., ad esempio, l'ampio spazio dedicato all'AGCM nella ricostruzione della tematica operata da S. Cimini, *op. cit.*, p. 104 ss. Anche negli studi dedicati alle Autorità amministrative indipendenti in generale, è assai ricorrente il riferimento all'AGCM. Si v., ad esempio, l'ampio studio del rapporto tra discrezionalità e *Authorities* compiuto da P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, *cit*.

129 La decisione con impegni è istituto introdotto dall'art. 9 reg. CE/1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002. Per i riferimenti alla letteratura estera sul tema, v. V. Minervini, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, p. 163 ss., in part. p. 168, nota n. 24.

130 Su cui, v. R. Caiazzo, *Antitrust. Profili giuridici*, Torino, 2007, p. 264 ss.; L. Di Via, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, p. 229 ss.; M. Libertini, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate*, in Aa.Vv., *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, F. Cintioli, G. Olivieri (a cura di), Milano, 2007, p. 11 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, *cit.*, p. 171 ss.; F. Bertini, *Sanzioni amministrative, impegni, misure cautelari, programmi di clemenza e risarcimento del danno: un menù di scelte per l'impresa*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, p. 279 ss.; F. Cintioli, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari,* in Aa.Vv., *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, F. Cintioli, F. Donati (a cura di), Torino, 2008, p. 7 ss.; F. Polverino, *Procedure "negoziate" in materia antitrust: impegni e accordi transattivi*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, p. 411 ss.; R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 1380 ss.; A. Catricalà, A. Lalli, *L'antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento*, Milano, 2010, p. 96 ss.; V. Cerulli Irelli, *"Consenso" e "autorità" negli atti delle Autorità preposte alla tutela della*

dell'art. 14-ter legge 10 ottobre 1990, n. 287[131], gli impegni sono concepiti come un sub-procedimento di quello sanzionatorio, attivabile entro il termine di tre mesi[132] dall'avvio dell'istruttoria, su istanza dell'impresa interessata, esclusi i casi in cui «il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione»[133].

La presentazione di impegni, difatti, si risolve in una reazione all'apertura di un'istruttoria formale, non ancora culminata nell'irrogazione della sanzione. Gli impegni devono essere tali «*da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria*»[134]. L'AGCM, valutata l'idoneità degli impegni e dopo aver consultato gli operatori del mercato[135], «*può, nei limiti previsti dall'ordinamento comuni-*

---

concorrenza, in AA.VV., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), vol. I, Torino, 2010, p. 325 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, 2010, p. 503 ss.; M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in AA.VV., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *cit.*, p. 385 ss.; L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 509 ss.; P. DURET, *Gli accordi "novativi" della procedura: le "decisioni con impegni" nella disciplina antitrust*, in AA.VV., *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, D. Corletto (a cura di), Napoli, 2012, p. 35 ss.; C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012; G. MAZZANTINI, P. BERTOLI, *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza: un'analisi empirica a cinque anni dalla loro introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 141 ss.; V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, *cit.*; E. CARAVÀ, *La riapertura dei procedimenti antitrust chiusi con impegni: spunti di riflessione su prescrizione, decadenza e* ne bis in idem, in *Riv. dir. ind.*, 2015, p. 218 ss.

131 Inserito dall'art. 14, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248. Il modello è stato replicato anche in materia di pratiche commerciali scorrette (cfr. art. 27 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 per come modificato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146) e di pubblicità ingannevole (cfr. art. 8 d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145).

Gli impegni sono stati introdotti anche nella disciplina di altre Autorità amministrative indipendenti. Cfr. per l'AGCom, l'art. 14-*bis* d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248; per l'ARERA, l'art. 45, co. 3, d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93; per l'ART, l'art. 37, co. 3, lett. f), d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con modificazioni da l. 22 dicembre 2011, n. 214. Per parte della dottrina, una tale diffusione dell'istituto ne avrebbe comportato l'ascrizione al diritto amministrativo generale. Sul punto, cfr. L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in AA.VV., *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), Padova, 2013, p. 109 ss.

132 Termine non perentorio, ma meramente ordinatorio e sollecitatorio, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773.

133 Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-*ter* della l. 10 ottobre 1990, n. 287, § 6, adottata con Delibera AGCM 6 settembre 2012, n. 23863, *in parte qua* recependo le indicazioni evincibili dal considerando n. 13 del reg. CE/1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002. A un simile approdo, sarebbe stato possibile comunque giungere sulla scorta del riferimento, nell'art. 14-*ter* cit. ai «*limiti previsti dall'ordinamento comunitario*», che per tale via richiama la normazione eurounitaria, incluso, per l'appunto, il considerando n. 13 del reg. CE cit.

134 Nella Comunicazione cit. si aggiunge che, ai fini del giudizio di idoneità, gli impegni devono risultare «*idonei a rimuovere gli effetti della propria condotta*» (§ 4).

135 Come stabilito a seguito delle modifiche apportate all'art. 14-*ter* l. 10 ottobre 1990, n. 287 dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, attuativo della direttiva UE/2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle Autorità garanti della

tario, renderli obbligatori».

Di particolare rilievo, per la disamina qui condotta, è la circostanza che la decisione di accoglimento degli impegni «*chiude il procedimento senza accertare l'infrazione*»[136].

Ai fini dell'accettazione degli impegni è dunque necessario il concreto ricorrere dei seguenti presupposti: *a)* la formulazione di una proposta da parte dell'impresa attenzionata; *b)* la non gravità delle violazioni oggetto di provvisorio addebito; *c)* la valutazione di idoneità formulata dall'AGCM, in ordine alla capacità degli impegni di eliminare i profili anticoncorrenziali emersi[137].

Per comprendere la tipologia di potere esercitato dall'AGCM in materia di impegni – e prescindendo in questa sede dall'articolato dibattito sulla natura della decisione di accettazione degli stessi[138] – di particolare ausilio è quella ricostruzione dottrinaria[139] che distingue il piano della valutazione sull'ammissibilità della proposta di impegni – relativo al presupposto *sub b)* – da quello relativo alla loro idoneità.

---

concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

136 In ciò è possibile cogliere una profonda differenza con la procedura di transazione di cui all'art. 14-*quater* l. n. 287/1990, il cui comma 3 espressamente prevede che le imprese, per poter perfezionare l'accordo transattivo, «*riconoscano la propria partecipazione a un'infrazione degli articoli 2 e 3 della presente legge ovvero degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché la rispettiva responsabilità*». La procedura transattiva, dunque, sottintende un'ammissione di responsabilità per l'infrazione. Evidenti le affinità funzionali con l'istituto processualpenalistico dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, di cui agli artt. 444 ss. c.p.p.

137 Cfr. S.L. Vitale, *op. cit.*, p. 273.

138 È possibile individuare una tesi prevalente che scorge, nella decisione con impegni, una figura riconducibile agli accordi di cui all'art. 11, l. n. 241/1990. In questi termini, V. Cerulli Irelli, *"Consenso" e "autorità" negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza*, *cit.*; L. De Lucia, V. Minervini, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, *cit.*; C. Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, *cit.*; M. Libertini, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate*, *cit.*; A. Scognamiglio, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, *cit*. Secondo un altro orientamento, invece, la decisione di accettazione degli impegni conserverebbe carattere unilaterale. In termini, R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, *cit.*; F. Cintioli, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, *cit*. Questo indirizzo è seguito, in giurisprudenza, anche da Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 2009, n. 7307 ove si osserva che «*la presentazione di impegni e la loro accettazione non integrano una sorta di accordo bilaterale tra impresa e autorità, ma introducono nell'ambito di un procedimento antitrust una fase costituita dalla valutazione degli impegni, da svolgere sulla base di criteri obiettivi e con la partecipazione di ogni soggetto interessato. Le decisioni con impegni non sono neanche assimilabili agli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo, in quanto la valutazione rimessa all'Autorità, lungi dal configurare un accordo tra le parti, integra, piuttosto, un provvedimento unilaterale, che valuta positivamente e rende giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte*» (§ 5). Secondo altra tesi, sostenuta da G. Gitti, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *cit.*, p. 1111 ss., in part. 1122 ss., gli impegni configurerebbero contratti transattivi.

139 Ci si riferisce a V. Minervini, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, *cit*.

Secondo la dottrina in esame, la verifica sull'ammissibilità della proposta di impegni non involge profili di discrezionalità amministrativa, implicando l'esercizio di un potere del tutto simile a quello sollecitato nel procedimento sanzionatorio[140]. In questa fase, infatti, l'Autorità valuta – alla luce dell'apparato normativo che si assume violato – la fattispecie oggetto di contestazione, al fine di verificare se presenti o meno elementi di gravità tali da non consentire di percorrere la via degli impegni, oppure se la fattispecie contestata sia *medio tempore* cessata[141]. In questo modo, il potere appare «*del tutto omologo a quello sotteso al procedimento sanzionatorio, di applicazione obiettiva della legge. Stando alle previsioni normative, si tratta infatti di porre in essere un'attività di* adjudication*, ossia di verifica di una fattispecie concreta alla luce della fattispecie astrattamente prevista dalla norma sanzionatoria, per verificarne gli elementi di gravità o la cessazione*»[142]. Nel valutare l'ammissibilità degli impegni, dunque, la legge non sembrerebbe lasciare spazio a «*considerazioni di mera "opportunità" che non siano rapportate ad elementi obiettivi della fattispecie*»[143].

Nella seconda fase, invece, volta alla verifica della idoneità degli impegni, il giudizio espresso dall'AGCM sembrerebbe travalicare la funzione propriamente sanzionatoria, «*involgendo profili valutativi diversi e più ampi, attinenti piuttosto alla correzione della dinamica concorrenziale e, almeno nella maggior parte dei casi, alla riparazione degli effetti negativi prodotti dall'illecito*»[144], posizionandosi più nell'alveo della funzione di amministrazione attiva, caratterizzata dalla spendita di discrezionalità amministrativa[145].

---

140 Cfr. V. Minervini, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, *cit.*, p. 177 ss. L'A. ritiene che la valutazione di ammissibilità implichi spendita di discrezionalità tecnica. Per vero, le argomentazioni sostenute dall'A. sembrano evocare il concetto che qui si declina in termini di discrezionalità giudiziale.

141 Cfr. V. Minervini, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, *cit.*, p. 177.

142 V. Minervini, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, *cit.*, p. 177.

143 V. Minervini, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, *cit.*, p. 178 che subito dopo aggiunge che tale approdo ricostruttivo dell'esercizio della funzione «*ne consente anche lo scrutinio giurisdizionale che, altrimenti, rischierebbe di risultare meramente estrinseco e, in definitiva, svuotato di contenuto*».

144 V. Minervini, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, *cit.*, p. 180.

145 Il tema non è affrontabile in questa sede. Si segnala, ad ogni modo, che diverse sono state, e sono tutt'ora, le elaborazioni dottrinarie attinenti alla configurazione delle funzioni delle Autorità amministrative indipendenti in termini di attività discrezionale ovvero di attività meramente tecnica (e, per tale via, neutrale).

Sul tema cfr., almeno, F. Merusi, *Considerazioni generali sulle Autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, F. Bassi, F. Merusi (a cura di), Milano, 1993, 151 ss., il quale ha ricostruito il rapporto tra funzioni indipendenti (*in primis* di regolazione, ma anche di vigilanza, controllo, ecc.) e attività politico-amministrativa in termini di netta separazione. Ciò che ne consegue, sul piano concreto, è il riconoscimento alle Autorità amministrative indipendenti di poteri, oltre che di carattere normativo, anche di tipo provvedimentale a

Ciò, però, non pare contrastare con quanto qui sostenuto, in ordine all'assenza di momenti di discrezionalità amministrativa riferiti all'*an* della potestà sanzionatoria dell'amministrazione. Negli impegni, difatti, solo la valutazione di idoneità è rimessa alla discrezionalità (probabilmente amministrativa) dell'AGCM, che però si colloca in un momento successivo, rispetto al quale la cesura con il procedimento sanzionatorio propriamente detto è già avvenuta per mezzo della valutazione di ammissibilità della proposta degli impegni, condotta alla stregua di quei criteri di qualificazione e sussunzione della fattispecie propri della discrezionalità giudiziale e dell'esercizio della potestà sanzionatoria *tout court*[146].

---

contenuto propriamente discrezionale. La legittimazione di tali poteri sarebbe rintracciabile nelle norme di rilievo sovranazionale che impongono, a tutela della concorrenza del (e per il) mercato, l'assegnazione di pieni poteri e funzioni a soggetti alieni dall'indirizzo politico. Cfr., altresì, le riflessioni svolte unitamente a Passaro, tra cui, F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011, spec. p. 32 ss.

Si rinvia anche all'articolata ricostruzione svolta da P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, *cit*.

Di avviso parzialmente contrario, ma solo con riferimento alla legittimazione democratica delle *Authorities*, è M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, p. 39 ss., la quale – guardando con ritrosia alla sostanziale ritirata dello Stato dal controllo del mercato e contestando il carattere neutrale delle Autorità di regolazione quale presupposto per la legittimazione istituzionale delle stesse – ha inteso ricondurre anche le Autorità amministrative indipendenti nell'alveo del circuito democratico-rappresentativo. In tale modo si attribuirebbe alle funzioni da queste svolte sostanziale valenza politico-amministrativa (dotata, quindi, di discrezionalità). In questo senso anche M.T.P. Caputi Jambrenghi, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, spec. p. 239 ss., la quale esclude il carattere di neutralità nelle funzioni esercitate dalle *Authorities* (cfr. p. 253), riportando l'esempio delle funzioni tutt'altro che neutrali esercitate dall'AGCM; così già A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, *cit.*, p. 128 ss., secondo il quale «*Nell'esercizio dei suoi poteri l'Autorità non ha "una posizione di indifferenza verso gli interessi coinvolti" avendo istituzionalmente in carico la cura dell'interesse pubblico primario alla tutela del mercato*» (p. 137).

Altra parte dottrina, invece, perviene alla conclusione che – in ragione del carattere dinamico e ambivalente della funzione regolatoria, per come consolidatasi proprio a seguito del processo di liberalizzazione dei mercati – le Autorità amministrative indipendenti «*non operano scelte propriamente politico-discrezionali, preordinate alla cura di un interesse pubblico in senso proprio*», E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, 2019, 17 ss., al quale si invia per una ricostruzione analitica delle diverse posizioni assunte in dottrina.

146 L'art. 14-*ter*, comma 2, l. n. 287/1990, consente di irrogare una sanzione pecuniaria per il caso del mancato rispetto degli impegni resi obbligatori. La facoltatività della sanzione – che sembrerebbe porre in crisi quanto sin qui sostenuto – è spiegabile nei termini che seguono. In primo luogo, si tratta della violazione di impegni assunti sulla scorta di una previa verifica di non gravità della condotta. Non essendo grave, in partenza, l'infrazione contestata con l'apertura dell'istruttoria, il legislatore ha qui consentito all'AGCM – mediante la formulazione "*può irrogare*" in luogo di "*irroga*" – di procedere ad una nuova valutazione circa la gravità del fatto, alla stregua delle stesse coordinate che hanno illuminato la valutazione di ammissibilità degli impegni, poi violati. Del resto, non mancano nell'ordinamento giuridico ipotesi nelle quali anche l'autorità giudiziaria è chiamata a valutare – sulla scorta delle peculiarità del caso concreto posto al suo esame – la possibilità o meno di irrogare una sanzione, in caso di mancata ottemperanza a un suo previo provvedimento (cfr. a mero titolo di esempio, art. 255 c.p.c. e art. 133 c.p.p.).

Di particolare interesse, per i sostenitori della tesi della discrezionalità amministrativa, sono poi i programmi di clemenza[147], anch'essi di derivazione europea e mutuati dall'esperienza statunitense[148].

L'istituto rinviene la propria disciplina negli artt. 15-*bis* e ss., l. n. 287/1990[149].

Com'è noto, i programmi di clemenza consentono la non applicazione della sanzione – incidendo dunque sull'*an* del momento dispositivo – o la sua irrogazione in misura ridotta – in ciò intercettando il tema del *quantum*. Poiché *plus semper in se continet quod est minus*, si è optato per il loro esame in questo paragrafo, dedicato all'*an*, ferma restando l'estensione delle considerazioni qui svolte anche al profilo del *quantum* della sanzione.

A mente dell'art. 15-*bis*, l. n. 287/1990, l'AGCM adotta con provvedimento generale un programma di trattamento favorevole, con il quale definisce i casi in cui la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata o ridotta per le imprese che rivelano la loro partecipazione a cartelli segreti[150], va-

147 Su cui v. J. Bertone, M. Maggiolino, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1370 ss.; M. Clarich, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 265 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, *cit.*, p. 190 ss.; F. Bertini, *Sanzioni amministrative, impegni, misure cautelari, programmi di clemenza e risarcimento del danno: un menù di scelte per l'impresa*, *cit.*; F. Denozza, *I programmi di clemenza*, in Aa.Vv., *Recenti innovazioni in materia antitrust*, *cit.*; F. Polverino, *Procedure "negoziate" in materia antitrust: impegni e accordi transattivi*, *cit.*; M. Vatiero, *Programma di clemenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, p. 437 ss.; V. Cerulli Irelli, *"Consenso" e "autorità" negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza*, in Aa.Vv., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *cit.*; V. Meli, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato e i programmi di clemenza*, in Aa.Vv., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *cit*, p. 419 ss.; P. Ziotti, *Programmi di clemenza nel diritto della concorrenza*, in *Dig. pubbl.*, Agg., Torino, 2012, p. 575 ss.; P. Cassinis, *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in Aa.Vv., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, L.F. Pace (a cura di), Napoli, 2013, p. 397 ss.; M. Trimarchi, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, M. Allena, S. Cimini (a cura di), in *Dir. econ.*, 2013, p. 85 ss.

148 Cfr. la Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese (G.U.C.E., n. C 207, 18 luglio 1996), la successiva Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (G.U.C.E., n. C 45, 19 febbraio 2002), la Comunicazione 2006/C 298/11 (in G.U.C.E., n. C 298, 8 dicembre 2006) e le modifiche apportate dalla Comunicazione 2015/C 256/01 (in G.U.U.E., C 256, 5 agosto 2015). Rilevano la derivazione statunitense dell'istituto, tra gli altri, J. Bertone, M. Maggiolino, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, *cit.*; M. Clarich, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, *cit.*

149 L'attuale disciplina è il risultato delle modifiche apportate alla l. 10 ottobre 1990, n. 287 dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, di attuazione della citata direttiva (UE) 2019/1. In precedenza, l'istituto era regolato dall'art. 15, comma 2-*bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287, inserito dall'art. 14, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248.

150 Di cui ora, l'art. 15-*bis*, comma 2, l. n. 287/1990, fornisce una definizione normativa. Ai fini dell'applicazione dei programmi di trattamento favorevole, difatti, «*per cartello segreto si*

lutazione da operare alla stregua della qualificata collaborazione prestata dall'impresa nell'accertamento degli *antitrust infringements*. L'art. 15-*bis*, comma 3 e l'art. 15-*ter*, l. n. 287/1990, individuano rispettivamente gli elementi che l'impresa deve disvelare per la concessione dell'immunità dalla sanzione o per la sua riduzione. L'art. 15-*quater*, l. n. 287/1990, stabilisce invece le condizioni generali che il richiedente deve soddisfare per poter beneficiare del trattamento favorevole.

Di particolare rilievo, per il discorso che si sta conducendo, è la previsione dell'art. 15-*sexies*, comma 1, ult. periodo, l. n. 287/1990, a mente della quale «*la scelta dell'Autorità in ordine all'accoglimento della domanda è pienamente discrezionale*».

La tesi della discrezionalità amministrativa muove dal presupposto che, mediante i *leniency programs*, l'AGCM curerebbe in concreto l'interesse pubblico alla concorrenza. Il loro fondamento, infatti, si rinverrebbe nella «*prevalenza dell'interesse pubblico alla scoperta degli illeciti antitrust più gravi, rispetto all'interesse a sanzionare la singola impresa che – pur avendovi partecipato – li denunci*»[151].

Volendo prescindere, in questa sede, dal riferimento a un supposto "interesse" a sanzionare[152] di cui sarebbe titolare l'Autorità e richiamando quanto sopra sostenuto in merito al diverso ruolo dell'interesse pubblico nelle funzioni di

---

intende un accordo o pratica concordata fra due o più concorrenti, di cui è celata in tutto o in parte l'esistenza, volta a coordinare la loro condotta concorrenziale sul mercato o a influire sui pertinenti parametri di concorrenza mediante pratiche consistenti, tra l'altro, nel fissare o coordinare i prezzi di acquisto o di vendita o di altre condizioni di transazione, anche in relazione ai diritti di proprietà intellettuale, nell'allocare quote di produzione o di vendita, nel ripartire i mercati e i clienti, tra l'altro mediante manipolazione delle gare d'appalto, le restrizioni delle importazioni o delle esportazioni o azioni anticoncorrenziali dirette contro altre imprese concorrenti».

151 A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, *cit.*, p. 192. In termini analoghi S. Cimini, *op. cit.*, pp. 100 ss. e 112; S.L. Vitale, *op. cit.*, p. 272.

152 L'amministrazione, con l'irrogazione della sanzione, non sembrerebbe infatti soddisfare un interesse suo proprio, ma un interesse di ordine generale. Il riferimento all'interesse alla sanzione, anziché alla potestà sanzionatoria, sembra evocare la dicotomia tra diritto soggettivo di punire – di cui sarebbe titolare l'amministrazione – e dovere di irrogare la punizione – che farebbe capo al giudice penale – presente nel pensiero di Zanobini, cfr. G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 50.

Il problema non si è posto solo in tema di sanzioni. Basti ricordare l'annoso dibattito in ordine agli effetti del riconoscimento della legittimazione a ricorrere *ex* art. 21-*bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287 in capo all'AGCM. Com'è noto, l'armonizzazione della disposizione citata con la tradizionale concezione in termini soggettivi della giurisdizione amministrativa è avvenuta tramite la "subiettivizzazione", in capo all'AGCM, dell'interesse pubblico alla concorrenza, della quale essa sarebbe titolare e non mera tutrice. Si vedano, A. Carbone, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. e mercato*, 2018, 1, p. 43 ss.; A. Moliterni, *La legittimazione ad agire dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in Aa.Vv., *Quando lo stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, M. Macchia (a cura di), Napoli, 2019, p. 35 ss. e la letteratura ivi citata. Per un recente impiego giurisprudenziale della tesi della "subiettivizzazione", v. Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192.

amministrazione attiva e in quella sanzionatoria, nonché quanto rilevato da parte della dottrina in ordine al diverso ruolo dell'interesse pubblico nell'attività delle *Authorities*[153], ci si limita ad osservare come l'AGCM, nel caso dei programmi di trattamento favorevole, non rinuncia alla sanzione perché ciò è considerato maggiormente in linea con il perseguimento del "suo" interesse (alla concorrenza), ma proprio perché ciò risulta funzionale a una miglior conduzione della politica *lato sensu* "criminale" condotta dall'Autorità stessa.

La decisione di ammettere un'impresa "pentita" a un programma di trattamento favorevole, difatti, non sembrerebbe fondarsi su valutazioni tanto dissimili da quelle che spingono il Procuratore della Repubblica procedente a richiedere, ai sensi dell'art. 11, d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, l'ammissione di un pentito di mafia al programma di protezione per i collaboratori di giustizia.

Il parallelismo – che *prima facie* potrebbe suonare stravagante – può giustificarsi per la comune logica che sembra animare due istituti apparentemente tanto distanti fra loro.

Non a caso, si esprime in termini fortemente evocativi del diritto penale chi, occupandosi dei programmi di clemenza, ha evidenziato come questi si risolvono nel riconoscimento di una «*immunità concessa al membro del cartello che, dissociandosi per primo dal "*pactum sceleris*", denuncia gli altri componenti del cartello e si trasforma in un "collaboratore di giustizia" (anche se non necessariamente in un pentito convinto)*»[154].

Con i programmi di trattamento favorevoli l'AGCM non persegue – o meglio, non dovrebbe perseguire, stante lo statuto legale dei poteri ad essa attribuiti – finalità *lato sensu* regolatorie e, dunque, conformative di un determinato mercato, o di un suo segmento, bensì rinunzia alla – o diminuisce la – sanzione in vista di un preciso risultato, quello di disvelare un cartello segreto, risultato questo prodromico alla successiva punizione di quanti vi abbiano preso parte.

I programmi di trattamento favorevole, dunque, consentono un più efficace ed efficiente *public enforcement* rispetto alle più gravi forme di *antitrust infringements*, in ciò ponendosi in posizione ancillare rispetto alla potestà sanzionatoria riconosciuta all'AGCM.

L'istituto sembrerebbe allora presentare non poche affinità con quelle peculiari ipotesi che, nel diritto penale sostanziale e processuale[155], consentono al

153 Cfr. L. Torchia, *op. cit.*

154 M. Clarich, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, *cit.*, p. 265.

155 S'è visto come, a seconda del tipo di contributo offerto dall'impresa "pentita", l'AGCM possa concedere l'esenzione dalla sanzione o una sua riduzione. Una simile conformazione dell'istituto ricorda scelte di politica criminale ispirate dalla c.d. teoria del "ponte d'oro", in base alla quale l'ordinamento, al fine di prevenire l'offesa ai beni giuridici, farebbe leva sulla promessa di impunità (o di una riduzione di pena) come controspinta psicologica alla spinta illecita. Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 499. Gli Aa. espongono la teoria del "ponte d'oro" per giustificare la *ratio*, ancora attuale, degli istituti della desistenza e del recesso attivo nel delitto tentato: nel primo caso, gli atti compiuti sino al momento della desistenza non sono punibili, salvo che non costituiscano autonomi reati; nel

giudice di valutare – in concreto – la punibilità di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole. Per mezzo dei *leniency programs* l'AGCM non ponderebbe interessi contrapposti ma, valutando gli elementi forniti dall'impresa "pentita", raffronterebbe i costi (anche in termini di effettività e di capacità dissuasiva della normativa antitrust *sub specie* di funzione deterrente dell'armamentario sanzionatorio) connessi all'impunità (o alla riduzione della sanzione) riconosciuta in favore di tale impresa, con i benefici concretamente ricavabili dall'emersione del cartello segreto.

Tale complesso raffronto è sì «*pienamente discrezionale*» come il legislatore ha sentito la necessità di ricordare[156], ma non nella tradizionale declinazione amministrativistica. Anche in questo caso, il giudizio rimesso all'AGCM parrebbe presentare non pochi margini di sovrapponibilità con le valutazioni discrezionali proprie dell'autorità giudiziaria chiamata ad accertare l'illecito e a irrogare la conseguente sanzione.

All'esito di questa breve – e necessariamente parziale – disamina dei principali profili problematici posti dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287, è possibile riprendere l'esame delle caratteristiche della potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione su un piano più generale e affrontare l'annosa questione della discrezionalità nel *quantum*.

3.3. *Segue*. La possibile discrezionalità nel momento dispositivo: *quantum*

Di discrezionalità nel momento dispositivo è possibile effettivamente discorrere con riguardo alla quantificazione della sanzione amministrativa, attenendo tale operazione intellettiva alla concreta determinazione del contenuto afflittivo della sanzione stessa.

---

secondo caso, invece, l'impedimento dell'evento consente una forte diminuzione della pena in concreto.

Più in generale, come si è tentato di chiarire nel corso delle presenti osservazioni, numerosi sembrano i punti di contatto tra alcuni istituti del diritto penale e talune peculiari manifestazioni della potestà sanzionatoria amministrativa.

Tornando ai programmi di trattamento favorevole, si anticipa come la possibilità di una riduzione della sanzione si giustifichi pienamente senza il ricorso alla categoria della discrezionalità amministrativa. E difatti, che si debba tener conto del comportamento dell'incolpato, anche con riferimento «*all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione*» lo impone – per tutte le sanzioni amministrative pecuniarie – l'art. 11, l. 24 novembre 1981, n. 689, anche in questo caso con non marginali assonanze rispetto alle valutazioni del giudice penale (cfr. artt. 62, n. 6, 133, comma 2, n. 2, 162-*ter*, c.p.). Del resto, è lo stesso art. 31, l. 10 ottobre 1990, n. 287, a richiamare – in tema di sanzioni – i principi della l. 24 novembre 1981, n. 689. L'art. 11, l. 24 novembre 1981, n. 689 è richiamato anche nella Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152, con la quale sono state adottate le Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

156 Possibile indice della difficoltà di conciliare margini di scelta molto ampi con le caratteristiche della potestà sanzionatoria.

Ciò è particolarmente evidente nelle sanzioni amministrative pecuniarie in cui è prevista una cornice edittale. In simili evenienze è rimessa all'amministrazione la concreta individuazione del quantum, rispetto alla quale si è discorso tanto di discrezionalità tecnica, quanto di quella amministrativa.

Alla prima posizione, riscontrabile sia in giurisprudenza[157] che in dottrina[158], non sembrerebbe potersi aderire.

Per vero, l'operazione intellettiva sottesa alla quantificazione della sanzione pecuniaria parrebbe fondarsi su valutazioni di carattere eminentemente giuridico, non involgenti dunque quei saperi tecnico-specialistici che costituiscono il proprium della controversa categoria della discrezionalità tecnica[159]. In senso critico non si è inoltre mancato di osservare come la discrezionalità tecnica potrebbe trovare spazio nella fase di accertamento della violazione del precetto, nel caso in cui vengano in rilievo fatti non già semplici ma complessi, non nella fase determinativa del quantum[160], con ciò collocandosi il margine di scelta nel momento conoscitivo e non in quello dispositivo.

La tesi della discrezionalità amministrativa – come già chiarito – poggia le sue fondamenta argomentative sull'assunto che il sanzionare sia attività di cura diretta dell'interesse pubblico. Il perseguimento dell'interesse istituzionalmente affidato alla pubblica amministrazione implicherebbe che gli spazi di scelta concessi dalla legge – tra il minimo e il massimo edittale – potrebbero essere colmati solo con la spendita di discrezionalità amministrativa. La determinazione della giusta sanzione seguirebbe a una preliminare fase di ponderazione degli interessi coinvolti nella vicenda.

---

157 V. Cass., sez. lav., 11 aprile 2001, n. 5443.

158 R. Conti, *Le sanzioni amministrative*, in *Modifiche al sistema penale. Depenalizzazione e illecito amministrativo*, vol. I, Milano, 1982, p. 191, in part. p. 223 ss., ove osserva che «*È generalmente ritenuto in dottrina e in giurisprudenza che l'autorità amministrativa nella determinazione della sanzione amministrativa sia investita dello stesso potere "discrezionale" del quale dispone l'autorità giudiziaria nell'applicazione della pena. Va peraltro sottolineato, ad evitare possibili equivoci, che ciò non ha nulla a che fare con la discrezionalità amministrativa, che esprime una ponderazione di interessi: piuttosto, nella scelta della pena, a discrezionalità del giudice è affine alla c.d. discrezionalità tecnica e si concreta in un giudizio valutativo di fatti vincolato a parametri predeterminati che tuttavia, attenendo a discipline non esatte, conserva inevitabilmente un margine di opinabilità*». Si v. anche E. Riva Crugnola, *La determinazione della misura delle sanzioni amministrative*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, *cit.*, p. 475 ss. La posizione della A. da ultimo citata si mostra però più composita, riferendo la discrezionalità tecnica al momento della determinazione del *quantum*, cfr. E. Riva Crognola, *op. cit.*, p. 482. Ma poco prima essa afferma limpidamente che «*Il potere discrezionale dell'amministrazione nell'applicazione della sanzione, analogamente a quello attribuito al giudice dall'art. 133 del codice penale, si risolve quindi in una attività valutativa della gravità dell'illecito nel caso concreto, attività alla quale è del tutto estranea la cura diretta di uno o più specifici interessi pubblici*», E. Riva Crugnola, *op. cit.*, p. 481.

159 Come già osservato in precedenza (cfr. nota n. 103), per poter distinguere la discrezionalità tecnica da quella amministrativa pare necessario, in via preliminare, intendere per tecnica non già ogni genere di scienza o tecnica in senso oggettivo, perché altrimenti vi si ricomprenderebbe anche quella giuridica, appartenente alle scienze *lato sensu* sociali.

160 S. Cimini, *op. cit.*, p. 92.

Nella dottrina che offre tale lettura del fenomeno sanzionatorio è ancora una volta ricorrente il richiamo all'attività sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti. In estrema sintesi, si sostiene che, in tale settore, il legame tra la potestà sanzionatoria e gli altri poteri ad esse attribuiti sarebbe talmente stretto da lasciar trasparire l'assoluta rilevanza dell'interesse pubblico affidato all'Authority all'atto della quantificazione della sanzione. Il riconoscimento del carattere discrezionale di quest'attività sarebbe, secondo la dottrina in esame, dato acquisito in giurisprudenza[161].

Lo stretto legame tra le diverse attribuzioni rimesse alle Autorità amministrative indipendenti è un dato effettivamente non controvertibile e dal quale pare potersi evincere (al più) una coerente linea di politica legislativa. Ma la dottrina in esame sembrerebbe dedurre da ciò una conclusione che non può qui condividersi, sulla scorta delle già svolte considerazioni in ordine al profilo funzionale della sanzione amministrativa e al diverso atteggiarsi dell'interesse pubblico nell'attività delle Autorità amministrative indipendenti.

La tesi della discrezionalità amministrativa richiama a proprio fondamento anche i criteri di commisurazione delle sanzioni amministrative pecuniarie stabiliti all'art. 11 l. n. 689/1981. La rilevanza attribuita dalla disposizione alla gravità dell'illecito e all'opera svolta dal trasgressore per eliminare o attenuare le conseguenze della violazione disvelerebbe la centralità, nel momento dispositivo, della concreta cura dell'interesse pubblico leso dal trasgressore[162].

Il dato normativo però, sembra potersi leggere anche in una differente – e ad avviso di chi scrive più perspicua – prospettiva.

E difatti, l'art. 11 l. n. 689/1981 più che presentare assonanze con una norma attributiva di potere amministrativo discrezionale, pare disvelare una marcata simmetria con l'art. 133 c.p.[163]. La compresenza di criteri soggettivi e

---

161 Eccezion fatta per le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti la cui cognizione il legislatore affida alla giurisdizione ordinaria. In tal caso, il mancato riconoscimento del carattere discrezionale della commisurazione della sanzione viene spiegato come una sorta di razionalizzazione *ex post* delle scelte legislative – non certo lineari – in materia di riparto di giurisdizione. In termini, F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, *cit.*, p. 84.

162 Nella stessa logica sembrerebbe leggersi, da parte della dottrina che qui non si condivide, la disciplina dei programmi di clemenza in materia antitrust, dalla quale emergerebbe la prevalenza dell'interesse pubblico all'assetto concorrenziale dei mercati rispetto all'interesse a sanzionare la singola impresa.

163 Rileva l'assonanza Cerbo, il quale osserva come la sanzione pecuniaria graduata tra un minimo e un massimo consente di rispondere a esigenze di garanzia. Con tale tipologia di sanzione è difatti possibile «*graduare la pena concretamente irrogata in rapporto alla gravità dell'illecito, con un meccanismo non molto difforme da quello previsto (ovviamente per le sanzioni penali) dall'art. 133 del codice penale*», P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 11.

Non si è mancato di rilevare come «*la c.d. discrezionalità del giudice è criterio di giudizio, per l'adeguamento della decisione alle caratteristiche specifiche del caso, non per tutelare un qualche interesse (ammenoché non ci si riferisca all'interesse, del tutto desoggettivato, dell'ordinamento, della giustizia); mentre la discrezionalità amministrativa è criterio di esercizio del potere, per la scelta della soluzione adatta a soddisfare quell'interesse che è soggettivato nella stessa autorità competente. In nulla differisce, da tale "discrezionalità" del*

oggettivi, infatti, non sembrerebbe implicare necessariamente una ponderazione di interessi tradizionalmente intesa nell'operazione di quantificazione della sanzione.

La valutazione circa la gravità dell'incisione dell'interesse pubblico, infatti, è assimilabile al giudizio sulla gravità del reato, in ordine alla capacità dell'illecito penale di ledere o porre in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice[164].

Il richiamo alla personalità del trasgressore, poi, sembra volto «a caratterizzare l'illecito amministrativo in termini di "riprovevolezza" e di "meritevolezza di sanzione" con assoluto parallelismo rispetto all'illecito penale»[165].

La comune ispirazione dei criteri per l'applicazione della sanzione nel sistema penale e amministrativo si potrebbe dedurre anche dalla rilevanza attribuita alle condizioni economiche del reo[166].

La loro considerazione non pare indicare, infatti, che l'amministrazione sia chiamata a una ponderazione, tenendo conto delle capacità reddituali del trasgressore, quanto piuttosto l'esigenza, originata dal rispetto di fondamentali principi ordinamentali di rilievo costituzionale, di garantire la parità di trattamento nell'esercizio della potestà sanzionatoria[167].

Non sembrerebbe, poi, dirimente il riferimento al canone di proporzionalità per la quantificazione della sanzione, pur richiamato da una parte della dottrina per sostenere la natura discrezionale amministrativa della determina-

---

giudice, lo spazio di libertà rilasciato dalla legge alle autorità amministrative nell'applicazione delle sanzioni, da adeguare alla gravità della violazione (e, se del caso, alla personalità del trasgressore)», E. Capaccioli, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, *cit.*, p. 119.

164 In simili evenienze «*la valutazione dell'interesse si esaurisce sul piano della determinazione della intensità della messa in pericolo o del danno cagionato dalla violazione*», proprio in termini analoghi a quanto si desume dall'art. 133 c.p. Così, C.E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 371.

165 C.E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*, p. 369.

166 Non sembra un caso che l'art. 133-*bis* c.p. sia stato introdotto nella trama codicistica proprio dalla l. 24 novembre 1981, n. 689.

167 Del resto, ancor prima che sul piano giuridico-costituzionale, la considerazione delle condizioni economiche in materia di misure afflittive pecuniarie pare spiegabile su quello logico. La medesima sanzione pecuniaria, in presenza di una identica trasgressione, incide in maniera diversa sul patrimonio di un ricco possidente e su quello di un trasgressore le cui condizioni economiche rasentano la soglia della povertà. Ciò rileva anche in ordine alle funzioni general-preventiva e special-preventiva delle misure afflittive, le quali non riuscirebbero a svolgere alcuna forma di pressione psicologica all'osservanza del precetto sui consociati dotati di maggior forza economica. In questi termini anche Paliero e Travi, i quali osservano come il criterio delle condizioni economiche sia «*decisamente "orientato verso la prevenzione speciale", nei limiti in cui impedisce che condizioni economiche favorevoli rendano "insensibile" l'agente al carattere "afflittivo" e "intimidatorio" della sanzione, e verso la prevenzione generale, nei limiti in cui i potenziali destinatari del precetto vengano diffidati dal "confidare" su eventuali sproporzioni fra l'entità della sanzione e le proprie disponibilità finanziarie, che renderebbero la violazione "conveniente"*» C.E. Paliero, A. Travi, *(voce) Sanzioni amministrative*, *cit.*

zione del quantum[168]. In simile prospettiva ermeneutica, il principio di origine comunitaria[169] sarebbe richiamato dall'art. 1 l. n. 241/1990 e dunque sovrintenderebbe al regolare esercizio di un'attività amministrativa discrezionale. Ma che non si possa "sparare colpi di cannone contro i passeri"[170] è principio comune all'azione di tutti i pubblici poteri[171] e certo non può dirsi vigente nell'ordinamento nazionale solo per via del richiamo a quello sovranazionale operato dall'art. 1 l. n. 241/1990.

Del resto, in campo penale la più recente giurisprudenza costituzionale valorizza in misura sempre maggiore il ruolo della complessiva proporzione del trattamento sanzionatorio del reo ai fini dello scrutinio della legittimità costituzionale delle scelte di dosimetria sanzionatoria operate dal legislatore[172].

---

168 Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 103.

169 In verità tracce del principio si rinvengono nell'atto di nascita del diritto amministrativo italiano, tradizionalmente risalente alla pubblicazione, nel 1814, delle *Istituzioni di diritto amministrativo* di Gian Domenico Romagnosi. Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 1106.

170 Com'è noto, l'espressione "*mit Kanonen auf Spatzen schießen*" risale a Fleiner che in questi termini esemplificava il senso del principio di proporzionalità nel 1912, v. F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tubinga, 1912, p. 354. Si è però notato che «*It is therefore useful to briefly refer, first of all, to the German principle of proportionality that, as a terminus tecnicus of legal language, was used for the first time as early as 1802. While the famous Fritz Fleiner's descriptive formula, according to which the police should not shoot sparrows with cannons, dates back more than a century*», D.U. GALETTA, *The EU principle of proportionality and judicial review: its origin, development, dissemination and the lessons to be learnt from the EU Court of Justice*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, p. 619 ss., in part. p. 622.

Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo si v., tra i numerosissimi contributi, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 361 ss.; S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Torino, 2023. Per un esame del principio su di un piano più generale v. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, *cit.*

171 Sull'immanenza del principio nell'ordinamento, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2024, n. 690; Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2023, n. 4554; Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; TAR Lazio, Latina, sez. I, 16 settembre 2015, n. 616, TAR Abruzzo, Pescara, 1° luglio 2004, n. 641.

172 Si vedano, Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 222, Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63; Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112; Corte cost. 24 aprile 2020, n. 73; Corte cost. 9 marzo 2021, n. 55; Corte. Cost. 15 giugno 2023, n. 120.

In dottrina, *ex multis*, E. ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020; I. GRIMALDI, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5; M. GAMBARDELLA, *Il primato del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 26 ss.; L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *sistemapenale.it*, 2021; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.

Anche la Corte di Giustizia ha valorizzato, di recente, il principio. Cfr. CGUE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, C-205/20, sulla quale v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia*, in *sistemapenale.it*, 2022.

Recentemente, poi, la Consulta ha nuovamente affermato la possibilità di uno scrutinio in ordine alla proporzionalità della sanzione, con riferimento anche all'illecito amministrativo a

Se quanto precede è vero, dal diritto positivo non paiono emergere con chiarezza indici della presenza di margini di discrezionalità amministrativa nel momento dispositivo riferibili al quantum, a meno di non voler con ciò intendere che ove un margine di scelta nella commisurazione della sanzione sia riconosciuto a un soggetto formalmente amministrativo, esso debba essere qualificato per ciò solo in termini di discrezionalità amministrativa, per distinguere appunto sul piano soggettivo chi amministra da chi giudica; in ciò, però, accogliendo una nozione di discrezionalità amministrativa in termini soggettivi, assai distante da quella invalsa nella dogmatica amministrativistica e allo stato assolutamente prevalente.

Le difficoltà di ricondurre la scelta del *quantum* nell'alveo della discrezionalità tecnica o di quella amministrativa giustificano l'emersione della tesi della discrezionalità giudiziale[173].

In una prima fase dell'elaborazione scientifica[174], la linea di confine tra discrezionalità amministrativa e giudiziale era ravvisabile nella sottoposizione della seconda a vincoli normativamente imposti e desumibili proprio dagli artt. 132 e 133 c.p., a fronte di una discrezionalità amministrativa rimessa di fatto all'arbitrio del potere esecutivo.

Una tale ricostruzione è oggi inservibile per almeno due ordini di ragioni.

Anzitutto, il formante giurisprudenziale sembrerebbe aver contribuito a un rovesciamento della distinzione appena tracciata. Com'è noto, nel diritto penale si è assistito a uno svilimento del ruolo della motivazione sulla misura della pena, con una giurisprudenza di merito che si rifà a formule generiche e richiami apodittici ai criteri dell'art. 133 c.p. e una giurisprudenza di legittimità che arretra il suo sindacato ove la determinazione della pena si attesti nell'intorno del minimo edittale[175]. Al contrario, l'evoluzione della giurisprudenza am-

carattere punitivo, cfr. Corte cost. 14 aprile 2022, n. 95.

173 Per un inquadramento dogmatico del tema v. E. Dolcini, *(voce) Potere discrezionale del giudice (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 744 ss.

174 Come efficacemente chiarito da Goisis (F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, *cit.*, p. 107 ss.), la riflessione sulla distinzione tra le due forme di discrezionalità risale, essenzialmente, all'opera di Bellavista. In argomento, G. Bellavista, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1964; E. Dolcini, *(voce) Potere discrezionale del giudice (diritto penale)*, *cit.*, p. 749.

175 Cfr., *ex multis*, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, *cit.*, p. 793; T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2019, p. 380, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, *cit.*, p. 742 ss. Osserva Dolcini «*come i giudici di merito siano largamente orientati verso l'applicazione delle pene nel minimo edittale … e quindi, sostanzialmente, verso una correzione delle stesse valutazioni legislative: né sorprende che, nel quadro di tale indirizzo, si faccia costante ricorso a motivazioni apparenti. Mancano di conseguenza i presupposti per un controllo di legittimità sui profili di diritto sostanziale della commisurazione della pena: le pronunce della Cassazione, come già si è rilevato, si ispirano ad una linea di gelosa salvaguardia della sovranità del giudice di merito*», E. Dolcini, *(voce) Potere discrezionale del giudice (diritto penale)*, *cit.*, p. 752. Per la giurisprudenza di legittimità, difatti, «*La graduazione della pena, anche in relazione agli aumenti ed alle diminuzioni previsti per le circostanze aggravanti ed attenuanti, rientra nella discrezionalità del giudice di merito, il quale, per assolvere al relativo*

ministrativa mostra un costante e progressivo affinamento delle tecniche di sindacato sull'esercizio del potere discrezionale, anche per il tramite dello scrutinio sull'eccesso di potere.

In secondo luogo, è innegabile che il diritto positivo si sia evoluto in senso garantistico per quanto riguarda l'esercizio del potere amministrativo discrezionale, implementando «*pervasivi principi giuridici sostanziali (tra l'altro oggi codificati dall'art. 1, co. 1, l. n. 241 del 1990)*»[176] che guidano e vincolano l'amministrazione nell'adozione del provvedimento discrezionale[177].

Nell'attuale dibattito, dunque, le due forme di discrezionalità si differenzierebbero in quanto quella giudiziale sarebbe finalizzata all'individuazione della soluzione giusta in relazione alla gravità dell'illecito e alla personalità del trasgressore, mentre quella amministrativa perseguirebbe la concreta cura dell'interesse pubblico[178].

Contro la ricostruzione fondata sulla discrezionalità giudiziale viene però rilevato che essa comporterebbe un appiattimento sul perseguimento di mere finalità di giustizia a detrimento di ulteriori interessi pubblici, emergenti anche in sede penalistica, primo fra tutti il finalismo rieducativo della pena. Se ne ricaverebbe, dunque, che la commisurazione della sanzione sarebbe «*conformata ad un determinato obiettivo (non di mera astratta giustizia, ma) di specifico interesse pubblico, quello alla rieducazione di quel dato individuo*»[179] e ciò renderebbe inservibile l'impiego della discrezionalità giudiziale, che avrebbe «*(forse) senso in una visione meramen-*

---

obbligo di motivazione, è sufficiente che dia conto dell'impiego dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen. con espressioni del tipo: "pena congrua", "pena equa" o "congruo aumento", come pure con il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere, essendo, invece, necessaria una specifica e dettagliata spiegazione del ragionamento seguito soltanto quando la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale», Cass. pen., sez. II, ud. 27 aprile 2017 – dep. 21 luglio 2017, n. 36104 e, ancora «*Non è necessaria una specifica e dettagliata motivazione del giudice nel caso in cui venga irrogata una pena al di sotto della media edittale che deve essere calcolata non dimezzando il massimo edittale previsto per il reato, ma dividendo per due il numero di mesi o anni che separano il minimo dal massimo edittale ed aggiungendo il risultato così ottenuto al minimo*», Cass. pen., sez. III, ud. 22 febbraio 2019 – dep. 9 luglio 2019, n. 29968.

176 F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, *cit.*, pp. 108-109.

Sui principi generali che regolano l'azione della pubblica amministrazione si v., per tutti, F. de Leonardis, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in Aa.Vv., *L'azione amministrativa*, *cit.*, p. 1 ss.

177 Come autorevolmente osservato di recente, si assiste a un fenomeno per certi versi opposto a quello che ha caratterizzato il contesto costituzionale nel quale il concetto di discrezionalità amministrativa è sorto. In particolare, la discrezionalità sarebbe oggi sottoposta a limiti quantitativi e qualitativi particolarmente stringenti. Essa, non sarebbe «*più lo spazio libero da leggi, ma lo spazio occupato da tante regole e da molti controllori. Richiede un bilanciamento diverso dalla ponderazione di cui scriveva Giannini nel 1939, perché include anche il sistema dei controlli*», S. Cassese, *La nuova discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, p. 725 ss., in part. p. 727.

178 Cfr. E. Capaccioli, *Principi in tema di sanzioni amministrative*, in Aa.Vv., *Le sanzioni in materia tributaria. Atti del Convegno*, *cit.*, p. 139; Id., *Il procedimento di applicazione delle sanzioni*, in Aa.Vv., *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980)*, *cit.*, p. 119.

te retributivistica della sanzione»[180].

Il ragionamento – pur nella sua assoluta linearità – non pare potersi condividere.

Anzitutto, la circostanza che il finalismo rieducativo sarebbe incompatibile con la discrezionalità giudiziale ma compatibile con quella amministrativa sembra scontrarsi con un dato esperienziale ancor prima che giuridico, in base al quale le corti penali quotidianamente esercitano proprio il potere di cui all'art. 132 c.p. nell'ottica illuminata dall'art. 27, comma 3, Cost.

In secondo luogo, non sembra condivisibile la considerazione del finalismo rieducativo alla stregua di un interesse pubblico perseguibile da parte dell'amministrazione. Così congegnando la finalità rieducativa, essa rientrerebbe nell'operazione di bilanciamento e ponderazione propria del potere discrezionale amministrativo, con ciò non potendosi astrattamente garantire che essa prevalga sempre e comunque. Il rischio, dunque, è che, per questa via, la funzione rieducativa delle *pene in senso tecnico* possa essere piegata ad altre mutevoli esigenze, ritenute prevalenti nella fattispecie concreta alla luce del criterio di preferenza individuato di volta in volta dall'amministrazione, di fatto strumentalizzando il trasgressore, destinatario di una sanzione che va oltre il suo grado di colpevolezza, per come determinato alla luce dei criteri oggettivi e soggettivi di cui agli artt. 133 c.p. e 11 l. n. 689/1981.

Per tali ragioni, la rieducazione del trasgressore[181] non sembrerebbe declinabile in termini di interesse pubblico concreto e specifico perseguito dalla pubblica amministrazione, quanto piuttosto come un valore costituzionale di assoluta preminenza, che guida, dall'alto, l'interprete (sia esso amministratore o giudice) nell'opera determinativa della giusta sanzione, non obliterabile in favore di altri interessi pubblici o privati[182].

È bene ribadire che la tesi della discrezionalità giudiziale non nega ma presuppone il riconoscimento di un potere di scelta in capo

---

179 F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, *cit.*, p. 115.

180 *Ibidem*.

181 Sulla non operatività della funzione emendativa della pena alle sanzioni amministrative pecuniarie v. però M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie – principi sostanziali e procedimentali*, *cit.*, p. 148.

182 Com'è noto, in materia penale la giurisprudenza costituzionale ha subito una profonda evoluzione. La Consulta, interpretando in senso restrittivo l'art. 27, comma 3, Cost., ha per lungo tempo relegato la funzione rieducativa alla fase esecutiva della pena e in particolare al trattamento penitenziario. A orientare le decisioni della Corte è stata la tradizionale concezione polifunzionale della pena, in base alla quale «*non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena*», Corte cost. 22 novembre 1974, n. 264. Soltanto con la storica sentenza n. 364/1988 si è avuta una piena valorizzazione dell'art. 27, comma 3, Cost. anche in relazione all'*an* della responsabilità penale. Si è giunti così ad affermare che «*la funzione rieducativa non potrebbe essere obliterata dal legislatore a vantaggio di altre e diverse funzioni della pena, che siano astrattamente perseguibili*», Corte cost. 24 luglio 2007, n. 322 e più recentemente, Corte cost. 11 luglio 2018, n. 149.

all'amministrazione[183].

Quel che si nega, invece, è che nell'operare la scelta sia possibile procedere ad una ponderazione degli interessi coinvolti, secondo la dinamica dell'interesse pubblico propria della discrezionalità amministrativa, con ciò ribadendo che la scelta del *quantum* non può essere attratta nell'alveo del momento teleologico dell'esercizio della potestà sanzionatoria, trovando la sua sede naturale proprio in quello dispositivo.

La formula della discrezionalità giudiziale pare dunque essere quella più idonea a chiarire l'effettiva conformazione strutturale della scelta che l'amministrazione è chiamata ad operare. La possibilità di scelta è ancorata a criteri diversi dalla selezione e dalla valutazione degli interessi concreti, difettando un criterio di preferenza rimesso all'amministrazione; sicché, nell'operazione intellettiva di quantificazione, si incide sugli effetti della sanzione, non sui suoi fini.

3.4. La sanzione amministrativa e (l'incofigurabilità del)la discrezionalità nel momento teleologico

La previsione – ad opera della norma attributiva e regolativa del potere – di discrezionalità nel momento teleologico implica la possibilità di scelta delle finalità che l'amministrazione può perseguire con la sua azione. Il *quid novi* introdotto nel circuito ordinamentale dal provvedimento amministrativo assurge dunque a regola di fine[184].

Come ripetutamente osservato, il fine del provvedimento è individuato nella cura concreta dell'interesse pubblico. Ciò avviene – in presenza di discrezionalità nel momento teleologico – attraverso un'opera di concretizzazione dell'interesse pubblico e di sua ponderazione comparativa con gli altri interessi attinti dalla vicenda di esercizio del potere[185].

---

183 La scelta implica discrezionalità, ma «*la discrezionalità cui si fa riferimento in questo caso non è quella c.d. "amministrativa", ma quella che in diritto penale viene chiamata "discrezionalità del giudice" (cfr. art. 132 c.p.)*», così P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, *cit*., p. 11.

184 Le regole di fine mirano a orientare comportamenti futuri dei consociati e qualificano in senso deontologico un determinato assetto di interessi o di valori da soddisfare o attuare per il tramite della modalità deontica indicata. In termini, F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit*., p. 433; si veda anche M. Atienza, J. Ruiz Manero, in M. Taruffo (ed. italiana a cura di), *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, p. 14 ss. Le regole di fine vanno distinte da quelle di azione che attengono ad azioni passate qualificate deontologicamente. Le regole di azione presentano la struttura logica della sanzione, secondo il già indicato principio di imputazione per cui "Se *a*, allora *b*".

Per una diversa ricostruzione della distinzione tra regole di fine e di azione, da rinvenire sul piano quantitativo più che su quello qualitativo, v. A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, *cit*., p. 435, nota n. 112.

185 Secondo la tradizionale ricostruzione offerta del concetto di discrezionalità amministrativa – alla quale si è già fatto cenno – almeno a partire dalle riflessioni di Giannini, cfr. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, *cit*.

In presenza di un margine di scelta l'amministrazione opera un giudizio di preferenza tra interessi, giudizio che rappresenta l'*ubi consistam* della discrezionalità nel momento teleologico.

L'autonoma rilevanza assunta dal giudizio di preferenza per interessi o valori consente di distinguere strutturalmente – pur nella comunanza dell'elemento della scelta – il momento teleologico da quelli conoscitivo e dispositivo.

Nel momento conoscitivo, difatti, si opera un raffronto tra fatto e fattispecie, all'esito del quale è possibile opinare nel senso dell'integrazione o meno dei presupposti della seconda. La sussunzione implica un'operazione di qualificazione, scevra da giudizi di preferenza rispetto ai fini della decisione amministrativa[186]. In quello dispositivo, invece, l'amministrazione individua tra le alternative possibili la misura che risulta più adeguata a un assetto di interessi già selezionato alla stregua del giudizio di preferenza posto alla base della scelta nel momento teleologico[187].

Quello teleologico, dunque, influisce sugli altri due momenti dell'*agere* amministrativo ma è formalmente e strutturalmente diverso ed estraneo ad entrambi. Diversamente opinando si verrebbe a sovvertire l'evidente diversità di piani tra l'apprezzamento dei presupposti, l'individuazione degli effetti e la selezione dei fini.

Sulla scorta di quanto sin qui argomentato – specie con riferimento al profilo funzionale della sanzione – non pare praticabile una opzione ricostruttiva favorevole a scorgere margini di discrezionalità nel momento teleologico nella potestà sanzionatoria amministrativa.

S'è, infatti, più volte richiamata l'attenzione sulla differenza tra provvedere e sanzionare e dunque tra le due categorie "attizie" che di tali predicati sono la manifestazione.

Il provvedimento introduce un *quid novi* nell'ordinamento ed è volto al perseguimento dell'interesse pubblico concreto. Rappresenta quindi una regola di fine, in quanto volta ad orientare il concreto comportamento dei suoi destinatari. Con riferimento al provvedimento amministrativo – funzionalmente in-

186 Il giudizio di preferenza non è invece riconducibile a un fenomeno di qualificazione normativa. E difatti, l'individuazione del criterio di preferenza presuppone «*una scelta che non consiste nell'inclusione della realtà fattuale di una classe prevista dalla fattispecie astratta, giacché i due elementi di corrispondenza, la classe a cui si fa riferimento e la relazione di preferenza, non si presentano come omogenei. Non può, cioè, rapportarsi la regola di preferenza di cui si discorre, che come detto si viene a definire nel collegamento del momento teleologico con quello conoscitivo e con quello effettuale, alla considerazione che viene data, in via normativa, all'interesse pubblico astratto e alle differenti opzioni dispositive dalla stessa normativa contemplate. Farlo significherebbe negare lo stesso fenomeno della concretizzazione dell'interesse pubblico come bilanciamento degli interessi che avviene all'interno del processo decisorio; significherebbe, in altri termini, fare riferimento direttamente all'interesse astratto quale contenente, in sé, la regola di decisione nel caso concreto*», A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, *cit.*, p. 438.

187 Cfr. F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, *cit.*, p. 435.

teso – tutti e tre i momenti nei quali l'*agere* pubblicistico è strutturalmente scomponibile possono presentare margini di scelta discrezionale[188].

La sanzione, invece, risponde pienamente al principio di imputazione "Se *a*, allora *b*" e, dunque, pertiene alla categoria delle c.d. regole di azione, volte a qualificare deontologicamente azioni passate. Alla sanzione è estranea la tematica degli interessi pubblici concreti, essendo funzionalizzata in modo immediato e diretto a reagire al comportamento inosservante del consociato, senza che ciò involga giudizi di preferenza su valori o interessi.

L'amministrazione, allorché preposta dall'ordinamento all'irrogazione di una sanzione amministrativa, non pare allora in alcun modo chiamata a ponderare interessi e a individuare un criterio di preferenza tra gli stessi. Essa, al contrario, sembra vincolata alla decisione assunta sul piano generale e astratto, consistente nella previsione di una conseguenza sfavorevole – di una *pena in senso tecnico* – al ricorrere dei presupposti individuati dalla fattispecie e, cioè, dell'integrazione di un illecito.

Alla luce delle considerazioni che precedono, sembra doversi concludere nel senso che alla possibilità di margini di scelta nell'apprezzamento dei presupposti e nell'individuazione degli effetti, non conseguirebbe alcun margine di selezione dei fini da perseguire[189].

4. Breve sintesi dei risultati ottenuti in ordine alle caratteristiche funzionali e strutturali della potestà sanzionatoria amministrativa

All'esito dell'analisi condotta sul profilo funzionale e della sua struttura ci si augura di aver esposto le ragioni che militano ad assicurare continuità all'indirizzo espresso dalla prevalente dottrina, in ordine all'assenza di spendita di discrezionalità amministrativa propriamente detta nell'adozione di sanzioni amministrative.

Un primo risultato – emerso all'esito dell'esame dei profili funzionali – è individuabile nella non pertinenza della sanzione amministrativa al *genus* provvedimentale, rispetto al quale essa si pone dunque come *aliud*. L'assimilazione – anche funzionale – delle due categorie, sostenuta da una parte della dottrina, potrebbe allora spiegarsi come l'esito di una sovrapposizione concettuale operata in sede di ricostruzione dogmatica, rispetto alla distinzione tra il sanzionare e il provvedere, evincibile invece sul piano della teoria del diritto.

188 Come si è detto a proposito del provvedimento di revoca *ex* art. 21-*quinquies* l. 241/1990, perfino con riferimento al momento conoscitivo è possibile individuare casi di provvedimenti amministrativi in cui l'apprezzamento ricade su interessi concreti e valori.

189 Preme rilevare che mentre è ben possibile che a margini di scelta nel momento conoscitivo e dispositivo possa non conseguire discrezionalità nel momento teleologico, non è vero il contrario. La vincolatezza nell'apprezzamento dei presupposti e nella determinazione degli effetti non può che comportare l'assenza di discrezionalità nella individuazione dei fini. In termini, A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, *cit.*, p. 435.

Si è anche rilevato come l'interesse pubblico, nell'esercizio della potestà sanzionatoria amministrativa, tenda a coincidere con l'interesse astratto all'osservanza del precetto. Per tale via, la sanzione assicurerebbe anche la garanzia dell'interesse pubblico che l'amministrazione è chiamata a curare concretamente attraverso le funzioni di amministrazione attiva; ciò, tuttavia, in modo indiretto e mediato, al di fuori di ogni comparazione valoriale o d'interessi.

Conseguentemente, l'amministrazione titolare di potestà sanzionatoria non sarebbe mai chiamata dall'ordinamento a operare un giudizio di preferenza.

Si è, altresì, evidenziato – e ciò all'esito dell'esame condotto sul piano strutturale della potestà – che l'esclusione di margini di scelta discrezionale amministrativa nell'individuazione dei fini della sanzione non pare comportare anche il disconoscimento di margini di scelta – latamente intesi – in altri momenti dell'esercizio della *potestas puniendi* della pubblica amministrazione.

Anzitutto, nell'apprezzamento dei presupposti è ben possibile che, allorquando la fattispecie astratta faccia riferimento a fatti complessi, concetti vaghi o indeterminati, l'amministrazione sia chiamata a spendere saperi tecnico-specialistici insuscettibili di fornire un apprezzamento univoco. In simili evenienze, l'apprezzamento si tinge di inevitabile opinabilità, dovuta al margine di scelta implicito nelle valutazioni tecniche[190].

Inoltre – e con riferimento al momento dispositivo dell'esercizio della potestà – nel determinare gli effetti della sanzione, con particolare riferimento alla sanzione pecuniaria stabilita entro una cornice edittale, l'amministrazione, guidata dai criteri di commisurazione normativamente previsti – primo fra tutti l'art. 11 l. n. 689/1981 – pur operando indubbiamente una scelta, non sembrerebbe procedere a ponderazioni di interessi o di valori. Sicché, tale scelta pare nient'affatto dissimile da quella cui è chiamato il giudice penale all'atto di esercitare il suo potere discrezionale nella dosimetria in concreto della pena. Di qui l'appagante sistemazione teorica di quella parte della dottrina che fa riferimento alla c.d. discrezionalità giudiziale.

Ne conseguirebbe l'individuazione, nel rapporto amministrativo sanzionatorio, di possibili margini di scelta nell'apprezzamento dei presupposti e nella determinazione degli effetti, giammai nella selezione degli interessi e dei valori.

---

190 Ciò implica l'accoglimento della distinzione tra scienze esatte e scienze non esatte. Distinzione questa che non è rimasta esente da rilievi nel dibattito filosofico del Novecento. In senso critico si sono ad esempio espressi P.K. Feyerabend, *Against Method. Outline of an Anarchic Theory of Knowledge*, Londra, 1975, trad. it. L. Sosio (a cura di), *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Milano, 2013; B. Latour, S. Woolgar, *Laboratory Life: the Construction of Scientific Facts*, Princeton, 1986. Il tema è estremamente vasto ed esula, evidentemente, dagli scopi delle presenti riflessioni. Sul punto si v., a scopo orientativo, M. Di Benedetto, D. Saccoccioni, *Caos, ordine e incertezza in epistemologia e nelle scienze naturali*, Milano, 2012. Si v. anche P. Cappellini, *(voce) Teoria generale e scienza del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 162 ss., in part. p. 164.

Di seguito una sintesi grafica, in forma di tabella, dei risultati evinti dall'esame strutturale della potestà sanzionatoria amministrativa.

	Momento conoscitivo	*Momento dispositivo*	*Momento teleo-logico*
Presenza di margini di scelta	**Sì**	**Sì**	**No**
Oggetto della scelta	Apprezzamento dei fatti complessi	Quantificazione della sanzione	
Natura del margine di scelta	**"Discrezionalità" tecnica**	**Discrezionalità giu-diziale**	

5. Possibili ricadute sostanziali e processuali. Alcune considerazioni (non) conclusive

Numerose sembrano essere le prospettive che promanano dall'acquisizione dell'incompatibilità tra la discrezionalità amministrativa e la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione. Si procederà ora ad individuare gli ulteriori profili ricostruttivi che allo stato paiono problematici e che necessiterebbero di ulteriori svolgimenti.

Quanto sin qui osservato pare consentire, in ogni caso, di evidenziare la profonda distanza che intercorre tra la spendita della potestà sanzionatoria amministrativa, che si manifesta con l'adozione della sanzione, e l'esercizio – mediante l'adozione del provvedimento amministrativo funzionalmente inteso – dei poteri amministrativi volti alla cura concreta dell'interesse pubblico.

Una simile conclusione potrebbe anzitutto condurre, ove opportunamente sviluppata, a una rimeditazione di ordine generale sulla stessa collocazione ordinamentale della potestà sanzionatoria amministrativa[191].

191 Avverte della necessità di esaminare la sanzione amministrativa sul versante della sua collocazione sistematica D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, *cit.* Si veda anche A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, p. 627.

Occorre infatti chiedersi se, alla luce di quanto sin qui emerso, sia possibile continuare ad opinare nel senso che la potestà sanzionatoria delle pubbliche amministrazioni sia – nella sostanza – un potere amministrativo o se, invece, sia più convincente ritenerla una potestà sostanzialmente assimilabile a una diversa funzione statuale, in particolare a quella giurisdizionale. Una simile prospettiva ermeneutica non è certo nuova nel dibattito dogmatico[192]. Al riguardo può parlarsi di c.d. *teoria del prestito*[193].

Alla base del ragionamento vi è l'idea che la potestà sanzionatoria è solo momentaneamente dislocata presso l'amministrazione, ferma restando la possi-

---

192 Si vedano, in particolare, G. Severini, *(voce) Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. VI, Milano, 2002, p. 1005 ss.; R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno *Le Autorità Amministrative Indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, disponibile in *giusitizia-amministrativa.it*, 2013; R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, pp. 700-701.

193 La teoria del prestito sembra emergere negli studi dedicati all'individuazione dell'oggetto del processo di opposizione all'ordinanza-ingiunzione, regolato dagli artt. 22 ss. l. n. 689/1981. Di particolare ausilio è il contributo offerto da Giuseppe Severini, nella voce *Sanzioni amministrative* del 2002 (cfr. G. Severini, *(voce) Sanzioni amministrative (processo civile)*, *cit.*). Dello stesso A. si v. anche G. Severini, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella Laguna di Venezia)*, in *Foro amm. – TAR*, 2007, p. 436 ss. L'A. dà atto di un duplice orientamento in ordine all'oggetto del processo di opposizione. Per una prima tesi tradizionale, prevalente in giurisprudenza, l'oggetto del processo è la stessa (e sola) ordinanza-ingiunzione, non già il fatto illecito, mero presupposto della stessa. In tal modo il giudizio si risolve in un accertamento negativo sulla legittimità dell'atto irrogativo, con la conseguenza che il giudice del ricorso esercita un controllo di legittimità sulla pretesa sanzionatoria della pubblica amministrazione (cfr. G. Severini, *(voce) Sanzioni amministrative (processo civile)*, *cit.*, pp. 1005-1006). Corollario dell'impostazione è che «*l'opponente assume formalmente e sostanzialmente la veste di attore e il giudice è vincolato ai motivi (fatti e ragioni giuridiche) devolutigli con il ricorso, che concretano la* causa petendi *della domanda giudiziale. Per conseguenza, così come l'amministrazione non può nel corso del giudizio dedurre motivi o circostanze diverse da quelle enunciate dall'ordinanza-ingiunzione, il giudice non può, in applicazione del principio dii corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), rilevare e pronunciare d'ufficio su motivi di illegittimità non dedotti dall'opponente (sempre che non si riferiscano all'inesistenza dell'atto impugnato*», G. Severini, *(voce) Sanzioni amministrative (processo civile)*, *cit.*, p.1006. Altra e diversa tesi, sostenuta soprattutto in dottrina, individua l'oggetto del processo sia nell'ordinanza-ingiunzione che nell'illecito. Per tale via, il processo non si risolverebbe nell'impugnazione dell'atto amministrativo e la cognizione del giudice sarebbe esclusiva e piena, investendo non solo i motivi dedotti, ma l'intera "pretesa punitiva" (cfr. G. Severini, *(voce) Sanzioni amministrative (processo civile)*, *cit.*, pp. 1005-1006). Seguendo simile impostazione «*Il giudizio concerne la verifica della concreta esistenza della violazione, la sua qualificazione giuridica e l'inesistenza di circostanze esimenti. Quanto all'ordinanza-ingiunzione, il giudice ne controlla anche d'ufficio la validità sostanziale. L'opponente assume formalmente la veste di attore, ma sostanzialmente quella di convenuto, mentre attore sostanziale, anche ai fini dell'onere della prova, è l'amministrazione*», G. Severini, *(voce) Sanzioni amministrative (processo civile)*, *cit.*, p. 1006.

Le due ricostruzioni riflettono «*due diverse visioni della sanzione amministrativa e del suo rapporto con la giurisdizione*», *Ibidem*. Per la prima, la potestà sanzionatoria è funzione piena ed esclusiva della pubblica amministrazione, autonoma rispetto alla funzione (di controllo) giurisdizionale. Con il riconoscimento della potestà sanzionatoria in capo all'amministrazione si assisterebbe, pertanto, a una traslazione definitiva della funzione. Alla base della seconda ricostruzione vi è invece «*la concezione per cui l'ordinanza-ingiunzione è solo* provocatio ad opponendum *e rappresenta un intervento provvisorio destinato ad essere sostituito, su volontà del destinatario-opponente, dall'intervento del*

bilità, per il soggetto attinto dalla decisione di condanna, di chiedere un riesame complessivo della determinazione al titolare *naturale* della potestà di perseguire i comportamenti individuali inosservanti della norma giuridica, il giudice; per tale via restituendo alla giurisdizione ciò che è stato (solo) precariamente traslato in un atto soggettivamente, ma non sostanzialmente, amministrativo.

Tale ipotesi ricostruttiva potrebbe consentire di inserire la potestà sanzionatoria amministrativa in un contesto assai più ampio, definibile, prendendo in prestito una felice formula sincretica già impiegata in dottrina[194], "galassia afflittiva". Seguendo simile sentiero sarebbe infatti possibile istituire un rapporto di genere a specie tra la potestà punitiva statuale – di cui è eminente espressione l'esercizio della potestà punitiva in ambito penale[195] – e la potestà sanzionatoria amministrativa.

L'adesione a una simile concezione permetterebbe di istituire una evidente consonanza tra le posizioni giuridiche sostanziali e processuali dei destinatari di *pene in senso tecnico*, siano esse sanzioni penali o amministrative.

Se confermata, una simile impostazione teorica comporterebbe infatti la necessità di una rimeditazione complessiva del rapporto sanzionatorio amministrativo[196]. Basti pensare alla individuazione della situazione giuridica soggettiva che con la potestà in parola si fronteggia. Sul punto, com'è noto, dottrina e giurisprudenza oscillano tra la tesi della titolarità del diritto soggettivo e quella dell'interesse legittimo[197]. Ricondotta, però, la potestà sanzionatoria amministrativa a quella statuale, entrambe le tesi dovrebbero essere oggetto di un attento scrutinio, se non di una complessiva rimeditazione[198].

---

*giudice: per quanto l'intento deflattivo della giurisdizione penale assegni in via interinale all'amministrazione l'applicazione di una sanzione (buona parte degli illeciti amministrativi sono reati depenalizzati), ogni potestà sanzionatoria punitiva resta in ultimo espressiva della giurisdizione (*nulla poena sine iudicio*), per i beni incisi, quanto per il fatto stesso della retribuzione dei comportamenti antigiuridici; la restituzione alla giurisdizione di quanto precariamente traslato nell'attività ad essa alternativa giustifica l'eccezionale ma strumentale potere di annullamento di un atto, a ben vedere solo soggettivamente, amministrativo*», *Ibidem*.

194 R. BARTOLI, *La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Primo studio per un affresco*, *cit*.

195 Sul punto, v. le riflessioni di G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942.

196 Basti pensare alla problematica – attualmente indagata alla luce degli effetti di sistema occorsi dalla qualificazione in termini convenzionalmente penali di una sanzione amministrativa – dei principi costituzionali applicabili alla materia. Si pensi, a tal proposito, a quanto predicato dalla giurisprudenza costituzionale, secondo la quale l'attrazione di una sanzione amministrativo nell'alveo della *matière pénale* attrarrebbe «*tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri*», Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 43.

197 Per una critica all'una e all'altra sistemazione teorica cfr. R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit*., p. 699 ss.; G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella Laguna di Venezia)*, *cit*., in part. p. 445 ss.

198 La riflessione andrebbe probabilmente condotta prendendo le mosse dalla teoria del diritto e dallo studio delle modalità deontiche fondamentali coinvolte nell'esercizio della

Le suggestioni da ultimo evocate consentono di svolgere qualche breve considerazione anche rispetto al profilo processuale.

In tale prospettiva, le considerazioni esposte sul rapporto tra potestà sanzionatoria e discrezionalità amministrativa, una volta declinate nella sfera delle situazioni soggettive, potrebbero consentire letture più appaganti in punto di riparto di giurisdizione[199]. Sotto tale profilo, invero, la materia delle sanzioni amministrative è caratterizzata da una certa schizofrenia[200]. S'è già rilevato, del resto, come una parte della dottrina abbia letto in alcune posizioni della giurisprudenza il tentativo di razionalizzare *ex post* le regole sul riparto di giurisdizione[201].

Sempre in ottica processuale viene poi in rilievo la *vexata quaestio* dell'intensità del sindacato giurisdizionale esercitato dal giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori devoluti alla sua giurisdizione.

Solitamente il tema del sindacato del giudice amministrativo sugli atti e sull'attività della pubblica amministrazione è impostato in una cornice assiologica che vede la preminenza del principio di separazione (o divisione) dei

---

potestà sanzionatoria su cui si rinvia, per tutti, a L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, *cit*., Parte I, capp. I-II, Parte II, cap. VI.

199 La tematica del riparto e della soluzione dei conflitti di giurisdizione è stata oggetto di un'attenzione pressoché costante della dottrina e ciò non consente – neppure in via tendenziale – di fornire indicazioni bibliografiche esaustive. Sia dunque consentito limitare i riferimenti a qualche cenno. Si v., in particolare, A.M. Sandulli, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it*., 1952, p. 1073 ss.; F. Benvenuti, *(voce) Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 589 ss., in part. p. 602; E. Cannada Bartoli, *(voce) Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 295 ss.; Id., *(voce) Giustizia amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 508 ss.; M.S. Giannini, A. Piras, *(voce) Giustizia amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 229 ss.; A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; V. Cerulli Irelli, *Il problema del riparto delle giurisdizioni: premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979; M. Stipo, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la p.a. e la doppia tutela*, Roma, 1979; F.G. Scoca, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, *cit*., p. 137 ss.; A. Pajno, *(voce) Il riparto di giurisdizione*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, S. Cassese (a cura di), vol. V, Milano, 2003, p. 4193 ss.; M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 47 ss.; M.C. Cavallaro, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il codice del processo ammnistrativo*, Padova, 2018; E. Picozza, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il Processo*, 2021, p. 47 ss. Per la manualistica v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit*., p. 757 ss.; M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, *cit*., p. 116 ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, *cit*., p. 121 ss.; V. Cerulli Irelli, A. Carbone, *Lezioni di giustizia amministrativa. I. La giurisdizione e l'oggetto del giudizio*, Torino, 2023, p. 45 ss.

200 Tale da aver condotto autorevole dottrina a parlare di *balletto* delle giurisdizioni. L'icastica espressione si deve a M. Clarich, A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 1166 ss.

201 Cfr. F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, *cit*., p. 84.

poteri[202].

L'assunto, in estrema sintesi, è che il giudice amministrativo incontri un limite nella sua attività sindacatoria dovuto, appunto, a tale principio costitutivo dello Stato di diritto[203]: l'ordinamento prevede che la cura di determinati interessi pubblici sia affidata all'amministrazione e che questa, nell'assolvere a tale astratto mandato, concretizzi, nella decisione amministrativa, l'assetto di tali interessi e di quelli ulteriori emergenti nella realtà fenomenica sicché, il giudice amministrativo non può sostituire la sua valutazione a quella operata dall'amministrazione, pena la violazione del predetto principio[204].

---

202 Com'è noto, il "padre" del principio di separazione dei poteri è tradizionalmente individuato in Montesquieu, per il quale «*Perché non si possa abusare del potere bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere*», C.L. DE SECONDANT (MONTESQUIEU), *Lo spirito delle leggi*, G. Macchia (a cura di), Milano, 2019, p. 309.

Sul principio in parola, *ex multis*, F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 17 ss.; F. MODUGNO, *(voce) Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 472 ss.; C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, p. 81 ss.; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, voll. I-II, Milano, 1979-1984; ID., *(voce) Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 670 ss.; ID., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), Milano, 2013, p. 183 ss.; A. CERRI, *(voce) Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, 2001; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, *cit.*, p. 862 ss.; A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *D&Q*, 2007, 7, p. 201 ss.

Qui si è fatto impiego dei termini separazione e divisione quali sinonimi. Ai fini della presente ricerca non pare necessario approfondire ulteriormente il tema. Ci si limita, allora, a segnalare che parte della letteratura distingue la separazione dei poteri dalla divisione del potere, proponendo «*a scanso di equivoci, di chiamare separazione dei poteri il principio organizzativo in forza del quale funzioni diverse si specializzano in capo a istituzioni tra loro indipendenti*», intendendo invece per divisione del potere «*l'articolazione del potere in forza della quale, grazie a reciproci controlli e bilanciamenti, la competenza in ordine a una medesima funzione è divisa tra istituzioni, o organi e/o funzionari diversi onde il potere dell'uno delimiti quello dell'altro*», L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, *cit.*, p. 864. Le riflessioni da ultimo citate traggono spunto dalla dicotomia tra "divisione tra poteri", qui declinata in termini di "separazione dei poteri" di *montesquieviana* memoria, e "divisione del potere", che richiama il principio dei *checks and balances*. Cfr. R. GUASTINI, *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, in *Teoria politica*, 1998, 3, p. 25 ss. Sulla scorta di quanto precede, Ferrajoli giunge così a definire la divisione del potere quale «*norma di competenza relativa alle funzioni di un'istituzione, in forza della quale gli atti con cui sono esercitate le funzioni da parte dei funzionari che ne sono investiti suppongono la designazione di questi e/o la commissione di atti ad essi strumentali da parte di altri funzionari*» (p. 865) e la separazione dei poteri in termini di «*norma di competenza relativa alle funzioni di un'istituzione, in forza della quale gli atti con cui sono esercitate le funzioni da parte dei funzionari che ne sono investiti suppongono la non designazione di questi e/o la non commissione di atti ad essi strumentali da parte di funzionari di istituzioni diverse*» (p. 867).

203 «*Sin dalla discussione che ha preceduto l'emanazione della legge abolitiva del contenzioso, in Italia si è ritenuto che tra i corollari del principio della separazione dei poteri vi fosse la limitazione dei poteri del giudice nei confronti dell'amministrazione*», M. TRIMARCHI, *"Problema dell'amministrazione" e "problema del giudice": principio della separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda*, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di*

Quanto precede non è revocabile in dubbio rispetto all'attività amministrativa funzionalizzata alla cura degli interessi pubblici ed esplicata secondo il modulo provvedimentale in senso proprio.

Per la sanzione amministrativa, tuttavia, un tale approccio sembra del tutto insoddisfacente. Ancora una volta, per una più chiara esposizione della questione, soccorre la scomposizione strutturale dei momenti di esercizio della funzione.

Per quanto riguarda il momento conoscitivo, la capacità di accesso alla *quaestio facti* da parte del giudice amministrativo varia a seconda dell'oggetto sul quale è ricaduta – in sede procedimentale – l'attività di accertamento o apprezzamento della pubblica amministrazione.

Per i fatti semplici, l'amministrazione e il giudice condividono lo stesso bagaglio esperienziale, comune alla generalità dei consociati, tale da consentire un accesso pieno del secondo ai fatti semplici conosciuti e accertati dalla prima. E ciò senza che, nella prospettiva classica del sindacato sulla funzione (propriamente) amministrativa, possa predicarsi una illegittima sostituzione del giudice all'amministrazione.

I fatti complessi e i concetti giuridici indeterminati costituiscono, invece, terreno di ampio e articolato dibattito, di cui sarebbe qui impossibile offrire una ricostruzione, pur parziale. Ci si limita, pertanto, a ricordare che all'iniziale assimilazione della discrezionalità tecnica, dapprima al merito amministrativo (col precipitato dell'insindacabilità delle valutazioni tecniche) e, di poi, alla discrezionalità amministrativa, ha fatto seguito la definitiva emancipazione della categoria[205]. A ciò si è aggiunto il progressivo ampliamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo che ha reso sempre più penetrante (quanto meno in

---

Copanello 1-2 luglio 2011, *cit.*, p. 175 ss., in part. p. 175.

204 Sul rapporto tra il sindacato del giudice amministrativo e le valutazioni operate sul piano sostanziale dalla pubblica amministrazione, alla luce delle novità introdotte dal codice del processo amministrativo, si v. AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, *cit.*

205 Emancipazione che, com'è noto, a livello giurisprudenziale si è avuta a partire dalla sentenza Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 1999, n. 601, ove il g.a. ha avuto modo di chiarire che «*La c.d. 'discrezionalità tecnica', invece, è altra cosa dal merito amministrativo. Essa ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità*" (§1 in diritto). Per un commento alla sentenza si vedano le note di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 185 ss.; P. LAZZARA, *'Discrezionalità tecnica' e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 212 ss.; L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, p. 422 ss.

Per un inquadramento generale del tema, anche con riferimento all'impostazione tradizionale del problema delle valutazioni tecniche, si v. l'efficace sintesi in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, *cit.*, p. 118 ss.

astratto[206]) il sindacato giurisdizionale[207] sulle valutazioni tecniche[208].

Ove l'accertamento abbia ad oggetto valutazioni propriamente discrezionali, attinenti cioè a scelte *lato sensu* politiche circa la consistenza degli interessi in gioco, le modalità di accesso risentono dei limiti del sindacato di legittimità, tali da non consentire indebite sostituzioni del giudice all'amministrazione. In simili evenienze la scelta ponderativa della pubblica amministrazione è valutata dal giudice essenzialmente per il tramite del sindacato sull'eccesso di potere[209].

Richiamando sul punto i risultati esposti graficamente nella tabella che precede questo paragrafo, rispetto alla potestà sanzionatoria amministrativa occorrerebbe riflettere sui limiti teorici e pratici ancora sussistenti e sulle perduranti resistenze all'accoglimento di un modello di controllo *pieno* – e non già solo confutatorio – sulle valutazioni tecniche operate dalle Autorità amministrative indipendenti le cui sanzioni sono attribuite alla giurisdizione con cognizione estesa al merito del giudice amministrativo[210].

---

206 Come acutamente osservato di recente, all'ampio uso del concetto di discrezionalità tecnica «*non corrisponde, tuttavia, una reale uniformità del trattamento giurisprudenziale che se ne fa discendere. L'analisi dei diversi ambiti e settori in cui è frequente il ricorso alla discrezionalità tecnica fa emergere, infatti, una grande disomogeneità delle tecniche e delle modalità che caratterizzano in concreto il sindacato giurisdizionale, con prevalenza spesso di equilibri interni ai singoli settori in cui interviene la valutazione tecnica, anche alla luce del peso attribuito agli specifici precedenti in materia*», così A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in AA.VV., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, *cit.*, p. 20.

207 Sul rapporto tra ampliamento dei mezzi istruttori a disposizione del giudice amministrativo e profondità del sindacato sulla discrezionalità tecnica, *ex multis*, A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 1997, p. 1263 ss.; L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1727 ss.; C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm. – TAR*, 2002, p. 2251 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, *cit.*, p. 433.

208 Non mancano i richiami a massime stereotipate con le quali il g.a. sembra abdicare alla sua funzione, rinunciando al pieno accesso al fatto. Il tutto è poi complicato da quelle ipotesi di confine in cui non è chiaro se nell'istruttoria procedimentale siano venuti in rilievo interessi e valori o fatti tecnicamente complessi.

209 Su questa fondamentale tecnica sindacatoria si veda di recente la ricerca curata da Torricelli, AA.VV., *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, S. Torricelli (a cura di), Torino, 2018.

Sull'eccesso di potere, *ex multis*, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.; P. GASPARRI, *(voce) Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 124 ss.; G. SACCHI MORSIANI, *(voce) Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.,* Appendice, vol. III, Torino, 1982, p. 219 ss.; F. MODUGNO, *(voce) Eccesso di potere (profili generali, eccesso di potere amministrativo*), in *Enc. giur.*, vol. III, Roma, 1989; E. CARDI, S. COGNETTI, *(voce) Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, p. 341 ss.

210 La dottrina, nel più generale contesto dei limiti al sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, ha prospettato diverse ricostruzioni in ordine alla configurazione di un ambito valutativo riservato alla p.a. Si vedano, *ex plurimis*, V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, *cit.*, p. 496; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, *cit.*, p. 197; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, *cit.*, p. 297; P.

Per ciò che attiene al momento dispositivo, rispetto al quale sono predicabili margini di scelta riconducibili alla nozione di discrezionalità giudiziale, il sindacato giurisdizionale esercitato dal giudice amministrativo non sembrerebbe presentare particolari problemi di inquadramento. L'interpretazione resa dell'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a. consente infatti al giudice amministrativo (quanto meno) di incidere direttamente sul *quantum* della sanzione[211].

Escluso che *in subiecta materia* la pubblica amministrazione sia chiamata ad operare un giudizio di preferenza tra interessi o valori – e con ciò, dunque, esclusi margini di discrezionalità amministrativa nel momento teleologico – la strada per l'affermarsi di un modello sindacatorio più penetrante, da parte del

---

Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, *cit*., pp. 129 e 149; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, *cit*., p. 104. Per una efficace sintesi delle posizioni espresse in merito v. A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, *cit*., p. 433.

Una parte della giurisprudenza amministrativa sembra addivenuta a uno *standard* sindacatorio più avanzato. Come precisato dal giudice amministrativo, infatti, «*in punto di intensità del sindacato giurisdizionale, va ricordato che, anche quando la fattispecie punitiva contempla concetti giuridici indeterminati, il giudice non deve limitarsi a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del "mercato rilevante") è una attività intellettiva ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della* quaestio facti *sotto il profilo della sua intrinseca verità, per quanto, in senso epistemologico, controvertibile*», Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570, § 8.6., richiamata da Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, § 2.1., con riferimento al diverso ambito della discrezionalità tecnica in materia paesaggistica, evidenziando la diversità di approcci in punto di sindacabilità della valutazione tecnica tra le funzioni propriamente di amministrazione attiva e la potestà sanzionatoria. Il Supremo Collegio non ha mancato di notare come, «*In alcune ipotesi normative, il fatto complesso viene preso in considerazione nella dimensione oggettiva di fatto 'storico': qui gli elementi descrittivi della fattispecie, anche quelli valutativi e complessi, vanno accertati in via diretta dal giudice amministrativo, in quanto la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati costituisce una attività intellettiva ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa (come avviene, ad esempio, nel caso delle sanzioni amministrative punitive dove, in virtù del principio di stretta legalità, spetta al giudice estrapolare la norma 'incriminatrice' dalla disposizione: cfr. Consiglio di Stato 9 maggio 2022, n. 3570; Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990)*».

Il formante giurisprudenziale in parola prende le mosse dalla pronuncia della VI sezione del Consiglio di Stato del 19 luglio 2019, n. 4990, sulla nota vicenda *Avastin-Lucentis*, con la quale il giudice amministrativo ha prospettato il c.d. sindacato di maggiore attendibilità. In breve, il giudice, in presenza di una norma attributiva del potere che individui elementi descrittivi in una dimensione oggettiva di "fatto storico" (circostanza predicabile anche rispetto al tentativo di infiltrazione), «*non deve limitarsi a verificare se l'opzione prescelta… rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie*». L'operazione di sussunzione del fatto nella fattispecie è difatti «*una attività intellettiva ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto 'libero' dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice*

giudice amministrativo, sembrerebbe più agevolmente percorribile. La rimeditazione degli spazi di sindacato giurisdizionale in materia di sanzioni amministrative dovrebbe essere operata prendendo le mosse da un'attenta analisi delle peculiarità strutturali, funzionali e procedimentali della potestà sanzionatoria. Tra queste peculiarità, sicuramente significativa è quella che si è avuto modo di porre in evidenza nelle pagine che precedono, in ordine all'inconfigurabilità di discrezionalità amministrativa in un'accezione *gianniniana* del termine.

Il percorso – per vero solo indicato – sembra presentare un indubbio vantaggio. Esso, infatti, se opportunamente sviluppato, consentirebbe – in ultima analisi – di affermare un più avanzato *standard* di sindacato giurisdizionale, senza la necessità di percorrere vie che paiono più tortuose, fondate sulla necessità di implementare tecniche sindacatorie sostitutive promanante dalla Costituzione o dal sistema convenzionale[212].

---

un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti *sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di 'attendibilità va dunque sostituito un sindacato pieno di 'maggiore attendibilità'*», Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, § 1.6. Sulla sentenza da ultimo citata v. M. Delsignore, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 740 ss.

La prospettazione del modello sindacatorio della maggiore attendibilità, per vero, era stata anticipata nel parere dell'Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato, intitolato *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, del 2017 (spec. p. 25 ss.), consultabile al link: https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/parere-dell-ufficio-studi-massimario-della-giustizia-amministrativa-sul-diniego-di-giurisdizione.

211 Per quanto riguarda il profilo dell'*an* nel momento dispositivo, si ricorda che margini di scelta vanno con forza esclusi alla luce dell'obbligatorietà e vincolatezza dell'esercizio della potestà punitiva amministrativa.

212 Parte della dottrina desume infatti dal sistema convenzionale la necessità di un sindacato *sostitutivo* sull'esercizio della potestà sanzionatoria. Ci si riferisce, in particolare ad Allena e Goisis. Cfr. M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; Id., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss.; Id., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, p. 267 ss.; Id., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in Aa.Vv., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, *cit.*, p. 109 ss.; Id., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 1053 ss.; Id., *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *federalismi.it*, 2017, 4; Id., *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in questa rivista, 2018, 2, p. 25 ss.; Id., *La full jurisdiction tra sindacato di "maggiore attendibilità" del giudice amministrativo e mito della separazione dei poteri*, in Aa.Vv., *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, A. Carbone (a cura di), Napoli, 2020, p. 23 ss.; F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, *cit.*; Id., *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 669 ss.; Id., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 355 ss.; Id., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546 ss.; Id., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della*

Quanto sin qui osservato, tuttavia, sembra necessariamente legato a un previo e attento vaglio delle potenzialità euristiche della teoria del prestito. Solo aderendo a tale impianto teorico, infatti, sembrerebbe possibile addivenire a *standard* sindacatori più elevati.

E difatti, una volta dimostrato che il sanzionare è attività in ultima analisi giurisdizionale, quali limiti potranno concretamente frapporsi all'affermarsi di un sindacato (non tanto sostitutivo, perché il giudice non deve sostituirsi, ma riappropriarsi di una funzione momentaneamente dislocata altrove, quanto piuttosto) pieno?

Quel che è certo, se si aderisce alla prospettiva qui solo tratteggiata, è che contro simile modello sindacatorio non potrebbero ragionevolmente levarsi gli scudi della separazione dei poteri, atteso che il sindacato pieno risulta vieppiù funzionale alla completa affermazione di tale principio, in ragione del carattere sostanzialmente giurisdizionale dell'attività di *adjudication* che sottintenderebbe la spendita della potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione.

---

funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri, in *Dir. amm.*, 2018, p. 1ss.; ID., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, *cit.*; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 685 ss.; M. ALLENA, F. GOISIS, *Full Jurisdiction Under Article 6 ECHR: Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers*, in *European public law*, 2020. Tale conclusione, tuttavia, non è condivisa da altra parte della dottrina. Per questa prospettiva, v. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 146; ID., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo,* in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 523 ss.; ID., *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *Dir. pubbl. comp. eur. Online*, 2019, 3; ID., *Il dibattito sull'art. 6 CEDU nel diritto amministrativo italiano ed europeo*, in AA.VV., *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, *cit.*, p. 1 ss., in part. p. 8; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in AA.VV., *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, B. Giliberti (a cura di), Napoli, 2019, p. 273 ss.; ID., *Art. 6 CEDU ed equilibrio tra poteri dello stato. Dall'infungibilità dell'amministrazione all'infungibilità delle garanzie procedimentali*, in AA.VV., *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, *cit.*, p. 65 ss., in part. p. 69; F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust,* in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 533 ss. Che la giurisprudenza CEDU non sembri imporre la sostituzione del giudice all'amministrazione, ai fini del rispetto del canone di *full jurisdiction*, sembra ricavarsi, tra le altre, da CEDU, 20 ottobre 2015, Fazia Ali c. Regno Unito, spec. § 77, ove si legge che «*In adopting this approach the Convention organs have had regard to the fact that in administrative-law appeals in the Member States of the Council of Europe it is often the case that the scope of judicial review over the facts of a case is limited and that it is the nature of review proceedings that the reviewing authority reviews the previous proceedings rather than taking factual decisions. It can be derived from the relevant case-law that it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities*». Medesime notazioni anche in CEDU, 21 luglio 2011, Sigma Radio Television c. Cipro, spec. § 153.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Mara Demichelis
Ricercatrice a tempo determinato di tipo A in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino
mara.demichelis@unito.it

Criteri ambientali minimi ed eccezione culturale nei contratti pubblici per la cultura

Minimum Environmental Criteria and Cultural Exception in Public Procurement for Culture

Sintesi

L'articolo analizza l'evoluzione dei contratti pubblici per il settore culturale nell'ordinamento giuridico italiano, con particolare attenzione alla sostenibilità, da realizzarsi anche attraverso i Criteri Ambientali Minimi (CAM) specifici. Criterifiche, come declinato in ambito europeo, debbono tener conto degli aspetti di tutela ambientale, sociale e culturale, richiedendo alle stazioni appaltanti di agire come committenti strategici. Si propone, a tal fine, una rilettura dell'eccezione culturale, da intendersi non solo come deroga al principio di concorrenza, ma come fondamento della disciplina a tutela della creatività e dell'unicità della prestazione in ambito culturale, promuovendo l'apertura del mercato a nuovi operatori economici qualificati per l'innovazione e la sostenibilità nel settore.

Abstract

The article analyses the evolution of public contracts for cultural sector in the Italian legal system, especially focusing on pursuing sustainability. This goal can be achieved through the implementation of specific Minimum Environmental Criteria (MEC). As defined at the European level, these criteria must consider environmental, social, and cultural protection aspects, requiring contracting authorities to act as "strategic clients". The contribution proposes a new perspective of the cultural exception in Italy and Europe as not only a derogation from competition, but also as the basis for protecting creativity and uniqueness in the cultural sphere. This would promote opening the market to new economic operators who are qualified to innovate and be sustainable in the sector.

Parole chiave: sostenibilità, contratti pubblici, settore culturale, Criteri Ambientali Minimi (CAM), eccezione culturale

Keywords: sustainability, public procurement, Minimum Environmental Criteria (MEC), cultural sector, "cultural exception"

Indice: 1. Prospettive di sostenibilità dei contratti pubblici in Europa per lo sviluppo del settore culturale. – 2. I contratti pubblici per la cultura: il caso italiano. – 3. La nuova prospettiva italiana dei

Criteri Ambientali Minimi (CAM) per il settore culturale. – 4. L'adeguatezza delle stazioni appaltanti nazionali come committenti strategici nel settore culturale. 5. L'eccezione culturale in Italia: da deroga a fondamento di specialità. – 5.1. – Esperienze europee a confronto per una rinnovata concezione dell'eccezione culturale.

1. Prospettive di sostenibilità dei contratti pubblici in Europa per lo sviluppo del settore culturale

Lo sviluppo sostenibile si colloca, come noto, tra gli obiettivi principali delle politiche dell'Unione europea, identificando nel settore dei contratti pubblici una leva strategica per la sua concreta attuazione attraverso l'impiego di risorse pubbliche[1].

Tale visione è riconducibile, in particolare, al programma di azione stabilito con il *Green Deal*[2], volto a trasformare l'Europa nel primo continente a impatto climatico zero entro il 2050[3].

Per il perseguimento di tali obiettivi di sostenibilità l'UE ha adottato diversi piani e provvedimenti volti a promuovere, negli Stati Membri, modelli di produzione e consumo basati sulla circolarità, sul riutilizzo, sulla riparazione[4],

1 Considerando n. 91, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; art. 3 (spec. punto 3) TUE; art. 11 TFUE; art. 37 CEDU. G.M. Racca, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 15/2022, 191 ss. Si v. anche B.G. Mattarella, *Pubblica amministrazione e fattori ESG*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2024, 773 ss.; L. Fiorentino, A. La Chimia (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Quaderni Astrid, Bologna, 2021, *passim*. Già M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. Pub.*, n. 1/2007, 219 ss. Più in generale, sulla definizione generale di «ambiente», della sua tutela e dello sviluppo sostenibile: M.S. Giannini, *"Ambiente": saggio sui suoi differenti aspetti giuridici* in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 1/1973, 15 ss. e riportato in *Scritti*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2005, 485 ss. Sull'integrazione del principio dello sviluppo sostenibile, G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *RQDA*, n. 1/2020, 4 ss.; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile e economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2019, 493 ss.

2 Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, Bruxelles, 11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final. Numerosi i contributi di dottrina sul punto, tra cui: D. Bevilacqua, E. Chiti, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, 2024; E. Chiti, *Pubblica amministrazione e transizione ecologica*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2024, 736 ss. Si v. anche: M. Cocconi, *The trajectory of the circular economy under the Europea Green New Deal*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2020; R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 3/2018, 801 ss.

3 Si v. *Regional Guidebook on Circular Procurement*, Italia, 2020, nell'ambito del progetto *Interreg EU Smart Circular Procurement (CIRCPRO)*. M. Cocconi, *La transizione europea verso la circolarità economica nel nuovo quadro geopolitico*, in *Il diritto dell'economia*, n. spec. 2023, 45 ss.

4 A titolo esemplificativo, si v. Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, Bruxelles, 11 marzo 2020, COM(2020) 98 final. J. Voorter, A. Iurascu, S. Van Garrse, *The concept "circular economy": towards a more universal definition*, in *Ius Publicum Network Revew*, n. 2/2021; G.F. Ferrari, *Rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE) tra obiettivi europei e modellistica*, in *Munus*, n. 2/2020, 389 ss.

nella concezione di una sostenibilità che ha da essere anzitutto ambientale, ma anche economica e sociale[5].

Nel settore dei contratti pubblici, la sostenibilità ambientale e lo sviluppo sostenibile sono stati attuati mediante l'evoluzione dal *Green Public Procurement* (GPP) – essenziale per orientare la domanda pubblica e, di conseguenza, l'offerta di mercato verso beni, servizi e lavori a ridotto impatto ambientale[6] – al *circular procurement*[7] (fondato sui principi dell'economia circolare, quali riuso, riciclo e allungamento del "ciclo di vita"[8] dei prodotti), fino al più ampio concetto di *sustainable public procurement*, che include anche la dimensione sociale ed economica, ponendo l'evidenza sul *procurement* quale vero e proprio strumento di politiche pubbliche a sostegno della transizione verde e digitale[9].

È la stessa disciplina europea sugli appalti pubblici, ora in fase di riforma per le prossime Direttive[10], a fornire il fondamento normativo per l'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro con misure pertinenti[11], con attenzione alle fasi di selezione dei partecipanti, di aggiudicazione[12] e di esecuzione del contratto pubblico[13], ovvero alle caratteristiche am-

5 Commissione UE, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, cit.

6 Inizialmente, la giurisprudenza della CGUE ha fornito al principio di tutela della sostenibilità ambientale nel settore dei contratti pubblici una portata derogatoria, ove le limitazioni alla libertà di concorrenza e di accesso al mercato in favore della tutela ambientale si ritenevano necessarie solo in ragione della sussistenza di un interesse pubblico rilevante e solo se la misura applicata fosse rispettosa del principio di proporzionalità: CGCE, 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus*. Si è affermato che il principio di parità di trattamento non impedisce la selezione delle offerte basata anche su criteri ambientali unicamente in ragione dell'esiguo numero di imprese che hanno la possibilità di offrire una prestazione che soddisfi tali criteri. Cfr. G. CREPALDI, R. MICALIZZI, *Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali*, in *federalismi.it*, n. 14/2023, 61 ss.; R. CARANTA E M. TRYBUS (a cura di), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, European Procurement Law Series, vol. 2, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, *passim*.

7 G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2023, 723 ss.

8 Art. 68, Direttiva 2014/24/UE, cit., e *ivi*, considerando n. 96.

9 Considerando n. 47, Direttiva 24/2014/UE, cit. G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in Droit Administratif/Administrative Law Collection (Dir. J. B. AUBY), Bruylant, Bruxelles, 2014 e ID., *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif/Administrative Law Collection* (Dir. J. B. AUBY), Bruylant, Bruxelles, 2019.

10 G.M. RACCA, S. PONZIO, *Prossime sfide per la riforma dei contratti pubblici in Europa: digitalizzazione e cooperazione*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2024 (anche in versione inglese, ID., *Next Challenges for the EU Public Procurement Reform: Digitalisation and Cooperation*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2024). Cfr. il documento elaborato dal gruppo di ricerca dell'Università di Torino, (*Feedback reference* no. F3525461), nell'ambito della consultazione promossa dalla Commissione europea per la riforma delle direttive sugli appalti pubblici conclusasi il 7 marzo 2025 (Ref. Ares (2024)8928678).

11 Considerando n. 37, Direttiva 2014/24/UE, cit.

12 Considerando n. 40, Direttiva 2014/24/UE, cit.

bientali del prodotto[14] o del processo di produzione[15].

Le stazioni appaltanti sono chiamate ad inserire «criteri ambientali e sociali» sia nelle specifiche tecniche (art. 42, comma 3, lett. *a)*, Direttiva 24/2014/UE) sia, soprattutto, tra i criteri di aggiudicazione (art. 67, spec. comma 2, lett. *a)*, Direttiva 24/2014/UE), al fine di superare il paradigma del solo criterio del prezzo più basso in favore di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da valutarsi anche sulla base di considerazioni qualitative, ambientali e legate all'intero ciclo di vita del contratto[16].

Come noto, l'implementazione dei criteri ambientali minimi nei sistemi di *procurement* dei differenti Stati membri non è uniforme[17] e, se l'Italia si caratterizza per un elevato grado di obbligatorietà, in altri paesi vige l'indicazione di rispettare gli *standard* ambientali, ma spesso con criteri discrezionalmente stabiliti dalle amministrazioni aggiudicatrici[18].

La visione più ampia e sistemica richiama, dunque, una nuova strategia di approvvigionamento pubblico orientata alla riduzione dell'impatto ambientale nel settore del *public procurement*, ma anche a creare economia circolare lungo l'intera catena di approvvigionamento e "benessere", per generare sviluppo e innovazione anche valorizzando le specificità locali[19].

---

13 Art. 18, co. 2, Direttiva 24/2014/UE, cit.: «Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro […]».

14 «Ecolabel», considerando n. 75, Direttiva 2014/24/UE, cit.

15 Si v. la «gestione ambientale», considerando n. 88 e art. 62, Direttiva 2014/24/UE, cit.

16 F. Risso, *La valutazione dell'offerta tecnica e la digitalizzazione*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di),fl*Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022, 109 ss.

17 I. Locatelli, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 31 ss.; già G.M. Racca, *Professional buying organisations, sustainability and competition in public procurement performance*, 4th International Public Procurement Conference (IPPC 2010), Seoul, 2010.

18 OECD, *Government at a Glance 2025*, Paris, 2025. É il caso dell'ordinamento tedesco, con un modello misto che combina elementi obbligatori per specifici settori, e di quello francese che di recente ha indicato quale *target* programmatico per il 2025 l'obiettivo di inserimento di almeno un criterio ambientale in ciascuna procedura di gara. Il *report* OECD evidenzia, ad esempio, anche che l'Ungheria non ha un *framework* attivo per il *green public procurement*. Per una comparazione tra paesi UE, si v. il progetto Interreg EU *Smart Circular Procurement (CIRCPRO)*, cit.

19 Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Appalti pubblici efficienti in Europa e per l'Europa*, 3 ottobre 2017, COM(2017) 572 final; Conclusioni del Consiglio UE, *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente* – 2020/C 412 I/01, 30 novembre 2020. Come di recente sottolineato, l'innovazione, al centro dell'agenda UE, non sembra adeguatamente sviluppata: Corte dei conti UE, *Relazione speciale Appalti pubblici nell'UE. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011 – 2021*, n. 28/2023, 53: «la promozione degli appalti strategici, volta ad incoraggiare una maggiore attenzione agli aspetti ambientali, sociali ed innovativi, ha avuto un impatto nel

Tra gli obiettivi prioritari dell'UE si pone infatti l'impegno a rispettare la ricchezza e la diversità culturale e linguistica e a vigilare sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo (art. 3 TUE). L'azione dell'Unione, finalizzata a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, contribuisce all'arricchimento delle culture nel rispetto delle specificità nazionali e regionali (artt. 6 e 167 TFUE)[20], da esercitarsi in conformità con il principio di sussidiarietà (art. 5 TUE)[21].

Per contribuire a tale valorizzazione, si propone di analizzare i contratti pubblici come strumento al servizio della cultura, in una prospettiva che si pone in continuità con lo sviluppo del *New European Bauhaus* (NEB)[22]. Il NEB, movimento culturale e creativo europeo, integra in un approccio interdisciplinare i valori di sostenibilità, bellezza e inclusione sociale per la *governance* del settore pubblico[23], con un forte impulso verso la trasformazione verde, digitale e

---

complesso modesto, dato che la quota delle procedure che utilizzano criteri di aggiudicazione diversi dal prezzo è molto limitata, nonostante la riforma del 2014», con la relativa risposta della Commissione UE, *Risposte della Commissione europea alla relazione speciale della Corte dei Conti europea*, 2023 e le conclusioni del Consiglio, *Council Conclusions on the European Court of Auditors' Special Report Nr 28/2023: Public Procurement in the EU: Less Competition for Contracts Awarded for Works, Goods, and Services in the 10 Years up to 2021*, del 24 maggio 2024. Del necessario sviluppo della concorrenza e innovazione tratta anche il report: M. Draghi, *The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe*, 2024. Si v. G.M. Racca, C.R. Yukins (eds.), *Joint Public procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit., *passim*.

20 Art. 6 TFUE e art. 167 TFUE. Si v. anche art. 13 («le arti e la ricerca scientifica sono libere») e art. 22 CDFUE, ove si afferma: «l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica». G. Avanzini, *La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio nazionale e identità europea*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 3-4/2018, 689 ss.

21 Art. 5 TFUE. Si v. R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, vol. I, Firenze University Press, Firenze, 2016, 3 ss.; M. Immordino, A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., 90 ss; E. Chiti, *La disciplina europea del cinema e dello spettacolo dal vivo*, in *Aedon*, n. 3/2007.

Cfr. già Trattato di Maastricht, Titolo XII e spec. art. 128. Forme di tutela aggiuntive rispetto a quelle previste dagli Stati membri sono state elaborate, ad es., in: Decisione (UE) 2017/864 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 relativa a un Anno europeo del patrimonio culturale (2018), spec. art. 2, par. 1, lett. *l)*: «promuovere la ricerca e l'innovazione in relazione al patrimonio culturale; favorire l'adozione e l'utilizzo dei risultati della ricerca da parte di tutti i portatori di interessi, in particolare le autorità pubbliche e il settore privato, e facilitare la diffusione dei risultati della ricerca a un pubblico più vasto».

22 Sull'importanza della dimensione del *New European Bauhaus*, si v. Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *New European Bauhaus. Bello, Sostenibile, Insieme*, Bruxelles, 15 settembre 2021 COM(2021) 573 final. Successivamente, la Commissione ha pubblicato «La Nuova Bussola Bauhaus Europea», 21 novembre 2022. In particolare, sull'attuazione dei principi del NEB nel supportare i procedimenti di sviluppo e pianificazione territoriale si v.: Progetto *EU Interreg Supporting the integration of New European Bauhaus values and principles into the regional planning processes* (NEBA), di cui l'Università di Torino è *Advisory Partner*.

23 Commissione UE (DG Istruzione, gioventù, sport e cultura - EAC), *Towards a shared culture of architecture – Investing in a high-quality living environment for everyone – Report of the OMC (Open Method of Coordination) group of EU Member State experts, Publications Office of the European Union*, Bruxelles, 2021. Da ultimo, Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al

culturale degli spazi "di vita" della comunità (città o aree rurali, abbandonate, spazi pubblici, eccetera)[24]. Un approccio olistico che, anche nel contesto dell'inclusione sociale, intende affermare, mediante strumenti operativi, una "rivoluzione NEB" come strategia per favorire soluzioni innovative, inclusive e generare valore culturale[25].

2. I contratti pubblici per la cultura: il caso italiano

Le prospettive europee, in parte già recepite dall'ordinamento giuridico italiano, sembrano trovare un particolare campo di applicazione nei contratti pubblici per il settore culturale, specie in ragione delle recenti modifiche introdotte con il nuovo Codice[26] e per un'effettiva attuazione nella prossima riforma delle Direttive europee sugli appalti[27]. Nell'ordinamento giuridico nazionale, il settore culturale ricomprende una pluralità di definizioni[28] riconducibili

---

Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Nuovo Bauhaus europeo: relazione sull'avanzamento dei lavori*, 16 gennaio 2023, COM(2023) 24 final e i relativi strumenti di implementazione. Si v.: G.M. Racca, *La prospettiva del* New European Bauhaus *per una bellezza sostenibile e inclusiva*, in corso di pubblicazione.

24 Il NEB si pone inoltre come orientamento per le future politiche di coesione (artt. 174-178 TFUE), si v. in particolare *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulations (EU) 2021/1058 and (EU) 2021/1056, as regards specific measures to address strategic challenges in the context of the mid-term review*, 1 aprile 2025, COM(2025) 123 final 2025/0084 (COD) , 5 ss. e il *Commission Staff Working Document, Model for Financial instruments and grants with co-financing from the EIBG and others for affordable housing*, 1 aprile 2025, SWD(2025) 78 final. Si v. la prospettiva già delineata da G.F. Ferrari, Smart city, *paesaggio e rigenerazione urbana*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Milano-Udine, 2021, 13 ss. e Id. *Smartness and the Cities*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 173 ss.; D. Amirante, L. Colella, *I nuovi articoli 9 e 41 della Costituzione e le* smart cities*: primi spunti ricostruttivi*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Innovazione e sostenibilità per il futuro delle* smart cities, Mimesis, Milano-Udine, 2023, 367 ss.

25 Commissione UE, Commission Staff Working Document, *New European Bauhaus Investment Guidelines*, 29 luglio 2024, spec. 73 ss. Di recente, *Horizon Europe Work Programme*, 13. *New European Bauhaus Facility*, Decisione della Commissione UE C(2025) 2779, 14 maggio 2025. L'importanza dello sviluppo del settore culturale in Europa era già stata rilevata: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Rafforzare l'identità europea grazie all'istruzione e alla cultura. Il contributo della Commissione europea alla riunione dei leader di Göteborg che si svolgerà il 17 novembre 2017*, 14 novembre 2017, COM(2017) 673 final.

26 R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di),fl*Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 2024, *passim*. Si v. M.A. Sandulli, G. Strazza, *Il diritto dell'Unione europea come argomento e la sua influenza sul giudizio amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 1/2025, 13 ss.

27 G.M. Racca, S. Ponzio, *Prossime sfide per la riforma dei contratti pubblici in Europa: digitalizzazione e cooperazione*, cit., 1 ss. Per un'analisi della disciplina nel precedente Codice si v. P. Carpentieri, *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, in *Urb. e Appalti*, n. 8-9/2016, 1014 ss.

28 Si richiamano sin d'ora l'art. 9, co. 1 (dovere di promozione dello sviluppo della cultura) e co. 2 (obbligo di tutela del patrimonio storico e artistico) Cost., l'art. 21 Cost. e l'art. 33 Cost. C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2017, *passim*; R. Cavallo Perin,fl*Il diritto al bene*

all'ampia categoria del patrimonio culturale (beni culturali e paesaggio)[29] e di attività[30], con il relativo riparto di competenze: esclusiva statale per la tutela[31] e concorrente Stato e regioni per ciò che riguarda la valorizzazione dei beni culturali e ambientali, la promozione e l'organizzazione di attività culturali[32].

Tuttavia, nel nuovo Codice dei contratti pubblici[33], sono oggetto di una disciplina specifica i soli contratti relativi ai «beni culturali tutelati» (e agli scavi archeologici)[34], così come definiti in combinato disposto con il Codice dei beni culturali e del paesaggio[35].

Sono previste norme da applicarsi alle fasi di progettazione e qualificazione degli operatori economici[36], alle varianti e al collaudo delle opere, confer-

---

culturale, in *Dir. Amm.*, fn. 4/2016, 495 ss., riporta come sussista il *genus* patrimonio culturale e due *species*: i beni culturali e paesaggistici e la cosa bene culturale. Si v. anche G. Piperata, *Cultura, sviluppo economico e… di come addomesticare gli scoiattoli*, in *Aedon*, n. 3/2018, che richiama, tra il resto, il lavoro di classificazione del Mibac, in *Libro Bianco sulla Creatività* (pres. W. Santagata), 2009, e sottolinea come i «confini della cultura […] sono difficilmente delimitabili, in quanto sono innumerevoli le attività, le manifestazioni, le forme attraverso le quali essa può manifestarsi».

29 D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*. Per una ricostruzione: P. Stella Richter, *La nozione di patrimonio culturale*, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2004, 1280 ss. Sul dibattito sui beni culturali, la loro appartenenza – privata o pubblica (come beni demaniali, art. 101, d.lgs. n. 42/2004, cit., o *ivi* patrimoniali indisponibili, art. 102, co. 3) – e l'uso generale tra interesse patrimoniale e culturale, si v. per tutti A. Bartolini, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Enc. del Diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2013, 94 ss.; R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, cit., 495 ss.; C. Castaldo, *La fruizione come elemento di definizione del regime giuridico del bene culturale*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2022, 1145 ss. Si v. anche N. Aicardi, *L'individuazione dei beni culturali di appartenenza pubblica e di enti privati non lucrativi*, 313 ss., A. Leo Tarasco, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, 341 ss., e P. Michiara, *Considerazioni sulla partecipazione dei privati alla gestione dei beni culturali di appartenenza pubblica*, 393 ss., in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008.

30 S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 7/1998, 673 ss.; L. Casini, *Valorizzazione e gestione*, in Aa. Vv., *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2020, 195 ss.

31 Art. 117, co. 2, lett. *s)*, Cost., «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali»; art. 3 ss., d.lgs. 42/2004, cit.

32 Art. 117, co. 3, Cost. M.G. Pulvirenti, *Patrimonio culturale e ordinamento pluralista*, Giappichelli, Torino, 2022, 37 ss.; P. Chirulli, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2019, 697 ss.; M. Cammelli, *Regionalismo differenziato e patrimonio culturale: quello che resta*, in *Aedon*, n. 3/2019; G. Manfredi, *Il riparto delle competenze in tema di beni culturali e leale collaborazione*, in *Ist. del federalismo*, n. 3/2017, 791 ss. In riferimento al Codice dei beni culturali e del paesaggio, cfr. Capo II, art. 111 ss., d.lgs. 42/2004, cit.

33 Parte V del Libro II, artt. 132-143, e all. II.18, 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 come integrato e modificato dal decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209*. Cfr. l. 21 giugno 2022, n. 78, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, che più volte ne rimarca la specialità (spec. art. 1, co. 2, lett. *a)*, *b)*, *t)*).

34 A. Contardi, *Innovazione e sostenibilità nel settore culturale: i partenariati come strumento di innovazione sociale*, in *Munus*, n. 1/2024, 255 ss.

35 D.lgs. n. 42/2004, cit.

36 Cfr. *infra*, par. 3.

mandosi il divieto di avvalimento[37] e rinviando alle disposizioni generali del Codice e al relativo Allegato per i profili applicativi e di dettaglio[38].

Una ulteriore peculiarità è costituita dalla eterogenea disposizione relativa ai contratti gratuiti ed alle forme speciali di partenariato (oltre a quanto disciplinato dal Libro IV del Codice), intesa a regolare e incentivare le forme di collaborazione tra pubblico e privato, anche per far fronte alla scarsità di risorse che caratterizza gli investimenti nel settore culturale[39].

In questo quadro, il nuovo Codice rafforza l'autonomia contrattuale delle amministrazioni che debbono operare nel settore culturale[40], offrendo la possibilità di stipulare contratti anche a titolo gratuito per la tutela e la valorizzazione dei beni culturali e/o sponsorizzazioni[41], nel rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento e previa verifica dei requisiti degli operatori economici[42].

L'individuazione di forme speciali di partenariato – «per assicurare la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla sua tutela o alla sua valorizzazione»[43] – costituisce uno strumento strategico che può contribuire ad agevolare la realizzazione degli obiettivi di sostenibilità (anche a lungo termine)[44]. La sostenibilità di tale impo-

37 Art. 132, co. 2, d.lgs. n. 36/2023, cit.; art. 136 TFUE.

38 All. II.18, d.lgs. n. 36/2023, cit., secondo la nota struttura caratterizzata dall'auto esecutività del nuovo Codice. Di recente, S. Saporito, *La digitalizzazione dei contratti pubblici richiesta dal PNRR*, in A. Corrado, E. Griglio, G.M. Racca (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici. Manuale delle nuove procedure telematiche. Piattaforme, fiducia e innovazione*, Collana ItaliAppalti (Dir. L. Carbone, F. Caringella, M. Giustiniani, G. Rovelli), Napoli, 2025, 43 ss. Si v. anche: L. Maruotti, *Introduzione*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, cit., 2 ss.

39 A. Contardi, *Innovazione e sostenibilità nel settore culturale: i partenariati come strumento di innovazione sociale*, cit., 255 ss.

40 In conformità con l'art. 8, co. 1, d.lgs. n. 36/2023, cit.

41 Spec. art. 134, d.lgs. n. 36/2023, cit.; art. 120, d.lgs. n. 42/2004, cit. Si v. P. Rossi, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, in *federalismi.it*, n. 2/2018, 2 ss.; R. Chieppa, *Il nuovo regime delle erogazioni liberali e delle sponsorizzazioni: il settore dei beni culturali e l'intervento delle fondazioni*, in *Aedon*, n. 2/2013; A. Porporato, *La sponsorizzazione culturale attiva ed i beni culturali "immateriali"*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2013, 537 ss.; G. Piperata, *Le modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio dopo i decreti legislativi 62 e 63 del 2008. Beni culturali. Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni dei beni culturali: gli artt. 117 e 120*, in *Aedon*, n. 3/2008.

42 «Ferme restando le prescrizioni dell'amministrazione preposta alla loro tutela in ordine alla progettazione e all'esecuzione delle opere e delle forniture e alla direzione dei lavori e al loro collaudo», art. 134, co. 1, d.lgs. n. 36/2023, cit.

43 Art. 134, co. 2, d.lgs. n. 36/2023, cit. In materia di cooperazione, valorizzazione e tutela, M. Cammelli, *Cooperazione*, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo (a cura di), *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 286 ss.

44 S. Antoniazzi, *Beni culturali e partenariato pubblico-privato atipico nel Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 8/2024, 1 ss. Già C. Barbati, *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili (dopo i decreti correttivi del codice urbani)*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4-5/2006, 12 ss.

stazione emerge dalla sua finalità olistica, diretta a un ciclo di vita completo del bene oggetto del contratto che dunque include recupero, restauro, manutenzione programmata, gestione, apertura alla fruizione e valorizzazione[45].

L'approccio integrato, volto non solo a massimizzare il valore pubblico del bene in termini economici ma anche la sua reimmissione nel circuito sociale (ad esempio, con il recupero di un bene culturale dismesso o con la sua riapertura al pubblico) che promuove altresì la coesione sociale[46], è reso più efficace da procedure di attivazione semplificate e da un ambito di applicazione attualmente esteso anche ai beni culturali mobili[47].

Tale disciplina fornisce, dunque, alle amministrazioni strumenti negoziali di cooperazione[48], con il partenariato pubblico-privato come modello gestionale sostenibile, capace di coniugare le inderogabili esigenze di tutela[49] con una visione di valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale e nazionale, che possa contribuire anche alla creazione di ricchezza, compatibilmente con la sua funzione pubblica[50].

Nel novero degli strumenti di collaborazione e sussidiarietà fra pubblico e privato non vanno tralasciate le disposizioni sulle forme contrattuali (e non) espressione di sussidiarietà orizzontale, come il partenariato sociale, ove si menziona la «gestione e manutenzione di aree riservate al verde pubblico e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti al Comune in esecuzione di convenzione e strumenti urbanistici attuativi» [51].

---

45 «[…] dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali, attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato […]»: art. 134, co. 2, d.lgs. n. 36/2023, cit.

46 N. Vettori, *Le "forme speciali di partenariato" per la valorizzazione dei beni culturali: la causa di comunione di scopo quale elemento di specialità*, in *Aedon*, n. 1/2024, 15 ss.; M. D'Isanto, *Il partenariato speciale pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Aedon*, n. 2/2023, 11 ss.

47 L. Casini, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2016.

48 Si ricorda anche l'importanza della cooperazione amministrativa interistituzionale, spec. con il Ministero della Cultura: L. Casini, *Le metamorfosi del ministero della Cultura e le incongruenze dell'organizzazione amministrativa*, in *Aedon*, n. 2/2024, 105 ss.

49 Art. 106, co. 2-*bis*, d.lgs. n. 42/2004, cit.

50 In tal senso, si richiamano i «servizi aggiuntivi», le ipotesi di sponsorizzazione o, ancora, gli usi temporanei. Cfr. G. Piperata, *Cultura, sviluppo economico e… di come addomesticare gli scoiattoli*, cit., e, sullo strumento degli usi temporanei da utilizzarsi anche nel contesto culturale, sia consentito rinviare a M. Demichelis, *Il governo digitale del territorio. Dagli usi temporanei alla rigenerazione urbana*, Jovene, Napoli, 2023, 61 ss.; G. Torelli, *Le ultime frontiere del recupero e della valorizzazione del patrimonio urbano: gli usi temporanei*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2021, 475 ss.

51 Art. 201, co. 1, spec. lett. *a)*, d.lgs. n. 36/2023, cit. R. Cavallo Perin, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in *Dir. e proc. amm. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, V. Fanti (a cura di), Tomo I, 2019, 309 ss., già in *Dir. Amm., n.* 4/2018, 839 ss. Si rimanda alle riflessioni della dottrina sul baratto amministrativo: V. Manzetti, *Il baratto amministrativo e la valorizzazione del patrimonio culturale immateriale: una prospettiva da esplorare*, in *Munus*, n. 3/2018, 1007 ss. Sulle forme di amministrazione condivisa per la gestione dei beni culturali, E. Fidelbo, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Aedon*, n. 3/2018.

Nel binomio cultura-economia, la sostenibilità può dunque essere ricondotta all'attivazione di nuove "funzioni" anzitutto da parte delle istituzioni pubbliche, per l'avvio processi economico-sociali di promozione culturale che presentino ricadute economiche[52].

Da ciò l'importanza, già ampiamente sostenuta, dei principi generali del nuovo Codice dei contratti per l'effettiva integrazione della sostenibilità, con la trasformazione digitale che orienta l'azione amministrativa verso una gestione efficiente delle risorse pubbliche, che privilegia la qualità e la tempestività di tutte le fasi del contratto sino all'esecuzione, nel rispetto del principio di legalità[53].

La ricostruzione di tale impostazione e la sua applicazione al settore culturale, al di là della tutela e valorizzazione dei beni e del patrimonio culturale, ha tuttavia sollevato talune questioni e criticità operative se si considera la disciplina dell'affidamento dei «servizi culturali»[54].

Al fine di rafforzare la reale funzione dell'istituto (promozione dello sviluppo della cultura), si è discusso circa la qualifica di tali servizi come servizi pubblici e sulle modalità di gestione (diretta o indiretta) e affidamento (concessione o appalto)[55]. Per quanto qui di interesse però, preme sottolineare come

---

52 Si consideri, ad esempio, il rapporto con la disciplina del turismo: G. Sciullo, *Corte costituzionale e nuovi scenari per la disciplina del patrimonio culturale*, in *Aedon*, n. 1/2017; G. Piperata, *Cultura, sviluppo economico e… di come addomesticare gli scoiattoli*, cit. Corte Cost., 2 aprile 2012, n. 80, che definisce il turismo uno strumento fondamentale per attuare il principio di valorizzazione del patrimonio culturale. Questo legame è stato riconosciuto anche a livello legislativo: Codice del Turismo (d.lgs. 23 marzo 2011, n. 79), Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'art. 14, l. 28 novembre 2005, n. 246, nonchè attuazione della Direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio. Per una ricostruzione dell'espressione «economia della cultura» che pone in relazione anche la libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost., si v. M. Immordino, A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, Giappichelli, Torino, 2023, 56 ss.; M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 1/1976, 3 ss.

53 G.M. Racca, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2023, 723 ss.; R. Cavallo Perin, *Principi e autonomia nella disciplina dei contratti pubblici*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, cit., 41 ss.; E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2023, 829 ss.

54 «Servizi per il pubblico», art. 117, d.lgs. n. 42/2004, cit. Si considera questa una categoria aperta: L. Casini, *Valorizzazione e gestione*, cit., 195 ss., che richiama la sent. Cass. Civ., SS.UU., 9 dicembre 2015, n. 24824 che ha definito i servizi culturali come servizi pubblici; C. Barbati, *La valorizzazione (art. 111)*, in *Aedon*, n. 1/2004; S. Foà, *Gestione e alienazione dei beni culturali*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2004, 349 ss. In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807, ove si afferma che «l'Amministrazione ha la facoltà di scegliere la gestione diretta dei servizi culturali, dovendo, per perseguire la strada dell'esternalizzazione, motivare» la «"*convenienza di tale formula alternativa rispetto al superiore obiettivo della valorizzazione culturale*", che implicitamente si presuppone invece (meglio) assicurato dalla gestione diretta (Cons. St., sez. V, 16 marzo 2021 n. 2259)».

55 Si v. Cons. Stato, sez. V, 9 luglio 2024, n. 6060, ove l'appellante ricorre contro Consip s.p.a. e Ministero della Cultura per il Parco Archeologico di Ercolano: i servizi per il pubblico,

anche nell'organizzazione di eventi culturali sia di recente emerso il tema della sostenibilità declinata sotto i tre profili economico, ambientale e sociale, considerando il contesto normativo eterogeneo ove il già richiamato Codice dei contratti pubblici si pone quale *lex generalis* per tutte le procedure ad evidenza pubblica, ma sempre in combinato disposto con altre fonti, quali il Codice dei beni culturali e del paesaggio ma anche il Codice del Terzo Settore[56], che inserisce tra i suoi obiettivi la valorizzazione del patrimonio culturale mediante iniziative promosse proprio da soggetti del territorio, principalmente mediante processi di co-progettazione[57].

La *ratio* di fondo resta quella della tutela e valorizzazione di un patrimonio culturale (spec. artt. 9 e 33 Cost.) che non può che trascendere la dimensione meramente economica nel perseguimento degli obiettivi condivisi anche a li-

---

definiti «servizi di assistenza culturale e di ospitalità attivati presso i luoghi e gli istituti della cultura» o «servizi aggiuntivi» di assistenza agli utenti, possono essere gestiti in maniera indiretta (ex art. 117 e 115 del d.lgs. n. 42/2004, cit.), come concessione di servizio pubblico, mentre l'esternalizzazione dei servizi complementari di biglietteria, pulizia e vigilanza dà luogo ad un appalto di servizi (Corte Cass., SS.UU., 27 maggio 2009, n. 12252), in conformità con le direttive europee, «atteso che l'amministrazione trasferisce il diritto di gestire il servizio in favore dei visitatori/utenti dietro pagamento di un canone», e che sussistono altresì i caratteri del pubblico servizio per la valorizzazione dei beni culturali in presenza «a) della titolarità del servizio in capo all'amministrazione; b) della destinazione dello stesso alla soddisfazione di esigenze della collettività; c) della predisposizione, da parte dell'amministrazione, di un programma di gestione, con obblighi di condotta e livelli qualitativi vincolanti per il privato; d) del mantenimento da parte dell'amministrazione dei corrispondenti poteri di indirizzo, vigilanza ed intervento». In tal caso è il contratto di servizio ad individuare il contenuto del «progetto di gestione delle attività di valorizzazione ed i relativi tempi di attuazione, i livelli qualitativi delle attività da assicurare e dei servizi da erogare, nonché le professionalità degli addetti» (ex art. 115, co. 5, d.lgs. n. 42/2004, cit.) e ad indicare i servizi essenziali che devono comunque essere garantiti per la pubblica fruizione del bene. G. TORELLI, *Le fondazioni partecipate da pubbliche amministrazioni e l'affidamento dei servizi culturali*, in *Aedon*, n. 3/2022, 153 ss.; F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *federalismi.it*, 1/2018, 2 ss.; G. SCIULLO, *La gestione dei servizi culturali tra Codice Urbani e Codice dei contratti pubblici*, in *Aedon*, n. 1/2018. Sulla fruibilità dei beni, L. GIANI, *Destinazione e fruibilità dei beni (di interesse pubblico). Spunti per una rivisitazione della dinamica regolativa*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2016, 163 ss.

56 Cfr. art. 5, co. 1, lett. *i)*, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, *Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*. Corte Cost., 163 del 2012. M. BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Ist. del Federalismo*, n. 3/2022, 573 ss. Gli enti del Terzo settore, rappresentativi della società solidale, «spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi 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 un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della "società del bisogno"», Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131. Commento di G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2020, 1449 ss.

57 Cfr. S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. ed enti del terzo settore*, in *Munus*, n. 2/2019, 547 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il welfare state nell'Unione europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2013, 37 ss.

vello europeo[58].

Una specificità che, come si vedrà, non risiede soltanto nell'oggetto del contratto, ma anche nella adeguatezza e qualificazione degli operatori economici che operano nel settore e che debbono possedere competenze tecniche e professionali specialistiche non surrogabili[59].

3. La nuova prospettiva italiana dei Criteri Ambientali Minimi (CAM) per il settore culturale

Come noto, la funzionalizzazione dei contratti pubblici verso lo sviluppo sostenibile e l'attuazione di un sistema di economia circolare sono caratterizzate[60], nel nostro ordinamento, dal ruolo dei Criteri Ambientali Minimi (CAM)[61], definiti con decreti del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica per specifiche categorie contrattuali[62].

I CAM costituiscono requisiti ambientali obbligatori e dettagliati che devono essere inseriti nelle specifiche tecniche e nelle clausole contrattuali dei bandi di gara da parte della stazione appaltante chiamata ad individuare la solu-

58 Già F. Merusi, *Art. 9*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 434 ss., spec. 445, afferma che il paesaggio coincide con l'ambiente, «con la valenza culturale che si attribuisce al rapporto uomo-ambiente». L. Casini, *«Todo es peregrino y raro…»: Massimo Severo Giannini e i beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 3/2015, 987 ss. e quanto *ivi* richiamato, spec. M.S. Giannini, *I beni culturali* (1975-1976), in *Scritti*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2004, 1003 ss.; S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini (1975)*, in Id., *L'amministrazione dello Stato. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1976, 153 ss. Sull'art. 9 Cost. e la recente riforma con l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*. G. Barozzi Reggiani, *La "funzione sociale della tutela dell'ambiente" alla luce della revisione costituzionale del 2022 e del più recente quadro giuridico europeo*, in *federalismi.it*, n. 7/2024, 47 ss. Contr.: G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustizia Insieme*, 22 settembre 2021. Si v. R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale come libertà individuale e interesse della nazione*, in F. Astone (a cura di), *Patrimonio culturale modelli organizzativi e sviluppo territoriale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 15 ss.

59 Si v. *infra*, par. 3. Si rimanda a quanto analizzato già da A. Sau, *La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità*, in *Aedon*, n. 1/2017, in riferimento alla disciplina del previgente Codice dei contratti e ai requisiti degli operatori economici nel settore dei beni culturali.

60 F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2017, 163 ss. e Id., *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg.to, Utet, Milano, 2021.

61 Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di "ciclo di vita ambientale"*, 18 giugno 2003, COM(2003) 302 definitivo; in Italia, art. 1, co.1126-1128, l. 27 dicembre 2006, n. 196, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)*.

62 Cons. Stato, n. 6060/2024, cit., afferma che la norma non fissa un rapporto di rigida corrispondenza tra i CAM e i criteri di valutazione delle offerte tecniche contenute nella *lex specialis* (cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 17 aprile 2018, n. 2317), ma si apprezzano molteplici richiami al rispetto dei criteri ambientali minimi nel caso di specie (ai fini dell'acquisto della carta, della sanificazione) e vi sono criteri di valutazione che premiano le proposte rispettose degli aspetti e delle esigenze sociali e ambientali.

zione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale[63].

L'obbligatorietà dei CAM[64] riflette il recepimento dell'orientamento europeo sullo sviluppo sostenibile progressivamente consolidato nell'ordinamento nazionale, a partire dal «Piano d'Azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione» (PANGPP)[65], per una transizione ecologica strutturata che incentivi l'innovazione tecnologica e la competitività del sistema produttivo nazionale favorendo, al contempo, una razionalizzazione della spesa pubblica (ad esempio attraverso la riduzione dei consumi energetici e dell'utilizzo delle materie prime)[66].

I CAM definiscono soglie minime di prestazione nei settori strategici di applicazione – quali l'economia, l'edilizia, la gestione dei rifiuti, i servizi energetici, il verde pubblico, la ristorazione collettiva, le forniture di prodotti tessili, gli arredi e le attrezzature per ufficio, nonché i servizi di pulizia e i trasporti –

---

63 G. Crepaldi, R. Micalizzi, *Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali*, cit., 61 ss., e la giurisprudenza *ivi* menzionata. In particolare, gli A. ricordano che: «L'efficacia dei CAM come strumento dei *green public procurement* dipende dalla loro applicazione effettiva da parte delle stazioni appaltanti», spec. 75. E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, cit., 829 ss.; M.P. Chiti, *Principi*, in M.A. Sandulli, R. de Nictolis (dir. da), *Trattato sui contratti pubblici, I, Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Giuffrè, Milano, 2019, 285 ss. Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni su un quadro di monitoraggio riveduto per l'economia circolare, Bruxelles, 15 maggio 2023, COM(2023) 306 final.

64 La scelta sull'obbligatorietà dei CAM nell'ordinamento nazionale rende l'Italia *leader* nell'attuazione del GPP europeo. Art. 57, d.lgs. n. 36/2023, cit. e, in precedenza, art. 34, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 24 aprile 2020, n. 685, che inserisce tra le clausole contrattuali anche i CAM stessi, come previsioni che «concretamente incidono sulla piena e consapevole formazione della volontà negoziale». G. Crepaldi, R. Micalizzi, *Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali*, cit., 75; G. Botta, *Italy, Leading the Way Towards Mandatory Sustainable Public Procurement through Minimum Environmental Criteria*, in W. Janssen, R. Caranta (a cura di), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law*, Hart Publishing, Oxford, 2023, 189 ss.

65 Min. Ambiente, *Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica amministrazione (edizione 2023)*, che sostituisce il Piano d'azione adottato con il decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico 11 aprile 2008 così come modificato dal decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 4 aprile 2013. Si v. A. Depietri, *Il "Green Public Procurement" tra riforme, mercato ed effettività*, in *Munus*, n. 3/2023, 787 ss.

66 Il PANGPP prevede inoltre un costante processo di aggiornamento e di estensione dei CAM a nuove categorie merceologiche, al fine di adeguare lo strumento all'evoluzione tecnologica e alle priorità ambientali emergenti, come quelle delineate nel Green Deal Europeo e nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano. Già G.M. Racca, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 171 ss.

ma introducono anche criteri premianti per gli operatori economici, volti a consentire alla stazione appaltante di valorizzare, in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le proposte che presentano un livello di sostenibilità «superiore»[67].

Tuttavia, i CAM sono sviluppati per settori standardizzati e la loro applicazione al comparto culturale può essere critica, per peculiarità tecniche e finalità specifiche[68], nel perseguimento dell'obiettivo di tutela di una sostenibilità che non va declinata quale mero adempimento da parte della stazione appaltante e dell'operatore economico[69].

Nel contesto dei contratti pubblici nel settore culturale la sostenibilità può tradursi, ad esempio, nell'impiego di tecniche di intervento a basso impatto e reversibili, nella scelta di materiali chimicamente e fisicamente compatibili con quelli storici, nella progettazione di soluzioni di efficientamento energetico che non alterino l'integrità materica o l'immagine del bene tutelato, ma anche nella valorizzazione delle filiere corte e delle maestranze specializzate, magari

---

67 A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "*mandatory *rigido" ad uno di tipo "funzionale"*, in *Ceridap*, n. 3/2023. Cfr. anche M. Mazzarella, *Verso una maggiore sostenibilità degli appalti pubblici: il ruolo dei criteri ambientali minimi*, *Commento a CdS, III, 14.10. 22*, in *Munus*, n. 1/2022, 228 ss.; M. Pinti, *L'insostenibile leggerezza dei Criteri ambientali minimi. La difficile integrazione delle istanze ambientali nell'ambito dei contratti pubblici*, in *RQDA*, n. 2/2022, 192 ss. T.A.R. Lazio, sez. II, 13 novembre 2024, n. 20198, in riferimento al carattere premiante dei CAM Energia nel caso di specie, «non consentendo ciò di disattenderli *tout court*, prescrivendo l'art. 57, comma 1, del d.lgs. 36/2023, che essi debbano essere "tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara" e, dunque, assumere essere considerati ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rilevando in senso contrario quanto già evidenziato in merito all'inidoneità del criterio relativo alla sostenibilità ambientale delle offerte tecniche a garantire la selezione di un operatore economico effettivamente in grado di assicurare il rispetto (anche) dei criteri in questione». Si v. anche Cons. di Stato, Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773, e A. Iurascu, *L'inefficacia del contratto pubblico concluso in violazione dei criteri ambientali minimi (CAM)*, in *Giur. it.*, n. 2/2023, 399 ss.

68 Adottati con decreto del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, come indicato sul sito web. Sul sistema «a tre livelli» della disciplina dei CAM, si v. F. De Leonardis, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP ["Green Public Procurement"] e obbligatorietà dei CAM*, in *RQDA*, n. 3/2020, 62 ss.

69 Si v. Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701, ove si afferma che, in riferimento al mero rinvio al decreto di elaborazione dei CAM nel capitolato tecnico, «- se pure assolve ad uno scopo formale – non è idoneo a conformare la funzione del contratto, in punto di scelta della migliore offerta, agli obiettivi avuti di mira dalla norma», poiché «non si tratta di individuare in capo alla stazione appaltante un "obbligo meramente formale di riproduzione del suo contenuto" », posto che l'attuale art. 57, co. 2, d.lgs. n. 36/2023, «impone una conformazione degli obblighi negoziali funzionale, sul piano sostanziale, all'effettiva esecuzione della prestazione dell'appaltatore in conformità alle specifiche tecniche portate dai criteri ambientali», con nota di A.E. Basilico, *Le funzioni della contrattazione pubblica e il ruolo del giudice amministrativo alla luce dell'obbligo di rispettare i c.a.m.*, in *Urb.e appalti*, n. 6/2024, 764 ss.; Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773: il Collegio ritiene che la stazione appaltante deve effettivamente declinare nella documentazione di gara le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei CAM applicabili all'oggetto dell'affidamento, costituendo le relative previsioni non mere norme programmatiche, bensì obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti.

depositarie di un "saper fare" tradizionale[70]. Una sostenibilità che va declinata non solo quale mera applicazione di *standard* di natura ambientale[71], ma anche in relazione all'identità culturale.

Più in generale, si intende sostenere la necessità di conciliare la valutazione dell'offerta ancorata a una logica quantitativa o di mercato con nuovi elementi, esigendo valutazioni che sappiano cogliere il valore intrinseco ovvero la caratura artistica e l'impatto sociale dell'oggetto del contratto (lavoro, bene o servizio)[72].

La sfida attuale consiste non solo nel coniugare la sostenibilità con l'innovazione tecnologica in ambito culturale, ma anche con il rispetto dell'oggetto del contratto, affinché l'intervento di conservazione di un bene o di valorizzazione del patrimonio culturale sia esso stesso un atto sostenibile, capace di garantire la trasmissione alle future generazioni[73] senza comprometterne i valori intrinseci: la sostenibilità diverrebbe in tal modo presupposto per un'efficace e duratura azione di conservazione e capacità di generare anzitutto valore sociale,

---

70 Si v. *infra*, par. 4. Cfr. V. Manzetti, *Il patrimonio culturale immateriale tra ordinamento internazionale, europeo e nazionale. Spunti dall'esperienza spagnola*, in *Nomos*, n. 3/2018, spec. 4 ss.: in relazione alla Convenzione Unesco, l'A. afferma che sono definiti elementi che «devono essere tutti compresenti al fine di non "dissolvere" il legame tra valore culturale e valore identitario e che rappresentano una risposta ai processi di globalizzazione e di trasformazione sociale, fautori spesso di pericolosi fenomeni di intolleranza […]» e, in merito alla Convenzione di Faro, richiama il diritto al patrimonio culturale che si estrinseca nel diritto di partecipare alla vita culturale: accanto al concetto di «eredità culturale» si affianca quello di «comunità di eredità».

71 In tal senso si pone il dibattito sulla eterointegrazione del bando di gara. In Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024 n. 4701, si ritiene che la questione possa determinare «un antagonismo fra l'esigenza di semplificazione della *lex specialis* (e della gara stessa) per un verso, e la non meno rilevante esigenza di effettività dell'operatività dei criteri ambientali minimi nella fase di esecuzione del contratto»; in particolare, si ritiene che debba sempre essere perseguito il profilo sostanziale dei CAM perché il solo rimando «ad opera dei decreti che disciplinano gli specifici criteri ambientali non è sufficiente a far ritenere rispettato l'art. 34 del d.lgs. n. 50 del 2016 [*ratione temporis*, ndr.] ». Si sottolinea anche la conseguente illegittimità della *lex specialis* di gara che indichi i decreti CAM applicabili «senza che a tali riferimenti abbia fatto seguito un'effettiva declinazione nella documentazione di gara»; Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2022, n. 9879, ove il Collegio afferma che l'obbligatorietà di detti criteri e le gravi conseguenze che se ne devono trarre nella sede giudiziale di valutazione di legittimità delle procedure pubbliche di affidamento che non ne tengano debito conto depongono nel senso di valutare la questione del loro recepimento nella legge di gara sotto il profilo sostanziale, piuttosto che sotto il profilo formale del loro richiamo.

72 A titolo esemplificativo, Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5157. Cfr. anche Cfr. G. Piperata, *Cultura, sviluppo economico e… di come addomesticare gli scoiattoli*, cit. Più di recente, in riferimento alla valutazione dei CAM nell'attribuzione dei punteggi si è rilevato che nonostante le stazioni appaltanti non abbiano l'obbligo di dedicare ai criteri ambientali un valore «maggioritario» (ossia superiore alla metà dei punti complessivamente attribuiti alle offerte tecniche) o significativo, dalla norma primaria deriva comunque l'obbligo, per la stazione appaltante, di «non attribuire ai criteri ambientali un peso eccessivamente ridotto, fino a divenire irrisorio, pena la frustrazione della *ratio legis* della norma primaria, che mira a garantire che l'aspetto ambientale sia rilevante nel procedimento selettivo (e non solo nella fase di esecuzione del contratto) ed anche nella fase di valutazione qualitativa delle offerte tecniche», cfr. TAR Roma, sez. II, 11 novembre 2024, n. 19910; Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 1300 che richiamano Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

73 P. Marzaro, *Nuove dinamiche e antichi doveri nel sostegno e nella promozione della cultura: dalle radici della questione museale ai diritti delle generazioni future*, in *Nomos*, n. 2/2019, 1 ss.

di garantire equità retributiva e stabilità occupazionale agli operatori, di favorire l'inclusione e promuovere la diversità delle espressioni culturali[74].

Elementi, questi, che sono in linea anche con i principi orizzontali sanciti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano, come la tutela e valorizzazione dei giovani, la riduzione dei divari territoriali e la parità di genere, obiettivi trasversali per la gestione e realizzazione dei contratti pubblici[75].

Tuttavia, si è detto, nei contratti pubblici in ambito culturale l'imposizione attuale dei CAM in una logica di adempimento formale può rivelarsi critica nel perseguimento di obiettivi di una sostenibilità da ripensare in senso più ampio[76]. La stessa giurisprudenza amministrativa ha inteso sottolineare come il valore artistico, storico e culturale intrinseco di un bene possa divenire dimensione qualificante di produzione e fruizione della cultura tale da giustificare peculiari criteri di valutazione[77]: nel caso di specie, riferito al rinnovo di una concessione di locali, la storicità e il valore identitario sono stati considerati importanti elementi di memoria, nonché testimonianze di tradizione e cultura[78].

---

74 Ad esempio, già in altri settori – relativi ai CAM Manutenzione, CAM Energia e CAM Rifiuti – è stata ritenuta esigua dal giudice amministrativo l'attribuzione di 2, 3, 4 o 7 punti ai profili connessi con la sostenibilità ambientale nell'ambito della valutazione complessiva dell'offerta tecnica, visto che «i partecipanti alla procedura ben avrebbero potuto decidere di non adeguare le offerte ai criteri ambientali minimi e, ciononostante, risultare aggiudicatari», cfr. T.A.R. Lazio, n. 20198/2024, cit.

75 Il PNRR richiama principio del contributo all'obiettivo climatico e digitale (c.d. *tagging*), e l'obbligo di protezione e valorizzazione dei giovani, assieme al superamento dei divari territoriali e il principio di parità di genere in relazione agli artt. 2, 3 par. 3, TUE; artt. 8, 10, 19 e 157, TFUE; artt. 21 e 23 CDFUE. Cfr. S. Arrowsmith, P. Kunzlik, *Public Procurement and Horizontal policies in EC Law: General Principles*, in S. Arrowsmith, P. Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 12 ss.

76 G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1996, 1122 ss.

77 T.A.R. Lombardia, Milano, sez. V, 7 novembre 2023, n. 2573, ove, in materia di concessione d'uso di uno spazio all'interno della Galleria Vittorio Emanuele II, il ricorrente titolare di un ristorante qualificato come bottega storica impugna la clausola del rinnovo della concessione che sancisce il divieto assoluto, a pena di decadenza, di cessione/affitto di azienda (fatta eccezione per il trasferimento di quote in ambito familiare o intragruppo).

78 T.A.R. Lombardia, n. 2573/2023, cit.: il Collegio respinge il ricorso, sostenendo che «la concessione dei locali della Galleria Vittorio Emanuele II e degli altri immobili storici e di pregio del Comune […] è da un lato una forma di "valorizzazione" del bene, ma dall'altro uno strumento per assicurare la "sopravvivenza" di locali storici. […] I divieti svolgono la stessa funzione dei requisiti previsti per il rinnovo, ma sono riferiti al periodo di occupazione dei locali: per tutta la durata della concessione il locale deve mantenere quei caratteri tipici, storici e tradizionali, grazie ai quali ha ottenuto l'assegnazione del bene. Per tale ragione non devono essere mutati gli elementi identitari: marchio, insegna e merceologia, sono vietati cambi di destinazione d'uso, l'affitto e la cessione e l'affitto d'azienda. La storicità […] è connessa anche alla tipologia di servizio e alla tradizione culinaria, data dall'elemento personale del gestore: verrebbe meno l'identità del Ristorante stesso se venisse sostituito un menu tipico meneghino con altre tipologie e metodi di somministrazione», con commento di G. Cordova, *La disciplina dei locali storici fra salvaguardia della memoria di una comunità e regole del mercato*, in *Riv. giur. urb.*, n. 3/2024, 471 ss.

In tale prospettiva, può collocarsi l'elaborazione di "CAM Culturali"[79], relativi all'affidamento del servizio di organizzazione e gestione di eventi culturali, manifestazioni, avvenimenti, cerimonie o altre iniziative a carattere culturale, artistico, celebrativo, sportivo, professionale e commerciale[80], che testimonia la consapevolezza del legislatore europeo e nazionale circa l'impossibilità di assimilare *tout court* le prestazioni del settore culturale a quelle di altri settori, ma che si rileva strumentale alla realizzazione di una sostenibilità "minima".

I CAM culturali sono infatti stati introdotti con il dichiarato scopo di migliorare l'impronta ecologica degli eventi finanziati, promossi o organizzati dalla pubblica autorità (mostre, festival, eventi culturali, eventi musicali) attraverso l'inclusione di criteri sociali e ambientali nei relativi appalti, nel rispetto del principio generale di non arrecare un danno significativo all'ambiente (principio «*Do no significant harm*», DNSH)[81].

In tal senso, i CAM costituiscono uno strumento tecnico per l'applicazione concreta del DNSH e contribuiscono ad assicurare che le attività economiche siano volte al perseguimento dei sei obiettivi ambientali dell'UE, fornendo parametri tecnici e misurabili per specifiche categorie di beni e servizi[82].

---

79 Decreto del Ministero della Transizione Ecologica del 19 ottobre 2022, n. 459, adottato in attuazione della Missione 1 «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo» - Componente 3 «Turismo e Cultura 4.0». I criteri ambientali definiti in tale documento assolvono il principio di "non arrecare danno significativo agli obiettivi ambientali", Misura 3 – Industria Culturale e Creativa 4.0 - M1C3 – Riforma 3.1 «Adozione di criteri ambientali minimi per eventi culturali», del PNRR.

80 Art. 1, c. 1, lett. *a)*, d.m. n. 459/2022, cit.

81 Artt. 9 (Obiettivi ambientali) e 17 (Danno significativo agli obiettivi ambientali), Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088. *Ivi* anche il considerando n. 31, secondo cui «un'attività economica può contribuire in modo sostanziale all'obiettivo ambientale relativo alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi in vari modi, ad esempio mediante la protezione, la conservazione o il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi, migliorando così i servizi ecosistemici. Tali servizi sono raggruppati in quattro categorie, ossia i servizi di messa a disposizione, come la messa a disposizione di cibo e acqua, i servizi di regolamentazione, come il controllo climatico e la lotta alle malattie, i servizi di sostegno, come i cicli dei nutrienti e la produzione di ossigeno, e i servizi culturali, come quelli che arrecano benefici spirituali e ricreativi». Si v. anche Comunicazione della Commissione, *Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio «non arrecare un danno significativo» a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza (2021/C 58/01)*, 18 febbraio 2021, (2021/C 58/01), spec. 3, che afferma: «D'altro canto, le riforme in altri settori (ad esempio istruzione e formazione, pubblica amministrazione, arti e cultura) comporteranno probabilmente un rischio limitato di danno ambientale (cfr. approccio semplificato nelle sezioni 2.2 e 3), a prescindere dal loro contributo potenziale alla transizione verde, che potrebbe comunque essere significativo». M. Delsignore, *Il principio DNSH e la lotta al "greenwashing"*, in *federalismi.it*, n. 27/2024, 72 ss.; F. De Leonardis, *La rivoluzione silenziosa del principio "Do no significant harm" (DNSH)*, in *RQDA*, n. 2/2024, 104 ss.; M. Pignatti, *Il principio "do no significant harm" come strumento strategico. La nozione di "attività economica sostenibile" e le prospettive di innovazione nei contratti pubblici*, in *Riv. reg. mercati*, n. 1/2023, 195 ss.

82 Art. 17, Regolamento (UE) 2020/852, cit., rubricato «Danno significativo agli obiettivi ambientali», che identifica gli obiettivi ambientali UE cui l'attività economica può arrecare il danno significativo: «a) alla mitigazione dei cambiamenti climatici, se l'attività conduce a

Riflettendo gli obiettivi di un'economia circolare per l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, i CAM valorizzano la riduzione, il riuso, riciclo e recupero dei prodotti: criteri concreti che possono accompagnare gli acquirenti pubblici all'individuazione di parametri di acquisto e alla scelta della migliore soluzione nella necessità di promozione anche del benessere individuale e collettivo, in una prospettiva olistica (c.d. «*One-health approach*»)[83].

I CAM culturali distinguono con chiarezza tra gli obblighi inderogabili – che assicurano un livello minimo di sostenibilità ambientale, sociale e di inclusione nelle procedure di organizzazione eventi culturali – e i criteri premiali che incentivano l'adozione di buone pratiche, innovazione e valorizzazione culturale e territoriale, con l'obiettivo di far evolvere la qualità ambientale e sociale degli eventi pubblici verso *standard* più elevati e integrati[84].

In particolare, i CAM per eventi culturali intendono perseguire l'obiettivo del contrasto ai cambiamenti climatici attraverso la promozione dell'impiego di energia proveniente da fonti rinnovabili e di soluzioni progettuali e tecnologiche ad alta efficienza energetica per la climatizzazione, l'illuminazione e la proiezione audiovisiva, nonché incentivando misure di mobilità sostenibile per raggiungere l'evento e nella logistica per la sua organizzazione[85].

---

significative emissioni di gas a effetto serra; b) all'adattamento ai cambiamenti climatici, se l'attività conduce a un peggioramento degli effetti negativi del clima attuale e del clima futuro previsto su sé stessa o sulle persone, sulla natura o sugli attivi; c) all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine, se l'attività nuoce: i) al buono stato o al buon potenziale ecologico di corpi idrici, comprese le acque di superficie e sotterranee; o ii) al buono stato ecologico delle acque marine; d) all'economia circolare, compresi la prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti, se: i) l'attività conduce a inefficienze significative nell'uso dei materiali o nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali quali le fonti energetiche non rinnovabili, le materie prime, le risorse idriche e il suolo, in una o più fasi del ciclo di vita dei prodotti, anche in termini di durabilità, riparabilità, possibilità di miglioramento, riutilizzabilità o riciclabilità dei prodotti; ii) l'attività comporta un aumento significativo della produzione, dell'incenerimento o dello smaltimento dei rifiuti, ad eccezione dell'incenerimento di rifiuti pericolosi non riciclabili; o iii) lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti potrebbe causare un danno significativo e a lungo termine all'ambiente; e) alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento, se l'attività comporta un aumento significativo delle emissioni di sostanze inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo rispetto alla situazione esistente prima del suo avvio; o f) alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi, se l'attività: i) nuoce in misura significativa alla buona condizione e alla resilienza degli ecosistemi; o ii) nuoce allo stato di conservazione degli habitat e delle specie, comprese quelli di interesse per l'Unione».

83 G.M. Racca, *Salute*, in *Enc. dir.*, *I tematici, III - Le funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, 995 ss.; WHO Council on the Economics of Health for All, *Health for All – transforming economies to deliver what matters: final report of the WHO Council on the Economics of Health for All*, Geneva, World Health Organization, 2023, come richiamato anche in G. Sdanganelli, *Il diritto all'oblio oncologico e i limiti all'uso dei dati sanitari nell'assicurazione digitale*, in *federalismi.it*, n. 12/2025, 230 ss.; F. Aperio Bella (a cura di), One health: *la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari per un approccio olistico alla salute umana, animale e ambientale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

84 Decreto del Ministero della Transizione Ecologica n. 459/2022, cit.

85 Si v. *Allegato 1 al Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione ovvero piano d'azione nazionale sul* public procurement *(PANGPP)*, cit. P. Marzaro, *L'ordinamento delle transizioni e la transizione dell'ordinamento: il paradigma delle energie rinnovabili*, in *Riv. giur. urb.*, n. 3/2024, 372 ss.

Ciò, in via prioritaria, attraverso l'impiego di beni riutilizzabili (dagli allestimenti, ai contenitori per la somministrazione di cibo e bevande), la riduzione di tutti gli imballaggi ovvero l'applicazione di misure che contrastino lo spreco alimentare[86].

Sostenere modelli di economia circolare nell'organizzazione e gestione di eventi culturali implica pertanto la produzione di beni e l'erogazione di servizi mediante l'approvvigionamento di manufatti durevoli ma riparabili, con contenuto di riciclato e riciclabili[87].

Ulteriore obiettivo dei CAM culturali è la sensibilizzazione (e relativa diffusione della consapevolezza) sui temi della sostenibilità ambientale e della responsabilità sociale[88], da estendersi a tutti i soggetti coinvolti dall'evento (fornitori, personale impiegato, fruitori) e alle comunità locali, apportando benefici economici e ricadute sociali positive anche nei territori ospitanti[89].

Tra i criteri obbligatori indicati nei CAM culturali figura la nomina di un «Responsabile della sostenibilità»[90] che sovrintenda a tutte le azioni previste, limitando l'impatto ambientale anche nell'organizzazione del servizio e nelle riunioni operative[91] e, del pari, si richiede che gli alloggi per gli eventuali ospiti

---

86 In conformità con il principio del «*Design for Disassembly*», un approccio alla progettazione di un bene che applica tecniche mirate a semplificare il montaggio/smontaggio dello stesso in modo da consentirne la riparazione, l'aggiornamento e il riciclo, allungandone la durata di vita utile o permettendo il riutilizzo dei componenti a fine vita. All. 1, punto 3, Decreto del Ministero della Transizione Ecologica n. 459/2022, cit.

87 Cfr. recente proposta di Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili e abroga la direttiva 2009/125/CE (COM 142 del 30 marzo 2022), Bruxelles, 20 marzo 2022, COM(2022) 142 final, 2022/0095(COD).

88 Si v. anche quanto relativo ai requisiti di accessibilità obbligatori, All. 1, punto 4.1.5, Decreto del Ministero della Transizione Ecologica n. 459/2022, cit., a maggior ragione con riferimento all'organizzazione di eventi, in particolare in coerenza con l'art. 42, par. 1, Direttiva 2014/24/UE e art. 60, par. 1, Direttiva 2014/25/UE, nonché con la Comunicazione della Commissione UE, *Acquisti sociali — Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)*, 18 giugno 2021, (2021/C 237/01). L'accessibilità viene richiamata anche in relazione alle attività di comunicazione degli eventi, con sottotitolazione obbligatoria per rendere fruibili gli incontri anche alle persone con disabilità uditive, oltre alla possibile traduzione in Lingua Italiana dei Segni.

89 A. Lo Giudice (a cura di), *Nuova antropologia dell'abitare*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Innovazione e sostenibilità per il futuro delle smart cities*, cit., 537 ss.; P. Marzaro, *Diritto e città verde: una chiave di lettura per il futuro, a partire dal tempo presente*, in *federalismi.it*, n. 22/2023, 183 ss.

90 All. 1, punto 4.1.1, Decreto del Ministero della Transizione Ecologica n. 459/2022, cit.; Ministero Cultura e Associazione Ge.Ni.Us (a cura di), *Sostenibilità e Cultura: Manuale operativo per l'applicazione dei CAM*, disponibile online.

91 All. 1, punto 4.1.1 e 4.1.2, Decreto del Ministero della Transizione Ecologica n. 459/2022, cit. Il responsabile della sostenibilità è figura può operare a livello ministeriale, regionale, o presso enti pubblici e privati beneficiari di fondi. Le responsabilità includono: a) Monitoraggio e Valutazione dell'Impatto Ambientale; b) Implementazione delle Linee Guida per la Sostenibilità; c) Formazione e Sensibilizzazione; d) Pianificazione Strategica; e) Interfaccia con le Parti Interessate; f) Gestione delle Risorse e Progetti; g) Rendicontazione e Trasparenza. Si richiama anche l'attenzione sull'importanza dell'uso della telematica: è preferibilmente previsto il formato digitale accessibile per i biglietti d'ingresso e il materiale informativo, o l'uso di materiali cartacei a basso impatto ambientale solo su esplicita richiesta e prodotti secondo criteri di responsabilità ambientale (carta riciclata e certificazioni ambientali).

siano accessibili, vicini al luogo dell'evento o ben collegati tramite trasporti pubblici o infrastrutture per la mobilità lenta[92].

Altro tema specificamente regolato dai CAM culturali attiene ai consumi energetici durante l'evento, alla corretta gestione degli impianti e all'impiego prioritario dell'illuminazione naturale e di apparecchiature ad alta efficienza energetica[93]. In relazione, poi, ai servizi di ristoro e *catering*, i CAM culturali indicano requisiti ecologici per acqua, bevande e cibo e richiedono alle stazioni appaltanti di privilegiare, nella selezione dell'operatore economico, chi utilizza prodotti biologici, locali e da commercio equo e solidale, con misure per la prevenzione dello spreco alimentare[94] e la sostenibile gestione dei rifiuti[95].

Sul piano sociale, si è affermata l'obbligatoria conformità ai contratti collettivi nazionali e alle normative di salute e sicurezza, con particolare attenzione a lavoratori interinali e distaccati, inclusione sociale, pari opportunità e accesso alle imprese di minoranze o categorie svantaggiate[96].

I CAM culturali elencano anche gli elementi premiali che, a discrezione della stazione appaltante, attribuiscono punteggio aggiuntivo all'offerta tecnica dell'operatore economico: tra questi vi è il possesso di certificazioni di sistemi di gestione ambientale nel settore organizzazione eventi, la proposta di utilizzo

92 All. 1, punto 4.1.12, Decreto del Ministero della Transizione Ecologica n. 459/2022, cit. C. Lauri, *La mobilità urbana sostenibile nell'era della rigenerazione urbana in Italia*, in *federalismi.it*, n. 12/2023, 104 ss.

93 All. 1, punto 4.1.6 e 4.1.13, Decreto del Ministero della Transizione Ecologica n. 459/2022, cit Cfr. caso «Stupinigi Sonic Park», Determinazione dirigenziale Ente Parchi Reali Torino, 5 giugno 2025, n. 177. Si v. D. Zanelli, *La localizzazione delle comunità energetiche rinnovabili tra integrazione e disgregazione*, in *RQDA*, n. 2/2024, 289 ss.; D. Bevilacqua, *La dialettica tra la promozione delle energie rinnovabili e la tutela di altri beni ambientali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2025, 125 ss.; P. Chirulli, *Energie rinnovabili e tutela degli interessi sensibili, tra "*RePowerEU*" e direttiva RED III*, in *Riv. giur. urb.*, n. 2/2024, 126 ss.; G. Piperata, *Territori da tutelare e transizioni ecologiche da promuovere: armonizzazione degli interessi e ruolo dei poteri regionali e locali*, in *Le Regioni*, n. 5/2023, 905 ss.

94 All. 1, punto 4.1.16, Decreto del Ministero della Transizione Ecologica n. 459/2022, cit.

95 In modo da garantire la raccolta differenziata con adeguata segnaletica e frequenza di svuotamento, con accordi per il recupero delle eccedenze alimentari e degli oli esausti, all. 1, punto 4.1.19, Decreto del Ministero della Transizione Ecologica n. 459/2022, cit. Si richiamano, senza pretesa di esaustività i recenti contributi in tema di gestione sostenibile dei rifiuti, anche in occasione di eventi particolari: L. Pergolizzi, *Servizi pubblici e criteri ambientali minimi*, in *ambientediritto.it*, 1/2024, 409 ss.; G. Ceresetti, *Piano di gestione dei rifiuti di Roma Capitale e poteri commissariali in occasione del Giubileo 2025: aspetti processuali e limiti sostanziali*, in *RQDA*, n. 2/2023, 237 ss.; P. La Selva, *Alcune riflessioni su ambiente e concorrenza nella regolazione del mercato dei rifiuti*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2023, 89 ss.; R. Ranieri, *Il recupero energetico dei rifiuti urbani*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Innovazione e sostenibilità per il futuro delle smart cities*, cit., 433 ss. In chiave di analisi comparativa: H. Ji, G. Poderari, *A study of the legislative tools to phase out e-waste in an ever-evolving digital world: environmentally sound initiatives and measures in China, the European Union, Ghana, India, Samoa, Singapore, and South Africa*, in *Ceridap*, n., 3/2023, 99 ss.

96 Il tema della clausola sociale nei contratti pubblici è oggetto di particolare attenzione. Cfr. W. Giulietti, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2023, 11 ss.; B. Rabai, Public procurement *e clausole sociali. Un nuovo equilibrio tra diritti sociali e ragioni del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2022, 230 ss. con nota a Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2021, n. 7053. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024 n. 807.

di arredi in plastica riciclata, alloggi certificati e piani ulteriormente migliorativi di mobilità sostenibile[97].

La valorizzazione del territorio rappresenta altro criterio premiante, in cui l'offerente propone iniziative per favorire l'impiego di professionisti locali, coinvolgere le attività economiche e promuovere la ricchezza culturale del territorio attraverso una comunicazione integrata e progetti di rigenerazione urbana o arte partecipativa[98].

Quanto esaminato può essere considerato quale punto di avvio del ragionamento per l'introduzione di "criteri" ulteriori, fondati sulla specialità del settore culturale e tali da valorizzare le identità, la creatività e la pluralità dei contesti espressivi nel settore pubblico della cultura[99]. La prospettiva olistica di sostenibilità ambientale perseguita anche mediante i CAM potrebbe essere ulteriormente sviluppata nella sua dimensione propriamente culturale, che costituisce elemento di maggiore innovazione per la realizzazione di un'economia circolare applicata ai processi creativi[100].

Dunque, la sostenibilità culturale, atta a misurare il valore intrinseco generato dal progetto, può essere ulteriormente garantita mediante criteri che permettano di valutare la capacità dell'offerta di "attivare" il patrimonio culturale e di fare della sua fruizione elemento di trasformazione e di partecipazione attiva[101]: ad esempio, con la previsione CAM culturali ulteriori che possano incentivare il riuso e la rigenerazione di spazi urbani o edifici dismessi per attività culturali[102], la progettazione di allestimenti espositivi con materiali riciclabili o provenienti da filiere di recupero, l'adozione di sistemi di illuminotecnica a bas-

97 All. 1, punto 4.2 e ss., Decreto del Ministero della Transizione Ecologica n. 459/2022, cit. Sono inoltre riconosciuti punteggi premiali per la collaborazione con *sponsor* che adottano principi di sostenibilità ambientale e sociale lungo la catena di fornitura e per la selezione di fornitori con *standard* ambientali e sociali elevati, inclusa la preferenza per cooperative sociali di tipo B.

98 All. 1, punto 4.2.8, Decreto del Ministero della Transizione Ecologica n. 459/2022, cit. G.F. Ferrari, *Smart city, paesaggio e rigenerazione urbana*, cit., 13 ss.; E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, Il Mulino, Bologna, 2017, 9 ss. e F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Il Mulino, Bologna, 2017, 7 ss.

99 Sull'equilibrio degli interessi e sul rapporto tra tutela ambientale e culturale, si v. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, che ha affermato che l'accostamento dialettico della tutela dell'ambiente ad altri valori egualmente da tutelare (art. 41 Cost., nel caso di specie): «segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva – ma anche al fine di individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, nel senso che l'esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo. […] La piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull'uso del territorio, richiede di abbandonare il modello delle «tutele parallele» degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali». Sul punto: S. Vernile, *Dall'economia circolare al principio di circolarità. Una lettura giuridica nel solco dell'art. 9 Cost.*, Giappichelli, Torino, 2024, 23 ss.

100 G.M. Racca, *La prospettiva del New European Bauhaus per una bellezza sostenibile e inclusiva*, in corso di pubblicazione; P. Forte, *Full jurisdiction, arte e cultura. Un discusso confine in movimento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 163 ss.

101 R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, cit., 495 ss.

so consumo per musei e luoghi di spettacolo.

Si tratta, nei fatti, di misurare l'impatto educativo dei progetti, la loro capacità di favorire la coesione sociale, il dialogo interculturale all'interno della comunità di riferimento e il loro contributo alla costruzione di un'identità collettiva[103].

In quest'ottica, come si vedrà, la stazione appaltante non figura più quale semplice acquirente di un servizio, ma deve agire quale "committente strategico" utilizzando lo strumento del contratto pubblico per perseguire obiettivi di politica culturale[104], generando valore pubblico che eccede la dimensione puramente economica della transazione[105].

4. L'adeguatezza delle stazioni appaltanti nazionali come committenti strategici nel settore culturale

Nell'ordinamento giuridico nazionale, la transizione verso un sistema dei contratti pubblici che valorizzi l'identità culturale e sia fondato su una sostenibilità integrale e multidimensionale postula la necessità di un'evoluzione del ruolo delle stesse stazioni appaltanti, da ripensare quali committenti strategici[106] nel settore culturale.

La logica del risultato supera l'adempimento formale in favore di una discrezionalità esercitata dalla stazione appaltante competente e responsabile, con scelte consapevoli per il perseguimento dell'interesse pubblico[107].

---

102 M. Demichelis, *The Digital Evolution of Urban Planning and Land Use Management In Italy*, in *Ius Publicum,* n. 2/2023, 1 ss.

103 C. Iaione, *Città e beni comuni*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Carrocci, Roma, 2012, 109 ss.

104 Cfr. quale intervento di finanziamento diretto dell'UE il più recente Regolamento (UE) 2021/818 del Parlamento Europeo e del Consiglio, 20 maggio 2021, che istituisce il programma «Europa creativa» (2021-2027), fondato su una dotazione finanziaria significativamente incrementata, pari a 2,44 miliardi di euro. In particolare, la sezione Cultura evidenzia l'obiettivo primario di sostegno alla cooperazione transnazionale, alla mobilità di artisti e professionisti e alla costruzione di partenariati strategici, con attenzione specifica alla valorizzazione del patrimonio culturale europeo e all'integrazione di aspetti di sostenibilità ambientale e di coesione sociale nella progettazione delle iniziative.

105 G. Piperata, *Memoria, identità, celebrazioni e altre novità nella recente legislazione in tema di diritto delle attività e del patrimonio culturale*, in *Aedon*, n. 3/2024, 187 ss., che afferma: «Per il legislatore il patrimonio culturale, come anche la cultura in generale e la creatività, hanno una doppia valenza, in quanto operano, allo stesso tempo, come elementi costitutivi dell'identità italiana e come motori per il consolidamento e la crescita dell'economia nazionale»; M. Dugato, *Strumenti giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali*, in *Aedon*, n. 1/2014.

106 G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D.-U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale, seconda edizione*, Torino, 2025, 391 ss.

107 Corte cost., 28 febbraio 2022, n. 45, richiama la prospettiva non prevalentemente economica delle scelte di gestione e di organizzazione dei servizi di valorizzazione culturale, che siano in linea con le prerogative di promozione della cultura (art. 9 Cost.) e di valorizzazione del patrimonio artistico e culturale italiano. Tale impostazione è richiamata anche in Cons. Stato, n. 807/2024, cit., e in Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2021, n. 2259, ove si afferma che «non si tratta infatti di mettere a disposizione di privati un luogo della cultura per farne beni economici strumentali delle loro imprese, ma di meglio - organizzativamente - promuovere la

Il sistema di qualificazione degli operatori economici previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici è il punto di partenza per l'affermazione di un rinnovato modello organizzativo di stazione appaltante[108] e la trasformazione digitale[109], poiché ha contribuito a realizzare garanzia di professionalità ed efficienza nella qualificazione delle stazioni appaltanti, in linea con il principio costituzionale di adeguatezza (art. 118 Cost.)[110]. Un'evoluzione che si basa sull'aggregazione di committenze e competenze, in un sistema a rete che permette la specializzazione per settori e aree merceologiche, consentendo alle amministrazioni più piccole, anche nel settore culturale, di beneficiare dell'esperienza e della capacità operativa di enti più grandi o specializzati, mantenendo salda la propria autonomia decisionale nella valorizzazione dei progetti e del territorio di riferimento[111].

In tal senso, occorre favorire il dialogo con esperti e operatori economici nella fase preliminare[112], anche per definire requisiti tecnici adeguati e per promuovere soluzioni innovative.

Si è detto che la prossima evoluzione nel settore dei contratti pubblici in ambito culturale dovrebbe richiamare la previsione di criteri innovativi nelle specifiche funzionali e nella selezione delle offerte, con il fine di valorizzare la qualità di beni, servizi e opere, integrando la valutazione del costo del ciclo di vita[113]: ciò rende necessario, per la stazione appaltante, valutare anche l'impatto sociale delle opere, in particolare si pensi al caso di riqualificazioni di aree urba-

---

fruizione e la conoscenza del patrimonio culturale che il luogo stesso rappresenta e per il quale è stato istituito, e delle collezioni che contiene», sicché l'eventualità, per l'operatore economico concorrente, «di trarne un utile privato – nell'ottica dell'amministrazione proprietaria e affidataria dei beni da valorizzare – è un elemento in sé non determinante, […]».

108 Artt. 62 e 63, e Allegato II.4, d.lgs. n. 36/2023, cit. Tra i numerosi contributi sul tema, si rimanda a: G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, cit., 391 ss.; D.-U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *federalismi.it*, n. 12/2023, IV ss.; F. Taormina, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 3 ottobre 2023; G.M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2019, 33 ss.

109 I. Da Rosa, *Digital transformation of public procurement*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2023, 1 ss.

110 R. Cavallo Perin, *Principi e autonomia nella disciplina dei contratti pubblici*, cit., 41 ss.; G. Carlotti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustiziaamministrativa.it, 26 aprile 2023.

111 G.M. Racca, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 45, n. 4/2021, 4669 ss.; S. Ponzio, *L'integrazione organizzativa europea nel settore degli appalti pubblici*, in R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 597 ss.

112 Art. 77, d.lgs. n. 36/2023, cit. E. Boscolo, *Consultazioni preliminari di mercato e possibili limitazioni alla concorrenza*, in *Giur. it.*, n. 1/2020, 166 ss.

113 In quest'ottica, l'evoluzione sostenibile e NEB dei contratti pubblici si inserisce nell'approccio *mission-oriented*, cfr. G.M. Racca, *La prospettiva del New European Bauhaus per una bellezza sostenibile e inclusiva*, in corso di pubblicazione. M. Mazzuccato, *Mission-Oriented Public Procurement: International Examples*, UCL-IIPP, October 2020.

ne degradate o esposte a problemi di sicurezza, tenendo conto dell'effetto sulla collettività, sull'integrazione, sulla salute e sulla qualità estetica degli ambienti.

Assieme all'attuazione di necessari programmi di formazione e diffusione di conoscenza per i funzionari delle stazioni appaltanti, si evidenzia la necessità di un efficace sistema di monitoraggio, essenziale per valutare (per quanto qui di interesse) i risultati in tema di *sustainable public procurement* – conseguiti anche con l'obbligatorietà dei CAM – e per orientare le future revisioni, anche in vista delle prossime riforme[114].

Si è già enunciata l'importanza dell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità-prezzo nella valutazione delle offerte nel contesto del settore culturale[115] e la vera sfida strategica risiede nella definizione adeguata, a monte, dei criteri qualitativi, nonché nella loro ponderazione[116].

Un'innovazione nella selezione della migliore offerta che il committente pubblico persegue, appunto, in modo strategico sin dalla la selezione della procedura di gara più idonea alla realizzazione del proprio bisogno, con la possibilità per la stazione appaltante di avvalersi, quando necessario, di strumenti contrattuali innovativi[117] per co-progettare soluzioni inedite, ad esempio per la creazione di esperienze immersive in un sito archeologico o per lo sviluppo di piattaforme digitali per la fruizione del patrimonio[118].

Gli operatori economici, incentivati a investire in quelle capacità che il committente strategico ha designato come dirimenti, possono ulteriormente favorire la crescita di un ecosistema culturale qualificato e digitale, incentivando la partecipazione anche a livello locale[119].

---

114 Sulle necessarie innovazioni, si v. già quanto affermato da F. Frattini, *Introduzione*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 1 ss.

115 Art. 108, d.lgs. n. 36/2023, cit. Si v. *supra*, par. 1 e 2.

116 Cfr. anche considerando n. 22, Conclusioni del Consiglio sulla cultura, l'architettura di qualità e l'ambiente edificato quali elementi chiave dell'iniziativa per un nuovo Bauhaus europeo, 30 novembre 2021, 14534/21: «Creare quadri favorevoli a un'architettura di qualità a sostegno delle norme in materia di appalti pubblici, della semplificazione normativa e di procedure innovative che favoriscano un approccio basato sulla qualità piuttosto che esclusivamente sui costi, seguendo le migliori prassi per lo svolgimento di gare pubbliche nei settori dell'architettura, della paesaggistica e della pianificazione territoriale».

117 Art. 75, d.lgs. n. 36/2023, cit. In prospettiva di analisi, anche comparata, si v. G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: lessons across borders*, cit., *passim*. G.M. Racca, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e* data analysis, in *Ist. del Federalismo*, n. 2/2023, 357 ss. Sull'innovazione cfr. anche quanto affermato in Corte dei conti UE, *Appalti pubblici nell'UE Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011 – 2021*, Relazione speciale n. 28/2023, 25 ottobre 2023, nonché le risposte fornite dalla Commissione UE. A. Contardi, *Innovazione e sostenibilità nel settore culturale: i partenariati come strumento di innovazione sociale*, cit., 255 ss.

118 In tema di trasformazione digitale del settore culturale, si v. D. Donati, *La digitalizzazione del patrimonio culturale. caratteri strutturali e valore dei beni, tra disciplina amministrativa e tutela delle opere d'ingegno*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 324 ss.

Si aprirebbe un ulteriore spazio significativo per le piccole e medie imprese creative, le cooperative, le fondazioni e gli enti del Terzo settore, il cui vantaggio competitivo risiede appunto nell'innovazione, ma anche nel legame con il territorio[120].

Per la stazione appaltante, la gestione del contratto pubblico in ambito culturale diverrebbe anche espressione di progetti culturali pensati per la comunità (se, ad esempio, l'affidamento per una stagione teatrale si connette a laboratori scolastici o un festival musicale si integra con progetti di rigenerazione urbana), contribuendo alla costruzione di un'identità culturale integrata, dinamica e partecipata, in cui l'investimento in cultura è riconosciuto come componente essenziale del benessere dei cittadini[121].

5. L'eccezione culturale in Italia: da deroga a fondamento di specialità

In Italia e nell'Unione europea, il settore pubblico è posto dinanzi alla sfida del superamento della semplice regolazione economica per valorizzare le peculiari caratteristiche del settore culturale[122], nel bilanciamento che deve garantire neutralità di intervento per il libero e incondizionato sviluppo della cultura, non ostacolato da presupposti di carattere economico, sociale o politico[123].

---

119 M. Clarich, *Le innovazioni per la qualificazione dell'operatore economico*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 79 ss.; G.M. Racca, *Le piattaforme digitali per i contratti pubblici e la qualificazione degli operatori economici*, in J.B. Auby, G. De Minico, G. Orsoni (a cura di), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte. Atti del Convegno di Napoli, 9-10 maggio 2022*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 131 ss.

120 OECD, *Public procurement for public sector innovation: Facilitating innovators' access to innovation procurement*, OECD Working Papers on Public Governance No. 80, 2024, 9 ss.: «*Public procurement can drive change in society by harnessing government purchasing power to promote ethical, sustainable, and inclusive practices. This includes prioritising suppliers with fair labour standards, fostering diversity, supporting small and minority owned businesses, encouraging environmental sustainability, and ensuring ethical supply chains*». Cfr. OECD, *Buying social with the social economy: OECD Global Action "Promoting Social and Solidarity Economy Ecosystems", OECD Local Economic and Employment Development (LEED) Papers*, No. 2023/19, OECD Publishing, Paris.

121 G.M. Racca, *La prospettiva del New European Bauhaus per una bellezza sostenibile e inclusiva*, in corso di pubblicazione; F. De Leonardis, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Giappichelli, Torino, 2024. M.A. Cabiddu, *La società del "bellessere" e il suo sistema*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, 14 ss.

122 «Di norma si riconosce la difficoltà di definire il termine "cultura". Può indicare le arti, che comprendono una molteplicità di opere d'arte, beni e servizi culturali, e ha anche un significato antropologico. La cultura è alla base di un mondo simbolico di significati, convinzioni, valori, tradizioni, che si esprimono attraverso la lingua, l'arte, la religione e i miti. Come tale svolge un ruolo fondamentale nello sviluppo umano e nella costruzione complessa delle identità e delle abitudini dei singoli e delle collettività», Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Comunicazione su un'agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione*, 10 maggio 2007, COM(2007) 242 definitivo.

123 M. Immordino, A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., 68 ss.

Tra le tematiche rilevanti per lo sviluppo dei contratti pubblici nel settore, può considerarsi quella dell'«eccezione culturale»[124], dapprima intesa, anche a livello europeo, quale principio di esclusione o deroga alle regole generali della concorrenza[125] ma che, attualmente, può invece configurare il fondamento di specialità per costruire un modello di appalto pubblico ispirato alla sostenibilità e alla valorizzazione del patrimonio culturale largamente inteso.

Anzitutto, giova richiamare come anche sotto il profilo internazionale non vi siano dubbi circa la concezione del patrimonio culturale come fondamento dell'identità individuale e collettiva[126].

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 riconosce a ogni individuo il diritto imprescindibile non solo di fruire passivamente della vita culturale, ma anche di parteciparvi attivamente, contribuendo alla creazione e diffusione delle opere. Questa visione è rafforzata dal Patto internazionale del 1966, dalla Convenzione Unesco del 2003[127] e dalla Convenzione di Faro del 2005[128], ove si riconoscono diritti culturali individuali e collettivi, accompagnati da doveri condivisi di tutela e rispetto del patrimonio culturale nazionale

---

124 A livello europeo, art. 107, par. 3, lett. *d)*, TFUE, in materia di aiuti di stato; art. 136 TFUE, deroga alla libera circolazione per finalità di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico (qui di interesse) e una prospettiva più ampia e non regolata da specifica disposizione, che richiama la possibilità di derogare al regime della concorrenza e del libero mercato per ragioni di salvaguardia dell'interesse storico culturale: A. Giannelli, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali "storici": dalla dittatura della concorrenza alla dittatura della cd. eccezione culturale?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2019, 174 ss., che commenta Cons. Stato, sez. V, 5157/2018, cit. L'eccezione culturale rimanda, anche nell'ordinamento nazionale ad un interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale «che giustifichi l'assoggettamento dei beni culturali – oggetti/cose di interesse storico e artistico per il loro valore estetico – a un regime giuridico specifico», alla base di quanto previsto dalla l. 1 giugno 1939, n.1089, *Tutela delle cose d'interesse Artistico o Storico* ("Legge Bottai"). F. Grassi, *Il "modello" italiano per la circolazione internazionale dei beni culturali: stato attuale e possibili riforme*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2024, ne ricorda l'evoluzione e il progressivo adattamento alle norme anche internazionali, secondo cui restrizioni alla circolazione di tale patrimonio si pongono «soltanto a condizione che lo Stato accerti preventivamente la sussistenza di uno specifico interesse culturale nell'oggetto d'arte e che la restrizione sia dunque posta in termini ragionevoli e non discriminatori».

125 S. Foá, *Eccezione culturale e diversità culturale. Il potere culturale delle organizzazioni centralizzate e decentralizzate*, in *Aedon*, n. 2/2004. Si v. anche L. Casini, *«Italian Hours»: The Globalization Of Cultural Property Law*, New York University Jean Monnet Working Paper Series n. 10/2010. CGCE 26 febbraio 1991, C-180/89, Commissione c. Repubblica italiana, punto 20, richiamata da F. G. Albisinni, *L'identità storico-culturale dei centri storici come eccezione culturale al principio di concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2019, 387 ss. e CGUE 24 marzo 2011, C-400/08, Commissione c. Regno di Spagna, punto 92.

126 L. Casini (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2011, *passim.*

127 Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, Parigi, 17 ottobre 2003 (Convenzione Unesco 2003) ove spec. all'art. 2 par. 1, si definisce patrimonio culturale immateriale quello formato dalle prassi, rappresentazioni, espressioni, conoscenze, *know-how*, strumenti, oggetti, manufatti, spazi cultural, riconosciuti dalle comunità come parte del loro patrimonio culturale)

128 Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, Faro, 27 ottobre 2005 (Convenzione di Faro). P. Carpentieri, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *federalismi*.it, n. 4/2017, 2 ss.

e internazionale[129].

In Europa, la disciplina giuridica della eccezione o deroga culturale (spec. art. 107 TFUE, par. 3, lett. *d*))[130] è ricondotta alle forme di intervento indiretto dell'UE nel settore culturale[131]. In particolare, si afferma la previsione di fattispecie eccezionali per cui si considerano compatibili con il mercato interno gli aiuti economici destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione, in misura contraria all'interesse comune[132].

L'apertura del mercato e la parità di trattamento sono invece obiettivi esplicitamente posti alla base della disciplina in materia di contratti pubblici[133], ove le considerazioni "culturali" o di eccezione sembrano essere riferite esplicitamente solo ad appalti settoriali (audiovisivo, servizi sociali e altri servizi specifici[134])[135].

Dunque, la configurazione di un possibile intervento indiretto in una concezione via via evolutiva della nozione di cultura[136] e la previsione di restri-

---

129 Cfr. M. Bray, *Gli Stati generali del paesaggio: la bellezza salverà il mondo*, in *Aedon*, n. 1/2018.

130 C.E. Baldi, *Disciplina comunitaria degli aiuti di stato e politica culturale europea. Le incoerenze di un sistema fortemente burocratizzato*, in *Aedon*, n. 3/2014; S. Foá, W. Santagata, *Eccezione culturale e diversità culturale. Il potere culturale delle organizzazioni centralizzate e decentralizzate*, in *Aedon*, n. 2/2004.

131 Sulla bipartizione dell'intervento diretto (finanziamenti di attività e progetti a rilevanza artistica) e indiretto dell'UE in tale settore, con particolare attenzione alla disciplina dello spettacolo, si v. M. Immordino, A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., 408 ss.

132 M. Immordino, A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., 421 ss., che richiama anche le modalità mediante le quali gli aiuti alla promozione della cultura e conservazione dei beni culturali possono operare, con la previa valutazione discrezionale della Commissione UE, art. 108 TFUE.

133 Considerando n. 1 e art. 18, Direttiva 24/2014/UE.

134 Considerando n. 23, art. 74 e allegato XIV, Direttiva 24/2014/UE.

135 Si richiama, ad es., l'art. 42, punto 2: «Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non comportano la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza» e punto 4: «Salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il paragrafo 3. Una siffatta menzione o un siffatto riferimento sono accompagnati dall'espressione "o equivalente"», Direttiva 24/2014/UE. In tal senso S. Schoenmaekers, *Public Procurement, culture and mozzarella: Que dici?*, in *EPPPLR*, 16(3), 205 ss. Cfr. anche A. Sanchez Graells, *"Buy Brexit"? Using "cultural fit" as evaluation criteria breaches EU and UK public procurement law*, Blog *Policy Bristol*, 2017, che descrive le caratteristiche del «*buy Brexit*»: alla base di una gara per l'affidamento di servizi di consulenza presso il Dipartimento per il commercio internazionale UK erano stati posti criteri di valutazione nella categoria di «idoneità culturale» (15% sul punteggio totale), in base al sostegno degli offerenti all'uscita del Regno Unito dall'UE, con conseguenti discriminazioni e criticità anche in fase di monitoraggio.

136 Decisione (UE) 2022/1978 della Commissione del 25 luglio 2022 relativa al regime di aiuti SA.54817 (2020/C) (ex 2019/N) al quale il Belgio intende dare esecuzione in favore della produzione di videogiochi: in tale decisione la Commissione ricorda come sia stata riconosciuta

zioni alla libertà di circolazione, ad esempio, di beni culturali mobili nel caso di «protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale»[137], richiamano l'obiettivo di evitare la standardizzazione dei prodotti culturali e la perdita dei tratti distintivi nazionali o territoriali[138].

Nell'ambito dell'ordinamento nazionale, l'eccezione culturale è ricondotta al riconoscimento del patrimonio culturale come valore fondamentale e costituzionalmente tutelato tra i principi fondamentali (art. 9 Cost.), attribuendo a tale tutela una valenza che va ben oltre la mera proprietà o possesso materiale dei beni[139].

Si rileva come la fruizione del bene culturale costituisca un diritto autonomo, riconosciuto anche in presenza di una proprietà aliena (pubblica o privata) su quel bene e indipendente dalla qualità del titolare della proprietà (persone fisiche o giuridiche, pubbliche o private)[140]. È in tale senso che il patrimonio culturale diventa espressione di identità nazionale e collettiva, da cui deriva una qualificazione pubblica che non esclude la dimensione economica, ma che individua come prioritaria la necessità di preservare l'essenza e la funzione sociale di tali beni alla luce delle logiche di mercato[141], assieme ad una recente lettura che identifica un corrispettivo "dovere" anche di tutti i cittadini di contribuire al progresso morale e materiale della società, nella promozione di una cultura che caratterizza il riconoscimento di valori spirituali identitari di appartenenza ad una comunità[142].

---

una dimensione culturale ad alcuni videogiochi, spec. par. 5.3, punto 44: «In particolare, la compatibilità del regime con il mercato interno sarà analizzata alla luce del punto 24 della comunicazione della Commissione relativa agli aiuti di Stato a favore delle opere cinematografiche e di altre opere audiovisive […], dal momento che tale punto affronta esplicitamente il tema degli aiuti di Stato alla produzione di videogiochi e indica che, qualora possa essere dimostrata la necessità di un regime di aiuto a favore di giochi che si pongano obiettivi culturali e didattici, la Commissione applicherà per analogia i criteri di intensità di aiuto previsti dalla comunicazione sul cinema». Cfr. già in decisione (UE) C/47/2006 della Commissione del 11 dicembre 2007, commentata in M. Immordino, A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., 425 ss.

137 Art. 36 TFUE. G. Avanzini, *La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio nazionale e identità europea*, cit., 689 ss.

138 Si v. anche P. Otranto, *Più aperto e più rischioso il mercato internazionale dei beni culturali italiani*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, n. 3-4/2018, 705 ss.

139 R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, cit., 495 ss. A. Romano, *Demanialità e patrimonialità: a proposito dei beni culturali*, in V. Caputi Jambrenghi (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici,* Giuffrè, Milano, 1999, 402 ss.

140 L. Casini, *Patrimonio culturale e diritti di fruizione*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 3/2022, 657 ss.; C. Castaldo, *La fruizione come elemento di definizione del regime giuridico del bene culturale*, cit. 1145 ss.; G.P. Cirillo, *Il regime della circolazione dei beni culturali appartenenti a privati*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020 che commenta S. Amorosino, *Diritto dei beni culturali*, Cedam, Padova, 2019.

141 Dal valore estetico tradizionale che caratterizza gli immobili e quelle aree per «cospicui caratteri di bellezza naturale», «non comune bellezza» o «valore estetico e tradizionale». A. Bartolini, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2019, 223 ss.

142 M. Immordino, A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., 55 ss. Si richiama S. Cassese, *L'evoluzione degli istituti della cultura*, in R. Ursi, G. Armao, C. Ventimiglia, *Liber*

L'eccezione culturale è stata considerata una sorta di privilegio, con il connesso rischio di limitare ingiustificatamente la concorrenza e l'apertura del mercato[143]. Ad oggi, invece, il tentativo di ricostruire la disciplina dell'eccezione culturale può porla a fondamento di una specialità che, nel garantire comunque la più ampia partecipazione e concorrenza nel caso di procedure ad evidenza pubblica, possa al tempo stesso favorire l'adozione di strumenti e criteri di promozione della cultura, della creatività e di tutela degli operatori culturali (artisti, artigiani, professionisti della cultura)[144]. Ciò garantirebbe anche il riconoscimento dell'infungibilità di prestazioni intellettuali e artistiche nei contratti pubblici del settore culturale[145], costruendo un modello di appalto pubblico orientato alla sostenibilità sociale, ambientale ed economica[146].

Tale impostazione riconosce l'esigenza di prevedere nei documenti di gara criteri premianti e selettivi[147], capaci di selezionare fornitori sostenibili sotto il profilo sociale e ambientale con strumenti contrattuali che includano, ad esempio, la preferenza per l'impiego di artigiani tradizionali, artisti locali o operatori con competenze specifiche, o la previsione di prestazioni intellettuali non sostituibili e una particolare attenzione alla sostenibilità ambientale dei lavori o dei servizi forniti[148].

Amicorum per Salvatore Raimondi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 99 ss.

143 G. Avanzini, *La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio nazionale e identità europea*, cit., 689 ss.

144 Si v. quanto affermato sul rafforzamento dell'identità europea grazie all'istruzione e alla cultura, quando la Commissione ha dichiarato l'interesse a sfruttare a pieno le potenzialità rappresentate da istruzione e cultura quali forze propulsive per occupazione, giustizia sociale e cittadinanza attiva e mezzi per sperimentare l'identità europea in tutta la sua diversità: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una nuova agenda europea per la cultura*, Bruxelles, 22 maggio 2018 COM(2018) 267 final e, in precedenza, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Rafforzare l'identità europea grazie all'istruzione e alla cultura. Il contributo della Commissione europea alla riunione dei leader di Göteborg che si svolgerà il 17 novembre 2017*, Bruxelles, 14 novembre 2017, COM(2017) 673 final. Si richiama anche il caso della disciplina giuridica dello spettacolo, settore culturale che, come è stato ricordato, è caratterizzato da «una domanda non sufficientemente ampia e da una offerta minacciata dalla tendenza ai costi di produzione crescenti», connotato però dalla sua qualifica di *merit good*, nell'ambito del controverso tema del finanziamento pubblico allo spettacolo: M. Immordino, A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., 13 e 69 ss. Gli A. richiamano anche come le attività culturali vanno incentivate a prescindere dalla domanda o dalla capacità di produrre utili, in quanto funzionali «allo sviluppo morale, sociale, culturale ed economico della collettività stessa». S. Cassese, *L'evoluzione degli istituti della cultura*, cit., 99 ss.

145 Nei limiti dei beni culturali tutelati secondo le disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Si richiama quanto statuito dal giudice amministrativo nel recente contenzioso relativo al Festival di Sanremo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2025, n. 5602, che ricostruisce anche la nozione di «identità culturale».

146 Considerando M e N, Risoluzione del Parlamento europeo del 14 settembre 2022 sul nuovo Bauhaus europeo, cit.

147 Spec. art. 83, d.lgs. n. 36/2023, cit.

148 Direzione Generale Creatività Contemporanea del Ministero della Cultura, in collaborazione con Lo Stato dei Luoghi e il Master U.Rise dell'Università IUAV di Venezia, *Ibridazione. Nuove politiche per la rigenerazione culturale dei luoghi*, 2024.

L'evoluzione normativa ha, come noto, introdotto il richiamato concetto di valorizzazione del patrimonio culturale a fianco della tutela con lo scopo di promuovere lo sviluppo della cultura attraverso la conoscenza e la migliore fruizione pubblica del patrimonio, anche immateriale[149].

È proprio in questa finalità che si radica la necessità di perseguire l'obiettivo culturale (e sociale) nei contratti pubblici, obiettivo che, nel superamento della competizione soltanto economica, non può rischiare di premiare l'offerta più vantaggiosa a discapito della qualità e del rispetto dell'elemento identitario del bene stesso[150].

Orientando il mercato verso la considerazione di aspetti specifici di valorizzazione culturale si configurerebbe un'eccezione culturale che non escluderebbe la concorrenza a favore di regimi derogatori, ma potrebbe sviluppare meccanismi di valutazione qualitativa nel settore culturale, attraverso strumenti contrattuali e modelli di affidamento innovativi e collaborativi[151], con clausole particolari e criteri che diano conto anche della capacità dell'operatore economico, ad esempio, di interpretare e promuovere il valore storico-culturale e l'identità di un luogo o di un bene[152] riducendo – con effetto di sistema – an-

149 M. Nicolini, E. Andreoli, *La costruzione giuridica del paesaggio: un patrimonio immateriale tra territori, identità e cultura*, in *DPCE online*, n. 2/2023, 1801 ss.; G. Sciullo, *Patrimonio e beni*, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo (a cura di), *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 25 ss.

150 Si richiama quanto affermato da G. Caddeo, *I CAM per le mense scolastiche: uno strumento di attuazione dello sviluppo sostenibile e di educazione alimentare*, in *federalismi.it*, n. 14/2024, 19 ss., che ricostruisce il caso dei CAM nei servizi di mensa scolastica nella configurazione di un affidamento *in-house*.

151 Come nel caso del *Building Information Modeling*: G.M. Di Giuda, G.M. Racca, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (BIM) in public procurement*, in G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 223 ss.; G.M. Racca, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. del federalismo*, n. 3/2019, 739 ss. Il mutamento di paradigma verso un approccio collaborativo è evidenziato anche dall'introduzione dell'art. 82-*bis* e Allegato II.6-*bis*, d.lgs. n. 36/2023 cit., ove è stato disciplinato lo strumento dell'accordo di collaborazione. Per un'analisi, si v. M. Chiosso, *L'accordo di collaborazione: una prima ipotesi ricostruttiva*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2025, 411 ss.

152 F. De Leonardis, *Verso un ampliamento delle ragioni di tutela del suolo: la valorizzazione dei suoi servizi ecosistemici*, in *Riv. giur. amb.*, n. 1/2025, 31 ss. Si richiama quanto affermato dal Collegio in Cons. Stato, sez. V, n. 5157/2018, cit., in tema di valutazione comparativa tra il principio di libera concorrenza ed i motivi imperativi di interesse generale di matrice europea, la cui sussistenza consente deroghe eccezionali al principio dell'evidenza pubblica, con commento di F. G. Albisinni, *L'identità storico-culturale dei centri storici come eccezione culturale al principio di concorrenza*, cit., 387 ss. L'Autore richiama anche l'influenza della Direttiva Bolkenstein in tale ambito, che ha riformato il regime autorizzatorio delle P.A., Dir. 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno. Si richiama l'importanza della cultura e della sua valorizzazione, consentendo di « […] vivere meglio insieme, di costruire società democratiche, inclusive e libere e di riconquistare un senso comune di identità e appartenenza», Considerando D, Risoluzione del Parlamento europeo del 14 settembre 2022 sul nuovo Bauhaus europeo, cit.

che il *cultural-divide*[153].

Questo approccio può consentire di contemperare le esigenze di efficienza economica con la salvaguardia di interessi di rango costituzionale ed europeo, riconoscendo che il patrimonio culturale agisce come un attrattore che valorizza l'immateriale anche economico dell'intero contesto circostante[154].

5.1. Esperienze europee a confronto per una rinnovata concezione dell'eccezione culturale

Ripensare all'eccezione culturale non come deroga ma come modalità di promozione d'identità culturale richiama le prospettive di sviluppo che via via stanno caratterizzando i paesi europei, con l'elaborazione di strumenti innovativi di regolazione che, a diverso titolo, tutelano la qualità architettonica attraverso finanziamenti pubblici, bandi competitivi, clausole contrattuali inserite nei bandi di gara[155].

Nel 2022, la Spagna ha previsto obblighi normativi per i quali vanno destinate risorse alla tutela patrimoniale e alla creatività artistica nelle opere pubbliche, promuovendo restauri, iniziative museali e programmi di diffusione culturale (*Ley de Calidad de la Arquitectura*)[156]. La c.d. «disciplina del 2% culturale» (*Ley del Patrimonio Histórico Español*)[157] si integra con gli obiettivi del Consiglio per la Qualità Architettonica (*Consejo sobre la Calidad de la Arquitectura*)[158], organo collegiale con funzioni consultive, di supporto e compiti di elaborazione di

153 M. Immordino, A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., spec. 13 e 16 ss., che ricordano che, solo mediante il sostegno pubblico allo spettacolo (inteso quale trattenimento e rappresentazione) e alle arti, si possa favorire un equo accesso alla cultura tra le varie aree territoriali del Paese dopo l'emergenza pandemica, stanziando risorse dirette alla riapertura dei luoghi di arte e spettacolo.

154 Di recente: M. Ricciardo Calderaro, *I beni culturali, il patrimonio immateriale ed i vincoli di destinazione d'uso (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 luglio 2023, n. 6752)*, in *Giustizia Insieme*, 2024. Cfr. G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2014. P. Carpentieri, *La musica tra attività culturali, patrimonio culturale materiale e patrimonio culturale immateriale*, in *Aedon*, n. 3/2024, 280 ss.

155 P. Miano, *Il diritto quale fondamento e limite del realizzabile*, in M.R. Spasiano, M. Calabrò, G. Mari, F. Gambardella, P. Tanda, A.G. Pietrosanti, *Fondamenti di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 341 ss.

156 L. 9/2022, 14 giugno: *Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura.* Sul tema, si v. L.J. Sánchez-Mesa Martínez, *La rehabilitación de los bienes culturales y sus límites tradicionales en la normativa del patrimonio cultural*, in L. Miguez Macho, G. Piperata (dir.), M. Almeida Cerreda, T. Bonetti (coord.), T. Font i Llovet, F.A. Roversi Monaco (pres.), *Rehabilitación urbana y protección del patrimonio cultural. Reformas administrativas e intervenciones para la resiliencia y la recuperación económica. Derecho administrativo y sociedad digital. Actas del XXIII Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, in memoriam del profesór Luciano Vandelli*, Madrid, 2024.

157 Legge 25 giugno 1985, n. 16, sul Patrimonio Storico Spagnolo; l. 11 ottobre 2021, n. 14, che modifica il Regio Decreto-legge 17/2020, del 5 maggio, che approva misure di sostegno al settore culturale e di natura fiscale per far fronte all'impatto economico e sociale del COVID-2019.

158 Art. 6, l. 9/2022, cit.

soft law, recentemente istituito dalla legge per la qualità dell'architettura[159]. Il Consiglio si configura anche quale piattaforma di scambio di conoscenze con i terzi, a supporto delle amministrazioni pubbliche, per l'implementazione dei valori di qualità architettonica e culturale enunciati[160] anche attraverso i contratti pubblici e la modellazione digitale[161]. La partecipazione e la divulgazione del *know-how* sono garantite dalla *Casa de la Arquitectura*[162], museo di proprietà e gestione statale.

La legge spagnola, dunque, riconosce la dimensione culturale tra le caratteristiche della qualità architettonica[163] che, specie dopo il periodo pandemico, incide trasversalmente su molteplici aspetti della sostenibilità in ambito urbano e rurale e va valorizzata dalle amministrazioni pubbliche[164]. A tal fine, nella disciplina spagnola sugli appalti pubblici, è regolata l'implementazione di specifiche previsioni riferite all'applicazione di criteri di valutazione sulla qualità architettonica, anche con modifiche procedurali[165].

Già in passato, il collegamento tra identità culturale e qualità architettonica è stato oggetto di attenzione da parte delle istituzioni dei paesi europei: nel

159 Art. 2, lett. *e)*, l. 9/2022, cit.: «*e) Impulsar en el ámbito de la contratación pública la aplicación del principio de calidad, empleando el Consejo sobre la Calidad de la Arquitectura enunciado en el artículo 6 de esta ley como herramienta pedagógica fundamental*». In precedenza, *Consejo para la Sostenibilidad, Innovación y Calidad de la Edificación*, disciplinato dal Regio Decreto 17 marzo 2006, n. 315, con l'obiettivo di elaborare proposte e formulare raccomandazioni sulle strategie politiche e le misure pertinenti in materia di sostenibilità, innovazione e qualità nell'edilizia.

160 Art. 6, spec. c. 3, e c. 4, lett. *e)* e ss., in materia di contratti pubblici, l. 9/2022, cit.

161 Art. 6, c. 3, lett. e), l. 9/2022, cit.: «*Facilitar, en coordinación con la Comisión Interministerial para la incorporación de la metodología BIM (Building Information Modelling) en la contratación pública, la digitalización del proceso constructivo, así como la incorporación progresiva de modelos de información integrada en el patrimonio público al objeto de facilitar, optimizar y hacer más sostenible su explotación y mantenimiento*».

162 Già Regio Decreto 29 dicembre 2006, n. 1636, di istituzione del *Museo Nacional de Arquitectura y Urbanismo*, di proprietà e gestione statale, con il compito di incentivare meccanismi di collaborazione con il settore educativo e gli enti locali per migliorare la conoscenza del patrimonio architettonico.

163 Preambolo, punto II, l. 9/2022, cit.: «*La arquitectura no es solo la expresión física que materializa los lugares donde viven las personas. Es también un hecho cultural que refleja circunstancias propias de cada sociedad abordando cuestiones de identidad y de sensibilización con los valores que representa, que tienen una incidencia directa en el desarrollo individual y colectivo de las personas*».

164 La tutela della qualità architettonica intende ottimizzare le risorse naturali e ridurre il consumo energetico, ma anche rigenerare e rinnovare, in contrapposizione alla recente regolamentazione delle nuove costruzioni. Si v. Regio Decreto Legislativo 30 ottobre 2015, n. 7, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*; Agenda urbana spagnola, 22 febbraio 2019.

165 Cfr. art. 308, l. 8 novembre 2017, n. 9, *Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, ove la l. 9/2022 ha inserito un nuovo co. 4, che stabilisce la possibilità di appaltare congiuntamente la redazione dei progetti e la direzione dei lavori ove l'appalto separato comporti una diminuzione della qualità delle prestazioni oggetto del contratto, con idonea motivazione.

2017, ad esempio, l'Austria ha elaborato le *Federal Guidelines for Building Culture*[166] ove, tra gli impegni assunti dal governo nella costruzione della cultura, figura l'adozione di *standard* elevati in termini di *design* e tecnologia per contribuire all'immagine della società che si identifica con città, paesi e paesaggi[167].

In altre esperienze nazionali, talune sperimentazioni hanno contribuito all'innovazione anche nelle procedure[168]. È il caso delle «*Open calls*» del Belgio[169], che si sono identificate come una delle pratiche europee più avanzate per garantire la tutela della qualità architettonica e del patrimonio nazionale, mediante l'accesso trasparente e competitivo agli incarichi di progettazione per opere e lavori pubblici, mediante la partecipazione a bandi pubblicati semestralmente dall'amministrazione aggiudicatrice[170].

In altro settore, simili considerazioni relative al regime "eccezionale" di tutela del patrimonio nazionale derivano dall'esperienza francese: in occasione del Salone dell'agricoltura[171] del 2023, le associazioni di categoria hanno sollevato il tema della sostenibilità della filiera agricola e della sua tutela nell'interesse ambientale e delle future generazioni, sollecitando l'introduzione di norme giuridiche a favore di una «eccezione alimentare»[172] che, similmente a quella prevista per l'ambito culturale, consenta alle stazioni appaltanti di indicare criteri di prossimità nella selezione delle offerte, con idonea motivazione per il rafforzamento della resilienza del territorio, ma senza violare il principio di concorrenza[173].

---

166 *Austrian Federal Guidelines for Building Culture and Stimulus Programs*, *Austrian Council of Ministers*, 22 Agosto 2017.

167 *Austrian Federal Guidelines for Building Culture and Stimulus Programs*, cit., 8 ss.

168 G.M. Racca, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, cit., 723 ss.; M. Pignatti, *Le strategie europee per l'innovazione nei contratti pubblici*, in *DPCE online*, n. 2/2021, 1745 ss.

169 Si v. l'opuscolo *Open Oproep*, pubblicato il 1 agosto 2024, illustrativo delle modifiche alla procedura delle *Open Calls*, aggiudicate tramite procedura competitiva con negoziazione, come prevista dall'articolo 38, §1, primo comma, 1°, b) della legge sugli appalti pubblici belga, 17 giugno 2016.

170 In sintesi, il bando elenca tutti i progetti pubblici per i quali si richiedono progettisti, cui segue una selezione intermedia (*Government Architect*), dei candidati che sono coinvolti in una fase dialogica con il committente, con la presentazione di una proposta progettuale. Si v. Note Nauta Dutilh, *The open call, an example of "la méthode belge"*, in EDAP-meeting, Brussels, 25 aprile 2024.

171 Intercommunalités de France, Achats *et commande publique responsable, Agriculture, alimentation et forêts: Pour une exception alimentaire et agricole*, 10 marzo 2023.

172 Sul tema della *food exception*, A. Bock, L. Bontoux, J. Rudkin, *Concepts for a sustainable EU food system*, Publications Office of the European Union, 2022; M. Andhov, S. Mikulic, L. Rise Nielsen, *Transforming food systems: the role of public procurement*, in M. Stein, M. Mariani, R. Caranta, Y. Polychronakis (eds.), *Sustainable Food Procurement Legal, Social and Organisational Challenges*, Routledge, Abingdon-on-Thames, 2024. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una strategia "Dal produttore al consumatore". per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente*, 20 maggio 2020, COM(2020) 381 final.

Dunque, anche nella prospettiva attuale di revisione delle Direttive europee sugli appalti pubblici, tali evoluzioni nella concezione del ruolo della cultura e della creatività[174] potrebbero contribuire alla trasformazione sostenibile e culturale dei contratti pubblici al servizio della comunità anche mediante lo sviluppo di strumenti giuridici sostenibili, che possano rispondere alla pluralità degli interessi pubblici (ambientali, sociali e identitari) che caratterizzano il settore culturale: «non può esserci sviluppo democratico, pacifico e sostenibile se la cultura non ne è il nucleo; il modo in cui oggi utilizziamo, manteniamo e proteggiamo il nostro patrimonio culturale sarà cruciale per lo sviluppo futuro di un ambiente costruito di alta qualità»[175].

---

173 M. Amilhat, *Les évolutions du droit de la commande publique: entre (r)évolutions textuelles et précisions jurisprudentielles*, in *JDA* n. 2/2019. Si v. G. Stoppani, *Il nuovo codice della "commande publique": quel (tanto) che resta della specificità francese in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 32/2020, 221 ss. Più in generale, G. Tulumello, *Studio comparato della disciplina in tema di contenzioso sugli appalti pubblici nei principali Paesi Europei*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

174 M. Immordino, A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., 92. In Italia, la critica mossa all'attuale assetto normativo è relativa alla sua inadeguatezza a disciplinare incarichi ad elevato tasso di *intellectual property* e complessità, quali i servizi di progettazione spaziale, che vengono erroneamente assimilati a un normale servizio tecnico. Si v. E. Tatí, *L'innovation procurement nel settore spaziale: l'outer space law alla prova della new space economy*, in *Munus*, n. 1/2024, 47 ss.; M.C. Pangallozzi, *La fruizione del patrimonio culturale nell'era digitale: quale evoluzione per il "museo immaginario"*, in *Aedon*, n. 2/2020, 96 ss. Si richiama quanto prospettato in tema di evoluzione delle tecniche culturali ed artistiche (di cui si discute in relazione al *Baumol Disease*): C. Barbati, *Attori e modalità di sostegno pubblico alla creazione nello spettacolo*, in *Econ. Cultura*, n. 3/2000, 301 ss.

175 Cfr. *Baukultur* (cultura della costruzione), codificato nella Dichiarazione di Davos del 2018 «Verso una cultura della costruzione di qualità per l'Europa», siglata dai ministri della cultura europei, ove sono stati elaborati anche sistemi di valutazione della qualità architettonica, cfr. *Davos Baukultur Quality System* (DBQS), i cui otto criteri – governance, funzionalità, ambiente, economia, diversità, contesto, senso del luogo e bellezza – sono indicati dalle stesse istituzioni europee come fondamento per le scelte e le decisioni informate in materia di appalti, investimenti e pianificazione. Si v., in particolare, Commissione UE (DG Istruzione, gioventù, sport e cultura - EAC), *Towards a shared culture of architecture – Investing in a high-quality living environment for everyone – Report of the OMC (Open Method of Coordination) group of EU Member State experts,* Publications Office of the European Union, 2021.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Alessandro Di Martino
Ricercatore di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Napoli Federico II
alessandro.dimartino@unina.it

LA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: POSSIBILI DECLINAZIONI

REASONABLE DURATION OF THE ADMINISTRATIVE TRIAL: VARIOUS PERSPECTIVES

Sintesi

Il presente contributo esamina criticamente il principio della ragionevole durata del processo amministrativo, a partire dalla sua affermazione nell'art. 6 CEDU fino alla sua costituzionalizzazione nell'art. 111, comma 2 della Costituzione. Dopo aver svolto una sintetica ricostruzione in ordine alla natura soggettiva (ragionevole durata come diritto soggettivo dell'individuo) e oggettiva (ragionevole durata del processo come canone di efficienza e buona amministrazione della giustizia), viene dedicato un focus specifico ai riti speciali (in particolare in materia di appalti e opere PNRR). In tali circostanze, la ragionevole durata del processo viene realizzata attraverso la compressione dei tempi processuali, giustificata da esigenze di stabilità economica e amministrativa, che, tuttavia, non sempre consente ai cittadini di esercitare adeguatamente il diritto di difesa. La parte principale del lavoro, però, si sviluppa lungo due direttrici principali. Da un lato, si analizzano gli strumenti a disposizione del giudice amministrativo (tra gli altri, sono stati approfonditi la sentenza in forma semplificata e principio della "ragione più liquida"), evidenziando il rischio, che rientra all'interno delle dinamiche dell'abuso della discrezionalità giudiziaria, che strumenti nati per favorire la celerità finiscano per compromettere la qualità della decisione e l'effettività della tutela. Dall'altro lato, si esplora il ruolo delle parti, con particolare attenzione alla dimensione deontologica dell'agire processuale. In un contesto di crescente ambizione alla deflazione del contenzioso, il contributo analizza il ricorso a condotte formalmente legittime ma sostanzialmente abusive – come l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che ha adito il primo grado – evidenziando come simili strategie si pongano in contrasto con il principio di autoresponsabilità e con la leale collaborazione al buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia. Viene, inoltre, analizzato il principio di sinteticità e chiarezza degli atti, quale parametro volto a rafforzare la funzionalità del processo e a prevenire condotte esclusivamente dilatorie. La conclusione evidenzia come la ragionevole durata del processo non possa essere elevata a metrica assoluta dell'efficienza giudiziaria, né piegata a finalità meramente acceleratorie. Essa deve piuttosto essere interpretata come

una clausola di equilibrio sistemico: uno standard procedurale che, lungi dal prevalere in modo meccanico sul diritto di difesa, assume senso solo se integrato in una logica di proporzionalità, effettività e pienezza del giusto processo. In tale prospettiva, ogni compressione temporale deve trovare giustificazione nella qualità del giudizio, e non nella sua sola velocità.

Abstract

This paper offers a critical analysis of the principle of the reasonable duration of administrative trials, tracing its normative trajectory from Article 6 of the European Convention on Human Rights to its constitutional entrenchment in Article 111(2) of the Italian Constitution. After briefly addressing its dual conceptual dimensions—subjective (as an individual right) and objective (as a benchmark of efficiency and sound judicial administration)—the paper focuses on special procedural regimes, particularly in public procurement and infrastructure projects funded under the National Recovery and Resilience Plan (PNRR). In such contexts, the principle is often operationalised through the compression of procedural timeframes, justified by imperatives of economic and administrative stability, yet not always compatible with the effective exercise of the right of defence. The core of the analysis develops along two principal axes. The first concerns the tools available to administrative courts—most notably, simplified judgments and the so-called "most evident reason" principle—highlighting the risk that mechanisms designed to promote expedition may, when deployed indiscriminately, compromise the quality of judicial reasoning and the substantive effectiveness of legal protection. This concern is framed within a broader reflection on the potential misuse of judicial discretion in the name of procedural economy. The second axis addresses the conduct of the parties, with particular attention to the ethical and collaborative dimensions of procedural behaviour. In a legal system increasingly oriented toward the deflation of caseloads, the paper analyzes the use of formally legitimate yet substantively abusive procedural strategies—such as raising an objection on jurisdiction at the appellate stage by the very party who instituted the first instance proceedings—as practices that conflict with the principle of procedural self-responsibility and the duty of loyal cooperation in the administration of justice. The analysis also engages with the principle of clarity and conciseness in procedural submissions, construed as a functional tool to enhance procedural integrity and to counteract dilatory tactics.
The conclusion contends that the reasonable duration of proceedings cannot be elevated to an absolute metric of judicial efficiency, nor subordinated to exclusively managerial or accelerative rationales. Rather, it must be interpreted as a systemic balancing clause: a procedural standard whose normative value is contingent upon its integration within a framework of proportionality, effectiveness, and due process. Accordingly, any legislative or judicial intervention aimed at compressing procedural time must be justified by the qualitative de-

mands of adjudication, not by speed alone.

PAROLE CHIAVE: ragionevole durata del processo – diritto di difesa – economia processuale – discrezionalità giudiziaria – abuso del processo

KEYWORDS: reasonable duration of administrative trial – right to defence – procedural efficiency – judicial discretion – abuse of process

INDICE: 1. La ragionevole durata del processo tra ordinamento convenzionale e costituzionale. – 2. La ragionevole durata del processo per la certezza dei mercati: un cenno ad alcuni riti speciali nel bilanciamento tra esigenze di celerità e giustizia. – 3. Alcuni indici della ragionevole durata nel processo amministrativo: la prospettiva del giudice. La sentenza in forma semplificata. – 3.1. (segue): il principio della c.d. "ragione più liquida". – 4. Alcuni indici della ragionevole durata nel processo amministrativo: la prospettiva delle parti. L'eccezione di difetto di giurisdizione in appello. – 4.1. (segue): il principio di sinteticità e chiarezza degli atti processuali. – 4.2. (segue): l'appello cumulativo. – 5. Questioni ancora aperte sulla ragionevole durata del processo amministrativo: considerazioni conclusive.

1. La ragionevole durata del processo tra ordinamento convenzionale e costituzionale

Se il processo, come tradizionalmente inteso, costituisce la sede di tutela della posizione giuridica soggettiva delle parti, in cui "il diritto entra a formare il concreto, e cioè dando attuazione ad un valore obiettivo, del diritto come valore positivo"[1], la sua ragionevole durata esprime un valore strumentale, ma non sussidiario[2], alla soddisfazione di tale pretesa[3]. Ecco perchè uno studio che intenda analizzare il valore del tempo nella prospettiva della ragionevole durata del processo amministrativo deve necessariamente muovere dal tentativo di ricondurre a una definizione univoca proprio l'espressione della 'ragionevole durata'[4], dato l'articolato spettro semantico compendiato da tale termine anche in considerazione dei significati legati alle diverse stagioni in cui la prima ha fatto ingresso nell'ordinamento interno.

La centralità che ha progressivamente assunto il valore del tempo nel processo è venuta emergendo lungo un percorso che si snoda attraverso tre tappe: la prima è rappresentata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora

1 Ci si riferisce alle autorevoli riflessioni di G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Opere*, Vol. IV, Milano, 1959.

2 A differenza di quanto sostenuto da P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. Giust.*, 1, 2017, 112, secondo il quale la ragionevole durata "svolge un ruolo sussidiario, come condizione di efficienza".

3 In termini simili, C. SALTELLI, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2007, 979 ss. Sul punto, cfr. P. BIAVATI, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2002, 480, che, nell'ambito di una operazione di bilanciamento tra tempo e pretesa dedotta in giudizio, parla espressamente di "ragionevole durata del diritto di difesa. Molto evocative sono anche le parole di F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2002, 58 ss., il quale afferma che il processo amministrativo è "attento alle garanzie, ma finalizzato al rapido esaurimento della controversia", nella prospettiva di far convergere le diverse anime del giusto processo, tra cui il contraddittorio tra le parti e la ragionevole durata del giudizio.

4 Per M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, 1° ottobre 2014, 16, l'analisi della questione relativa al tempo del processo si incentra sul "tempo necessario a definire la controversia e pervenire ad una situazione di certezza in ordine all'assetto degli interessi portati in giudizio".

in avanti, CEDU), che ha tipizzato all'articolo 6 il diritto del cittadino ad essere giudicato in tempi ragionevoli; la seconda va rinvenuta nella rilevanza che la ragionevole durata del processo ha assunto in ragione del lavoro interpretativo della Corte costituzionale, che ha collegato il valore del tempo ad altre norme che già trovavano una copertura costituzionale, come, ad esempio, il diritto di azione; infine, il passaggio rappresentato dalla reazione esibita dall'ordinamento interno sull'onda lunga delle prime due traiettorie appena menzionate, esplicato con la modifica dell'articolo 111 della Costituzione, a seguito della legge n. 2 del 1999, con cui è stato costituzionalizzato del principio della ragionevole durata del processo.

L'articolo 6 della CEDU, nell'affermare il diritto per ogni cittadino "a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole", mira non solo a ridurre il grado di incertezza che affligge il soggetto interessato dal giudizio, che potrebbe subire un pregiudizio dal mero decorso dei termini, ma, come è stato sostenuto, costituisce una risposta dell'ordinamento internazionale affinché il mancato rispetto degli stessi non comprometta "l'efficienza e la credibilità" dell'amministrazione della giustizia[5]. Tale ultima prospettiva a maglie larghe, per quanto autorevolmente sostenuta dalla Corte EDU prima, e dalla dottrina poi, non può essere integralmente accolta: si ritiene, infatti, di dover sostenere l'interpretazione di chi, al contrario, ha rilevato come l'art. 6 CEDU esalti essenzialmente la '*dimensione soggettiva*' della ragionevole durata del processo, da intendersi come il diritto di ciascuno affinché la controversia giudiziaria sia risolta in tempi celeri[6]. Tale lettura trova una conferma nella circostanza che, ad avviso della Corte EDU, il diritto delle parti alla ragionevole durata del processo costituisce oggetto di un autonomo interesse giuridicamente tutelato[7]: non rileva, infatti, che si tratti di un "vero e proprio diritto soggettivo"[8] ad una conclusione tempestiva del giudizio[9], ovvero di una qualsiasi ulteriore situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento, e cioè dunque non rileva la classificazione tradizionale dell'ordinamento amministrativo che distingue dirit-

5 Così, M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 20, che tuttavia recupera quanto statuito, tempo addietro, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: Corte EDU, Sez. Grande Chambre, 28 luglio 1989, par. 22. Negli stessi termini, più recentemente, C. Milone, I. Gambadauro, *Covid-19 e diritto alla ragionevole durata del processo civile in Italia*, in *Il Processo*, 2, 2022, 338.

6 In questo senso, A. Saccucci, *Le due «prospettive» della ragionevole durata del processo tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Giur. cost.*, 4, 2002, 3105 ss.

7 V. Antonelli, *Poteri delle parti e accelerazione del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2010, 1588, nell'attribuire alla disposizione il valore di "garanzia soggettiva della persona" da far valere nei confronti degli Stati, afferma che l'inquadramento della stessa nell'ambito delle tutele soggettive, e non in quello delle garanzie oggettive dell'ordinamento, investe i poteri delle parti con riguardo all'accelerazione del processo.

8 G. Guzzardo, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia "celere"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2008, 155 ss.

9 Così, P. Silvestri, *Ragionevole durata del processo e forma di comunicazione in funzione partecipativa dell'imputato e delle altre parti*, in *Cass. pen.*, 3, 2004, 1092 ss.; G. Guzzardo, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia "celere"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2008, 155 ss.

ti soggettivi ed interessi legittimi[10].

Tralasciando l'analisi dei criteri di valutazione della ragionevole durata del processo elaborati nel tempo dalla Corte EDU, l'aspetto che in questa sede si intende analizzare riguarda la concreta attitudine dell'articolo 6 della CEDU – nella parte in cui fa riferimento al diritto della parte ad un giudizio che si concluda in tempi ragionevoli – a fungere da parametro interposto per il sindacato di legittimità costituzionale della Corte costituzionale. Su questo aspetto, il percorso argomentativo seguito dal giudice delle leggi sembra seguire, come affermato da autorevole dottrina[11], due direzioni. Per un verso, secondo la Corte costituzionale, le norme della CEDU possono assolvere al ruolo di parametro per la valutazione di costituzionalità di quelle disposizioni che sono strettamente connesse a principi, garanzie e libertà costituzionali già riconosciuti dall'ordinamento[12]. Per altro verso, ove si sia imbattuta nella tutela di alcuni principi o diritti affermati dalla CEDU, che tuttavia non trovano espresso riconoscimento nella Costituzione, la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che le norme pattizie non potessero fungere da parametro per l'esercizio del sindacato di legittimità costituzionale[13]: è il caso proprio della ragionevole durata del processo, che fino alla modifica dell'articolo 111, non trovava una specifica collocazione all'interno della Carta costituzionale, ragione per cui, come sostenuto dalla Consulta, "la problematica dei 'tempi processuali', recepita all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo quale aspetto del "giusto processo", non trova[va] eco nella Carta costituzionale"[14].

L'inadeguatezza dell'articolo 6 della CEDU a fungere da parametro di riferimento costituzionale rispetto alla definizione del giudizio in tempi celeri, da un lato, e l'assenza di una norma in Costituzione che tipizzasse il principio della ragionevole durata del processo, dall'altro, hanno imposto al giudice delle leggi una interpretazione estensiva di alcune disposizioni di rango costituzionale, dalle quali potesse emergere la cogenza di una regola di comportamento dell'amministrazione della giustizia a prescindere da una sua cristallizzazione legislativa.

---

10 Come rileva S. Mirate, *L'applicabilità dell'art. 6, par. 1, CEDU al processo amministrativo secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2004, 119 ss., la quale, nel richiamare la sentenza *Mennitto*, sostiene come la Corte EDU abbia fatto ricorso alla nozione di diritto come posizione 'avente contenuto patrimoniale'.

11 C. Pinelli, *La ragionevole durata del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 5, 1999, 2997 ss.

12 È il caso, ad esempio, di Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, in cui si afferma espressamente che le disposizioni della CEDU, che attengono ai diritti dell'imputato ad essere informato dei motivi dell'imputazione, e che trovano nella Costituzione una valorizzazione nell'articolo 24, fungono da norma interposta per il giudice costituzionale poiché "si tratta di un diritto di cui la garanzia [...] esprime un contenuto di valore implicito nel riconoscimento costituzionale [...] del diritto di difesa", ragione per cui il giudice è sottoposto "al vincolo interpretativo di conferire alle norme [...] un significato espansivo"

13 In questo senso, cfr. Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 15, secondo la quale l'articolo 5, par. 3, della CEDU, "non si colloca di per sé stessa a livello costituzionale".

14 Corte cost., 15 luglio 1985, n. 202.

Sotto un profilo generale, già a partire dagli anni settanta, la Corte costituzionale ha costantemente affermato la necessità di portare a compimento i processi "entro congrui tempi" affinché la giurisdizione assolvesse alla sua fondamentale funzione[15]: è stato sostenuto, infatti, che un'ordinata amministrazione della giustizia e il compimento dei processi entro termini ragionevoli si muovono sempre nella prospettiva di valorizzare l'interesse primario alla realizzazione della giustizia, nella misura in cui "una giustizia disordinatamente o tardivamente amministrata può essere non meno pregiudizievole dell'ingiustizia"[16]. Più nel dettaglio, il principio della ragionevole durata del processo è entrato nelle riflessioni del giudice delle leggi in un rapporto di genere a specie con il diritto di azione e di difesa nel processo, di cui all'articolo 24 della Costituzione: in tale prospettiva, una celebre pronuncia della Corte costituzionale ha affermato che "l'effettività della tutela dei propri diritti cui è preordinata l'azione, ed in definitiva la stessa efficacia della giurisdizione, si combina con la durata ragionevole del processo"[17]. Le argomentazioni della Consulta consentivano, dunque, non solo l'emersione della natura servente della ragionevole durata del processo, nonostante non fosse entrata nel novero dei principi costituzionali, affinché si realizzasse il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, ma anche l'affiancamento dei "diritti *nel* processo" (diritto ad un processo che si concluda in termini ragionevoli, per l'appunto) al solo "diritto *al* processo" già costituzionalmente tipizzato dall'articolo 24 della Carta costituzionale[18].

Bisogna attendere la legge costituzionale n. 2 del 1999 per l'entrata in vigore del principio della ragionevole durata del processo, che rientra tra i principi strumentali per assicurare il giusto processo[19]. Con riguardo al principio del-

15 Sul punto, *ex multis*, cfr. Corte cost., 19 marzo 1976, n. 48.

16 Corte cost., 29 ottobre 1987, n. 345.

17 Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, con nota di C. Pinelli, *op. cit*. In precedenza, in altri due casi, la Corte costituzionale aveva ritenuto che "una stasi del processo per un tempo indefinito e indeterminabile vulnerasse ilfldiritto di azionefle di difesa" (sentenza n. 354 del 1996) e che la possibilità di reiterate sospensioni ledesse il bene costituzionale dell'efficienza del processo" (sentenza n. 353 del 1996)". In termini, si veda anche I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2016, 402.

18 Sono termini di M. Mengozzi, *La riforma dell'art. 111 Cost. e il processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 4, 2003, 2487 ss.

19 In dottrina è stato sostenuto che il principio del giusto processo inglobi non solo le regole di comportamento enunciate dall'articolo 111 della Costituzione, ma abbia una portata più estesa. In questo senso, S. Tarullo, *Giusto processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, 2008, 380, secondo il quale il modello costituzionale di processo 'giusto' deve essere interpretato a maglie più larghe, nella misura in cui "ricomprende un sistema di variegate garanzie tese a contornare l'esercizio della funzione giurisdizionale sotto il duplice profilo della posizione del giudice e di quella delle parti". In termini simili, M. Bove, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2002, 493-494, ritiene che non sia tecnicamente corretto concludere che il processo sia giusto ove rispetti i 'soli' corollari dell'articolo 111 Cost. (tra cui rientra quello della ragionevole durata), poiché vi potrebbero essere anche garanzie ulteriori rispetto a quelle menzionate dalla disposizione. Ancora, cfr. G. Verde, *Il processo sotto* l'incubo *della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2011, 511, sostiene, attraverso un ragionamento *a*

la durata ragionevole, merita di essere segnalata la formulazione attraverso la quale il principio in esame fa ingresso nell'ordinamento costituzionale, e che riflette un approccio alla distinzione differente rispetto a quello incline, nel quadro dell'ordinamento convenzionale e, in particolar modo, nell'articolo 6 della CEDU, alla valorizzazione del tempo.

Se, come si è detto, quest'ultimo evidenzia la *dimensione soggettiva* della ragionevole durata del processo, l'articolo 111, comma 2, della Costituzione, valorizza, invece, una *dimensione oggettiva* del principio in esame[20], in quanto non assicura alle parti alcun diritto ad un giudizio celere, ma impone una riserva di legge[21] che vincola il legislatore alla previsione di norme volte a indirizzare il concetto della ragionevole durata nella prospettiva di "*canone di buona amministrazione della giustizia*"[22].

Rispetto alla modifica dell'articolo 111, la dottrina prevalente, ragionando sulla effettiva portata innovativa della disposizione e, in particolare, della durata ragionevole del processo, ha ritenuto che il principio introdotto non

---

contrario, che non sempre un processo celere sia un processo giusto. In termini parzialmente difformi, L.P. Comoglio, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2001, 649, ove si legge che la ragionevole durata del processo debba essere intesa come condizione necessaria e sufficiente affinché un processo sia definito giusto, nonché G. Romeo, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2004, 58 ss., il quale ritiene che la formula per cui "la rapidità del processo sia la forma giusta del processo" costituisca ormai notazione comune e prevalente. Una lettura a maglie più larghe sul rapporto tra giusto processo e ragionevole durata dello stesso si rinviene in M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2013, 138, ove si sottolinea che la garanzia del giusto processo fornita dalla durata ragionevole non trova una autonoma soddisfazione nelle regole del processo, ma investe soprattutto l'organizzazione della giustizia.

20 A. Saccucci, *op. cit.* In termini simili, cfr. condivisibilmente anche E. Giardino, *L'irragionevole durata del processo, il giudizio di ottemperanza e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, secondo cui il tempo "diviene, da un lato, elemento costitutivo del giusto processo, non potendo il processo rivelarsi "giusto" se segnato da ingiustificate lungaggini, quindi, da un'irragionevole durata, dall'altro, postulato del diritto di azione processuale di cui all'art. 24 Cost., se la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione è volta ad assicurare l'efficace protezione della sfera giuridica soggettiva, quindi, in definitiva, la realizzazione della giustizia".

21 M. Mengozzi, *op. cit.* Secondo M. Cecchetti, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, V, 2001, 610, «la formula utilizzata si limita ad affidare al legislatore un compito: quello di "assicurare" che il processo abbia una ragionevole durata». Negli stessi termini si veda anche F. Gambini, *L'intrinseca debolezza del principio di ragionevole durata del processo*, in *Giur. cost.*, 1, 2006, 459 ss.

22 A. Saccucci, *op. cit.*, nonché P. Silvestri, *op. cit.*, e M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie effettive di tutela*, Torino, 2017, 47. Negli stessi termini, P. Ferrua, *op. cit.*, 110, per il quale l'impegno alla ragionevole durata rappresenta "una garanzia oggettiva di buon funzionamento della giustizia", e non solo un diritto della parte coinvolta nel processo. Una ricostruzione ibrida della natura della ragionevole durata del processo è stata, invece, proposta da una recente pronuncia della Corte costituzionale, secondo la quale la ragionevole durata del processo è declinata sia come "come canone oggettivo di efficienza dell'amministrazione della giustizia" sia "come diritto delle parti, comunque correlati ad un processo che si svolge in contraddittorio davanti ad un giudice imparziale". Cfr. Corte cost., 13 giugno 2023, n. 116.

contenesse tratti di estrema originalità[23], in ragione del fatto che le regole del processo al quale fa riferimento l'articolo 111 fossero già desumibili non solo dal principio di ragionevolezza, di cui all'articolo 3, ma anche, come detto, dall'articolo 24[24]. Il dibattito è stato ulteriormente alimentato da posizioni più temperate – secondo le quali nonostante il principio della durata ragionevole fosse già ricavabile dall'articolo 24 della Costituzione, il principio potesse esplicare "una qualche utilità"[25] – ma anche da opinioni che hanno ritenuto benefica l'introduzione in Costituzione del principio in esame, poiché rivolta non solo al raggiungimento di "traguardi di perfezionamento della tutela"[26], ma anche alla cristallizzazione di regole di comportamento le quali, in assenza di una tipizzazione specifica, potevano essere ricavabili da norme suscettibili di interpretazioni che potevano finanche giungere a restringere, negare o snaturare la portata dei principi[27].

Indipendentemente dal carattere più o meno innovativo delle modifiche introdotte dall'articolo 111 della Costituzione, ciò che acquisisce un particolare rilievo è il mutamento del rapporto tra diritto di difesa e ragionevole durata del processo proprio alla luce della costituzionalizzazione di quest'ultimo. Mentre prima della novella il principio della durata ragionevole era pacificamente inglobato dal diritto di difesa, assumendo così una natura strumentale al perseguimento di un principio gerarchicamente prevalente, la tipizzazione della ragionevole durata del processo ha paradossalmente condotto a complicare la relazione tra i due principi in esame[28].

La giurisprudenza ha infatti cominciato ad affermare la necessità di contemperare il principio della ragionevole durata del processo "con la tutela di al-

23 Tra gli altri, cfr. R. Villata, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2017, 109, secondo il quale la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo è priva di quel carattere rivoluzionario di cui si è discusso.

24 In questo senso, cfr. M. Luciani, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, 9; L.P. Comoglio, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2001, 633 ss.; A. Travi, *Giusto processo e procedimenti amministrativi speciali*, in *Il giusto processo (Atti del Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei) Roma, 28-29 marzo 2022*, Roma, 2003, 67.

25 In questi termini, S. Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2000, 1032. Secondo P. Biavati, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2009, 1301 ss., l'efficacia innovativa dell'art. 111, comma 2, merita ancora di essere coltivata e riscoperta.

26 S. Tarullo, *op. cit.*, 378.

27 M. Mengozzi, *op. cit.*

28 In tal senso, si vedano anche le considerazioni di P. Biavati, *Osservazioni*, cit. 478, che ravvisa la complessità del rapporto tra durata ragionevole e diritto di difesa proprio nella costituzionalizzazione degli stessi. Per F. Gambini, *op. cit.*, invece, si tratterebbe di una contrapposizione solo apparente. Secondo R. Vacarella, *Il processo civile sotto l'incubo della sua ragionevole durata*, in *Il processo*, 1, 2018, 28, nessuno avrebbe potuto immaginare che la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo "sarebbe entrat[o] in conflitto con il giusto processo, e lo avrebbe sopraffatto".

tri costituzionalmente garantiti, a cominciare dal diritto di difesa"[29] nei limiti in cui fosse assicurato un processo giusto, come richiesto l'articolo 111, comma 1, della Costituzione[30]. Ciò non significa che la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo, imponendo un bilanciamento con il diritto di difesa abbia implicitamente introdotto delle limitazioni a quest'ultimo[31], – definito addirittura 'inviolabile' dalla Costituzione – ma che le esigenze di celerità processuale debbano costituire un freno "all'incontrollata proliferazione delle garanzie" in cui potenzialmente si realizza il diritto di difesa[32]. Tale prospettiva si estende anche all'ipotesi in cui le parti decidano di ricorrere a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, ritenute sia dalla dottrina[33], sia dalla giurisprudenza costituzionale[34], strumenti utili per bilanciare la ragionevole durata del processo e il diritto di difesa, ancorché il giudizio non venga mai instaurato. La posizione espressa è estremamente consolidata, ma non mancano letture, della stessa Corte costituzionale, che escludono la comparazione, ai fini del bilanciamento, tra il diritto di difesa e la ragionevole durata del processo. È il caso, ad esempio, della tutela del diritto di difesa del contumace inconsapevole, ove il giudice delle leggi ha ritenuto inammissibile il bilanciamento tra i due principi poiché lo stesso introdurrebbe una "contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso articolo della 111 Costituzione, che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti"[35], trasformando tale comparazione in un inaccettabile sacrificio del diritto al contraddittorio e del diritto di difesa.

---

29 Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 243, ma in precedenza già Corte cost., 9 luglio 2004, n. 219. Ancor prima, Corte cost., ord. 22 giugno 2001, n. 204, ove si afferma che il principio della ragionevole durata del processo deve essere letto "alla luce dello stesso richiamo al connotato di "ragionevolezza", che compare nella formula normativa - in correlazione con le altre garanzie previste dalla Carta costituzionale, a cominciare da quella relativa al diritto di difesa". Sul diritto dell'imputato ad ottenere il rinvio dell'udienza in caso di nomina tardive, e quindi nella prospettiva del bilanciamento tra i due principi, *ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 27 ottobre 2022, n. 4928.

30 Corte cost., n. 111 del 2022, ma anche n. 317 del 2009.

31 Tuttavia, come sostiene condivisibilmente F. GAMBINI, *op. cit.*, si tratta di un bilanciamento tra due principi posti su due posizioni non paritarie, nella misura in cui se la ragionevole durata del processo può risultare cedevole rispetto alla primazia delle garanzie difensive, le ragioni di celerità e di economia processuale, al contrario, non possono condurre ad uno svilimento del diritto di agire e difendersi in giudizio.

32 Così, P. FERRUA, *op. cit.*, 113. In giurisprudenza, si è infatti sostenuto che il principio della ragionevole durata del processo impedisce di adottare decisioni che, senza utilità per il diritto di difesa, comportino l'allungamento dei tempi del giudizio. Ad esempio, Cass. civ., Sez. trib., 21 luglio 2022, n. 22890.

33 A. DIDONE, *Le priorità nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.,* 4, 2001, 1162.

34 Si veda, in particolare, Corte cost., 7 luglio 2016, n. 162, ove si afferma che "il meccanismo della negoziazione assistita [...] riflette un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di tutela del danneggiato e quella (di interesse generale) [...] di contenimento del contenzioso, anche in funzione degli obiettivi del giusto processo, *per il profilo della ragionevole durata delle liti*, oggettivamente *pregiudicata dal volume eccessivo delle stesse*" (corsivi nostri).

35 Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317.

Alla luce di quanto sinteticamente ricostruito sino a questo punto, l'obiettivo di chi scrive è individuare alcuni indici all'interno del sistema di giustizia amministrativa dai quali si possa non solo confermare la polisemia della ragionevole durata del processo, ma anche verificare in che modo tutti gli attori del giudizio possono incidere sullo stesso nella prospettiva di garantire un giudizio che si concluda in termini celeri e che, al tempo stesso, non sacrifichi le garanzie costituzionali del giusto processo[36].

2. La ragionevole durata del processo per la certezza dei mercati: un cenno ad alcuni riti speciali nel bilanciamento tra esigenze di celerità e giustizia

Le riflessioni in ordine alla rilevanza che il fattore tempo ha progressivamente assunto nel processo amministrativo devono necessariamente tenere conto delle evoluzioni normative più recenti che hanno inciso significativamente su alcuni rimedi processuali e, a cascata, sulla effettiva tenuta del principio del giusto processo amministrativo, che sembra uscirne ridimensionato rispetto alle esigenze di celerità e tempestività della realizzazione delle opere pubbliche. Pur non volendo intraprendere una indagine analitica sulla contrazione del fattore tempo che ha caratterizzato storicamente l'introduzione dei riti speciali nella giustizia amministrativa, la latitudine del tema suggerisce quantomeno il sommario richiamo al rito in materia di contratti pubblici, disciplinato dagli articoli 119 e 120 del Codice del processo amministrativo, e al rito attivabile per le controversie relative alle infrastrutture strategiche, disciplinato dall'articolo 125 del Codice.

Muovendo dal primo, il 'rito appalti'[37] e, più in generale, la disciplina dei contratti pubblici, costituiscono un esempio lampante di come le esigenze di stabilità del provvedimento di aggiudicazione e la tutela dello sviluppo economico abbiano dei riflessi anche sulla disciplina processuale, che si esplica con un generale dimezzamento dei termini in una prospettiva acceleratoria[38]. Le nume-

36 Anche perchè, come sostenuto da P. Biavati, *Appunti*, cit., 1301 ss., non può ritenersi giusta "una pronuncia che non rispetti il criterio dellafflragionevolefldurata del processo, nel senso che l'efficacia decisoria si misura, nel suo impatto con la realtà, non solo sul terreno dell'esatta soluzione giuridica del caso, ma anche su quello di una sufficiente prossimità fra il momento dei fatti e quello della soluzione giurisdizionale".

37 Sull'inadeguatezza della terminologia, in ragione dell'applicazione anche alle concessioni delle disposizioni di cui agli articoli 120-124 c.p.a. – poi colmata dalla riscrittura dell'articolo 120 c.p.a. ai sensi dell'articolo 209, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 36 del 2023 – cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in dottrina, cfr. G. Taglianetti, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici: ratio e profili applicativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2019, 125.

38 In questa prospettiva, cfr., *ex multis*, M. Ramajoli, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in G. Greco (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 121 ss., spec. 126, ove si legge che la dimidiazione dei termini per la proposizione del ricorso si muove nella prospettiva di garantire la certezza giuridica e, conseguentemente, la "stabilità contrattuale, la quale nel caso di appalti pubblici assume una particolare coloritura di interesse generale".

rose evoluzioni normative che hanno riguardato la disciplina del processo in materia di contratti pubblici hanno condotto da ultimo alla riscrittura dell'articolo 120 c.p.a.[39], eliminando alcuni profili critici con riguardo all'accesso alla giustizia – è il caso del pagamento del contributo unificato per la proposizione del ricorso con motivi aggiunti (comma 7) – e chiarendo l'aspetto della decorrenza del termine per la proposizione del ricorso principale agganciandolo alla piena disponibilità di tutti gli atti di gara, così come previsto dalla lettura combinata dell'articolo 120 c.p.a., comma 2, e articolo 36, commi 1 e 2, del Codice dei contratti pubblici.

Nell'economia di questo scritto, sembra però utile soffermarsi su alcuni profili temporali della disciplina e cercare di comprendere se la dimidiazione dei termini processuali, esito della tendenza ad individuare nella giustizia amministrativa una delle cause principali del rallentamento della crescita economica del Paese[40], sia compatibile con le logiche della tutela piena ed effettiva da garantire ogni qualvolta un ricorrente vanti una pretesa sostanziale in giudizio. L'obiettivo di massima accelerazione dei processi in materia di contratti pubblici emerge in primo luogo dal termine breve per l'instaurazione del giudizio, fissato in trenta giorni dal provvedimento di aggiudicazione a pena di decadenza: si potrebbe perciò sostenere, muovendo da alcune tra le diverse ricostruzioni sul punto, che si tratti di termini "a favore dell'amministrazione"[41], e perciò a presidio della stabilità delle decisioni[42] e a garanzia della certezza delle situazioni giuridiche soggettive (degli operatori economici aggiudicatari, nel caso dei contratti pubblici)[43], e che traducono in una disposizione processuale le esigenze di certezza del diritto e di prevalenza dell'interesse pubblico[44].

---

39 Sul quale si possono vedere le riflessioni di L. BERTONAZZI, *Rassegna ragionata delle modifiche apportate dal codice dei contratti pubblici del 2023 al codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2024, 983 ss.

40 M.A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in *Federalismi.it*, 8, 2023, 17.

41 F. APERIO BELLA, *Il tempo nel processo sull'atto ai tempi del processo sul rapporto*, Napoli, 2023, 41.

42 Secondo una delle ricostruzioni più tradizionali sulla decadenza, in tali circostanze il legislatore ha fissato il punto, oltre il quale "l'interesse del titolare del potere a procedere all'esercizio di questo nel tempo preferito, cede all'interesse pubblico di non lasciare illimitata nel tempo la possibilità di attuare la modificazione giuridica corrispondente": ci si riferisce al fondamentale studio di A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 227. In termini simili, anche M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 45-46. Su questi temi, inoltre, cfr. anche F. LIGUORI, *Annullamento dell'atto negativo di controllo: decadenza del potere o del processo?*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1996, 719 ss.

43 A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, 83. In termini, cfr. anche R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 34, i quali ritengono che la previsione di termini decadenziali brevi nel processo amministrativo serva a soddisfare "esigenze di certezza e stabilità dell'assetto di interessi prodotto dal provvedimento amministrativo", nonché A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 261-262.

44 F. MERUSI, *Relazione*, in *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio. Atti del Convegno di Varenna*, Milano, 2003, 30. In termini, diffusamente, cfr. anche G. TAGLIANETTI, *Il processo amministrativo tra giustizia e certezza*, Milano, 2023, spec. 53-55.

Le riflessioni di autorevole dottrina sulla impossibilità di far prevalere le esigenze economiche sulle esigenze della giustizia[45], nonché sull'inammissibilità di prospettare una gerarchia predeterminata tra il diritto di agire in giudizio costituzionalmente tutelato e l'interesse pubblico alla stabilità della decisione[46], non hanno tuttavia trovato eco nelle disposizioni di legge, ragione per cui va preso atto di come la previsione di un termine così breve per il ricorso avverso l'aggiudicazione rischia di mettere in crisi la tutela piena di coloro i quali intendano accedere al giudizio, a partire evidentemente dai soggetti titolari di aspettative sul piano sostanziale. Infatti, nonostante siano intervenute (sebbene su altre materie) pronunce del giudice delle leggi che hanno ritenuto compatibile il termine di trenta giorni con l'esercizio del diritto di difesa, nella misura in cui "non riduce i tempi della preparazione delle necessarie difese al punto da pregiudicarne l'efficacia e la completezza"[47], tale lettura non sembra condivisibile per un duplice ordine di ragioni, di ordine teorico e pratico.

Con riguardo al primo aspetto, sembra paradossale dover ammettere che una *esigenza politica* – quella, appunto, di prevedere termini processuali decadenziali dimezzati in prospettiva della ripresa economica – prevalga su un *diritto costituzionalmente tutelato*, come quello di azione e di difesa[48], che in quanto tale non è suscettibile di essere, per così dire, gerarchizzato. Con riguardo al secondo aspetto, è necessario partire dal presupposto per cui giustizia e certezza debbano camminare di pari passo, consentendo, talvolta, tra i due termini della relazione un bilanciamento, purché sia ragionevole[49], e dalla ovvia considerazione secondo la quale sussiste un margine di apprezzamento discrezionale del legislatore ad introdurre termini di decadenza di qualsiasi durata, purché essi siano ragionevoli[50]. In materia di contratti pubblici, l'introduzione di un termine particolarmente breve per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione può ritenersi compatibile con il principio di ragionevolezza nelle procedure caratterizzate da un numero limitato di partecipanti e da una struttura non complessa, che non richieda un'approfondita valutazione di fatti e questioni giuridiche.

Diversamente, nelle gare di maggiore complessità, contraddistinte da un elevato numero di offerte tecniche ed economiche da analizzare, un termine così ristretto rischia di compromettere l'effettività della tutela giurisdizionale, in particolare nella sua dimensione sostanziale, volta a garantire una concreta possibilità di accoglimento del ricorso. In altre parole, imprimere al processo una scansione temporale rigidamente predefinita, subordinata a esigenze di natura esclusivamente economica, e sacrificare il tempo "ragionevolmente necessario"

45 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1993, 137.
46 M. Ramajoli, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 17, 2018, 32.
47 Corte cost., 10 novembre 1999, n. 427.
48 Questa distinzione è segnalata da F. Aperio Bella, *op. cit.*, 39.
49 G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, 180.
50 A. Marra, *op. cit.*, *passim*.

affinché tutte le parti e il giudice possano acquisire compiuta conoscenza degli elementi rilevanti e procedere a un loro adeguato scrutinio, equivale a negare la stessa essenza del procedimento decisionale e, di conseguenza, a compromettere in modo irreparabile la piena tutela delle situazioni giuridiche soggettive e la effettività del diritto di difesa[51].

Un ulteriore esempio in grado di dimostrare come lo sviluppo economico del Paese possa indurre il legislatore ad introdurre norme processuali acceleratorie, potenzialmente pericolose per la tenuta delle garanzie difensive costituzionalmente tutelate, si rinviene nell'articolo 125 c.p.a., il quale prevede ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche. La norma accende due pericolose 'spie' della difficoltà di comporre effettività della tutela giurisdizionale ed interesse dello Stato a scongiurare ostacoli processuali alla realizzazione dell'opera: in primo luogo, si sostiene che per la pronuncia del provvedimento cautelare, oltre al giudizio prognostico sulle conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che potrebbero essere lesi, il giudice è tenuto a valutare "il preminente interesse alla sollecita realizzazione dell'opera"; in secondo luogo, l'irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente risulta essere un interesse che necessita di essere bilanciato "con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle opere".

Le considerazioni che emergono non sono del tutto rassicuranti, poiché oltre ad emergere una estensione del sindacato del giudice in sede cautelare al quale, tuttavia, corrisponde una ridotta possibilità di pronunciare la decisione cautelare[52], il *favor* del legislatore verso la celerità della realizzazione delle opere pubbliche rispetto ad una tutela piena ed effettiva del ricorrente si rinviene nel comma 3 dell'articolo 125 c.p.a., in forza del quale si predilige la tutela risarcitoria a quella caducatoria in caso di annullamento dell'affidamento[53], con lo scopo di garantire una intangibilità dell'assetto degli interessi consolidatosi

---

51 In questo senso, condivisibilmente, M.A. SANDULLI, *Il tempo*, cit., 29. Condivide tale interpretazione anche M. RAMAJOLI, *ult. op. cit.*, ove si legge che si dubita che "un termine brevissimo di decadenza sia lo strumento decisivo (e ragionevole) per accelerare i tempi del processo amministrativo, specie di processi complessi come quelli in materia d'appalti".

52 Così come sostenuto da F. FIGORILLI, *op. cit.*, 364; in termini, anche G. TAGLIANETTI, *Normativa emergenziale e processo amministrativo: l'attuazione del PNRR a ogni costo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2023, 161; M. LIPARI, *La* nuova *tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in *Federalismi.it*, 5, 2017, la formula dell'articolo 125 esprime in modo chiaro un netto sfavore per la misura cautelare sospensiva, "suscettibile di rallentare lo svolgimento delle procedure, valorizzando, invece, gli interessi pubblici alla sollecita realizzazione dell'opera".

53 Di recente, in giurisprudenza, T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, Sez. I, 6 marzo 2024, n. 62, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Con specifico riferimento all'articolo 125 c.p.a., e all'eccessiva dilatazione dell'ambito applicativo di tale norma che coincide con l'estensione di casi in cui la risarcitoria venga preferita, indebitamente, a quella in forma specifica, M.A. SANDULLI, *ult. op. cit.* Una lettura differente dell'articolo 125 c.p.a. viene fornita da G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2020, 517 ss., secondo il quale l'estensione del comma 3 può esplicare degli effetti positivi solo ove la tutela ripristinatoria si ponga in un momento antecedente alla stipulazione del contratto.

all'esito della stipulazione del contratto[54].

Il quadro così brevemente delineato consente l'emersione di un duplice ordine di riflessioni: in primo luogo, si può scorgere una preferenza per la stabilità dei mercati in luogo della legalità sostanziale, privilegiando una impostazione che finisce con il riconoscere alla pubblica amministrazione, per il tramite del pagamento del prezzo (che ricade invero sulla collettività)[55], il diritto di abdicare alla propria funzione di aggiudicare l'affidamento dei lavori al miglior operatore economico[56]; in secondo luogo, una tale impostazione del contenzioso oggetto dell'indagine, che valorizza la funzione del giudice amministrativo come giudice dei rapporti economici, allontana il giudice amministrativo dalla sua principale missione, che è quella di "difendere il cittadino a fronte dell'esercizio dei poteri autoritativi spettanti all'Amministrazione"[57].

---

54 T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 13 settembre 2012, n. 2310, in *Foro Amm. (T.A.R.)*, 9, 2012, 2664. In dottrina, cfr. A. Averardi, *Art. 125*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, 125. In tema, F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Quest. Giust.*, 1, 2021, sostiene come l'articolo 125 c.p.a. costituisca un ulteriore esempio della tendenza "a ridurre il giudice amministrativo a giudice del risarcimento del danno", con la conseguenza di sterilizzare quanto più possibile la possibilità d'intervento dello stesso in nome dell'esigenza di recuperare l'efficienza dell'azione amministrativa. Dello stesso avviso, in termini generali, M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali*, cit., 13, si tratterebbe di una riduzione della effettività della tutela sostanziale, basata sulla errata prospettazione "che i ritardi nell'avvio e nella realizzazione di iniziative utili alla crescita e allo sviluppo del Paese sarebbero imputabili alla giustizia amministrativa".

55 Secondo la giurisprudenza, in caso di domanda per il risarcimento del danno in via equitativa ai sensi dell'articolo 125 c.p.a., qualora appaia chiaro e dimostrato che, in mancanza dell'adozione del provvedimento illegittimo, l'impresa reclamante avrebbe vinto la gara, spetta all'impresa danneggiata un risarcimento nella misura del 10% del valore dell'appalto, come entità del guadagno presuntivamente ritratto dall'esecuzione dell'appalto, ferma restando la possibilità di conseguire una somma superiore a fronte della dimostrazione che il margine di utile sarebbe stato maggiore di quello presunto. C.G.A. Sicilia, Sez. Giurisd., 21 novembre 2011, n. 868, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

56 Da ultimo, anche con riguardo alle novità introdotte dall'articolo 125 c.p.a., cfr. F. Liguori, *L'azione*, cit., 218-220. Negli stessi termini, con una proposta al legislatore di "ripristinare l'azione costitutiva/demolitoria che conduca in tempi brevi ad una decisione (di merito) definitiva sulla regolarità della gara e consenta, con tutta tranquillità, all'Amministrazione di stipulare il contratto", G. Leone, *Gare di appalto superveloci e l'eterogenesi dei fini (ovvero, ma quanto ci potrebbe costare?). Riflessioni a margine di una recente pronuncia*, in *Riv. giur. edil.*, 4, 2023, 227. Critica rispetto tale presunzione *ex lege*, secondo cui l'interesse generale all'esecuzione del contratto sia sempre preminente sugli altri interessi, non considerando che "l'interesse generale non è quella all'esecuzione di qualunque contratto, ma di un buon contratto", M.A. Sandulli, *Il rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del c.p.a.: tra progresso e involuzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2021, 197. In termini, cfr. anche G. Taglianetti, *op. cit.*, 162.

57 In questi termini, dopo aver svolto alcune considerazioni sulla genericità terminologica del 'bene della vita', cfr. R. Villata, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, 377. Tale aspetto consente di ricordare come le ragioni di uguaglianza processuale, nella prospettiva della parità delle parti, e la contestuale tutela effettiva del cittadino nei confronti dell'amministrazione-autorità, costituisca una delle ragioni dell'esistenza di un sistema di giustizia amministrativa, aspetto sul quale cfr., *ex multis*, A. Travi, *ult. op. cit.*, 6. I limiti della tutela risarcitoria come misura rimediale rispetto a quella in

Senza voler indugiare troppo sulle molteplici criticità sottese a tale disposizione in ordine alla scarsa effettività della tutela[58], sul versante processuale l'articolo 125 va analizzato attraverso una lettura combinata con due norme di taglio 'emergenziale'. Anzitutto, l'articolo 48, comma 4, del d.l. n. 77 del 2021, dispone l'applicazione integrale, in caso di impugnazione di atti relativi alle procedure di affidamento di interventi finanziati con le risorse del PNRR, dell'articolo 125 c.p.a.; più di recente, l'articolo 3 del d.l. n. 85 del 2022[59] – oltre a prevedere la riduzione dei termini previsti dagli articoli 119, comma 2, e 120, comma 9, c.p.a., ai procedimenti riguardanti opere finanziate con i fondi del Pnrr – sembra attribuire un ruolo centrale all'articolo 125 c.p.a., il cui ambito di applicazione, inizialmente limitato ai soli investimenti finanziati dal PNRR, si estende a tutti i giudizi che riguardano non solo le procedure di progettazione, autorizzazione, approvazione e realizzazione delle opere PNRR, ma anche tutte le relative procedure espropriative collegabili in modo diretto ai medesimi finanziamenti[60].

L'articolo 3, d.l. n. 85 del 2022 rappresenta un esempio significativo della tendenza legislativa volta alla riduzione termini processuali, con l'obiettivo di garantire maggiore stabilità all'attività amministrativa, che viene tuttavia perseguito senza garantire operare un adeguato bilanciamento con le garanzie difensive delle parti. In particolare, la norma stabilisce che, in caso di accoglimento dell'istanza cautelare, il T.A.R. debba fissare la data di discussione dell'udienza alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza cautelare: tale meccanismo rischia evidentemente di comprimere eccessivamente i termini previsti dall'articolo 73 c.p.a., impedendo, in concreto, alle parti di esercitare effettivamente il proprio diritto di difesa, attraverso il deposito tempestivo di memorie e documenti.

La prospettiva che si propone vuole evidenziare i limiti all'esercizio del diritto di difesa che potenzialmente possono emergere da una riduzione dei termini, non organicamente collegata all'intero sistema processuale. Anche accedendo a quell'orientamento della dottrina secondo cui tale compressione dei termini sarebbe solo apparente – poiché, ricadendo in controversie in cui si applica la dimidiazione dei termini, anche i termini dell'articolo 73 c.p.a. devono essere adeguati alla specialità delle controversie – rimane comunque il dato di una riduzione progressiva dei termini processuali che spingono verso la decisio-

---

forma specifica sono sottolineati, inoltre, da F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, nonché sempre dallo stesso Autore, *Sul rapporto tra tutela in forma specifica e tutela risarcitoria nella materia dei contratti pubblici*, in E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 603 ss.

58 A. BARONE, *Il sindacato sugli atti di pianificazione o programmazione, con particolare riferimento al PNRR*, in *Il Processo*, 2, 2023, 383 ss., nonché G. TAGLIANETTI, *op. cit.*, 166.

59 Su cui si vedano le riflessioni di F. VOLPE, *Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità*, in *Giustizia Insieme*, 27 luglio 2022.

60 In questo senso, cfr. M.A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali*, cit., 22.

ne giurisdizionale più veloce e non verso quella più giusta[61], non solo per l'intero sistema, ma anche per il ricorrente[62].

A questo punto, diventa opportuno interrogarsi sulla compatibilità di tali previsioni normative con le traiettorie interpretative della giurisprudenza costituzionale in materia di ragionevole durata del processo. Come è stato osservato, tale principio non può essere inteso come un "interesse tiranno"[63], da anteporre in modo assoluto agli altri valori costituzionali, ma deve piuttosto essere oggetto di un equilibrato bilanciamento con il diritto di difesa e con gli ulteriori principi sanciti dall'articolo 111 della Costituzione, al fine di assicurare un processo effettivamente giusto. In questa prospettiva, misure legislative che impongano una sensibile riduzione dei termini processuali, senza tuttavia garantire alle parti e al giudice un tempo sufficiente per l'adeguato approfondimento delle questioni rilevanti, rischiano di privilegiare esclusivamente la celerità del processo, ma non anche la sua ragionevole durata, compromettendo così l'equilibrio necessario alla realizzazione di una giustizia sostanziale[64].

In altre parole, il richiamo a questi due riti speciali ha messo in luce come l'effettività della tutela possa essere minata non solo da processi nei quali "la decisione arriva oltre un ragionevole tempo di attesa"[65], ma, al contrario, anche da contenziosi che impongono termini di decadenza troppo stringenti, che non consentono la valorizzazione sostanziale del contradditorio tra le parti ed indeboliscono il reticolo di garanzie difensive costituzionalmente previste dal nostro ordinamento[66].

---

61 In contrasto, dunque, con quanto sostiene condivisibilmente F. Liguori, *Variazioni sul fattore tempo nel codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2011, 3, secondo il quale "quando si tratta di rendere giustizia fare presto è importante, ma fare bene, fare giusto, è assolutamente prioritario".

62 M. Sinisi, *op. cit.*, 223.

63 Sono termini, anche se con riguardo a profili diversi, e cioè la relazione tra libertà di iniziativa economica privata e tutela dell'ambiente, utilizzati da una celebre sentenza della Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85. Con specifico riferimento al processo amministrativo, M. Ramajoli, *op. cit.*, 32, secondo la quale "la ragionevolezza richiede che nessuna istanza -neppure quella di stabilità dei provvedimenti amministrativi- si espanda illimitatamente e in maniera assoluta, *perchè altrimenti essa diviene tiranna*" (corsivi nostri). Sulla necessità di un bilanciamento tra durata ragionevole del processo e diritto di difesa, cfr. anche E. Zampetti, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo*, Napoli, 2020, 234.

64 In questi termini, nonostante l'indagine non riguardi l'estensione dell'utilizzo di tale norma alle opere finanziate dal Pnrr, N. Paolantonio, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2020, 237 ss., ove si sostiene che l'articolo 125 c.p.a. si ponga in insanabile contrasto con il principio del giusto processo sancito dall'articolo 111 Cost.

65 R. Chieppa, *Il giudice amministrativo e il mercato: verso una nuova dimensione economica del processo amministrativo?*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Roma, 2014, 192.

66 Con riguardo al rapporto tra accelerazione processuale, nel senso di prevedere termini decadenziali stringenti, e ragionevole durata del processo, M. Ramajoli, *ult. op. cit.*, 20, secondo la quale si deve stigmatizzare quell'opinione per cui "un brevissimo termine di decadenza sia lo strumento decisivo (e ragionevole) per accelerare i tempi del processo amministrativo". Con riguardo, invece, alla natura del termine decadenziale del processo amministrativo quale

3. Alcuni indici della ragionevole durata nel processo amministrativo: la prospettiva del giudice. La sentenza in forma semplificata

Gli aspetti di tecnica legislativa, volti a garantire certezza e stabilità dell'azione amministrativa, non sono gli unici ad incidere sulla relazione controversa tra effettività della tutela giurisdizionale e ragionevole durata del processo, poiché è la complessiva intelaiatura del processo amministrativo a muoversi lungo tale traiettoria. In questa prospettiva, sembra utile indirizzare l'indagine verso alcuni istituti dai quali emerge come anche la sola "direzione del giudice" – nel senso dell'esercizio del proprio potere discrezionale – possa condurre ad una valorizzazione estrema del principio dell'economia processuale e della (ir)ragionevole durata del processo, a scapito di principi parimenti rilevanti sul versante costituzionale, come quello della pienezza del contraddittorio e dell'effettività del diritto di difesa in giudizio.

Primo tra questi è la sentenza in forma semplificata, strumento di accelerazione e snellimento del processo amministrativo[67], attraverso il quale il legislatore, per far fronte ad una crescita esponenziale delle pretese di giustizia che avevano reso il giudice di primo grado il baricentro di tale sistema[68], ha fornito al giudice la possibilità di concludere alcuni giudizi attraverso una sentenza 'breve'[69]. La disciplina (per così dire) generale delle sentenze in forma semplificata si rinviene nell'articolo 74 c.p.a., in virtù del quale il giudice amministrativo, laddove ravvisi situazioni di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità e infondatezza del ricorso, può decidere con una pronuncia semplificata, caratterizzata da una motivazione che richiami sinteticamente il punto di fatto o di diritto risolutivo, ovvero un precedente conforme[70].

---

strumento giuridico per bilanciare l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e l'esigenza della giustizia di cui i privati sono portatori, su tutti, A. Marra, *op. cit.*, 246. Si condividono, inoltre, le affermazioni di A. Travi, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 2017, 988, secondo il quale in tal modo si rischierebbe di avvalorare "l'immagine deprimente e impropria di un processo amministrativo che ammette interessi privilegiati e interessi minori e, in questa prospettiva, naturalmente al cittadino comune finirebbero con l'essere riconosciuti solo interessi minori".

67 Si rimanda a M.A. Sandulli, *Le nuove misure di "snellimento" del processo amministrativo nella l. n. 205 del 2000*, in *Giust. civ.*, 10, 2000, 441 ss.; in termini differenti, A. Clini, *La forma semplificata della sentenza nel "giusto" processo amministrativo*, Milano, 2009, 232, per il quale l'equivoco da evitare "è di annoverare la sentenza succintamente motivata tra gli strumenti di accelerazione del processo".

68 C. Criscenti, A. Storto, *La sentenza in forma semplificata*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, 1088.

69 Secondo quanto sostenuto da E. Sticchi Damiani, *La sentenza in forma semplificata*, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 10, 2008, 2857, l'istituzione della sentenza in forma semplificata fornisce un nuovo impulso "all'opera giurisprudenziale di attuazione del principio di ragionevole durata del processo".

70 Si tratta, come sostiene la giurisprudenza, di uno strumento rivolto sia all'accelerazione del giudizio, sia alla semplificazione della motivazione: Cons. Stato, Sez. VI, 1° settembre 2023, n. 8121; Cons. Stato, Sez. V, 25 aprile 2023, n. 5137; Cons. Stato, Sez. VII, 29 ottobre 2022, n. 9364; C.G.A. Sicilia, Sez. Giurisd., 19 agosto 2022, n. 928, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Il legislatore, tuttavia, consente al giudice di ricorrere a tale strumento anche in assenza di presupposti contenutistici per la definizione immediata del giudizio: è il caso dell'articolo 60 c.p.a., in forza del quale il giudice amministrativo "economizza il suo tempo"[71] poiché, in sede di udienza cautelare, viene consentita la possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, sempre che sia accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria.

Al di fuori di questi casi, la sentenza in forma semplificata costituisce uno strumento attraverso il quale si intenderebbe superare, attraverso la semplificazione redazionale della decisione, il problema della lunghezza dei procedimenti ed il conseguente impatto sull'economia. In questo senso, la sentenza in forma semplificata, che in termini generali trova applicazione per risolvere questioni, per così dire, semplici, viene paradossalmente utilizzata anche, tra gli altri, come forma di definizione nel rito abbreviato sui contratti pubblici, ai sensi dell'articolo 120, comma 5, c.p.a. Si tratta, in buona sostanza, di un modello decisorio, come sostenuto teoricamente[72], ma anche dimostrato empiricamente[73], tutt'altro che unitario e che presta il fianco a numerosi profili di ambiguità[74], nella misura in cui fornisce al giudice un medesimo strumento per risolvere controversie il cui contesto fattuale e giuridico sia completamente differente: non si può mettere in discussione, infatti, che la redazione di una sentenza in forma semplificata per manifesta inammissibilità o irricevibilità sia radicalmente diversa da una sentenza breve in materia di appalti pubblici[75].

Nell'economia di questo lavoro, la sentenza in forma semplificata sarà analizzata in una duplice prospettiva: per un verso, si tenterà rintracciare la consequenzialità sostanziale tra gli obiettivi di semplificazione nella redazione delle sentenze e le ambizioni di ridurre i tempi del processo[76]; per altro verso, si cercherà, in una logica evidentemente decostruttiva, di abbattere quella barriera interpretativa in virtù della quale la sinteticità ed il depotenziamento della mo-

71 E. Follieri, *La fase cautelare*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 375 ss. In termini differenti, cfr. R. De Nictolis, *Le sentenze del giudice amministrativo in forma semplificata. Tra mito e realtà*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che al contrario ritiene che costituirebbe un esercizio vano l'idea di economizzare i tempi del processo imponendo, attraverso previsioni normative, l'utilizzo da parte del giudice amministrativo di sentenze brevi.

72 F.F. Tuccari, *La semplificazione delle decisioni contenziose: tra accelerazione ed effettività del contraddittorio*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, 975 ss.

73 F. Caporale, *op. cit.*, spec. par. 2.

74 C. Criscenti, A. Storto, *op. cit.*, 1091, lo hanno definito, enfatizzandone gli aspetti positivi, come strumento "vitale e flessibile".

75 Si condividono le riflessioni di M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 922, secondo la quale dalla redazione dell'art. 60 c.p.a. emergerebbe una estrema flessibilità nell'utilizzo, da parte del giudice amministrativo, dello strumento della sentenza in forma semplificata, che può costituire lo strumento decisorio anche di un processo tutt'altro che semplice.

76 Per F. Patroni Griffi, *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, 32, queste sarebbero le due anime – che spesso invero si pongono in alternativa – della sentenza in forma semplificata.

tivazione del provvedimento giurisdizionale siano alleati del principio della ragionevole durata del processo.

Sembra anzitutto utile sottolineare che – soprattutto alla luce della prassi e dell'utilizzo che è stato fatto della sentenza in forma semplificata – l'istituto, il quale nasce con l'idea di snellire il provvedimento giurisdizionale, in ossequio ai principi di chiarezza e sinteticità (articolo 3, c.p.a.), si sia in realtà trasformato in uno strumento devoluto alla ampia discrezionalità del giudice[77], non sindacabile in sede di appello[78], per ridurre i tempi del processo[79].

Non pare un caso, infatti, che il giudice amministrativo utilizzi il modello della sentenza in forma semplificata per lo più nell'ambito del giudizio cautelare – come strumento anticipatorio del giudizio di merito – anche per risolvere situazioni complesse non predeterminate dalla legge[80]: in questo modo, si rafforzerebbe l'idea per cui tale istituto costituisca l'esito di una "scelta terminologica avventata"[81], poiché, più che configurarsi come uno strumento di semplificazione della sentenza, esso sembrerebbe rientrare tra quelli principalmente volti a garantire la brevità del giudizio.

È necessario, a tal proposito, distinguere i casi in cui la semplificazione si esaurisce nella sola formulazione della sentenza, e dunque incide esclusivamente sul versante formale/redazionale, ed i casi nei quali la redazione semplificata del provvedimento giurisdizionale implica una modificazione, in senso acceleratorio, della sequenza processuale[82]. Si tratta di una distinzione che assume notevole rilievo, in quanto le prospettive appena evidenziate sembrerebbero approcciare al tema della ragionevole durata del processo, nella sua dimensione evidentemente *oggettiva*, con modalità e finalità differenti tra loro.

Nella prima ipotesi, l'introduzione nell'ordinamento processuale della sentenza in forma semplificata reagisce agli stimoli provenienti dalla giurisprudenza amministrativa che, in sede consultiva, individuava nella stesura della sentenza una delle cause principali dell'eccessiva durata del processo ammini-

77 Sulla discrezionalità del giudice amministrativo di ricorrere all'utilizzo della sentenza semplificata, salvi i casi in cui sussistano le condizioni ostative previste dall'art. 60 c.p.a., cfr., *ex multis*, Cons. Stato, 24 ottobre 2023, n. 9203, in *Foro Amm. (T.A.R.)*, 2023, 10, 1296, nonché Cons. Stato, Sez. III, 12 dicembre 2022, n. 10840, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

78 Sull'insindacabilità della scelta del giudice amministrativo di ricorrere alla sentenza in forma semplificata, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *Foro it.*, 2022, 1, III, 1; Cons. Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2021, n. 1594; Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2018, n. 1723; Cons. Stato, 7 febbraio 2018, n. 782, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

79 R. Montefusco, *Le decisioni in forma semplificata,* in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000,* Torino, 2004, 348, ove si legge che la sentenza semplificata "parrebbe connotarsi come uno strumento di alleggerimento del procedimento giurisdizionale, piuttosto che come una sentenza caratterizzata da una motivazione non rituale in quanto abbreviata".

80 F. Patroni Griffi, *op. cit.*, 32.

81 F. Caporale, *op. cit.*, 633.

82 In questi termini, cfr. anche E. Sticchi Damiani, *op. cit.*

strativo[83]; così facendo, l'individuazione del rimedio della sentenza breve si riteneva coerente con la 'patologia' da cui era affetto il processo amministrativo, e cioè la lungaggine delle sentenze, e non solo del processo[84]. Il legislatore, tuttavia, ha ritenuto che la formazione dell'arretrato che nel frattempo si era venuto a creare potesse essere risolto solo attraverso 'un colpo di norma', senza considerare, invece che, come suggerisce parte della dottrina, il raggiungimento degli obiettivi di economia processuale e ragionevole durata del processo avrebbero dovuto trovare una risposta anzitutto attraverso misure organizzative con cui superare il problema dell'eccessiva durata dei giudizi[85].

Nella seconda ipotesi, l'introduzione della sentenza in forma semplificata nell'ordinamento interno sembrerebbe costituire, a tutti gli effetti, una vera e propria truffa delle etichette: istituito con l'obiettivo di giungere ad una soluzione del caso più rapida, ma non necessariamente più giusta, attraverso uno snellimento dell'onere redazionale, l'istituto potrebbe costituire un ostacolo "al migliore perseguimento del fine conformativo delle pronunce del giudice amministrativo"[86].

La ragionevole durata del processo, che costituisce il principale obiettivo che il legislatore vuole conseguire con tale istituto[87], e che comunque deve essere assicurare alla parte il rispetto delle garanzie processuali – come sostiene, ad esempio, l'articolo 60 c.p.a.[88], che richiede l'integrità del contraddittorio e la completezza dell'istruttoria[89] – rischia di essere tradita proprio dalle caratteristiche stesse che attengono alla redazione semplificata del provvedimento giurisdizionale.

La finalità perseguita dal legislatore costituzionale con l'entrata in vigore del principio della durata ragionevole non era, infatti, solo quello di fare in mo-

83 Ci si riferisce ai pareri resi dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato l'8 febbraio 1990, n. 16 e il 6 ottobre 1994, n. 236,

84 Tale aspetto, se analizzato dal punto di vista formale, risulta essere del tutto irrilevante da un punto di vista della qualificazione testuale secondo la più recente giurisprudenza: in questo senso, cfr. C.G.A. Sicilia, Sez. giurisd., 19 agosto 2022, n. 928.

85 Con riguardo alla sentenza in forma semplificata, cfr. R. De Nictolis, *op. cit.*, 22, nonché M. Ramajoli, *ult. op. cit.*, 923, secondo la quale la ragionevole durata del processo si giocherebbe principalmente sul piano organizzatorio. In termini generali, cfr. anche A. Clini, *op. cit.*, 69, nonché I. Pagni, *La giurisdizione*, cit., 405, secondo la quale l'efficienza della giustizia amministrativa dipenderebbe dal funzionamento amministrativo degli uffici giudiziari e non anche dalle scelte sull'esercizio della funzione giurisdizionale complessivamente intesa.

86 In questi termini, cfr. M.A. Sandulli, *Il tempo*, cit., 32.

87 Secondo M. Bove, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Judicium*, 1, 2010, 20, l'istituto sembrerebbe troppo squilibrato "al servizio di un interesse pubblico alla salvaguardia della ragionevole durata del processo".

88 Unica disposizione dalla quale, come affermato dalla dottrina, emerge la concreta utilità della sentenza in forma semplificata: in tal senso, C. Criscenti, A. Storto, *op. cit.*, 1101.

89 Laddove, invece, non prevalga il *favor*, nella conduzione del processo da parte del giudice, per un più ampio e completo contraddittorio, l'utilizzo della sentenza in forma semplificata, che diviene in questi casi strumento acceleratorio del processo, costituisce una forma di abuso del processo. In questi termini, cfr. E. Mauro, *A proposito del rito immediato, della sentenza semplificata e dei loro rapporti*, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 11, 2007, 3642 ss.

do che i tempi del processo fossero brevi e contingentati al fine di consentire una tutela maggiormente effettiva al ricorrente, nel senso di vedere cristallizzata la propria situazione giuridica soggettiva in tempi celeri. Il processo, infatti, ha una durata ragionevole se gli istituti previsti dal Codice del processo amministrativo consentono di esaurire le scansioni procedurali in termini brevi e garantire, al tempo stesso, un adeguato esercizio del proprio diritto di difesa, al fine di evitare che le parti non si ritengano soddisfatte dell'operato del giudice amministrativo in ragione della *brevitas* processuale con cui ha esercitato il proprio potere.

Nonostante la giurisprudenza ritenga che la sentenza semplificata, laddove consente la definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare, risulta funzionale all'attuazione del principio della ragionevole durata del processo[90], tale istituto, chiudendo il giudizio con un provvedimento caratterizzato da una motivazione semplificata, evidenzia al contrario il rischio di incrementare il contenzioso proprio a causa della semplificazione della decisione. La parte soccombente, insoddisfatta anche per la motivazione sintetica con cui sono state respinte le sue ragioni, potrebbe infatti essere indotta a proporre ulteriori gradi di giudizio allungando, quindi, i tempi del processo[91].

Per tale ragione, la valutazione (più o meno positiva) sull'impatto delle sentenze in forma semplificata nell'ordinamento processuale amministrativo non può che passare dal ruolo che assume la motivazione in queste decisioni, nella misura in cui, per quanto succinta, deve assicurare alle parti del processo una tutela piena ed effettiva[92]. In particolare, ciò che rileva è comprendere se la sinteticità della motivazione, strumentale a perseguire l'obiettivo della ragionevole durata del processo, sia compatibile con le stesse funzioni che assolve la motivazione della sentenza in una prospettiva costituzionalmente orientata[93]. Il dibattito, in dottrina, si è sviluppato principalmente seguendo due traiettorie, che seguono direzioni opposte e che valorizzano obiettivi radicalmente diversi.

Il primo orientamento tende ad ammettere la legittimità della possibilità del giudice amministrativo di pronunciare sentenze succintamente motivate, per due ragioni: anzitutto, è stato dimostrato che, da un punto di vista della redazione della motivazione, non vi sia alcuna differenza tra la sentenza 'ordi-

90 Cons. Stato, 27 luglio 2021, n. 5564, nonché Cons. Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

91 M. Ramajoli, *ult. op. cit.*, 922; M.A. Sandulli, *ult. op. cit.*, 32; M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2014, 44, che – riferendosi alla possibilità di decidere con sentenza in forma semplificata nella disciplina dei contratti pubblici – sostiene che il legislatore, valorizzando le esigenze di speditezza, "non ha tenuto conto di quanto potesse essere in agguato l'eterogenesi dei fini", creando una moltiplicazione del contenzioso. In termini differenti sembra esprimersi A. Clini, *op. cit.*, 149-150, secondo il quale la semplificazione della motivazione, a patto che riesca ad esprimere il contenuto essenziale della decisione, costituisce uno "strumento di garanzia della ragionevole durata del processo, ai sensi dell'art. 111, comma 2 Cost.".

92 Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 2005, n. 3058, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 6, 2005, 1776.

93 Per tutti, cfr. M. Taruffo, *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir. Agg.*, Milano, 1999, 772 ss.

naria' e la sentenza semplificata[94], di talché non vi sarebbe alcun motivo per considerare quest'ultima contraria ai principi costituzionali sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti del giudice; inoltre, ma in parziale difformità rispetto a quanto appena detto, è stato sostenuto che la motivazione succinta non rappresenterebbe una forma stilistica di estensione narrativa, ma consisterebbe in "un appianamento del profilo argomentativo" perseguibile solo allorquando venga assolta la prospettiva funzionale[95], e che quindi soddisfi i corollari endoprocessuali ed extraprocessuali che caratterizzano la motivazione della sentenza[96]. Come in ogni forma di sindacato giurisdizionale sull'esercizio dei poteri pubblici, è il singolo caso concreto a rappresentare il banco di prova per valutare la tenuta delle garanzie processuali. In particolare, una motivazione eccessivamente succinta della sentenza può dar luogo, da un lato, a una compressione del diritto di difesa, compromettendo la funzione endoprocessuale della motivazione; dall'altro, a una limitazione della possibilità di esercitare un controllo democratico sull'operato del giudice, violando così il principio extraprocessuale di trasparenza e intelligibilità del provvedimento giurisdizionale.

Il secondo orientamento dottrinale, maggiormente condivisibile, vede nel depotenziamento della motivazione del provvedimento giurisdizionale l'esito di un "pericoloso passaggio dalla sentenza al verdetto"[97], in cui la motivazione rischia di assumere un valore formale e contrario alla propria natura extraprocessuale, soprattutto nei casi in cui è lo stesso legislatore ad imporre l'utilizzo della sentenza in forma semplificata[98], come avviene nel rito appalti. In questo caso, emerge con tutta evidenza il disegno efficientista del legislatore, che ha unificato la specialità del rito con la specialità della decisione giurisdizionale: tuttavia, se il tempo, come è stato acutamente sostenuto, non si misura nella lunghezza della sentenza, ma si "pesa" in ordine alla qualità sostanziale della decisione[99], a parere di chi scrive non sarà mai sufficiente ridurre gli oneri motivazionali in capo al giudice amministrativo affinché si consegua l'obiettivo della ragionevole durata del processo, poiché quest'ultimo implica, inevitabilmente, anche un ragionevole e ponderato utilizzo della motivazione, che inevitabilmente rischia di essere sacrificata in favore di una rincorsa alla decisione più veloce[100].

3.1. (segue): il principio della c.d. "ragione più liquida"

94 C. Criscenti, A. Storto, *op. cit.*, 1101.
95 A. Clini, *op. cit.*, 265-266.
96 A. Clini, *op. cit.*, 270 e 274.
97 In questi termini, condivisibilmente, cfr. M. Ramajoli, *ult. op. cit.*, 923.
98 Così, F. Caporale, *op. cit.*, 634.
99 R. De Nictolis, *op. cit.*, 23.
100 M. Acierno, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2012, 437 ss., sostiene che l'idea per cui la motivazione semplificata costituisca una proiezione costituzionalmente orientata del principio della durata ragionevole del processo è tutt'altro che dimostrato, poiché si confonde "il piano dell'obbligo costituzionale della motivazione chiara, trasparente e dunque doverosamente sintetica" con "quello organizzativo della motivazione ridotta o c.d. assertiva per cause non complesse".

Ulteriore potere attualmente nella disponibilità del giudice amministrativo, ispirato alla valorizzazione dell'economia processuale e della ragionevole durata del processo, è quello della decisione presa sulla scorta della c.d. "ragione più liquida", in forza del quale il giudice può pronunciarsi tenendo conto della questione che appare dirimente per la risoluzione del caso, senza tuttavia pronunciarsi sulle altre. In particolare, si tratta di un potere che, ispirato a una visione eminentemente pubblicistica della giurisdizione[101], consente al giudice amministrativo di alterare l'ordine di esame delle questioni per giungere ad una decisione che, implicando un "risparmio di risorse giudiziarie"[102] (da un punto di vista istruttorio e motivazionale), quello che la giurisprudenza qualifica come il "superiore principio di economia dei mezzi processuali in connessione con quello del rispetto della scarsità della risorsa giustizia"[103].

Prima di avviare il tentativo di destrutturazione di questo orientamento giurisprudenziale che sovverte il sistema dei rapporti tra i principi del giusto processo, in forza del quale l'economia dei mezzi processuali costituisce il principale metodo per risolvere le problematiche che attanagliano la giustizia amministrativa, bisogna preliminarmente ricordare come il criterio della ragione più liquida sia stato sviluppato in un primo momento dalla giurisprudenza civile, attraverso una lettura funzionalmente orientata dell'articolo 276, comma 2, c.p.c., secondo il quale il giudice decide *gradatamente* le questioni pregiudiziali e quindi il merito della causa[104]. In particolare, la Cassazione ammetteva la possibilità di sostituire il profilo dell'evidenza probatoria (di creazione giudiziaria) con quello dell'ordine delle questioni da trattare (di natura normativa e finanche costituzionale) sulla considerazione per cui il principio della ragione più liquida fosse compatibile con gli articoli 24 e 111 della Costituzione; solo in questo modo, e cioè legittimando tale principio sulla scorta della rispondenza dello stesso con la ragionevole durata del processo, sarebbe stato possibile decidere sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione – ancorché subordinata – senza che fosse necessario analizzare prima le altre. In particolare, è proprio l'orientamento giurisprudenziale – non condiviso da una parte della dottrina processualcivilistica[105] – che consente, in nome del principio della ra-

---

101 F. Barbieri, *La direzione del giudice e l'economia processuale*, Napoli, 2024, 197, ma anche G. Tropea, *L'ordine di esame delle questioni di merito nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2024, 578.

102 F. Ferrari, *Sul principio della cosiddetta «ragione più liquida»*, in *Judicium*, 2020, 1.

103 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 marzo 2017, n. 3204; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 7 marzo 2016, n. 455, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 6 ottobre 2015, n. 1282, in *Foro amm. (Il)*, 10, 2015, 2661.

104 Cass. civ., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243.

105 F. Ferrari, *op. cit.*, 3, nonché F. Barbieri, *op. cit.*, ove si sostiene l'immutabilità della c.d. pregiudizialità processuale tra le questioni di rito e quelle di merito, in virtù della quale le prime devono essere trattate e risolte in un momento antecedente rispetto al merito della causa. In termini, cfr. anche S. Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Roma, 1999, 114, nonché R. Vaccarella, *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 643.

gione più liquida, la sostituzione del profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare, anche nei rapporti tra rito e merito[106], a coniugare "il diritto ad un processo giusto con quello ad un processo celere", consentendo così "all'organo giudicante di risolvere la controversia sulla base della ragione più liquida, cioè di immediata percezione e sicura prova, anche senza rispettare l'ordine logico delle questioni da affrontare in sede di decisione"[107].

L'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione è stato fatto immediatamente proprio dalla giurisprudenza amministrativa (ed anche dalla giurisprudenza contabile[108]) con la nota sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2015[109]: in tale occasione, nel delineare una tassonomia di ipotesi in cui sia possibile l'assorbimento dei motivi da parte del giudice amministrativo, il supremo consesso amministrativo ha ritenuto che l'ordine dei motivi di ricorso fosse derogabile "per ragioni di economia processuale, se comunque non risulti lesa l'effettività della tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica"[110]. Tale pronuncia, diffusamente criticata dalla dottrina[111], ha reso necessario affrontare una serie di questioni che non incidono esclusivamente sul versante più strettamente processuale, ma che attengono più in generale al sistema di giustizia amministrativa, e che muovono tutte dalla centralità che i principi di economia processuale e ragionevole durata assumono nel processo.

In via preliminare, appare opportuno richiamare quanto affermato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, nella parte in cui riconosce al principio della "ragione più liquida" la capacità di valorizzare sia l'interesse della parte, sia l'interesse pubblico insito nel processo. Tali profili, evidenziati dal Supremo consesso amministrativo, a parere di chi scrive, possono essere trattati unitariamente e sono suscettibili di considerazioni critiche.

---

106 Sull'operatività della ragione più liquida nei rapporti tra rito e merito, cfr., *ex multis*, Cass. civ., 20 gennaio 2023, n. 2769, nonché Cass. civ., 21 gennaio 2020, n. 1209.

107 Trib. Roma, Sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 15865; Trib. Roma, Sez. VI, 3 luglio 2020, n. 10115; Trib. Roma, Sez. VI, 15 novembre 2018, n. 22164.

108 Corte conti, Sez. I, 9 agosto 2024, n. 192, in *Riv. Corte conti*, 4, 2024, 154, nonché Corte conti, Sez. riun., 14 maggio 2024, n. 4, in *Riv. Corte conti*, 3, 2024, 173.

109 Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016, 205, con nota di L.R. Perfetti, G. Tropea, *"Heart of darkness"; l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, 219 ss. Su tale pronuncia, cfr. anche E. Follieri, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it.*, 10, 2015, 2192 ss.; M. Trimarchi, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2016, 1101 e ss.; D. Vaiano, *Ordine di esame dei motivi, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 11, 2015, 1177 e ss.; M.R. Spasiano, *L'assorbimento dei motivi nell'evoluzione del processo amministrativo*, in *Dir e proc. amm.*, 1, 2020, 19 e ss.

110 Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, cit., punto n. 9.3.4.

111 L.R. Perfetti, G. Tropea, *op. cit.*, *passim*; G. Gallone, *Criterio della "ragione più liquida" e processo amministrativo tra applicazioni giurisprudenziali ed auspici di sistema*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2024, 619 ss.; in termini differenti, cfr. R. Villata, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2024, 786-787.

Pur nella consapevolezza che il principio della ragione più liquida fondi il suo presupposto giuridico nella *equivalenza* delle questioni[112], e che, pertanto, possa trovare applicazione esclusivamente nei casi in cui si intenda invertire l'ordine delle questioni di merito, va osservato che il suo impiego da parte giudice amministrativo, finalizzato ad assicurare la tutela più ampia possibile[113], potrebbe condurre, in concreto, a decisioni basate su questioni "più pronte" ma dotate "di minore efficacia preclusiva e di minore utilità per la parte, in vista del riesercizio del potere"[114].

In altre parole, l'assorbimento dei motivi attraverso il principio della ragione più liquida, nonostante i più incoraggianti proclami della giurisprudenza di legittimità, rischia di porsi in contrasto con il concetto di rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino e, più in generale, con l'idea di giudizio sul rapporto[115], in virtù di una pronuncia giurisdizionale tutt'altro che rivolta alla stabilità e alla certezza del potere pubblico. Il ricorso a tale tecnica comporterebbe una preclusione rispetto alla riedizione del potere[116] – all'esito della pronuncia di annullamento – che, fondandosi solo su una delle diverse questioni sottoposte all'attenzione del giudice amministrativo, potrebbe essere "avvinta da vincoli conformativi blandi"[117] tali da richiedere nuovamente l'intervento del giudice, allontanando così il ricorrente dal bene della vita cui aspira e frustrando così l'obiettivo del processo amministrativo e della sentenza costitutiva di annullamento[118]. Se così non fosse, non si spiegherebbero neppure i costanti interventi del giudice amministrativo, i quali ribadiscono come le esigenze sot-

112 Così, R. Villata, *ult. op. cit.*, 785; A. Motto, *Poteri del giudice e ordine di decisione delle questioni di merito nel processo civile di cognizione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2024, 47, nonché 491; S. Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 4-5, 2016, 981.

113 G. Tropea, *ult. op. cit.*, 598-599.

114 S. Menchini, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2020, 836; in precedenza, Id., *L'ordine*, cit., 999-1000.

115 Sull'inadeguatezza dell'assorbimento dei motivi all'interno della dinamica del giudizio sul rapporto, cfr. F. Liguori, *Variazioni*, cit., 4, nonché R. Villata, *Processo amministrativo*, cit., 389, nonché G. Tropea, *ult. op. cit.*, 599.

116 In termini, G. Verde, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2017, 13 ss.

117 G. Gallone, *op. cit.*, 629. In termini simili, cfr. anche M.R. Spasiano, *op. cit.*, 45.

118 Si recuperano, a tal proposito, le efficaci considerazioni di R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 588, secondo il quale – dopo aver tracciato il perimetro del giudicato di annullamento (568) – "la pronuncia cassatoria dell'atto vincola il successivo comportamento della pubblica amministrazione, nei limiti dei vizi accertati dalla cosa giudicata". Le preoccupazioni relative alla flessibilità dell'esercizio del potere amministrativo, successivo alla sentenza di annullamento, emergono anche in alcuni casi dalla giurisprudenza amministrativa, che suggerisce un utilizzo quantomeno accorto del principio della ragione più liquida, in quanto rischia di ledere la completezza e l'effettività della tutela, riverberando i propri effetti in sede di ottemperanza, e cioè nel luogo di definizione dell'ulteriore conformazione del potere amministrativo. In tal senso, condivisibilmente, cfr. Cons. Stato, Sez. II, 19 gennaio 2024, n. 628, in *Foro amm. (Il)*, 3, 2024, 320, ma anche Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1403, e Cons. Stato, Sez. IV, 3 agosto 2011, n. 4644, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

tese al principio della ragione più liquida – e, quindi, quelle relative all'economia processuale nella fase decisoria – non possano "deprivare la parte di una decisione che risulti integralmente satisfattiva del bisogno di tutela giurisdizionale fatto valere in giudizio"[119].

In secondo luogo, e con riguardo alla massimizzazione della funzione pubblica attraverso il ricorso al principio della ragione più liquida, è possibile sostenere, anche alla luce delle considerazioni teoriche svolte in apertura del presente lavoro, che si è in presenza di una circostanza in cui la celerità della fase decisoria si pone in evidente frizione con il principio della ragionevole durata del processo: l'assorbimento dei motivi per ragioni di economia processuale non forma giudicato implicito sulle questioni non decise dal giudice amministrativo, aprendo così una strada in discesa per il soccombente che potrà impugnare la sentenza per non aver tenuto conto delle questioni ritenute superabili in sede decisoria. In questo caso, come affermato da autorevole dottrina, "l'economia processuale che ispira la teoria paga un prezzo"[120], vale a dire che il risparmio temporale della singola decisione – da ascriversi alla c.d. economia *endoprocedimentale* – ha degli effetti negativi sul rapporto sostanziale che può essere ridiscusso in un successivo grado di giudizio[121]. Per tale ragione, laddove il giudice amministrativo dovesse decidere di fare a meno del ricorso al principio della ragione più liquida, il giudizio sarà sicuramente meno celere, ma i benefici potranno disvelarsi dal punto di vista dell'economia *extraprocessuale*, in quanto la decisione giurisdizionale assumerà caratteri di maggiore stabilità e di una più intensa efficacia preclusiva rispetto alla proposizione di nuove azioni volte a modificare l'assetto degli interessi tra le parti del processo[122].

Strettamente connesso al profilo della stabilità del rapporto sostanziale tra pubblica amministrazione e cittadino è il tema relativo alle tipologie di pronunce che il giudice amministrativo potrebbe emanare sulla scorta del principio della ragione più liquida. Costituisce opinione consolidata, in dottrina, l'idea che le ragioni di economia processuale e di celerità decisoria possano giustificare il ricorso all'assorbimento dei motivi solo ed esclusivamente nelle sentenze

---

119 In termini, Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2023, n. 6006, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

120 G. Verde, *ult. op. cit.*, ripreso anche da G. Tropea, *ult. op. cit.*, 586.

121 G. Gallone, *op. cit.*, 629;

122 Condivisibilmente, cfr. S. Menchini, *L'ordine*, cit., 991. Per una valorizzazione dell'economia *extraprocessuale*, soprattutto alla luce della pluralità delle azioni nel processo amministrativo e del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, cfr. ancora G. Tropea, *ult. op. cit.*, 616. In termini, precedentemente, cfr. anche L.R. Perfetti, G. Tropea, *op. cit.*, 274, i quali – dopo aver sostenuto che l'economia processuale è misurabile "solo in relazione alla funzione che la procedura deve assolvere" (273) – ritengono che se la funzione del processo è da rinvenirsi nella tutela della posizione soggettiva sostanziale dedotta in giudizio, dovrà essere garantita l'estensione dell'effetto conformativo del provvedimento giurisdizionale. Diversamente, il criterio della ragione più liquida non sarà coerente con il principio di economia processuale poiché l'efficienza delle risorse non sarà commisurata rispetto al risultato che si è prodotto con la sentenza.

di rigetto del ricorso[123], in quanto non solo queste ultime non altererebbero il rapporto sostanziale dedotto in giudizio, ma anche poiché non consentirebbero di far emergere aspetti problematici con riguardo all'effetto conformativo della sentenza del giudice amministrativo di cui la pubblica amministrazione deve tener conto. Tale lettura giustificherebbe anche il richiamo, effettuato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 5 del 2015, agli articoli 49, comma 2, e 74, c.p.a., dai quali si evince come il criterio della ragione più liquida, oltre ad imporre al giudice amministrativo una decisione in forma semplificata, troverebbe spazio nei casi in cui il ricorso sia manifestamente inammissibile, improcedibile, infondato o irricevibile[124].

Tuttavia, la prassi dimostra come il principio della ragione più liquida venga utilizzato anche per le sentenze di accoglimento, sul mero presupposto – alquanto preoccupante – per il quale non si comprenderebbe il motivo per cui le parti non potrebbero beneficiare di una decisione che, per un verso, sia in grado di massimizzare la tutela del ricorrente e che, per altro verso, si concluda in tempi celeri in ossequio al principio della ragionevole durata del processo. Il fenomeno dell'assorbimento delle questioni anche per le pronunce di accoglimento costituisce una ulteriore conferma del fatto che il principio della ragione più liquida è entrato a far parte delle dinamiche del processo amministrativo nonostante le evidenti distinzioni di quest'ultimo con il giudizio dinanzi al giudice ordinario. Il principio della ragione più liquida ricorre, nel processo civile, nel caso di sentenze dichiarative dell'esistenza del diritto, laddove le domande siano fondate sulla deduzione di più fatti costitutivi concorrenti[125]. Le difficoltà di trasporre tale principio nel processo amministrativo con riguardo all'adozione delle sentenze di accoglimento emergono con grande evidenza non solo in ragione del rapporto sussistente tra giudice amministrativo ed interesse pubblico nel processo – che consente di rintracciare ancora degli spiragli di oggettività del processo amministrativo[126], a differenza del processo civile in cui il giudice è titolare del compito di dirimere esclusivamente la lite tra le parti – ma anche in virtù del fatto che nel processo amministrativo, nonostante l'apertura al regime dell'atipicità delle azioni, resti comunque preponderante l'azione costitutiva di annullamento[127], mentre nel processo civile un ruolo importante viene ricoper-

123 G. Gallone, *op. cit.*, 634, G. Tropea, *ult. op. cit.*, 606-607, nonché S. Menchini, *Potere sostanziale*, cit., 827. In termini, cfr. anche P. Biavati, *Osservazioni*, cit., 484.

124 A tal proposito, si rinvengono alcune voci nella dottrina amministrativistica dalle quali si evince che il richiamo agli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a. non possa costituire il paradigma di diritto positivo volto a giustificare, in via generale, il principio della ragione più liquida: ancora G. Gallone, *op. cit.*, 628, e G. Tropea, *ult. op. cit.*, 593.

125 A. Motto, *op. cit.*, 473.

126 Sul fondamento oggettivo del processo amministrativo che giustifica l'utilizzo della tecnica dell'assorbimento dei motivi per ragioni di economia processuale, cfr. M. Trimarchi, *ult. op. cit.*, 1131, nonché G. Tropea, *ult. op. cit.*, 580.

127 M.R. Spasiano, *op. cit.*, 39, secondo il quale uno dei limiti dell'ingresso nel processo amministrativo della tecnica dell'assorbimento dei motivi si rinveniva nel fatto che il ricorrente avrebbe trovato solo una apparente soddisfazione dall'accoglimento della sentenza, senza che ciò comportasse una utilità concreta dalla pronuncia del giudice amministrativo.

to dalla tutela dichiarativa[128].

A parere di chi scrive, nel tentativo di rintracciare una soluzione mediana che consenta una applicazione più accorta del principio della ragione più liquida da parte del giudice amministrativo, sembra che tali considerazioni non possano essere condivise se accolte in una prospettiva generale, anche in ragione del fatto che la massimizzazione della tutela del ricorrente nel giudizio amministrativo costituisce un profilo strettamente connesso alla situazione giuridica soggettiva di cui lo stesso è titolare. Nel caso in cui il ricorrente sia titolare di un interesse legittimo oppositivo, il principio della ragione più liquida (e, dunque, le esigenze di celerità della decisione) potrebbe essere compatibile con la massimizzazione della tutela del ricorrente, in quanto la natura caducatoria del processo amministrativo è in grado di soddisfare l'interesse del soggetto che agisce in giudizio che, attraverso gli effetti (soprattutto quello eliminatorio e ripristinatorio) della sentenza di annullamento, vedrà riespandere la propria sfera giuridica soggettiva.

Più problematico, invece, è il caso in cui il giudice utilizzi il principio della ragione più liquida laddove il ricorrente sia titolare di un interesse legittimo pretensivo ed abbia richiesto una tutela di annullamento. In tali circostanze, l'interesse del ricorrente non è soddisfatto dal semplice annullamento del provvedimento di dinego dell'istanza – tenuto conto che, come affermato autorevolmente in passato, la tutela caducatoria costituisce uno strumento di impugnazione "rozzo" nella prospettiva dell'effettività della tutela giurisdizionale[129] – poiché, invece, lo stesso sarebbe valorizzato solo da una pronuncia di condanna all'adozione di un provvedimento specifico che deve essere richiesto espressamente dalla domanda, non essendo consentito al giudice dal Codice di rito convertire, d'ufficio, l'azione caducatoria in una tutela in forma specifica[130]. In altre parole, sembra possibile sostenere che nelle ipotesi di accoglimento del ricorso presentato da un soggetto titolare di un interesse legittimo pretensivo, il vincolo al rispetto dell'ordine dei motivi, nonché la necessità per il giudice am-

128 Molto convincenti sono le considerazioni di G. Tropea, *ult. op. cit.*, 616. In termini, cfr. anche G. Gallone, *op. cit.*, 628.

129 Tale valutazione derivava dall'osservazione secondo cui gli effetti eliminatori, ripristinatori e conformativi non risultano unificati in questa azione, ma discendono piuttosto dall'accertamento da cui prende origine la decisione sul ricorso. In altri termini, si riteneva che l'annullamento fosse superfluo nei casi in cui fosse possibile ottenere gli stessi effetti, eliminatori o conformativi, senza necessariamente passare per l'eliminazione formale dell'atto. In questa prospettiva si collocano, tra gli altri, F. Pugliese, *Note minime in tema di "accertamento" e di effetti della decisione amministrativa di accoglimento del ricorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 652 ss.; e F. Liguori, *La funzione amministrativa*, Napoli, 2013, 236, il quale giudica sproporzionato lo strumento dell'annullamento, in quanto "incide sull'atto eliminandolo anche oltre la misura della pretesa violata e non risolve da sé solo il problema del suo ripristino".

130 Se così non dovesse essere, la decisione giurisdizionale violerebbe, ai sensi dell'art. 112 c.p.c., il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il cui rispetto costituisce una delle condizioni affinché il giudice amministrativo possa derogare all'ordine logico di esame delle questioni. In giurisprudenza, più recentemente, cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 25 agosto 2023, n. 7962, nonché Cons. Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2023, n. 951, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, sul punto, cfr. M. Trimarchi, *Principio*, cit., 1109-1110.

ministrativo di decidere tenendo conto dell'intera domanda del ricorrente, nascono dall'esigenza che dalla pronuncia di annullamento scaturisca una regola di condotta idonea a vincolare la pubblica amministrazione nella riedizione del proprio potere, a nulla rilevando l'obiettivo 'superiore' della ragionevole durata del processo[131].

Ultimo profilo che si intende analizzare nella prospettiva di dimostrare che il principio della ragione più liquida possa – in nome di una finalità acceleratoria compatibile, almeno formalmente, con il principio della ragionevole durata del processo – sacrificare alcuni principi costituzionalmente rilevanti in tema di giustizia è quello che riguarda la possibilità, per il giudice, di derogare non solo all'ordine logico delle questioni di merito, ma addirittura di sovvertire i rapporti tra rito e merito nell'analisi delle questioni. Tale possibilità discenderebbe, secondo alcuni, dalla formulazione dell'articolo 276 c.p.c., il quale indicherebbe un ordine logico-giuridico, ma tuttavia non imporrebbe alcun vincolo al giudice di risolvere, in via preliminare, le questioni pregiudiziali, prima di analizzare le questioni di merito[132]. A prescindere dalla posizione che si intende accogliere in ordine alla natura più o meno cogente della disposizione[133], sembra utile rilevare come il superamento della "pregiudizialità processuale"[134] muova da un duplice ordine di idee: anzitutto, si ritiene che l'imposizione di un vincolo rigido all'esercizio dei poteri del giudice, su quale debba essere l'ordine dei motivi da trattare, possa comportare un ridimensionamento dell'economia processuale e della ragionevole durata del processo, i quali verrebbero preferiti ad altri principi costituzionalmente rilevanti[135]; inoltre, in dottrina è stata avanzata una lettura particolarmente innovativa del ruolo della decisione nei rapporti tra rito e merito, dalla quale è emerso che la conclusione del processo con una sentenza in rito, nonostante sia conforme alla legge e alle disposizioni del Codice, rappresenti un prodotto incompleto in una prospettiva di massimizzazione della tutela e, per tale motivo, in contrasto con l'articolo 111 della Costituzione[136].

---

131 Sul rapporto tra principio della ragione più liquida e accoglimento del ricorso, cfr. S. MENCHINI, *Potere sostanziale*, cit., 829.

132 In questi termini, S. MENCHINI, *Potere sostanziale*, cit., 834; in termini diversi, A. MOTTO, *op. cit.*, 484, secondo il quale esisterebbe una preclusione processuale prevista dall'art. 276, co. 2, c.p.c., poiché "il difetto della *potestas iudicandi* renderebbe infatti viziata qualsiasi pronuncia di merito, perchè adottata in carenza dei presupposti necessari".

133 Basti pensare come, di recente, la giurisprudenza abbia fornito una lettura dell'art. 276, co. 2., c.p.c. radicalmente opposta a quella per cui sarebbe consentita l'applicazione del principio della ragione più liquida, in quanto la disposizione imporrebbe "di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali". In termini, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2025, n. 1350, nonché Cons. Stato, 18 novembre 2024, n. 9225, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

134 F. FERRARI, *op. cit.*, 3.

135 Così, cfr. F. BARBIERI, *op. cit.*, 194.

136 È l'opinione espressa da P. BIAVATI, *Appunti*, cit.; con riguardo alla tutela meramente dichiarativa nel processo civile, G. VERDE, *ult. op. cit.*, 33, sostiene espressamente che se non si

Tale orientamento sembra, tuttavia, assolutamente prevalente nella giurisprudenza civile[137] ed amministrativa[138], soprattutto laddove riguardi pronunce di reiezione della domanda o del ricorso, e nondimeno si espone ad almeno tre considerazioni critiche che attengono tutte in qualche misura al principio della ragionevole durata del processo.

In primo luogo, non si condivide l'idea per cui la regola della pregiudizialità processuale rappresenti un limite all'economia processuale poiché, al contrario, la dottrina osserva che è proprio l'esistenza di un ordine logico-giuridico nell'analisi delle questioni di rito e di merito a condurre ad una giustizia, complessivamente intesa, più celere[139]. Un processo all'interno del quale un giudice verifica dapprima le condizioni processuali, relative alla parte ed al giudice, e successivamente quelle di merito, consentirebbe, ad esempio, di evitare che lo stesso giudice possa, in un secondo momento, dichiarare insussistente la propria giurisdizione e conseguentemente allungare notevolmente i tempi del processo che dovrà essere instaurato dinanzi ad un giudice diverso.

In secondo luogo, il principio della ragionevole durata del processo costituisce l'esito di un bilanciamento tra la celerità del giudizio, l'economia processuale ed il rispetto delle ulteriori garanzie costituzionalmente attribuite alle parti nel processo. Per tale ragione, la ricostruzione prevalente che nega la vigenza di un ordine di decisione vincolante tra rito e merito è sicuramente funzionale a realizzare gli obiettivi di economia processuale, ma si pone in evidente contrasto con il principio, di natura altrettanto costituzionale, del giudice naturale precostituito per legge, disciplinato dall'articolo 25 della Costituzione, e più in generale con gli altri principi del giusto processo, di cui all'articolo 111 della Costituzione. All'interno della cornice del processo costituzionalmente orientata, il diritto di ciascun cittadino ad essere giudicato dal giudice precostituito per legge, che gode della giurisdizione per quella determinata controversia, nonché il rispetto di parità delle parti nel processo, devono dunque essere prevalenti rispetto alle esigenze *sic et simpliciter* di velocizzazione del processo[140].

Per argomentare la terza ed ultima considerazione critica, è utile recuperare considerazioni svolte in precedenza, più specificamente in relazione al fatto che l'assorbimento dei motivi non pare apportare un vantaggio concreto al privato sia nel caso in cui la pronuncia sia di accoglimento – per le questioni già accennate sulla scarsa effettività della tutela caducatoria – sia laddove la decisione sia di rigetto, in quanto non altera in alcun modo il rapporto sostanziale tra

---

"potesse riempire di contenuto l'accertamento, il giudicato si ridurrebbe ad una larva insignificante e l'apparato giustiziale sarebbe affatto privo di utilità".

137 Cass. civ., Sez. II, 10 febbraio 2020, n. 3049, nonché Cass. civ., Sez. II, 18 aprile 2019, n. 10839.

138 Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2022, n. 4279, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 28 settembre 2021, n. 10021, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2017, n. 4626, in *Foro amm. (Il)*, 10, 2017, 2025.

139 Condivisibilmente, cfr. F. Barbieri, *op. cit.*, 195.

140 Si tratta dell'opinione, condivisibile, di F. Ferrari, *op. cit.*, 3.

cittadino e amministrazione. Emerge così con evidenza come il principio della ragione più liquida costituisca, nel quadro dei poteri officiosi del giudice, una tecnica decisoria che viene utilizzata esclusivamente in una prospettiva di *favor iudicis*: il giudice, infatti, è l'unico soggetto che beneficia di questo strumento di accelerazione della fase decisoria del processo, poiché sia le parti, sia il sistema giustizia, ne escono invece indeboliti[141]. Sembra perciò utile ricordare come in un momento storico in cui sembrino dominare le ragioni di economia processuale, bisogna tenere a mente che il faro di ogni processo è rappresentato dal principio della tutela piena ed effettiva, e che la ragionevole durata del processo, come detto in apertura del lavoro, costituisce semplicemente una modalità, e non anche il fine, attraverso la quale deve essere esercitata la funzione giurisdizionale[142].

4. Alcuni indici della ragionevole durata nel processo amministrativo: la prospettiva delle parti. L'eccezione di difetto di giurisdizione in appello

Senonché, in un sistema processuale come quello amministrativo, caratterizzato dalla "emergenza dell'inflazione del contenzioso"[143], l'obiettivo di questa parte del lavoro è quello di rintracciare alcune dinamiche in cui non è il semplice esercizio del diritto di azione e di difesa a mettere in pericolo la tenuta del principio della ragionevole durata del processo, quanto piuttosto l'utilizzo distorto dello strumento processuale[144], di per sé lecito, per finalità contrarie a quelle previste dall'ordinamento[145]. In altre parole, il processo è giusto non solo ove vengano rispettate le garanzie oggettive di cui all'articolo 24 della Costituzione, ma anche, come segnala autorevole dottrina, se la discrezionalità delle parti[146] sia esercitata in una proiezione deontologicamente orientata[147] in modo da non ledere la ragionevole durata dei giudizi.

La tematica che emerge sullo sfondo è quella dell'abuso del processo, che in questa sede verrà esaminata da una prospettiva diversa risetto a quella adotta-

141 L.R. Perfetti, G. Tropea, *op. cit.*, 239-240, ravvisano come l'assorbimento dei motivi per ragioni di economia processuale sia passato dall'essere un "principio a sostegno della funzione giurisdizionale, diretto a garantirla in termini obiettivi e istituzionali" a "corollario 'della scarsità della risorsa-giustizia', e perciò come un sotto-prodotto di esigenze fondamentalmente organizzative".

142 In termini, A. Motto, *op. cit.*, 493, nonché S. Menchini, *L'ordine*, cit., 983.

143 S. Baccarini, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1203.

144 G. Corso, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016, 17. Negli stessi termini anche E. Zampetti, *op. cit.*, 234.

145 M. Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2012, 138, il quale afferma che "l'impiego di uno strumento processuale per uno scopo diverso da quello al quale lo strumento è funzionalmente orientato è abusivo, *soltanto nell'ipotesi in cui lo scopo che si vuole perseguire sia illecito o comunque vietato dall'ordinamento*" (corsivi nostri).

146 *Ibidem*, che non a caso parla di 'abuso della discrezionalità' con riguardo alle attività processuali svolte dal soggetto al quale la legge ha attribuito tale potere.

147 L.P. Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 330.

ta da chi ha affrontato il tema in relazione ai "costi del processo"[148] o alla "progressiva penetrazione nel discorso giurisprudenziale della nozione"[149].

L'attenzione sarà invece rivolta alla natura incerta ed opaca dei confini dell'abuso del processo, che giungono in alcuni casi fino a sovrapporsi con il principio della ragionevole durata del processo, rivelando così una zona di interferenza tra esigenze di efficienza e garanzie del giusto processo[150].

Muovendo dalla considerazione, condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per cui l'abuso del processo costituisce una proiezione dell'abuso del diritto e degli obblighi di collaborazione che gravano non solo sulle amministrazioni, ma anche sui privati[151], sembra possibile sostenere come la regola di comportamento del privato che si traduce nel principio di autoresponsabilità debba trovare applicazione anche in sede processuale, al fine di evitare la possibilità per il ricorrente di utilizzare in una prospettiva dilatoria alcuni istituti fisiologicamente deputati alla garanzia del diritto di difesa. Un primo esempio lampante della descritta tendenza si registra proprio con riguardo all'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata, in grado di appello, dalla stessa parte che aveva incardinato la medesima giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado.

A ben vedere, non si tratta di voler analizzare il tema del giudicato implicito che si forma sulla giurisdizione, disciplinato dall'articolo 9 c.p.a. e che trova ampia conferma nella giurisprudenza amministrativa[152] e delle Sezioni unite della Corte di Cassazione[153], secondo cui è sufficiente, ai fini della corretta introduzione della questione di giurisdizione in appello, che sia stato proposto specifico motivo di censura avverso la sentenza di primo grado – e non anche una semplice memoria, come previsto dalla normativa processuale antecedente all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo[154] – che abbia statuito sulla giurisdizione, a prescindere dalla circostanza che l'appellante in primo grado non avesse sollevato la relativa eccezione. Al fine di valutare il 'peso' della ragionevole durata del processo rispetto all'esercizio del diritto di difesa, il

148 F.G. Scoca, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2014, 1414.

149 G. Tropea, *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1264.

150 Sul punto, *ex multis*, si veda un interessante lavoro di M.F. Ghirga, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2015, 445 ss.

151 G. Tropea, *Buona fede e processo amministrativo*, in *Pers. Amm.*, 2, 2022, 168, nonché G. Corso, *ult. op. cit.*, 17; in termini differenti, S. Baccarini, *op. cit.*

152 Sul punto, la giurisprudenza di legittimità è estremamente consolidata: Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 2024, n. 3717, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2023, n. 538, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. II, 27 luglio 2020, n. 4775, in *Foro Amm. (Il)*, 7-8, 2020, 1393; Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 730, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

153 Tra le altre, cfr. Cass. civ., Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4219.

154 Tale profilo viene segnalato anche dallo scritto di G. Tropea, *Spigolature*, cit., 1309 e 1311. In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2023, n. 6716, Cons. Stato, Sez. III, 7 ottobre 2010, n. 5946, Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7260, Cons. Stato, 1° agosto 2018, n. 4764, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

tema dell'inammissibilità dell'eccezione del difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla parte che aveva incardinato la medesima giurisdizione con il ricorso introduttivo trova fondamento nel divieto, sancito dalla giurisprudenza, di *venire contra factum proprium* per ragioni meramente opportunistiche[155], che arrecherebbe un irragionevole sacrificio alla controparte costretta a difendersi innanzi al 'nuovo' giudice secondo le regole della *traslatio iudicii*[156]. In altre parole, la giurisprudenza sostiene che l'utilizzo abusivo di tale strumento processuale si pone in contrasto con i doveri di cooperazione e, soprattutto, con il principio della ragionevole durata del processo, poiché allungherebbe i termini della decisione in ragione di un comportamento meramente dilatorio della parte soccombente nel merito. Il richiamo alla categoria dell'abuso del processo quale strumento per dichiarare l'inammissibilità delle eccezioni in esame, sebbene a prima vista possa apparire la scelta maggiormente idonea a garantire il buon funzionamento della giustizia nella prospettiva della celerità della decisione giurisdizionale, presta il fianco ad almeno quattro ordini di critiche.

In primo luogo, come osservato da autorevole dottrina, tale impostazione finisce per introdurre una sorta di presunzione automatica di condotta abusiva – mentre potrebbe non essere così[157] – ogniqualvolta venga sollevata per la prima volta in appello, da parte del soccombente nel merito, un'eccezione di difetto di giurisdizione.

In secondo luogo, ricondurre le eccezioni di cui si discute nell'ambito di applicazione dell'abuso del processo rischia di compromettere il principio costituzionalmente tutelato del giudice naturale precostituito per legge, di cui all'articolo 25 della Costituzione, tanto da portare a ritenere "che l'esistenza di giurisdizioni speciali sia un'inutile sovrastruttura"[158].

In terzo luogo, nonostante dalla prospettiva dei giudici la tecnica dell'abuso del processo – che così come ormai valorizzato introduce un filtro di ammissibilità, *sub specie* di meritevolezza, della domanda, riscrivendo la categoria dell'interesse a ricorrere – possa essere senz'altro utile in una prospettiva deflattiva del contenzioso[159], non sembra assolutamente peregrino rilevare che tale

---

155 M. Ramajoli, *Giusto processo*, cit., 139. Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, in *Riv. giur. edil.*, 1, 2022, 153; Cons. Stato, Sez. II, 2 dicembre 2020, n. 7628, Cons. Stato, Sez. IV, 21 dicembre 2016, n. 5403, Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3990, Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2064, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

156 Cons. Stato, Sez. V., 27 aprile 2015, n. 2064, nonché Cons. Stato, Sez. IV, 7 novembre 2013, n. 5484, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*. Diverso, invece, è il caso in cui i profili relativi alla giurisdizione siano stati posti dalla controparte e che il ricorso iniziale abbia un contenuto complesso, con pluralità di domande, per alcune delle quali è sicuramente competente il giudice amministrativo: in tale circostanza, le Sezioni unite ritengono che non si integri la fattispecie dell'abuso del processo. Cfr. Cass. civ., Sez. un.,19 giugno 2014, n. 13940.

157 In termini, cfr. C. Consolo, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 5, 2012, 1293.

158 G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2015, 1148.

159 S. Baccarini, *op. cit.*,1211.

tecnica rischi di diventare "uno strumento autoritario e per questo temibile"[160].

Il rischio, infatti, è che tale tecnica attribuisca un notevole margine di discrezionalità al giudice amministrativo di strumentalizzare l'accesso alla giustizia per finalità di economia processuale.

Infine, l'utilizzo dell'abuso del processo non più come una tecnica argomentativa[161], ma come strumento sanzionatorio – che decide in rito una serie di questioni, ritenute abusive – finisce per sacrificare l'interesse concreto a ricorrere della parte sull'altare della ragionevole durata del processo e dell'economia processuale, con un inevitabile squilibrio tra efficienza giurisdizionale e tutela dei diritti[162].

In questo senso, con l'obiettivo di recuperare gli approdi teorici svolti in apertura del lavoro, il caso appena segnalato sembra far emergere la dimensione esclusivamente *oggettiva* della ragionevole durata del processo.

Attraverso tale tecnica, l'approfondimento di questioni di merito relative alla domanda, che si ritiene inammissibile in ragione di un approccio dilatorio allo strumento processuale, viene evitato ricorrendo allo strumento dell'abuso del processo, funzionale a garantire il buon funzionamento della giustizia.

La valorizzazione del principio dell'economia processuale, portata all'estremo, potrebbe condurre ad un pericolo non così eventuale: la trasformazione dell'abuso del processo e dello strumento processuale in un abuso dei poteri direttivi del giudice amministrativo, il quale, per velocizzare la macchina giudiziaria, utilizza tale tecnica quale grimaldello funzionale alla ragionevole durata del processo, in modo da rendere un processo sicuramente velocizzato, ma non giusto con riguardo alla parità delle parti e al contradditorio processuale[163].

4.1. (segue): il principio di sinteticità e chiarezza degli atti processuali

Ulteriore istituto sul quale possono essere svolte alcune considerazioni con riguardo alla rilevanza che ha assunto il principio della ragionevole durata del processo riguarda la sinteticità degli atti processuali, che trova espressione nell'articolo 3, comma 2, c.p.a., poiché si tratta di un istituto che mette in luce la prospettiva dicotomica, e dunque non condivisibile, della relazione tra esigenza di celerità dell'attività giurisdizionale e diritto di difesa nel processo.

---

160 C. Consolo, *op. cit.*, 1289.

161 Come suggerisce una parte della dottrina civilistica: cfr. A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 297 ss.

162 In termini simili, cfr. già R. Villata, *La giurisdizione*, cit., 110, secondo il quale "con l'abuso del processo si introduce una limitazione al diritto costituzionale di agire in giudizio affidata all'ineliminabile soggettivismo del singolo organo giudicante".

163 Tale profilo è stato condivisibilmente approfondito da A.G. Orofino, *Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività*, in V. Fanti (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, vol. I, Napoli, 2019, 550, secondo il quale "l'ansia di chiudere il processo in tempi brevi" non deve dissuadere il giudice amministrativo dallo svolgimento adeguato dell'istruttoria processuale e dalla garanzia del contraddittorio tra le parti.

L'inquadramento della sinteticità degli atti processuali all'interno del catalogo di principi generali del giudizio risulta essere una peculiarità del processo amministrativo: nel Codice di procedura civile, infatti, manca una disposizione analoga, nonostante dottrina[164] e giurisprudenza[165] abbiano ritenuto che l'articolo 3, comma 2, c.p.a., sulla base di una interpretazione inversa del rinvio esterno operato dall'articolo 39, co. 1, c.p.a., trovi spazio anche nelle logiche del processo civile. Tale applicazione mira non solo a promuovere delle "buone pratiche"[166] nel sistema generale di giustizia, ma soprattutto a riconoscere a tale norma un valore cogente anche nel processo civile[167].

Il tema della sinteticità degli atti processuali in questa sede verrà analizzato in una duplice dimensione: in primo luogo, si cercherà di verificarne la coerenza interpretativa e sistematica con il principio della durata ragionevole del processo, ed in secondo luogo si tenterà di comprendere se la violazione del principio di sinteticità degli atti rientri legittimamente all'interno della categoria dell'abuso del processo, ovvero se sia proprio il giudice amministrativo, in ragione tale potere valutativo, ad esercitare un abuso della sua discrezionalità.

Con riguardo al primo aspetto, non sorprende che la giurisprudenza amministrativa, a più riprese, abbia affermato che gli oneri di sinteticità e chiarezza, che incombono sulla parte ricorrente, trovano il loro fondamento nella strumentale attuazione del principio della ragionevole durata del processo[168], basando la propria argomentazione sull'idea per cui un giudizio impostato in modo chiaro e sintetico, quanto alla *causa petendi* che al *petitum*, rende più immediata

---

164 G. Finocchiaro, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 853 ss. In termini simili, cfr. C. Commandatore, *Forma degli atti processuali – sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, 851, secondo il quale è possibile estendere il dovere di sinteticità e chiarezza degli atti processuali anche al processo civile, poiché risulta essere "espressione di un principio che già appartiene alle categorie del diritto processuale generale in quanto funzionale a garantire la ragionevole durata del processo". In termini differenti, G. Canale, *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza: abuso del processo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2018, 1026 ss.; contrario anche all'applicazione del principio di cui all'articolo 3, co. 2, c.p.a., al processo civile, in ragione della presenza di alcune norme del codice di rito che sembrano per l'appunto contraddirlo, A. Panzarola, *La visione utilitaristica del processo civile e le ragioni del garantismo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2020, 105.

165 Cons. Stato, Sez. IV, 24 aprile 2019, n. 2651, in *Foro Amm. (Il)*, 4, 2019, 634; Cass. civ., Sez. I, 13 aprile 2017, n. 9570, in *Guida al diritto*, 27, 2017, 65; Cass. civ., Sez. II, 20 ottobre 2016, n. 21297, in *Giust. civ. mass.*, 2016.

166 B. Capponi, *Sulla «ragionevole brevità» degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2014, 1076.

167 È l'indicazione emersa da Cass. civ., Sez. II, 24 ottobre 2010, n. 27358, in *Guida al diritto*, 8, 2020, 108.

168 Aspetto confermato da M. Ramajoli, *ult. op. cit.*, 138, nonché da M. Nunziata, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1333. Tuttavia, è stata sostenuta l'inutilità di discorrere della sola lunghezza degli atti processuali al fine di contenere i tempi del giudizio, poiché, come si dirà dopo, la ragionevole durata del processo passa anche per ulteriori fattori, che attengono ai profili organizzativi della giustizia amministrativa. In termini, cfr. F. Saitta, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il processo*, 3, 2019, 541.

ed agevole la decisione del giudice[169].

In altre parole, dalle pronunce del giudice amministrativo emerge che il dovere di sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2, c.p.a., funzionale all'attuazione del principio di economia processuale, costituisce a sua volta un corollario del principio del giusto processo, nella misura in cui assume una rilevanza peculiare nel giudizio amministrativo che si caratterizza per il rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica[170]. Non si vuole dunque discutere della rilevanza generale del principio di sinteticità che, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza, costituisce un frammento del più complesso mosaico del giusto processo di ragionevole durata ed appare figlio di una consolidata considerazione della giurisdizione come risorsa scarsa "a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, sì da preservare la possibilità di consentirne l'utilizzo anche alle parti nelle altre cause pendenti e agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale"[171].

La considerazione secondo cui la "*brevitas*"[172] rappresenti di per sé un obiettivo virtuoso, e che il richiamo alla sinteticità degli atti di parte si rifletta in una "esortazione all'efficienza"[173], deve tuttavia essere attentamente bilanciata con la necessità di tutelare il diritto di difesa nel processo. Occorre infatti interrogarsi sul se il perseguimento dell'economia processuale non rischi di comportare un sacrificio eccessivo rispetto alla garanzia di cui all'articolo 24 della Costituzione[174].

Per quello che ci interessa, sono due i profili che preoccupano maggiormente nella prospettiva di dover rintracciare quel bilanciamento ragionevole e costituzionalmente orientato tra il diritto di difesa e l'economia processuale. Anzitutto, una disposizione che presta il fianco a numerose critiche si rinviene nell'articolo 13-*ter* delle disposizioni attuative al c.p.a., in virtù del quale la sinteticità, ed i limiti dimensionali degli atti, interesserebbero esclusivamente il ricorrente e non anche il giudice amministrativo, in spregio al principio di cooperazione tra le parti ed il giudice ai sensi dell'articolo 2, comma 2, c.p.a.[175]. In buona sostanza, l'onere di realizzare il principio della durata ragionevole grave-

169 Di recente, Cons. Stato, Sez. IV, 4 agosto 2022, n. 6911, in *Foro Amm. (Il)*, 7-8, 2022, 941; Cons. Stato, Sez. IV, 7 novembre 2016, n. 4636, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

170 T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 12 giugno 2019, n. 1279, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 7 novembre 2016, n. 4636, in *Foro Amm. (Il)*, 11, 2016, 2644; Cons. Stato, Sez. IV, 1° luglio 2014, n. 3296, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

171 Cons. Stato, Sez. VI, 23 dicembre 2024, n. 10313; Cons. Stato, Sez. II, 31 maggio 2019, n. 3654; Cons. Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 295, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

172 A. Panzarola, *op. cit.*, 109.

173 G. Canale, *op. cit.*, 1025.

174 Come sottolineato, tra gli altri, in termini generali, da F. Liguori, *Variazioni*, cit., 4, secondo il quale il valore della celerità non può certamente sacrificare il diritto di difesa.

175 Sono in questo anche le condivisibili opinioni di A.G. Orofino, *op. cit.*, 516.

rebbe esclusivamente sulla parte e sul difensore, sui quali incombono inoltre termini decadenziali che, come già evidenziato, possono risultare talvolta estremamente brevi. Nulla, invece, si dice in merito agli oneri redazionali incombenti sul giudice amministrativo, il quale – a rigor di logica – dovrebbe sempre e comunque provvedere con sentenza in forma semplificata, mentre così non è[176], e ferma restando inoltre l'assenza di un termine entro il quale doversi pronunciare.

Le preoccupazioni che attengono alla supremazia indiscriminata della ragionevole durata del processo sul diritto di difesa vengono manifestate dal comma 5 dell'articolo 13-*ter* delle disposizioni di attuazione, ove si legge che l'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine dell'atto successive al limite massimo non costituisce motivo di impugnazione. Tale disposizione è stata interpretata in un senso estremamente formale dall'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, e cioè imponendo un vero e proprio dovere al giudice di non esaminare le parti degli atti processuali eccedenti i limiti, in ragione del fatto che l'articolo 13-*ter* costituisce attuazione del principio di sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2, c.p.a.[177]. Un caso paradossale si rinviene in quelle ipotesi in cui – dinanzi ad alcuni casi caratterizzati da una particolare complessità sottesa all'atto introduttivo del giudizio, che dunque implica una notevole ricostruzione fattuale – il limite massimo di 'caratteri' consentiti per la redazione dell'atto venga esaurito prima ancora dell'articolazione dei motivi di ricorso: in tali casi, secondo la lettura formalistica dell'articolo 13-*ter*, il Collegio non è tenuto ad esaminare i motivi della domanda e, per tale ragione, dovrà dichiarare il ricorso inammissibile perchè una parte essenziale della domanda – richiesta ai sensi degli articoli 40 e 44 c.p.a. a pena di nullità – viene meno e travolge, dunque, la possibilità di esaminare la stessa[178].

Nondimeno, a conferma della ambiguità sottesa a tale disposizione normativa, in giurisprudenza si ravvisano alcuni casi nei quali un atto di appello estremamente lungo (centoventotto pagine), e non proporzionato al livello di complessità della causa, non ha indotto il giudice amministrativo a pronunciarsi con un provvedimento di inammissibilità in ragione della violazione dei principi di chiarezza e sinteticità, ma, in ragione del principio di collaborazione tra giudice e ricorrente, ha imposto a quest'ultimo un onere di depositare una memoria riepilogativa[179].

---

176 Tali critiche sono condivisibilmente evidenziate anche da F. Caporale, *Le ambiguità della sentenza semplificata tra modello redazionale e strumento di accelerazione del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2018, 629.

177 Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2024, n. 5628, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. I, parere 22 gennaio 2024, n. 50, in *Foro Amm. (Il)*, 1, 2024, 45; Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2023, n. 8928, in *Foro Amm. (Il)*, 10, 2023, 1302; Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2023, n. 8487, in *Foro it.*, 12, 2023, 549.

178 Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2023, n. 8928, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

179 C.G.A. Sicilia, Sez. giurisd., 15 settembre 2014, n. 536, in *Foro it.*, 11, 2014, 631.

A prescindere dalla soluzione alla quale si intende accedere[180], sembra possibile sostenere che la giurisprudenza amministrativa, laddove valorizza la tesi dell'inammissibilità della domanda nel caso in cui essa ecceda i limiti redazionali, abbia qualificato l'attività della parte e del difensore come condotta rientrante nella più ampia dinamica dell'abuso del processo, ritenendo così che ogni atto difensivo che ecceda i limiti dimensionali costituisca il sintomo di una condotta dilatoria, da stigmatizzare al fine di garantire l'economia processuale e l'efficienza del sistema di giustizia amministrativa[181].

A chi scrive, invece, pare non solo che tuttalpiù la violazione del principio di sinteticità degli atti di parte vada ascritto alle dinamiche di abuso *nel* processo[182] (e non *del* processo), ma soprattutto che così facendo sia proprio il giudice a realizzare un comportamento abusivo, di "burocrazia giudiziaria", attraverso il quale utilizza in modo distorto il potere discrezionale ad esso attribuito sulla scorta della 'suprema' esigenza di risolvere il giudizio in termini brevi[183]. Il rischio sotteso a tale tecnica di decisione in rito è quello di generalizzare *in malam partem* una regola che invece, nella più ampia prospettiva dell'effettività della tutela giurisdizionale, richiederebbe un giudizio di meritevolezza secondo la logica del caso per caso[184], al fine di evitare che il diritto di difesa nel processo venga ingiustificatamente sacrificato in nome della durata ragionevole del processo, inteso nella sua dimensione oggettiva.

4.2. (segue): l'appello cumulativo

L'ultimo istituto che può essere analizzato per verificare le modalità attraverso cui le parti possono incidere sulla ragionevole durata del processo si rinviene nell'appello cumulativo, che consente di proporre un unico atto di appello contro più sentenze emesse in procedimenti distinti ma connessi[185]. Per molti anni, la giurisprudenza ha escluso l'ammissibilità dell'appello cumulativo per

180 Sul punto, si sarebbe dovuta pronunciare Cons. Stato, Ad. plen., 13 marzo 2025, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che invero ha statuito soltanto sull'applicabilità dell'istituto con il riguardo al principio del *tempus regit actum*.

181 In alcune pronunce della giurisprudenza si può leggere che il superamento dei limiti dimensionali degli atti difensivi è "questione di rito afferente all'ordine pubblico processuale, stabilito in funzione dell'interesse pubblico all'ordinato, efficiente e celere svolgimento dei giudizi": Cons. Stato, Sez. VII, 4 aprile 2024, n. 3079, in *Foro Amm. (Il)*, 4, 2024, 567; Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2024, n. 1502, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

182 G. Canale, *op. cit.*, 1033.

183 M. Gradi, *Burocrazia giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2024, 755. In termini critici rispetto alla discrezionalità del giudice amministrativo di dichiarare inammissibile un atto di parte in quanto eccedente i limiti dimensionali, cfr. A.G. Orofino, *op. cit.*, 518.

184 B. Capponi, *op. cit.*, 1088. Del medesimo avviso, F. Saitta, *op. cit.*, 583, secondo il quale la rigidità imposta dal rispetto dei limiti dimensionali "trascura la specificità dei singoli processi".

185 Uno studio approfondito sull'appello cumulativo nel processo amministrativo, che tiene conto delle evoluzioni giurisprudenziali non solo nella giustizia amministrativa, ma anche in quella civile e tributaria, è svolto da R. Musone, *L'appello cumulativo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2020, 421 ss.

molteplici ragioni: l'assenza di una norma espressa che ne consentisse l'ammissibilità, il potere esclusivo del giudice di riunire i procedimenti distinti per motivi di connessione[186], nonché l'esigenza di maggiore chiarezza nella definizione delle singole questioni e nel rispetto del contraddittorio garantita dalla separazione degli appelli. Tuttavia, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5385 del 2018[187], ha operato un *revirement* su tale profilo riconoscendo la possibilità di proporre appello cumulativo in presenza di due condizioni: l'identità soggettiva e la connessione oggettiva[188], in assenza delle quali la possibilità di presentare un appello cumulativo deve ritenersi esclusa per assicurare un ordinato e razionale svolgimento del processo, necessità imposta, secondo la giurisprudenza, dal principio della ragionevole durata del processo[189].

Non è questa la sede per analizzare le molteplici argomentazioni fornite dalla giurisprudenza amministrativa per superare la barriera dell'ammissibilità dell'appello cumulativo, essendo qui sufficiente evidenziare i due differenti orientamenti della dottrina che, nell'evidenziare vantaggi e limiti dell'istituto, utilizzano in modo diametralmente opposto la nozione della ragionevole durata del processo.

Il primo, che saluta con favore l'inversione di tendenza della giurisprudenza amministrativa nel senso dell'ammissibilità dell'appello cumulativo, prende le mosse da una pronuncia del 2009 delle Sezioni unite della Cassazione, in materia tributaria[190], e si poggia sulla considerazione per cui quest'ultimo costituirebbe una applicazione diretta del principio, ormai costituzionalizzato, di economia processuale, inteso nella duplice dimensione *endoprocessuale* e *ultraprocessuale*[191]. In altre parole, secondo il Consiglio di Stato, l'appello cumulativo semplificherebbe l'attività processuale, e si inserirebbe in quella prospettiva teorica per cui la ragionevole durata del processo assume una rilevanza *oggettiva*, e cioè non soltanto funzionale, ma anche organizzatoria, poiché concorrerebbe, insieme agli altri principi del giusto processo, al corretto funzionamento della giustizia amministrativa attraverso un rapporto proporzionato tra mezzi e fini

186 La giurisprudenza, in tema, è estremamente consolidata, e muove dalla considerazione per cui si ritiene inammissibile l'iniziativa posta in essere *a priori* dall'appellante, intesa a riunire cause diverse mediante unico appello contro più sentenze, in violazione dell'art. 101 c.p.a., atteso che essa sottrarrebbe al giudice il 'governo' dei giudizi e porrebbe le premesse per la creazione di situazioni processuali confuse o inestricabili. In termini, Cons. Stato, Sez. II, 8 novembre 2021, n. 7396; Cons. Stato, Sez. IV, 22 novembre 2019, n. 7949, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

187 Cons. Stato, Sez. V, 14 settembre 2018, n. 5385, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2019, 686 ss., con nota di M. TRIMARCHI, *Sull'ammissibilità dell'appello cumulativo nel processo amministrativo: considerazioni perplesse*, *ivi*, 691 ss.

188 Poco dopo l'inversione di tendenza operata dalla giurisprudenza, negli stessi termini, Cons. Stato, Sez. III, 22 novembre 2018, n. 6596. Di recente, cfr. Cons. Stato, Sez. II, 11 marzo 2024, n. 2289, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

189 T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 1° giugno 2017, n. 1226, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

190 Cass. civ., Sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3692.

191 L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, 7.

processuali, che consente di raggiungere gli scopi istituzionali del giudizio con la massima efficacia imponendo il minor dispendio di risorse possibili[192]. L'accoglimento di tale orientamento, infatti, oltre a razionalizzare i giudizi amministrativi attraverso una valorizzazione del *simultaneus processus*[193], potrebbe anche garantire il rispetto dell'effettività della tutela giurisdizionale della parte nel processo muovendo dalla annosa questione dei 'costi' dell'accesso alla giustizia, che sarebbero ovviamente minori ove si consentisse all'appellante di istruire un solo giudizio avverso più sentenze che intenderebbe impugnare.

Il tema assume particolare interesse poiché se, per un verso, le ragioni di economia processuale e la prospettiva della ragionevole durata del processo hanno costituito due tra gli argomenti principali per massimizzare le logiche della concentrazione processuale ed ammettere l'appello cumulativo nel processo amministrativo[194], per altro verso, è quantomai paradossale notare come proprio le riflessioni sulla ragionevole durata del processo abbiano indotto una parte della dottrina a ritenere inammissibile il medesimo istituto nel giudizio amministrativo[195]. Il punto di partenza di tale ragionamento muove da una prospettiva radicalmente opposta rispetto a quella esaminata: mentre nella prima ricostruzione, il principio della durata ragionevole si riconduce all'interno delle logiche del corretto funzionamento della macchina della giustizia amministrativa, e quindi in una dimensione *oggettiva*, nella seconda ricostruzione il principio della ragionevole durata viene considerato alla stregua del "tempo intercorrente tra l'avvio e la conclusione della singola lite"[196], e per tale ragione andrebbe inquadrato nella prospettiva *soggettiva* dello stesso.

Le riflessioni che conducono a ritenere inammissibile l'appello cumulativo si fondano su diverse argomentazioni: in primo luogo, esso avrebbe una attitudine a complicare paradossalmente la cognizione del giudice, il quale avrebbe l'obbligo di valutare l'effettività dei presupposti della connessione tra le cause, incidendo negativamente sulla ragionevole durata del processo[197]; in secondo luogo, sarebbero state le ragioni di economia processuale a consentire una for-

192 Sembra aderire a questa ipotesi R. Musone, *op. cit.*, che nelle conclusioni del lavoro invita il legislatore a tipizzare la possibilità per la parte di proporre un appello cumulativo, ponendo un freno così all'attività creativa della giurisprudenza sull'ammissibilità ed inammissibilità di tale strumento.

193 In questo senso, S. Foà, C. Gastaldi, *L'appello cumulativo nel processo amministrativo*, in *Amministrazione in cammino*, 8, 2012, 8, secondo i quali non vi sarebbero ragioni ostative all'ammissibilità dell'appello cumulativo nel processo amministrativo in quanto il Codice del processo amministrativo si ispira al principio della concentrazione dei giudizi dinanzi allo stesso giudice.

194 Ci si riferisce alla logica Chiovendiana secondo la quale "più domande unite in un procedimento richiedono per essere esaminate e decise una somma di attività processuali e di denaro notevolmente minore di quanto occorrerebbe in giudizi separati". G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile,* Napoli, 1965, 1075.

195 Si tratta della prospettiva adottata da M. Trimarchi, *op. cit.*

196 *Ivi*, 704.

197 Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5554, in *Foro Amm. (C.d.S.)*, 10, 2011, 3137; Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2010, n. 3232, in *Foro Amm. (C.d.S.)*, 5, 2010, 1028.

zatura delle disposizioni del Codice del processo amministrativo – una su tutte, l'articolo 32 c.p.a. – da parte del giudice che ha colmato, attraverso l'esercizio del proprio potere discrezionale[198], la lacuna normativa sull'ammissibilità dell'appello cumulativo[199]. A queste perplessità se ne potrebbe aggiungere un'altra, rinvenibile nella violazione della riserva di legge che l'articolo 111, comma 2, della Costituzione, affida al legislatore, e che nel caso dell'appello cumulativo sembra essere fatta propria dal giudice amministrativo, attraverso una attività creativa non condivisibile dal punto di vista della separazione dei poteri[200].

Questo istituto, a prescindere dalla soluzione alla quale si intende aderire, conferma quanto sostenuto in apertura del presente lavoro, e cioè che è proprio l'ambiguità sottesa alla concezione della ragionevole durata del processo ad essere uno dei principali fattori di strumentalizzazione, sia dalle parti, che dal giudice, dello stesso, che in questo modo si presta alle più svariate interpretazioni contribuendo così alla complicazione del sistema di giustizia amministrativa.

5. Questioni ancora aperte sulla ragionevole durata del processo: considerazioni conclusive

La disamina delle attuali declinazioni del principio della ragionevole durata del processo consente di tracciare un quadro piuttosto preciso, benché complesso, dello stato di salute della giustizia amministrativa. Si tratta di un terreno, infatti, sul quale si confrontano – spesso scontrandosi – istanze eterogenee: le esigenze di efficienza e rapidità per la conclusione del processo, da un lato, e quelle di effettività, garanzia e qualità della tutela giurisdizionale, dall'altro. Nel corso degli anni, si è cercato di raggiungere questo equilibrio, che però ha finito per privilegiare, anche grazie a soluzioni normative non sempre condivisibili, le ragioni di un'efficienza strumentale alla rapidità procedimentale. Tuttavia, è emerso come alla riduzione dei tempi non sempre corrisponda un rafforzamento dell'effettività della tutela, che anzi, in certi casi, rischia di essere compromessa. In altre parole, l'enfasi sulla durata ragionevole rischia di tradursi nell'attenzione ad un parametro meramente quantitativo, disancorato dalla qualità della decisione e dalla sua capacità di incidere positivamente sul rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino.

---

198 Aspetto sul quale si rimanda a F. SAITTA, *Interprete senza spartito?*, Napoli, 2023, *passim*, e, inoltre, M. GRADI, *op. cit.*, 752-753, il quale valuta positivamente l'esercizio della discrezionalità del giudice nei casi di ambiguità o lacunosità della norma, ma ritiene, in linea di massima, che "il potere discrezionale del giudice" possa tradursi in un esercizio incontrollato del potere giurisdizionale e risultare così una causa di inefficienza del processo.

199 Sembra muoversi in un senso favorevole, nonostante non lo sostenga espressamente, M. RAMAJOLI, *Il cumulo soggettivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2014, 1243, la quale afferma che "ogni cumulo d'azioni, soddisfa un principio d'economia, efficienza e concentrazione processuale".

200 Si condividono le considerazioni di F. LIGUORI, *La funzione*, cit., 591, secondo il quale "il governo della legge appare ancora da preferire al governo degli uomini".

In uno scenario caratterizzato dalla centralità del fattore tempo nel processo amministrativo, vale la pena brevemente dedicarsi a due questioni tuttora aperte che condizionano in modo profondo il futuro della giustizia amministrativa: la prima riguarda la collocazione della giustizia amministrativa all'interno delle logiche della funzione pubblica ovvero del servizio pubblico; la seconda, invece, riguarda l'incidenza delle disfunzioni, normative e sostanziali, sul processo amministrativo.

Con riguardo alla prima questione, i sostenitori della tesi per cui la giustizia amministrativa debba essere considerata come funzione fondano le proprie considerazioni sull'idea che l'obiettivo principale del processo sia quello di definire, attraverso il giudicato, il rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino. In altre parole, il giudice amministrativo eserciterebbe una funzione pubblica, e con essa un potere autoritativo, allorquando concluda il giudizio con una sentenza in forza della quale attribuisce il bene della vita ad un determinato soggetto[201]. Basterebbero tali considerazioni, per così dire in positivo, non solo per far rientrare la giustizia all'interno del concetto di funzione – in quanto esercitata da un soggetto che si pone in una posizione sovraordinata rispetto ai destinatari del provvedimento giurisdizionale – ma anche per sostenere che la ragionevole durata del processo debba costituire esclusivamente un valore strumentale a massimizzare la pretesa dedotta in giudizio dal ricorrente e, dunque, a realizzare gli obiettivi di 'giustizia'. Vi è, inoltre, chi pure arriva ad inquadrare la giustizia come funzione muovendo, però, da un approccio decostruttivo della concezione del c.d. "servizio giustizia": quest'ultimo, infatti, oltre ad essere privo "di qualsivoglia significato dal punto di vista delle categorie giuridiche" [202], si discosterebbe dall'idea secondo cui la sentenza rappresenta l'esito di una funzione fondamentale dello Stato – quella giurisdizionale – e non una semplice attività materiale da erogare secondo logiche economiche.

La tendenza attuale, tuttavia, è quella di aderire alla concezione della giustizia come servizio, sulla scorta dell'idea per cui la giustizia ed il processo costituiscono dei servizi da rendere al cittadino, al quale viene attribuito il ruolo di utente[203]. Si tratta di visioni, "tanto suadenti quanto pericolose per la stessa esigenza della giurisdizione amministrativa"[204], che certificano di come le trasformazioni della giustizia amministrativa siano state orientate dal perseguimento dell'effettività della tutela giurisdizionale e dell'efficienza/economia processuale[205], nella prospettiva di una "specialità al servizio dei cittadini"[206]. Pur volendo

---

201 C.E. Gallo, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2020, 73 ss., spec. 81, nonché E. Follieri, *Giudice amministrativo*, cit., 82.

202 Così, cfr. R. Villata, *La giurisdizione*, cit., 109.

203 S. Licciardello, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2015, 808.

204 G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, 964.

205 S. Licciardello, *op. cit.*, 812-813.

soprassedere sui profili critici di questa versione[207], l'aspetto forse più preoccupante si rinviene nel passaggio ad una sorta di "amministrativizzazione" della giustizia amministrativa[208], le cui funzioni vengono oggi svolte nel duplice senso della razionalizzazione della spesa e dell'economicità delle 'prestazioni' che è tenuto a fornire il giudice[209]. È proprio in tale contesto che si colloca la riflessione sull'evoluzione dell'interpretazione che il giudice amministrativo ha progressivamente attribuito al principio della ragionevole durata del processo. Quest'ultimo, nato quale strumento volto ad assicurare un più efficace esercizio del diritto di difesa del ricorrente, ha progressivamente assunto i tratti di un mero espediente funzionale a legittimare l'impiego di poteri atipici da parte del giudice amministrativo, con l'obiettivo di definire il giudizio nel più breve tempo possibile, anche in deroga ad altri principi del giusto processo sanciti dall'articolo 111 della Costituzione. In questa prospettiva, si condivide l'idea di chi ascrive la progressiva affermazione della concezione della giustizia in termini di servizio pubblico – con la conseguente riduzione del giudice al ruolo di *case manager* e del ricorrente a quello di semplice *utente* – al proliferare di prassi applicative distorte e fenomeni di abuso del processo, attraverso un'interpretazione strumentale del principio della ragionevole durata del processo[210], orientata cioè alla mera riduzione dei tempi.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la giurisdizione si avvicina maggiormente alle logiche della funzione, e non del servizio, per almeno due ragioni. Anzitutto, non può essere condivisa l'idea di chi ha sostenuto che la giustizia va ascritta alle logiche del servizio in ragione del carattere doveroso di quest'ultimo, poiché tale orientamento non terrebbe conto della circostanza che la doverosità, come è stato ampiamente sostenuto dalla dottrina, costituisce un aspetto che ormai caratterizza anche l'esercizio della funzione[211]. Inoltre, l'ancoraggio della giustizia all'idea del servizio, che secondo alcuni autori andrebbe ascritta alla

---

206 G. D. Comporti, *Dalla giustizia come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in G. D. Comporti (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016, 38.

207 Il quale, come noto, non integra il solo obbligo del giudice amministrativo di dare, per quanto possibile, maggiore concretezza alla pretesa dedotta in giudizio dal ricorrente, ma anche, in termini generali, di garantire l'accesso alla giustizia. Tale aspetto viene reso particolarmente complesso – ed in contrasto con uno dei principi in materia di servizi pubblici, vale a dire l'economicità – laddove il costo del contributo unificato per l'accesso al giudice amministrativo sia talmente oneroso da implicare una rinuncia della parte all'azione. In termini, cfr. F.G. Scoca, *Il "costo"*, cit., *passim*.

208 Sono termini di G. Tropea, *L'effettività "equitativa" della decisione del giudice amministrativo: il caso della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2023, 711.

209 Non si condividono, dunque, le opinioni di G. Floridia, *La giustizia come servizio pubblico essenziale*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2010, 8, secondo il quale le principali cause delle inefficienze della giustizia sono da ascrivere al mancato inquadramento della stessa all'interno dei servizi pubblici essenziali.

210 In questi termini, cfr. ancora R. Villata, *La giurisdizione*, cit., 109.

211 Per tutti, sulle diverse accezioni di funzione amministrativa, cfr. S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.

stabilità strumentale a garantire la certezza dell'utente del servizio giustizia[212], sembra collidere con l'idea tradizionale secondo la quale è proprio l'esercizio della funzione autoritativa (sia essa esercitata dalla pubblica amministrazione, sia essa esercitata dal giudice) che garantisce la stabilità del rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino.

L'inquadramento della giurisdizione all'interno della funzione richiede, tuttavia, alcune precisazioni terminologiche, soprattutto se si intende superare la visione secondo cui la rilevanza della ragionevole durata del processo spingerebbe la giustizia all'interno della logica del servizio. In tale prospettiva, la funzione giurisdizionale potrebbe essere qualificata come una "funzione di risultato", dalla quale non emerga l'indirizzo per cui la celerità debba costituire il fine ultimo del processo, ma, al contrario, che consenta di individuare nella ragionevole durata del processo il pilastro attraverso il quale il giudice amministrativo esercita le proprie funzioni, il cui risultato resta sempre e comunque la stabilizzazione del rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino, entro un orizzonte temporale che sia, appunto, ragionevole. Appare, dunque, decisiva una inversione di tendenza anzitutto culturale, prima ancora che processuale in senso stretto, per affrontare le numerose criticità connesse all'esercizio della discrezionalità del giudice amministrativo.

Nel corso di questo lavoro è emerso come il fattore tempo sia stato progressivamente distolto dalla sua originaria finalità, vale a dire la definizione del rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino in un termine ragionevole, per essere invece impiegato in funzione di un processo in cui l'economia processuale finisce per prevalere sull'obiettivo primario della giustizia sostanziale. Tutto ciò avrebbe avvicinato il processo alle logiche del servizio, rendendo la sentenza del giudice una 'mera prestazione' da rendere in termini rapidi, incidendo negativamente sull'effettività della tutela giurisdizionale. Ad ogni modo, l'adesione all'orientamento che valorizza la giustizia come funzione (e non come servizio), nonostante sia risultata utile al fine di dimostrare che la gestione del processo in termini esclusivamente efficientistici abbia messo in crisi la portata costituzionale del principio della ragionevole durata del processo, rischia tuttavia di assumere un valore più 'politico' che giuridico in senso stretto. Ciò che si auspica, in concreto, è un cambiamento di paradigma del giudice amministrativo che restituisca al tempo del processo la sua funzione di garanzia e non di potere, al fine di arginare distorsioni applicative e contribuire alla formazione di una giustizia che sia effettivamente più giusta.

Con riguardo alla seconda questione, il principio della ragionevole durata del processo amministrativo può essere indagato anche da una prospettiva differente, e cioè non analizzando la lunghezza dei processi e la natura (più o meno breve) dei termini di decadenza, ma muovendo dall'attivazione del processo causata, in primo luogo, da disfunzioni nell'esercizio del potere pubblico e, successivamente, dalla complicazione normativa in alcuni settori specifici.

212 S. Licciardello, *op. cit.*, 809, nonché 822.

Rientra certamente all'interno di tale dinamica disfunzionale l'azione avverso il silenzio, di cui agli articoli 31 e 117 c.p.a., che collochi il giudizio amministrativo sempre e comunque in una dimensione, per così dire, antieconomica ed irragionevolmente lungo[213]. Essa viene instaurata, infatti, non già con riguardo ad un comportamento attivo dell'amministrazione che decide attraverso un provvedimento motivato, ma rispetto ad un atteggiamento di inerzia dell'amministrazione – causato soprattutto dalla c.d. "burocrazia difensiva"[214] – con cui si intende recuperare "il tempo perduto" a causa del mancato esercizio del potere amministrativa[215]. L'impatto del rito avverso il silenzio sulla ragionevole durata del processo è, per così dire, di secondo livello, perchè l'inefficienza non si rinviene strettamente nel modello processuale, né tantomeno nell'attività delle parti e del giudice, ma nelle ragioni sottese all'attivazione del giudizio. In altre parole, se l'amministrazione avesse provveduto, anche in quei procedimenti caratterizzati da particolare complessità giuridica e fattuale, l'organizzazione della giustizia amministrativa non sarebbe stata oberata dalla risoluzione di controversie che nulla hanno a che fare con l'esercizio del potere, ed il ricorrente non avrebbe dovuto attivare un giudizio che, per quanto si concluda in termini brevi, resta pur sempre irragionevolmente lungo dalla sua prospettiva. Ciò non vale tanto nei casi di attività vincolata, ove il giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 31, comma 4, può pronunciarsi anche sulla fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, per cui la irragionevole attivazione del rimedio processuale conduce all'ottenimento del bene della vita, ma la irragionevole antieconomicità, nei confronti del ricorrente, del rito avverso il silenzio emerge, in particolare, nelle circostanze in cui la pubblica amministrazione avrebbe dovuto esercitare un potere discrezionale. Qui, come è noto, il giudice amministrativo potrà soltanto limitarsi all'accertamento sull'esistenza, o meno, dell'obbligo di provvedere, in spregio alla logica dell'effettività della tutela giurisdizionale che, secondo la regola Chiovendiana, dovrebbe garantire al ricorrente "per quanto è possibile [...] tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto ad ottenere"[216]: cosicché il giudizio avverso il silenzio potrà anche risolversi in termini celeri, ma il ricorrente non solo avrà attivato un giudizio che non

213 Sul pregiudizio economico all'interesse legittimo derivante dall'inattività della pubblica amministrazione, intesa come inadempimento del dovere di provvedere, si veda F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2002, 239 ss.

214 Che, secondo una recente pronuncia della Consulta, "non si annida necessariamente nelle sole attività procedimentali o provvedimentali o nei grandi centri decisionali, ma è in grado di interessare trasversalmente l'intero operato della pubblica amministrazione". Cfr. Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132, su cui cfr. F. Cintioli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024*, in *Federalismi.it*, 19, 2024, 122 ss. Sulla burocrazia difensiva, *ex multis*, cfr. S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 293 ss., nonché S. Tuccillo, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e "paura di amministrare"*, in *Nuove aut.*, 3, 2020, 725 ss.

215 Il termine è di M. Calabrò, *Il tempo "certo" ed il tempo "giusto" nell'azione amministrativa: spunti per un dialogo*, in F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2022-2023*, Roma, 2024, 158.

avrebbe dovuto attivare ove l'amministrazione avesse esercitato il proprio potere, ma tale azione si concluderà con una pronuncia che non gli garantirà il conseguimento del bene della vita[217].

Con riguardo al secondo aspetto, un ulteriore terreno utile a riflettere sulla eccessiva quantità di contenzioso 'evitabile' dinanzi al giudice amministrativo, che lo rende irragionevole sotto un profilo temporale per il ricorrente, è da ascriversi ai numerosi fattori di complicazione normativa[218], esiti di stagioni di politiche pubbliche finalizzate alla semplificazione che avrebbero dovuto incidere positivamente sulla ripresa dell'economia e sullo sviluppo delle attività produttive[219]. Muovendo da quell'opinione diffusa nel dibattito politico secondo la quale se "si abolissero i Tar e il Consiglio di Stato, il nostro Pil assumerebbe subito un cospicuo segno positivo"[220], si intende dimostrare non solo che

---

216 G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, 42, nonché, tra gli altri, I. Pagni, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. Dir.*, Annali, Milano, 2017, 357.

217 È quello che sembra emergere dallo studio di M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2014, 718, secondo cui la specialità del rito avverso il silenzio diminuisce l'effettività della tutela giurisdizionale poiché "impedisce un adeguamento dello strumento processuale allo specifico bisogno della tutela".

218 Per M.A. Sandulli, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole: una panoramica generale*, in *Nuove aut.*, 1-2, 2005, 9, è particolarmente avvertita "l'esigenza di una normazione di qualità, attenta anche all'impatto economico delle regole". Anche G. Napolitano, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, 703, ha ritenuto che alla richiesta di riforme amministrativi proiettate allo sviluppo economico, la reazione sia sempre stata quella di una "offerta politico-legislativa sempre più massiccia". Secondo B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi: molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011, 40, il rimaneggiare continuamente le disposizioni normative producono più problemi rispetto a quelli che si vorrebbero risolvere. In termini, si veda anche M. De Benedetto, *Diritto amministrativo e crescita economica*, in *Dir. econ.*, 1, 2014, 195. In una prospettiva diversa, ritiene A. Clini, *op. cit.*, 69, che sembra del tutto riduttivo "impostare il problema della durata del processo nel solco di una disciplina normativa da riformare".

219 M. Clarich, *Perchè è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*, in *An. Giur. econ.*, 1, 2020, 180, per il quale il rilancio della crescita economica passa dalla stabilità delle norme utili a generare "obiettivi di lungo termine e politiche coerenti nel tempo". Molto evocativi, in tal senso, sono i lavori di M. Ainis, *La semplificazione complicante*, in *Federalismi.it*, 18, 2014, e di R. Ferrara, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1999, 323. Una interessante disamina in ordine al rapporto tra semplificazione ed economia è stata svolta da A. Moliterni, *Semplificazione della burocrazia e crescita economica*, in F. Amatori, M. D'Alberti (a cura di), *L'impresa italiana. Il contesto*, Torino, 2020, 305 ss.

220 R. Prodi, *Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*, in *Il Messaggero*, 11 agosto 2013, ma tale aspetto è stato recentemente richiamato, in termini critici, da F. Figorilli, *La giustizia amministrativa*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *op. cit.*, 368. In termini generali, M.A. Sandulli, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici,* in *Federalismi.it*, 2018, 2-3, secondo cui l'opinione politica, inaccettabilmente, dimentica "che il ruolo costituzionale del giudice amministrativo è quello di assicurare la «giustizia nell'amministrazione» e di tutelare i cittadini (e, più in generale, gli operatori) «nei confronti» della pubblica amministrazione". Si è invece prodotta una ingiusta demonizzazione delle decisioni con le quali "i giudici amministrativi, per garantire l'effettività di tale tutela (e, con essa, il rispetto dei principi e delle regole di buona amministrazione), hanno sospeso o annullato provvedimenti che, per quanto autorizzassero la realizzazione di opere o attività economicamente rilevanti, erano stati assunti

attribuire alla giustizia amministrativa le cause dell'inefficienza del sistema italiano costituisce un "bell'esempio di inversione del rapporto tra causa ed effetto"[221], ma anche che le vere inefficienze ricadono, al contrario, sul ricorrente – il quale sarà chiamato ad attivare un giudizio in ragione delle ambiguità che emergono dal contesto normativo – nonché sulla stessa giustizia amministrativa, la quale, con l'intento di ricondurre ad unitarietà una disciplina frammentata, rischia di contribuire alla progressione del fenomeno della complicazione amministrativa. Un esempio di queste disfunzioni può ricavarsi, tra i vari settori, nel campo dell'edilizia, ed in particolare nell'enorme contenzioso che si è sviluppato dinanzi al giudice amministrativo sulla distinzione tra s.c.i.a. e c.i.l.a.[222]. Le questioni che possono essere messe in evidenza per confermare le problematiche esposte, che muovono dalla differente natura giuridica tra gli istituti, sono essenzialmente due: i) con riguardo al potere di controllo nel caso di c.i.l.a., la giurisprudenza ha spesso negato la possibilità di esercitare i medesimi poteri utilizzabili nell'ambito della s.c.i.a.[223], ma in alcune occasioni ha affermato che la natura privatistica della c.i.l.a. non preclude all'amministrazione la possibilità di esercitare il suo potere di controllo ricorrendo agli articoli 19, commi 3 e 4, della legge n. 241 del 1990[224]; ii) con riguardo alla tutela del terzo, la giurisprudenza ha ammesso, in alcune circostanze, la possibilità di applicare analogicamente l'articolo 19, comma 6 *ter*, della legge n. 241 del 1990[225], e ciò perchè si ritengono entrambi strumenti privatistici, mentre in altre circostanze ha ritenuto inapplicabile lo schema di tutela del controinteressato previsto per la s.c.i.a., muovendo dalla distinzione tra il controllo doveroso previsto per la s.c.i.a. e la vigilanza prevista per la c.i.l.a.[226].

---

senza rispettare forme o limiti posti all'esercizio del potere in contrasto con il quadro ordinamentale".

221 L. Torchia, *Giustizia ed economia*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2014, 337.

222 In ordine alle distinzioni tra i due istituti, cfr. M.A. Sandulli, *Edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 3, 2022, 172 ss., M. Timo, *Contributo allo studio della comunicazione di inizio lavori asseverata nel quadro della "liberalizzazione" dell'attività edilizia*, Padova, 2018, nonché, se si vuole, A. Di Martino, *Liberalizzazioni edilizie e potere pubblico: la c.i.l.a., il potere di controllo (che non c'è) e l'orientamento ondivago della giurisprudenza in materia di tutela del terzo*, in *Riv. giur. edil.*, 3, 2019, 263 ss.

223 T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 17 settembre 2021, n. 1101, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 3 agosto 2021, n. 721, in *Foro amm. (Il)*, 7-8, 2021, 1171; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1° febbraio 2021, n. 1318, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 14 febbraio 2020, n. 1935, in *Riv. giur. edil.*, 1, 2021, 266;

224 T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 11 luglio 2022, n. 4625; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 24 febbraio 2022, n. 462, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

225 T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 16 maggio 2023, n. 649, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3275, in *Riv. giur. edil.*, 3, 2021, 824; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 16 luglio 2018, n. 1497, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

226 T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 13 marzo 2023, n. 128, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché Cons. Stato, Sez. II, 7 marzo 2023, n. 2371, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Alla luce delle considerazioni svolte, è possibile affermare che il principio della ragionevole durata del processo risulta significativamente compromesso ogniqualvolta il giudice amministrativo debba ovviare a carenze e disfunzioni che non gli sono proprie, ma che traggono origine da un'incapacità della normativa sostanziale o dell'azione amministrativa di fornire risposte chiare e tempestive. In particolare, la gamma delle situazioni giuridiche soggettive che, in un ordinamento ben strutturato, troverebbero tutela in via principale nell'ambito procedimentale – quale sede naturale di interlocuzione tra amministrazione e cittadino – viene progressivamente deviata verso il piano processuale, trasformando il giudizio in una sede impropria di ricomposizione di conflitti che, per loro natura, avrebbero dovuto trovare risoluzione a monte, attraverso una corretta azione amministrativa o una legislazione più lineare e coerente. Tale deviazione determina un aggravio patologico dei ruoli della giustizia amministrativa, caricata di contenziosi che avrebbero potuto e dovuto essere evitati. Il risultato è una dilatazione della durata dei processi, che, pur mantenendosi formalmente entro termini "ragionevoli", si rivelano in concreto irragionevoli per il ricorrente, in quanto chiamato a sostenere un'azione giudiziaria solo per ottenere ciò che avrebbe dovuto essergli riconosciuto direttamente in via amministrativa.

Quando la giustizia amministrativa è costretta a intervenire in supplenza del potere pubblico, essa finisce per svolgere una funzione impropria, implicando la trasformazione del ruolo del giudice da soggetto istituzionalmente deputato a risolvere i conflitti tra le parti a correttore delle inefficienze amministrative e legislative. In questo senso, la durata del processo, anche quando contenuta – come emerge dall'azione avverso il silenzio inadempimento – risulta irragionevole non per lacune attinenti all'organizzazione giudiziaria, ma per l'eccessivo carico di una funzione giurisdizionale cui vengono impropriamente delegate istanze che dovrebbero trovare soluzione in sede diversa.

PA Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Francesco Conte
Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"
frankkonte@hotmail.it

Oltre la burocrazia: il nuovo paradigma della performance pubblica

Beyond bureaucracy: the new paradigm of public sector performance

Sintesi

Il saggio analizza l'evoluzione del performance management nella pubblica amministrazione, evidenziando il superamento del tradizionale modello burocratico a favore di un approccio orientato al risultato e alla creazione di valore pubblico. Particolare attenzione è riservata agli indicatori di misurazione, al ruolo delle competenze organizzative e al contributo del capitale umano nella costruzione di un'amministrazione resiliente e trasparente. L'analisi mette in luce le criticità del modello tradizionale, sottolineando la necessità di un paradigma innovativo, capace di integrare digitalizzazione, sostenibilità e accountability, così da rafforzare la capacità delle istituzioni di affrontare le sfide economiche, sociali e ambientali dell'attuale contesto.

Abstract

The essay examines the evolution of performance management in public administration, highlighting the shift from the traditional bureaucratic model towards an approach centered on results and the creation of public value. Particular emphasis is placed on measurement indicators, organizational competencies, and the role of human capital in shaping a resilient and transparent administration. The analysis reveals the shortcomings of the traditional model and underscores the need for an innovative paradigm that integrates digitalization, sustainability, and accountability, thereby enhancing the capacity of institutions to respond effectively to the economic, social, and environmental challenges of the contemporary landscape.

Parole chiave: Performance, Pubblica amministrazione, Accountability, Capitale umano, Governance

Keywords: Performance, Public administration, Accountability, Human capital, Governance

Indice: 1. Introduzione: le nuove sfide della performance. - 2. L'evoluzione della performance di risultato: dal modello burocratico al risultato atteso. - 3. L'analisi della performance: strumenti e prospettive di valutazione. - 4. Gli indicatori per la misurazione della performance: tra efficienza e trasparenza. - 5. Considerazioni finali: la valorizzazione delle competenze.

1. Introduzione: le nuove sfide della performance

Negli ultimi anni, l'ordinamento amministrativo italiano ha conosciuto una stagione riformatrice di crescente intensità, scandita da una «sequenza di interventi legislativi»[1] che hanno progressivamente (ri)modulato il tradizionale *modus operandi* della pubblica amministrazione, ridefinendone i criteri di legittimazione e, con essi, il rapporto tra istituzioni e cittadini[2]. La logica burocratica, che nel modello weberiano trovava il suo punto di forza nell'imparzialità e nella prevedibilità delle decisioni, si è rivelata nel tempo inadeguata a rispondere a un contesto caratterizzato, da un lato, dal rapido avanzamento tecnologico ed economico e, dall'altro, dalla necessità di superare quell'inerzia normativa e culturale che per lungo tempo ha alimentato la cosiddetta «paura di amministrare»[3].

È proprio da questa consapevolezza che nasce l'esigenza di andare «oltre la burocrazia», orientando l'amministrazione verso un nuovo paradigma, fondato non più sul primato della regola amministrativa, ma sul primato della «*performance*», attraverso cui misurare e valutare «il contributo che un'entità – sia essa individuo, gruppo di individui, unità organizzativa, programma o politica pubblica – apporta al conseguimento delle finalità istituzionali e alla soddisfazione dei bisogni collettivi per i quali l'organizzazione è stata costituita»[4].

---

1 Il processo di riforma dell'amministrazione italiana trova la sua prima, autentica svolta con la legge n. 241 del 1990, che per la prima volta ha codificato i principi generali dell'azione amministrativa, sancendo l'obbligo di perseguire i fini determinati dalla legge secondo criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Con tale intervento il legislatore ha tracciato una netta cesura rispetto al passato, inaugurando una concezione dell'amministrazione non più esclusivamente autoritativa e formale, ma orientata al risultato e al buon andamento in funzione del servizio al cittadino. Su questa premessa si è innestata la successiva stagione riformatrice degli anni Novanta e Duemila (d.lgs. n. 29/1993; d.lgs. n. 80/1998; d.lgs. n. 165/2001), fino al d.lgs. n. 150/2009, che ha segnato l'emersione della logica della performance come parametro di valutazione e di responsabilità dell'azione pubblica. Tale impianto è stato successivamente rivisto dal d.lgs. n. 74/2017 e, più di recente, arricchito dagli interventi connessi all'attuazione del PNRR, che hanno aggiornato il sistema in chiave di digitalizzazione, sostenibilità e responsabilità politico-finanziaria. In questo percorso, che si presenta stratificato ma coerente nella sua direzione evolutiva, matura l'affermazione del performance management, non riducibile a un insieme di strumenti tecnici di misurazione, bensì configurabile come un paradigma di governo delle amministrazioni pubbliche, volto a integrare logiche aziendali e principi pubblicistici in una prospettiva orientata alla creazione di valore pubblico.

2 F. Conte, *Il ruolo del principio di risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma nella pubblica amministrazione*, in *Amministrativ@mente*, 3, 2024, 1291 ss.

3 In merito agli effetti «paralizzanti» concernenti il fenomeno della c.d. «paura della firma» si rinvia a 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 *Dir. e proc. amm.*, 2021, 2, 279 ss.; F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, 2020, 36, 33 ss.; S. Tuccillo, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e "paura di amministrare"*, in *Nuove autonomie*, 2020, 3, 725 ss.

4 Delibera CiVIT n. 89 del 2010, *Indirizzi in materia di parametri e modelli di riferimento del Sistema di misurazione e valutazione della performance (articoli 13, comma 6, lett. d) e 30, del decreto*

Ciò ha spinto la pubblica amministrazione a ripensare profondamente la propria identità, non più riconducibile a un apparato rigido e autoreferenziale, ma piuttosto come un organismo «aperto, dinamico e complesso»[5], permeato da logiche «di risultato, digitali e relazionali», in costante interazione con l'ambiente esterno, dal quale attinge risorse, stimoli e aspettative e al quale restituisce, in un flusso continuo, servizi e impatti misurabili in coerenza con la propria missione istituzionale[6]; un ambiente che, a sua volta, non si presenta come un elemento immobile o neutro, ma risulta condizionato dalle scelte strategiche e operative dell'amministrazione, dando luogo a un rapporto circolare e interattivo che contraddistingue il funzionamento delle organizzazioni pubbliche contemporanee[7]. Il *performance management*[8], pertanto, non può più essere ri-

legislativo 27 ottobre 2009, n. 150).

5 *Ex Multis*, v. G. Zappa, *Le produzioni nell'economia dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1956, Vol. I; P. Onida, *Economia d'Azienda*, Torino, Utet, 1982; A. Amaduzzi, *L'azienda. Nel suo sistema e nell'ordine delle sue rilevazioni*, Torino, Utet, 1963; E. Giannessi, *Le aziende di produzione originaria*, Pisa, Cursi, 1960; U. Bertini, *Il sistema d'azienda. Schema d'analisi*, Torino, Giappichelli, 1990; C. Caramiello, *L'azienda, operazioni di gestione e dinamica dei valori*, 2° ed., Milano, Giuffrè, 1997.

6 M. T. Bianchi, *Dalla teoria dell'azienda sistema aperto allo stakeholder engagement: un'applicazione operativa dei fondamenti dell'economia aziendale*, Milano, FrancoAngeli, 2024, 179 ss.

7 M. T. Bianchi, *Dalla teoria dell'azienda sistema aperto allo stakeholder engagement: un'applicazione operativa dei fondamenti dell'economia aziendale*, Milano, FrancoAngeli, 2024, *cit.,* 181.

8 Il concetto di «performance management» ha conosciuto, negli ultimi decenni, un'evoluzione profonda che lo ha trasformato da semplice sistema di misurazione contabile a vero e proprio paradigma di governo delle organizzazioni pubbliche e private. Nato nell'ambito aziendale come strumento legato alla tradizione del controllo di gestione e della contabilità economico-finanziaria, esso ha progressivamente esteso la propria portata semantica e funzionale, fino a configurarsi quale dispositivo capace di integrare dimensioni quantitative e qualitative, connettendo la strategia all'azione e ponendosi come garante della coerenza tra obiettivi dichiarati, risorse impiegate e risultati effettivamente conseguiti. La letteratura internazionale ha ricostruito i tratti di questa evoluzione segnalando, sin dagli studi pionieristici di Koontz, l'esistenza di forme embrionali di valutazione delle prestazioni già nell'antichità, e individuando in Frederick Taylor e nel movimento della scientific management la prima codificazione moderna di sistemi di monitoraggio strutturati; dagli anni Cinquanta in avanti, soprattutto negli Stati Uniti e nel Regno Unito, il tema si è consolidato sotto la denominazione di «performance appraisal», fino a divenire, negli anni Ottanta e Novanta, un modello integrato di governo organizzativo, arricchito dai contributi di Armstrong e Baron e successivamente sistematizzato dal framework di Otley e Ferreira, che ancora oggi costituisce una delle basi concettuali più solide. Tale percorso storico, se letto alla luce delle elaborazioni più recenti, mostra come il *Performance Management System* (PMS) debba essere inteso non soltanto come apparato tecnico di misurazione, ma come processo continuo, dinamico e strategico, in cui il dato economico-finanziario – pur fondamentale – è necessariamente completato da indicatori qualitativi (quali motivazione, cultura organizzativa, relazioni con gli stakeholder, sostenibilità), nella consapevolezza che il valore generato da un'organizzazione non possa esaurirsi nella dimensione patrimoniale e reddituale, ma debba riflettere una prospettiva di medio-lungo termine e una capacità di adattamento alle mutevoli condizioni ambientali. Sul concetto di *performance management* si v. tra gli altri, R. S. Kaplan, D. P. Norton, *The Balanced Scorecard: Measures That Drive Performance*, in *Harvard Business Review*, 1992, 71-79; M. Armstrong, A. Baron, *Performance Management: The New Realities*, London, Institute of Personnel and Development, 1998; A. Ferreira, D. Otley, *The design and use of performance management systems: An extended framework for analysis*, in *Management Accounting Research*, 2009, 20(4), 263-282.

dotto a un mero insieme di strumenti tecnici di misurazione, ma deve essere interpretato quale nuovo paradigma di governo delle amministrazioni pubbliche, nel quale la digitalizzazione svolge la funzione di strumento abilitante delle riforme istituzionali, mentre il principio del risultato si afferma come metodo operativo prevalente, entrambi orientati alla creazione di «valore pubblico riconosciuto e misurabile»[9] quale fine ultimo e criterio ordinatore dell'azione amministrativa[10].

Sotto questo profilo, i tradizionali principi dell'economicità, della legittimità e della trasparenza sono chiamati ad integrarsi con nuove variabili – dalla sostenibilità ambientale e sociale, alla responsabilità «politico-finanziaria»[11], fi-

9 Cfr. R. Mussari, *Performance e valore pubblico*, Milano, Cedam, 2022, 15.

10 G. Racca, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Diritto Amministrativo*, 2022, 3, 601; in particolare, il principio di digitalizzazione è stato introdotto in via espressa dal legislatore con la riforma del 2020, mediante l'inserimento dell'art. 3-bis nella legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, segnando così il riconoscimento normativo della centralità delle tecnologie digitali nella dimensione organizzativa e funzionale della pubblica amministrazione. Tale principio si impone non solo nei rapporti interni agli apparati amministrativi, ma si estende altresì alle relazioni interistituzionali tra amministrazioni diverse e ai rapporti con i soggetti privati, costituendo un vero e proprio obbligo di modernizzazione dei processi decisionali e gestionali. La sua base giuridica ultima va rintracciata nell'art. 97 della Costituzione, poiché la Corte costituzionale ha più volte chiarito che il principio di buon andamento deve essere inteso quale garanzia dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità, i quali trovano oggi nella digitalizzazione un imprescindibile strumento attuativo. In conclusione, il principio di risultato e il principio di digitalizzazione, ormai consolidati nel tessuto normativo e ulteriormente rafforzati dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), si sono progressivamente intrecciati, dando vita a un approccio integrato alla modernizzazione della pubblica amministrazione.

11 E. D'Alterio, *La responsabilità finanziaria: analisi di un mito*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2025, 1, 57 ss.; secondo le riflessioni dell'Autore, la «responsabilità politico-finanziaria» rappresenta un istituto di rilievo costituzionale, in quanto collocato al crocevia tra il principio democratico di controllo sull'uso delle risorse pubbliche e la funzione di equilibrio tra i poteri, assumendo così la fisionomia di contraltare naturale del cosiddetto «potere di borsa», ossia della prerogativa di disporre delle entrate e delle uscite pubbliche, formalmente attribuita al Parlamento ma concretamente esercitata dal Governo. In questa prospettiva, essa si traduce in un obbligo di coerenza e di responsabilità strategica per il decisore politico, chiamato a garantire che le scelte di allocazione delle risorse siano allineate agli obiettivi programmatici dichiarati, compatibili con le esigenze di sostenibilità finanziaria e suscettibili di essere valutate attraverso risultati attesi e misurabili, così da rendere possibile quel confronto ex post tra programmato e realizzato che, in ambito aziendale, costituisce la base del controllo di performance. A differenza della responsabilità amministrativa, che presuppone un rapporto di servizio e un danno erariale, o della responsabilità contabile, connessa alla figura dell'agente contabile, la responsabilità politico-finanziaria opera su un piano diverso, riferito alle scelte strategiche di allocazione delle risorse, e assume perciò una dimensione eminentemente politica e collegiale, pur potendo essere imputata anche a singoli titolari di funzioni decisionali. Essa trova il suo fondamento nei principi costituzionali di equilibrio di bilancio e di copertura finanziaria, traducendosi in vincoli analoghi, per il settore pubblico, a quelli che, nel settore privato, derivano da requisiti di solidità patrimoniale e di sostenibilità della struttura finanziaria: ogni decisione di spesa deve poggiare su risorse certe e previamente individuate, così da garantire l'equilibrio dinamico tra entrate e uscite e preservare la capacità di autofinanziamento futuro. La specificità di questa responsabilità risiede nel suo legame diretto con la titolarità del potere politico-finanziario, secondo il principio per cui il grado di responsabilità deve crescere proporzionalmente all'ampiezza del potere esercitato. Tuttavia, nella prassi operativa, tale legame appare indebolito da un fenomeno di contaminazione

no a ricomprendere la dimensione, ormai ineludibile, della rendicontazione economico-patrimoniale (*accrual accounting*)[12] – ridisegnando in tal modo l'orizzonte entro cui l'amministrazione è tenuta a operare.

È dunque in questa dialettica tra superamento delle rigidità burocratiche e l'affermazione di un paradigma orientato alla *performance* che si colloca la sfida odierna delle amministrazioni pubbliche: non più chiamate a rinnegare le garanzie offerte dal modello amministrativo tradizionale, bensì a reinterpretarle alla luce di nuove esigenze (e influenze) inedite maturate tanto all'interno dei singoli ordinamenti nazionali quanto nel più ampio contesto sovranazionale ed europeo, in cui si affermano vincoli giuridici, criteri di sostenibilità e aspettative sociali che ridisegnano i confini della legittimazione amministrativa.

Questa trasformazione trova una delle sue consacrazioni più significative nell'ampliamento della nozione di «continuità aziendale»[13], che per lungo tem-

---

decisionale: da un lato, l'organo politico tende a intervenire anche su ambiti gestionali, dall'altro l'amministrazione — e in particolare quella finanziaria — assume un ruolo determinante nella definizione delle politiche di spesa, creando così un'area di opacità che rende difficoltosa l'attribuzione puntuale delle responsabilità. È in ragione di questa combinazione di difficoltà di rilevazione, assenza di strumenti di enforcement e indeterminatezza normativa che l'Autore giunge a qualificare la responsabilità politico-finanziaria come un vero e proprio «mito»: non già nel senso di una categoria priva di fondamento o di utilità, bensì come istituto che, pur possedendo tutte le potenzialità per divenire un autentico strumento di governo e di controllo delle finanze pubbliche, rimane troppo spesso confinato a livello di dichiarazioni di principio, senza tradursi in una leva effettiva di miglioramento della qualità e dell'efficacia nella gestione delle risorse.

12 Nello specifico, si fa riferimento alla Riforma 1.15 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che ha introdotto in via generale il principio della competenza economica (accrual accounting) nei sistemi contabili delle amministrazioni pubbliche, quale strumento volto a modernizzare il ciclo della programmazione e della rendicontazione. Il principio in parola, nel segnare un'evoluzione rispetto alla tradizionale competenza finanziaria, impone che i costi e i ricavi siano imputati all'esercizio in cui essi effettivamente maturano sotto il profilo economico, cioè nel momento in cui si realizza la correlazione tra il consumo o l'acquisizione di risorse e l'attività amministrativa esercitata, indipendentemente dalla circostanza che i correlativi incassi o pagamenti si siano già verificati ovvero siano destinati a realizzarsi in futuro. Ne deriva che il conto economico diventa lo strumento deputato a rappresentare, con maggiore aderenza alla realtà, le risorse effettivamente consumate e quelle acquisite con rilievo economico nel periodo di riferimento, offrendo una visione della gestione che non si limita alla dimensione numeraria ma che ingloba altresì gli effetti patrimoniali e le implicazioni di sostenibilità intertemporale delle scelte compiute. Tale impostazione, discostandosi significativamente dal criterio della competenza finanziaria, tradizionalmente dominante nei sistemi contabili pubblici e fondato sulla rilevazione di entrate e spese in corrispondenza di atti giuridico-contabili (accertamenti e impegni), tende a superare una logica prevalentemente autorizzatoria e procedurale, nella quale il controllo si esaurisce nella verifica del rispetto dei limiti di spesa, per approdare a una logica più ampia e sostanziale, orientata alla valutazione integrata dei riflessi economici e patrimoniali dell'azione amministrativa. In tal modo, la riforma contribuisce a rafforzare tanto la trasparenza quanto la responsabilità politico-finanziaria dei decisori pubblici, incidendo non solo sulla tecnica contabile, ma sulla stessa architettura dei rapporti tra amministrazione e cittadini, ai quali è restituito un quadro più attendibile circa la qualità della gestione e la sua capacità di sostenersi nel tempo.

13 Il concetto di «continuità aziendale», nell'esperienza giuridico-economica contemporanea, richiama la capacità di un'organizzazione di garantire nel tempo il mantenimento di equilibri economici, finanziari e patrimoniali, condizione indispensabile per la prosecuzione dell'attività e per la legittimazione stessa della sua esistenza istituzionale. La verifica di tale condizione, pur orientata a una proiezione futura, si radica in elementi attuali e concreti, in quanto richiede di

po era stata ricondotta in modo pressoché esclusivo al mantenimento dell'equilibrio numerario tra flussi finanziari in entrata e in uscita, ma che oggi viene riformulata entro un paradigma più esteso, idoneo a integrare variabili ulteriori e decisive per la sopravvivenza e lo sviluppo dell'organizzazione, tra le quali assumono particolare rilievo, da un lato, la dimensione patrimoniale, e, dall'altro, la resilienza aziendale[14]. La prima non si esaurisce più nella funzione di indicatore della solidità economico-finanziaria dell'ente, ma si configura come espressione della capacità di garantire la sostenibilità di lungo periodo e la stabilità degli impegni assunti; la seconda, a sua volta, non può più essere intesa unicamente quale abilità di reagire a shock esterni o a perturbazioni interne, ma si traduce

valutare non soltanto la possibilità di generare flussi positivi di cassa, ma anche l'idoneità a sostenere il servizio del debito e ad assicurare una remunerazione congrua al capitale di rischio, configurandosi dunque come un giudizio complesso che coniuga dimensione prospettica e solidità strutturale. In questo quadro, un ruolo determinante è assunto dalle variabili ambientali, le quali, in un contesto segnato da crescente instabilità, si pongono quali fattori in grado di incidere direttamente sulla sostenibilità prospettica della gestione e di generare rischi sistemici capaci di compromettere gli scenari delineati ex ante. È per tale ragione che al concetto tradizionale di continuità si affianca quello di resilienza, inteso come capacità dinamica dell'organizzazione di anticipare, prepararsi, rispondere e adattarsi a mutamenti imprevisti. La resilienza, in questa prospettiva, non si limita a garantire la mera prosecuzione operativa in condizioni di crisi – come nella più ristretta logica della business continuity – ma implica una visione più ampia, in cui le difficoltà si trasformano in occasioni di apprendimento e innovazione, contribuendo a rafforzare l'organizzazione e a consolidarne la capacità di perseguire obiettivi strategici anche in condizioni avverse. Ne discende che la valutazione della resilienza richiede un approccio sistemico, che tenga conto dell'analisi dei rischi, della valorizzazione dei punti di forza e del superamento delle vulnerabilità strutturali, nonché della predisposizione di piani di emergenza e procedure di risposta che, lungi dal costituire meri adempimenti formali, divengono strumenti essenziali di pianificazione strategica. Una pianificazione efficace, infatti, deve fondarsi sulla conoscenza del risk appetite, evitando l'assunzione di rischi non ponderati, e deve promuovere, altresì, la flessibilità organizzativa e produttiva, così da consentire un adattamento continuo a scenari mutevoli, alle dinamiche di mercato, alle minacce esogene e, al tempo stesso, alle opportunità emergenti. Per un maggior approfondimento sul tema si rimanda a B. Campedelli, *Governare l'incertezza*, Milano, FrancoAngeli, 2024, 299 ss.

14 R. Mussari, *Trasparenza e performance delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista di studi giuridici Ianus - Diritto e Finanza*, 2022, 25, 68 ss.; il termine *performance*, ormai stabilmente entrato non soltanto nel linguaggio tecnico–aziendale ma anche in quello normativo e quotidiano delle amministrazioni pubbliche, si presenta come concetto polisemico e, per molti versi, sfuggente, suscettibile di assumere significati diversi a seconda del contesto di riferimento, distinguendosi tuttavia dal mero comportamento in quanto implica un certo grado di intenzionalità. Se in senso letterale esso può rinviare al risultato di un'azione, nel linguaggio giuridico–amministrativo e manageriale si è affermato come *umbrella-term*, idoneo a ricomprendere una pluralità di dimensioni tra loro intrecciate — dall'efficienza all'efficacia, dall'economicità alla sostenibilità, dalla qualità dei servizi alla trasparenza — con il rischio, tuttavia, che un'eccessiva ampiezza semantica ne indebolisca l'operatività applicativa. In dottrina sono state elaborate diverse interpretazioni: la *performance* come comportamento intenzionale degli attori pubblici; come competenza o capacità, ossia qualità dell'azione; come buon risultato, implicante un giudizio di valore sugli esiti; e infine come risultato sostenibile, in grado di coniugare qualità dell'azione e dei risultati. L'approccio convenzionale, mutuato dal settore privato, ha fatto leva sulla metafora del processo produttivo — "input-process-output-outcome" —, riducendo la *performance* agli esiti delle attività; e tuttavia tale impostazione si rivela insufficiente rispetto alla complessità dell'azione amministrativa, che deve essere valutata non soltanto con i criteri economico–gestionali di efficienza ed efficacia, ma anche con riguardo a principi ulteriori quali legalità, imparzialità, trasparenza ed equità, nella prospettiva più ampia del «valore pubblico».

in attitudine a trasformarsi, a riorientare i processi organizzativi e a rimodulare le strategie operative, così da adattarsi a contesti mutevoli senza sacrificare né l'efficienza gestionale né, soprattutto, la coerenza con gli obiettivi istituzionali e con le finalità di interesse generale che all'amministrazione sono affidate.

La spinta propulsiva di tale evoluzione si rintraccia in una pluralità di fattori convergenti: da un lato, l'attuazione delle riforme previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha imposto un approccio unitario alla misurazione e valutazione della performance, fondato sul principio della competenza economica e orientato a valorizzare la dimensione patrimoniale come indicatore imprescindibile della salute organizzativa, proiettando la gestione pubblica verso un modello più vicino al «controllo manageriale complessivo d'azienda» e di restituirne una rappresentazione più attendibile non solo in relazione all'equilibrio immediato dei conti, ma anche alla loro sostenibilità futura[15]; dall'altro,

---

Come sottolineato da Hood, i criteri di misurazione della *performance* possono articolarsi in tre categorie: «product criteria», legati all'efficacia e all'efficienza dei servizi; «process criteria», attinenti a legittimità ed equità dei procedimenti; e «regime criteria», riferiti alla capacità del soggetto pubblico di affrontare crisi ed emergenze. La performance si configura dunque come concetto multidimensionale, che, lungi dal possedere un significato unitario, deve essere inteso come insieme di informazioni rilevanti per i diversi portatori di interesse, richiedendo pertanto una delimitazione concettuale chiara che ne eviti l'uso indistinto e che ne assicuri l'effettiva funzionalità nei sistemi di misurazione, valutazione e responsabilità delle amministrazioni pubbliche. Per un maggior approfondimento sul tema si rinvia a T. Boivard, *The political economy of performance measurement*, in A. Halachmi, G. Bouckaert, *Organizational performance and measurement in the Public sector: toward service, effort and accomplished reporting*, in *Quorum books*, 1996, 145-165; M. Dubnick, *Accountability and the promise of performance: in search of mechanisms*, in *Public Performance & Management Review*, 2005, 376-417; B. A. Radin, *Challenging the performance movement: accountability, complexity, and democratic values*, in *Georgetown University Press*, 2006.

15 Come opportunamente sottolineato in dottrina, il percorso di elaborazione teorica che ha condotto alla configurazione del moderno «performance management» trova una delle sue radici più profonde nel pensiero di Fabio Besta, il quale, già alla fine del XIX secolo, aveva posto le basi per un sistema contabile inteso non soltanto quale meccanismo di registrazione dei fatti di gestione, ma come vera e propria «scienza del controllo economico» (così in F. Besta, *La Ragioneria. Prolusione letta alla solenne apertura degli studi per l'anno scolastico 1880-1881*, Venezia, Tipografia dell'Istituto Coletti, 1880). Nella sua prospettiva, la contabilità si configura, infatti, come strumento conoscitivo essenziale, idoneo a rappresentare la dinamica patrimoniale degli enti e a correlare le risorse impiegate con i risultati conseguiti, in modo da consentire una valutazione complessiva e sistemica dell'azione amministrativa. Questa impostazione, che si discosta radicalmente dalla mera logica certificativa dei flussi numerari, ha aperto la strada a una concezione della rilevazione economico–patrimoniale quale metodo più idoneo a dar conto non solo delle entrate e delle spese, ma anche della consistenza e delle variazioni del patrimonio, restituendo così un'immagine complessiva della gestione pubblica quale processo economico suscettibile di essere analizzato, misurato e valutato. Non sorprende, pertanto, che la lezione di Besta, lungi dall'essere confinata a un contesto storico remoto, venga oggi riletta come paradigma ancora attuale, nella misura in cui valorizza la funzione della contabilità quale base conoscitiva per un giudizio di performance, inteso come capacità delle amministrazioni di assicurare nel tempo sostenibilità e razionalità delle proprie scelte. In questo solco si inserisce anche l'evoluzione successiva degli studi di Gino Zappa, il quale, nel delineare le «tendenze nuove» degli studi di ragioneria, contribuì a rafforzare l'idea che la funzione valutativa della contabilità dovesse necessariamente accompagnarsi a una riflessione più ampia sulla governance delle organizzazioni e sui riflessi economico-sociali delle loro decisioni (così in G. Zappa, *Tendenze nuove negli studi di ragioneria*, in *Annuario del Regio Istituto Superiore di Scienze Economiche e*

l'evoluzione (e l'influenza) della disciplina europea in materia di «rendicontazione di sostenibilità e due diligence aziendale», che ha imposto alle imprese private una crescente attenzione alle performance ESG e alla loro integrazione nelle strategie di lungo periodo[16].

A questi elementi si aggiunge la progressiva diffusione delle tecnologie digitali abilitanti – quali l'intelligenza artificiale, la *blockchain* e le *distributed ledger technologies* – che hanno inciso in maniera significativa sul ciclo della performance, consentendo la gestione e la valutazione in tempo reale di dati economici, patrimoniali e ambientali e determinando così una trasformazione dell'architettura decisionale e dei connessi profili di responsabilità; un processo che apre la strada a una transizione verso un modello di «amministrazione algoritmica», in cui la funzione decisionale umana si integra con procedure automatizzate in

Commerciali di Venezia, 1927, 29-62). In tal senso, come osserva Giovanni Barresi, il tema del governo della performance si colloca oggi nel solco di una tradizione che, pur avendo radici lontane, trova nel contesto contemporaneo una nuova attualità, legata all'esigenza di integrare criteri economico–patrimoniali, principi giuridici e obiettivi di sostenibilità nelle pratiche di valutazione e di controllo delle pubbliche amministrazioni (così in G. Barresi, *Prefazione*, in G. Noto (a cura di), *Il governo della performance dei servizi di prevenzione e tutela della salute*, Torino, Giappichelli, 2024, XIII).

16 Sia consentito rinviare a F. Conte, *La finanza sostenibile*, in *Federalismi.it*, 2022, 33, 21 ss.; nello specifico, per «rendicontazione di sostenibilità» si intende il processo mediante il quale un'organizzazione è chiamata a dare conto in modo trasparente e verificabile non solo dei risultati economico-finanziari, ma anche degli impatti ambientali, sociali e di governance (ESG) che derivano dalla propria attività, con l'effetto di estendere l'orizzonte della tradizionale accountability a dimensioni ulteriori rispetto al solo bilancio d'esercizio. In ambito europeo, la disciplina ha conosciuto un progressivo consolidamento: dapprima con la direttiva 2014/95/UE (c.d. NFRD), recepita in Italia con il d.lgs. n. 254/2016, che ha introdotto per le imprese di interesse pubblico di grandi dimensioni l'obbligo di fornire informazioni non finanziarie; più di recente, con la proposta di «Corporate Sustainability Reporting Directive» (CSRD) del 2021, che ha ampliato significativamente l'ambito di applicazione, estendendo la rendicontazione a tutte le grandi imprese, con l'obiettivo di rendere comparabili e attendibili le informazioni fornite, nella consapevolezza che esse costituiscono una condizione essenziale di legittimazione sociale ed economica dell'attività d'impresa. Accanto a ciò, la «due diligence aziendale» si configura come un insieme di obblighi preventivi e di vigilanza attiva, volti a identificare, valutare e mitigare i rischi di impatto negativo sui diritti umani e sull'ambiente lungo l'intera catena del valore. Con la proposta di direttiva n. 2022/0051 sulla «Corporate Sustainability Due Diligence» (CSDD), la Commissione europea ha inteso rendere cogente per le grandi e grandissime imprese un dovere di diligenza rafforzato, chiamandole a predisporre strumenti idonei a prevenire pratiche lesive, come lo sfruttamento lavorativo o l'inquinamento, e a garantire che l'attività economica sia coerente con i principi di sostenibilità e responsabilità sociale. In tale prospettiva, rendicontazione di sostenibilità e due diligence aziendale rappresentano due momenti complementari di un unico processo di responsabilizzazione: la prima assicura trasparenza verso l'esterno, permettendo agli stakeholder di valutare coerenza ed efficacia delle scelte intraprese; la seconda realizza prevenzione e vigilanza interna, imponendo all'impresa di farsi garante della sostenibilità delle proprie decisioni lungo tutta la catena del valore. Entrambe concorrono a ridefinire il rapporto tra impresa, ordinamento e società, collocando la sostenibilità intergenerazionale e la creazione di valore pubblico tra i criteri ordinatori delle politiche europee e nazionali in materia economica. Per una maggior disamina sull'argomento si rinvia a S. Bruno, *Il ruolo della S.p.A. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su «Corporate Sustainability Due Diligence». Nasce la stakeholder company?*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritti Comparati*, 2022, 2, 303 ss.

grado di assicurare maggiore trasparenza e tempestività nella rendicontazione[17].

Sulla base delle riflessioni fin qui condotte, l'obiettivo del presente contributo è quello di indagare il progressivo processo di «aziendalizzazione»[18] della pubblica amministrazione, fenomeno che, lungi dal poter essere ricondotto a una mera trasposizione di tecniche manageriali nell'ambito pubblico, si configura quale evoluzione giuridico-istituzionale dell'amministrazione per risultati (o di risultato), nell'ambito della quale la misurazione e la gestione della performance, da semplice strumentazione tecnico-contabile, si sono progressivamente trasformate in un (nuovo) «metodo di governo»[19] capace, da un lato, di orientare in modo coerente e sistematico le dinamiche decisionali – tanto nella dimensione strategica quanto in quella operativa – e, dall'altro, di accrescere l'attitudine adattiva delle amministrazioni rispetto alle sollecitazioni politico-istituzionali, economiche e tecnologiche provenienti dall'ambiente esterno, assicurando al contempo la stabilità degli impegni assunti e la continuità dell'azio-

17 F. Conte, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: il processo di transizione verso l'amministrazione algoritmica*, in *Federalismi.it*, 2023, 11, 54 ss.

18 M. Paoloni, F. G. Grandis, *La dimensione aziendale delle amministrazioni pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2007, 14; in particolare, con il concetto di «aziendalizzazione», si intende introdurre, in ambito pubblico, logiche, principi, meccanismi operativi, strumenti tecnici e regole di gestione tipiche dell'azienda, per come intesa dagli studiosi dell'economia aziendale. Esso si colloca all'interno del più ampio processo di riforma di tipo «istituzionale e privatistico» che, a partire dagli ultimi decenni del XX secolo, ha progressivamente visto affermarsi il paradigma del New Public Management (NPM), sviluppatosi originariamente nell'esperienza dei governi anglosassoni e successivamente trapiantato, con differenti modalità e intensità, nei sistemi europei continentali. Tale paradigma ha promosso un incisivo processo di adattamento della pubblica amministrazione alle logiche del management privato, fondato sull'importazione di principi e strumenti quali la misurabilità dei risultati, la gestione per obiettivi, la valutazione sistematica della performance e il contenimento dei costi, con l'intento di rendere l'azione amministrativa più efficiente, efficace e responsabile nei confronti dei cittadini–utenti. Nondimeno, questo approccio ha suscitato un ampio dibattito, sia in dottrina che in prassi, circa la sua effettiva compatibilità con i valori e le finalità che caratterizzano l'ordinamento pubblico, imponendo di interrogarsi su come coniugare logiche di mercato e principi di legalità, imparzialità e buon andamento, che rimangono capisaldi costituzionali dell'azione amministrativa. Per un inquadramento teorico e critico del New Public Management si veda, tra gli altri, C. Hood, *A Public Management for All Seasons?*, in *Public Administration*, 1991, Vol. 69; D. Osborne, T. Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York, Addison-Wesley, 1992; M. Barzelay, *The New Public Management: Improving Research and Policy Dialogue*, in *University of California Press*, 2001; E. Ferlie, L. Ashburner, L. Fitzgerald, A. Pettigrew, *The New Public Management in Action*, in *Oxford University Press*, 1996.

19 *Ex multis*, v. F. Conte, *La Direttiva sui requisiti per i Quadri di bilancio: analisi e prospettive di riforma nell'Unione europea*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2024, 5, 619; N. Lupo, *Gli adeguamenti dell'ordinamento costituzionale italiano conseguenti al nuovo Patto di Stabilità e Crescita. Prime riflessioni*, in *Bilancio comunità e persona*, 2024, 1, 172; Id., *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, in *Diritto pubblico*, 2022, 3, 729-755; Id., *Il nuovo "metodo di governo" delineato dal PNRR e i suoi incoraggianti primi passi*, in P. Bilancia (a cura di), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*, Bologna, Il Mulino, 2024, 27-54; C. Fasone, N. Lupo, *Learning from the Euro-crisis. A new method of government for the EU economic policy coordination after the pandemic?*, in *STALS Research Papers*, 2023, 4, 1-24.

ne in funzione degli obiettivi di interesse generale.

2. L'evoluzione della performance di risultato: dal modello burocratico al risultato atteso

Nel corso della sua evoluzione, il paradigma «dell'amministrazione di risultato (o per risultati)»[20] – che per lungo tempo aveva animato il dibattito «dottrinale»[21] e «giurisprudenziale»[22], salvo poi essere progressivamente accantonato a favore della prioritaria esigenza di semplificazione e di snellimento burocratico – ha conosciuto una rinnovata centralità con l'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), nel quale il c.d. «principio di risultato» viene assunto quale criterio ordinatore delle dinamiche procedimentali e organizzative[23].

---

20 Sulle nozioni concernenti l'amministrazione di risultato (o per risultati) si veda V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 617 ss.; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2002, 127 ss.; L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; Id., *Costruzione del "futuro" delle decisioni e Giustizia nell'Amministrazione di risultato*, in L. Iannotta (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, 3 ss.; A. Romano Tassone, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in Scritti in onore di Elio Casetta, Napoli, Jovene, 2001, 813 ss., R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 102 ss.; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, cit., 107 ss.; M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, 172 ss.

21 S. Cassese, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno, Palermo 28-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004.

22 Negli orientamenti più recenti della giurisprudenza amministrativa – tanto del Tribunale Amministrativo Regionale quanto del Consiglio di Stato – è stato progressivamente precisato il significato da attribuire al principio di risultato nell'ambito del codice dei contratti pubblici, inteso quale criterio funzionale ad assicurare che le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti si svolgano nel minor tempo possibile e con il miglior rapporto tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, ma senza per questo comprimere in modo eccessivo l'esercizio della discrezionalità amministrativa, specie nei settori connotati da particolare complessità. Tale impostazione si traduce, secondo i giudici, nell'imperativo di superare gli «eccessivi formalismi procedurali» (TAR Trento, 15.11.2023 n. 181), privilegiando «la sostanza» (TAR Napoli, 15.01.2024 n. 377) come criterio orientativo per la valutazione delle offerte (TAR Napoli, 25.03.2024 n. 1910), così da garantire la qualità effettiva della prestazione (Consiglio di Stato, sez. III, 29.12.2023 n. 11322) e il conseguimento del miglior risultato possibile, assunto quale «valore dominante» nella realizzazione dell'interesse pubblico (Consiglio di Stato, sez. V, 27.02.2024 n. 1924). In questa prospettiva, che include anche la dimensione della «virtuosità» organizzativa, viene sottolineata l'esigenza di selezionare operatori economici capaci di dimostrare, sin dalle prime fasi della competizione, un elevato grado di affidabilità, impegno e competenza (TAR Catania, 12.12.2023 n. 3738), così da garantire che la condotta dell'amministrazione e dei concorrenti non solo risulti formalmente legittima, ma sia anche sostanzialmente adeguata al conseguimento del risultato finale.

23 F. Conte, *Il ruolo del principio di risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma nella pubblica amministrazione*, in *Amministrativ@mente*, 2024, 3, 1301.

Già a partire dalle riflessioni di Massimo Severo Giannini negli anni Sessanta – riflessioni che avrebbe trovato una più compiuta sistematizzazione nel celebre Rapporto degli anni Ottanta[24] – si avvertiva l'esigenza di superare la concezione dell'attività amministrativa come mera «sequenza di provvedimenti», per approdare a un «nuovo modo di intendere l'azione pubblica»[25], capace di misurare e valutare i «risultati-obiettivi»[26] dell'azienda pubblica; un'impostazione che, pur avendo incontrato inizialmente resistenze e cautele per il timore di una possibile compressione del principio di legalità, ha progressivamente acquisito una propria autonomia concettuale, imponendosi come matrice di un ripensamento più ampio circa il significato stesso dell'azione pubblica e le modalità della sua rendicontazione, anche in ragione dell'esigenza, sempre più pressante, di contenere e razionalizzare la spesa pubblica in un contesto di crescente tensione sui conti statali[27].

---

24 M. S. Giannini, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazioni dello Stato,* trasmesso alle Camere dal Ministro della Funzione Pubblica, 1979, 5 ss.; nello specifico, il Rapporto ha evidenziato come il termine «produttività» presenti una duplice accezione: da un lato essa indica la quantità di beni o servizi prodotti in un dato periodo, dall'altro rinvia agli indicatori di efficacia ed efficienza dell'organizzazione. I tentativi compiuti da alcune amministrazioni di misurarla si sono spesso rivelati elementari, poiché condizionati da tre ordini di difficoltà: la complessità intrinseca di talune attività, la confusione concettuale tra produttività ed efficienza e l'uso di strumenti eterogenei e metodologicamente deboli. L'impiego, ad esempio, dei carichi di lavoro come parametro di produttività risulta improprio, poiché non riflette la reale capacità dell'amministrazione di generare valore pubblico. Ne deriva la necessità di sviluppare indicatori più sofisticati, che includano anche dimensioni qualitative, come la soddisfazione degli utenti, accettando che tali strumenti siano inevitabilmente imperfetti ma comunque indispensabili per non lasciare la pubblica amministrazione in una posizione di arretratezza rispetto alle esperienze consolidate del settore privato.

25 F. G. Scoca, *Attività amministrativa*, in Enc. dir., Aggiornamento, 2002, III, 100 ss.; S. Pensabene Lionti, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3, 1; F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, 191 ss.; M. Immordino, A. Police, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, 163-164; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?*, *in Dir. e soc.*, 2000, 101.

26 M. R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in Aa. Vv. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 36; in settori particolarmente sensibili, quali quello degli appalti pubblici, il «risultato ideale» non coincide esclusivamente con l'affidamento del contratto alle condizioni più vantaggiose per l'interesse pubblico, ma può comprendere, in talune circostanze, anche la mancata aggiudicazione ovvero la risoluzione del rapporto contrattuale, qualora tali esiti si rivelino maggiormente rispondenti alla tutela della collettività; ne consegue che il giudice amministrativo è chiamato a garantire che l'azione dell'amministrazione si mantenga costantemente orientata al risultato e coerente con le procedure, evitando prassi meramente formali o inutilmente gravose, posto che la legittimità stessa dell'azione amministrativa si misura, in ultima analisi, con il conseguimento del risultato previsto dalla legge.

27 Sia consentito rinviare a F. Conte, *Il ruolo del principio di risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma nella pubblica amministrazione*, in *Amministrativ@mente*, 2024, 3, 1302 ss.; in particolare, le elaborazioni dottrinali successive hanno cercato di delineare i contorni dell'«amministrazione performance oriented», muovendo da prospettive differenti: vi è chi ha sostenuto che essa debba essere ricondotta al principio costituzionale di buon andamento, inteso come criterio programmatorio volto a vincolare l'amministrazione all'osservanza dei canoni di efficienza, efficacia ed economicità; vi è chi ne ha ridimensionato la portata, limitandola alla sola esigenza di misurare e valutare gli esiti dell'azione amministrativa; vi è chi,

Da qui in poi l'evoluzione del concetto di risultato si è intrecciata in modo significativo con la crescente influenza dell'ordinamento sovranazionale, il quale ha finito per esercitare un impatto determinante sull'intero sistema di programmazione economico-finanziaria degli Stati membri dell'Unione, non solo sotto il profilo sostanziale – attraverso la ridefinizione degli obiettivi e della configurazione dei principali strumenti programmatici dello Stato – ma anche sotto il profilo procedimentale, determinando un complessivo ripensamento del ciclo decisionale entro cui si formulano, si attuano e si monitorano le politiche di bilancio[28].

Questo processo ha trovato ulteriore consolidamento nei primi anni Duemila, quando la crescente globalizzazione economico-finanziaria ha reso necessario l'adozione di strumenti di programmazione fondati sul merito e su criteri valutativi oggettivi, capaci non solo di favorire una più incisiva razionalizzazione e semplificazione dei meccanismi di misurazione e verifica della performance, ma anche di elevare la qualità progettuale e l'affidabilità delle politiche pubbliche, assicurando un più solido legame tra obiettivi dichiarati e risul-

al contrario, ha individuato nell'orientamento ai risultati il presupposto per ridefinire il rapporto tra politica e amministrazione, enfatizzando la responsabilità dei funzionari e dei dirigenti non solo per la legittimità formale degli atti, ma anche per la capacità di conseguire gli obiettivi loro assegnati; e, infine, vi è chi ha visto nella categoria lo strumento per adattare contenuti e modalità dell'azione pubblica alle esigenze differenziate delle comunità e dei contesti territoriali. Non meno variegato è stato l'apporto della giurisprudenza amministrativa e contabile, la quale, pur avendo più volte fatto ricorso al parametro del risultato come criterio valutativo dell'azione pubblica, non è tuttavia approdata a una elaborazione compiuta e unitaria della nozione, mantenendo un'oscillazione costante tra l'assimilazione al principio di buon andamento e la prospettiva di una sua autonoma configurazione concettuale. Ciò anche perché permaneva diffuso il timore che un'eccessiva enfasi sul risultato potesse incrinare il principio di legalità, giacché nella tradizione amministrativa italiana la legittimità dell'atto è stata a lungo considerata l'unico parametro idoneo a misurare la correttezza dell'azione dei pubblici poteri.

28 V. Bontempi, *L'amministrazione finanziaria dello Stato. La gestione della finanza pubblica in un sistema multilivello*, Milano, FrancoAngeli, 62 ss.; in particolare, il diritto dell'economia in Italia ha conosciuto, negli ultimi decenni, una trasformazione di carattere costituzionale e istituzionale, in larga misura determinata dal processo di integrazione europea e, in particolare, dall'adesione all'Unione economica e monetaria, che ha profondamente inciso sull'equilibrio tra sovranità nazionale e vincoli sovranazionali. In tale prospettiva, un primo ambito di rilievo è rappresentato dalla programmazione economico-finanziaria, progressivamente condizionata dal Patto di stabilità e crescita del 1997, dal successivo Six Pack del 2011 e dall'istituzione del Semestre europeo, i quali hanno imposto una sempre più stringente conformazione delle politiche interne agli orientamenti definiti in sede europea, accompagnata, sul piano interno, dalla riforma del ciclo di bilancio con l'introduzione del DEF e della NADEF. Parallelamente, la creazione del Meccanismo europeo di stabilità ha consolidato una rete di strumenti di controllo e sostegno tra Stati membri, riducendo ulteriormente i margini di autonomia interna. Contestualmente, anche il sistema bancario e finanziario ha conosciuto una profonda ristrutturazione, avviata con la legge Amato-Carli del 1990 e proseguita con la privatizzazione del credito e l'autonomia della Banca d'Italia nella politica monetaria, che hanno segnato il definitivo superamento del modello pubblico e il distacco dal finanziamento diretto della spesa statale. Ne è derivato un assetto di governance multilivello, nel quale l'Italia ha dovuto ridefinire il proprio spazio decisionale, confrontandosi costantemente con i vincoli derivanti dai criteri di Maastricht e dai successivi meccanismi di coordinamento economico europeo.

tati effettivamente conseguiti[29].

La trasformazione così delineata ha condotto all'affermazione di un modello di *governance* pubblica che assume la realizzazione dei risultati dell'amministrazione come criterio ordinatore e parametro sostanziale di legittimazione dell'azione pubblica[30]; un modello la cui effettività è garantita dall'osservanza di regole di matrice europea, sempre più stringenti, che impongono il rispetto dell'equilibrio di bilancio, la piena trasparenza dei processi decisionali e la sostenibilità del debito pubblico[31].

Tale riconfigurazione dell'architettura pubblica risponde, da un lato, all'urgenza di ristabilire un rapporto di fiducia tra istituzioni e cittadini, profondamente incrinato da una «crisi di legittimità dell'intervento pubblico»[32] – come emblematicamente testimoniato, nel contesto italiano, dall'esperienza di Tangentopoli – che ha acuito la frattura tra i bisogni crescenti della collettività e la percezione di inefficacia dell'apparato statale; dall'altro, costituisce espressione di un continuo adeguamento della pubblica amministrazione ai modelli organizzativi internazionali più evoluti, connotati da una forte enfasi sull'efficienza gestionale, sulla trasparenza dei processi decisionali e sulla qualità dei servizi erogati alla comunità.

Ebbene, il «risultato» si pone come parametro giuridicamente vincolante e, al tempo stesso, come strumento di attuazione del principio costituzionale di buon andamento sancito dall'art. 97 della Costituzione, imponendo all'amministrazione di dare conto non soltanto della correttezza formale dei propri atti, ma anche del grado di effettivo raggiungimento degli obiettivi programmati e della qualità delle prestazioni erogate; ciò con riflessi rilevanti sia sulla distribuzione e sull'utilizzo delle risorse interne, sia sulla misurazione della performance

29 A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, Giappichelli, 2018, 101 ss.; in particolare, merita di essere richiamato il pacchetto normativo noto come «riforma Brunetta», che tra il 2008 e il 2009 ha introdotto un insieme organico di disposizioni destinate ad incidere in maniera profonda sulle modalità di funzionamento della pubblica amministrazione italiana. Promossa da Renato Brunetta, allora Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione, la riforma si proponeva di rafforzare la produttività del lavoro pubblico, di incrementare l'efficienza delle strutture organizzative e di promuovere forme più incisive di trasparenza istituzionale, nella consapevolezza che la credibilità dell'azione amministrativa dipenda non solo dal rispetto formale delle regole, ma anche dalla capacità di rendere effettivi i principi di responsabilità e di buon andamento. Elemento cardine di questo processo è stato rappresentato dal d.lgs. n. 150 del 2009, successivamente integrato dalla legge n. 124 del 2015 e dai decreti attuativi nn. 74 e 75 del 2017, i quali hanno sistematizzato i principi del performance management, orientato a razionalizzare e semplificare gli strumenti di misurazione e valutazione della performance, imprimendo un mutamento di prospettiva tanto nella disciplina del lavoro pubblico quanto nella stessa configurazione dei rapporti tra cittadini e amministrazione. Il nuovo assetto normativo ha così ridisegnato l'intera architettura dei sistemi di valutazione, responsabilizzazione e merito, introducendo meccanismi di misurazione più stringenti e criteri di premialità direttamente collegati al conseguimento degli obiettivi istituzionali, nella convinzione che soltanto un'amministrazione effettivamente orientata ai risultati possa garantire, da un lato, un utilizzo più razionale ed equo delle risorse pubbliche e, dall'altro, un innalzamento della qualità dei servizi offerti alla collettività.

30 L. GIANI, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, 307-331.

dirigenziale, entro i confini invalicabili fissati dalla tutela dei diritti sociali divenuti sempre più «condizionati»[33] dal rispetto delle regole finanza pubblica[34].

In questi termini «la rilevanza attribuita al risultato amministrativo 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 intendono la loro azione»[35].

---

31 La cosiddetta *golden rule* di bilancio — o «regola aurea della finanza pubblica» — rappresenta un principio cardine della teoria delle finanze pubbliche, secondo cui l'indebitamento statale è ammissibile soltanto per finanziare spese in conto capitale, vale a dire investimenti pubblici destinati a generare benefici durevoli, mentre le spese correnti devono essere integralmente coperte da entrate ordinarie. Tale regola, le cui radici teoriche risalgono a R. MUSGRAVE (*The Theory of Public Finance*, 1959), si fonda su un criterio di equità intertemporale: il debito è giustificato come strumento di redistribuzione tra generazioni, laddove consenta di realizzare opere da cui trarranno vantaggio anche i cittadini futuri. Se in alcuni ordinamenti nazionali il principio è stato recepito in forma vincolante — si pensi alla *Schuldenbremse* introdotta nella Legge Fondamentale tedesca nel 2009 — esso non ha mai trovato attuazione formale nel quadro dell'Unione Europea. Il Patto di Stabilità e Crescita, infatti, continua a basarsi su parametri quantitativi rigidi, in particolare il limite del 3% di disavanzo annuo e l'obiettivo di mantenere il debito pubblico sotto la soglia del 60% del PIL, senza distinguere tra spese correnti e spese per investimenti. Tale rigidità genera effetti pro-ciclici e riduce la capacità discrezionale degli Stati membri di attuare politiche fiscali anticicliche nei momenti di recessione. Per superare queste criticità, una parte crescente della letteratura economica ha avanzato la proposta di introdurre una *golden rule selettiva*, che escluda dal calcolo del deficit strutturale gli investimenti pubblici ad alta valenza strategica — ad esempio in infrastrutture, istruzione e sostenibilità ambientale — al fine di incentivare una spesa pubblica di qualità, orientata allo sviluppo (così in A. TRUGER, *Implementing the Golden Rule for Public Investment in Europe*, 2016). La proposta è riemersa con forza nel dibattito post-Covid-19, soprattutto in seguito all'introduzione del *Next Generation EU*, che ha temporaneamente sospeso i vincoli del Patto, aprendo la strada a una governance fiscale più flessibile. Restano, tuttavia, rilevanti criticità sia di ordine tecnico — relative alla classificazione contabile delle spese — sia di ordine politico, legate al rischio di opportunismo fiscale da parte degli Stati membri (così in O. BLANCHARD, F. GIAVAZZI, *Improving the SGP through a proper accounting of public investment*, 2004). Per tali ragioni, la riflessione sulla *golden rule* non si esaurisce in un piano tecnico-contabile, ma rappresenta un nodo cruciale nella ridefinizione di un modello di governance europea orientato alla sostenibilità, alla resilienza e alla solidarietà intergenerazionale.

32 S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma Bari, Laterza, 2002, 78; ID. , *Lo Stato in discussione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2022, 4, 1229 ss.

33 F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, 30 ss.; l'attenzione dell'Autore si concentra in particolare sulla definizione dei diritti finanziariamente condizionati, con specifico riguardo alla distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi. Sotto il profilo soggettivo, appare evidente come i diritti sociali, pur trovando fondamento e garanzia nella Costituzione, non godano del medesimo statuto dei diritti civili e politici, in quanto necessariamente correlati all'erogazione di prestazioni pubbliche e, dunque, subordinati alla disponibilità delle risorse. Ne consegue che tali diritti non possano essere considerati in senso assoluto, ma debbano piuttosto essere inquadrati come diritti relativi, la cui effettività è condizionata dalla capacità dello Stato di organizzare e finanziare i servizi destinati a renderli concreti. Ciò non comporta una rimessa in discussione della loro natura fondamentale, né un ritorno alla concezione meramente programmatica dei diritti sociali, bensì il riconoscimento di

3. L'analisi della performance: strumenti e prospettive di valutazione

La *performance*, per la sua stessa natura, non può che essere oggetto di misurazione e valutazione, poiché da tale operazione discende non soltanto la possibilità di accertare in termini oggettivi i risultati conseguiti, ma anche l'opportunità di orientare l'azione amministrativa secondo criteri di razionalità, di sostenibilità economica e di responsabilità sociale, così da assicurare la formazione di un circuito informativo funzionale sia alla legittimazione democratica delle decisioni, sia alla più ampia responsabilizzazione dei pubblici dipendenti[36].

---

una loro struttura differente rispetto ai diritti di libertà, poiché implicano un intervento attivo e organizzato da parte dell'amministrazione. Da questa impostazione discendono riflessi significativi anche sul piano dell'organizzazione dei servizi pubblici: l'utente non coincide necessariamente con il cittadino e, di conseguenza, la gestione dei servizi non può essere rigidamente vincolata al modello politico-rappresentativo, ma deve poter aprirsi a soluzioni più funzionali ed efficienti, ispirate a criteri economico-aziendali, in grado di coniugare la logica della performance con l'esigenza imprescindibile della sostenibilità finanziaria.

34 V. Manzetti, *Lo stato sociale tra regole di finanza pubblica e nuovi modelli di welfare*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 9; ci si riferisce, in particolare, al progressivo processo di recezione, da parte dell'ordinamento interno, delle regole di governance economica europea, le quali hanno individuato nell'«equilibrio di bilancio» – concepito non soltanto come vincolo finanziario, ma come parametro sostanziale di sostenibilità economica e patrimoniale – il criterio di risultato, o, in altri termini, di performance, cui le amministrazioni pubbliche sono tenute a conformarsi; tale processo ha trovato compiuta espressione nella riforma costituzionale culminata con la revisione dell'art. 81 Cost., operata dalla legge costituzionale n. 1 del 2012, e successivamente integrata dalla legge n. 243 del medesimo anno, volta a disciplinare in modo organico le modalità attuative del principio dell'equilibrio di bilancio nella sua accezione «strutturale». Ne è scaturito un assetto che ha attribuito al vincolo non soltanto dignità costituzionale, ma anche effettiva cogenza giuridica, con la conseguenza che il rispetto dell'equilibrio finanziario non si esaurisce più in un adempimento contabile, bensì assurge a parametro di valutazione della qualità e della sostenibilità complessiva dell'azione amministrativa, in coerenza con le esigenze di responsabilità finanziaria e con gli obiettivi di stabilità e crescita imposti dal quadro europeo. Per ulteriori approfondimenti sul recepimento delle nuove regole di governance economica europea e sulla nozione di equilibrio di bilancio, si vedano rispettivamente F. Conte, *La riforma del patto di stabilità e crescita: sfide e opportunità per l'economia europea*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2024, 2, 206, nonché G. Della Cananea, *Dal pareggio del bilancio all'equilibrio della finanza pubblica*, in *Corte Costituzionale. Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Milano, Giuffrè, 2019, 241 ss.

35 F. Conte, *Il ruolo del principio di risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma nella pubblica amministrazione*, in *Amministrativ@mente*, 2024, 3, 1301; M. R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in Aa. Vv. (a cura di), *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 33.

36 G. Iacovone, *Indicatori di valutazione e buon andamento amministrativo nella performance dei pubblici dipendenti*, in *Federalismi.it*, 2020, 1, pp. 101 ss.; R. Mussari, *Trasparenza e performance delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista di studi giuridici Ianus - Diritto e Finanza*, 2022, 25, 73 ss.; l'Autore sottolinea, con particolare attenzione, come la misurazione della performance non rappresenti un mero esercizio tecnico di raccolta dati, ma costituisca un passaggio essenziale, tanto all'interno quanto all'esterno delle amministrazioni, per orientare decisioni razionali, economicamente consapevoli e socialmente responsabili. Resta, tuttavia, fermo che, in primo luogo, ogni qual volta si ricorra a un indicatore di performance per assumere una determinata scelta, si compie già, in maniera esplicita o implicita, un'operazione valutativa, giacché il dato non è mai neutro, ma presuppone un giudizio sulla sua pertinenza e attendibilità; in secondo luogo, poiché l'agire pubblico è proiettato verso il futuro, che per definizione è incerto e

La misurazione della *performance* avviene ordinariamente mediante l'impiego di indicatori, ossia strumenti tecnici che consentono di tradurre obiettivi astratti in parametri osservabili, costruiti attraverso scale di valori o rapporti tra variabili quantitative, spesso alimentati dai sistemi informativi interni alle amministrazioni o da banche dati esterne, e in grado di restituire informazioni sintetiche e segnaletiche su specifici aspetti dei processi di produzione e di riconoscimento del valore pubblico oggetto di indagine[37].

Gli indicatori rappresentano così l'anello logico che collega la *performance* al processo decisionale, poiché permettono di leggere l'azione amministrativa tanto nella dimensione prospettica della «performance attesa», programmata e assunta come impegno gestionale, quanto nella dimensione retrospettiva della «performance realizzata», corrispondente ai risultati conseguiti entro l'arco temporale di riferimento – tipicamente l'esercizio finanziario – e oggetto di rendicontazione sia interna sia esterna[38].

La loro costruzione presuppone un'attenta selezione degli aspetti più significativi dell'attività amministrativa da osservare e richiede la definizione di parametri chiari, attendibili e comparabili, idonei a misurare lo scostamento tra obiettivi prefissati ed esiti effettivamente conseguiti. Solo in questo modo la performance diventa realmente oggetto di una valutazione sostanziale, che si inserisce in un ciclo virtuoso volto a correggere gli scostamenti, migliorare i processi e rendere conto in maniera trasparente ai cittadini[39].

Una volta garantita la solidità metodologica del sistema di indicatori, l'attività di misurazione e valutazione delle *performance* può essere letta secondo due direttrici distinte ma tra loro complementari: la prima, di carattere orizzontale, evidenzia la struttura multidimensionale della *performance* e la sua articolazione lungo l'intera catena del valore pubblico, che prende avvio dagli *input* – intesi come risorse economiche, umane e materiali impiegate – si sviluppa at-

---

mutevole, l'adozione di decisioni informate attraverso la performance non si esaurisce nel fotografare l'esistente, ma persegue l'obiettivo di incidere in qualche misura sul divenire, contribuendo a indirizzarne l'evoluzione. Ne deriva che la misurazione e la valutazione della performance non devono essere concepite unicamente come strumenti destinati a spiegare e giudicare ex post ciò che è accaduto, ma come dispositivi funzionali a orientare l'azione amministrativa in itinere e a supportare scelte fra corsi di azione alternativi, la cui implementazione costituisce il momento essenziale della responsabilità decisionale.

37 R. Mussari, *Performance e valore pubblico*, Milano, Cedam, 2022, p. 83; più specificamente, l'indicatore è lo strumento col quale si misura il grado di conseguimento degli obiettivi assegnati. Normalmente, a ciascun obiettivo è associato almeno un indicatore e il relativo target. Il target individua il livello atteso di risultato da rilevare attraverso l'indicatore sia in fase concomitante, per il monitoraggio, sia in fase susseguente, per la valutazione a fini incentivanti e ai fini della rendicontazione. Quando l'obiettivo ha veste qualitativa l'indicatore associato e il target assumono, di solito, veste non numerica. E' frequente l'uso di indicatori di tipo qualitativo con il quali si descrive ciò che è realizzato (es. documenti, regolamenti, bandi ecc.). Va da sé che il target può presupporre un attività di valutazione di quanto è stato fatto.

38 R. Mussari, *Performance e valore pubblico*, Milano, Cedam, 2022, 67.

39 M. De Giorgi, *Una misurazione condivisa della performance organizzativa: l'esperienza degli indicatori comuni per le funzioni di supporto*, in *Rivista Italiana di Public Management*, 2020, Vol. 3, n. 2, 328.

traverso i processi organizzativi, trova espressione nei prodotti e servizi erogati (*output*) e si compie infine negli *outcome*, ossia negli effetti prodotti sull'ambiente sociale, economico e istituzionale di riferimento[40]; la seconda, di natura verticale, riprendendo la nota tripartizione di Bouckaert e Halligan, consente di osservare la *performance* secondo i livelli «micro, meso e macro», cogliendone rispettivamente le dinamiche individuali, quelle organizzative e quelle di sistema, sino ad abbracciare i contesti più ampi di carattere nazionale e sovranazionale[41].

L'impiego degli indicatori, così strutturato, non solo consente di rilevare tempestivamente eventuali criticità organizzative, ma rende possibile l'adozione di correttivi volti al miglioramento dei processi, incidendo tanto sul piano collettivo – attraverso parametri riferiti all'efficienza, all'efficacia e all'impatto delle politiche pubbliche – quanto sul piano individuale, mediante la misurazione del rendimento del personale e della dirigenza in relazione agli obiettivi assegnati, realizzando in tal modo un raccordo virtuoso tra la responsabilità gestionale delle unità organizzative e la responsabilità istituzionale dell'amministrazione nel suo complesso[42].

---

40 P. Fierro, *Misurazione e valutazione della performance nelle Amministrazioni Pubbliche: il ruolo degli organismi interni di valutazione (oiv) nella prospettiva organizzativa*, Napoli, Enzo Albano, 2021, 47 ss.; tali esiti, in quanto rappresentazione dell'impatto generato dall'azione amministrativa, possono riguardare ambiti diversi – dall'inclusione sociale alla tutela dell'ambiente, dalla crescita economica alla qualità della regolazione – e possono essere rilevati tanto in valori assoluti quanto attraverso variazioni percentuali rispetto a parametri iniziali, consentendo così una lettura più dinamica dell'efficacia e della capacità di miglioramento dell'organizzazione pubblica.

41 W. V. Dooren et al., *Performance Management in the Public Sector*, London, Routledge, 2015, 16 ss.; nello specifico, sul piano *micro*, la performance riguarda il singolo dipendente o la piccola unità organizzativa, misurata in termini di competenze, responsabilità e comportamenti intenzionali; sul piano *meso*, essa investe l'ente nella sua interezza, i gruppi pubblici composti da amministrazioni e società partecipate, nonché i comparti settoriali o i network inter–istituzionali, ove interagiscono attori pubblici e privati; sul piano *macro*, infine, la performance assume una dimensione sistemica, che si estende all'intero ordinamento nazionale e alle macro–aree sovranazionali, nell'ambito della governance multilivello.

42 Sotto questo profilo, il tema della misurazione della performance organizzativa trova un punto di riferimento significativo nelle Linee guida adottate nel 2017, le quali, in coerenza con quanto previsto dall'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 150/2009 (come successivamente modificato dal d.lgs. n. 74/2017) hanno individuato quattro dimensioni fondamentali di indicatori — lo stato delle risorse, l'efficienza, l'efficacia e l'impatto — idonee a ricomprendere l'intero spettro dell'azione amministrativa e a garantire un bilanciamento tra esigenze di gestione interna e doveri di rendicontazione esterna nei confronti della collettività. Gli indicatori relativi allo stato delle risorse consentono di misurare, sotto il duplice profilo quantitativo e qualitativo, la consistenza e l'adeguatezza delle dotazioni di cui dispone l'amministrazione, prendendo in considerazione tanto il numero di risorse umane e strumentali disponibili quanto il livello di professionalità, il grado di innovazione tecnologica e, più in generale, la capacità dell'apparato di rispondere in maniera congrua ai compiti istituzionali affidati. Accanto a questi si collocano gli indicatori di efficienza, destinati a valutare l'idoneità dell'amministrazione a utilizzare in maniera razionale, sostenibile e tempestiva le risorse disponibili, nella prospettiva di un rapporto equilibrato tra input impiegati e output prodotti. Essi possono essere espressi sia in termini economici, con riferimento ai costi di gestione di un servizio, sia in termini fisici, con riguardo allo sforzo organizzativo necessario a portare a compimento una determinata attività. Gli indicatori di efficacia assumono un rilievo peculiare in quanto volti a misurare l'adeguatezza dei servizi erogati rispetto ai bisogni degli utenti, interni ed esterni, attraverso parametri che

Tuttavia, ridurre la *performance* a un calcolo meramente quantitativo significherebbe incorrere in un determinismo tecnico fuorviante, poiché, da un lato, gli indicatori di *performance* offrono una «visione parziale dei risultati raggiunti»[43], non essendo tutti gli aspetti che qualificano la gestione pubblica – specie con riferimento al livello di soddisfazione dei cittadini – facilmente traducibili o quantificabili in termini economici[44]; dall'altro, perché, come osserva il Professor Riccardo Mussari, la misurazione – al pari della valutazione, seppur su un piano distinto[45] – non è mai neutra, ma si inserisce in un contesto decisionale nella quale «le attitudini, la cultura, le capacità e, quindi, i comportamenti di principale e agente giocano un ruolo fondamentale che esclude ogni meccanica ed automatica riproducibilità e prevedibilità»[46]. Ne discende che la responsabi-

spaziano dall'accessibilità alla tempestività, dalla chiarezza informativa al rispetto di standard qualitativi, sino alla capacità di introdurre strumenti innovativi, quali la digitalizzazione dei procedimenti. Infine, gli indicatori di impatto operano su un piano sistemico, mirando a valutare gli effetti prodotti dall'azione pubblica sul benessere collettivo, in termini economici, sociali e ambientali, non soltanto nell'immediato ma anche nel medio-lungo periodo, e si collegano in modo diretto all'obiettivo di generare valore pubblico. In tale quadro, il d.lgs. n. 74/2017 ha altresì innovato l'art. 9 del d.lgs. n. 150/2009, collegando la valutazione della performance individuale di dirigenti e responsabili di unità organizzative agli indicatori riferiti all'ambito di diretta competenza, così da rafforzare l'integrazione tra responsabilità personale e risultati organizzativi.

43 D. Cepiku, *Strategia e performance nelle amministrazioni pubbliche*, Milano, Egea, 2018, 141.

44 R. Mercurio, V. Esposito, *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 231-254.

45 R. Mussari, *Performance e valore pubblico*, Milano, Cedam, 2022, pp. 109 ss.; sebbene la misurazione e la valutazione si configurino come processi distinti ma strettamente interdipendenti, l'Autore sottolinea come la valutazione, in particolare, si caratterizzi per la presenza di ampi margini di discrezionalità e soggettività, che si amplificano soprattutto nei casi in cui, per scelta o per necessità, l'analisi si sposti da una dimensione prevalentemente quantitativa ad una qualitativa. La valutazione, infatti, si conclude sempre con la formulazione di un giudizio, il quale non può che essere influenzato dall'esperienza, dalla professionalità e dal sistema di valori di chi lo esprime e che, per altro verso, si fonda su misure che difficilmente rispettano i criteri di rigore propri delle scienze fisiche, fino a risultare soggette a forme di «indeterminazione». Ne deriva, inevitabilmente, che valutatori diversi possano fare ricorso a misure differenti o, pur avendo a disposizione le medesime misure, pervengano a giudizi non coincidenti. In tale contesto si inserisce il rischio, tutt'altro che remoto, che l'ampio spazio di discrezionalità degeneri in arbitrio o si traduca in comportamenti condizionati da interessi personali, sino a forme di compiacenza nei confronti del valutato o del soggetto che ha commissionato la valutazione della performance. Onde prevenire tali derive, oltre al rispetto rigoroso delle norme vigenti, incombe sul valutatore l'obbligo di attenersi a consolidati standard professionali ed etici, i soli in grado di assicurare imparzialità, coerenza e credibilità al processo valutativo.

46 R. Mussari, *Trasparenza e performance delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista di studi giuridici Ianus - Diritto e Finanza*, 2022, 25, 74; al di là del principio, tanto semplice da enunciare quanto complesso da tradurre in prassi, secondo il quale i fenomeni aziendali e, più in generale, gli accadimenti che scandiscono la vita di un'organizzazione pubblica risultano per loro natura troppo mutevoli, contingenti e variabili nel tempo «perché possa presumersi di comporli in immote sintesi formali», rimane pur sempre evidente che le qualità personali del decisore, intese come quell'insieme eterogeneo di capacità — intuito, fantasia, leadership, esperienza, professionalità — che concorrono a connotarne l'azione e a orientarne le scelte, non potranno mai essere integralmente sostituite da un apparato tecnico di misurazione, né ridursi a un mero indicatore numerico, pena lo snaturamento della complessità del processo decisionale e del suo

lità per il risultato rimane ineludibilmente umana, poiché nessun algoritmo, per quanto sofisticato, può o potrà mai sostituirsi ai doveri istituzionali propri del dirigente o del decisore politico.

La misurazione della *performance* deve allora intendersi come strumento di conoscenza, utile a descrivere i fatti e a ricostruire relazioni fra fenomeni, ma sempre nella consapevolezza che tali relazioni hanno carattere probabilistico e risultano condizionate, «tanto dell'effettivo (e potenziale) utilizzo delle informazioni da parte dei manager pubblici e gli altri decisori»[47], quanto dal contesto istituzionale, organizzativo e sociale nel quale esse trovano concreta applica-

---

intrinseco carattere umano. Ciò nondimeno, non può negarsi che l'esercizio della funzione di governo e di direzione, tanto nell'ambito privato quanto, e a maggior ragione, nel settore pubblico, richieda, per non tradursi in un agire improvvisato o meramente istintivo, il supporto di strumenti conoscitivi in grado di offrire una rappresentazione attendibile e verificabile degli esiti conseguiti e di quelli attesi: da un lato, dunque, la misurazione dei risultati derivanti dalle decisioni già assunte e dalle azioni concretamente poste in essere, così da consentire una valutazione ex post della loro efficacia ed efficienza; dall'altro lato, la proiezione verso i risultati futuri, che si prospettano come conseguenza delle scelte ancora da compiere, la quale costituisce il presupposto indispensabile affinché il processo decisionale possa svolgersi in una dimensione di razionalità, responsabilità e consapevolezza, anziché abbandonarsi alla casualità delle circostanze o alla mera discrezionalità soggettiva.

47 D. Cepiku, *Strategia e performance nelle amministrazioni pubbliche*, Milano, Egea, 2018, 142; in particolare, in letteratura è possibile rintracciare un ampio ventaglio di classificazioni concernenti l'impiego delle informazioni di performance da parte dei manager pubblici. Si va dalle 44 tipologie individuate da Van Dooren (2006) alle tre categorie proposte da Van Dooren, Bouckaert e Halligan (2010) – apprendimento, guida e controllo, accountability – passando per la distinzione di de Lancer e Holzer (2001) tra l'uso dei dati relativi a efficienza, output e outcome per finalità di pianificazione strategica, allocazione delle risorse, gestione, monitoraggio e valutazione dei programmi, nonché per il reporting rivolto a vertici amministrativi, funzionari eletti e cittadini. Analoga attenzione mostrano Miller, Hildreth e Rabin (2001), i quali collegano la misurazione delle performance alle decisioni di bilancio, alla gestione del personale e all'esternalizzazione, mentre Melkers e Willoughby (2005) ampliano ulteriormente la prospettiva, includendo tra le funzioni della performance information non solo il rendere conto agli attori istituzionali e sociali, ma anche la programmazione annuale, la gestione dei rapporti con fornitori e associazioni non profit, il benchmarking e la ridefinizione di politiche pubbliche. Bouckaert e Halligan (2008) insistono sulla connessione tra tali strumenti e il processo decisionale, sottolineando la rilevanza del monitoraggio strategico, dell'autovalutazione e del supporto ai meccanismi di accountability. Behn (2003) arriva infine a elencare otto possibili usi, cui si può aggiungere, con rilievo critico, l'impiego meramente formale e passivo. Ora, se la misurazione della performance è universalmente riconosciuta come attività onerosa ma potenzialmente preziosa per l'avanzamento verso gli obiettivi strategici (Poister, Aristigueta e Hall 2015), l'evidenza empirica non sempre conferma una correlazione solida tra sistemi di performance e maggiore efficacia amministrativa. I benefici dipendono dalle finalità perseguite e, come rilevano Van Dooren, Bouckaert e Halligan (2010), possono assumere la forma di apprendimento e innovazione, rafforzamento della guida e del controllo, o maggiore accountability. Altri studi (Bourdeaux e Chikoto 2008; Melkers e Willoughby 2005) sottolineano l'efficacia in termini di revisione strategica, riduzione delle duplicazioni, miglioramento della comunicazione interna ed esterna. Tuttavia, accanto a tali esiti, la letteratura registra anche conseguenze distorsive: comportamenti opportunistici e di «blame-avoidance» (Hood 2002), visioni parziali della realtà, orientamento al breve periodo, convergenza artificiosa dei dati e rappresentazioni fuorvianti (Smith 1995; Vakkuri e Meklin 2006). Il recente avvento dei big data apre scenari ulteriori: la possibilità di superare i limiti dei tradizionali sistemi di performance management e di integrare informazioni eterogenee, provenienti da differenti settori e amministrazioni, per un orientamento più deciso all'outcome. La sfida futura consisterà nel trasformare la misurazione delle performance da

zione[48]; diversamente, una concezione rigida e deterministica rischierebbe di riproporre, in veste tecnologica, un approccio burocratico capace di impoverire i processi valutativi e la pluralità dei criteri decisionali.

In altri termini, la misurazione della *performance*, impone di assumere un atteggiamento realista, prudente, concreto, ma sempre metodologicamente rigoroso, trasparente e professionale affinché le informazioni prodotte orientino le decisioni in maniera trasparente e consapevole, senza farsi strumento di scelte precostituite[49].

La consapevolezza dei limiti e delle possibili imperfezioni del processo valutativo non ne riduce l'importanza, ma al contrario ne accresce il valore, perché richiama la responsabilità personale di chi governa i processi decisionali e i risultati che ne derivano, secondo la lezione di Cattaneo, il quale ammoniva che è preferibile considerare con attenzione gli errori insiti nelle rilevazioni piuttosto che rinunciare ad esse per timore delle loro imperfezioni[50].

4. Gli indicatori per la misurazione della performance: tra efficienza e trasparenza

Una volta chiarita la funzione della misurazione orientata al risultato, che rappresenta la finalità ultima cui dovrebbero tendere gli indicatori di *performance*, è possibile osservare come i più recenti interventi legislativi abbiano inteso consolidarne l'impiego nelle funzioni di supporto delle amministrazioni pubbliche, con l'obiettivo di accrescere l'attenzione per la qualità gestionale e, al tempo stesso, di favorire la semplificazione e l'armonizzazione dei sistemi di programmazione in un contesto caratterizzato da forte eterogeneità organizzativa[51].

---

rituale burocratico a strumento effettivo di governo e innovazione.

48 R. Mussari, *Trasparenza e performance delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista di studi giuridici Ianus - Diritto e Finanza*, 2022, 25, 75; nello specifico, le relazioni di causa ed effetto che l'analisi empirica consente talvolta di individuare non possono mai essere assunte come regole suscettibili di ripetizione automatica e indipendente dalle circostanze concrete nelle quali esse si sono manifestate, giacché l'esperienza dimostra come le dinamiche organizzative e i comportamenti umani siano inevitabilmente condizionati da variabili di tempo, di luogo e di contesto, tali da impedire la costruzione di schemi interpretativi rigidamente deterministici. È noto, infatti, che il principio di causalità necessaria non trova applicazione nelle scienze sociali come criterio sufficiente a spiegare in modo esaustivo l'andamento dei fenomeni organizzativi e, ancor meno, delle condotte individuali, la cui intrinseca complessità resiste ad ogni tentativo di ricondurle a relazioni lineari di causa ed effetto, evitando così di riproporre nel campo delle scienze aziendali e giuridiche quei meccanismi di chiarificazione di impronta deterministica che, fortunatamente, appartengono ormai ad una fase superata del pensiero scientifico.

49 R. Mussari, *Trasparenza e performance delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista di studi giuridici Ianus - Diritto e Finanza*, cit., 76.

50 Ivi, 77.

51 R. Ruffini, *I principi organizzativi per lo sviluppo di sistemi di rilevazione di indicatori di performance a livello nazionale e aziendale*, in *La misurazione delle performance nelle pubbliche amministrazioni*, Documenti CNEL, 2009, pp. 82 ss.; nello specifico, occorre rilevare come la varietà e la variabilità che contraddistinguono i processi organizzativi e produttivi delle singole amministrazioni pubbliche, anche quando inserite in un medesimo comparto, unitamente alle differenti condizioni istituzionali entro cui esse operano, influiscano in modo significativo non

In altre parole, «il quadro normativo»[52] ha progressivamente individuato delle «linee guida e un nucleo di indicatori comuni», articolato in quattro aree fondamentali — gestione delle risorse umane, gestione degli approvvigionamenti e degli immobili, gestione delle risorse informatiche e digitalizzazione, e gestione della comunicazione e della trasparenza — così da delimitare, secondo criteri omogenei e comparabili, le principali funzioni trasversali che accomunano le diverse amministrazioni, al di là delle loro specificità settoriali[53].

L'obiettivo dell'impianto normativo così delineato si presenta particolarmente ambizioso, poiché non si limita a predisporre strumenti tecnici di rilevazione, ma persegue finalità di più ampio respiro, volta a rendere la misurazione

soltanto sull'individuazione degli indicatori di performance, ma altresì sulle concrete modalità di misurazione dei fenomeni osservati e, in via consequenziale, sulla loro valutazione; ed infatti, all'interno della pubblica amministrazione, le dimensioni concernenti lo stato delle risorse, l'efficienza, l'efficacia e l'impatto non si pongono in una relazione di necessaria interdipendenza, il che rende inevitabile, per colmare tali discontinuità, il ricorso a giudizi di valore volti a stabilire connessioni interpretative tra le diverse variabili e a ricomporre, in una prospettiva unitaria, la complessità degli andamenti organizzativi.

52 Cfr. M. De Giorgi, *Una misurazione condivisa della performance organizzativa: l'esperienza degli indicatori comuni per le funzioni di supporto*, in *Rivista Italiana di Public Management*, 2020, Vol. 3, n. 2, 331 ss.; in particolare, il percorso normativo che ha progressivamente condotto all'individuazione di un nucleo coerente di indicatori comuni per la misurazione della performance amministrativa prende avvio con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 18 settembre 2012, mediante il quale, in attuazione dell'art. 23 del d.lgs. n. 91/2011, furono fissate le «Linee guida generali» volte a definire criteri e metodologie funzionali alla costruzione di sistemi capaci di misurare i risultati attesi dai programmi di bilancio, con l'obiettivo di conferire maggiore razionalità e trasparenza alla relazione tra risorse impiegate ed esiti conseguiti. Tale processo è stato successivamente rafforzato dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 105/2016, che, affidando al Dipartimento della funzione pubblica il compito di promuovere la riduzione degli oneri informativi, l'integrazione tra ciclo della performance e programmazione economico-finanziaria, nonché la diffusione di un utilizzo sistematico degli indicatori, ha consolidato l'esigenza di un raccordo stabile fra dimensione gestionale e dimensione contabile. In questa cornice, con la collaborazione di Agenzia Digitale Italiana e di altre amministrazioni centrali, il Dipartimento ha predisposto un primo set di indicatori comuni, articolati secondo le dimensioni classiche di efficacia, efficienza ed economicità, con specifico riferimento a funzioni trasversali — gestione delle risorse umane, approvvigionamenti, comunicazione istituzionale e trasparenza — così da individuare un linguaggio condiviso di misurazione. La fase sperimentale, avviata su venti amministrazioni nel triennio 2018-2020, ha condotto a una progressiva razionalizzazione degli strumenti, riducendo gli indicatori da trentaquattro a quindici, ritenuti più idonei a rappresentare l'andamento organizzativo, cui si è aggiunto l'indice di tempestività dei pagamenti, già introdotto dalla Ragioneria generale dello Stato nel 2015. Il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74, nel solco di tale percorso, non ha inteso alterare l'impianto originario del d.lgs. n. 150/2009, ma piuttosto correggere selettivamente alcune criticità emerse, perseguendo una logica di continuità correttiva che evitasse di disorientare le amministrazioni o appesantirne i carichi. Infine, la circolare n. 2 del 30 dicembre 2019 ha dato attuazione compiuta alle Linee guida, imponendo la trasmissione annuale e digitalizzata dei dati, così da garantire uniformità, verificabilità e comparabilità dei valori rilevati.

53 Con riferimento all'area della gestione delle risorse umane, gli indicatori individuati comprendono, tra gli altri, il costo unitario della funzione HR, il grado di diffusione del lavoro agile e del telelavoro, il livello di copertura delle attività formative, il grado di attuazione delle procedure di valutazione del personale e, non da ultimo, il tasso di mobilità interna del personale non dirigenziale. Tali parametri sono calcolati attraverso formule che pongono in relazione, al numeratore, valori effettivamente riconducibili a risorse impiegate o a risultati conseguiti e, al denominatore, l'intera platea di riferimento, così da offrire una rappresentazione proporzionata e comparabile dei fenomeni osservati. Nell'ambito della

degli obiettivi e dei risultati attesi parte integrante della programmazione di bilancio e della rendicontazione pubblica, trasformandola in un elemento essenziale del processo decisionale e gestionale; tale impostazione si sviluppa lungo tre direttrici tra loro complementari: in primo luogo, intende consolidare una cultura della misurazione, facendo emergere la consapevolezza che l'attività amministrativa non può essere apprezzata senza basi informative solide, attendibili e verificabili; in secondo luogo, mira a rafforzare la comparabilità tra amministrazioni, attraverso l'adozione di parametri standardizzati che permettano non solo confronti orizzontali ma anche la costruzione di serie storiche utili a valutare l'evoluzione della performance nel tempo; infine, si propone di sostenere in maniera più incisiva i processi decisionali delle amministrazioni centrali, offrendo al Dipartimento della funzione pubblica e alla Ragioneria generale dello Stato un patrimonio informativo strutturato e omogeneo, idoneo a rafforzare le funzioni di indirizzo, coordinamento e monitoraggio sull'andamento complessivo del settore pubblico.

Appare tuttavia necessario sottolineare come, nonostante il significativo sforzo normativo e regolamentare volto a semplificare e a rendere più trasparen-

gestione degli approvvigionamenti e degli immobili, assumono rilievo tre indicatori centrali: l'incidenza dell'utilizzo delle convenzioni Consip e del mercato elettronico, la tempestività dei pagamenti e la spesa energetica parametrata alla superficie degli immobili. Essi rivelano con chiarezza la volontà del legislatore e del Dipartimento della funzione pubblica di connettere la dimensione economico-finanziaria a una effettiva efficienza operativa delle strutture, riducendo sprechi e favorendo un impiego più razionale delle risorse disponibili. Ancora più articolata si presenta la sfera della digitalizzazione e delle risorse informatiche, che contempla indicatori come il grado di utilizzo dello SPID, la percentuale di servizi integralmente digitali, l'adozione del sistema PagoPA, la percentuale di comunicazioni tramite domicili digitali, l'apertura dei dataset pubblici e la dematerializzazione delle procedure. Non si tratta soltanto di parametri tecnici, ma di veri e propri strumenti volti a verificare la capacità delle amministrazioni di tradurre l'innovazione tecnologica in pratiche operative concrete e accessibili agli utenti. Infine, nell'area della comunicazione e della trasparenza, gli indicatori si riducono a due ma rivestono un significato peculiare: da un lato, la consultazione del portale istituzionale, che misura l'attenzione dei cittadini verso i canali ufficiali; dall'altro, il grado di trasparenza amministrativa, oggetto di valutazione da parte degli Organismi Indipendenti di Valutazione (OIV). Questi ultimi, istituiti dal d.lgs. n. 150/2009 in sostituzione dei Nuclei di valutazione, costituiscono l'organo indipendente incaricato di presidiare il ciclo della performance, garantendo la correttezza metodologica dei sistemi di misurazione e il rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e merito. L'OIV, la cui disciplina è stata successivamente integrata dai decreti attuativi del 2017 e dalle linee guida ANAC, ha il compito di validare la relazione annuale sulla performance, monitorare il funzionamento complessivo del sistema e promuovere la cultura della valutazione all'interno delle amministrazioni, fungendo così da cerniera tra istanze interne e accountability esterna. Per una più approfondita ricostruzione del ruolo e delle funzioni degli Organismi Indipendenti di Valutazione, si vedano, tra gli altri, S. Nuti, *Misurazione e valutazione della performance: principi, struttura e metodi*, in M. Barilà, M. Lovo (a cura di), *Piano industriale della pubblica amministrazione. Il nuovo testo unico sul pubblico impiego*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2010, 23-24; E. D'Alterio, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi (ancora) da sciogliere*, in B. Caruso (a cura di), *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, Biblioteca '20 Maggio' – Collective volumes, 2022, 117; P. Fierro, *Misurazione e valutazione della performance nelle Amministrazioni Pubbliche: il ruolo degli organismi interni di valutazione (oiv) nella prospettiva organizzativa*, Napoli, Enzo Albano, 2021, 24; B. Susio (a cura di), *Il ruolo dell'OIV oggi. Identikit del valutatore di performance ed evoluzione del ruolo nel contesto della transizione organizzativa delle PA*, in *Azienditalia*, 2024, 1, 66-74.

te il funzionamento del sistema della *performance*, l'assetto attuale continui a mostrare una forte resistenza al cambiamento, restando ancorato a procedure in larga misura inadeguate rispetto alle finalità dichiarate, con il risultato di alimentare persistenti criticità che i successivi interventi correttivi sono riusciti soltanto in parte a contenere, senza incidere in maniera risolutiva sulle cause strutturali delle disfunzioni evidenziate. Tra le criticità menzionate, merita particolare considerazione il tema, ormai ineludibile, del rapporto tra digitalizzazione e *performance management*, un legame che, pur essendo stato più volte evocato sul piano teorico e richiamato nella prassi, non ha ancora prodotto i risultati attesi, poiché le esperienze più avanzate di transizione digitale risultano debolmente integrate nel ciclo della performance, che continua a essere concepito come strumento meramente esecutivo, talvolta persino condizionato da forme di «pregiudizio algoritmico»[54], più che come autentico dispositivo di programmazione strategica[55].

Ancora più delicata si presenta la questione della «responsabilità dirigenziale»[56], dal momento che l'attuale disciplina non contempla specifiche conseguenze per le ipotesi di formulazione inadeguata di obiettivi e indicatori, né definisce con chiarezza l'attribuzione delle responsabilità in presenza di valutazioni distorte o non corrette, soprattutto quando esse incidano sulla distribuzione

54 Sia consentito rinviare a F. CONTE, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: il processo di transizione verso l'amministrazione algoritmica*, in Federalismi.it, 2023, 11, 75 ss.; nello specifico, con tale espressione, si intende richiamare l'attenzione sui pregiudizi che possono derivare tanto dalla sfiducia verso la tecnica (*algorithm aversion*), quanto dalle limitazioni delle competenze tecnologiche, nonché dalla ben nota tendenza degli algoritmi ad assimilare e riprodurre bias sistemici, in ragione, tra l'altro, della loro dipendenza dai dati storici; un fenomeno che conduce, in ultima analisi, a cristallizzare le disuguaglianze, producendo una forma di automatizzazione dell'ingiustizia e determinando, di conseguenza, l'incompletezza e l'inesattezza dell'atto informatico propriamente inteso. Per un maggior approfondimento sull'argomento, si rinvia al contributo di N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare e i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, A. LALLI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2022, 174 ss.

55 L. ZAPPALÀ, *Dalla digitalizzazione della pubblica amministrazione all'amministrazione per algoritmi: luci e ombre dell'effetto disruptive sui rapporti di lavoro*, in *Federalismi.it*, 2024, 27, 248.

56 La responsabilità dirigenziale rappresenta, nell'ordinamento italiano, uno strumento essenziale di «accountability», volto ad assicurare che i risultati conseguiti nell'ambito dell'azione amministrativa siano effettivamente rapportabili agli obiettivi previamente stabiliti, configurandosi pertanto come un meccanismo di garanzia della coerenza tra indirizzo politico e gestione amministrativa. Tale principio ha trovato terreno di consolidamento a seguito dell'introduzione della distinzione tra la sfera politica, competente per la definizione degli indirizzi generali, e la sfera amministrativa, chiamata a darvi attuazione con autonomia gestionale. La sua origine normativa può essere individuata nell'art. 19 del d.P.R. n. 748 del 1972, disposizione che ha rappresentato il primo tassello di un percorso successivamente rafforzato dal d.lgs. n. 29 del 1993 e dal d.lgs. n. 165 del 2001 – noto come Testo Unico del pubblico impiego – nei quali la responsabilità dirigenziale è stata disciplinata in termini sempre più stringenti e funzionali a garantire il buon andamento dell'amministrazione. Per un'analisi approfondita sul tema si rinvia, tra gli altri, a L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000, 145; S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, 1, 53-67; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale fra Stato e enti locali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

del trattamento accessorio e, dunque, sulla stessa equità del sistema premiale[57].

È proprio su questo terreno che la tendenza a una progressiva *deregulation* della dirigenza si intreccia con quella che la dottrina ha efficacemente definito la «tragedia della valutazione»[58]: il sistema della performance, infatti, finisce per tradursi, nonostante le intenzioni originarie, in un «meccanismo formale di adempimenti»[59], che svuota la funzione direttiva della sua autonomia sostanziale e consolida pratiche assimilabili a un vero e proprio «commissariamento della macchina amministrativa»[60].

Da tale configurazione scaturisce un disallineamento ricorrente fra obiettivi strategici, operativi e individuali, che produce un effetto «a cascata»[61] in grado di «svuotare» progressivamente di contenuto la logica del *performance management*, privandolo della sua capacità di indirizzare i comportamenti e di orientare i risultati per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, il quale, nella sua definizione più propria, andrebbe inteso come «lo scopo da perseguire con applicazione di un criterio da arbitrare fra gli interessi esistenti»[62].

Tale criticità risulta ulteriormente aggravata dalla circostanza che molti Piani della *performance* appaiono privi di un vera e propria memoria storica, rivelandosi incapaci di dar conto dei risultati conseguiti negli anni precedenti: ciò impedisce, non soltanto la costruzione di serie storiche attendibili, ma anche l'attivazione di meccanismi di *benchmarking*, indispensabili per una verifica trasparente della capacità di miglioramento delle amministrazioni, con effetti ne-

57 E. D'Alterio, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi (ancora) da sciogliere*, in B. Caruso (a cura di), *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, Biblioteca '20 Maggio' – Collective volumes, 2022, 120.

58 G. Iacovone, *Indicatori di valutazione e buon andamento amministrativo nella performance dei pubblici dipendenti*, in *Federalismi.it*, 2020, 1, 109; B. G. Mattarella, *Il principio del merito*, in M. Renna, F. Saitta, (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 150; in particolare, l'Autore ha posto in luce come si sia spesso verificata una deviazione strutturale della funzione valutativa, ravvisabile nella circostanza per cui «lo sforzo dei pubblici dipendenti viene indirizzato non verso il più efficace svolgimento delle funzioni pubbliche, ma verso la migliore valutazione», determinando così un concetto di risultato ridotto alla mera conformità dei comportamenti osservati piuttosto che all'effettivo raggiungimento degli obiettivi sostanziali. Da tale impostazione discende una significativa distorsione anche del concetto di responsabilità individuale dei dirigenti, la quale, ancorata più alle modalità tecniche di rilevazione che alla sostanza dei risultati conseguiti, ha finito per trasformarsi in strumento di presidio di una legalità meramente formale, perdendo progressivamente la propria funzione di garanzia del buon andamento dell'azione amministrativa, così come voluto dall'articolo 97 della Costituzione.

59 E. D'Alterio, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione "performante": storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2018, 3, I, 501.

60 E. D'Alterio, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi (ancora) da sciogliere,* cit., 120.

61 Ivi, 115 ss.

62 M. D'Orsogna, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2001, 150; G. Iacovone, *Indicatori di valutazione e buon andamento amministrativo nella performance dei pubblici dipendenti*, in *Federalismi.it*, 2020, 1, 110.

gativi tanto sul raccordo tra *performance* organizzativa e individuale, quanto sulla possibilità di un reale apprendimento istituzionale.

Il risultato finale è che anche gli obiettivi individuali e i rispettivi indicatori finiscono per riflettere un approccio riduttivo, orientato a cogliere esclusivamente gli aspetti quantitativi, in quanto più facilmente rilevabili, trascurando invece la dimensione sostanziale della «qualità della performance», la quale assume rilievo sia come contributo interno dei dirigenti e delle strutture – espresso nelle tradizionali dimensioni di economicità, efficienza e comportamenti organizzativi – sia come dimensione autonoma, in grado di divenire a sua volta indice indiretto ma significativo di efficacia, intesa quale capacità della pubblica amministrazione di rispondere, mediante l'erogazione di determinati *output*, ai bisogni concretamente manifestati dall'utenza[63].

5. Considerazioni finali: la valorizzazione delle competenze

Le difficoltà sin qui evidenziate mettono in luce le inadeguatezze strutturali dei tradizionali modelli di *performance management*, ancora caratterizzati da logiche amministrative arretrate e condizionati da resistenze culturali e organizzative che ne hanno "frenato" il potenziale innovativo (e formativo) del personale; le conseguenze, facilmente intuibili, si traducono in un sistema inerte, incapace di valorizzare il personale e di rispondere alla crescente complessità delle dinamiche istituzionali e sociali.

---

63 R. Mussari, *Trasparenza e performance delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista di studi giuridici Ianus - Diritto e Finanza*, 2022, 25, 78 ss.; come osservato dall'Autore, la qualità rappresenta un concetto intrinsecamente polisemico, potendo essere intesa, da un lato, quale componente interna delle diverse dimensioni della performance – si pensi all'economicità nell'acquisizione dei fattori produttivi, all'efficienza nell'impiego degli stessi o ai comportamenti organizzativi – e, dall'altro, come dimensione autonoma, suscettibile di assumere un rilievo proprio nei sistemi di misurazione, configurandosi in tal senso come indicatore indiretto ma significativo dell'efficacia, vale a dire della capacità della pubblica amministrazione di rispondere, mediante l'erogazione di determinati output, ai bisogni manifestati dall'utenza. Occorre tuttavia rilevare che, a differenza di quanto avviene nei mercati concorrenziali, i servizi pubblici non sono generalmente remunerati in modo proporzionale al loro valore percepito, con la conseguenza che la verifica dell'efficacia richiede di accertare se e in che misura l'utente abbia conseguito un beneficio concreto, il che implica la necessità di coinvolgerlo direttamente nella fase valutativa. In questa prospettiva, la qualità si traduce in un parametro rilevato individualmente, il cui giudizio dipende dall'esperienza diretta del servizio e si forma nell'immediatezza della fruizione, poiché – trattandosi di beni immateriali – produzione e consumo coincidono, con effetti rilevanti anche sul piano della gestione della domanda e sulla capacità di preservare nel tempo standard adeguati. Un ulteriore tratto qualificante dei servizi pubblici risiede nella loro natura interattiva, poiché essi si realizzano attraverso un processo di co-produzione che coinvolge amministrazione e utente: da un lato, la disponibilità del cittadino a collaborare e a fornire informazioni corrette accresce la qualità del risultato; dall'altro, la capacità dell'amministrazione di valorizzare tale apporto costituisce elemento imprescindibile per il buon esito della prestazione. Resta, nondimeno, che la valutazione affidata esclusivamente all'utenza soffre di limiti evidenti – soggettività, episodicità, variabilità delle aspettative – i quali rendono indispensabile un'integrazione con strumenti manageriali più sistematici, come la Carta dei servizi, che, se opportunamente intesa quale strumento dinamico di governance, può tradurre i riscontri degli utenti in parametri di accountability e in leve di miglioramento continuo.

A questo si aggiunge un ulteriore paradosso: se da un lato il sistema attuale assicura al personale pubblico una certa stabilità occupazionale, dall'altro limita fortemente le opportunità di sviluppo professionale interno, ostacolando una reale progressione basata sulle competenze. L'avanzamento di carriera, legato quasi esclusivamente "all'anzianità di servizio", finisce per penalizzare i profili più dinamici e meritevoli, scoraggiando l'investimento individuale nella formazione continua e nel miglioramento delle proprie capacità professionali.

A rendere ancora più fragile questo delicato equilibrio contribuiscono le recenti dinamiche di "ricambio generazionale" che, pur ispirate all'obiettivo del rinnovamento delle competenze, si innestano in un contesto organizzativo caratterizzato da persistenti squilibri allocativi, compromettendo l'efficacia della distribuzione delle risorse umane rispetto ai reali fabbisogni delle amministrazioni. Non è raro, infatti, che personale altamente qualificato venga impiegato in mansioni marginali e poco valorizzanti, mentre responsabilità complesse siano affidate a soggetti privi di una adeguata preparazione professionale. Tali situazioni producono effetti negativi non solo sull'efficienza organizzativa, ma anche sulla motivazione individuale e sul senso di appartenenza al sistema pubblico, alimentando fenomeni di "mobilità" funzionale verso amministrazioni percepite come più coerenti con le proprie competenze e aspettative.

Appare ormai evidente che la pubblica amministrazione debba avviare un ripensamento complessivo dell'organizzazione del lavoro pubblico e, in particolare, dei meccanismi di reclutamento del personale, al fine di rispondere con maggiore efficacia e coerenza alla crescente complessità dei compiti istituzionali e alle sfide connesse alla «modernizzazione amministrativa»[64].

---

64 Cfr. L. Zoppoli, *Lavoro agile, persone e amministrazioni: le sfide post-pandemia*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2022, 2, 199 ss.; in particolare, l'Autore mette in luce la natura "bifronte" del lavoro pubblico, articolata in due dimensioni complementari: da un lato, una componente tecnico-intellettuale, fondata sull'aggiornamento continuo delle competenze professionali e sulla capacità di adattamento cognitivo; dall'altro, una dimensione operativa, riferita alle modalità concrete di esecuzione della prestazione lavorativa. È proprio quest'ultima ad aver subito, negli ultimi anni, una trasformazione strutturale significativa, accelerata dall'introduzione e dalla successiva diffusione del lavoro agile (o lavoro da remoto), inizialmente adottato come misura emergenziale in risposta alla crisi pandemica. Tale modalità, tuttavia, si è rapidamente configurata come un dispositivo multifunzionale, in grado di favorire innovazione organizzativa, equilibrio tra vita professionale e privata (*work-life balance*) e valorizzazione delle performance, sia individuali sia collettive. L'esperienza del lavoro agile ha infatti reso evidente che non si tratta semplicemente di una delocalizzazione fisica dell'attività lavorativa, bensì dell'avvio di un processo di ripensamento sistemico che investe l'intera struttura organizzativa, le relazioni gerarchiche, i meccanismi comunicativi e, in senso più ampio, la stessa cultura del lavoro pubblico. Affinché tale potenziale si traduca in un cambiamento sostenibile, è tuttavia imprescindibile la presenza di alcune condizioni abilitanti: accordi individuali autentici, una contrattazione collettiva realmente operativa e, soprattutto, un modello di governance dinamico e flessibile, in grado di cogliere le trasformazioni in atto e orientarle verso obiettivi di efficacia ed efficienza. In sintesi, il lavoro agile si configura come un fattore abilitante del cambiamento organizzativo, ma la sua efficacia non è automatica: dipende dalla sua integrazione in una strategia complessiva di modernizzazione, fondata su visione, progettualità e partecipazione diffusa all'interno delle amministrazioni pubbliche.

Le logiche di gestione che per decenni hanno regolato il reclutamento e la progressione del personale — basate su meccanismi di sostituzione uniformi, rigidamente procedurali e scarsamente sensibili alla qualità delle prestazioni[65] — si rivelano, oggi, inadeguate rispetto alla complessità dei cambiamenti sistemici sempre più frequenti (e dirompenti)[66], imponendo l'adozione di una governance più flessibile e resiliente, capace di gestire l'incertezza e di adattarsi a scenari organizzativi in costante evoluzione[67].

Occorre, pertanto, introdurre procedure di selezione più rapide e strutture organizzative più agili, capaci di individuare e valorizzare i talenti, promuovendo le attitudini, la capacità di innovazione e le potenzialità operative dei singoli in coerenza con le esigenze funzionali dell'amministrazione. Un contributo significativo in questo senso può provenire dalle Università, che già offrono percorsi formativi di alto profilo, suscettibili di essere integrati nei meccanismi concorsuali per favorire una più efficace corrispondenza tra formazione accademica e bisogni reali del settore pubblico[68].

---

65 D. Bevilacqua, *Capaci e meritevoli. Misurare e valutare il merito nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2025, 1, 108; nello specifico, l'impianto concorsuale, strutturato sulle canoniche "tre prove" — mediante test preselettivi, prove scritte e colloqui orali — privilegia un modello valutativo centrato sulla conoscenza teorica, trascurando dimensioni oggi imprescindibili come la capacità di adattamento, il lavoro in team, il *problem solving* e il ragionamento applicato. Anche laddove siano formalmente previsti riferimenti a competenze trasversali o digitali, tali elementi faticano a incidere significativamente sulla valutazione complessiva, relegati a un ruolo accessorio rispetto alle tradizionali discipline giuridico-economiche. Questa impostazione produce effetti distorsivi: da un lato, consente di garantire trasparenza procedurale, dall'altro compromette la possibilità di selezionare risorse realmente adeguate alle sfide amministrative contemporanee, generando una frattura tra ciò che viene richiesto formalmente e ciò che è realmente utile per il buon funzionamento delle strutture pubbliche.

66 Il concetto di *disruptive innovation*, coniato da Clayton M. Christensen e Joseph Bower all'inizio degli anni '90, si riferisce al processo attraverso il quale nuove imprese, spesso meno dotate di risorse, riescono a penetrare segmenti di mercato trascurati dagli operatori dominanti, offrendo soluzioni inizialmente semplici, più accessibili ed economiche. Tali innovazioni, pur partendo dalla fascia bassa del mercato, tendono progressivamente a migliorare fino a sostituire le imprese incumbent, ridisegnando gli equilibri settoriali. Christensen ha ulteriormente sviluppato questa teoria nel volume *The Innovator's Dilemma* (1997) e successivamente in *The Innovator's Solution* (2003), estendendo l'applicabilità del concetto anche ai modelli organizzativi e ai servizi, non limitandosi alle sole tecnologie. Egli distingue infatti tra *disruptive innovation* e *disruptive technologies*: le prime rappresentano un approccio strategico all'innovazione che si traduce in nuovi modelli di business, mentre le seconde si riferiscono a tecnologie che, pur avendo performance inferiori secondo i criteri tradizionali, introducono nuove metriche di valore percepite dal mercato. Tale visione si inserisce nel solco della teoria schumpeteriana dell'innovazione e della *distruzione creatrice*, secondo cui il progresso economico è alimentato da cicli di rinnovamento continuo, in cui le nuove soluzioni sostituiscono quelle esistenti, generando discontinuità e trasformazione strutturale. In questo senso, l'innovazione dirompente non si manifesta necessariamente con prodotti tecnologicamente avanzati, ma attraverso soluzioni che ridisegnano le regole del mercato rendendo obsolete le configurazioni precedenti, e contribuendo alla diffusione di un nuovo paradigma competitivo fondato su semplicità, accessibilità e scalabilità.

67 B. Campedelli, *Governare l'incertezza*, Milano, FrancoAngeli, 2024, 297 ss.

68 A titolo esemplificativo, alcuni Atenei — come l'Università di Roma Tre, Bologna e Teramo — si sono già distinti per l'offerta di Scuole di specializzazione biennali in Scienza dell'Amministrazione Pubblica e Diritto Amministrativo, mirate alla formazione di figure

Per questo motivo, oggi il "merito" amministrativo non viene più identificato come un parametro formale di conformità, ma diviene la misura "sostanziale" dell'idoneità a contribuire, con responsabilità e competenza, al perseguimento dell'interesse pubblico, attraverso una gestione realmente efficiente e consapevole delle risorse umane e istituzionali secondo i principi propri «dell'economia della conoscenza»[69].

Sulla base di tali premesse, discende la necessità di ripensare la nozione stessa di amministrazione pubblica, non più concepita soltanto come apparato autoreferenziale, ma come «sistema»[70] istituzionalmente orientato alla cura dell'interesse generale e la cui efficacia si misura nella capacità di stabilire relazioni significative e durature con i molteplici portatori di interesse (c.d. *stakeholder theory*).

Se è vero che la *stakeholder theory* abbia trovato un terreno fertile nel campo degli studi sull'impresa privata – grazie alla sua capacità di «promuovere risultati organizzativi più inclusivi ed efficaci»[71], di favorire la «creazione di valore sostenibile per una molteplicità di portatori di interesse»[72], di potenziare «la governance collaborativa»[73] e di «rafforzare la resilienza organizzativa nei contesti di crisi»[74] – è altrettanto vero che solo negli ultimi anni essa è stata «progressiva-

---

altamente qualificate. L'integrazione (e il riconoscimento) di tali percorsi nei meccanismi concorsuali potrebbe contribuire a snellire le procedure selettive, garantendo una maggiore aderenza tra il profilo formativo e il ruolo da ricoprire e superando, così, modelli eccessivamente standardizzati e nozionistici ancora troppo diffusi.

69 G. Mongelli, *Il lungo e tortuoso percorso di affermazione della performance nella pubblica amministrazione italiana*, in P. Adinolfi, A. F. Uricchio (a cura di), *Valutare la complessità. La performance nelle organizzazioni pubbliche*, Roma, Carocci, 2025, 30.

70 E. D. Gagliardo, *Sistemi di programmazione e controllo e modelli di governance orientati al valore pubblico*, Milano, FrancoAngeli, 2024, 590; nello specifico, tale configurazione viene interpretata come un insieme organico e coerente di componenti tra loro interrelati, cui l'autore attribuisce espressamente la qualifica di sistema. Il modello non è quindi concepito come una struttura isolata, bensì come una realtà inserita all'interno di un ambiente più ampio, al cui interno si collocano distinti sotto-sistemi operativi, tra i quali assume rilievo particolare quello delle operazioni, la cui dinamica si sviluppa secondo una logica sequenziale che muove dalla fase di programmazione e si completa in quella di controllo (P&C). L'idea stessa di sistema, applicata all'impresa, trova una delle formulazioni più compiute nell'elaborazione di Bertini, il quale ne sottolinea la peculiare capacità di conservare unitarietà pur nella differenziazione delle parti, di garantire continuità anche nel mutamento e di evidenziare i nessi causali che legano fra loro le differenti attività gestionali.

71 Cfr. R. E. Freeman, J. S. Harrison, A. C. Wicks, B. L. Parmar, S. De Colle, *Stakeholder Theory: The State of the Art*, in *Cambridge University Press*, 2010.

72 Cfr. J. M. G. Boaventura, T. D. F. Langrafe, S. R. Stocker, *A stakeholder theory approach to creating value in higher education institutions*, in *The Bottom Line*, 2020, Vol. 33, No. 4, 297-313.

73 Cfr. A. Ginosar, *Policy for the public without the public: Net neutrality in Israel*, in Review of Policy Research, 2021, 38(6), pp. 661–676; T. M. Koontz, *The science–policy nexus in collaborative governance: Use of science in ecosystem recovery planning*, in *Review of Policy Research*, 2019, 36(6), 708–735.

74 Cfr. S. Turner, *'We are all vulnerable, we are all fragile': COVID-19 as opportunity for, or constraint on, health service resilience in Colombia?,* in *Public Management Review*, 2022, 1–22; Z. Van Der Wal, *Being a public manager in times of crisis: The art of managing stakeholders, political masters,*

mente assimilata»[75] anche al settore pubblico quale risposta ai limiti intrinseci dei modelli tradizionali di governance; questi ultimi, pur efficaci in fasi caratterizzate da maggiore stabilità, risultano oggi insufficienti a governare la discontinuità e la frammentazione che connotano l'azione amministrativa, rendendo necessario il ricorso a modelli più evoluti, tra i quali il *Public Value Governance*[76], che integra la *leadership* politica, la capacità manageriale e «il coinvolgimento attivo degli stakeholder»[77] nella prospettiva della creazione di valore pubblico, e orientare le decisioni pubbliche verso una maggiore aderenza ai bisogni effettivi della collettività[78].

Un'impostazione siffatta trova ulteriore coerenza nell'adozione dei principi propri del cosiddetto *competency-based management*[79], il quale si propone di co-

and collaborative networks, in *Public Administration Review*, 2020, 80(5), 759–764.

75 Il processo di modernizzazione della pubblica amministrazione italiana ha seguito un percorso irregolare e rallentato, segnato da fattori che hanno condizionato profondamente la capacità di adottare modelli di governance più innovativi. Una prima spiegazione può essere individuata nella forte influenza della tradizione giuridico-amministrativa, la quale, ponendo al centro la legalità formale e la conformità procedurale, ha prodotto un sistema nel quale la priorità è stata a lungo l'adempimento delle norme piuttosto che l'orientamento ai risultati e all'impatto delle politiche pubbliche; un'impostazione che, pur garantendo stabilità e legittimazione, ha finito per ridurre la flessibilità gestionale, rallentando i processi di adattamento e limitando la propensione all'innovazione organizzativa. A ciò si aggiunge la persistenza di un modello di welfare stato-centrico, in cui lo Stato ha continuato a svolgere un ruolo preminente sia nella produzione dei servizi sia nella regolazione dei meccanismi redistributivi, assumendo la funzione di garante ultimo della coesione sociale e territoriale; se da un lato tale modello ha assicurato protezione e inclusione, dall'altro ha ostacolato la diffusione di approcci più collaborativi e multilivello, basati sulla sussidiarietà, sul coinvolgimento degli attori locali e sulla responsabilizzazione delle strutture amministrative in chiave di performance. Ne è derivata una modernizzazione incompleta, caratterizzata da avanzamenti parziali e spesso eterogenei, incapace di tradursi in un salto qualitativo comparabile a quello registrato in altre esperienze europee.

76 E. D. Gagliardo, *Sistemi di programmazione e controllo e modelli di governance orientati al valore pubblico*, Milano, FrancoAngeli, 2024, 592 ss.; ove si precisa che alla base del Public Value Governance vi è una concezione sistemica e integrata della governance, in cui tutte le fasi del ciclo gestionale – dalla programmazione alla gestione, dal controllo alla valutazione, dalla rendicontazione alla valorizzazione, fino alla correzione – sono armonizzate in funzione del miglioramento del benessere multidimensionale della collettività.

77 Cfr. M. C. Jensen, W. H. Meckling, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency cost and ownership structure*, in *Journal of financial economics*, 1976, Vol. 3, No. 4, 305-360; M. T. Bianchi, *Dalla teoria dell'azienda sistema aperto allo stakeholder engagement: un'applicazione operativa dei fondamenti dell'economia aziendale*, Milano, FrancoAngeli, 2024, 181 ss.

78 D. Osborne, *Reinventing Government*, in *Public Productivity & Management Review*, Fiscal Pressures and Productive Solutions: Proceedings of the Fifth National Public Sector Productivity Conference, 1993, Vol. 16, No. 4, 349-356.

79 La gestione delle competenze (*Competency Management*, CM) si colloca oggi come snodo fondamentale all'interno della più ampia disciplina del knowledge management, assumendo un rilievo strategico non solo nella prospettiva di un accrescimento individuale delle capacità professionali, ma soprattutto nella dimensione organizzativa, ove il capitale umano rappresenta il principale fattore di adattamento ai mutamenti e di orientamento dell'azione amministrativa. Non a caso, i sistemi di gestione delle competenze tendono a integrarsi con i sistemi di gestione dell'apprendimento (*Learning Management Systems*, LMS), generando una sinergia volta a trasformare la formazione da adempimento episodico a leva strutturale di miglioramento della performance complessiva. Tale integrazione consente di predisporre percorsi di sviluppo professionale personalizzati e, al tempo stesso, di ricondurre le conoscenze e le abilità acquisite

niugare una prospettiva oggettiva – fondata sui risultati conseguiti, sulle relazioni professionali instaurate e sulle *performance* effettivamente realizzate – con una dimensione più strettamente soggettiva, che ruota attorno alla valorizzazione di ciò che, con efficace espressione, può definirsi il *workplace within*, vale a dire quello spazio interiore nel quale si radicano motivazioni, esperienze personali e potenzialità individuali, elementi che, opportunamente riconosciuti, sono in grado di qualificare l'operato del singolo e di riflettersi sulla capacità complessiva dell'amministrazione di perseguire l'interesse generale[80].

L'efficacia di tale modello, tuttavia, dipende(rà) in misura decisiva dalla solidità del contesto istituzionale e dalla maturità della cultura organizzativa poiché la natura «non standardizzata» di una buona parte degli *output* prodotti dalle amministrazioni pubbliche fa sì che il contributo umano ne qualifichi in modo preponderante l'agire e, di conseguenza, ne influenzi in maniera significativa i risultati; d'altra parte, la tradizionale cultura organizzativa pubblica – che, per un verso, è la risultante del consolidamento dei comportamenti individuali che il contesto richiede e, per l'altro, li plasma e li tramanda – è sovente interpretata come un ostacolo all'affermarsi di logiche e tecniche manageriali, incluse quelle di misurazione e valutazione delle performance[81].

Considerato quanto esposto, si può ragionevolmente concludere che vi siano solide motivazioni, di natura sia quantitativa sia qualitativa, a sostegno della centralità delle persone che operano all'interno delle amministrazioni pubbliche[82]; ed è proprio sul piano qualitativo che si manifesta con maggiore evidenza la rilevanza del «come si è agito», giacché tale profilo, non riducibile a meri dati numerici, richiede necessariamente valutazioni «discrezionali e soggettive», con il duplice effetto di esporre l'intero processo a possibili «frizioni» nel rapporto tra valutatore e valutato, ma, nello stesso tempo, di costituire il nucleo essenziale della *performance* [pubblica], in quanto strettamente connesso alle competenze organizzative e ai comportamenti professionali che qualificano l'operato dei singoli e, di riflesso, incidono in modo determinante sulla capacità complessiva dell'amministrazione[83].

---

in un disegno coerente con gli obiettivi istituzionali, favorendo così la creazione di valore pubblico. La letteratura internazionale ha colto da tempo la rilevanza di tali dinamiche, sottolineando come i modelli di competency-based management si configurino quali strumenti idonei a coniugare esigenze di efficienza e istanze di innovazione: in proposito, può richiamarsi il contributo di F. Draganidis, G. Mentzas, *Competency based management: a review of systems and approaches*, in Information Management & Computer Security, 2006, Vol. 14, No. 1, 51-64.

80 B. Carapella, A. Nisio, *Il competency management. Un modello per la Gestione e lo Sviluppo delle persone nella Pubblica Amministrazione*, Milano, FrancoAngeli, 2022, 12; F. Butera, *Organizzazione e società. Le organizzazioni dell'Italia che vogliamo*, Venezia, Marsilio, 2020.

81 R. Mussari, *Performance e valore pubblico*, Milano, Cedam, 2022, 135.

82 R. Mussari, *Performance e valore pubblico*, cit., 135.

83 Ivi, 136.

La riflessione condotta mette dunque in evidenza come il *performance management*, non possa più essere concepito come un mero strumento tecnico di misurazione dell'efficienza o come un adempimento burocratico imposto da vincoli normativi, ma debba essere riconosciuto quale «architrave della governance pubblica», chiamata a coniugare in un unico disegno strategico le sfide connesse alla transizione digitale, alla trasformazione ecologica e al consolidamento economico-patrimoniale, facendo leva in modo decisivo sulla valorizzazione delle competenze del capitale umano.

In questa direzione, la sfida attuale consiste nell'elaborare una nuova «mappa delle competenze e dei comportamenti attesi»[84] capace di armonizzare, in un unico sistema integrato, dimensioni da tempo considerate autonome: da un lato, le competenze specialistiche, direttamente connesse alle tre grandi transizioni — digitale, ecologica e contabile — che rappresentano il fulcro dell'agenda europea e costituiscono una condizione indispensabile per l'attuazione delle riforme strutturali[85]; dall'altro, le competenze trasversali (*soft skills*),

84 Ivi, 139; in sostanza, la mappa delle competenze e dei comportamenti (c.d. mappa), rappresenta «l'insieme coordinato delle "aspettative" che ciascuna amministrazione pubblica definisce riguardo a competenze organizzative e comportamenti professionali dei suoi dipendenti. Questa fase costituisce il momento cruciale dell'intero processo di misurazione e valutazione in quanto serve a puntualizzare ciò che l'amministrazione si aspetta dalle persone che vi lavorano. I contenuti della mappa possono quindi essere interpretati come il disegno dei percorsi che i singoli individui sono sollecitati a seguire per rispondere alle aspettative delle amministrazioni pubbliche».

85 Le competenze tecnico-specialistiche richieste alla pubblica amministrazione nel contesto delle grandi transizioni digitale, economico-contabile e sostenibile costituiscono oggi l'asse portante di una riforma strutturale volta a coniugare l'innovazione tecnologica, la solidità economico-patrimoniale e la responsabilità ambientale in un modello di amministrazione moderna, efficiente e orientata alla creazione di valore pubblico. Il primo asse, rappresentato dalla transizione digitale, costituisce il fondamento di tale evoluzione, poiché mira a integrare in modo sistemico le tecnologie informatiche nei servizi e nei processi amministrativi. Tale percorso, tuttavia, ha incontrato nel tempo significativi ostacoli, dovuti alla frammentazione normativa e a una persistente resistenza culturale al cambiamento, che hanno alimentato un diffuso *digital divide* sia infrastrutturale sia formativo (sul tema si v. D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'eGovernment*, Torino, Giappichelli, 2005, 209). Per superare tali limiti, il Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. n. 82/2005) e le strategie dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) hanno introdotto un quadro di riferimento ispirato al modello europeo DigComp 2.1, volto a diffondere competenze digitali a tutti i livelli dell'organizzazione pubblica. Esse si articolano in tre dimensioni: le competenze di base, relative all'uso consapevole delle tecnologie e alla gestione dei dati; quelle specialistiche, concernenti la sicurezza informatica, il *cloud computing* e l'analisi dei dati; e infine le competenze legate all'intelligenza artificiale (AI literacy), indispensabili per governare l'impatto degli algoritmi nei processi decisionali pubblici. Tali competenze, lungi dall'esaurirsi nella dimensione tecnica, implicano una formazione continua capace di integrare profili giuridici, etici e organizzativi, assicurando un impiego responsabile e trasparente delle tecnologie emergenti. Il secondo asse, relativo alla transizione economico-contabile, risponde alla necessità di garantire una gestione più efficace, trasparente e sostenibile delle risorse pubbliche, superando l'impianto tradizionale della contabilità finanziaria. L'introduzione della contabilità economico-patrimoniale, fondata sul principio della competenza economica (*accrual accounting*), consente di misurare con maggiore precisione l'andamento gestionale e la sostenibilità delle politiche pubbliche. Ne deriva l'esigenza per le amministrazioni di sviluppare specifiche competenze nella valutazione del patrimonio pubblico, nell'applicazione dei principi contabili nazionali e internazionali (IPSAS/EPSAS) e

che comprendono abilità relazionali, comunicative, decisionali e di problem solving, necessarie per operare in un contesto sempre più segnato da incertezza, interdipendenza e complessità[86].

Ebbene, il combinarsi di queste due dimensioni non si traduce soltanto in un arricchimento funzionale delle professionalità, ma contribuisce a delineare una vera e propria «architettura delle competenze», idonea a rafforzare la qualità delle politiche pubbliche, a sostenere i processi di modernizzazione istituzionale e a ridurre, in chiave strutturale e duratura, gli squilibri territoriali che permangono nel sistema amministrativo italiano, restituendo così all'azione pubblica la capacità effettiva di promuovere il «benessere organizzativo» inteso

---

nella lettura del bilancio come strumento di conoscenza, programmazione e responsabilità politico-finanziaria (sul punto si v. E. D'ALTERIO, *La responsabilità finanziaria: analisi di un mito*, in *Bilancio Comunità Persona*, 1, 2025, 57 ss.). Ebbene, in questa prospettiva, la competenza tecnica si accompagna alla capacità di utilizzare i dati contabili come strumenti di conoscenza e di programmazione, funzionali al miglioramento della performance e della rendicontazione pubblica. Il Terzo asse, infine, è rappresentato dalla transizione green, che amplia la dimensione tecnico-specialistica includendo le competenze relative alla sostenibilità ambientale, sociale e istituzionale, secondo il quadro europeo GreenComp. Tale modello individua quattro aree chiave: l'interiorizzazione dei valori della sostenibilità, la comprensione della complessità dei sistemi ambientali ed economici, la capacità di sviluppare visioni anticipatorie del futuro e l'attitudine ad agire in modo concreto e trasformativo. La pubblica amministrazione è così chiamata a integrare la sostenibilità nelle politiche, nei programmi e nelle pratiche di gestione, sviluppando competenze nella valutazione degli impatti ambientali, nella rendicontazione ESG e nella pianificazione di interventi coerenti con il Green Deal europeo. Nel loro insieme, queste competenze costituiscono il perno di una governance pubblica responsabile, capace di allineare la dimensione amministrativa con le priorità ambientali e sociali, trasformando il capitale umano in una risorsa strategica per la resilienza istituzionale e l'innovazione sostenibile del settore pubblico.

86 Le competenze trasversali si inscrivono nella più ampia dimensione della "reattività" amministrativa della Pubblica Amministrazione, intesa come quell'insieme armonico e integrato di conoscenze, abilità e atteggiamenti che consente al personale pubblico di orientarsi e di agire con efficacia in contesti profondamente mutabili, caratterizzati da trasformazioni complesse, talvolta asimmetriche e non di rado conflittuali nelle loro traiettorie evolutive. Ebbene, sulla base delle seguenti premesse, il Decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione del 28 giugno 2023 ha introdotto un Framework nazionale delle competenze trasversali, articolato lungo tre assi tra loro interdipendenti: il comportamento organizzativo, le relazioni istituzionali e la leadership valoriale. Il primo ambito, dedicato al comportamento organizzativo, richiama la capacità del personale pubblico di operare efficacemente in contesti segnati da digitalizzazione, lavoro agile e innovazione gestionale, attraverso l'impiego consapevole di strumenti quali il problem solving, l'apprendimento continuo e l'orientamento ai risultati. Tali competenze, tuttavia, acquistano reale significato solo se collocate in un contesto organizzativo favorevole, in grado di riconoscere e valorizzare il merito, stimolare la motivazione individuale e tradurre il potenziale umano in valore collettivo. Secondo l'impostazione teorizzata da Maslow e Schein, infatti, il comportamento amministrativo non può essere interpretato in chiave meccanicistica, ma va compreso come il risultato di una interazione sistemica tra fattori individuali, strutturali e culturali. La seconda direttrice, centrata sulle relazioni istituzionali, pone al centro la capacità di cooperare e comunicare efficacemente all'interno di un sistema amministrativo sempre più pluralistico e multilivello, nel quale l'empatia, l'intelligenza emotiva e la comunicazione "digitale" assumono un ruolo determinante. Quest'ultima, in particolare, ha assunto negli ultimi anni, un ruolo sempre più rilevante, in armonia con i principi dell'open government e con le politiche di apertura e condivisione dei dati pubblici, configurandosi come strumento essenziale di trasparenza istituzionale, partecipazione democratica e interoperabilità amministrativa, in sintonia con le linee guida europee tracciate dal Digital Economy and Society Index (DESI). Infine, la

come la capacità di un'organizzazione di garantire e mantenere, in ogni tipo di occupazione, il più alto grado possibile di benessere fisico, psicologico e sociale dei propri lavoratori[87].

Per concludere, se la nuova architettura *performance oriented* si presenta come un pilastro destinato a sostenere e, al tempo stesso, a stimolare l'efficienza dell'azione amministrativa, essa non può tuttavia che collocarsi entro una più ampia «strategia di rafforzamento»[88] della capacità istituzionale, la quale è oggi chiamata a misurarsi con la trasformazione digitale e con l'introduzione di strumenti algoritmici, in grado di incidere profondamente sulle modalità di funzio-

---

leadership valoriale rappresenta la sintesi più alta di tale architettura concettuale, poiché non si limita alla gestione tecnica delle risorse, ma implica la capacità di tradurre i valori pubblici – integrità, inclusione, sostenibilità – in decisioni responsabili e comportamenti coerenti. In conclusione, il dirigente pubblico è oggi chiamato a svolgere un ruolo di leadership del cambiamento, capace di orientare, motivare e innovare l'organizzazione amministrativa, trasformando la complessità gestionale in un'occasione di crescita istituzionale e collettiva.

87 F. AVALLONE, M. BONARETTI (a cura di), *Benessere organizzativo. Per migliorare la qualità del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, Rubbettino, 2003, 24; il tema del benessere organizzativo può essere letto secondo una duplice dimensione, economico–aziendale e giuridico–istituzionale. Sul primo versante, esso indica la condizione nella quale l'amministrazione riesce a valorizzare il capitale umano non soltanto come fattore produttivo, ma come risorsa strategica da cui dipende la qualità complessiva delle performance. Soddisfazione, motivazione, senso di appartenenza e fiducia reciproca diventano così leve decisive per accrescere la produttività, migliorare il clima interno e rendere l'organizzazione più flessibile e resiliente. In questa logica, il benessere fisico, psicologico e sociale dei lavoratori non costituisce un elemento accessorio, ma un investimento in grado di generare ritorni misurabili in termini di efficienza, innovazione e qualità dei servizi, riconoscendo nell'armonia del contesto lavorativo un fattore essenziale di competitività istituzionale. Dal punto di vista giuridico, il benessere organizzativo ha conosciuto un'evoluzione significativa, trasformandosi da categoria di matrice manageriale a vero e proprio parametro dell'azione amministrativa. L'art. 7 del d.lgs. 165/2001 affida ai dirigenti il compito di garantire ambienti di lavoro improntati al benessere, con responsabilità non solo organizzative, ma anche dirigenziali e disciplinari. A questo nucleo normativo si sono aggiunti ulteriori interventi: il d.lgs. 81/2008 ha incluso lo stress lavoro–correlato tra i rischi da valutare obbligatoriamente; il d.lgs. 150/2009 ha affidato agli OIV il compito di monitorarlo come componente della performance; il d.lgs. 33/2013 ne ha imposto la trasparenza; la Direttiva n. 3/2017 lo ha collegato alla conciliazione vita–lavoro, riconducendolo al principio costituzionale di buon andamento. Ne risulta che il benessere organizzativo non possa più essere confinato alla dimensione gestionale, ma debba essere inteso come dovere pubblico di tutela della persona che lavora e, insieme, come garanzia della qualità istituzionale e della legittimazione democratica dell'amministrazione.

88 L'avvio del percorso di rinnovamento della Pubblica Amministrazione può essere ricondotto al gennaio 2022, quando il Ministero per la Pubblica Amministrazione ha presentato il piano strategico «Riformare la PA. Persone qualificate per qualificare il Paese», che ha posto al centro la valorizzazione del capitale umano pubblico quale condizione necessaria per rafforzare la qualità delle istituzioni. L'iniziativa ha avuto il merito di introdurre una visione organica, volta a integrare la dimensione culturale e quella tecnico-professionale delle competenze, delineando così un percorso evolutivo caratterizzato da tappe ben definite. Una prima tappa è stata rappresentata, nel marzo 2022, dal rilancio della formazione nelle competenze digitali, individuate come presupposto imprescindibile per sostenere i processi di innovazione amministrativa. A tale intervento è seguita l'introduzione del PIAO (Piano Integrato di Attività e Organizzazione), concepito quale strumento di raccordo tra obiettivi strategici, assetti organizzativi e politiche del personale, con la finalità di superare la frammentazione e favorire una più chiara integrazione tra programmazione e gestione. Successivamente, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha adottato il Framework delle

namento dell'apparato amministrativo e di ridefinirne i meccanismi di coordinamento.

Questi strumenti, se da un lato promettono significativi incrementi in termini di efficienza ed efficacia, dall'altro sollevano, tuttora, questioni particolarmente delicate sul terreno delle garanzie giuridiche, imponendo la predisposizione di adeguati «meccanismi di controllo» e la definizione di un quadro normativo chiaro e vincolante, capace di prevenire fenomeni di «opacità decisionale» e, soprattutto, di scongiurare il rischio di forme surrettizie di dipendenza o addirittura di «schiavitù digitale»[89] che potrebbero derivare dall'uso massivo e pervasivo delle nuove tecnologie nei processi decisionali pubblici[90].

competenze per il reclutamento della dirigenza pubblica, destinato a definire i profili professionali attesi in coerenza con i principi di merito e trasparenza. Nel marzo 2023, una Direttiva del Ministro ha ulteriormente rafforzato le politiche di sviluppo delle competenze, introducendo una prospettiva più strategica nella gestione delle risorse umane. Nello stesso solco si collocano il Framework delle competenze trasversali per il personale non dirigenziale e la Direttiva del novembre 2023 sulla performance individuale, quest'ultima volta a consolidare un sistema più orientato alla responsabilizzazione e alla valorizzazione del merito. Nel loro insieme, questi interventi delineano un percorso coerente di rafforzamento della capacità amministrativa dello Stato, basato su una visione integrata tra formazione, competenze e performance, in grado di accompagnare in modo efficace il processo di modernizzazione della Pubblica Amministrazione.

89 Così V. Molaschi, *Algoritmi e nuove forme di schiavitù*, in *Federalismi.it*, 2021, pp. 205 ss.; A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D. U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, 38 ss.

90 F. Conte, *La trasformazione digitale della pubblica amministrazione: il processo di transizione verso l'amministrazione algoritmica*, in *Federalismi.it*, 2023, 11, 75; G. Nicosia, *La complicata evoluzione del controllo gestionale sul «capitale umano» nelle pubbliche amministrazioni*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019, 3, 775 ss.

Michela Petrachi
Dottore di Ricerca in Forme dell'Evoluzione del Diritto
michela.petrachi@unipr.it

Oltre lo sviluppo sostenibile, l'incidenza dell'economia circolare sull'affidamento di un contratto pubblico

The impact of the circular economy on the awarding of a public contract, beyond sustainable development

Sintesi

La tutela ambientale si arricchisce di un ulteriore tassello: quello di circolarità. Se già il parametro di sostenibilità aveva inciso sulla ricchezza finanziaria e su quella immobiliare, il criterio di circolarità sembra ulteriormente incidere, tra gli altri piani, su quello della concorrenza attraverso il condizionamento del decisore pubblico.
Significativo è l'ultimo Piano d'azione per l'economia circolare dell'Unione europea, che individua misure e aree specifiche di intervento. Si tratta, in particolare, di un nuovo piano di azione, aggiuntivo – e/o specificativo – a quello della sostenibilità, ormai rientrante nella costruzione di un Bauhaus europeo, antitetico rispetto all'economia lineare e coincidente con l'economia circolare.
Dirimente per l'implementazione di quel Piano è la diffusione degli appalti c.d. circolari con i quali le Amministrazioni pubbliche orientano il mercato sia in relazione allo specifico contratto sia perché rappresentano un esempio virtuoso per il consumatore privato.
Rileva, prima di tutto, il fatto che il principio di circolarità incide sull'intero ciclo di vita del contratto, condizionando fin da subito la programmazione delle Amministrazioni pubbliche le quali devono individuare esattamente sia il fabbisogno pubblico nella prospettiva di una riduzione dei consumi, della condivisione degli acquisiti, del riutilizzo etc. sia la disponibilità sul mercato di prodotti, servizi circolari così da scegliere la procedura amministrativa più idonea.
Poi, il principio di circolarità incide sui criteri di selezione dell'offerta, a monte, e sul contratto a valle. Fermo l'obbligo, infatti, di rispettare la normativa tecnica applicabile all'oggetto del contratto e, in particolare, i c.a.m., con l'inserimento nella lex specialis di eventuali, specifiche tecniche ambientali sulla circolarità del prodotto le Stazioni appaltanti, di fatto, limitano il numero di potenziali offerenti (muniti dei requisiti richiesti); ammettono la formulazione di offerte economiche elevate con la conseguenza di dover tenere conto del 'costo' più che del 'prezzo' e con esso della catena di valore; allo stesso tempo circoscrivono l'oggetto del contratto, conformandone la funzione (rectius, la causa) – in

punto di scelta della migliore offerta – agli obiettivi di sostenibilità ambientale e di circolarità ad esse sottesi.
Da questo angolo di osservazione, affinché l'economia circolare attecchisca nel mercato senza, però, risultare anticoncorrenziale, compromettendo l'accesso al mercato a una fetta significativa di operatori economici, è necessario che: a) la Stazione appaltante non imponga un'unica soluzione tecnica; b) l'inserimento di c.a.m. oppure di specifiche tecniche ambientali non sia soltanto un richiamo formale a una disciplina non declinata in concreto nella documentazione di gara proprio perché queste prescrizioni servono a conformare l'esecuzione della prestazione contrattuale.

ABSTRACT

Environmental protection is enriched by a further piece: the circularity. If the sustainability parameter had already affected financial and real estate wealth, the circularity criterion seems to affect the level of competition through the conditioning of public decision-makers.
The latest Action Plan for the Circular Economy of the European Union is significant, which identifies specific measures and areas of intervention. It is, in particular, a new action plan, additional – and/or specific – to that of sustainability, now part of the construction of a European Bauhaus, antithetical to the linear economy and coinciding with the circular economy.
Decisive for the implementation of that Plan is the spread of so-called circular contracts with which public administrations orient the market both in relation to the specific contract and because they represent a virtuous example for the private consumer.
First of all, the principle of circularity affects the entire life cycle of the contract, immediately conditioning the planning of public administrations, which must identify exactly both the public needs with a view to reducing consumption, sharing purchases, reuse, etc., and the availability of products on the market, circular services so as to choose the most suitable administrative procedure.
Then, the principle of circularity affects the criteria for selecting the offer, upstream, and the downstream contract. Without prejudice to the obligation, in fact, to comply with the technical regulations applicable to the subject of the contract and, in particular, the minimal environmental criteria, with the inclusion in the lex specialis of any environmental technical specifications on the circularity of the product, the contracting authorities limit the number of potential tenderers (with the required requirements); they allow the formulation of high economic offers with the consequence of having to take into account the 'cost' rather than the 'price' and with it the value chain; at the same time, they circumscribe the subject matter of the contract, conforming its function (rectius, the cause) – in terms of choosing the best offer – to the objectives of environmental sustainability and circularity underlying them.

From this point of view, in order for the circular economy to take root in the market without, however, being anti-competitive, compromising access to the market for a significant slice of economic operators, it is necessary that: a) the contracting authority does not impose a single technical solution; b) the inclusion of the minimal environmental criteria or environmental technical specifications is not just a formal reference to a discipline not specifically declined in the tender documentation precisely because these requirements serve to conform the performance of the contractual service.

PAROLE CHIAVE: economia circolare, sviluppo sostenibile, concorrenza, appalti pubblici, contratto.

KEYWORDS: circular economcy, sustainable development, competition, public procurement, contract.

INDICE: 1. Nodi d'apice sull'economia circolare. – 2. Il Piano d'azione per l'economia circolare 'Per un'Europa più pulita e più competitiva': punti di approdo e di approdo contrario. – 3. Il criterio di circolarità dalle strettoie del diritto dei contratti pubblici alle ricadute (eco)sistemiche. – 4. Osservazioni conclusive.Example.

1. Nodi d'apice sull'economica circolare

La tutela ambientale si arricchisce di un ulteriore tassello, un ulteriore principio (*rectius*: criterio di preferenza), quello di circolarità[1].

Invero, il parametro di sostenibilità aveva già inciso in modo significativo sulla ricchezza immobiliare e su quella finanziaria[2], attraverso (a titolo esempli-

1* Il contributo riproduce con integrazioni il testo della relazione svolta nella sala 'Luigi Pollio', Capri, il 5 giugno 2025, in occasione del Convegno ADDE per giovani studiosi di Diritto dell'Economia dedicato a 'Economia circolare e diritto dei mercati finanziari: sostenibilità e innovazione nei modelli di *business'* ed è destinato oltre alle pagine di questa Rivista alla raccolta degli atti di quel Convegno.

Sul paradigma dell'economia circolare v., *ex multis*, M. COCCONI, *La nuova politica industriale europea verso un modello di crescita circolare e rigenerativo*, in ID. (a cura di), *Il mosaico dell'economia circolare. Regole, principi, modelli,* Milano, 2023; S. GARDINI (a cura di), *Percorsi di circolarità, tra diritto e economia,* Modena, 2023; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2-3, 2022; S. ANTONIAZZI, *Transition to the Circular Economy and Services of General Economic Interest*, in *www.federalismi.it,* 2021, 7; M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la sostenibilità*, in *Persona e Mercato*, 2021, 4.

2 Il che stimola una considerazione di metodo: la sostenibilità non è più soltanto paradigma dell'azione amministrativa, ma anche di quella privata in ossequio al principio di solidarietà generazionale e intergenerazionale e di integrazione. Conferma di ciò si ricava dalla circostanza che nelle politiche di tutela ambientale hanno preso piede, in maniera consolidata, i principali istituti civilistici, proprietà, beni, contratti c.d. 'ecologici', responsabilità. Di talché è stato osservato che, proprio in queste strettoie del diritto, emerge «*la "biunivocità" del rapporto tra strumenti privatistici e tutela dell'ambiente, nel senso che se, da un lato, si può cogliere, nel tempo, un'apertura sempre più marcata degli istituti civilistici alla materia ambientale, dall'altro è proprio la crescente mole della legislazione e delle applicazioni giurisprudenziali finalizzate alla protezione dell'ambiente, unitamente alla forza normativa dei principi ambientali italo-europei, a incidere sugli istituti e le categorie tradizionali del diritto civile, al punto da imporne una profonda "riconcettualizzazione" alla luce della sostenibilità ambientale*». Così M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*,

ficativo) il riconoscimento di un collegamento diretto tra proprietà edificata e rendimento energetico[3] e la promozione di un ambiente edificato più sostenibile (in questa prospettiva sovviene anche la Direttiva europea del 12 marzo 2024 'Case Verdi')[4], nonché attraverso l'orientamento progressivo di investitori grandi e piccoli verso politiche di investimento in attività economiche che impattano nei settori ambientale e sociale, ossia verso investimenti di portafoglio con impatti declinati in *Environmental, Social and Governance*[5] (da qui, anche ESG).

Su questo solco il criterio di circolarità sembra ulteriormente addentrarsi e incidere, tra gli altri piani, su quello della concorrenza attraverso il condizionamento del decisore pubblico[6] e, suo tramite, della domanda e dell'offerta sul mercato[7].

Significativi, in questa prospettiva, sono l'ultimo Piano d'azione per l'economia circolare adottato dall'Unione europea, il quale individua misure e aree specifiche di intervento tra cui progettazione ecologica, sviluppo del mercato delle materie prime secondarie, adozione di modelli di sviluppo sostenibili e gestione dei rifiuti, nonché gli ulteriori atti adottati poi dalla stessa Unione e, a cascata, dagli ordinamenti nazionali[8].

2020, 3, 4 e ss., 6. In argomento v. anche U. Mattei, A. Quarta, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Sansepolcro, 2018; M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016; E. Frediani, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. econ.*, n. 1, 2015, 49 ss.; D. Amirante (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006.

3 Sebbene in argomento, in dottrina, sia chiarito che ambiente e risorse naturali rilevano sotto il profilo della loro conservazione e manutenzione prima e a prescindere dalla circolazione giuridica. V. A. Nervi, *Beni comuni e ruolo del contratto,* in *Riass. dir. civ.*, 2014, 42.

4 Secondo M. Francesca, *Tre appunti in materia di sostenibilità,* welfare *e Bauhaus europeo,* in *EJPLT,* 2024, 2, 5 quella Direttiva crea un rapporto stretto tra città intelligenti e impatto climatico e ancora persegue «*un nuovo obiettivo metaindividuale – che permea quelli dei singoli chiamati ad intervenire sulle proprie abitazioni – con il quale si tenta di combinare processi inclusivi con finalità di miglioramento climatico*».

5 In argomento v. M. Francesca, *Tre appunti in materia di sostenibilità,* welfare *e Bauhaus europeo,* cit. V. anche A. Quaranta, *Come finanziare strutturalmente lo sviluppo sostenibile? Gli ESG e il nuovo modello di* governance, in *Ambiente e Sviluppo*, 1, 2022. V. anche M. Semeraro, *Fattori di sostenibilità ambientale e politiche creditizie: rischio climatico e accesso al credito*, in M. Passalacqua (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Torino, 2022, 197 e ss. R. Calderazzi, *La sostenibilità nell'impresa bancaria*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, suppl. Fasc. 4, 2022, 168 e ss.

6 In argomento v. M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC,* 2018, 2, 1 e ss.

7 Sulla strumentalità del mercato rispetto all'attuazione dello sviluppo sostenibile v. E. Chiti, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel green New Deal,* in *Rivista della reg. dei mercati,* 2022, 2; F. Fracchia, S. Vernile, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2, 2020; M. E. Salerno, *L'integrazione dei fattori di sostenibilità nelle regole di comportamento dell'intermediario finanziario: un ritorno al modello di distribuzione "orientato al prodotto"*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2022; F. Pizzolato, *Autorità e consumo. Diritti dei consumatori e regolazione del consumo*, Milano, 2009

8 Si rinvia, a titolo esemplificativo, alla Strategia nazionale per l'economia circolare il cui cronoprogramma di attuazione delle misure prioritarie è stato adottato con D.M. 19 settembre

Volendo anticipare fin da qui l'angolo di osservazione del presente contributo, va chiarito che, per l'implementazione di quel Piano, è stata dirimente la diffusione, tra gli altri strumenti, degli appalti c.d. circolari.

Una delle ricadute più significative del Piano e, soprattutto, della progressiva introduzione del criterio di circolarità nella catena economica si rintraccia infatti nella disciplina degli appalti e nel nuovo modello di aggiudicazione. È certamente noto che la normativa sugli appalti gioca un ruolo fondamentale nella prospettiva della crescita sostenibile e, purtuttavia, il modello di economia circolare sembra aggiungere un parametro in più capace di condizionare le norme medesime di aggiudicazione e, dunque, incidere sulla concorrenza, producendo un effetto domino su tutti gli attori del mercato.

2. Il Piano d'azione per l'economia circolare 'Per un'Europa più pulita e più competitiva'[9]: punti di approdo e di approdo contrario

Nella prospettiva d'indagine scelta, l'ultimo Piano d'azione per l'economia circolare dell'Unione europea[10] è significativo: esso individua misure e aree specifiche di intervento[11] tra cui (1) progettazione ecologica, ossia estensione della disciplina in materia di progettazione ecocompatibile, al di là dei prodotti connessi all'energia, alla più ampia gamma possibile di prodotti, (2) sviluppo del mercato delle materie prime secondarie, contribuendo a prevenire squilibri tra offerta e domanda di materie prime secondarie e a garantire un'espansione regolare del settore del riciclaggio nell'Unione europea, (3) adozione di modelli di sviluppo sostenibili e di gestione dei rifiuti. Pur restando la gestione dei rifiuti al centro dell'attenzione, infatti, il nuovo quadro strategico dell'Unione indirizza il cono di luce sul riuso dei materiali e sulla potenziale circolarità di prodotti e servizi[12].

Quelle misure e linee di intervento sono via via sfociate in atti normativi, ossia: i Regolamenti europei sull'eco design[13], sulla progettazione eco-compati-

---

2022, n. 342.

9 11 marzo 2020, COM/2020/98 final.

10 Il precedente piano risaliva al 2015 L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare COM(2015) 614 final.

11

12 In argomento v. R. Ferrara, Brown economy, green economy, blue economy: *l'economia circolare e il diritto dell'ambiente,* in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2018, 2, 1 e ss. secondo cui «*forse è nel settore dei rifiuti che si realizza, abbastanza per tempo, una felice saldatura fra i principi della green Economy e quelli dell'economia circolare, fin dal suo primo comparire sia nel linguaggio della politica che in quello della Scienza, sembrando tuttavia pienamente condivisibile quanto sostenuto acutamente in dottrina, ossia che l'economia circolare non si risolve ed esaurisce nella disciplina dei rifiuti, essendo non solo questo, ed anzi essendo ben altro*».

13 Regolamento sulla progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili (*Ecodesign for Sustainable Products Regulation - ESPR*), approvato dal Parlamento europeo il 23 aprile 2024 con risoluzione COM/2022/0142.

bile di smartphone e tablet[14], sulla gestione di rifiuti da batteria[15], sull'approvvigionamento di materie prime critiche[16], sugli imballaggi e loro rifiuti [17]; nonché la Direttiva che ha introdotto il c.d. 'diritto alla riparazione'[18]. Quest'ultima misura, in modo particolare, punta a rilanciare il mercato della riparazione e ad alimentare la catena virtuosa degli 'antichi mestieri' a prezzi ragionevoli per il consumatore[19].

La scansione temporale degli interventi europei all'indomani della pubblicazione del nuovo Piano d'azione è stata (e tutt'ora è) serrata: (1) nel mese di febbraio del 2021 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione sul nuovo Piano d'azione per l'economia circolare, chiedendo misure aggiuntive per raggiungere un'economia a zero emissioni di carbonio, sostenibile dal punto di vista ambientale, libera dalle sostanze tossiche e completamente circolare entro il 2050, includendo misure più severe sul riciclo e obiettivi vincolanti per il 2030 sull'uso e l'impronta ecologica dei materiali; (2) nel marzo del 2022, la Commissione ha pubblicato il primo pacchetto di misure per accelerare la transizione verso un'economia circolare, nell'ambito dello stesso piano d'azione. Le proposte includono il potenziamento dei prodotti sostenibili, la responsabilizzazione dei consumatori[20] per la transizione verde, la revisione del regolamento sui prodotti da costruzione e una strategia sui tessili sostenibili; nel novembre del 2022, la Commissione ha proposto nuove regole a livello europeo sugli imballaggi, includendo una proposta per migliorare il design degli stessi, dotarli di etichettatura chiara e incentivare il riutilizzo e il riciclo e per agevolare una transizione verso plastiche a base biologica, biodegradabili e compostabili.

Affinché, però, questo indirizzo si consolidi, senza correre, cioè, il rischio di una vita breve e contingente[21], è altrettanto importante che si crei rete, ossia

14 Regolamento (UE) 2023/1670 che stabilisce specifiche per la progettazione ecocompatibile di smartphone, telefoni cellulari diversi dagli smartphone, telefoni cordless e tablet.

15 Regolamento europeo (UE) 2023/1542 sulle batterie e i rifiuti di batterie.

16 Regolamento (UE) 2024/1252 per ottimizzare il funzionamento del mercato interno attraverso l'istituzione di un quadro che garantisca all'Unione Europea un approvvigionamento di materie prime critiche sicuro, resiliente e sostenibile.

17 Regolamento (UE) 2025/40 sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio.

18 Direttiva (UE) 2024/1799 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, relativa a norme comuni che promuovono la riparazione di beni e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e le direttive (UE) 2019/771 e (UE) 2020/1828.

19 La Direttiva punta infatti a stimolare la concorrenza (anche) nel mercato della riparazione allo scopo di ridurre i costi del servizio e di elevarne la qualità, proteggendo allo stesso tempo il consumatore che deve poter ottenere la riparazione del bene – quando, naturalmente, essa non è impossibile – a un costo e in un tempo (dal momento in cui il riparatore ottiene la disponibilità fisica del bene) ragionevoli.

20 Si v. B. Pozzo, I green claims, *l'economia circolare e il ruolo dei consumatori nella protezione dell'ambiente: le nuove iniziative della Commissione UE*, in *Riv. giur. Ambiente,* 2020, 707.

21 Si v. S. Amorosino, *Note sulle regolazioni delle transizioni "economiche"*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2022, 1, con riferimento al fatto che «*quanto più i "progetti" a medio – lungo termine sono complessi tanto più, in situazioni "ordinarie", appaiono difficilmente adottabili e – soprattutto – implementabili coerentemente, negli anni, da parte dei sistemi istituzionali ed economici democratici e pluralistici (Stati occidentali, UE, organismi internazionali), con strutture politiche nelle quali prevalgono spesso decisioni*

si stimoli la collaborazione tra i vari *stakeholder*, inclusi decisori pubblici, operatori economici, consumatori, e che, quindi, si diffonda la cultura della 'circolarità', in forza della quale la catena economica, ancorché chiusa (perché circolare), è destinata a trasformare il rifiuto di qualcuno in una risorsa ulteriore per sé o per qualcun altro. Il che naturalmente esige sia un'evoluzione delle tecniche costruttive sia una meticolosa (attività di) sensibilizzazione dei consumatori sul fatto che ai prodotti debba essere assicurata una seconda *chance* prima di abbandonarli in disuso: con la conseguenza che l'implementazione di un tipo di economia 'circolare' deve affrontare plurime e diverse sfide.

Ciò nondimeno, tutti questi elementi di osservazione danno la cifra tanto della rivoluzione in atto quanto delle resistenze (culturali, prima ancora che tecnologiche) che essa è chiamata ad affrontare.

Tornando nello specifico al Piano d'azione per l'economia circolare, l'obiettivo è, infatti, quello di sensibilizzare tutti gli attori della filiera, pubblici e privati, e di accelerare la transizione verso un modello di crescita rigenerativo che restituisca al pianeta più di quanto prenda e faccia il possibile per ridurre la sua impronta di consumi e per raddoppiare la percentuale di utilizzo di materiali circolari nel prossimo decennio, puntando su strumenti capaci di indirizzare il mercato, come le certificazione verdi o le impronte ambientali dei prodotti, nonché sull'implementazione dei criteri ambientali minimi (da qui, anche c.a.m.)[22] per agevolare il ricorso agli appalti c.d. 'verdi' e, in particolare, circolari.

In punto di contratti pubblici, la strategia del Piano ha trovato un punto di approdo nel successivo Parere del Comitato economico e sociale europeo '*Verso appalti pubblici circolari*" del 9-10 giugno 2021, in cui è precisato che «*gli appalti pubblici che includono criteri minimi obbligatori per gli appalti pubblici verdi (criteri UE GPP) rientrano nell'ambito di applicazione delle politiche in materia di economia circolare, come stabilito nel piano d'azione per l'economia circolare (CEAP)*».

Lo stesso Comitato è tornato a pronunciarsi sull'argomento più di recente[23] e, in considerazione del tempo trascorso dall'adozione del piano (quattro anni), ha potuto cogliere e illustrare i punti di approdo e i punti di approdo

---

contingenti, equilibri instabili, suggestioni mediatiche, interessi elettorali ed economici divergenti».

22 Sul tema v. S. Vernile, "*Nuovo" Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 3, 2023; G. Crepaldi, R. Micalizzi, *Ecosostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali*, in *www.federalismi.it*, 2023, 65; E. Bellomo, *Appalti verdi in urbanistica ed edilizia: i criteri ambientali minimi (nota a sent. Cons. Stato sez. V 18 marzo 2019 n. 1748)*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 1, 143; A. Fezza, G. Lombardo, *I criteri sociali e ambientali minimi (CSM e CAM) nella contrattualistica pubblica. Possibili premialità per iniziative ad impatto sociale e ambientale*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1085; T. Cellura, *Criteri minimi ambientali nell'edilizia: una vera rivoluzione negli appalti pubblici delle costruzioni*, in *Appalti e contratti*, 2016, 10; A. Farì, F. Lombardo, *I criteri ambientali nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Dir. e prat. amm.*, 2013, 9; F. Fracchia, M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006.

contrario, ossia di (ri)partenza.

Da una parte, infatti, il Comitato ha accentuato l'approccio olistico dell'economia circolare, comprensivo di profili economici, ambientali e sociali[24], all'uopo osservando che l'accesso ai contratti d'appalto con la pubblica Amministrazione è fondamentale anche per riorganizzare l'economia sociale e sottolineando l'importanza di definire una serie di criteri di aggiudicazione innovativi che abbiano un valore reale e non commerciale, ad esempio in termini di beni comuni, creazione di valore aggiunto sul piano sociale (occupazione di qualità, inclusione e integrazione delle persone più vulnerabili) ed ecologico (impatto ambientale) o di prossimità territoriale.

Dall'altro, il Comitato ha raccolto l'allarme del Parlamento europeo[25] secondo cui, ancora oggi, la maggior parte delle Amministrazioni pubbliche degli Stati membri affida i contratti che superano la soglia di rilevanza europea in forza del prezzo più basso: il che – sempre a dire del Parlamento europeo – proverebbe che nei documenti di gara ancora non sono introdotti criteri di selezione adeguati (nella misura e nella maniera), legati a qualità sociali, ambientali o di innovazione (dell'impresa e) dell'offerta.

Il *trend* europeo è, insomma, contrario a quanto ci si aspetterebbe limitandosi a leggere norme, atti programmatori e precettivi dell'Unione e degli Stati nazionali: da qui l'importanza di una riflessione sull'utilità di assicurarsi che all'evoluzione del quadro normativo di riferimento sia affiancata una incalzante e adeguata attività di formazione sia dei funzionari pubblici sia degli operatori economici e, soprattutto, come anticipato, un'appropriata disseminazione delle buone pratiche e, in misura ancora maggiore, della notizia dei vantaggi che possono derivare dall'adesione a questo nuovo modo di 'creare mercato', e dal lato della domanda e dell'offerta, in termini economici, ambientali e sociali.

Ciò sulla base del convincimento che le procedure di affidamento dei contratti pubblici sono una leva strategica per far veicolare nel tessuto sociale e in ogni segmento della catena economica, dall'approvvigionamento delle risorse al prodotto finito, l'importanza di farsi carico degli obiettivi di sviluppo sostenibile e, in definitiva, la prova che i rischi e le opportunità in materia appunto di sviluppo ambientale, sociale ed economico responsabile[26] sono gestibili sia dal decisore pubblico sia dall'operatore (ciascuno per le proprie competenze).

---

23 Parere del Comitato economico e sociale europeo '*Il potenziale degli appalti pubblici per le imprese dell'economia sociale*' (parere d'iniziativa) (C/2025/100).

24 Sull'integrazione con le politiche sociali v. A. Pisani Tedesco, *Strumenti privatistici per la sostenibilità ambientale e sociale*, Torino, 2024; E. Caterini, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018.

25 Parlamento europeo, Direzione generale delle Politiche interne dell'Unione, V. Caimi, S. Sansonetti, The social impact of public procurement. Can the EU do more?, 2023.

26 A dimostrazione del carattere pervasivo della questione si consideri che anche la norma ISO 20400 permette di integrare la sostenibilità nel processo delle politiche di approvvigionamento dell'organizzazione procedente, assicurando che la catena di fornitura sia a sua volta sostenibile e, dunque, non determini esternalità negative per l'ambiente e per la società.

Sicché, al netto dei rilievi fin qui raccolti e delle considerazioni svolte *a latere*, il Piano d'azione europeo e, più in generale, i pertinenti atti programmatori europei che ne sono scaturiti descrivono, senz'altro, un nuovo piano di intervento, aggiuntivo – e/o specificativo – a quello della sostenibilità, ormai rientrante nella costruzione di un Bauhaus europeo[27], antitetico rispetto all'economia lineare e coincidente con l'economia circolare[28]. Nondimeno, è doveroso verificare prima di tutto i margini di applicazione effettiva, messi in dubbio dallo stesso Parlamento europeo, e poi, in maniera direttamente conseguenziale, i precipitati concreti degli interventi cristallizzati ad arte nel diritto positivo.

3. Il criterio di circolarità dalle strettoie del diritto dei contratti pubblici alle ricadute (eco)sistemiche

La progressiva e perdurante virata delle Amministrazioni pubbliche nella direzione della sostenibilità – si pensi, a questo proposito, alla crescente contaminazione di ogni settore dell'azione amministrativa (dal governo del territorio, alla tutela della salute, alle procedure ad evidenza pubblica in parola) con il principio dello sviluppo sostenibile e, in pratica con l'espansione dei così detti interessi differenziati di settore[29], ambiente e paesaggio – ha veicolato il messaggio che la tutela ambientale debba necessariamente integrarsi[30] con le ulteriori tutele (c.d. differenziate o parallele) comunque spettanti all'attività dell'Amministrazione pubblica.

Già il nuovo testo dell'art. 9 Cost.[31] depone nel senso della maggiore tutela dei valori ambientali nell'ottica della salvaguardia delle generazioni future e dello sviluppo sostenibile; sicché l'interpretazione delle disposizioni che disciplinano i procedimenti amministrativi – in modo particolare quelli relativi alla materia ambientale, ma non solo – dovrebbe essere orientata nel senso di conseguire questo obbiettivo di fondo e quindi accrescerne il livello di protezione effettiva.

Ora, il modello di economia circolare caldeggiato dall'Unione europea (anche) con il Piano di azione innanzi detto sembra aggiungere – sempre in

27 Così si è espressa la Commissione nella sua Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni '*Nuovo Bauhaus europeo Bello, sostenibile, insieme*'.

28 Secondo R. Ferrara, Brown economy, green economy, blue economy: *l'economia circolare e il diritto dell'ambiente,* cit., «*l'economia, così come tradizionalmente intesa (la brown Economy) è oggettivamente a carattere lineare, impostata secondo un modello diacronico così sintetizzato: estrai, produci, usa, getta. E, cioè, raccogliendo e condividendo le suggestioni di un'autorevole dottrina, l'economia lineare sembra del tutto in sintonia con quello che è stato sapientemente definito come il "paradigma meccanicistico", tipico e proprio del "mondo come macchina", laddove l'economia circolare sembra piuttosto in linea con il paradigma ecologico-sistemico, coessenziale alla nuova concezione del "mondo come rete*"».

29 P. Carpentieri, *Riflessi della tutela e della valorizzazione del patrimonio paesaggistico-culturale sulla disciplina urbanistico-edilizia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

30 In ossequio al generale e noto principio di integrazione di cui all'art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

31 Come novellato dalla Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

funzione dell'innalzamento del livello di tutela ambientale auspicato dall'Unione stessa – un parametro ulteriore, capace di condizionare l'attività pubblica e, per quel che qui rileva, una procedura di affidamento di un contratto pubblico e, in definitiva, la stessa concorrenza.

Dirimente per l'implementazione di quel Piano e, più in generale, degli atti di indirizzo programmatico europei, è, infatti, la diffusione, tra gli altri strumenti, degli appalti circolari con i quali, in effetti, le Amministrazioni pubbliche orientano il mercato sia in relazione allo specifico contratto *sia* perché rappresentano un esempio al quale adeguarsi per il consumatore e un incentivo alle imprese a essere virtuose. Da questo angolo di osservazione, in pratica, l'indirizzo preferito dall'Amministrazione pubblica sortisce un effetto di *moral suasion* sulla comunità, stimolata a proseguire nelle scelte dell'Amministrazione medesima.

Come si vedrà appresso, infatti, il contratto pubblico rileva sia come punto di arrivo di un articolato procedimento amministrativo sia come contratto in sé: sicché l'applicazione del criterio di circolarità ha ambiti di applicazione soggettivi e oggettivi estesi. Quanto all'ambito soggettivo, esso deve reputarsi applicabile sia al decisore pubblico sia al privato: del resto, così come il mondo della finanza è stato coinvolto nella transizione ecologica – si consideri il Regolamento Tassonomia[32] adottato per contrastare le dinamiche così dette di verniciatura verde, ossia di immissione nel mercato di prodotti economici e finanziati proposti come ecompatibili, ma in effetti non rispettosi di *standard* ambientali – allo stesso modo il mondo dei contratti pubblici non poteva non essere contaminato dallo stesso processo di transizione a causa del coinvolgimento di attori pubblici e della perdurante necessità – in osservanza ai vigenti articoli 9 e 41 della Costituzione – di svolgere le attività pubbliche e private in maniera tale da non ostacolare le tutele ambientali[33]. Quanto all'ambito oggettivo, il criterio di circolarità è multivettoriale, trovando applicazione in tutte le fasi della gara fino alla stipula del contratto, ma anche nell'esecuzione dello stesso.

Sennonché, gli appalti circolari appaiono uno strumento valido per orientare progressivamente le scelte degli operatori del mercato, conformandolo e, in definitiva, promuovendo una immagine della concorrenza d'avanguardia: sostenibile e circolare (anch'essa) nel senso che si illustrerà appresso.

Proprio nell'ottica del perseguimento di obiettivi per uno sviluppo sostenibile, sull'onda delle Direttive europee in materia, il Legislatore nazionale ha introdotto principi immanenti al sistema delle procedure di evidenza pubblica, che ogni Stazione appaltante ha l'obbligo di rispettare[34]: già l'articolo 34 del D.Lgs. n. 50 del 2016 stabiliva – per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori – che le Stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali

32 Regolamento (UE) n. 852/2020.
33 Così dispone l'art. 41 vigente della Costituzione.
34 Così Cons. Stato, Sez. III, n. 8773/2022.

previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica Amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (ora, Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica); e che detti criteri dovevano essere tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; analogo contenuto ha il vigente art. 85, comma 2 del D.Lgs. n. 36 del 2023 in cui è altresì previsto che alle Stazioni appaltanti spetta 'valorizzare' «*economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi*». A questo scopo, poi, l'art. 185, comma 2, del Decreto n. 36 citato prescrive che i criteri ambientali introdotti per la selezione dell'offerta sono «*accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti*», nonché la conformità delle offerte ai criteri di aggiudicazione.

Questa cornice normativa impone di riflettere sulla circostanza per cui la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi – adottata a valle di quella europea – sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo specifico di valorizzare (quindi, di promuovere) modelli di produzione e consumo più sostenibili. Da qui, per effetto degli indirizzi racchiusi nel Piano per l'economia circolare, nonché delle prescrizioni contenute nei Regolamenti e nelle Direttive attuativi (sopra menzionate) discende il *link* per l'introduzione nelle procedure evidenziali di criteri 'circolari' di selezione dell'offerta e, in definitiva, la leva per promuovere un modello economico antitetico rispetto a quello lineare precedente.

Secondo il diritto giurisprudenziale[35], infatti, la ragione dell'inserimento dei criteri ambientali minimi nel bando di gara e nella documentazione di gara è duplice: da una parte, l'individuazione a monte dei criteri è funzionale a consentire agli operatori economici di formulare un'offerta consapevole ed adeguata sulla base di tutti gli elementi, compresi i c.a.m.; dall'altra parte, cristallizza l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico «*da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: in particolare, come affermato in dottrina, i cc.dd.* green public procurements *si connotano per essere un segmento dell'economia circolare*»[36].

Il che, in pratica, rende la procedura di evidenza pubblica uno strumento privilegiato per le ragioni illustrate sopra, ossia la presa motivatrice del contegno amministrativo sulla comunità, per diffondere e valorizzare modelli di produzione e consumo più sostenibili e in particolare circolari.

Scendendo nel dettaglio del funzionamento di una procedura di gara applicativa del criterio di circolarità, emerge prima di tutto che esso incide

35 *Ex multis*, Cons. St., Sez. III, n. 2795/2023.
36 Tar Campania, Sez V, 10 febbraio 2025, n. 1074; già Cons. St., Sez. III, n. 8773/2022.

sull'intero ciclo di vita del contratto, condizionando fin da subito la programmazione delle Amministrazioni pubbliche le quali devono individuare esattamente sia il fabbisogno pubblico nella prospettiva di una riduzione dei consumi, della condivisione degli acquisiti, del riutilizzo *et similia* sia la disponibilità sul mercato di prodotti, servizi, forniture circolari così da scegliere la procedura amministrativa più idonea (ristretta, aperta, negoziata o partenariato per l'innovazione ad esempio[37]) e, se del caso, provvedere alla pubblicazione di un avviso di preinformazione. Soprattutto in ipotesi di approvvigionamenti peculiari, infatti, il ricorso a un avviso di preinformazione[38] agevola il confronto competitivo perché consente agli operatori economici di conoscere per tempo le necessità della Stazione appaltante, le peculiarità della procedura e, soprattutto, l'oggetto del contratto e le relative implicazioni in fase di esecuzione, potendo così decidere tempestivamente se attivarsi per partecipare o rinunciarvi.

In argomento, questo segmento di programmazione amministrativa è di sicura rilevanza perché l'aprioristica valutazione della disponibilità (o non) di specifici prodotti o di servizi sul mercato potrebbe indurre l'Amministrazione ad avviare partenariati innovativi[39] per la risoluzione di alcune sfide nel settore dei materiali innovativi appunto ovvero nelle catene di approvvigionamento vulnerabili *et similia*, i quali sortiscono il duplice effetto di incoraggiare l'innovazione dal lato della domanda e, allo stesso tempo, di supportate la ricerca e lo sviluppo in collaborazione con le imprese[40].

I partenariati innovativi, in modo particolare, possono allineare la realtà economico – finanziaria a quella delle Amministrazioni pubbliche: ciò nel senso che questo tipo di procedura può sortire l'effetto di orientare flussi di capitali verso investimenti sostenibili e, dunque, verso prodotti d'avanguardia e, ancora prima, verso il necessario ammodernamento dei mezzi e delle risorse necessarie perché gli operatori economici possano riscontrare la pretesa pubblica. Con la conseguenza che, anche da questa prospettiva, il decisore pubblico torna a catalizzare il mondo economico e finanziario nelle azioni volte alla transizione ecologica e, in particolare, a quella circolare (così, si è già detto, del resto, con riferimento al Regolamento Tassonomia sulla sostenibilità degli investimenti finanziari che, infatti, tra questi ultimi contempla proprio quelli mirati ad agevolare la transizione verso un'economia circolare).

Poi e in particolar modo, il principio di circolarità incide sui criteri di selezione dell'offerta, a monte, e sul contratto, a valle. Fermo l'obbligo, infatti, di rispettare la normativa tecnica applicabile all'oggetto del contratto e, in particolare, i criteri ambientali minimi, con l'inserimento nella *lex specialis* di eventuali,

37 In argomento v. C. Pagliarini, *Il partenariato per l'innovazione. La pubblica amministrazione e l'iniziativa privata per l'innovazione*, in C. Pagliarini, C. Perathoner, S. Laimer (a cura di), *Contratti pubblici e innovazione. Una strategia per far ripartire l'Europa*, Milano, 2021, 137.

38 Di cui all'art. 81 del D. Lgs. n. 36 del 2023.

39 Di cui all'art. 75 del D.Lgs. n. 36 del 2023.

40 Così da realizzare una graduale attuazione della transizione ecologica nella prospettiva di soluzioni di partenariato.

specifiche tecniche ambientali[41] sulla circolarità del prodotto le Stazioni appaltanti, di fatto, limitano il numero di potenziali offerenti (muniti dei requisiti richiesti), soprattutto nelle ipotesi di partenariati per l'innovazione; ammettono la formulazione di offerte economiche elevate con la conseguenza di dover tenere conto del 'costo' più che del 'prezzo'[42] e con esso della catena di valore (dalla produzione all'uso fino alla fine del ciclo di vita); allo stesso tempo circoscrivono l'oggetto del contratto, conformandone la funzione (*rectius*, la causa) – in punto di scelta della migliore offerta – agli obiettivi di sostenibilità ambientale e di circolarità ad esse sottesi[43].

Al di là della previsione di criteri ambientali minimi, infatti, l'inserimento di specifiche tecniche produce l'ulteriore effetto di evidenziare l'impronta verde che la Stazione appaltante intende dare alla procedura evidenziale e al contratto e, quel che importa di più, rafforza il progressivo passaggio da un indirizzo *soft* di *moral suasion* per la sostenibilità ambientale, basato su indirizzi e criteri di orientamento, a scelte ben più cogenti, fondate sull'individuazione di criteri selettivi (di fatto e di diritto) escludenti dalla procedura di affidamento medesima.

Da questo angolo di osservazione emerge, cioè, che finché criteri e specifiche tecniche non fanno il loro ingresso nel bando di gara e nella documentazione progettuale, l'influenza dell'azione amministrativa sull'attività degli operatori economici resta nebulosa e rischia di essere persino superficiale; diversamente, la previsione di criteri ambientali e l'introduzione di specifiche cogenti attribuisce all'Amministrazione il potere di incidere in maniera significativa e sui singoli operatori e sul mercato.

Resta, purtuttavia, il fatto che, senza adeguate misure (statali) incentivanti[44], il numero di operatori capaci di assecondare le pretese 'circolari' della Stazione appaltante rischia di essere esiguo e, pertanto, il modello economico proposto rischia, agli estremi e, ipotizzando un paradosso, di risultare persino anticoncorrenziale, perché potenzialmente ostativo all'accesso al mercato di una fetta significativa di operatori economici inadeguati a soddisfare la domanda di innovazione, di ricerca o sviluppo oppure non muniti dei requisiti di circolarità

41 Di cui all'art. 79 del D.Lgs. n. 36 del 2023.

42 V. S. Villamena, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la "competitività non di prezzo" anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Diritto dell'Economia*, 2, 2015.

43 In questi termini si è espresso di recente anche il Consiglio di Stato con sentenza n. 4701 del 2024.

44 In argomento secondo T. Federico, *I fondamenti dell'economia circolare,* in *www.fondazionesviluppospostenibile.org*, Marzo 2015, «*è soltanto agendo vuoi con politiche di detassazione vuoi di incentivazione, nelle varie forme tecnicamente possibili, che si altera la convenienza comparativa delle scelte orientando gli attori presenti sul Mercato (imprese e consumatori, singoli e/o organizzati in gruppi e associazioni) verso l'adozione di scelte e di opzioni di più elevata qualità ambientale. E' su questo stesso terreno che si innesta il vivace dibattito tuttora in corso, soprattutto nella stampa specializzata, con il quale ci si prefigge di dimostrare, anche alla luce delle esperienze in itinere oltre i confini della UE[65], che l'economia circolare può risolversi in un grande vantaggio per le imprese, in ragione dell'abbattimento dei costi di produzione che debbono essere sopportati*».

pretesi dall'Amministrazione.

Affinché, allora l'economia circolare attecchisca nel mercato senza risultare anticoncorrenziale, è necessario che, a sua volta, la Stazione appaltante tenga conto di un decalogo di 'buone pratiche'.

È essenziale, in particolare, che l'Amministrazione non imponga un'unica soluzione tecnica, ma consenta alternative che soddisfino il suo bisogno di approvvigionamento, agevolando, ad esempio, la presentazione di etichettature diverse[45]: ecolabel *et similia*.

Come suggerito dal diritto giurisprudenziale, infatti, la conformità dell'offerta non deve essere valutata dalla Stazione appaltante in maniera 'formale', ma 'sostanziale', verificando cioè che l'offerta formulata dall'operatore economico sia 'funzionalmente' idonea a soddisfare le esigenze dell'Amministrazione e, cioè, in pratica che presenti caratteristiche 'equivalenti' a quelle richieste. Questo tipo di valutazione della Stazione appaltante – che è estrinsecazione del principio di equivalenza[46] – ha il duplice effetto di attuare sia i principi costituzionali di imparzialità, di buon andamento e di libertà di iniziativa economia sia il principio europeo di concorrenza, agevolando la partecipazione alla gara di più operatori economici e, in questa maniera, evitando una irragionevole e indebita limitazione del confronto competitivo tra gli operatori interessati. In questa prospettiva le caratteristiche (di sostenibilità e di circolarità) minime stabilite nella documentazione di gara non devono, dunque, intendersi come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum,* nel senso, cioè, che le Stazioni appaltanti possano reputare conformi e ammissibili le offerte capaci, comunque, di assicurare il fine ultimo dell'affidamento e, in altre parole, di realizzare la causa *in concreto* del contratto a valle.

Sempre allo scopo di assicurare l'implementazione di un modello di economia circolare che risulti pienamente aderente alla concorrenza e al mercato libero occorre anche che l'inserimento di criteri ambientali minimi oppure di specifiche tecniche ambientali non sia soltanto un richiamo formale a una disciplina non declinata in concreto nella documentazione di gara, atteso che le prescrizioni in questione puntano a conformare, come detto, l'esecuzione della prestazione contrattuale e che, comunque, in caso di inidoneità allo scopo esse costituiscono anche l'espediente per la tutela del concorrente pregiudicato (che punti al rinnovo della procedura).

Infatti, facendo leva sulla circostanza che la previsione di criteri ambientali minimi e l'inserimento di specifiche tecniche impongono una conformazio-

---

45 V. M. Calabrò, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il* made in Italy, in *Foro amm. Tar*, 2009, 2639 ss.; F. Fracchia, M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006.

46 Sul principio di equivalenza in materia di contratti pubblici v. *ex multis* Cons. St., Sez. III, 9 maggio 2024, n. 4155 secondo cui «*il principio di equivalenza trova il proprio ambito di applicazione di elezione nell'ambito delle specifiche tecniche, ovvero quelle caratteristiche del prodotto che possono essere rispettate mediante l'offerta di prodotti non identici ma simili, purché soddisfino la finalità specifica richiesta*».

ne degli obblighi contrattuali assunti dalle parti, strumentali, sul piano sostanziale, all'effettiva esecuzione della prestazione dell'appaltatore, nonché in sintonia con gli obiettivi di sostenibilità e di circolarità perseguiti, il concorrente non affidatario potrebbe rivolgersi, in prima battuta, al Giudice amministrativo puntando all'annullamento dell'aggiudicazione e, in seconda battuta, conseguita la caducazione dell'intera gara, all'Amministrazione pubblica per conseguirne la riedizione.

Diversamente ritenendo, criteri ambientali minimi e specifiche tecniche avrebbero una funzione meramente accessoria anziché essere strumentali ad assicurare che – in coerenza (anche) con il principio di risultato[47] – il miglior offerente (ed esecutore del contratto) sia tale non soltanto sul piano dell'affidabilità e dell'economicità, ma anche della sostenibilità e della circolarità e che – in punto di certezza e di stabilità del rapporto contrattuale a valle – siano chiari per tutte le parti fin da subito, ossia fin dalla predisposizione della documentazione di gara, reciproci diritti e obblighi e, da qui, sia anche garantita una sorta di unità strutturale e funzionale tra aggiudicazione ed esecuzione del contratto.

È indubbio del resto che il contratto con l'Amministrazione pubblica rappresenta il punto di caduta di una operazione tanto estesa quanto articolata, compressa nel procedimento amministrativo di affidamento, nel quale l'Amministrazione proietta la propria capacità di attrarre operatori *green,* ad arte predisponendo bandi di gara e documentazione che contemplino non soltanto i criteri ambientali minimi ma anche specifiche tecniche e ogni altro elemento utile a soddisfare prodotti e servizi circolari e – come detto – ad agevolare il più ampio confronto concorrenziale.

Sicché, più da vicino, il contratto è il punto di caduta della conciliazione del principio di concorrenza e del principio dello sviluppo sostenibile nel suo ultimo approdo, la circolarità. Qui sovviene l'immagine – anticipata in apertura – di una concorrenza circolare: nel senso che per effetto del complesso procedimento amministrativo condotto dalla Stazione appaltante, fin dall'individuazione del fabbisogno sino alla selezione dell'offerta in una condizione (ottimale) di confronto competitivo, l'investimento che l'Amministrazione effettua nell'implementazione dell'economia circolare torna, come in un circolo virtuoso, alla stessa Amministrazione in termini di prodotto e/o di servizio.

In questa maniera il nodo europeo sulla concorrenza può assurgere, dunque, a *driver* e delle Amministrazioni pubbliche e degli operatori economici e dei consumatori, spingendo per un cambio di direzione, non più lineare e neppure soltanto sostenibile[48], ma circolare: ciò nel senso di indirizzare tutti gli

47 Di cui all'art. 1, comma 1 del D. Lgs. n. 36 del 2023.

48 V. F. Pizzolato, S. Russo, *L'Economia circolare e il contributo degli appalti: la transizione e i riflessi sulla sanità*, in *Corti supreme e salute*, 2023, 2, 2, secondo cui «*dall'Agenda 2030, sottoscritta nel 2015, in particolare, emerge la consapevolezza, ormai allarmata, circa l'insostenibilità dell'attuale modello di sviluppo (rappresentato come lineare), non solo sul piano ambientale, ma anche su quello economico e sociale. In questo modo, la sostenibilità si sottrae a un quadro di riferimento solo vincolistico e ambientalistica e se ne coglie la rilevanza in termini di sviluppo di ordinamento della convivenza*».

operatori *nel* mercato verso prodotti, servizi, forniture circolari, con l'effetto – circolare appunto – di conformare di volta in volta domanda e offerta e, così, di promuovere (anche) un positivo ritorno di immagine *sul* mercato tanto per l'Amministrazione appaltante quanto per l'operatore economico.

In definitiva, con gli accorgimenti fin qui individuati in punto di programmazione, di predisposizione della documentazione di gara e di avvio della medesima, le procedure mirate ad affidare contratti 'circolari' diventano laboratorio di progettualità e di buone pratiche con implicazioni interessanti e importanti sulla stessa natura del contratto d'appalto che da strumento negoziale di acquisizione di beni, servizi e forniture diventa espressione di precise (e orientate) politiche pubbliche economiche, sociali e ambientali.

Da questo punto di osservazione sembra quasi di rileggere una storia nota, quella degli ESG[49]: in fondo, il sistema finanziario ha incorporato la sostenibilità proprio attraverso i criteri ESG, alimentando un mercato performante dal punto di vista ambientale e sociale.

Analogamente, in punto di appalti circolari, nel momento in cui gli operatori economici decidono di rinnovare processi produttivi e tecnologie impiegate per partecipare a gare 'circolari' e i consumatori/utenti scelgono di acquistare prodotti ovvero di usufruire di servizi a loro volta circolari, accade che Essi partecipano a un cambio di passo – dall'economia lineare a quella circolare – che ha un impatto che va oltre il singolo contratto con l'Amministrazione pubblica, con il concessionario di pubblico servizio o con l'impresa, ma che è (eco)sistemico[50].

4. Osservazioni conclusive

L'economia circolare può essere ritenuta un 'metodo' di produzione e consumo in cui tutte le attività della filiera sono organizzate in maniera tale da assicurare che il rifiuto diventi risorsa per sé o per qualcun altro: una sorta di circolo virtuoso. Diversamente, nell'economia lineare, il rifiuto chiude il ciclo di vita del prodotto ed è, dunque, smaltito, determinando il riavvio della catena, fin dall'estrazione e produzione: una sorta di circolo vizioso.

La differenza tra l'uno e l'altro modello corre sul filo della catena di valore: nel senso che, nell'economia circolare, in definitiva, non si raggiunge un

---

49 V. R. Ibba, *L'introduzione di obblighi concernenti i fattori ESG a livello UE: dalla direttiva 2014/95 alla proposta di direttiva sulla corporate sustainability due diligence*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2023, 433 e ss.

50 Secondo M. Delsignore, *Il principio DNSH e la lotta al* greenwashing, in *www.federalismi.it*, 2024, 27, 72 e ss., 84, «*il senso più profondo della riforma dell'art. 41 Cost. diviene valorizzare l'inserimento del privato come protagonista nel sistema complessivo dei rapporti economici, concorrendo alla realizzazione dei fini ambientali fatti propri dall'ordinamento giuridico, certamente al privato si chiede di farsi carico della sostenibilità della propria attività, da intendersi anche nel senso di non arrecare un danno significativo all'ambiente, ovvero ridurre o comunque consapevolmente limitare, per quanto possibile anche alla luce dei principi di precauzione e proporzionalità, gli impatti sulle risorse naturali della propria iniziativa*».

punto di non ritorno perché il rifiuto diventa risorsa; nell'economia lineare, invece, la regola consiste proprio nel raggiungimento del fine vita del prodotto. Con pesanti ricadute sull'ambiente e, in particolare, sullo sfruttamento delle risorse naturali, costantemente stressate dalla necessità del sistema produttivo di estrarre risorse per produrre beni.

Da qui nasce lo stimolo per superare quest'ultimo modello – anacronistico – di produzione e consumo, attraverso l'implementazione del criterio della circolarità, fortemente caldeggiato dall'Unione europea, ma ancora, tuttavia, non pienamente attuato dagli Stati membri, come dimostrano le preoccupazioni del Parlamento europeo in ordine all'attuazione del criterio della sostenibilità e della circolarità nelle procedure di affidamento.

Il che, in definitiva, è giustificato dal fatto che l'approdo dell'economia circolare esige il superamento di sfide significative: prima, tra queste, la resistenza degli operatori economici e dei consumatori, costretti a pagare il prezzo di costi di produzione e, a valle, d'acquisto del bene finito elevati e, perciò, propensi a rinunciare alla sfida della sostenibilità e della circolarità[51].

In questo contesto, nel generale, l'intervento[52] dello Stato nell'economia e, nel particolare, la presenza delle Amministrazioni pubbliche nel mercato risultano dirimenti: il primo è essenziale per evitare che l'elevazione di *standard* di tutela ambientale, attraverso l'affermazione dell'economia circolare, sia identificata come una esternalità negativa[53]; il secondo è importante perché, come visto fin qui, l'affermazione dell'economia circolare può rappresentare una sorta di *break even point* o, più correttamente e concretamente, un punto di conciliazione tra pretese di protezione ambientale, presìdi di tutela (e relativi costi) e aspettative di sviluppo economico (e relativi profitti), la cui tenuta dipende (anche) dal contegno del decisore pubblico e dal coinvolgimento delle diverse compo-

---

51 In questa prospettiva si v. M. Pennasilico, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, cit., secondo cui «per apprezzare sino in fondo le difficoltà, oggettivamente enormi e forse non agevolmente calcolabili ex ante, di ogni processo virtuoso orientato ad incrementare il tasso di circolarità di un sistema economico (sia che ciò sia tentato con strumenti di hard Law che di soft Law), è sufficiente pensare all'obiettivo della "riparabilità" dei beni e prodotti di consumo a carattere durevole, fortemente enfatizzato in tutti i documenti sia di fonte europea che nazionale».

52 V. in particolare F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore. Indagine sul mutamento degli strumenti di intervento pubblico nell'economia di fronte alle crisi e alle trasformazioni del XXI secolo*, Bologna, 2021.

53 Secondo S. Antoniazzi, *Transizione ecologica ed economia circolare*, in *www.federalismi.it*, 2023, 23, 57, «*il modello economico "ecologico" s'inserisce nella politica industriale, in quanto orienta e attrae investimenti, generando valore economico e benessere ambientale e sociale; un modello che non può essere confinato nell'ambito della salvaguardia dell'ambiente in senso stretto, ma include necessariamente profili sociali, culturali, educativi e finanziari insiti nella ridefinizione complessiva della politica industriale interna. Tuttavia, la transizione ecologica non è di certo vantaggiosa per tutte le imprese, se consideriamo le attività esercitate con tecnologie di produzione obsolete e non rispettose dell'ambiente, e a maggior ragione per le imprese che operano in settori produttivi di per sé inquinanti; si prospetta la questione assai rilevante dell'influenza di queste categorie nei confronti delle strategie nazionali come ostacolo concreto nell'attuazione, problema che può essere superato solo da nuove soluzioni di intervento pubblico nell'economia*».

nenti del corpo sociale.

Affinché quella sorta di punto di equilibrio tra ambiente e sviluppo sia individuato e conservato occorre, infatti, che le Amministrazioni pubbliche prendano sul serio la sostenibilità fino ad arrivare via via a implementare il paradigma delle circolarità in ogni segmento della propria attività. In particolare, è doveroso che, da parte loro, nell'articolata attività di affidamento di un contratto, le Amministrazioni siano predisposte ad attuare il paradigma della circolarità fin dalla determinazione di bandire e, poi, siano puntuali nella messa a punto di regole tecniche selettive di offerte davvero circolari, ancorché con le cautele necessarie per assicurare il più ampio confronto concorrenziale (sopra individuate).

Da questo angolo di osservazione, nell'esercizio della discrezionalità attribuita dal Codice di nuovo conio (D. Lgs. n. 36 del 2023 citato), il decisore pubblico è chiamato, dunque, a innalzare la circolarità a criterio di preferenza in tutte le fasi del procedimento amministrativo, inclusa quella di selezione dell'offerta che, come anticipato, (anche) in ossequio al principio del risultato, deve essere quella che riveli l'operatore più affidabile per la stipula e, soprattutto, per l'esecuzione del contratto. La circostanza, del resto, che la sostenibilità non sia richiamata tra i principi individuati in apertura al Codice non incide sul dovere dell'Amministrazione di selezionare l'offerta che soddisfi maggiormente la pretesa di circolarità che discende dagli atti della gara[54].

Dall'altra parte, è importante altresì che gli operatori economici siano pronti a cogliere le sfide della sostenibilità e, più in particolare, della circolarità, riscontrando le istanze di innovazione e così richiamando l'attenzione del decisore pubblico.

Per seguire il nuovo passo, spinti dall'Unione europea, è quanto mai necessario che si creino le condizioni – in punto di agevolazioni statali[55] *et similia*, di investimenti ecosostenibili in base a quanto statuito dal Regolamento Tassonomia, progresso tecnologico[56], formazione e sensibilizzazione – per l'incontro tra domanda e offerta circolari. Considerata, infatti, la natura sistemica delle

---

54 In senso contrario v. A. Lupo, *La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, *RQDA*, 2023, 3, 88 ss., secondo cui «se da un lato, il Codice sembra valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale delle stazioni appaltanti, dall'altro, tende comunque a connettere le valutazioni discrezionali dell'amministrazione all'acquisizione e all'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato (art. 2, comma 2)», coincidente – sempre secondo l'A. – con l'«*efficienza economica*» (102-103).

55 Infatti, la Strategia Nazionale per l'economia circolare ha previsto Investimenti sostenibili 4.0 volti, in via prioritaria, a favorire la transizione dell'impresa verso il paradigma dell'economia circolare e a migliorare la sostenibilità energetica dell'impresa (D.M. 10 febbario 2022) con una dotazione di circa 800 milioni di euro. Si veda il Cronoprogramma di attuazione delle misure della «Strategia Nazionale per l'Economia Circolare (SEC)»

Stato di attuazione e aggiornamento, in *www.mase.gov.it*.

56 Sul rapporto innovazione tecnologica e mercati v. A. Sciarrone Alibrandi, *Innovazione tecnologica e regolazione mercati*, in R. Lener, G. Luchena, C. Robustella (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, Torino, 2021, 5 e ss.

sfide ambientali[57], che spinge il decisore pubblico, a ogni livello di governo, a intervenire sia sull'attività delle Istituzioni, in quanto principali *drivers* del processo di transizione, sia sull'attività dei privati (operatori economici, consumatori/utenti), è necessario (e conseguenziale) un approccio allo stesso modo sistemico e lungimirante alla sostenibilità, che diventa infatti circolarità.

Diversamente, come visto, il rischio è che la spinta verso la circolarità si traduca in un allontanamento del privato dal pubblico e, agli estremi, in una spinta verso l'anticoncorrenzialità, ossia verso una riduzione – irragionevole e paradossale – del confronto competitivo. Il che costituirebbe una contraddizione con la ragione pura pratica dell'economia circolare e sarebbe 'la morale più intollerabile'.

57 Così il Considerando n. 7 del Regolamento UE 852/2020 Tassonomia.

SEZIONE III

GIUSEPPE TROPEA
Professore ordinario presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane dell'Università degli Studi di Reggio Calabria
giuseppe.tropea@unirc.it

RECENSIONE A L. DE LUCIA, GOVERNARE CON LE SCIENZE UMANE. DIRITTO AMMINISTRATIVO E PERSONE, CAROCCI, ROMA, 2025

1. Il libro di Luca De Lucia "Governare con le scienze umane. Diritto amministrativo e persone" si colloca al crocevia di alcune montanti tendenze della giuspubblicistica contemporanea e riesce a coniugarle in una sintesi di rara efficacia.

Mi riferisco al tema dei saperi necessari alle amministrazioni contemporanee, alla ripresa del dibattito sulla rilevanza dei fatti di sentimento e della sfera cognitiva e psicologica dei funzionari pubblici, al progressivo rilievo dell'economia comportamentale nella regolazione e, infine, a una certa rimarchevole attenzione per aree della filosofia continentale post-strutturalista sinora piuttosto trascurate.

Già solo per questo l'opera segna notevoli cambi di passo contenutistici e metodologici, anche nella misura in cui la riapertura di certi dibattiti viene condotta con spiccata originalità. Si pensi al tema dei saperi, finora nella sua *renaissance* declinato non tanto con riguardo alle scienze umane quanto soprattutto alle scienze dure, con l'eccezione forse delle neuroscienze, che però si collocano al confine. Ci sono quindi una serie di corollari della ricerca che da soli meriterebbero autonomi approfondimenti, come la rilevanza delle fattispecie comportamentali e lo studio sull'informale amministrativo, frutto probabilmente dell'attenzione dell'a. agli stimoli provenienti dalla dottrina tedesca, senza dimenticare il *medium* di Berti.

A un capitolo introduttivo, dove si cominciano a fissare le prime distinzioni stipulative (es. tra disciplinamento in senso epistemico e in senso stretto), seguono tre parti, divisa la prima in quattro capitoli, la seconda in tre, la terza in due.

La prima parte tratta dell'amministrazione disciplinare e del governo dei singoli, analizzando il fondamento costituzionale dell'integrità della psiche e studiando due ambiti nei quali le scienze umane operano nel senso del disciplinamento in senso epistemico: le scienze della formazione nella scuola dell'obbligo e le scienze del servizio sociale nelle politiche di contrasto alla povertà e di sostegno delle famiglie vulnerabili.

Nella seconda parte si analizza l'amministrazione disciplinare "oltre" il singolo, guardando a gruppi distanti di persone nella società di massa. Si esaminano così le teorie del comportamento organizzativo nell'impiego pubblico e il disciplinamento in senso epistemico nelle scienze cognitive e nella teoria del

nudge.

La parte terza è infine dedicata a tirare le fila della ricognizione svolta, teorizzando un possibile regime giuridico dell'amministrazione disciplinare e in particolare il principio di delicatezza amministrativa in questi ambiti. L'ultimo capitolo contiene un opportuno svelamento, anche se sorvegliato, su politica e ideologia dell'amministrazione disciplinare, configurando tensioni, disfunzioni e possibili rimedi.

Scenderei più nel dettaglio della trattazione e proverei in coda a esprimere qualche spunto di riflessione.

2. Nel capitolo introduttivo l'a. paga subìto il dovuto fio a Michel Foucault e si confronta con la necessità di fare i conti con la prima aporia: le discipline sarebbero indipendenti dal potere tradizionalmente inteso come sovranità e quindi dal fenomeno giuridico fondato sulla legalità.

L'a. ritiene che all'amministrazione disciplinare si applicano una serie di principi giuridici, badando però a distinguere tra disciplina in senso epistemico, fondata su competenze tecniche e che ha come oggetto la personalità (o anche la psiche) di alcuni individui, e disciplina in senso stretto, che indica il potere di un'organizzazione di emanare regole – distinte da quelle dell'ordinamento generale – necessarie per il suo funzionamento, oltre che di comminare sanzioni in caso di loro violazione.

La separazione da Foucault, come si dirà più apparente che reale, si consuma in due passaggi di metodo: la messa da parte dell'a. di ogni suggestione teologico politica e biopolitica. Semmai lo studio avrebbe a che fare con la psicopolitica: l'amministrazione disciplinare ha obiettivi che riguardano la dimensione interiore delle persone, con azioni guidate essenzialmente da nozioni tecniche fondate su scienze umane, e in cui il diritto ha un ruolo tradizionalmente marginale, sia pure con progressive commistioni.

L'ipotesi di fondo dello studio è che il disciplinamento in senso epistemico sia un tipo di attività amministrativa distinto e dal disciplinamento in senso stretto e dall'attività amministrativa di diritto pubblico tradizionale. Il disciplinamento in senso stretto nel secondo dopoguerra è sostanzialmente uscito di scena, restando predicato per l'amministrazione di tipo militare e comunque dibattuto solo per temi connessi come i poteri disciplinari o le norme interne. Altro tema è il rapporto con l'attività tecnico-scientifica, che è andato progressivamente ricomponendosi nella misura in cui quest'ultima è stata attratta alla nozione di servizio pubblico da un lato o all'attività amministrativa autoritativa dall'altro.

L'a. conclude il capitolo introduttivo con due interessanti precisazioni. Rileva, innanzi tutto, che altri hanno definito concetti in parte analoghi a quelli studiati dalla nozione di disciplinamento in senso epistemico col termine di governamentalità. Senonché la governamentalità imporrebbe un superamento della grande dicotomia pubblico-privato, mentre l'a. vuole affrontare le tematiche in gioco dal solo punto di vista – più classico – del diritto amministrativo.

C'è poi il tema dei rapporti con un concetto di regolazione slegato dall'uso dello strumentario giuridico tradizionale: rapporto che c'è, ma che, ci dice l'a., rileva solo per alcuni ambiti della trattazione come quello del *nudge*.

3.1. La prima parte si apre con una trattazione costituzionale sui rapporti fra disciplinamento epistemico e integrità della persona.

È lo Stato sociale scolpito dalla Costituzione che impone talora il disciplinamento in senso epistemico, sin dagli architravi degli artt. 2 e 3 Cost.

L'art. 13 Cost., dal canto suo, mettendo al centro lo sviluppo della persona umana, si pone in contrasto con un *topos* biopolitico come quello di normalizzazione. Il punto è che non sempre l'azione disciplinare è al servizio dell'autonomia della persona nella legislazione e nella prassi. Più in generale, i pubblici poteri possono ricorrere ad attività che influiscono sull'interiorità umana non imponendo obblighi, doveri, divieti, ma riconoscendo diritti e interessi legittimi pretensivi. Anche in questi casi, peraltro, la stessa azione di incentivo e sostegno dell'individuo può arrivare a notevolmente comprimere l'autonomia del beneficiario, come si verifica col "progetto di vita" per le persone disabili di cui al D.lgs. n. 62/2024. L'a. ritiene che la tutela dell'autodeterminazione delle persone impedisca al legislatore di istituire misure incentivanti con dette finalità, dal tema della disintossicazione con stupefacenti al desiderio di genitorialità.

Tornando sul rapporto fra diritto e amministrazione disciplinare, non si esclude che in taluni casi, emblematico quello della scuola, vi sia una giuridicizzazione intensa dell'amministrazione disciplinare o, specularmente, una colonizzazione da parte delle discipline della legislazione. Certamente, viste anche le premesse costituzionali, secondo l'a. il legislatore dovrebbe quanto più possibile evitare un eccesso di regolamentazione dell'amministrazione disciplinare.

3.2. La parte iniziale del capitolo relativo alla scuola dell'obbligo è dedicata a segnalare ambivalenze e intrecci tra disciplina in senso epistemico (l'aspetto strettamente pedagogico), disciplina in senso stretto e attività propriamente giuridica, aspetti frequentemente intrecciati nel mondo scolastico.

L'insegnamento in senso proprio, però, non è connesso a un potere amministrativo e non produce effetti giuridici; è, per dirla coi tedeschi, mera azione amministrativa, *schlichtes Verwaltungshandeln* e refluisce nell'alveo del diritto amministrativo informale, che ha comunque caratteri di autorità - epistemica, appunto - e profili di asimmetria.

In tale contesto la Costituzione ha previsto una riserva di disciplina in senso epistemico nella scuola, rappresentata dalla libertà di insegnamento.

3.3. Anche nel campo dei servizi sociali, ascrivibili senz'altro alla nozione di servizio pubblico, si affiancano la logica giuridica e quella disciplinare. Qui si coglie immediatamente un aspetto rilevante: in quest'ambito è importante che gli incentivi rivolti ai beneficiari a sottoporsi a trattamenti disciplinari non vadano a toccare la sfera interiore dell'individuo in termini di progetto esistenziale o di limiti alla sua autodeterminazione.

Un punto privilegiato di osservazione sono i Patti per l'inclusione sociale nell'ambito delle politiche di contrasto alla povertà. L'a. nota che in questo settore si è determinata una stretta osmosi tra misure giuridiche e scienze del servizio sociale, che determina un possibile sovvertimento del ruolo di entrambi. In particolare, le prescrizioni normative hanno un ruolo di cornice, mentre la relazione di aiuto viene di fatto gestita sulla base di regole e prassi proprie delle scienze sociali. Sono soprattutto le Linee guida che svolgono questo ruolo, e in questo senso sono connotate di quella atipicità che manca al legislatore. D'altra parte, la microregolazione vincolante di tali Linee guida, piuttosto che avere un assetto produttivo, ha finito per trasformare il sistema in un reticolo di regole e vincoli che lo avvicinano al disciplinamento in senso stretto piuttosto che a quello in senso epistemico. Peraltro, nei Patti per l'inclusione sociale il rapporto si svolge più in maniera unilaterale che consensuale, non è garantita una vera partecipazione agli interessati, il consenso ha un valore più simbolico-funzionale, le garanzie per gli interessati sono molto limitate, con rischio di derive paternalistiche se non di veri e propri abusi.

Simile latente unilateralità connota il Progetto quadro di cui alla legge n. 184/1983, in favore dei nuclei familiari a rischio e al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nella propria famiglia. Anche in questo caso, inoltre, esiste una componente giuridica e una disciplinare, bilanciate però in modo diverso rispetto ai Patti per l'inclusione sociale. Il Progetto quadro presenta caratteri in comune con l'attività amministrativa informale: una giuridificazione di tipo leggero afferisce all'attività dei lavoratori sociali, la cui opera deve fungere da aiuto ai nuclei familiari in difficoltà e incontra il limite della dignità delle persone.

Comune alle amministrazioni disciplinari qui considerate la posizione asimmetrica tra lavoratori sociali e persone: non si tratta solo di disparità sul piano giuridico ma anche sociologico, potendo i primi esercitare un notevole ascendente sul beneficiario che si traduce in un'autorità definita epistemica.

3.4. Cosa si intende per autorità epistemica? Si tratta di rapporti che non rientrano in quelli giuridici tipici dell'amministrazione di prestazione, che tradizionalmente rientrano nel rapporto di supremazia speciale.

Mentre quest'ultimo, al pari del potere disciplinare, si radica nell'organizzazione e serve a garantirne l'efficiente funzionamento, l'amministrazione disciplinare (in senso epistemico) deve concorrere allo sviluppo della persona umana.

Altra differenza: nella supremazia speciale si hanno atti di portata generale e individuale che dovrebbero essere vincolanti per i membri dell'organizzazione, mentre in quella in senso epistemico vi sono attività informali intese a incidere sulla realtà con meccanismi non preordinati alla profusione del classico effetto giuridico.

Una relazione che però resta d'autorità, dunque asimmetrica (a causa dell'*expertise* che connota i lavoratori), ma anche personale: in questo senso la fi-

ducia si colloca al centro della scena, e il comando dovrebbe porsi da canto, lasciando il posto alla persuasione e al convincimento personale. Ciò sulla base di parametri di indirizzo che non sono tanto normativi quanto fondati su linee guida, e meccanismi di controllo ex post non tanto giuridico-giudiziario, trattandosi di attività essenzialmente informale, quanto basato su diverse forme di gestione del conflitto, ferma l'azione risarcitoria o inibitoria in casi estremi.

In tutti questi casi secondo l'a. un eccesso di regolazione giuridica può mettere in discussione la funzionalità di queste dinamiche. Le quali sono svolte in modo cospicuo da soggetti privati, che a differenza di quelli pubblici non sarebbero integralmente soggetti al principio di legalità e ai principi discendenti dalla Costituzione.

L'amministrazione in senso disciplinare ha, in conclusione, un fondamento nel principio personalistico che pervade la Costituzione e, pur nelle debolezze e criticità che la connotano, ha come fine quello del miglioramento delle condizioni esistenziali delle persone, a differenza dei casi di governo disciplinare di gruppi ampi o indifferenziati di persone.

4.1. L'a. sul punto ci avverte subito di come vi sia un legame, nel bene e nel male, tra disciplinamento di gruppi ampi di persone e società di messa, tema messo a fuoco in filosofia e sociologia soprattutto per comprendere le dinamiche delle esperienze totalitarie che hanno preso piede in Europa tra le due guerre mondiali.

Ma non ci si lascia neanche qui catturare dall'approccio esclusivamente decostruzionista, come sarebbe agevole specie con riguardo alla società tecnologica odierna, e si osserva anche in questo caso l'importanza delle scienze dell'uomo in relazione ai comportamenti di massa. L'amministrazione disciplinare, distinta dai poteri privati, consiste in azioni preordinate a interferire, in base a parametri scientifici, sull'interiorità delle persone, visti qui come gruppi più o meno indistinti e non quali individui.

Il rischio manipolatorio del disciplinamento "a distanza" non può essere escluso, ma secondo l'a. se l'attività si svolge nel rispetto delle regole costituzionali sulla libertà e l'autodeterminazione delle persone non solo va esente da critiche, ma rappresenta uno strumento di amministrazione sempre più necessario.

I casi studiati sono quelli del comportamento organizzativo nel contesto del pubblico impiego e del *nudge*.

4.2. Il *New Public Management* della "Terza via" ha introdotto e diffuso l'idea che la gestione ottimale del personale pubblico debba essere effettuata con strumenti diversi dal diritto, che rispondano a logiche più orientate all'efficienza. L'idea è quella di un impiego ampio della psicologia e delle scienze cognitive per la gestione dei dipendenti pubblici, valorizzandone le caratteristiche personali in modo affatto differente dal modello weberiano.

Interessante per l'a. è la regolamentazione delle performance individuali dei dirigenti, prevista dal D.lgs. n. 150/2009. Si osserva come essa, per diversi

studiosi, rappresenti uno strumento proprio della governamentalità neoliberale: agendo sulla loro libertà porterebbe gli interessati a determinare le loro condotte e a trasformare il loro modo di essere. L'a. non ritiene tale esegesi del tutto persuasiva, sia perché essa finirebbe per riguardare ogni forma di attribuzione del valore di attività umane connotandola nel senso dell'amministrazione disciplinare, sia perché la dinamica qui resta quella tipica degli incentivi economici e non influisce in modo diretto sull'interiorità e il modo di essere dei dirigenti. Si esclude, quindi, che in questi casi possa parlarsi di amministrazione disciplinare.

Diverso il caso in cui si è ritenuto di sottoporre a valutazione non solo condotte professionali, ma la personalità dei dirigenti. Si analizzano alcuni documenti di Comuni e dell'Agenzia delle Entrate e in essi si evidenzia il passaggio al disciplinamento in forma epistemica: alcune amministrazioni ritengono che l'efficiente funzionamento dell'organizzazione passi per l'indirizzo di alcuni ambiti interiori e psicologici del dipendente. Con due questioni di fondo: il coinvolgimento necessario nel processo di esperti in psicologia del lavoro; la necessità che le azioni disciplinari si svolgano con il consenso degli interessati e non siano finalizzate a normalizzarne la personalità.

La Costituzione ammetterebbe forme di disciplinamento in senso epistemico riferite ai dipendenti pubblici, ma l'art. 54 co. 2 va armonizzato con l'art. 13 co. 1, sicché in questi casi il principio di legalità va osservato in modo rigoroso con scelte che non possono essere compiutamente svolte dal governo attraverso atti di indirizzo. Inoltre, gli elementi di valutazione devono essere collegati strettamente con la funzione, non potendo andare oltre quanto strettamente necessario: la valutazione deve quindi essere in linea con la tutela dell'equilibrio psico-fisico del dipendente, che costituisce un limite all'utilizzo delle scienze comportamentali nei processi di valutazione.

4.3. Dopo una definizione del *nudge* presa dai padri Thaler e Sunstein, inteso come spinta gentile volta a correggere, nelle architetture delle scelte, alcuni aspetti (*bias*) della personalità umana, il nostro a. riconduce tale tecnica per sua natura interdisciplinare ai contesti tipici delle società di massa.

Se ne dichiarano in limine luci e ombre, in particolare l'ascendenza paternalistica, la mancanza di trasparenza, il carattere neoliberale. Il punto però centrale della trattazione è la riconducibilità del *nudge* al disciplinamento in senso epistemico, e di nuovo la verifica, vista la non dipendenza del comportamento indotto dall'autorità del comando in senso classico, della riconducibilità del modello alla tutela dell'integrità della psiche di cui all'art. 13 Cost.

A questo punto appare interessante la distinzione, tratta dalle neuroscienze, fra "Sistema I", in cui la mente umana funziona in modo intuitivo, veloce e automatico e "Sistema II", in cui agisce in modo riflessivo, lento, sequenziale. Sulla base di tale premessa si ritiene che la tutela di cui all'art. 13 Cost. debba riguardare l'ambito proprio del "Sistema I", rispetto al quale si può ragionare di disciplinamento in senso epistemico: è soltanto sul "Sistema II", quindi, che in

una lettura costituzionalmente orientata il *nudge* potrebbe operare, e non sugli stati puramente emozionali della persona, a meno che non vi sia il consenso dell'interessato e una effettiva possibilità di scelta.

Soffermandosi quindi sulla consistenza giuridica del *nudge*, l'a. non accoglie la tesi di Zito secondo cui si tratta di una particolare forma di potere che dovrebbe sottostare a regole e tutele analoghe a quelle relative all'esercizio del potere amministrativo; le spinte gentili sono, invece, mere azioni amministrative con natura informale, che hanno modo di svilupparsi soprattutto nei campi deregolamentati dal diritto, ma rilevanti comunque per il diritto amministrativo e sottoposte ai suoi principi generali, da quello di legalità a quello di proporzionalità. Inoltre, trattandosi nel caso di "Sistema I" di disciplinamento in senso epistemico, l'attività degli esperti dovrebbe essere sottoposta a peculiari forme di giuridicizzazione.

Alla distinzione fra "Sistema I" e "Sistema II" l'a. associa la griglia, tratta da Baldwin, concernente tre livelli di spinta gentile. Il primo livello, cui generalmente si coniuga il "Sistema II", è rappresentato da informazioni, suggerimenti, consigli, richiami: attività queste che, per le scarse insidie arrecate all'integrità della psiche, non devono generalmente assumere la forma del disciplinamento in senso epistemico.

Il *nudge* di secondo livello è il più conosciuto, quello che si basa su preconcetti della persona o sulla sua tendenza a restare inerte (es. collocare un certo ufficio a una certa distanza dalla zona fumatori per disincentivare il fumo); qui senz'altro ci troviamo nel campo del disciplinamento in senso epistemico ed entrano in gioco i principi di legalità e proporzionalità. Di più: si ritiene che in questi casi non possa valere la teoria dei poteri impliciti e quindi uno standard minimo di legalità, stante la vicinanza tra *nudge* di secondo livello e possibili vulnus alla libertà personale.

Il terzo tipo di *nudge* consiste in una vera e propria "manipolazione comportamentale". Per restare al caso del fumo, qui l'esempio che si fa è l'immagine shock sul pacchetto di sigarette; l'associazione è evidentemente quella relativa al "Sistema I" e il tema della autodeterminazione qui è centrale. D'altra parte, l'efficacia del *nudge* presuppone quasi sempre l'inconsapevolezza delle persone; dunque, per definizione difficilmente in questi casi può operare il loro consenso a monte, visto come condizione di operabilità delle scienze comportamentali sugli stati emozionali della psiche. È questa l'impasse in cui finisce per cadere la ricostruzione giuridica del fenomeno: una visione non edulcorata del *nudge*, che ne implica la non trasparenza, taglia implicitamente fuori tutte quella tesi che, invece, ne ammettono la configurabilità sistematica a patto di preservare detta trasparenza. In questo caso, quindi, pur potendo essere il *nudge* molto più efficace delle tecniche di regolazione tradizionali, la Carta costituzionale impone che si preferisca il modello giuridico di governo delle persone rispetto a quello disciplinare. Una relazione inversa tra legalità e inefficacia che si mostra

pure nel fatto che *nudge* di questo tipo spesso non sono considerati illegali (v. di nuovo l'esempio del pacchetto di sigarette), ma al più inefficaci, nella misura in cui il fumatore si rifiuti di guardare o comunque di prestare attenzione al segnale.

La conclusione dell'a. è che il fenomeno del *nudge* ha svariate forme di manifestazione, solo alcune delle quali danno luogo a forme di disciplinamento in senso epistemico; peraltro, al momento l'amministrazione italiana fa un uso piuttosto sporadico del *nudge*, limitandosi essenzialmente a quello di primo livello. Ad ogni livello corrisponde, quindi, una categoria di tutela: minima per il primo livello, riconducibile all'attività di comunicazione pubblica, media per il secondo livello, ricondotto a legalità e proporzionalità e all'ausilio di esperti di scienze cognitive, massima per il terzo livello, dove è pure necessario il consenso degli interessati.

4.4. Tirando le fila del governo "a distanza", si ritiene che i fenomeni analizzati siano diversi dagli interventi nella scuola e nel servizio sociale, essendo finalizzati non già alla cura della persona ma all'interesse collettivo legato all'efficienza dell'azione amministrativa, secondo una prospettiva, sulla quale l'a. non si sbilancia, che inquadra queste tecniche nelle modalità di governo del "liberalismo avanzato".

Inoltre, sempre le ipotesi di governo "a distanza" consentono un notevole ampliamento del raggio di azione dei pubblici poteri, in quanto attraverso queste tecniche le amministrazioni possono raggiungere obiettivi sugli individui che non possono invece raggiungere attraverso le più tradizionali modalità *stricto sensu* giuridiche; e la circostanza che ciò possa avvenire tramite un'attività amministrativa informale, elusiva del principio di legalità, crea notevoli questioni. Si parla così, sempre connettendo tali esperienze con la governamentalità neoliberale, di "neuropolitica" o di "Stato psicologico", ma l'a. ritiene che il fenomeno non sia ancora quantitativamente rilevante, dunque allarmante, nel pubblico rispetto al privato.

In ogni caso si ritiene che in questi casi dovrebbe vigere il principio di preferenza degli strumenti giuridici, a differenza dei casi di governo con le scienze cognitive sulle singole persone, e che ogni intervento dovrebbe essere basato su una "valutazione di impatto psicologico", onde valutare il grado di interferenza sull'integrità psicologica delle persone e dunque la compatibilità coi principi di cui agli artt. 2, 3, 13 Cost.

In conclusione sul punto, mentre l'amministrazione disciplinare in attuazione dello Stato sociale è doverosa in quanto volta ad attuare il personalismo costituzionale, il governo "a distanza" non va considerato doveroso, e può essere ammesso rispettando una serie di presupposti che hanno un carattere marcatamente difensivo dei processi interiori delle persone e della loro libertà personale.

5. Nella terza e ultima parte del libro si teorizza l'azione amministrativa "delicata". Tale principio, erede diretto dell'amichevolezza di Allegretti, impo-

ne alla legge e all'amministrazione di salvaguardare la delicatezza della sfera interiore delle persone. In tal senso limiti e finalità dell'amministrazione disciplinare sono contenuti nella Costituzione e si impongono alla legge, che a sua volta li deve imporre alle amministrazioni competenti. Mentre il disciplinamento ravvicinato deve essere finalizzato a sostenere il pieno sviluppo delle persone interessate, altre finalità devono trovare giustificazione in specifiche disposizioni costituzionali, come l'art. 54, che legittimerebbe il ricorso a forme di disciplinamento in senso epistemico dei dirigenti pubblici (anche con riguardo a loro aspetti della personalità) pur di assicurare il buon andamento dell'amministrazione.

In nessun caso l'amministrazione disciplinare può perseguire obiettivi quali la normalizzazione delle persone o il controllo della loro attività. Non essendo riconducibile ad alcun addentellato costituzionale il *nudge* presenta aspetti problematici: si tratta di attività che hanno la finalità di uniformare le condotte umane, e a poco serve sul punto rilevare la direzione dell'interesse, che peraltro è più generale che del singolo destinatario del messaggio, o sminuire la portata dirompente del paternalismo libertario.

In secondo luogo, si può interferire con la sfera interiore delle persone solo utilizzando specifiche scienze umane; in altri termini, in queste evenienze vi è una riserva di azione tecnica. Gli operatori devono poter disporre di un congruo margine di manovra, anche se sono tenuti a osservare profili teleologici e limiti imposti all'amministrazione disciplinare. Ad essere problematica qui è la valutazione sulla personalità dei dirigenti, in quanto manca il coinvolgimento di esperti di psicologia nella fase di individuazione degli obiettivi e in quella propriamente valutativa.

In terzo luogo, il legislatore deve individuare adeguati mezzi di monitoraggio di carattere epistemico, anche perché gli istituti della responsabilità civile e disciplinare appaiono non sempre in grado di rimediare alle disfunzioni del sistema.

In conclusione, secondo l'a., l'amministrazione disciplinare è un peculiare strumento di amministrazione pubblica, diverso da quelli propri dell'attività amministrativa di diritto pubblico e dal disciplinamento in senso stretto, che dovrebbe sottostare a un insieme minimo di norme e principi derivanti dalla fusione di principio di legalità e libertà della persona: la delicatezza amministrativa, appunto.

L'a. prospetta l'ipotesi, ma non si spinge nel senso affermativo, che la più idonea chiave di lettura unificante per questi fenomeni sia quella della governamentalità neoliberale, connotata assieme da depoliticizzazione e individualizzazione della società, e avanza pure – sempre dubitativamente – il richiamo a un possibile diritto pubblico di stile neoliberale. Intrusioni ideologiche si scorgono sia nel disciplinamento a distanza sia nella politicizzazione di alcuni aspetti dell'amministrazione disciplinare della persona, si pensi alla retorica del passaggio nella scuola dalla didattica delle conoscenze alla didattica delle competenze.

Ma De Lucia non vuole indugiare in quella che considera probabilmente una digressione: le forme di disciplinamento (personali) derivano dallo Stato sociale o dalla rilevanza costituzionale del buon andamento (a distanza) e il principio di delicatezza amministrativa viene considerato il parametro in base al quale risolvere la tensione tra libertà personale e aspirazioni regolatorie del sistema politico/normativo.

6. Il saggio si conclude con un rilievo molto centrato: il tema del "governo dell'anima" non è uscito di scena con la secolarizzazione del potere pubblico di cui ci parla Bockenforde, ma è rimesto ben presente con l'attuale realtà istituzionale, e si confronta oggi con le grandi evoluzioni in ambiti come le neuroscienze o l'intelligenza artificiale.

Vorrei in chiusura di queste note soffermarmi su tre aspetti, in qualche modo legati a quest'ultima considerazione.

La tematica del disciplinamento in senso epistemico, pur incrociando le tendenze di ritorno di cui si è detto all'inizio di questo scritto, rappresenta senz'altro un tema originale e di indubbia attualità. L'a. lo inquadra in modo analitico e con una serie di convincenti distinzioni: quella fra disciplinamento in senso stretto e in senso epistemico, quella tra disciplinamento personale e governo "a distanza". Anche i casi di studio appaiono centrati: scuola, servizi sociali, *nudge*, valutazione delle performance dei dirigenti, sono tutti settori in cui il "governo dell'anima" ha modo di manifestarsi, in modo teleologicamente differente a seconda dei casi e con diverso impatto sulle libertà costituzionali, su tutte l'integrità psichica che discende dall'art. 13 Cost.

Anche la teorizzazione del principio di delicatezza dell'azione amministrativa, alla confluenza tra legalità, proporzionalità (rispetto al mezzo giuridico) e libertà appare correttamente impostata e ben formulata.

Vengo per questa via alla seconda considerazione.

Proprio il pregio intrinseco dello scritto avrebbe forse ulteriormente guadagnato dall'esame più approfondito di altri fenomeni connessi, per ammissione dello stesso a.: quello dei poteri privati di disciplinamento in senso epistemico e quello di scienze che si collocano al confine tra le scienze umane e le scienze dure, come la psichiatria. Si pensi al dibattito sul t.s.o. dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 76/2025 che, pur mettendo al centro definitivamente la persona bisognosa di cure piuttosto che l'interesse della collettività e l'antica concezione custodialistica, rischia di mettere al centro la tutela della persona contro sé stessa, ma così ineluttabilmente determinando che l'argomento paternalistico entri in attrito con il dettato della Costituzione, che riconosce nell'autodeterminazione personale e nella responsabilità individuale le forme in cui si esprime la dignità.

Quanto al tema delle politiche di valutazione della performance, vorrei spendere qualche ulteriore riflessione. I sistemi di veridificazione relativi alle riforme amministrative degli ultimi anni, ispirati anche da politiche di anticorruzione e trasparenza, sono progressivamente divenuti una struttura profonda di

sapere/potere spesso autoreferenziale, banalizzando l'amministrazione pubblica. Per tanto, troppo, tempo questo modello si è accompagnato, sul piano dei paradigmi organizzativi e di attività amministrativa, a una controvertibile centralità del *New Public Management*, che ha assunto – per dirla con Ursi – le forme del neoweberismo, ovvero della burocrazia liberale connotata da afflato economicistico. Poiché il neoliberalismo non è solo questione di ideologia ma anche di discipline, nel senso di volontà culturale di ridefinizione della disciplina come tecnica di governo propria della società del mercato, si tocca così la questione che qui più direttamente interessa: l'espansione delle tecnologie valutative come modalità disciplinari che poggiano sul fatto che più l'individuo calcolatore è considerato libero di scegliere, più deve essere sorvegliato e valutato. La valutazione diviene tecnologia totale di governo: un nuovo campo di cognizione, calcolo, sperimentazione e valutazione, agile plastico e avvolgente, che investe e attraversa per intero i soggetti, conducendoli a condursi in modo conforme all'ambiente costruito, o meglio a re-agire autonomamente in modo conforme a ciò che l'ambiente si aspetta da loro». L'*evaluative State*, così, lungi dal rappresentare il ritrarsi dello Stato a favore dell'autoregolazione del mercato, costituirebbe un'intensa e capillare attività di costruzione del nuovo spirito di impresa attraverso sistematici dispositivi di controllo e di valutazione. Da qui la valorizzazione delle scienze del comportamento organizzativo nell'impiego pubblico e la prospettiva, almeno in taluni settori, di un'amministrazione disciplinare in senso epistemico (orientata alla verifica della "personalità organizzativa" del dirigente), come osserva De Lucia. Altro discorso è se l'art. 54, co. 2, Cost. possa legittimare queste forme di disciplinamento, come quest'ultimo autore, e altri come Carloni, sembrano ammettere, mentre personalmente ritengo che la "disciplina" di cui parla l'art. 54 non vada confusa col "disciplinamento", al netto del problema del rispetto del principio di legalità in materia.

E vengo all'ultima questione, che mi pare centrale.

De Lucia, pur avendo come punto di riferimento d'avvio Foucault e le sue teorie sul disciplinamento, sembra volersene discostare in più punti, almeno nelle derive sulla società della sorveglianza e del controllo: afferma di non voler fare una trattazione sulla biopolitica ma piuttosto sulla psicopolitica; non appare del tutto convinto sull'opportunità di teorizzare un vero e proprio stile giuridico neoliberale, pur ravvisandone le fattezze in più luoghi del suo serrato argomentare.

A me pare che lo studio dell'a. sia invece intensamente biopolitico. Si consideri, ad esempio, quel filone di studi - di autori come Castel, Ewald - che ha utilizzato la nozione di dispositivo biopolitico per problematizzare e meglio decodificare dinamiche derivanti dalla crisi del Welfare State nel capitalismo maturo. Solo che nelle ipotesi di disciplinamento personale esiste ancora un compendio di politiche pubbliche definite nelle quali è possibile riscontrare torsioni dello Stato sociale, ma in un assetto istituzionale ancora in un certo senso legato alla tradizione. Questa si sfalda del tutto nelle tecniche di discipli-

namento "a distanza", in cui lo stile giuridico neoliberale da politica pubblica sfuma ad *Eidos* fondativo, in quanto il principio di legalità qui evapora, e con difficoltà viene pure sostituito dalla gentilezza amministrativa.

Il diritto, in breve, plasma "dall'interno" l'economia e, in questo modo, "produce" il mercato come istituzione artificiale, perdendo però al contempo il proprio ruolo tradizionale di scienza autonoma, in quanto si funzionalizza allo status dell'efficacia e delle logiche del mercato, ossia alla logica del profitto e dell'efficienza. Questo aspetto è ben colto da Fulvio Cortese, il quale, con riferimento al concetto di biopolitica ha parlato di paradigma materiale di governo nel quale i tipici, classici, istituti della dialettica autorità/libertà vengono superati, o assorbiti, dall'accettazione operativa di modelli tecnici d'azione e di correlate prassi comportamentali e, con esse, dall'assunzione di un ruolo intrinsecamente passivo da parte dei soggetti di diritto, perché funzionalizzato al raggiungimento totalizzante di obiettivi tanto apparentemente neutrali, o meglio rafforzativi di principi strumentali difficilmente discutibili, quanto concettualmente pervasivi e di fatto dominanti. Il punto di caduta è dato dal fatto che è insito nel pensiero neoliberale il profilo della libertà di scelta, ricostruita attraverso modelli di comportamento di mercato estesi a tutte le situazioni e a tutti i rapporti sociali. Del diritto viene a ricavarsi, così, un'immagine di ordine "non politico": nel modello neoliberale il mercato è un'occasione di massimizzazione e la realizzazione del *public good* dipende dal successo delle singole transazioni massimizzanti. In tale contesto si è affermato uno stile giuridico neoliberale, connotato da: intensificazione e tecnicizzazione delle regole, frammentazione dell'ordinamento, concorrenza sostituita dalla competitività.

La biopolitica cui mira invece il libro di De Lucia, almeno parlando di scuola e servizi sociali, è la biopolitica affermativa teorizzata da Roberto Esposito, non più sulla vita ma della vita, conciliabile finalmente con la libertà e la vita degli individui. In questo senso può forse ricomporsi anche quello iato fra sovranità e disciplinamento, fra biopolitica e diritto, di cui si è detto prima. Il riferimento è nuovamente al concetto di governamentalità, più volte evocato da De Lucia, concetto lontano dall'istituzione Governo, e invece collegato al governo delle cose, all'economia delle anime e dei corpi, all'amministrazione direbbe Agamben. Nella misura in cui la categoria della governamentalità diviene quindi genealogia dello Stato moderno, l'amministrazione da *poiesis* diviene *praxis*, e l'economia politica diviene, come principio del minimo mezzo, limite interno del potere. Ma prima del "tardo" Foucault spinte in questo senso provengono già dalla Arendt di *Vita activa*, con la sua critica alla "funzione comunistica" della società in cui stato e potere lasciano il posto alla pura amministrazione, funzione che accomuna l'ipotesi liberale dell'economia classica a Marx.

Per dirla con Luca Perfetti, nel caso della biopolitica non si tratta di un'ideologia ma di uno strumento, un attrezzo che serve a comprendere, spiegare, criticare, disvelare, ricostruire. Inoltre la biopolitica, intesa in questo senso, ossia non come teoria generale, ma come strumento per disvelare tecniche

di dominazione, rileva grandemente per il diritto pubblico, specie nella misura in cui si realizza per mezzo dell'amministrazione pubblica e con strumenti di disciplinamento, dominazione e governamentalità.

Il libro di De Lucia si confronta costantemente con tali questioni, oscillando dallo Stato Sociale alla sua crisi nel governo "a distanza" delle anime, dove la tensione della biopolitica si svolge e dipana nei sentieri insidiosi della psicopolitica, e lo fa con coerenza, coraggio e chiarezza, soprattutto con fiducia nella forza dirompente della gentilezza amministrativa.

Giovanni D'Elia
Dottorando di ricerca in Diritto pubblico dell'economia
Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pisa
giovanni.delia@phd.unipi.it
Investigador Visitante en Derecho Económico
Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid
gdelia@ucm.es

La disciplina giuridica della montagna e lo sviluppo sostenibile: profili critici e tutela dei diritti fondamentali

The law of mountains and sustainable development: Critical issues and the protection of fundamental rights

Sintesi

Questo contributo analizza criticamente la disciplina giuridica delle zone montane nell'ordinamento italiano, alla luce della più recente evoluzione del quadro normativo nazionale e delle influenze del diritto europeo. L'articolo, in particolare, argomenta come il principio dello sviluppo sostenibile, nella sua declinazione di matrice neoliberale, abbia progressivamente sostituito l'originaria finalità costituzionale di tutela e promozione dell'uguaglianza sostanziale nei territori montani con le logiche efficientistiche e le dinamiche concorrenziali del mercato. Attraverso l'analisi della giurisprudenza e del diritto positivo italiano e comunitario, nonché della prassi delle autorità amministrative, il contributo mette in risalto come il dogma dello sviluppo sostenibile orienti le politiche pubbliche ed i pubblici poteri verso la finanziarizzazione e lo sfruttamento economico delle risorse naturali delle zone montane, mettendo a repentaglio la funzione sociale e ambientale della montagna quale spazio di tutela dei diritti fondamentali.

Abstract

This article provides a critical analysis of the legal framework governing mountain areas in Italy, with reference to recent developments in national legislation and the influence of European law. The article posits that the neoliberal interpretation of sustainable development has progressively diverged from the original constitutional objective of safeguarding and fostering substantive equality in mountainous areas, supplanting it with a paradigm driven by the imperatives of efficiency and market competition. Through an analysis of Italian and EU case law and positive legislation, as well as the practices of administrative authorities, the article highlights how the dogma of sustainable development is steering public policy and public authorities towards the financialization and

economic exploitation of natural resources in mountain areas, thus jeopardising the social and environmental function of mountains as spaces for the protection of fundamental rights.

PAROLE CHIAVE: sviluppo sostenibile, neoliberalismo, zone montane, strategia nazionale aree interne, green community.

KEYWORDS: sustainable development, neoliberalism, mountain areas, national strategy for inland areas, green community.

INDICE: 1. La disciplina giuridica delle zone montane nell'ordinamento italiano e la sua recente evoluzione. - 2. Verso nuovi sentieri giuridici per le zone montane? Profili critici e prospettive. 3. La "Strategia nazionale per le aree interne" e le *Green Communities* – 4. La legislazione italiana delle zone montane e il dogma dello sviluppo sostenibile. 5. Conclusioni.

1. La disciplina giuridica delle zone montane nell'ordinamento italiano e la sua recente evoluzione[1]

«*La legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane*».

Con questa solenne quanto vaga disposizione l'articolo 44, co. 2 della Costituzione italiana ha volto uno sguardo di favore nei confronti di uno dei territori della Repubblica che, secondo i dati Istat, corrisponde al 35,2% dell'intero suolo nazionale, pari a circa 106.276 km^2.

Sempre secondo i dati Istat, *«le due regioni con territorio esclusivamente di montagna sono la Valle d'Aosta e il Trentino-Alto Adige. Quest'ultima, insieme al Piemonte, è anche quella che, con più di 10 mila chilometri quadrati, maggiormente contribuisce alla classe montagna; segue la Lombardia, che presenta anche la maggiore estensione di pianura (11.246 chilometri quadrati)»*[2].

Uno studio del 2021 pubblicato sul portale Openpolis[3], poi, specifica che in dieci regioni oltre il 40% della superficie è montana, precisando che *«nel con-*

1 Sono particolarmente riconoscente al Professore Luca Raffaello Perfetti per la sua lettura del contributo e l'ospitalità dello stesso in questa prestigiosa Rivista. Molte parti del presente lavoro concernenti i profili del diritto pubblico dell'economia sono frutto del proficuo dialogo con il Professore Donato Vese dell'Università di Pisa, cui va il mio più sincero ringraziamento. Ringrazio anche la dr. Alice De Nuccio dell'Università Pegaso per aver discusso con me alcuni aspetti del diritto spagnolo sui profili ambientali. Non avrei potuto approfondire alcuni aspetti della ricerca, specie sul versante del diritto amministrativo e costituzionale, nazionale ed europeo, senza il soggiorno di ricerca di ricerca presso il Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, svolto sotto la costante supervisione del Professore Fernando Gonzáles Botija, il quale è stato per me una guida – scientifica e "di vita madrilena" impareggiabile e fondamentale. Nel presente scritto talvolta farò riferimenti al diritto spagnolo in materia di tutela delle zone montane, senza pretesa di svolgere un lavoro organico di diritto comparato, dato che la ricerca su tale versante è tuttora in corso. Mi è sembrato utile per il lettore, tuttavia, anticipare in questo lavoro alcuni spunti, che saranno alla base di un successivo lavoro più organico e strutturato in materia di salvaguardia dei diritti fondamentali delle aree rurali.

2 Si v. il rapporto ISTAT Superficie territoriale e urbanizzazione, del 1 settembre 2014, disponibile su https://www.istat.it/non-categorizzato/principali-dimensioni-geostatistiche-e-grado-di-urbanizzazione-del-paese/

3 Si v. questo rapporto: https://www.openpolis.it/numeri/in-10-regioni-oltre-il-40-della-superficie-e-montana/

fronto europeo, si tratta del quinto paese in Ue per quota di superficie montana dopo Grecia, Slovenia, Slovacchia e Austria. Secondo la classificazione Eurostat, "che considera gli aspetti morfologici della crosta terrestre congiuntamente a elementi demografici" (Istat, 2020), il 66% della superficie italiana è montano, il doppio della media Ue (32,6%), a grande distanza da Francia (20,6%) e Germania (11,8%)».

Ma come si può definire il *concetto* di montagna? Con l'art. 1 della L. 25 luglio 1952, n. 991 (rubricata appunto «*Provvedimenti in favore dei territori montani*») il legislatore è intervenuto anzitutto nel definire il concetto di territorio montano, i cui comuni sono *«(…) situati per almeno l'80 per cento della loro superficie al disopra dei 600 metri di altitudine sul livello del mare e quelli nei quali il dislivello tra la quota altimetrica inferiore e la superiore del territorio comunale non e' minore di 600 metri (...)»*, aspetto poi fatto proprio dal Centro Alpino Italiano (CAI), per cui *«la montagna è un rilievo con altitudine superiore ai 600 metri sopra il livello del mare. La parte compresa tra i 600 e i 1500 m si chiama bassa montagna, mentre la parte al di sopra dei 1500 m si chiama alta montagna»*[4].

Tuttavia, come si vedrà meglio a breve, oggi nel nostro ordinamento non esiste una definizione univoca del concetto di montagna e il legislatore ha abbandonato la (corretta) definizione basata sull'(oggettivo) criterio dell'altitudine[5], mentre altri ordinamenti hanno seguito un percorso inverso.

---

4 https://caiscuola.cai.it/wp-content/uploads/2023/02/SAT_Montagna_Definitivo_20_01.pdf.

5 Va evidenziato che l'art. 1 della L. 991/1952 è stato abrogato dalla L. 142/1990 e, a seguito di tale abrogazione, non esiste più una definizione nazionale univoca di montagna, poiché la classificazione dei territori montani è diventata una delle competenze regionali. Pertanto, la definizione di montagna si trova ora nelle leggi regionali e può variare a seconda della regione, con i Comuni montani che sono quelli identificati dalle singole Regioni. In passato v'è stata un'ampia polemica in merito alla classificazione dei comuni montani, attribuendo ad ISTAT un arbitrario potere in merito ad essa, tanto da costringere l'Istituto di statistica a diramare un comunicato stampa, datato 5 febbraio 2015, che si ritiene interessante citare per intero: *«In merito alle notizie pubblicate in questi giorni dai mezzi di informazione, che imputano all'Istat la classificazione dei comuni montani utilizzata per la quantificazione dell'IMU, si precisa quanto segue: La classificazione per grado di montanità, che prevede la suddivisione dei comuni in "totalmente montani", "parzialmente montani" e "non montani", non è una "classificazione Istat" ma l'esito dell'applicazione dell'art. 1 della legge 991/1952 – Determinazione dei territori montani (Si veda in proposito: http://www.simontagna.it/portalesim/comunimontani.html#LetteraC). Tale classificazione è stata trasmessa all'Istat dall'UNCEM (Unione Nazionale Comuni Comunità Enti Montani), come viene anche specificato nelle note dell'elenco pubblicato, ed è stata inclusa tra le informazioni di interesse ai fini dello studio statistico del territorio comunale congiuntamente ai codici statistici comunali. La legge 991/1952, oltre a stabilire i criteri di classificazione geomorfologici (l'80% della superficie al di sopra dei 600 metri o un dislivello maggiore di 600 metri) e di tipo reddituale dei terreni (reddito imponibile medio per ettaro inferiore a 2.400 lire), disponeva che la commissione censuaria centrale istituita presso il Ministero delle Finanze fosse incaricata di stilare e mantenere il conseguente elenco dei comuni montani e poteva includere tra i territori montani anche comuni che, in deroga alle condizioni sopra citate, fossero già classificati come montani dal catasto agrario o danneggiati da eventi bellici (art 1) o appartenenti a comprensori di bonifica montana (art. 14). Ma l'abrogazione degli articoli 1 e 14, avvenuta con una successiva norma (legge 142/1990), ha di fatto impedito la possibilità di rivedere e/o aggiornare tale classificazione»*. Comunicato rinvenibile su

È il caso dell'ordinamento spagnolo. Con l'art. 2 della Ley 25/1982 "*de agricultura de montaña*"[6], sono previsti due criteri oggettivi per definire il concetto di montagna: un'altitudine superiore a 1000 m. e una pendenza media superiore al 20%. L'ultimo comma dell'art. 2, Ley 25/1982, prevede che le comunità autonome possono modificare i menzionati limiti, senza che però ciò influisca sul regime giuridico previsto dalla legge nazionale. Per comprende meglio la portata della disposizione in commento, si ritiene opportuno citare interamente l'art. 2 della Ley 25/1982:

«Uno. Se consideran zonas de agricultura de montaña, a los efectos de la presente Ley, aquellos territorios homogéneos que previa la declaración a la que se refiere el artículo cuarto de la misma, estén integrados por comarcas, términos municipales o partes de los mismos que se encuentren en cualquiera de los siguientes casos: a) Hallarse situados, al menos en un ochenta por ciento de su superficie, en cotas superiores a los mil metros, con excepción de las altiplanicies cultivadas, cuyas características agrológicas y de extensión se asemejen a las de agricultura de llanura. b) Tener una pendiente media superior al veinte por ciento o una diferencia entre las cotas extremas de su superficie agraria superior a los cuatrocientos metros. c) Tener vocación predominantemente agraria y concurrir en ellos simultáneamente circunstancias de altitud y pendiente que sin llegar a alcanzar los valores indicados den lugar a circunstancias excepcionales limitativas de las producciones agrarias que las haga equiparables a las zonas de agricultura de montaña definidas conforme a los apartados anteriores. Dos. Las Comunidades Autónomas, en base a la configuración de su territorio y a la normativa propia derivada de las competencia reconocidas en sus Estatutos podrán elevar o reducir en casos concretos los límites mínimos a los que se refiere el número anterior. En todo caso estas decisiones no afectarán al régimen comprendido en esta Ley, salvo que esa modificación sea asumida de forma expresa por el Gobierno del Estado a los efectos de la aplicación de todos o parte de sus beneficios». Inoltre la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, "*del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad"*, all'art. 3 comma 1, integra la definizione con la seguente: *«Áreas de montaña: territorios continuos y*

https://www.istat.it/comunicato-stampa/precisazione-sulla-classificazione-dei-comuni-montani/

6 Il Ministerio de Agricoltura, Pesca y Alimentación del governo spagnolo ha raccolto e pubblicato l'ampio ed interessante dibattito parlamentare in riferimento alla Ley 25/1982, da cui si evince chiaramente il punto di vista pubblicistico e solidaristico che ha mosso l'approvazione della predetta legge. Difatti appare utile evidenziare alcuni passaggi. Anzitutto il testo esordisce affermando che «*[l]a población rural de la montaña con su labor permanente desempeña una función fundamental, en cuanto a la conservación del espacio natural (...)*». Poi prosegue evidenziando il ruolo dei pubblici poteri, posto che *«[e]l objetivo básico de la normativa sobre agricultura de montaña es cumplir con el mandato Constitucional que insta a los poderes públicos para hacer efectiva la solidaridad con los pueblos de montaña, a efectos de equiparar si nivel de vida con el resto de los ciudadanos que viven en otros territorio del Estado»*. Così MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN, *Ley de Agricultura de Montaña*, Secreteria General Tecnica, Subdireccion General de Estudios agrarios, pesquerios y alimentarios, Madrid, 1985, p. 11.

extensos, con altimetría elevada y sostenida respecto a los territorios circundantes, cuyas características físicas causan la aparición de gradientes ecológicos que condicionan la organización de los ecosistemas y afectan a los seres vivos y a las sociedades humanas que en ellas se desarrollan».

Tornando all'analisi dell'ordinamento italiano, una rilevante parte della superficie del territorio è composta da zone montane, in particolare dall'arco alpino, chiamato così perché, appunto, appare alla vista come un immenso arco, nonché dai rilievi appenninici, che corrono lungo la dorsale centrale del Bel Paese, per più di 1200 km, dalla Liguria fino al Meridione d'Italia, coinvolgendo ben quindici regioni e, se non fosse per l'angusto lembo di mare dello stretto di Messina, si congiungerebbe a quello che viene definito *Appennino Siculo* e che, secondo buona parte della dottrina classica storico-geografica, rappresenta la prosecuzione naturale degli Appennini del *continente*[7].

In questa ampia porzione di territorio sono ubicati ben 2.487 su 8.000 comuni, che rappresentano circa 7,1 milioni di persone, ossia il 12,1% della popolazione del paese, con una densità abitativa pari a 67 abitanti per km[28].

Appare evidente che a motivo della presenza di una porzione così ampia di territorio, per cui la Costituzione prevede espressamente che la legge disponga provvedimenti *a suo favore*, il legislatore abbia avuto un occhio di riguardo per siffatte aree. Vero è che, sempre con la L. 991/1952, sono state elaborate disposizioni a favore dei territori montani, tra cui si rammentano: mutui di miglioramento e per l'artigianato montano (art. 2), sussidi e concorsi dello Stato per opere di miglioramento (art. 3), contributi per la gestione dei patrimoni silvo-pastorali dei comuni e degli altri enti e per l'aggiornamento e l'assistenza tecnica (art. 4), sussidi finanziari per studi e ricerche per la redazione di piani e per la compilazione dei relativi progetti per il più razionale sfruttamento dei beni agro-silvo-pastorali dei territori montani, ivi compresi i piani per il riordinamento della proprietà fondiaria (art. 5), agevolazioni fiscali (art. 8), nonché altre forme di provvedimenti speciali.

Tuttavia detta legge, come si vedrà in seguito, è stata superata da successivi interventi normativi che hanno reso gradualmente sempre meno incisivo il tentativo, da parte della precedente legislazione, di realizzare l'eguaglianza sostanziale in dette aree. Di tale circostanza ci rende edotti la giurisprudenza

---

7 Si v. in letteratura, A. POZZI *L'Italia nelle sue presenti condizioni fisiche, politiche, economiche, e monumentali descritta alle scuole ed alle famiglie* G. Agnelli, 1870, p. 84. Ma anche Società italiana di scienze naturali, *Atti della Società italiana di scienze naturali e del Museo civico di storia naturale in Milano, Volumi 37-38,* p. 326.

8 Dati ricavati dall'analisi Istat *«Principali statistiche geografiche sui comuni»*, pubblicata il 9 maggio 2024 e aggiornata al 8 gennaio 2025, rinvenibile su https://www.istat.it/classificazione/principali-statistiche-geografiche-sui-comuni/ nonché dal «Libro bianco sulla Montagna», a cura del Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2024, la cui presentazione di sintesi è rinvenibile su https://www.affariregionali.it/media/509490/forum-2024-presentazione-prof-giorgi.pdf

amministrativa.

Significativa, tra molte pronunce, è quella del TAR Calabria, secondo cui *«una generale legislazione di tutela della montagna attuativa dell'art. 44 della Costituzione, evidentemente ispirata all'obiettivo di porre rimedio alla situazione di svantaggio in cui versano le aree montane rispetto ai residuo territorio della penisola, ha subito un'evoluzione che ne ha offuscato la primigenia limpidezza»*[9].

Aspetto che ha contribuito fortemente al depotenziamento degli strumenti giuridici ed economici in favore delle zone montane, generando di conseguenza effetti negativi per detti territori e le popolazioni ivi stanziate.

E' infatti sotto gli occhi di tutti il fenomeno dello spopolamento delle aree montane (ed interne, in generale), a motivo delle profonde disuguaglianze rispetto alle condizioni di vita nelle città o, comunque, nelle aree di pianura, relativamente *«(…) ai "punti di partenza", a quelli "di arrivo" o di possibile conseguimento delle chanche»*[10], ovvero, detto in altri termini, in riferimento ai diritti di partenza, ossia alle condizioni di sostanziale uguaglianza rispetto ad altri individui (o formazioni sociali) che vivono in altre zone del territorio nazionale, ai conseguenti diritti di arrivo, ossia agli esiti cui un individuo o una formazione sociale può giungere (un certo grado di progresso o status sociale, una certa posizione lavorativa, etc.) e, nel mezzo, alle opportunità che un dato territorio può offrire ai fini del pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3 Cost).

Difatti è stato opportunamente osservato da attenta dottrina che *«la progressiva affermazione della visione neo-liberale dell'ordinamento (...) e della costruzione della società, ha reso marginale la questione dell'attuazione dell'eguaglianza (...) come precetto costituzionale caratterizzato da una dimensione statica, sostanzialmente coincidente con la parità di trattamento, ed una dinamica, tale da richiedere, invece, disparità di trattamento dirette a rimuovere ostacoli al pieno compimento della personalità ed al godimento dei diritti fondamentali. Per conseguenza, il dibattito del diritto pubblico ha sostanzialmente cessato di porsi il problema del superamento della diseguaglianza, per dedicarsi a singole – tra loro disomogenee – disuguaglianze. Nella declinazione al plurale non v'è solo la possibilità di una maggiore determinazione dell'oggetto dell'indagine – la singola diseguaglianza – ma la fon-*

9 TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, sent. 17 novembre 2010 n. 1330.

10 Così L.R. PERFETTI, *Eguaglianza vs. disuguaglianze. L'eguaglianza come «compito della Repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in *PA – Persona e Amministrazione*, n. 2/2021, pp. 18-19, il quale, in nota, richiama R. DWORKIN, *What is equality? Part 2: equality of resources*, in *Philosophy & Public Affairs*, X (1981), 283 per cui l'eguaglianza (o la giustizia) richiedono che le condizioni iniziali siano uguali per tutti, per poi accettare la regola del laissez-faire nonché J. RAWLS, *A theory of justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, secondo cui tutti i valori sociali devono essere distribuiti equamente, a meno che una distribuzione ineguale di uno o di tutti questi valori non sia a vantaggio di tutti, pertanto, se non lo sono, rappresentano una forma di disuguaglianza.

damentale perdita della sostanza dell'oggetto della riflessione. Infatti le singole disuguaglianze segmentano il referente concettuale dell'eguaglianza in singole dimensioni funzionali ad un rapporto economico o sociale»[11].

Si tratta di considerazioni che consentono di circoscrivere meglio l'oggetto delle riflessioni contenute in questo contributo, posto che uno degli aspetti di maggiore criticità, in materia di uguaglianze territoriali, sta proprio nella frammentazione dell'oggetto delle tutele a vantaggio della realizzazione del principio di uguaglianza, nonché nella conseguente produzione normativa che sposta l'asse delle tutele dalla persona (o dalla formazione sociale) inserito in un certo contesto geografico alle dinamiche proprie dello sviluppo economico c.d. "sostenibile": un dogma, come detto, proprio del pensiero neoliberale[12].

---

11 *Ibidem*.

12 In tema di sviluppo economico sostenibile v'è un'ampia letteratura in cui domina la scienza economica, la quale, sin dagli anni Novanta del secolo scorso ha gradualmente introdotto il concetto di "sostenibilità" nel dogma della crescita economica, influenzando così il dibattito dottrinario – incluso quello giuridico – il quale s'è incentrato sugli sforzi di individuare metodi, discipline, modelli e prassi al fine di adattare la crescita alla sostenibilità ambientale, sociale ed economica, lasciando dunque al margine la critica al dogma in sé. Nell'impossibilità, per ragioni di spazio, di elencare tutta la dottrina in materia, appare utile proporre una selezione. A tal proposito si vedano i contributi di G. Nebbia, *Lo Sviluppo Sostenibil*e, Firenze, Cultura della Pace, 1991; L. Fusco Girard, P. Nijkamp, *Le valutazioni per lo sviluppo sostenibile della città e del territorio*, Milano, Angeli, 1997; A. Lanza, *Lo sviluppo sostenibile,* Bologna: Il mulino, 1997; E. Tiezzi, N. Marchettini, *Che cos'è lo sviluppo sostenibile? le basi scientifiche della sostenibilità e i guasti del pensiero unico*, Roma, Donzelli, 1999; Organisation for Economic Co-operation and Development, SourceOECD, *Sustainable Development. Critical Issues*, Paris, France, OECD, 2001; aa.vv., *Strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile,* Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 2002; T. Strange, A. Bayley, *Nachhaltige entwicklung: Wirtschaft, gesellschaft, umwelt im zusammenhang betrachtet*, OECD Publishing, 2009; P. Sbattella, *Innovazione ed infrastrutture per uno sviluppo socio-economico sostenibile*, 2011; A. Giansanti, *Turismo, Ambiente e Territorio: Sinergie per uno Sviluppo Economico Sostenibile,* Vignate, Lampi di stampa, 2014; J.D. Sachs, *L' era dello sviluppo sostenibile*, Milano, Università Bocconi, 2015; A. Majocchi, *Un Piano per l'Europa. Sviluppo Sostenibile e occupazione*, Bologna, Il mulino, 2015; E. Giovannini, *L'utopia Sostenibile*, Roma, Laterza, 2018; A. Angeli, S. Salvini, *Popolazione mondiale e sviluppo sostenibile. Crescita, stagnazione e declino*, Bologna, Il Mulino, 2018; M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare: sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, Angeli, 2020; A. Buonfrate, *Principi del nuovo diritto dello sviluppo sostenibile: la complessità assiologica del sistema di tutela ambientale conformato agli obiettivi di Agenda 2030 e del Green Deal europeo*, Milano, [Padova], Wolters Kluwer, CEDAM, 2020; M. Prieur, C. Bastin, A. Mekouar, *Mesurer l'effectivité du Droit de L'environnement. Des Indicateurs Juridiques Au Service du développement Durable*, Brussels: P.I.E. - Peter Lang SA Éditions Scientifiques Internationales, 2021; J.D. Sachs, *Sustainable Development Report 2020. The Sustainable Development Goals and Covid-19 Includes the SDG Index and Dashboards*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021; L. Papi, *Un modello di governo del valore pubblico verso il benessere equo e lo sviluppo sostenibil*e, Milano, Giuffrè, 2021; P.P. Baldi, V. Scotti, *Successo sostenibile e valore dell'impresa: Le tematiche ESG al centro di un nuovo modello di sviluppo economico*, Roma, Eurilink University Press, 2023; M. Borrello, C. Videtta, *Sviluppo sostenibile. Riflessioni sul Terzo Pilastro*, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2023; M.S. Ben Ali, E. Lechman, *Sustainable Economic Development. Fostering the United Nations Goals*, Singapore, Springer, 2024; L. Cuocolo, *Diritto dello sviluppo sostenibile*, Bologna, il Mulino, 2025.

La frammentazione, per com'è stato osservato, impedisce, ad esempio, di considerare unitariamente – nella medesima sfera d'intervento dei pubblici poteri - la salvaguardia dei diritti fondamentali delle persone, la tutela dell'ambiente e le limitazioni all'iniziativa privata, riflettendo sulla tassonomia delle iniziative che risultino in contrasto con l'utilità sociale ovvero che rechino danno sia all'ambiente, sia alla sicurezza, sia alla libertà che alla dignità umana[13].

È evidente che si tratta di un problema ben più ampio, che in questa sede non può essere trattato, limitandoci solo ad osservare le disparità territoriali e rilevando come, dagli studi più recenti della dottrina giuridica italiana, sia stato osservato che *«(…) in Italia il tema della coesione territoriale e sociale non p[uò] più essere relegato alla questione meridionale: se da una parte permane la frattura tra il Nord e il Sud del Paese, dall'altra si assiste ad un fenomeno per cui i il divario tra centri dotati di risorse, servizi ed opportunità da una parte, e territori al margine afflitti da spopolamento, rarefazione e desertificazione dall'altra, interessa trasversalmente tutto il territorio italiano»*[14].

Dunque la *Questione meridionale* da sola non è sufficiente a spiegare il fenomeno delle disuguaglianze sociali e territoriali – che, si rammenta, permane tutt'oggi[15] – ma v'è una questione ben più ampia e strutturata che coinvolge tutto il paese e che riguarda la differenza – sostanziale e geografica – tra centro e periferie, tra aree urbane (e urbanizzate) e aree non urbane (e non urbanizzate), tra pianura e montagna, tra aree "sviluppate" (o sviluppate in modo "sostenibile") e aree "sotto o poco sviluppate" (sempre nel segno del dogma neolibe-

13 Com'è noto, gli artt. 9 e 41 Cost. sono stati oggetto di riforma dalla Legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1 recante *"Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente"*, la quale, in riferimento all'art. 9 comma 3, introduce tra i principi fondamentali la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. Mentre in riferimento all'art. 41 commi 2 e 3, prevede che l'iniziativa economica non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente e che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata anche a fini ambientali.

14 Così B. Giordano e N. Pica, *Interventi sui margini: disuguaglianze territoriali e potenzialità della sussidiarietà orizzontale. Periferie urbane e aree interne come occasione di solidarietà nazionale, crescita e sviluppo civile*, in *PA – Persona e Amministrazione* n. 2/2021, pp. 797-798.

15 Basti considerare l'ultimo rapporto dell'Associazione per lo sviluppo dell'industria nel Mezzogiorno – Svimez, *L'Economia e la società del mezzogiorno, Executive summary, Competitività e coesione: il tempo delle politiche*, 2024, disponibile su https://www.svimez.it/rapporto-svimez-2024/. Nel documento si legge che, sebbene le regioni del Meridione d'Italia abbiano registrato alcuni trend positivi in fatto di occupazione, persistono le ben note criticità in riferimento alla spesa pubblica e allo sviluppo dei servizi pubblici essenziali (scuola, sanità, spesa sociale, etc), ma in particolar modo che *«il crollo del potere d'acquisto dei salari ha interessato soprattutto il Sud. A fronte della ripresa occupazionale, il duro colpo inferto dall'inflazione al potere d'acquisto dei redditi da lavoro resta la criticità più rilevante, soprattutto nel Mezzogiorno. Tra il quarto trimestre 2019 e la prima metà del 2024, i salari reali si sono ridotti del -5,7% al Sud e del -4,5% nel Centro-Nord, rispetto al -1,4% della media dell'eurozona. Un vero e proprio crollo al Sud, causato da una più sostenuta dinamica dei prezzi e da rinnovi contruattuali, in ritardo in tutto il Paese, che hanno interessato i settori più forti, meno presenti al Sud, in un mercato del lavoro che ha raggiunto livelli patologici di flessibilità.»*

rale dello sviluppo economico "sostenibile"), in un quadro di frammentazione del concetto di disuguaglianza, che produce nuovi sentieri funzionali a determinati rapporti economici o sociali.

2. Verso nuovi sentieri giuridici per le zone montane? Profili critici e prospettive

Recentemente, la dottrina ha mostrato un rinnovato interesse per la disciplina giuridica della montagna, proponendo "nuovi sentieri per le zone montane". È in questo rinnovato interesse che si colloca un recente contributo in materia, il quale, sfidando quella parte della dottrina che considera il diritto della montagna un settore di nicchia, offre un'analisi sistematica delle zone montane in Italia, con l'intento di evidenziare come uno dei compiti della Repubblica sia quello di esercitare un *«(…) concreto impegno verso il miglioramento (generale) della qualità di vita – ovvero del concreto* status *– dei cittadini nei territori interni ed a rischio marginalizzazione»*[16]. Non si può non rilevare l'arduo compito che ci si è assunti, anche a fronte della dottrina giuridica tradizionale e contemporanea che si è occupata di questo tema fondamentale per gli studi amministrativi e costituzionali. Di qui il tentativo, non certo di semplice portata, di *«colmare le mancanze di un'analisi sistematica ed organica sui profili attuativi e di esecuzione del secondo comma contemplato dall'art. 44 della Costituzione»*[17]. Attraverso l'interpretazione della Carta costituzionale italiana, nonché con la lettura dell'evoluzione normativa e delle interpretazioni giurisprudenziali ciò che viene posto in rilievo è l'intreccio tra l'interesse pubblico e il diritto soggettivo all'ambiente, nel tentativo di allargare l'oggetto giuridico della tutela individuale anche al luogo in cui si esplicherebbe la personalità dell'individuo e delle formazioni sociali (art. 2 Cost.), tanto per cui il quadro fisico in cui si svolge detta personalità diventa funzionale (se non anche strutturale) per la più ampia tutela del singolo[18].

I lineamenti di diritto pubblico e costituzionale sono oggetto di apposita indagine, laddove viene approfondita l'unicità delle disposizioni costituzionali sulle zone montane in chiave di diritto comparato, nel tentativo di comprendere gli *«ineluttabili effetti»* in relazione alle fonti del diritto e alla natura delle regole di favore del legislatore italiano in materia. Ciò in quanto, dall'analisi della giurisprudenza amministrativa e di quella costituzionale, si rileva che il *favor* è da intendersi *«a tutto tondo»*, comprendendo non solo la dimensione economica, quale, per esempio, la proprietà terriera e lo sfruttamento del suolo, ma le zone montane nella loro *«"naturale" dimensione completa»*[19].

---

16 A. Mitrotti, *Sentieri giuridici per le zone montane. Genealogia degli itinerari ad "alta quota" del diritto costituzionale e pubblico italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2025, p 575.
17 *Ivi*, p 1.
18 *Ivi*, pp. 67 ss.
19 *Ivi*, pp. 161 ss.

Non di minor conto appare l'interpretazione ermeneutica effettuata dalla giurisprudenza in materia, per ciò che concerne le statuizioni della Corte costituzionale con riferimento agli artt. 3 e 44 della Costituzione. Con la nota sentenza del 30 dicembre 1985, n. 370 il Supremo organo costituzionale ha infatti rilevato che l'illegittimità delle disposizioni legislative in "sfavore" di aree depresse montane rimandasse alla violazione dell'art. 3 Cost., ritenendo così che fossero *«assorbite le censure mosse in riferimento all'art. 44, secondo comma, Cost.»*[20]. Su un simile versante dell'indagine si potrà scorgere una lettura regressiva dell'art. 44, co. 2 Cost., da parte del Giudice delle Leggi, dato che aprirà ad una produzione legislativa, successiva di qualche anno, rivolta a disattendere le tutele poste dalla disposizione costituzionale in parola. Si tratta di un profilo fondamentale su cui si tornerà in seguito.

Probabilmente, la questione ermeneutica su quale sia il *«(…) vero "senso" peculiare (e l'effettiva ragione di esistenza, specifica) del secondo comma di cui all'articolo 44 nella Costituzione»*[21] dovrebbe costituire il punto di riferimento da cui far partire l'indagine giuridica su un diritto della montagna. Fornire una inedita interpretazione dell'art. 44 Cost. può voler significare che si debba far ricorso al noto concetto di «*parametro interposto di costituzionalità*», nonché alle recenti modifiche della Consulta intervenute sulle norme regolamentari dei suoi giudizi, che tengano conto dei risultati di studi, talvolta condotti in modo olistico[22], orientati a dimostrare un'autonoma posizione delle aree montane rispetto al resto del territorio nazionale. Il risultato più immediato è l'attribuzione un significato giuridico della disposizione di cui all'art. 44, co. 2, Cost., che vada oltre il generale divieto di discriminazione legislativa per le zone "svantaggiate" e/o "depresse" del territorio repubblicano, semplicemente perché un siffatto divieto risulta già generalmente ricavabile dagli articoli 3, 5 e 119 della Costituzione.

Allargare lo spettro dell'analisi del concetto di montagna ad altri saperi è auspicabile. Almeno se si lascia intendere che le scienze sociali, come anche le scienze "dure" abbiano dimostrato le diverse esigenze dei territori montani, i quali presentano ambienti e servizi ecosistemici diversificati nonché criticità e vantaggi che rendono questi territori del tutto peculiari. Di questi problemi fa parte sia il drammatico problema dello scioglimento dei ghiacciai, la presenza di fauna selvatica che rivela l'eccesso di antropizzazione in determinate zone del territorio. Di qui, un'apertura al problema del difficile rapporto tra esseri umani e animali selvatici[23]. Ma anche l'ampia presenza di boschi e foreste, una bio-

20 C. Cost., sent. 30 dicembre 1985, n. 370. *Ivi.*, p. 163.

21 A. Mitrotti, *cit.*, p. 164.

22 Si v., tra i tanti, D. Poli, *Un progetto integrato di territorio per il Biodistretto di Montalbano*, in *Territori rurali in transizione, Strategie e opportunità per il Biodistretto del Montalbano*, D. Poli (a cura di), in collana *Ricerche e studi territorialisti*, SdT Edizioni, 2018, disponibile su https://www.societadeiterritorialisti.it/wp-content/uploads/2016/01/Ricerche-e-Studi-Territorialisti_Vol.-3_Territori-rurali-in-transizione-Poli-compressed.pdf.

23 Basti volgere lo sguardo a quanto avviene nella Provincia autonoma di Trento e all'aspro dibattito politico-amministrativo in materia di coesistenza con i grandi carnivori, per cui il

diversità peculiare, nonché l'abbondanza idrica in determinate zone, che rappresentano rilevanti risorse naturali e forniscono importanti servizi ecosistemici. Ulteriori problemi si riferiscono ad impatti diversificati delle attività antropiche rispetto alla pianura, a fenomeni di spopolamento, invecchiamento della popolazione, riduzione dei servizi di base per i cittadini, effetto attrattore dei capoluoghi, collegamenti carenti (o persino inesistenti), squilibri generazionali, e diversi altri fattori che rendono del tutto particolari le zone montane[24]. Di conseguenza, detti territori necessitano di interventi normativi *pesanti*, volti a ridurre gli squilibri generati da diversi decenni di disimpegno della Repubblica italiana nei confronti di siffatti territori.

Alla luce delle differenze naturali e sociali delle zone montane, la disposizione dell'art. 44, co. 2, Cost. assume una connotazione del tutto peculiare. Connotazione peculiare evidenziata anche dall'art. 130 della *Constitución Española*, che appare ricalcare fedelmente l'art. 44, co 2, della Costituzione italiana: *«1. Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles. 2. Con el mismo fin, se dispensará un tratamiento especial a las zonas de montaña*».

In questo quadro, autorevoli autori della dottrina giuridica spagnola come Javier Oliván del Cacho ed Eduardo García de Enterría hanno evidenziato la necessità, da parte delle pubbliche amministrazioni, di porre attenzione allo sviluppo delle attività produttive consone alle peculiarità della montagna, in particolare alla protezione di boschi e foreste, non tanto al fine di dare preminenza allo sviluppo economico "sostenibile", quanto piuttosto al fine di permettere una politica economica orientata ecologicamente, posto che la finalità della pubblica amministrazione è di promuovere un'esistenza umana dignitosa che obbliga i pubblici poteri a proteggere la vita e la salute degli esseri umani e degli ecosistemi e a osservare il principio di Stato sociale, in un equilibrio tra benessere economico e salvaguardia ambientale[25].

Sta qui un punto cruciale. A mio avviso, infatti, non si tratta solo di una mera specificazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, ma la regola fondamentale di cui all'art. 44, co. 2, Cost. rappresenta una

---

TRGA di Trento ha evidenziato una serie di principi in materia di presupposti e limiti per l'abbattimento dell'orso, qualora pericoloso, per cui si rinvia a T.r.g.a. Trento, 30 settembre 2024, n. 144, rinvenibile al seguente indirizzo: https://www.giustizia-amministrativa.it/-/105486-609

24 Buona parte degli esempi appena citati sono presi e rielaborati dal Libro bianco sulla Montagna. Si v. nota 8.

25 Si v. in particolare, J. Oliván del Cacho e E. García de Enterría, *El régimen Jurídico de las zonas de montaña*. Civitas, Madrid, 1994. Dello stesso tenore i contributi di J.M. Bano León, *Las Autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988, pp. 166-168; A. Boix Palop e J.A. Urena Salcedo, *Obra benéfico-social de las cajas de ahorro y financiación de infraestructuras*, in *Revista de Administración Pública*, 170, 2006, pp. 300-301.

disposizione autonoma e in grado di esplicare una forza normativa cogente sul legislatore ordinario. Una forza normativa che viene tuttavia riconosciuta come remissiva rispetto alla primigenia legislazione[26]. In effetti, sebbene la L. 3 dicembre 1971 n. 1102, rubricata *«Nuove norme per lo sviluppo della montagna»* abbia rappresentato un discreto passo in avanti rispetto alla previgente normativa, il successivo intervento legislativo, ossia quello della L. 8 giugno 1990, n. 142 (*«Ordinamento delle autonomie locali»*) risultava *«(…) meno attento ai profili fisici e naturalistici delle* «zone montane»*, seppure a triste scapito e netto detrimento dell'intima* ratio *al secondo comma dell'art. 44 della Costituzione»*, rilevando una profonda espansione legislativa della sfera politica regionale, una netta riduzione della sfera di autonomia dei comuni montani e, a monte (è il caso di dirlo), una riscrittura – oserei definire – azzardata, delle *«(…) coordinate legislative sedimentatesi in più di quarant'anni di storia repubblicana sui "territori montani" e su ogni altro pertinente aspetto di organizzazione istituzionale ed amministrativa delle zone montane»*[27].

Il successivo passo nell'evoluzione normativa avviene solo quattro anni dopo, con la L. 31 gennaio 1994, n. 97, rubricata *«Nuove disposizioni per le zone montane»*, in cui si rileva sia stata adottata al fine di *«(…) ovviare ai problemi di merito delle previgenti disposizioni legislative "piegate" ad improprie asimmetrie politiche nonché ad incerte difformità nel governo regionale delle Comunità montane»*, tanto per cui l'art. 1 comma 1 prescriveva solennemente che *«la salvaguardia e la valorizzazione delle zone montane, ai sensi dell'articolo 44 della Costituzione, rivestono carattere di preminente interesse nazionale (…)»*.

Nella disposizione e nell'intero provvedimento, si può riconoscere *«(…) un oggettivo impegno nel mutamento (significativo) di prospettiva del* favor legislatoris*, maggiormente attento ai profili naturalistici delle montagne: tanto sul piano della loro indispensabile salvaguardia a tutela (da un lato), quanto sotto il profilo di una lungimirante valorizzazione e crescita delle (numerose) potenzialità legate alle specificità dei territori montani (dall'altro lato)»*[28]. Eppure, vanno rilevate anche le criticità emerse sin dagli albori della sua entrata in vigore, tanto che, solo cinque anni dopo, nel 1999, si avvia la quinta fase, la quale, sebbene non sia l'ultima, è quella che più di tutte influenza ancora oggi l'assetto istituzionale delle zone montane.

Il riferimento è anzitutto alla L. 3 agosto 1999, n. 265 (*«Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli Enti locali, nonché modifiche alla legge 8 giugno 1990, n. 142»*), poi al noto D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (*«Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali»*) e, indubbiamente, alla Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 di riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione.

26 Si v. nota 9.
27 A. Mitrotti, *cit.*, pp. 236 ss.
28 *Ivi*, pp. 250-251.

Una fase che può essere definita di *«spartiacque»* rispetto al previgente assetto di poteri tra Stato ed Autonomie locali, producendo *«(…) dei rimarchevoli, e travolgenti, effetti innovativi in materia di* «zone montane»*: sia dal punto di vista del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, sia sotto il gravido profilo delle funzioni amministrative allocabili agli Enti territoriali della Repubblica italiana»*[29].

Non appaiono neppure meno problematici gli effetti prodotti dal riparto di competenze tra Stato, Regioni ed Enti locali. Né lo sono le prassi amministrative sviluppatesi nel corso dei successivi anni alla novella istituzionale. La disciplina delle zone montane se è problematica a livello nazionale lo è anche e soprattutto a livello delle fonti europee, che trovano, in particolare nell'art. 174 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), un saldo riferimento da parte del diritto positivo comunitario. È qui che viene avanzata una connessione tra l'art. 174 TFUE e l'art. 44, co. 2 Cost., posto che la regola comunitaria fa riferimento alla promozione di uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione, al rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale e, in particolare, a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni[30].

Ma si tratta di una connessione che non sussiste, almeno se, come ritengo, l'art. 44, co. 2 Cost. debba essere collocato in un quadro più ampio volto alla protezione delle sfere giuridiche soggettive e alla rimozione degli ostacoli che rendono non effettiva l'uguaglianza sostanziale (artt. 2 e 3 Cost.), mentre l'art. 174 TFUE trae origine da una visione neoliberale che pone la matrice economica nel sottofondo degli interventi dei pubblici poteri (artt. 3 e 174 TFUE).

La norma comunitaria, in pratica, usando un termine dal chiaro giudizio di valore che sottende una precisa visione ideologica, parla di «*ritardo*» delle regioni meno favorite. Tra queste rientrano le zone rurali, quelle interessate da transizione industriale, quelle che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le regioni più settentrionali con bassissima densità demografica e le regioni insulari, transfrontaliere e di montagna.

In questa prospettiva, la dottrina sembra cogliere un *«approccio (…) pragmatico»* dell'Unione e *«una logica del tutto inversa rispetto alla Costituzione italiana»*, sottolineando che mentre il legislatore italiano richiede al legislatore *«(…) misure capaci di determinare un positivo favore (…) giuridicamente complesso per le zone montane»*, il regolatore europeo *«si "accontenta" di pragmatiche azioni finalizzate a ridurre (…) lo sfavore in sostanza presente nelle diverse (e numerose) aree montane dell'eurozona»*[31].

Tuttavia, ciò non fa emergere chiaramente il retroterra ideologico che muove il regolatore europeo. Retroterra che, invece, è posto in evidenza da

29 *Ivi*, pp. 304-305.
30 *Ivi*, Cap. IV.
31 *Ivi*, pp. 456-457.

autorevole dottrina[32], la quale mostra come le misure volte a ridurre il divario assumano una dimensione squisitamente economica e si riferiscono ai principi di libera concorrenza di cui all'art. 3 del TFUE.

3. La "Strategia Nazionale per le aree interne" e le *Green Communities*

Ulteriori sollecitazioni di matrice europea hanno condotto il decisore nazionale ad adottare la *Strategia Nazionale per le aree interne*, che, sebbene si concentri maggiormente sulla qualità dei servizi ai cittadini e sulle opportunità economiche[33], quantomeno assume la forma di un piano strategico, ossia di quello che, secondo la dottrina classica[34], è – o dovrebbe essere – lo strumento privilegiato dai pubblici poteri per ovviare ai problemi propri di una realtà magmatica, in continua mutazione, talvolta inafferrabile e sempre ad un passo dal cedere a soluzioni inefficaci dettate dalla contingenza.

Dunque appare senz'altro utile che il regolatore italiano abbia utilizzato uno strumento strategico[35], che rappresenta uno strumento *«(…) funzionale a*

32 Il riferimento è a L.R. Perfetti, v. nota 10, ma nella dottrina spagnola pare cogliersi la ragione di fondo del fenomeno di abbandono delle aree rurali ed interne, posto che *«El medio rural es un concepto difuso, de reciente aparición, creado para designar aquello que no es ciudad, y generalmente entendido como un conjunto heterogéneo de territorios vencidos, o más bien de territorios «de vencidos», donde la biosfera y el medio natural alcanzan su plenitud y constituyen una fuente de riqueza de valor incalculable. En las últimas décadas estas zonas rurales han visto como la (i)lógica economía de mercado y el capitalismo depredador de recursos naturales y generador de grandes desigualdades, unido al abandono sistemático de buena parte de las Administraciones públicas de nuestro país, propiciaban una sangría poblacional sin precedentes, disminuyendo significativamente la calidad de vida de aquellos que un día decidieron desarrollar, de forma loable, su proyecto vital en el medio rural y favoreciendo el abandono y el olvido del territorio, con la consiguiente pérdida cultural, patrimonial y ambiental, entre otras muchas, que esto genera. La obra que ahora tiene entre sus manos, imbuida quizá por ese espíritu humanista que imprime el contacto estrecho con las aulas del Estudio salmantino, ofrece al lector un manifiesto por un medio rural en positivo y con futuro, mediante el esbozo de una serie de propuestas jurídico-administrativas que ponen el foco de atención en mejorar la calidad de vida de las personas que pueblan la España rural, tomando como punto de partida la idea y el espíritu de comunidad que late, todavía, en estas sociedades»*. Così JL. Domínguez Álvarez, *Comunidades discriminadas y territorios rurales abandonados: políticas públicas y derecho administrativo frente a la despoblación*. Primera edición, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2021.

33 Difatti la Strategia viene sinteticamente definita come *«(…) una politica territoriale diretta al miglioramento della qualità dei servizi ai cittadini e delle opportunità economiche nei territori interni e a rischio marginalizzazione, contemplata per la prima volta nel Programma Nazionale di Riforma (PNR) dell'anno 2014 e definita nell'Accordo di Partenariato 2014 – 2020. La strategia è stata confermata anche nel ciclo 2021-2027 come da relativo Accordo di Partenariato 2021-2027»*. Tratto da https://politichecoesione.governo.it/it/politica-di-coesione/strategie-tematiche-e-territoriali/strategie-territoriali/strategia-nazionale-aree-interne-snai/

34 M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1993.

35 Uno dei punti di forza del Piano Strategico Nazionale delle aree interne (SNAI), difatti, è quello di attribuire alla programmazione un ruolo centrale, attraverso la cooperazione tra enti e la definizione di Accordi di programma quadro (APQ), in cui, come si legge nel Piano strategico, *«sono declinati gli interventi, completi di CUP, e sono stabilite le rispettive responsabilità, ai fini della successiva attivazione e monitoraggio degli interventi medesimi»*. Si rinvia a Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Piano Strategico Nazionale delle aree interne, versione luglio 2025*, p. 85, su https://politichecoesione.governo.it/media/jhld12qn/psnai_finale_30072025_clean_ministro.pdf. Altro aspetto di rilevante interesse contenuto nel piano è quello relativo alla strutturazione

migliorare (più in generale) la qualità di vita ossia lo status effettivo di diversi cittadini radicati nei territori interni della Repubblica ed a rischio marginalizzazione: sociale, economica, giuridica e (nondimeno) istituzionale»[36] e consente un'azione di intervento più ampia e organica sulla materia, anziché gli ormai "ordinari" strumenti di normazione emergenziale[37], che involgono anche l'attuazione del PNRR[38].

Una problematica di rilievo è quella riguardante la disciplina delle cc.dd. *Green Communities*[39], sorte in seno all'attuazione del diritto europeo dell'ambiente e soprattutto del principio di *« sviluppo sostenibile»*, per cui divengono uno strumento di "sfruttamento" delle principali risorse ambientali e sociali[40].

---

di enti sovracomunali, che si basa su forme di associazionismo stabile tra enti locali. Difatti il predetto Piano rammenta che *«L'Accordo di Partenariato 2014-2020, nell'intento di supportare le strutture amministrative organizzative locali interessate alla SNAI, indicava la necessità che le coalizioni locali creassero sistemi intercomunali solidi e capaci di realizzare gli obiettivi di sviluppo indicati nelle Strategie d'Area, nonché garantissero i servizi minimi di cittadinanza alle proprie Comunità»*. Aspetto condivisibile, ma si prosegue evidenziando che tutto ciò serve *«per aumentare l'attrattività di questi territori»*. Il paragrafo in questione poi prosegue evidenziando un altro aspetto, su cui non si può non concordare: *«Nelle Aree interne, infatti, vi è il rischio che manchino le risorse finanziarie, umane e professionali per svolgere le attività di questi territori ed in particolare affrontare procedimenti amministrativi semplici e complessi. Tale tema ha un forte rilievo sociale e politico, perché la scarsa accessibilità ai servizi di base, riduce notevolmente il benessere della popolazione locale residente. La SNAI deve continuare ad intervenire sui servizi essenziali per persone e Comunità, nonché promuovere la creazione e il rafforzamento dei sistemi intercomunali, quale presupposto imprescindibile per il concreto raggiungimento dei risultati. Il requisito associativo in questa nuova programmazione prova a fare un passo in avanti, supportando in maniera ancora più forte le Strategie d'Area. Trattandosi di piccoli Comuni, nella maggior parte dei casi al di sotto di 5.000 abitanti, l'Accordo di Partenariato 2021-2027 (AdP 21-27) ribadisce che la capacità di costruire relazioni solide e pratiche collaborative stabili per garantire alle proprie Comunità di fruire di funzioni e servizi essenziali di cittadinanza è una precondizione per poter accedere alle risorse e raccomanda di non conseguirla in termini di adempimento formale ma in termini di costruzione di una visione comune generativa di opportunità»*. Dunque, sebbene il Piano spinga verso una maggiore efficienza amministrativa al fine di garantire il «benessere della popolazione locale residente», non manca però di aggiungere – con una certa forzatura – anche un aspetto proprio della visione neoliberale del ruolo dei pubblici poteri, ossia l'attrattività. Si v. *Piano Strategico, cit.*, pp. 129 ss.

36 *Ivi*, p. 498.

37 Si v., tra i tanti, D. Dima, *Uso e abuso degli strumenti emergenziali. Alcune (ulteriori) distorsioni in tempo di crisi*, in Federalismi.it, 2014, rinvenibile su https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=28064

38 Criticità riscontrate già dal Servizio studi del Senato, in *Le fonti normative primarie di attuazione del PNRR nella XVIII legislatura*, n. 4/2022, pp. 14 ss.

39 Come afferma l'autore, non esiste una definizione giuridica delle *Green Communities*, né si scorgono con chiarezza i requisiti del regime di soggettività giuridica, ma esiste solo una nozione funzionale, definita *«flessibile e mutevole»* di Green Community, *Ivi*, pp. 512 ss.

40 Secondo l'art. 72 comma 2 della Legge 28 dicembre 2015, n. 221, ossia la prima disciplina normativa sulle *Green Communities*, la finalità trasversale è di *«(…) aprire un nuovo rapporto sussidiario e di scambio con le comunità urbane e metropolitane, in modo da poter impostare, nella fase della green economy, un piano di sviluppo sostenibile non solo dal punto di vista energetico, ambientale ed economico nei seguenti campi: a) gestione integrata e certificata del patrimonio agro-forestale, anche tramite lo scambio dei crediti derivanti dalla cattura dell'anidride carbonica, la gestione della biodiversità e la certificazione della filiera del legno; b) gestione integrata e certificata delle risorse idriche; c) produzione di energia da fonti rinnovabili locali, quali i microimpianti idroelettrici, le biomasse, il biogas, l'eolico, la cogenerazione e il*

Da una complessiva lettura circa l'istituto delle *Green communities*, ciò che emerge è un certo entusiasmo nei confronti delle *«(…) sprigionabili potenzialità dischiuse»* da esse, *«(…) per la progressiva attuazione repubblicana del principio di* «sviluppo sostenibile» *nell'ordinamento, funzionalmente, incentrato sull'effettiva tutela e sulla gravida valorizzazione delle varie e diverse risorse (naturali, ambientali, ecosistemiche, climatiche, sociali, paesaggistiche, storiche, culturali e turistiche) delle montagne: di cui l'Italia è ricca»,* spingendosi anche ad affermare che potrebbero persino *«(…) valicare il punto di un'implicita realizzazione (sostanziale) dell'eguaglianza dei cittadini (montani) (...)»*[41].

Ma sta qui a mio avviso un punto critico del dogma, di matrice neoliberale, dello "sviluppo economico sostenibile" e della sua relazione con il principio costituzionale di eguaglianza sostanziale delle persone, particolarmente di quelle che vivono nelle zone montane. Come si può immaginare che la sottrazione di ulteriori risorse ecosistemiche, dalla periferia al centro, dalle campagne alle città e, quindi, dalle montagne ai centri urbanizzati delle pianure, possano rappresentare un'opportunità per colmare il divario – in termini di uguaglianza sostanziale – a favore delle persone delle zone montane? In questi termini lo stesso concetto di *Green community* non fa altro che celare il dogma dello sviluppo economico sostenibile, sebbene di sostenibile non ci sia più nulla all'epoca della più grave recessione ecologica del pianeta Terra[42].

---

biometano; d) sviluppo di un turismo sostenibile, capace di valorizzare le produzioni locali; e) costruzione e gestione sostenibile del patrimonio edilizio e delle infrastrutture di una montagna moderna; f) efficienza energetica e integrazione intelligente degli impianti e delle reti; g) sviluppo sostenibile delle attività produttive (zero waste production); h) integrazione dei servizi di mobilità; i) sviluppo di un modello di azienda agricola sostenibile che sia anche energeticamente indipendente attraverso la produzione e l'uso di energia da fonti rinnovabili nei settori elettrico, termico e dei trasporti».

41 A. Mitrotti, *cit.*, pp. 525-526.

42 A tal proposito non si può non richiamare, in dottrina, M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2018, il quale, nell'incasellare magistralmente una lunga serie di dati scientifici che danno chiara e cristallina contezza della gravissima recessione ecologica in atto, propone una profonda riflessione circa il ruolo chiave del diritto amministrativo (e, necessariamente, del diritto pubblico dell'economia), in un ormai improcrastinabile dialogo con le scienze non giuridiche su scala globale, nel superare il paradosso della *«tyranny of small decisions»* che, invece, pare dominante nelle discipline in materia di sviluppo sostenibile delle aree montane. Imprescindibile richiamare altresì K. Saito, *Il Capitale nell'Antropocene*, Einaudi, 2024, specc. pp. 231 ss., in cui si evidenzia che *«Fino a oggi, i paesi industrializzati hanno dato l'impressione di saper conciliare sviluppo economico e questioni ambientali, e di poterlo fare anche d'ora in avanti. Ma dietro questa facciata (...) si nascondono numerosi problemi che vengono riversati sul Sud globale e in questo modo resi invisibili. Ecco perché cercare di conciliare anche in quei luoghi economia e ambiente utilizzando gli stessi metodi dei paesi industrializzati non può funzionare. Perché non c'è più alcun luogo su cui riversare i problemi. La crisi climatica di oggi ci mostra in maniera esplicita i limiti ultimi di una società esternalizzata. Possiamo ignorare la crisi, e proclamare assieme a Friedman e Bastani che il decoupling e la svolta in senso immateriale del capitalismo risolveranno tutto. O si potrebbe invece prendere sul serio il concetto di giustizia climatica, guardare al Sud globale e cercare di imparare dalle iniziative che lí vengono intraprese (…)»*. Per una lettura critica dell'opera in questione si rimanda a D. Vese, *Recensione del libro di Kohei Saito, Il capitale nell'Antropocene, Einaudi, Torino, pp.*

Di conseguenza non è possibile comprendere come, poi, un siffatto principio di matrice neoliberale possa condurre a realizzare di fatto l'uguaglianza sostanziale tra le persone. Pertanto appare difficile giungere alla conclusione, come sostenuto da detta dottrina, che lo "sviluppo" delle zone montane possa rappresentare un'*«opportunità fondamentale»*[43], posto che i modelli politico-economici di stampo neoliberale, basati su di una crescita e produzione illimitata, sebbene (solo) apparentemente mitigati (e sovente celati) dalla nozione (o dallo slogan[44]) di sostenibilità, si pongono "contro" la realizzazione del principio di uguaglianza, esacerbando così le disuguaglianze a livello ambientale e sociale[45].

L'espansione, nel diritto europeo, dei principi propri della dottrina economica neoliberale (e, più precisamente, "ordoliberali"[46]) hanno prodotto un

---

2024, su *Questa Rivista*, n. 1/2024, pp.973 ss..

43 *Ivi*, p. 527.

44 *«Le développement durable est devenu un slogan aussi flou que prégnant qui conduit souvent à des décisions inattendues»*. Così P. LASCOUMES, L. BONNAUD, *Le Developpement Durable: Une Nouvelle Affaire d'Etat*, Paris, PUF, 2014.

45 Nella dottrina internazionale più recente si v. il contributo di E. KUMI, A.A. ARHIN e T. YEBOAH, *Can post-2015 sustainable development goals survive neoliberalism? A critical examination of the sustainable development–neoliberalism nexus in developing countries*, in Environ Dev Sustain 16, 2014, specc. pp. 542 ss., in cui si afferma che i costi dell'inquinamento, della deforestazione e della perdita di risorse naturali ricadano in modo sproporzionato sulle fasce meno abbienti, le quali dipendono maggiormente dall'ambiente per la propria sussistenza (agricoltura, silvicoltura, accesso all'acqua potabile, ecc.). Il modello neoliberale, orientato all'espansione dei mercati e alla crescita delle esportazioni, non solo ha aggravato la vulnerabilità economica delle popolazioni rurali, ma ha anche ridotto la capacità statale di regolare l'uso delle risorse e proteggere l'ambiente. Gli autori mettono in discussione la presunta neutralità sociale degli strumenti di mercato applicati alle politiche ambientali, come i pagamenti per servizi ecosistemici (PES) o le iniziative REDD+ (*Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation*), sviluppate dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici (UNFCCC) per sostenere i paesi in via di sviluppo nella riduzione delle emissioni di gas serra dovute alla deforestazione e ai processi di degrado forestale, incentivando la gestione sostenibile delle foreste. Sebbene concepiti per integrare conservazione e sviluppo, tali meccanismi tendono a privilegiare gli attori più ricchi e con maggiori capitali sociali, mentre le comunità povere risultano spesso escluse dai benefici o persino penalizzate da nuove forme di appropriazione delle risorse. In linea più generale, nel saggio si evidenzia come il neoliberismo, paradigma economico dominante anche nei paesi *in via di sviluppo*, abbia generato profondi effetti sulle disuguaglianze sociali, economiche e ambientali. A partire dagli anni Ottanta, le politiche di liberalizzazione, privatizzazione e deregolamentazione hanno prodotto una crescente concentrazione della ricchezza e del potere decisionale, minando al contempo gli obiettivi di equità e sostenibilità propri dell'agenda dello sviluppo. Le riforme di mercato, orientate a ridurre il ruolo dello Stato, hanno indebolito le istituzioni pubbliche e ampliato i divari socioeconomici, favorendo una minoranza di attori economici a detrimento delle fasce più povere della popolazione. Le politiche neoliberali hanno così alimentato forme di accumulazione monopolistica e fenomeni di corruzione, soprattutto nei processi di privatizzazione dei servizi essenziali, come la gestione dell'acqua e delle risorse naturali. Tali dinamiche hanno ridotto l'accesso equo a beni collettivi, generando un crescente squilibrio distributivo. La cosiddetta "logica del *trickle-down*, secondo cui la crescita economica avrebbe dovuto produrre benefici diffusi, viene criticata come fallimentare: i vantaggi della crescita si sono concentrati nelle mani di élite politiche ed economiche, mentre la maggioranza della popolazione è rimasta esclusa.

46 Si v. il pensiero di M. FOUCAULT, *La nascita della biopolitica: Corso al Collège de France* (1978-1979), Milano, 2005, spec. 153-175 (sull'ordoliberalismo e neoliberalismo tedesco e francese) e 176-216 (sul neoliberalismo degli Stati Uniti).

intenso processo politico, giuridico ed amministrativo, a protezione di quella «economia sociale di mercato[47]» e del relativo principio di concorrenza posta dai principali trattati comunitari, provocando una pericolosa torsione della *ratio ultima* degli istituti propri dei regimi democratici in tema di uguaglianze, in questo modo distogliendo la finalità dalla tutela dei diritti fondamentali delle sfere giuridiche soggettive – e di conseguenza di salvaguardia delle parti più fragili dell'ordinamento repubblicano, tra cui proprio quei diritti e interessi ricompresi nell'art. 44, co. 2 Cost. – per sbilanciarne tutto il peso a vantaggio dei meccanismi di mercato.

Vero è che il principio neoliberale di sviluppo economico sostenibile, lungi dal rappresentare una soluzione ai problemi testé accennati, ne acuisce invece le problematiche sottese, altresì considerando che non v'è, almeno nella scienza giuridica, una dimostrazione della coerenza funzionale e strutturale tra i due concetti, posto che il concetto di sviluppo appare antitetico e contrastante con quello di sostenibilità[48].

D'altro canto non si spiega altrimenti come, anche nella *Strategia Nazionale per le aree interne,* così come nella disciplina sostanziale riguardante le *Green communities*, emergano come centrali gli elementi tipici dell'economia di mercato (sfruttamento, crescita, valorizzazione – ossia attribuzione di un valore economico –, finanziarizzazione delle esternalità negative).

---

47 Art. 3 par. 3 TFUE.

48 Si v., nella letteratura economica, N. GEORGESCU-ROEGEN, *Bioeconomia, verso un'altra economia ecologicamente e socialmente sostenibile*, M. Bonaiuti (a cura di), Bollati Boringheri, Torino, 2003. Qui l'autore sostiene che il concetto di "sviluppo sostenibile" nella sua accezione comune è un'idea "ingannevole" perché l'economia nella sua accezione neoclassica non può garantire lo stesso tenore di vita alle future generazioni senza considerare i limiti fisici del pianeta. La sua visione, basata sulla bioeconomia, sottolinea l'importanza di rispettare le leggi della termodinamica, in particolare l'entropia, che impongono un uso sempre più inefficiente di risorse finite e una crescente dispersione di materia ed energia. Georgescu-Roegen propone quindi un'alternativa all'idea di crescita continua, suggerendo un approccio basato sulla decrescita per ridurre il degrado ambientale e preservare le risorse per le generazioni future. Restando in tema di critica alla tesi della crescita economica infinita, fondamentale è la lettura di T. JACKSON, *Prosperity without Growth, Foundations for the Economy of Tomorrow*, London, Routledge, 2017, il quale dimostra come l'attuale concezione neoclassica di *sviluppo economico sostenibile* così come impostata nei paesi occidentali e, in particolare, in Europa, sia fallace, in particolar modo in riferimento a quello che definisce il "mito del disaccoppiamento", ossia l'idea che solo l'efficienza tecnologica possa disaccoppiare crescita economica e impatto ambientale, in modo da superare la crisi climatica. Infine, in tema di decrescita, con uno sguardo più ampio sul concetto di "sviluppo sostenibile" e per un'ulteriore critica ai relativi obiettivi siglati dal paesi occidentali, si richiama K. SAITO, *Il Capitale nell'Antropocene*, *cit*., p. 292, in cui afferma che *«gli Obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs), il Green New Deal e l'ingegneria geoclimatica non possono contrastare i cambiamenti climatici. La keynesiana ricerca di una «crescita economica verde» porta solo all'ulteriore diffusione di un «modello di vita imperiale» e dell'«imperialismo ecologico». E questo comporta un aggravamento della crisi ambientale globale, alimentando ulteriormente le disuguaglianze. Non possiamo risolvere i problemi causati dal capitalismo mantenendone in piedi la causa prima, cioè il capitalismo stesso. Per fare strada a una soluzione, è necessario porlo al centro di una critica serrata, riconoscendo che è il fattore principale dietro ai cambiamenti climatici».*

Senza considerare le più ampie critiche al progressivo smantellamento del ruolo dello Stato così come è stato inteso dalla Carta costituzionale, a vantaggio, appunto, di una concezione del ruolo dei pubblici poteri più *mercantilistica*[49] ed efficiente, ma pur sempre considerando proprio l'efficienza amministrativa degli enti locali come uno strumento politicamente neutro, piuttosto che orientato verso la massimizzazione dei diritti fondamentali delle persone[50], come sembrano lasciar intendere le disposizioni che legano l'art. 97 agli artt. 1, 2 e 3 della Costituzione[51].

Sebbene non si sia mancato di osservare come le legislazioni sulle comunità montane abbiano prodotto un *«(…) "distorto" ed irragionevole bilanciamento (…) palpabile nella propensione (tirannica) verso la genericità* tranchant *degli aziendalistici principi di economicità e di efficienza»*, spingendo a *«(…) semplificare (fino ad ignorare) tutta la complessità dell'amministrazione dei territori di montagna (...)»*[52], il fatto rilevante, almeno a mio modo di vedere, è che nella sostanza viene ribadita l'importanza di due strumenti come la Strategia Nazionale per le aree interne e l'istituto delle *Green communities* al fine di permettere alle Unioni di Comuni montani, anche in forma associata, di migliorare le *«"specifiche" condizioni dei territori e dei cittadini montani»*[53].

---

49 Sul punto è ancora rilevante l'analisi di L.R. Perfetti, *cit.*, pp. 32 ss.: *«(...) alcuni elementi caratterizzanti l'ultimo trentennio e rilevanti rispetto al tema dell'eguaglianza in senso sostanziale possono essere agevolmente indicati. Occorre partire dalla premessa che il compito (il dovere, più tecnicamente) di porre in essere quelle misure che consentono in concreto il superamento delle disuguaglianze o, più precisamente, la rimozione degli ostacoli ad una piena eguaglianza, durante il Novecento è (sostanzialmente) sempre coinciso con l'attribuzione di questo ruolo allo Stato. (...) Innanzitutto, allora, non serve molto per convincersi che, dalle teorizzazioni ed applicazioni del Welfare in poi, la rimozione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale sia stato sostanzialmente un compito degli Stati nazionali. Prescindendo per un momento rispetto alla coincidenza tra quest'ideologia e la struttura della nostra Costituzione repubblicana, è agevole osservare come la crisi fiscale degli Stati (ed il conseguente ridimensionamento dei sistemi di Welfare pubblici), la cessione di sovranità da parte degli Stati europei a vantaggio dell'Unione (con le sue politiche di rigore relativamente al debito pubblico) e, soprattutto, la globalizzazione dei mercati, abbiano determinato una crisi strutturale di questo modello. Se, quindi, lo strumento per la rimozione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale vengono fatti coincidere con l'intervento pubblico attraverso il Welfare e quest'ultimo entra in una crisi strutturale, è chiaro che lo stesso destino è segnato all'azione di rimozione degli ostacoli che limitano libertà e eguaglianza. (...) Ancora: è sostanzialmente mutato il segno dell'intervento pubblico sul processo economico; semplificando in modo eccessivo, dall'intervento economico diretto dei poteri pubblici e dalla programmazione economica, si è passati attraverso un'epoca di privatizzazioni e regolazione nell'interesse della concorrenza di mercato, attuando il disegno ordoliberale – con conseguente profonda revisione delle letture dell'art. 41 Cost. Di nuovo, in quanto si faccia coincidere con l'intervento pubblico l'attuazione dell'eguaglianza, ne deriva che il suo radicale mutamento di segno conduce a conseguenze dirette sulla capacità di assolvere al dovere in questione»*.

50 Per una lettura critica sulla progressiva trasformazione dell'efficienza amministrativa da servente i diritti fondamentali delle sfere giuridiche soggettive, alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 97, 2 e 3 Cost., a servente gli interessi propri del mercato, si v. D. Vese, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Cedam, Padova, 2018, spec. pp. 447 ss.

51 *Ibid.*

52 A. Mitrotti, *cit.*, pp. 579 ss.

53 *Ibid.*

A più riprese, infatti, si torna a porre centralità ad un *«(…) equilibrato sviluppo sostenibile delle risorse montane* in unum *all'obiettivo di una loro "complementare" coesione (economica, sociale e territoriale) nel Paese ed in tutt'Europa (...)»*, anche grazie ad un approccio del tutto nuovo che tenda a spronare gli enti locali per una miglior combinazione, tendente a raggiungere *«livelli accettabili di equilibrio e di sostenibilità nella Repubblica»*[54].

Appare condivisibile l'opinione per cui un aspetto di rilevante positività introdotto in particolar modo dalle disposizioni in materia di *Green communities* è quello riguardante la sussidiarietà orizzontale, per favorire forme di compartecipazione responsabile da parte delle comunità locali (in quest'ottica si fa esplicito riferimento agli accordi di foresta, ai contratti di fiume e, non ultimo, al ruolo dei Gruppi di Azione Locale GAL). Del resto l'attuazione dei principi di sussidiarietà verticale ex art. 118 comma 1 Cost. ed orizzontale ex art. 118 ult. comma Cost., così come declinati nella *Strategia* e nelle norme in materia di *Green communities* e così come interpretate nel lavoro qui preso in considerazione, contribuiscono decisamente a quelle forme di *«ibrida fusione»*, come espresso dall'autore, tra il ruolo dei pubblici poteri, ad ogni livello di governo, e quello della cittadinanza attiva e del terzo settore.

Tuttavia non si può sottacere come questo aspetto di devoluzione o, più precisamente, di compartecipazione pubblico-privato sia criticabile nel momento stesso in cui distoglie piuttosto gravemente i poteri pubblici dal perseguimento del pubblico interesse relativamente alla salvaguardia delle zone montane e alla piena uguaglianza delle persone che ivi abitano, per delegare ai privati e al potere di mercato un ruolo preminente nella definizione di specifiche finalità, le quali concorrono a determinare un approccio che, com'è stato dimostrato dagli studi di Michel Foucault, modella i luoghi e le relazioni sociali in funzione di una scelta ideologica, influenzando altresì le pratiche di governo del territorio, tra cui quelle di rigenerazione urbana[55].

Delegare ampiamente determinati compiti e decisioni, in funzione di quello che, sempre in un'ottica neoliberale, viene definito "governo del territorio", alle regole di mercato, finisce per contribuire a quelle forme di sfruttamento finalizzate alla massimizzazione del profitto economico, riducendo le comunità locali da cittadini cui destinare il *favor legislationis* a *«(…) una pluralità di figure proprie del processo economico (consumatori, commercianti, risparmiatori, investitori (...), professionisti, imprese dominanti e dipendenti, le più varie categorie di lavoratori, e via enumerando), perdendo completamente la centralità del titolare di diritti (fondamentali, costitu-*

54 *Ibid.*

55 Aspetto tenuto in considerazione dalla Legge 12 settembre 2025, n. 131, all'art. 2 comma 2 ultimo periodo, in commento al §3 di questo contributo. Per un'analisi critica del concetto di rigenerazione urbana si rimanda a F. CASTELLANO, *Il precario equilibrio fra tutela dell'ambiente e salvaguardia paesaggistica nel processo di transizione ecologica*, in *Atti di convegno "I novellati artt. 9 e 41 della Costituzione"*, Pisa, University Press, 2024, pp. 45-60.

zionalmente garantiti) e scomponendo le pretese modellandole secondo il tipo di relazione descritto dalla legge»[56].

4. La recente legislazione italiana delle zone montane e il dogma dello sviluppo sostenibile

Per completezza dell'indagine si deve ora soffermare l'attenzione sulla rilevante evoluzione della legislazione italiana sulla disciplina giuridica delle zone montane, posto che di recente è stata promulgata la Legge 12 settembre 2025, n. 131, rubricata, appunto, *«Disposizioni per il riconoscimento e la promozione delle zone montane»*.

Anzitutto, tale legge è importante ai fini della nostra indagine perché mette in luce il dogma dello "sviluppo sostenibile" nell'ordinamento italiano, laddove si chiarisce che la *«crescita economica e sociale delle zone montane costituisce un obiettivo di interesse nazionale»* (art. 1 co. 1). Poi, la stessa legge svela le implicazioni dell'adesione ad un simile principio di matrice neoliberale, ove si funzionalizzano i pubblici poteri *«a una risposta perequativa incardinata nella rimozione delle diseguaglianze generate dalla situazione di obiettivo svantaggio economico-sociale delle zone montane (...)»*. Ciò, come chiarito in precedenza (cfr. *supra* par. 1), nell'intento di collegare il criterio egualitario non alla massimizzazione dei diritti delle sfere soggettive, ma piuttosto alla soddisfazione degli interessi del mercato e degli attori economici privati. Non a caso, il dettato normativo ordina i pubblici poteri al fine di adottare *«gli interventi necessari per lo* sviluppo socio-economico» , nonché «*al fine di promuovere processi di* sviluppo *(…)* sostenibile*»* (enfasi aggiunte).

Il dogma dello sviluppo sostenibile, per essere reso concreto e applicabile, ha bisogno di ingenti politiche pubbliche di finanziamento. Non a caso la legge n. 131/2025 reca una serie di rilevanti dotazioni finanziarie[57] e dispone alcuni criteri per la classificazione dei comuni montani che costituiscono le zone montane e ai quali si applicano le nuove disposizioni. Appare consequenziale, peraltro, un processo di accentramento delle politiche economiche di finanziamento in questione, ove con la predetta disposizione il legislatore italiano ha inteso ripristinare l'originaria competenza statale devoluta alle regioni a seguito dell'abrogazione dell'art. 1 della L. 991/52 attuata dalla L. 142/90. Vero è che l'impianto normativo della legge in commento sembra fare un netto passo indietro rispetto al disegno costituzionale della riforma del titolo V e al criterio della devoluzione delle funzioni amministrative dal centro alla periferia e, in

56 L.R. PERFETTI, *cit.*, pp. 34-35.

57 In particolare di *«105 milioni di euro per l'anno 2025, (...) 123,5 milioni di euro per l'anno 2026, (...) 119,6 milioni di euro per l'anno 2027, (...) 108 milioni di euro per l'anno 2028, (...) 110,5 milioni di euro per l'anno 2029, (...) 104,2 milioni di euro per l'anno 2030, (...) 101,3 milioni di euro per l'anno 2031, a 101,6 milioni di euro per l'anno 2032, (...) 101,1 milioni di euro per l'anno 2033 e (...) 101 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2034, che aumentano, ai fini della compensazione degli effetti in termini di fabbisogno, a 112 milioni di euro per l'anno 2028»* (art. 34 comma 1).

questo caso, dalla città alla montagna, dal momento che non v'è alcun riferimento alle Unioni di comuni montani né vi sono disposizioni in materia di *governance* dei territori montani[58].

Il mantra di uno sviluppo economico c.d. "sostenibile" è svelato da svariate disposizioni contenute nella L. 131/2025. Una breve rassegna delle norme che maggiormente mettono in luce un siffatto mantra appare sicuramente meritevole di essere svolta.

Al tal proposito è interessante volgere lo sguardo anzitutto alla peculiare struttura normativa dell'intero provvedimento di cui alla L. 131/2025 per rendersi conto della centralità del concetto di sviluppo economico sostenibile. Quest'ultimo è reso evidente dal Capo II inerente la "Programmazione strategica, risorse e monitoraggio" (Capo II); dal Capo III sui Servizi pubblici; e soprattutto dal Capo V che ha ad oggetto proprio lo "Sviluppo economico".

Che il dogma neoliberale dello sviluppo sostenibile non conosca limiti all'appropriazione delle risorse naturali è circostanza che si riscontra anche quando tali risorse appartengono ad ecosistemi molto fragili e delicati, proprio come risulta per le zone montane. Alcune rilevanti disposizioni della L. 131/2025 mettono bene in evidenza come a fronte dell'assolvimento di siffatto dogma si possano sacrificare risorse naturali di indubbio valore ecologico e pregio paesaggistico. Così avviene per le *«Disposizioni in materia di limiti all'esercizio dell'attività venatoria nei valichi montani»*, di cui all'art. 15 della legge in questione, stante che l'attività venatoria, nei valichi di montagna, dai 1000 mt di altitudine, finora vietata, viene ora consentita. Fa riflettere, peraltro, come il legislatore italiano abbia dovuto istituire le cc.dd. Zone di protezione speciale[59]; il che conferma come ora la regola generale sia costituita dalla possibilità di esercitare una delle attività maggiormente impattanti sulla fauna ornitologica.

---

58 Aspetto evidenziato da A. MITROTTI, *cit.*, pp. 625 ss., sin dall'approvazione in Senato, il 31 ottobre 2024, del Disegno di Legge n. 1054, che poi diverrà la Legge in commento, in cui si rileva come essa sia *«(…) giacente su logiche poco sistematiche: miopi ed incapaci di mettere a fuoco le basi portanti dell'attuale regime giuridico delle zone montane della Repubblica»*.

59 La nuova legge sulla montagna, approvata in via definitiva l'11 settembre 2025, ha suscitato particolare allarme poiché contiene una norma che riapre la caccia sui valichi montani. «*Questa mossa legislativa bypassa le sentenze dei tribunali che avevano precedentemente vietato la caccia in 475 valichi lombardi, considerati corridoi migratori cruciali. L'emendamento, introdotto dal deputato leghista Francesco Bruzzone e sostenuto dal centrodestra, con il Ministro Lollobrigida che ha giustificato l'intervento come un modo per "ristabilire la normalità", è un attacco diretto alla protezione della fauna migratoria»*, rilevano gli ornitologi. *«La norma aggira il divieto prevedendo l'istituzione di Zone di Protezione Speciale (ZPS) con una regolamentazione della caccia che la vieta solo prima del 1° ottobre. Ciò è scientificamente insensato, poiché la migrazione di passeriformi come i tordi avviene principalmente tra ottobre e novembre. Inoltre, l'emendamento protegge solo i valichi sopra i 1000 metri, lasciando centinaia di altri valichi sotto questa altitudine, cruciali per la migrazione, senza alcuna tutela»*, fa notare il Ciso.
Tratto da https://www.ildolomiti.it/altra-montagna/ambiente/2025/nuova-legge-sulla-montagna-un-ritorno-al-medioevo-della-gestione-faunistica-nazionale-forte-e-unanime-preoccupazione-della-comunita-scientifica-ornitologica (ultimo accesso, 26 settembre 2025).

L'art. 13 sugli *«Ecosistemi montani»* contiene alcune disposizioni orientate allo sviluppo sostenibile, dal momento che con siffatta norma il legislatore italiano demanda ai pubblici poteri competenti il ruolo di ridurre il numero della popolazione animale selvatica, con una disposizione specifica sull'abbattimento della specie *canis lupus*. La norma in questione si pone a netta difesa di una parte delle istituzioni locali dei territori montani, che, in tempi recenti, hanno adottato misure drastiche in materia di abbattimento dei grandi carnivori - orsi e lupi in particolare - sebbene, proprio in alcune importanti zone montane, simili misure risultano osteggiate da una parte della popolazione, attraverso rilevanti impugnazioni dinanzi al giudice amministrativo, il quale, spesso, ha accolto le istanze di salvaguardia degli animali, bloccando di conseguenza gli abbattimenti[60].

Lo sviluppo sostenibile, specie nell'attuale epoca digitale, non può che passare attraverso una massiccia incentivazione dell'uso delle nuove tecnologie. A questo proposito, l'art. 10 riguardante le *«Disposizioni in materia di formazione superiore nelle zone montane»* prevede forme di insegnamento alternative attraverso le piattaforme digitali per la didattica a distanza (co. 4) e, in riferimento alle università, anche la promozione di un programma di partenariato per l'innovazione con gli operatori privati con l'obiettivo di costruire rapporti fra ricerca e imprese e incoraggiare le applicazioni pratiche dell'intelligenza artificiale (IA) in settori quali quelli delle tecnologie per l'agricoltura o della produzione industriale manifatturiera. Il programma di partenariato è basato su sponsorizzazioni economiche e altre forme di liberalità (co. 5).

Significativamente, in tal senso, sono previste forme incentivanti in materia di telecomunicazioni (art. 11), pascoli e boschi montani (art. 12), studi e ricerche di carattere straordinario e attività tecnico-scientifiche volti alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche (art. 14), monitoraggio dei ghiacciai e dei bacini idrici (art. 16), natalità (art. 29, mediante un contributo *una tantum*), per l'acquisto e la ristrutturazione di abitazioni principali in montagna (art. 27).

60 Il riferimento, in particolare, va alle dichiarazioni del presidente della Provincia Autonoma di Trento, Maurizio Fugatti, il quale ha di recente dichiarato che «c'è delusione, ovvio, ma c'è soprattutto incredulità. A forza di cercare cavilli su cavilli non ci si accorge che il mondo reale è un'altra cosa e che i cittadini, giorno dopo giorno, sentenza dopo sentenza, stanno perdendo fiducia nelle istituzioni», a seguito della notizia del nuovo stop all'ordinanza di abbattimento di due lupi appartenenti al branco che da mesi sta provocando gravi danno a seguito di ripetuti attacchi ad un allevamento sui monti di Ala. Nel comunicato stampa continua affermando che «è difficile provare a comprendere le ragioni di quest'ultimo come di altri pronunciamenti della magistratura. L'aspetto tecnico giuridico poco importa alla nostra comunità seriamente preoccupata per la crescita esponenziale dei grandi carnivori in un territorio piccolo come il nostro (…). Credo che si sia perso il senso della misura e l'ordine di priorità, anteponendo ideologia e animalismo spinto al valore della vita umana e delle fatiche di uomini e donne che da secoli cercano di preservare la montagna cercando di viverci». La notizia è rinvenibile presso il sito web dell'ufficio stampa della Provincia Autonoma di Trento: https://www.ufficiostampa.provincia.tn.it/Comunicati/Lupi.-Fugatti-Si-e-perso-il-senso-della-realta. Per una breve analisi della giurisprudenza amministrativa in riferimento al controllo dei grandi carnivori presso la Provincia Autonoma di Trento si rimanda alla nota 23.

In sintonia con l'idea di *overtourism* e turistificazione[61], lo sviluppo economico sostenibile è reso evidente da alcune disposizioni della L. 131/2025 ove sono riconosciute e promosse attività escursionistiche (art. 22), il cui riconoscimento contribuisce alla «diffusione di un turismo sostenibile»[62] e quella ricettiva dei rifugi (art. 21), oltre al riconoscimento di ulteriori professioni della montagna (art. 24 co. 2).

Altre forme di incentivazione economica che denotano una spiccata propensione a favorire politiche di sviluppo economico sostenibile da parte del legislatore italiano riguardano le misure fiscali a favore delle imprese montane esercitate da giovani con un'età anagrafica inferiore a quarantuno anni (art. 25). Inoltre, ulteriori misure che vanno nella direzione dello sviluppo sostenibile sono quelle in materia di servizi di energia elettrica, acqua, gas, aria propanata e gas di petrolio liquefatti (art. 28) e quelle misure per l'agevolazione del lavoro agile nelle zone montane (art. 26) che prevedono persino l'esonero totale del versamento dei contributi previdenziali, a condizione che tale lavoratore trasferisca la propria abitazione principale e domicilio in un comune montano.

---

61 Su cui, di recente, la rivista Micromega ha dedicato un intero fascicolo. Si v. AA.VV., *Homo turiticus. Il paradosso del turismo e come uscirne*, su MicroMega n. 5/2025. Sul rapporto tra turistificazione e aree interne e marginali, si v. il contributo di R. CHIMIRRI, *Paesaggi marginalizzati: un'esperienza nella Calabria interna, per un nuovo comunitario*, in *Territorio*, no. 99/2021.

62 Tra l'altro il comma 2, nell'intento di definire il concetto di *«percorso escursionistico»*, inteso come *«percorso (…) che si forma per effetto del passaggio dell'uomo o degli animali»*, invade la competenza residuale regionale, posto che ad oggi numerose regioni hanno proceduto alla definizione di *"percorso escursionistico"*, con esiti assai differenziati, in considerazione delle differenze orografiche, sociali ed ambientali, ma anche delle differenti sensibilità in materia di tutele delle zone montane. *«Per l'Abruzzo (legge n. 42, art. 2, co. 1, lett. a) si tratta dell'attività turistica, ricreativa e sportiva che si svolge su tracciati ubicati prevalentemente in montagna al di fuori dei centri abitati, finalizzata alla conoscenza e all'esplorazione degli ambienti naturali, anche antropizzati, senza l'ausilio di mezzi a motore. Analogo concetto è contenuto all'articolo 3, comma 1, lettera b), della legge n. 12 del 2010 del Piemonte e all'articolo 3, comma 1, lettera c), della legge n. 2 del 2017 della Campania: attività di carattere turistico-ricreativo, naturalistico e culturale praticata nel tempo libero e finalizzata alla conoscenza del territorio in generale ed all'esplorazione degli ambienti naturali, anche antropizzati, senza l'ausilio di mezzi a motore. Secondo l'Emila-Romagna (legge n. 14 del 2013, art. 2) per escursionismo si intende l'attività turistica, ricreativa e sportiva che si svolge su tracciati ubicati prevalentemente al di fuori dei centri urbani, finalizzata alla visita e all'esplorazione degli ambienti naturali e del patrimonio storico-culturale, architettonico e religioso del territorio. Per la Toscana (legge n. 17 del 1998, art. 2) e le Marche (legge n. 2 del 2010, art. 2) si tratta dell'attività turistica, ricreativa e sportiva che, prevalentemente (precisazione della legge Marche) al di fuori dei centri urbani, si realizza nella visita o nella esplorazione degli ambienti naturali, anche antropizzati, senza l'ausilio di mezzi a motore. Simile definizione è contenuta all'articolo 2 della legge n. 21 del 2000 della Puglia: attività turistica, ricreativa e sportiva che, al di fuori dei centri urbani, si realizza attraverso visite ed esplorazioni di ambienti naturali, anche antropizzati, senza l'ausilio di mezzi a motore. La Basilicata esula dal semplice contenuto giuridico, facendo riferimento ad aspetti quasi metafisici, in quanto la Regione Basilicata favorisce «l'escursionismo quale mezzo per realizzare un rapporto equilibrato con l'ambiente» (legge n. 51 del 2000, art. 1, co. 1). Rispetto a quanto suesposto appare evidente che, escludendo il concetto filosofico riportato nella legge della Basilicata, la definizione è sostanzialmente comune tra quelle Regioni che hanno provveduto a precisarla, ad eccezione dell'Emilia-Romagna che non esclude nelle attività escursionistiche l'utilizzo dei mezzi a motore»*. L'excursus normativo è tratto da G.P. BOSCARIOL, *La sentieristica nella normativa e nella giurisprudenza*, Club Alpino Italiano (a cura di), Milano, 2020, pp. 59-60.

Ulteriori disposizioni della L. 131/2025 si pongono in modo evidente in favore del mantra dello sviluppo sostenibile. Si tratta di quelle contenute negli articoli 19, 20, e 30, in materia, rispettivamente, di incentivi agli investimenti e alle attività diversificate degli agricoltori e dei silvicoltori di montagna (art. 19), atti di ricomposizione fondiaria (art. 20)[63] e registro nazionale dei terreni silenti (art. 30)[64]. Disposizioni che rispecchiano la visione neoliberale del principio in questione e denotano un disegno perverso di antropizzazione dell'ecosistema montano.

Vero è che l'art. 19 L. 131/2025 prevede ingenti forme di finanziamento pubblico al fine di sviluppare, attraverso strumenti di mercato, le zone montane. Così, la recente legislazione consente a imprenditori agricoli e forestali singoli e associati un contributo, sotto forma di credito d'imposta, in misura pari al 10% del valore degli investimenti effettuati. La norma va letta in combinato disposto con gli artt. 20 e 30, in materia di ricomposizione fondiaria e registro nazionale dei terreni silenti. L'art. 20, difatti, istituisce un tavolo tecnico per l'individuazione di misure volte ad agevolare la compravendita di terreni agricoli e gli atti di ricomposizione fondiaria, in particolare aventi a oggetto i terreni agricoli di superficie non superiore a due ettari e i relativi fabbricati rurali. L'art. 30 promuove il recupero produttivo delle proprietà fondiarie frammentate e dei terreni abbandonati o silenti, allo scopo dichiarato di valorizzare il territorio agro-silvo-pastorale, di salvaguardare l'assetto idrogeologico, di prevenire e di contenere il rischio di incendi e di prevenire fenomeni di pericolosità e di crolli nonché il degrado ambientale. Per farlo verrà istituito il *«Registro nazionale dei terreni silenti»* nell'ambito del sistema informativo forestale nazionale del *Sistema informativo agricolo nazionale* (SIAN)[65].

Nel segno dello sviluppo sostenibile, risulta piuttosto evidente il *favor legislatoris* nei confronti del mercato e degli attori economici privati in ambito agricolo e agroforestale, i quali riceveranno così cospicui contributi, in forma di

---

63 Sugli atti di ricomposizione fondiaria si v. il contributo di E. TOMASELLA, *La questione irrisolta del riordino fondiario*, in *Il territorio rurale montano e la gestione sostenibile delle sue risorse*, C. Losavio e G. De Fano (a cura di), Milano, Giuffre Francis Lefebvre, 2022, spec. pp. 54 ss.

64 Per un'analisi sul diritto all'accesso alla terra ed il riparto di competenze tra Stato e regioni, si rimanda a C. LOSAVIO, *L'"accesso alla terra" e la tutela del suolo agricolo: significato, ripartizione di competenze e legislazione regionale*, *ivi*, pp. 81 ss. e, in riferimento ai terreni abbandonati e silenti, pp. 91 ss.

65 Secondo l'art. 3 comma 2 lett. g) del D.Lgs. 3 aprile 2018, n. 34 (*Testo unico in materia di foreste e filiere forestali*) si definiscono terreni abbandonati *«i terreni forestali nei quali i boschi cedui hanno superato, senza interventi selvicolturali, almeno della metà il turno minimo fissato dalle norme forestali regionali, ed i boschi d'alto fusto in cui non siano stati attuati interventi di sfollo o diradamento negli ultimi venti anni, nonché i terreni agricoli sui quali non sia stata esercitata attività agricola da almeno tre anni, in base ai principi e alle definizioni di cui al regolamento (UE) n. 1307/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 e relative disposizioni nazionali di attuazione, ad esclusione dei terreni sottoposti ai vincoli di destinazione d'uso»*. Mentre i terreni silenti, a mente della successiva lett. h) sono *«i terreni agricoli e forestali di cui alla lettera g) per i quali i proprietari non siano individuabili o reperibili a seguito di apposita istruttoria»*.

credito d'imposta, per *«servizi ecosistemici e ambientali benefici per l'ambiente e il clima»*.

Detta disposizione si collega con quanto contenuto nelle succitate norme di cui agli artt. 20 e 30, in quanto quest'ultima norma dispone una ricognizione dei terreni abbandonati e silenti, al precipuo scopo, stante l'interpretazione esegetica delle norme in questione, di favorire la ricomposizione fondiaria, ovvero di agevolare la stipulazione dei contratti di compravendita e gli atti di ricomposizione fondiaria aventi a oggetto i terreni agricoli di superficie non superiore a due ettari e i relativi fabbricati rurali.

Si tratta, invero, di una disposizione che ricalca piuttosto fedelmente la medesima finalità contenuta nell'art. 17 del Piano di rigenerazione olivicola della Regione Puglia[66], per cui appare evidente una sottile trama tendente, sia nei territori montani che nei territori colpiti da calamità naturali[67], a procedere ad un graduale quanto ineluttabile processo di ricomposizione fondiaria – le cui misure sono destinate in particolare alla piccola proprietà - al fine di avvantaggiare gli operatori economici professionali, a cui sono rivolte anche importanti agevolazioni.

È una chiara dimostrazione di come gli interessi di mercato e degli attori privati, in uno scenario dominato da politiche governative tese a implementare il dogma dello sviluppo sostenibile, diventino dominanti rispetto ad altri interessi pubblici tutelati dall'ordinamento. Del resto non si comprende altrimenti l'esigenza, più volte evidenziata dal legislatore, di "far fronte" al "problema" della frammentazione fondiaria, giudicata un serio limite allo sviluppo economico sostenibile[68], sebbene sia palese affermare che la frammentazione rappre-

66 Approvato con Decreto interministeriale n. 2484 del 6 marzo 2020, in attuazione dell'articolo 8-quater della Legge 21 maggio 2019, n. 44.

67 Il riferimento è alla questione del disseccamento degli ulivi in Puglia, per cui sia consentito di richiamare G. D'ELIA, *Il rapporto tra Scienza e Diritto nel Piano di rigenerazione olivicola della Puglia, stato dell'arte e criticità*, in Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti locali, 11 maggio 2022, disponibile su http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio%202022/Dottrina/Giovanni%20Delia.pdf.

68 Si v. E. TOMASELLA, *La questione irrisolta del riordino fondiario*, cit., p. 1, in cui si sostiene che *«L'eccessiva frammentarietà e polverizzazione della proprietà fondiaria rendono assai difficoltoso l'esercizio dell'attività agricola. Ciò si verifica soprattutto nelle aree montane ove la scarsa redditività dei suoli rende ancora più problematica la messa in atto di politiche tese all'accorpamento di terre che possano costituire la base di aziende agricole competitive»*. In tal senso si è mossa da tempo la Regione Lombardia, in particolare con il Capo VII bis (Istituzione della Banca della Terra Lombarda) della L.R. 31/2008, rubricata "*Testo unico delle leggi regionali in materia di agricoltura, foreste, pesca e sviluppo rurale*", la quale, *«(…) per superare la polverizzazione della proprietà fondiaria dei boschi (…)»*, promuove *«(...) la gestione attiva del bosco, in particolare attraverso i consorzi forestali (...) che però potranno esercitare la loro attività esclusivamente sui terreni loro conferiti in gestione. Importante sottolineare come dei consorzi forestali possano fare parte anche le imprese boschive e in generale i soggetti della filiera bosco legno»*. Tratto dalla Relazione di accompagnamento alla L.R. 31/2008, disponibile su https://www.regione.lombardia.it/wps/wcm/connect/002dc5b2-08f5-4a36-ac9f-64c7eeeb4c32/Guida_lettura_TU_lr31_2008.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-002dc5b2-08f5-4a36-ac9f-64c7eeeb4c32-lVdeN1e

senti l'esplicazione del diritto alla *piccola* proprietà (art. 42, co. 2 Cost.), fortemente rivendicato dalle lotte contadine di riappropriazione e redistribuzione delle terre[69]. Fatto che, dunque, dimostra come la realizzazione del principio di uguaglianza e del principio di redistribuzione della ricchezza sia un presidio imprescindibile contro i tentativi di speculare sulla terra, non solo a fini agricoli[70].

Invece, da una lettura sistematica delle norme in commento, pare evidente lo sforzo del legislatore di favorire le logiche accentratrici del mercato, tendenti all'aumento della redditività, ad un efficiente sfruttamento del suolo[71] e alla competitività, ossia al mantra dell'attuale concetto di sviluppo economico sostenibile proprio dell'ideologia neoliberale.

È evidente il cambio di paradigma rispetto al passato. Difatti, come evidenziato già da tempo da autorevole dottrina[72], negli anni successivi alla riforma agraria che dispose la redistribuzione fondiaria, gli sforzi – vani – dei pubblici poteri furono comunque volti ad individuare strumenti di matrice cooperativistica per ovviare ai problemi dell'appena nascente frammentazione dei terreni agricoli[73]. Furono soprattutto ragioni di efficienza amministrativa, complessità regolamentare e (probabile) volontà politica, la ragione per cui gli strumenti di natura cooperativa non trovarono piena applicazione, vanificando gli sforzi per salvaguardare la piccola proprietà agricola.

L'approccio odierno, invece, è nettamente orientato verso tutt'altra direzione. Preso atto del fallimento delle politiche di protezione della piccola proprietà agraria, nonché delle forme di gestione cooperativa e comune dei terreni agricoli[74], siffatta direzione è destinata ad uno sfruttamento professionale ed imprenditoriale delle terre, in mano a operatori economici di rilevanti dimen-

---

69 Si v. in tal senso G. MEDICI, *Legge per la trasformazione del latifondo (legge stralcio)*, Tipografia del Senato, Roma, 1950.

70 Si v., in letteratura, S. LIBERTI, *Land Grabbing. Come il Mercato delle terre crea il nuovo colonialismo*, Minimum fax, Roma, 2011.

71 Giudicato un concetto di «incredibile rozzezza» dalla dottrina più classica ed autorevole. Tanto per cui la proprietà individuale della terra mette in rilievo un bisogno della terra, difatti l'Autore, con con un linguaggio d'alta poesia, sottolinea che *«(…) nel rapporto con la terra il criterio di convenienza entra, ma entra come uno degli elementi di quella complessa realtà di vita; la* spes fructus percipiendi *c'è, e come !, nell'agricoltore, tanto che perfino i poeti lo chiamano avaro, ma in questa* spes *entrano tanti elementi, che non sono il puro lucro, e in quell'avarizia vi sono tante esigenze, che solo una veduta astratta e dottrinaria può scambiare per esigenze astrattamente utilitarie. (…) [L]a vita della terra è si direbbe carnalmente e spiritualmente inclusa nella vita del soggetto, proprio per questo sono vinte tutte le impossibilità e i paradossi del duplice distacco, che la proprietà del suolo individuale presenta. (…) L'unione del singolo con la singola terra per realizzarsi ha bisogno così dell'aiuto degli altri individui come dell'aiuto delle altre terre»*. Così G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, Diritto, Proprietà*, su *Rivista di diritto agrario*, 1952, p. 246 e pp. 252-253.

72 Il riferimento è a M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, *cit.*, *passim,* la cui ricostruzione in materia di proprietà e gestione della terra in modo cooperativistico è conforme alle ricostruzioni dottrinarie effettuate da G. Capograssi, v. nota precedente.

73 Quella che T. Piketty definirà poi una sorta di «proprietà sociale», ovvero uno dei modi di superamento dell'attuale regime di concentrazione della proprietà, in T. PIKETTY, *Capitale e ideologia*, La Nave di Teseo, Milano, 2020.

74 Si rinvia alla nota 72.

sioni, i quali gestiscono le proprietà tramite l'implementazione di pratiche intensive di coltivazione e allevamento.

Si è passati da un approccio cooperativistico ad uno imprenditoriale, con effetti chiaramente diversi sul piano delle tutele. Se, infatti, l'approccio cooperativistico (sviluppatosi tra gli anni sessanta e settanta) partiva da una visione di salvaguardia della ricchezza collettiva e parcellizzata, tendendo quindi a salvare un'economia reale e una ricchezza diffusa tra le famiglie, pur nelle difficoltà di ottimizzare i processi produttivi provenienti da numerosi piccoli soggetti economici, l'approccio imprenditoriale tende a sottrarre, o di fatto[75] o mediante appositi strumenti giuridici, la piccola ricchezza a favore di soggetti che detengono i mezzi di produzione e che, nell'ottica del rapporto costi-benefici, si pongono in un rapporto con la terra da un punto di vista aziendalistico, promuovendone, dunque, un uso in larga misura orientato allo sviluppo economico sostenibile[76].

---

75 Nelle discipline extragiuridiche si usa il concetto di «land grabbing» per identificare quei fenomeni di accaparramento delle terre agricole, da parte di soggetti privati, in particolare di società imprenditoriali globali, al fine dello sfruttamento intensivo per massimizzarne la produzione. Il termine compare per la prima volta in J. VON BRAUN e R. MEINZEN-DICK, *"Land grabbing" by foreign investors in developing countries. Risks and opportunities*, in IFPRI Policy Brief, 2009, p. 1, disponibile su https://www.developmentaid.org/api/frontend/cms/file/2022/07/14854.pdf, in cui si legge che *«One of the lingering effects of the food price crisis of 2007–08 on the world food system is the proliferating acquisition of farmland in developing countries by other countries seeking to ensure their food supplies. Increased pressures on natural resources, water scarcity, export restrictions imposed by major producers when food prices were high, and growing distrust in the functioning of regional and global markets have pushed countries short in land and water to find alternative means of producing food. These land acquisitions have the potential to inject muchneeded investment into agriculture and rural areas in poor developing countries, but they also raise concerns about the impacts on poor local people, who risk losing access to and control over land on which they depend. It is crucial to ensure that these land deals, and the environment within which they take place, are designed in ways that will reduce the threats and facilitate the opportunities for all parties involved».* Per una lettura critica del concetto di land grabbing e degli effetti che produce sul piano sociale e di rapporto tra essere umano e territorio si rimanda a M.G. GRILLOTTI DI GIACOMO e P. DE FELICE, *I predatori della terra: Land grabbing e land concentration tra neocolonialismo e crisi migratorie*, Franco Angeli, Milano, 2019.

76 Sul portale del Ministero dell'Ambiente e della sicurezza energetica compare il documento *"Le infrastrutture verdi e i servizi ecosistemici in Italia come strumento per le politiche ambientali e la green economy: potenzialità, criticità e proposte, Valutazioni e proposte espresse dalla fase di preparazione e dal processo partecipativo della Conferenza"*, in cui si legge che *«Talune perduranti pratiche agricole, esercitate con criteri non sostenibili, e secondo modelli produttivi di tipo intensivo, possono essere causa di impoverimento della qualità ambientale per la perdita di biodiversità, per la riduzione della fertilità, per il possibile emergere di problemi di erosione dei suoli e, non ultimi, per i fenomeni di inquinamento del terreno e delle acque, dovuti all'impiego non controllato di fertilizzanti e fitofarmaci di sintesi chimica. Esercitata con criteri ecologici l'agricoltura consente, viceversa, di conservare e valorizzare i servizi della natura e la sopravvivenza di molte specie vegetali e animali minacciate. Per le sue caratteristiche l'agricoltura rimane in ogni caso strettamente dipendente dai servizi eco sistemici forniti dal territorio e dagli spazi entro cui è esercitata»* (p. 16). Eppure è evidente che le produzioni intensive non sono osteggiate e, anzi, appaiono essere favorite dal regolatore pubblico. In tal senso si veda il lavoro di M. CIERVO, *Emergenza Xylella in Salento (Puglia): una questione geopolitica*, in *Quaderni del Semestrale di Studi e Ricerche di Geografia, Numero Speciale*, 2023, la quale mette in luce il sostegno pubblico allo sviluppo di impianti intensivi di uliveti a seguito del noto caso del disseccamento rapido degli ulivi nel territorio pugliese.

In sostanza, si può concludere affermando come l'attuale approccio normativo in materia di riconoscimento e promozione delle zone montane nell'ordinamento giuridico italiano, lungi dal rappresentare il punto di svolta in chiave di salvaguardia di tali fragili ecosistemi, in ossequio ad una lettura non antropocentrica del principio contenuto nell'art. 44 co. 2 della Costituzione, rappresenta anzi una ulteriore prova dell'affermarsi dell'ideologia neoliberale/ordoliberale nelle democrazie occidentali (Stati Uniti ed Unione Europea), con tutte le conseguenze che da ciò derivano in tema di tutela effettiva dell'ecosistema proprio delle zone montane e di conseguenza sul piano del riconoscimento dei diritti fondamentali e della concreta realizzazione dei principi di uguaglianza sostanziale delle persone.

5. Conclusioni

In questo articolo, dedicato all'analisi della recente disciplina sulle zone montane, ho avanzato una critica sul piano giuridico ad uno dei dogmi che alimenta l'ideologia neoliberale: il principio dello sviluppo economico sostenibile. Nel segno di un simile dogma, si è argomentata una profonda spaccatura tra la tutela delle zone montane e il loro sviluppo, posto che l'ordinamento italiano è passato – in poco meno di cinquant'anni – da una politica tendente alla salvaguardia delle sfere giuridiche soggettive e alla realizzazione del principio di uguaglianza, ad una politica puramente utilitaristica, che sottende la preminenza del mercato rispetto ad altri valori protetti dal sistema costituzionale.

Tratto fondamentale del cambio di paradigma è da attribuirsi al processo di integrazione europea, in cui i principi costituzionali nazionali hanno trovato una luce ed una lettura nuove sulla base dell'introduzione dei principi contenuti nelle fonti primarie comunitarie, tra cui quelle di cui agli articoli 3 e 174 del TFUE che hanno impresso una direzione inedita ai pubblici poteri in materia di sviluppo economico sostenibile dei territori montani.

Le politiche pubbliche sono così chiamate a promuovere specifici interessi ritenuti predominanti rispetto ad altri. Tra questi interessi predominanti, l'interesse allo sviluppo economico sostenibile lascia intravedere le macroscopiche lesioni nei confronti dell'ecosistema della montagna e, conseguentemente, dei diritti degli animali – umani e non umani – che ivi vi abitano. Di qui il sorgere di un'insanabile contraddizione. Il concetto di sviluppo sostenibile presuppone una crescita economica illimitata, al fine di produrre e consumare merci e servizi, contribuire alla trasformazione tecnologica e sociale e generare maggiore ricchezza per determinate classi sociali[77]. Ricchezza che diviene sempre più concentrata in poche mani[78], contribuendo a gravi fenomeni di disuguaglianza.

---

77 Si rimanda alla lettura di J. SCHUMPETER, *Teoria dello sviluppo economico*, Milano, ETAS, 2002.

78 Si v., tra i tanti, L. CHANCEL, T. PIKETTY, E. SAEZ, G. ZUCMAN, *World inequality report 2022*, disponibile su https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2023/03/D_FINAL_WIL_RIM_RAPPORT_2303.pdf, in cui si rileva che *«Il 10% più ricco della popolazione mondiale riceve il 52% del reddito globale,*

È noto come il concetto di sostenibilità implichi la capacità di soddisfare i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri[79]. Tuttavia questa definizione, fatta propria dall'ONU, accoglie la crescita economica come base per la soddisfazione dei bisogni umani, e ritiene che lo sviluppo della tecnologia e una migliore organizzazione sociale possano produrre una crescita equilibrata e sostenibile[80]. Aspetto molto criticato da una parte della dottrina[81], che ritiene impossibile coniugare sostenibilità ambientale e sociale e crescita economica in un quadro dominato dal neoliberismo.

In questo solco il ruolo dei pubblici poteri cambia radicalmente, non solo a causa delle pressioni esercitate da determinati operatori economici sul regolatore[82], ma anche a motivo dello *«(…) spostamento dei poteri decisori al di fuori dello Stato»* che in tal modo pone *«un problema di permanenza della sovranità e di autonomia decisionale»*[83]. Appare evidente che qualsivoglia intervento da parte dei pubblici poteri volto alla salvaguardia e allo sviluppo delle aree montane sia fortemente limitato dal ruolo assunto, a seguito della piena integrazione europea, dallo Stato regolatore[84], secondo una visione ben lontana da quella avuta dai padri costituenti e dalle conseguenti evoluzioni normative, caratterizzate dal ruolo dominante della programmazione economica nel senso della salvaguardia

---

mentre la metà più povera della popolazione ne percepisce solo l'8,5%. In media, una persona appartenente al 10% più ricco guadagna 122.100 dollari all'anno, mentre un individuo appartenente alla metà più povera ne guadagna solo 3.920. Le disuguaglianze di ricchezza globale sono ancora più pronunciate delle disuguaglianze di reddito. La metà più povera della popolazione mondiale possiede quasi nulla perché si divide solo il 2% della ricchezza totale. Al contrario, il 10% più ricco della popolazione mondiale possiede il 76% di tutta la ricchezza mondiale».

79Nel 1987 la Commissione delle Nazioni Unite per la Brundtland, nel *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future,* ha tracciato una definizione di sostenibilità, fatta propria dall'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile di cui alla Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale del 25 settembre 2015. In detta sede ha ritenuto che: «*Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. The concept of sustainable development does imply limits - not absolute limits but limitations imposed by the present state of technology and social organization on environmental resources and by the ability of the biosphere to absorb the effects of human activities. But technology and social organization can be both managed and improved to make way for a new era of economic growth. The Commission believes that widespread poverty is no longer inevitable. Poverty is not only an evil in itself, but sustainable development requires meeting the basic needs of all and extending to all the opportunity to fulfil their aspirations for a better life. A world in which poverty is endemic will always be prone to ecological and other catastrophes*». Tratto da http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf

80 V. nota precedente.

81 Cfr. *supra* nota 48.

82 Sia permesso rinviare alla lettura di G. D'Elia, *Potere economico e "cattura" della scelta pubblica: Il caso Porsche in Puglia*, su *Questa Rivista*, n. 1/2024, spec. pp. 999 ss.

83 Così R. Calderazzi, *Le ragioni di un'indagine sulla funzione di regolazione*, su *Questa Rivista*, n. 2/2024, p. 3.

84 Sul passaggio dallo Stato sociale allo Stato regolatore si v., *ex multis*, G. Majone e A. La Spina. *Lo Stato regolatore*. Bologna, il Mulino, 2010.

della piccola proprietà agricola, del suo sviluppo in senso cooperativistico e del raggiungimento del godimento collettivo dei beni[85].

Vero è che ogni intervento orientato allo sviluppo sostenibile delle aree montane sarà contrassegnato da una visione dei pubblici poteri affine a quella del libero mercato, ossia tendente allo sfruttamento mercantilista, consumista e intensivo dei territori e delle comunità ivi presenti.

Del resto l'analisi sul piano del diritto positivo da noi condotta (cfr. *supra* par. 3) denota un deciso cambio di paradigma nelle politiche e negli strumenti giuridici atti a favorire lo sviluppo economico delle zone montane sin dagli anni Novanta del XXI secolo, evidentemente la fase storica in cui si è avuto il più deciso processo di strutturazione dell'ideologie neoliberale (e ordoliberale) nelle democrazie occidentali (rispettivamente Stati Uniti d'America ed Europa), cui sono sottese politiche di tipo estrattivo e colonialista[86], in vista dello sfruttamento delle risorse ambientali ed ecologiche per finalità egoistiche del mercato. In questo solco non stupisce l'insistenza del legislatore italiano e comunitario nel proporre strumenti giuridici a favore dell'accentramento fondiario, posto che questi rappresenta il primo tassello per un più efficiente sfruttamento del suolo a fini meramente produttivi, secondo il modello neoliberale/ordoliberale.

Ciò disattende, a mio avviso, profondamente l'intero impianto costituzionale che vede invece nel territorio uno degli elementi cardine per il pieno sviluppo della persona, sia nella sua sfera individuale che nell'interazione con il tessuto sociale. Ma anche un bene da salvaguardare, nell'interesse delle future generazioni (art. 9 co. 2 Cost.).

---

85 Si rinvia alle note 33, 71 e 72.

86 Una autorevole dottrina internazionale sostiene che lo strumento principale per diffondere la versione ordoliberale del neoliberalismo al di fuori della Germania sia stato proprio il processo di integrazione europea. Così D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy, German Neo-liberalism, Competition Law and the New Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994. Altra dottrina pone l'accento sul fatto che l'ordoliberalismo sia stato il precursore ideologico fondamentale delle politche europee di austerità, ponendo a fondamento dell'Unione Europea principi come la concorrenza tra imprese e la stabilità finanziaria, che hanno giustificato le politiche di austerità a seguito delle crisi dei debiti subprime e del debito sovrano (2007-2012). Si rinvia, per un approfondimento, a T. BIEBRICHER, F. WOGELMANN, *The birth of austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, London, Rowman & Littlefield, 2017. Non v'è ragione di non evidenziare il nesso, da un punto di vista storico, tra politiche di austerità e finanziarizzazione della sfera pubblica, che ricomprende anche la forte influenza degli operatori del mercato finanziario sulle politiche ambientali e sullo sfruttamento dei territori. A tal fine si rimanda alla lettura di A. VOLPI, *I padroni del mondo, Come i fondi finanziari stanno distruggendo il mercato e la democrazia*, Roma, Laterza, 2024, spec. pp. 12 ss. e pp. 167-170. I contributi appena citati ci permettono, dunque, di comprendere quale sia la *bussola* che ha orientato i pubblici poteri nel definire nuovi limiti di carattere economico-finanziario all'azione dell'Ordinamento a tutela dei diritti fondamentali delle sfere giuridiche soggettive unitamente a nuove forme di sfruttamento delle risorse naturali nei territori dell'Unione, a partire dagli anni Novanta, fase in cui il processo di sussunzione del diritto al mercato di matrice neoliberale ed estrazione di valore, da parte delle imprese dominanti nel mercato, incontrava sempre meno ostacoli giuridici, rimossi gradualmente dall'Ordinamento sotto l'egida dell'ideologia ordoliberale. Su questo aspetto, per una chiara e sintetica ricostruzione delle trasformazioni dell'Ordinamento italiano dagli anni Novanta ad oggi, si rinvia a L.R. PERFETTI, *Eguaglianza vs. disuguaglianze, cit.*, pp. 33-44.

Resta da chiedersi allora a quale interesse miri il legislatore italiano nel momento in cui afferma che la «*crescita economica e sociale delle zone montane costituisce un obiettivo di interesse nazionale*» (art. 1 co. 1 L. 131/2025). Non è dato riconoscere da una lettura organica delle disposizioni ivi contenute e né, tantomeno, da una lettura in chiave storica e sistematica della disciplina giuridica delle aree montane un *«interesse sociale»*, ovverosia un interesse *«come necessario al progresso della società, alla realizzazione dell'eguaglianza tra le classi»*[87], bensì un richiamo ad un generico "interesse nazionale", una clausola generale indeterminata[88], che pare rinviare ad un interesse proprio dello Stato[89], ossia – stante quanto detto sinora - quello di salvaguardare interessi economici predominanti, come quelli delle società private che intendono promuovere attività di sfruttamento delle zone montane a fini meramente egoistici.

Da una simile prospettiva, non è difficile scorgere una commistione tra interesse pubblico alla gestione efficiente e produttivistica del territorio e interesse privato allo sfruttamento razionale del suolo, stante anche il richiamo espresso agli artt. 174 e seguenti del TFUE (art. 1 co. 1 della L. 131/2025), che, come s'è visto (cfr. *supra*, par. 2), impone ai pubblici poteri di colmare i *«ritardi»* delle aree *«meno favorite»* nel segno del dogma dello sviluppo economico sostenibile.

Ciò che appare evidente, almeno ai nostri occhi, è che il riferimento ad un generale *«interesse pubblico nazionale»*, da parte della nuova disciplina giuridica delle aree montane, sia effettuato *«sulla base di una scelta ideologica e non di una mera valutazione delle esigenze organizzative della società»*[90].

Letto sotto detta luce appare evidente che l'interesse nazionale corrisponda all'interesse economico allo sviluppo sostenibile, nella sua intima ma evidente contraddizione e dunque ad un uso del suolo a fini imprenditoriali che non coincidono con gli altri interessi protetti dall'Ordinamento giuridico, tra cui l'interesse alla salvaguardia degli ecosistemi e l'interesse sociale.

87A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XXVI, 1972, p. 60.

88 Sull'analisi delle clausole generali si rinvia a V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, nonché a L. R. Perfetti, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012.

89*Ivi*, p. 61 nota 8, il quale pone in dubbio che l'interesse nazionale possa coincidere con l'interesse della nazione e non, invece, con l'interesse dello Stato, *«se non sono riscontrabili nell'ordinamento positivo – come non lo sono, a nostro parere, rispetto all'ordinamento italiano – elementi sufficienti a ritenere che la parola nazione sia usata in senso proprio anziché in luogo della parola Stato con cui viene normalmente confusa»*. Anzi, sulla scorta di quanto analizzato sinora, si può avanzare l'ipotesi che l'interesse nazionale appaia coincidere, oggi, con l'interesse governativo al *laissez-faire* nei confronti degli operatori rilevanti del mercato nello sfruttamento delle risorse naturali per lo sviluppo economico *sostenibile*.

90 A. Pizzorusso, *cit.*, p. 67

Sarebbe oltremodo un segnale di scarsa onestà intellettuale considerare astrattamente il concetto di "interesse nazionale" senza volgere lo sguardo a ciò che la realtà produce nella sua materialità[91]. Come ha osservato un'autorevole dottrina, l'identificazione di un interesse pubblico da tutelare avviene, nella sua ipotesi più semplice, *«(…) contestualmente alla formazione dell'atto che lo tutela»*, oppure l'atto può tendere *«(…) alla tutela di interessi fissati in precedenza attraverso altri atti o fatti giuridici* – e per fatti non si intende qui riferirsi, com'è manifesto ai soli fatti normativi - *(...)»* (enfasi aggiunte) o, per ultimo, l'atto tende ad individuare interessi pubblici ma la realizzazione avviene *«(…) mediante distinte attività, destinate ad essere compiute in tempi successivi»*[92].

Dunque, stante la realtà materiale, che restituisce innumerevoli esempi di sfruttamento indiscriminato del territorio[93], è agevole concludere che l'interesse nazionale coincida prevalentemente con l'interesse economico di matrice neoliberale ed, in particolare, imprenditoriale volto a connettere con infrastrutture altamente impattanti le aree urbane alle aree interne e montane[94], e, di conse-

91 Dovere del giurista non è solo quello di interpretare le norme, ma interpretarle nella loro realtà storica, ossia, detto in termini più eleganti, quello della «ricerca, riconsiderazione e svelamento delle ragioni del diritto in ogni momento storico». Così G. PASTORI, *Intervento*, in *Il ruolo dei docenti di diritto nell'università del domani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 75.

92 Ivi, p. 69

93 *«Se si escludono le nuove aree di cantiere (che costituiscono quasi due terzi dei nuovi cambiamenti), il consumo permanente rappresenta il 42% del totale, con una prevalenza di edifici, strade e piazzali pavimentati, mentre i pannelli fotovoltaici a terra (+421 ettari) rappresentano una porzione importante del nuovo suolo consumato reversibile, seppure con impatti diversi a seconda del tipo di impianto».* Si v. SISTEMA NAZIONALE PER LA PROTEZIONE DELL'AMBIENTE, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici.* Edizione 2024, Michele Munafò (a cura di), *Report Ambientali SNPA,* n. 43/2024, p. 16, su https://www.snpambiente.it/notizie/temi/suolo/consumo-di-suolo-dinamiche-territoriali-e-servizi-ecosistemici-edizione-2024/

94 Sarebbe oltremodo complesso elencare le innumerevoli opere infrastrutturali che impattano sull'ambiente e gli ecosistemi montani. In questa sede ci limitiamo ad elencare solo i più recenti e uno dei più noti. L'ultimo in ordine di tempo riguarda le infrastrutture per le olimpiadi invernali Milano-Cortina 2026, per cui è prevista la costruzione di bretelle autostradali, gallerie, circonvallazioni, viadotti, ponti, il tutto al fine di velocizzare gli spostamenti tra una località e l'altra per assistere alle gare ed in cui emergono numerosi problemi idrogeologici, che di recente hanno prodotto una profonda frana a Cortina d'Ampezzo a seguito dei lavori di costruzione della cabinovia olimpica e alla sovrapposizione dei cantieri, per cui si rimanda alla lettura di una fonte giornalistica, in mancanza di di fonti scientifiche: https://www.ildolomiti.it/cronaca/2025/olimpiadi-dopo-il-crollo-del-terreno-trema-la-funivia-socrepes-esposto-per-proteggere-i-cittadini-ipotizzate-responsabilita-penali-per-disastro-e-frana-colposa (ultimo accesso, 2 ottobre 2025). Esempi più noti sono le infrastrutture per l'alta velocità (Bologna-Firenze, Torino-Lione e l'ultima, ancora in corso, il c.d. bypass della città di Trento), in cui sono emersi o stanno emergendo problematiche idriche in riferimento al prosciugamento o inquinamento delle falde acquifere. In riferimento ai lavori dell'alta velocità Torino-Lione si rimanda a C. A. TASSINARI, *L'effetto Antropocene. Polemiche, identità collettive, e alcune note sul Treno ad Alta Velocità Torino-Lione*, in *E|C*, n. 41/2024, pp. 34-49, su https://mimesisjournals.com/ojs/index.php/ec/article/view/4430. Sull'alta velocità Bologna-Firenze si rimanda a S. FABRIZIO, *La "lezione" del Mugello*, su http://www.lapei.it/wp-content/uploads/2011/10/TAV_3parteIII.pdf. Infine, in riferimento alle problematiche ambientali del c.d. bypass di Trento, in mancanza di riferimenti scientifici in materia, trattandosi di un'opera in corso, si rimanda alla seguente fonte documentale:

guenza, replicare, anche nelle zone montane, le dinamiche tipiche di sfruttamento del suolo che già avvengono, sotto gli occhi di tutti, nelle aree "sviluppate".

Un aspetto che, ponendosi in evidente contraddizione con gli articoli 9 e 41 della Costituzione[95] e le politiche europee in materia di salvaguardia degli ecosistemi dalla incessante antropizzazione delle attività economiche[96], risulta allineato ai principi di fondo che reggono l'Unione europea, in particolare al principio ordoliberale dell'economia sociale di mercato il quale riscrive i diritti fondamentali, come anche il linguaggio giuridico[97], alla luce degli interessi economici. In un simile quadro i pubblici poteri appaiono orientati esclusivamente

---

https://www.lindipendente.online/2023/01/05/esiste-unaltra-tav-di-cui-non-si-parla-i-cittadini-di-trento-lottano-per-fermarla/ (ultimo accesso, 2 ottobre 2025).

95 V. *supra*, nota 13.

96 Ci si riferisce alla *Nature Restoration Regulation*, di cui al Regolamento UE 2024/1991, noto anche come *"Regolamento sul Ripristino della Natura"*, entrato in vigore il 18 agosto 2024 e che rappresenta un atto fondamentale tendente a salvaguardare e ripristinare la biodiversità e la salute degli ecosistemi. Esso prevede che gli Stati membri predispongano e trasmettano alla Commissione, entro il primo settembre 2026, un Piano Nazionale per il Ripristino, finalizzato all'individuazione degli habitat terrestri, marini, urbani, forestali e agricoli degradati (*«in particolare quelli potenzialmente più in grado di catturare e°stoccare il carbonio nonché di prevenire e ridurre l'impatto delle catastrofi naturali»*, come si legge nel considerando n. 7) ed al loro ripristino, gradualmente, secondo queste scadenze: il 30% degli habitat al 2030, il 60% al 2040 e il 90% al 2050. A seguito dell'approvazione da parte della Commissione europea, gli Stati membri attueranno quanto previsto, fornendo aggiornamenti sullo stato di attuazione. Il Regolamento è rinvenibile su https://environment.ec.europa.eu/topics/nature-and-biodiversity/nature-restoration-regulation_en

97 Sarebbe oltremodo complesso analizzare le trasformazioni del linguaggio giuridico, dagli anni Novanta ad oggi, in tema di valori fondamentali protetti dall'ordinamento. La questione, di rilevante interesse, a parere di chi scrive, meriterebbe una trattazione a sé. S'è accennato, tuttavia, in questa sede (*supra*, par. 3), che il concetto di *valorizzazione*, ampiamente usato dal legislatore sin dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (noto come *Bassanini-ter*), corrisponde all'attribuzione di valore economico ad un bene protetto dall'ordinamento. È il caso dei beni culturali, definiti, nel corpus del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *patrimonio culturale*, con un chiaro accento su un concetto di matrice economica, per cui, in dottrina, sono state avanzate analisi volte a dimostrare il *favor* nei confronti dell'attribuzione del valore di scambio anche agli elementi culturali. In tal senso si v. G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, in Aedon, n. 3/2015, spec. § 2 e 3. Ma il linguaggio giuridico, impregnato di concezioni mercantilistiche, coinvolge numerosi altri valori protetti dall'Ordinamento. Come l'innesto del termine *capitale*, di evidente matrice capitalistica, in svariate qualificazioni giuridiche. È il caso del concetto di *capitale umano*, coniato nel 1992 dall'economista statunitense Gary Becker, allievo di Milton Friedman, dunque originatosi nella scuola neoliberista di Chicago e fatto proprio dall'OCSE negli anni delle due crisi economico-finanziarie (2007-2012), inteso come l'insieme di conoscenze, abilità, competenze e altri attributi individuali che facilitano la creazione di benessere personale e sociale. Per un approfondimento si rinvia a P. BARABINO, *La valorizzazione del "capitale umano" e la "modulazione" del tributo*, su *Rivista trimestrale di diritto tributario n. 2/2021*. Ma il concetto di *capitale* è usato a piene mani per designare altri valori, come quelli di ambiente ed ecosistema, oggi ricadenti nella definizione di *Capitale naturale*, associato ai servizi ecosistemici. Il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica (MASE), infatti, nel definire il concetto di *Capitale naturale*, gli attribuisce un giudizio di valore meramente economico e strumentale al soddisfacimento dei bisogni umani, nell'ottica, dunque, dell'antropocentrismo. Si legge, infatti, che *«[l]a nostra prosperità economica e il nostro benessere dipendono dal buono stato del capitale naturale, compresi gli ecosistemi che forniscono beni e servizi essenziali:*

a massimizzare i postulati del libero mercato nel segno del dogma dello sviluppo economico sostenibile, relegando in secondo piano ogni altro interesse meritevole di tutela.

---

terreni fertili, mari produttivi, acque potabili, aria pura, impollinazione, prevenzione delle alluvioni, regolazione del clima, ecc.». Tratto da https://www.mase.gov.it/portale/capitale-naturale-e-servizi-ecosistemici. Come detto, non è questa la sede per affrontare una tematica così ampia e transdisciplinare, ma appare interessante notare, ai fini della nostra indagine, come l'economia sociale di mercato sussuma a sé ogni strato del diritto, tanto da mutarne il linguaggio e – di conseguenza – l'*oggetto* delle tutele, in un raffinato ed inafferrabile processo di reinterpretazione e disapplicazione dei principi costituzionali, spostando tutto il peso sull'elemento economico. In tal solco muta persino l'ontologia dell'*oggetto* della tutela e, di conseguenza, la funzionalizzazione dei pubblici poteri, orientata non più alla tutela fattiva della *res* oggetto di tutela, e dunque delle sfere giuridiche soggettive inserite nel contesto territoriale e sociale di riferimento. Per essere più chiari, l'ambiente, secondo la concezione fornita dal MASE, non è tutelato *in re ipsa*, in quanto tale, ma in quanto mero *fornitore* di servizi ecosistemici (ossia di *valore*). Pertanto se ne riconosce l'importanza non in base al fatto che *è*, ma al fatto che *offre*. Con la prevedibile conseguenza che se l'ambiente *non fornisse*, sarebbe dunque *inutile* e pertanto privo di tutela (?). L'indagine sulla trasformazione del linguaggio giuridico aprirebbe a scenari ancora inesplorati, posto che la scienza linguistica ha inteso dimostrare come le strutture del linguaggio influiscano profondamente sulle concezioni della realtà e sulle differenti visioni del mondo. In questo senso si v. B. L. WHORF, *Linguaggio, pensiero e realtà,* Raccolta di scritti, John B. Carroll (a cura di), Boringhieri, 1970. Inoltre il filologo Victor Klemperer ha inteso dimostrare come anche solo impercettibili mutamenti linguistici abbiano prodotto effetti significativi nelle visioni del mondo e delle relazioni sociali nel corso della storia. Egli pose come caso di studio il Terzo Reich. Spiegava, infatti, che *«se per un tempo sufficientemente lungo al posto di eroico e virtuoso si dice "fanatico", alla fine si crederà veramente che un fanatico sia un eroe pieno di virtù e che non possa esserci un eroe senza fanatismo. I termini fanatico e fanatismo non sono un'invenzione del Terzo Reich, che ne ha solo modificato il valore e li ha usati in un solo giorno con più frequenza di quanto non abbiano fatto altre epoche nel corso degli anni. Il Terzo Reich ha coniato pochissimi termini nuovi, forse verosimilmente addirittura nessuno. La lingua nazista in molti casi si rifà a una lingua straniera, per il resto quasi sempre al tedesco prehitleriano; però muta il valore delle parole e la loro frequenza, trasforma in patrimonio comune ciò che prima apparteneva a un singolo o a un gruppuscolo, requisisce per il partito ciò che era patrimonio comune e in complesso impregna del suo veleno parole, gruppi di parole e struttura delle frasi, asservisce la lingua al suo spaventoso sistema, strappa alla lingua il suo mezzo di propaganda più efficace, più pubblico e più segreto»*. Cfr V. KLEMPERER, *LTI - La lingua del Terzo Reich - Taccuino di un filologo*, traduzione di Paola Buscaglione Candela, Giuntina, 1998. Con ciò s'intende ipotizzare come l'egemonia culturale dominante in una certa fase storica tenda a diffondere un determinato linguaggio, nel nostro caso giuridico, proprio del sistema di valori di riferimento. La trasformazione del *nomen iuris*, poi, nel corso del tempo, produce mutamenti sul punto di vista da cui si osserva il bene oggetto di tutela, mutando, dunque, l'interpretazione delle norme positive esistenti, la produzione normativa e l'applicazione amministrativa, in un perenne processo di sussunzione del linguaggio giuridico al mercato di matrice neoliberale di cui è difficile coglierne la portata. Per un approfondimento di più ampia portata si rinvia a A. FUMAGALLI, *Economia politica del comune, sfruttamento e sussunzione nel capitalismo bio-cognitivo*, Roma, DeriveApprodi, 2017.

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics
Vol. XVI