Vol. XVII

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, Universität 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; Giuseppina Lofaro; 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 Grüner, 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 Universität 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

Massimiliano Bellavista, La trattazione nella procedura amministrativa: un confronto fra il modello italiano, quello austriaco e quello spagnolo..... 1

Antonio Cassatella, Il dovere motivazione: un perenne declinare?..... 33

Alberto Zito, La partecipazione ai processi decisionali dei pubblici poteri e il suo "stato di salute" nell'attuale evoluzione del sistema politico e giuridico 65

Luis Medina Alcoz, La cultura del procedimento amministrativo: origini e ragioni di fondo..... 97

Andrea Carbone, La domanda procedimentale e l'avvio del procedimento..... 147

Angela Ferrari Zumbini, Le radici e la diffusione della legge austriaca sul procedimento amministrativo del 1925: due legal transfers dimenticati..... 187

Flaminia Aperio Bella, Il ruolo delle garanzie procedurali a un secolo dalla codificazione austriaca: sfide attuali nel prisma delle Autorità amministrative indipendenti..... 217

SEZIONE II

Luis Miguez Macho, las políticas contra la despoblación del medio rural en España. Una revisión desde el derecho administrativo..... 251

David Mongoin, Il diritto governativo..... 271

Christophe Testard, Alcune restrizioni giurisprudenziali al diritto di accesso ai documenti amministrativi..... 297

SEZIONE III

Andrea Carbone, Potere e situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo..... 307

Gerolamo Taccogna, Comunicazione politica: riflessi su democrazia ed amministrazione pubblica..... 391

Alice De Nuccio, Alcune riflessioni sull'organizzazione amministrativa in dialogo con l'opera di Mario Nigro..... 429

Donato Vese, La tutela del risparmio tra interesse pubblico e protezione della persona nell'ordinamento bancario europeo..... 471

Costanza Nicolosi, Considerazioni (di costituzionalità e di effettività) sul divario inter-regionale in ambito sanitario e la "promessa" di superarlo attraverso la telemedicina..... 501

Giovanni D'Elia, Regolare la rigenerazione rurale: Il caso Xylella..... 541

Lia Coluzzi, L'autovincolo nella scelta amministrativa. Premesse allo studio di una ricostruzione della funzione amministrativa come procedura..... 583

Ida Raimo, Lo scorporo dei costi della manodopera: ribasso diretto o indiretto?..... 627

Sveva Bocchini, L'amministrazione condivisa degli immobili sottratti alla criminalità organizzata..... 657

Chiara Castaldo, Profili di diritto pubblico della rinuncia alla proprietà immobiliare..... 689

Federica Castellano, Il bilanciamento tra tutela dell' ambiente e del paesaggio alla prova della transizione energetica..... 723

SEZIONE IV

Luca R. Perfetti, Lo Stato parallelo..... 743

Reinhold Jareztky, Rezension „Kulturpolitik gegen den Strich | Cultural Policy against the Grain" (Reinhold Jaretzky)..... 759

Biagio G. Di Mauro, Resoconto Convegno «V incontro giovani studiosi - Persona e Amministrazione. Itinerari di diritto amministrativo»..... 767

Andrea Carbone, Riflessioni introduttive su metodo e potere giuridico nel diritto pubblico..... 775

RAGIONI DI UN'EVOLUZIONE.

PENSIERO, CONFRONTO, LIBERTÀ, PROGETTO.

1. La volontà di evolvere.

Giunta al XVII volume, PA Persona e Amministrazione, prosegue la sua evoluzione. Un'evoluzione che è principalmente il frutto dell'attenzione dei lettori, del pregio dei contributi che gli autori le hanno offerto, del lavoro di confronto continuo della direzione della Rivista e di lunga programmazione delle sezioni monografiche.

Un'evoluzione che si manifesta in parte in questo volume, per compiersi nel volume XVIII – senza smettere di rivedere modelli e loro attuazioni anche in futuro.

2. La necessità di continuare ad evolvere. I probabili sviluppi della ricerca giuridica e la centralità delle sezioni monografiche.

PA Persona e Amministrazione, sente il bisogno non solo di proseguire il cammino come rivista intensamente pensata e programmata con tempi lunghi di riflessione e preparazione. Ma di renderlo ancora più impegnato. Non è difficile

comprendere, infatti, che con l'evoluzione dei sistemi di intelligenza artificiale e la rapidità dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, alcuni strumenti diverranno inutili ovvero obsoleti.

Saggi molto documentati, completi ma solamente ricognitivi, senza un forte taglio critico e ricostruttivo, finiranno per essere semplicemente inutili. Sistemi di intelligenza artificiale alimentati da fonti affidabili e serie saranno in grado di produrre risultati analoghi (se non migliori).

Le riviste che ospitano massicciamente lavori ricognitivi – e la stessa esplosione di studi con queste caratteristiche dovuta alle valutazioni sempre più quantitative e meno qualitative per la selezione dei professori nell'università italiana – finiranno per divenire inattuali come questa categoria di saggi.

Anche per questo, una rivista volutamente molto pensata, preparata ed accompagnata da discussioni interne, seminari tra gli autori (in preparazione delle sezioni monografiche) e convegni pubblici, ha bisogno di proseguire il cammino lungo la direzione radicale dell'essere solo una rivista di idee, proposte, contributi originali.

La sezione monografica di ciascun volume, quindi, resta l'asse portante di PA Persona e Amministrazione. Tuttavia, viene programmata ancora con maggiore anticipo, ordinariamente preceduta da discussioni nella direzione e da seminari tra gli autori (e, talvolta, come avvenuto per il volume XVI, accompagnata dalla generosità di maestri che partecipano alle discussioni e rileggono i saggi, pur senza comparire con scritti o osservazioni). In altri termini, avvertiamo la necessità che le sezioni monografiche si presentino come prodotti di ricerca e dibattito che possono ambire non solo a parlare alla comunità scientifica tutta intera, ma sorreggere il percorso di crescita di nuove generazioni di studiosi e durare per più

dello spazio di un mattino.

In questa prospettiva, le sezioni monografiche sono programmate con quasi un anno di anticipo, per dare tempo alle riflessioni di svilupparsi, confrontarsi, evolvere nel dibattito.

3. Altri sguardi. Due nuove sezioni della Rivista.

Uno dei principali punti di forza di PA Persona e Amministrazione è quello del confronto tra opinioni diverse, del plurale come declinazione necessaria delle prospettive e degli sguardi.

Le ispirazioni e culture giuridiche dei componenti la direzione sono volutamente differenti. È nel cuore della rivista che si sviluppa il confronto, metodo di lavoro, disciplina di libertà, collante di una comunità di studiosi che è tanto più compatta quanto più sincera nelle differenze.

Proprio questo secondo profilo caratterizzante la Rivista ci ha invitato ad introdurre due nuove sezioni.

3.1. La prima è dedicata a contributi di diritto pubblico di studiosi stranieri (non di rado maestri), richiesti agli autori dalla direzione della Rivista.

Stante anche il rilievo dei suoi *ranking* internazionali, la Rivista ha spesso ricevuto (e, se adeguati e con referaggi favorevoli, pubblicato) lavori di studiosi stranieri. Tuttavia, si trattava di lavori cui la direzione non aveva pensato, né prevedibili quanto al loro flusso, interesse, qualità.

A partire da questo volume XVII, invece, la Rivista contiene una nuova sezione, destinata ad ospitare saggi di studiosi stranieri (in questo volume europei) che la direzione ha desiderato e richiesto.

Non si tratta solo di ricevere spontaneamente contributi dall'estero, ma di

ricercare dialoghi, far pervenire alla Rivista il portato di relazioni di ricerca e scambi già in atto da tempo, diffondere la Rivista presso lettori stranieri che, collaborando, trarranno stimolo a seguirne lo sviluppo.

Si tratta di studi che potranno essere pubblicati in traduzione in italiano – a favore di una maggiore disseminazione nella comunità scientifica – oppure in lingua originale, a seconda dell'accordo raggiunto con l'autore.

3.2. La seconda, che si avvierà con il prossimo volume XVIII, muove un passo ancora più radicale, ma in linea con la tradizione della Rivista.

Fin dalla sua fondazione, la Rivista non ha istituito un comitato scientifico – come ordinariamente accade – quanto, piuttosto, una "consulta scientifica", composta da studiosi eminenti, nessuno dei quali di estrazione giuridica.

Si trattava e si tratta di voler assolvere al proprio còmpito di intellettuali attraverso il confronto tra sistemi di comprensione della realtà, visioni del mondo, prospettive di conoscenza. Quella scelta era la manifestazione della consapevolezza di disporre di un metodo di indagine, uno dei possibili, arido senza il confronto con gli altri.

Da quella idea iniziale, nasce una nuova sezione, nella quale lo sguardo è radicalmente altro perché non giuridico. Non si tratterà di ospitare – come nella nuova sezione di cui s'è appena detto – giuristi che operano in ordinamenti diversi, ma sguardi sul potere pubblico di non giuristi.

Il potere pubblico si esprime colpendo una molteplicità di dimensioni della vita. Arte, economia, archeologia, politica, salute, ambiente, letteratura, e molte altre espressioni dell'umano incontrano il potere pubblico, ne subiscono l'influenza e producono visioni.

Di queste il giurista si interessa strumentalmente, in quanto sottostante del

ragionamento in diritto.

Questa sezione intende rovesciare la prospettiva ed osservare il potere pubblico con lo sguardo e il metodo di sistemi di conoscenza e analisi diversi dal diritto.

Non si tratta, quindi, di conoscere meglio il dato non giuridico sottostante lo studio del diritto pubblico, ma di accogliere prospettive, metodi, sistemi di conoscenza, problemi relativi allo stesso oggetto del diritto pubblico (la pretesa alla piena realizzazione della propria vita, attraverso i diritti e le libertà, ed il potere pubblico che regola, sviluppa, comprime, frustra).

4. Discussioni non effimere. L'espansione della sezione dibattiti

La Rivista ha più volte ospitato dibattiti. Lo schema è quello di un saggio originale – presentato con anticipo – nel quale si propongono idee, sul quale, nello stesso fascicolo ed in immediata contiguità, si pubblicano le opinioni di *discussant* selezionati in ragione della competenza sullo stesso tema trattato dal saggio.

Si tratta di un modello che difetta in rapidità, perché i saggi profondi ed argomentati richiedono tempi di gestazione non sempre prevedibili e proprio queste caratteristiche, la discussione che ne facciano altri studiosi non si presta ad una veloce elaborazione e stesura.

È, invece, sempre più frequente la creazione – *aux côtés* di riviste importanti – di strumenti di discussione immediata (sul modello dei blog). Certamente si tratta di esperienze molto interessanti e fruttuose. Il cui rischio, però, è quello di inseguire eccessivamente l'attualità o di ospitare opinioni meno pensate.

È chiaro che nessun modello è perfetto. Sono evidenti i difetti di quello

scelto da PA Persona e Amministrazione, che si sottrae alla discussione d'attualità immediata, essendo ad essa del tutto inadatto.

Tuttavia, anche per ragione del fatto che sono disponibili esperienze certamente positive di blog di frequente alimentazione e veloce consultazione, di PA Persona e Amministrazione prosegue con il suo modello ed, anzi, lo potenzia, prevedendo che la sezione dedicata al dibattito su saggi originali su questioni critiche divenga usuale in tutti i volumi e non solo nel secondo dell'anno come in passato.

Con un'avvertenza. Come in passato, questa sezione sarà solo tendenzialmente presente in tutti i volumi. Infatti, come già osservato, pensare, elaborare e scrivere un saggio davvero innovativo, che colpisca questioni critiche e susciti dibattito è attività rischiosa; la si può solo programmare, senza certezza di risultato. L'autore può dubitare dei contenuti che aveva in animo di proporre, volerli rimeditare o modificare, quando non rinunziare al progetto. Poiché i saggi sui quali si discuterà nello stesso volume debbono essere consegnati ai *discussant* con adeguato anticipo, per poter pensare e scrivere le proprie opinioni – consenzienti o dissenzienti che siano – ed osservazioni, non si può avere certezza di disporne secondo i tempi di pubblicazione del volume.

5. Far crescere generazioni.

Non è destinata a mutare – semmai solo a cambiare di numerazione – la sezione miscellanea, la sola che riceve contributi non programmati e richiesti dalla direzione della Rivista.

In questi anni, pur ospitando anche lavori di studiosi affermati, è stata soprattutto la vetrina di giovani di valore, che hanno riservato alla Rivista i loro stu-

di più impegnati. Si tratta di una linea dalla quale non v'è ragione di deflettere.

6. *Special issues*. Ricerche e contributi monografici.

Quasi in contemporanea con la pubblicazione di questo volume della Rivista, vede la luce la prima *special issue*.

Si tratta di una possibilità che era stata prevista fin dalla fondazione della Rivista e che ancora non aveva avuto attuazione.

Si tratta di volumi con numerazione autonoma, destinati ad ospitare il risultato di ricerche a più voci o contributi monografici. Salvo eccezioni espressamente segnalate, saranno volumi soggetti a doppio referaggio cieco – come proprio della Rivista – e comunque dedicati ad un tema specifico.

Siamo particolarmente felici della pubblicazione di questo primo volume, frutto di una ricerca internazionale che si è distesa per molti mesi e che offre uno sguardo approfondito ed inedito sulla disciplina di diritto pubblico dell'economia di Paesi in grande parte sconosciuti al dibattito giuridico nazionale.

Altri progetti – nazionali e, di nuovo, internazionali – sono già in gestazione e questa collana di volumi arricchisce gli strumenti e i contenuti della Rivista in modo certamente importante.

7. Continuare.

Si tratta di evoluzione lungamente pensate e preparate, che vedono la luce nel volume XVII solo in parte e che, tuttavia, sembrava necessario spiegare unitariamente perché così sono emerse nel dibattito della direzione.

Sono le linee evolutive di oggi. Tutt'altro che definitive. Sperimentandole potremmo convincerci che vadano mutate, arricchite o anche abbandonate. Ma

evolvere è proprio della ricerca. E la Rivista intende continuare ad essere, primariamente, uno strumento di ricerca.

Luca R Perfetti

SEZIONE I

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

Massimiliano Bellavista
Professore associato presso il DISPI dell'Università di Siena
massimiliano.bellavista@unisi.it

La trattazione nella procedura amministrativa: un confronto fra il modello italiano, quello austriaco e quello spagnolo

The Hearing Phase in Administrative Procedure: A Comparative Analysis of the Italian, Austrian, and Spanish Models

Sintesi

Nel saggio si indaga la possibilità di traslare, nell'ambito del diritto amministrativo sostanziale procedurale, categorie tradizionalmente proprie della giurisdizione, con particolare riguardo alla nozione di *trattazione*. Muovendo dalla "circolarità" della categoria *processo*, l'analisi distingue tra processo come concetto, come categoria e come modello, mostrando come la processualità possa oltrepassare l'ambito giurisdizionale e funzionare quale forma generale della decisione giuridica. Su questa base, il procedimento amministrativo a domanda di parte viene ricostruito come processo sostanziale, nel quale la trattazione non si esaurisce nell'istruzione, ma struttura il confronto e concorre alla delimitazione progressiva dell'oggetto della decisione. Si analizza la formazione progressiva del *thema disputandum*, del *thema probandum* e, per il loro tramite, del *thema decidendum*, mettendo in luce il ruolo della domanda nella definizione originaria dell'oggetto e l'incidenza della partecipazione delle parti interessate sulla sua rimodulazione. Ne deriva che la progressività non può tradursi in indeterminatezza permanente: la stabilizzazione dell'oggetto presuppone regole di concentrazione e preclusione. In tale prospettiva, si individua una tipologia delle preclusioni (costitutive e funzionali nel silenzio; istruttorie nelle scansioni interne; partecipative nella fase dialettica) e se ne verifica l'operatività nei modelli italiano, spagnolo e austriaco. Particolare attenzione è dedicata, nel sistema italiano, all'art. 10-bis l. 241/1990, letto come meccanismo di non contestazione procedimentale: la contestazione dei motivi ostativi vincola definitivamente l'amministrazione, mentre l'inerzia della parte interessata produ-

ce effetti sul piano sostanziale interno, senza precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale. La comparazione mostra che la diversa tecnica normativa (più sintetica in Italia, più formalizzata in Spagna e Austria) non incide sulla funzione ordinante della trattazione, ma ne modula il grado di visibilità e la rigidità delle soglie di chiusura. Ne consegue una ricostruzione della trattazione quale dimensione strutturale del procedimento, necessaria a garantire la razionalità del processo sostanziale e la definizione del regolamento concreto di interessi.

Abstract

The essay analyzes the gradual formation of the *thema disputandum*, the *thema probandum*, and—through them—the *thema decidendum*, highlighting the role of the application in defining the original scope of the proceeding and the impact of the participation of interested parties on its subsequent reshaping. It follows that gradual development cannot amount to permanent indeterminacy: the stabilization of the object presupposes rules of concentration and preclusion. From this perspective, a typology of preclusions is identified—constitutive and functional in cases of administrative silence; evidentiary in internal procedural stages; participatory in the dialectical phase—and its operation is tested in the Italian, Spanish, and Austrian systems. Particular attention is devoted, within the Italian framework, to Article 10-bis of Law No. 241/1990, interpreted as a mechanism of procedural non-contestation: the communication of adverse grounds definitively binds the administration, while the inertia of the interested party produces effects at the internal substantive level, without precluding access to judicial review. The comparative analysis shows that differences in legislative technique(more synthetic in Italy, more formalized in Spain and Austria) do not affect the ordering function of *trattazione*, but rather modulate its degree of visibility and the rigidity of its closing thresholds. The essay thus reconstructs *trattazione* as a structural dimension of administrative proceedings, necessary to ensure the rationality of the substantive process and the definition of the concrete regulation of interests.

Parole chiave: procedura amministrativa; trattazione; concentrazione; preclusioni; decisione.
Keywords: Administrative Procedure; Hearing phase; Concentration; Preclusion; Decision.

INDICE: 1. Premessa: sulla possibilità di identificare il momento di trattazione nell'ambito de procedimento amministrativo – 2. La trattazione nella formazione del *thema disputandum* e del *thema decidendum*. – 3. La trattazione nella formazione del *thema probandum* – 4. Prime considerazioni di sintesi – 5. 5. La disciplina della trattazione attraverso le categorie di *concentrazione* e di *preclusione* – 6. La concentrazione della trattazione nei modelli presi in considerazione – 7. Ulteriori considerazioni di sintesi – 8. Le preclusioni con riguardo al silenzio significativo – 9. Le preclusioni con riguardo all'obbligo di contestazione – 10. Conclusioni.

1. Premessa: sulla possibilità di identificare il momento di trattazione nell'ambito de procedimento amministrativo

Nel momento in cui ci si propone di discutere, nell'ambito del diritto amministrativo sostanziale procedurale di concetti, come quello di *trattazione*[1], propri della giurisdizione, è necessario porsi la domanda essi possano oppure no essere traslati, e a quali condizioni, nell'amministrazione per il tramite della circolarità della categoria *processo*.

Si può discutere se col lemma processo funzionalmente (ovvero oltre l'ambito delle accezioni della parola) si possa indicare solo un concetto oppure, anche, una categoria.

Se per *concetto* s'intende una rappresentazione mentale che coglie le caratteristiche essenziali di qualcosa, con lo scopo di classificare e comunicare l'oggetto della rappresentazione; e per *categoria* s'intende un concetto di massimo grado di generalità che non serve solo a fini classificatori, ma il cui scopo è quello di strutturare sia l'esperienza sia il pensiero stesso, la risposta al quesito risulta essere agevole.

Il processo, pertanto, può essere tanto un concetto, quanto una categoria; la differenza risiede nel ruolo che esso recita all'interno di una determinata narrazione.

Se questa è orientata a rendere pensabile la realtà ossia a stabilire le condizioni di intellegibilità di determinati fenomeni giuridici, il *processo* deve essere inteso come una *categoria*[2]. Se, invece, la stessa è disposta descrivere e definire un fenomeno, il *processo* assume il ruolo di *concetto*.

---

1 Sul concetto di trattazioe nel processo civile, si veda per tutti, S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova Cedam, 2000, p. 300 ss.

2 Sul processo come categoria generale che va oltre il margine della giurisdizione si veda per tutti E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, Cedam, 1996, p. 70 ss.

Oltre ciò, là dove siffatto lemma sia frutto di un'elaborazione teorica semplificata, con il solo scopo di spiegare e prevedere il funzionamento di una parte della realtà giuridica, esso è un *modello*.

Per essere maggiormente chiari: la categoria e il concetto dominano il piano delle astrazioni, mentre il modello è proprio di quello empirico. In questo senso, la dottrina processualcivilistica, già nel secolo scorso, ha dimostrato, in maniera difficilmente contestabile, che il processo può essere inteso, sia come concetto sia come categoria (sul piano astratto) e sia come modello (su quello empirico[3]).

Se, però, tale parola in senso giuridico assume il ruolo di categoria (ma anche quello di modello, a livello empirico), la qualcosa dimostra che il processo nella suddetta veste (o nelle suesposte vesti) travalica lo storico ambito della giurisdizione, per abbracciare, pure, quello dell'amministrazione[4].

Si può infatti discutere se il processo, funzionalmente considerato – ossia oltre le sedimentazioni storiche e le accezioni descrittive del termine – designi un concetto ovvero una categoria. Se per concetto deve intendersi una rappresentazione che consente di classificare e definire un determinato istituto, per categoria deve intendersi un concetto di massimo grado di generalità, idoneo non soltanto a descrivere la realtà, ma a strutturarla, ponendosi quale condizione di intelligibilità di una pluralità di fenomeni giuridici. Ove poi tale elaborazione venga utilizzata per spiegare il funzionamento concreto di un determinato assetto normativo, essa assume il ruolo di modello, collocandosi sul piano empirico.

---

3 Cfr. E. Fazzalari, *Ibidem*.

4 Cfr. G. Berti, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, pp. 80 ss.; Id., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 779 ss.; G. Pastori, *Introduzione*, in *La procedura amministrativa*, Milano, Neri Pozza, 1964, p. 95 ss.; L.R. Perfetti, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss.; M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 ss.; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo* – convenzionale, Torino, Giappichelli, 2016, p. 34 ss.; F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 31 ss.; M. Bellavista, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss. (e bibliogravia ivi citata); Id., *Il rito sostanziale ammiistrativo*, Padova, Cedam, 2012.

In questa prospettiva, la dottrina ha da tempo evidenziato che la processualità non si esaurisce nella dimensione giurisdizionale, potendo assumere il significato di forma generale della decisione giuridica. Non è questa la sede per ripercorrere analiticamente tale dibattito, già ampiamente sviluppato; ciò che qui interessa è verificare se, sul piano della disciplina positiva del procedimento amministrativo, sia dato rinvenire una struttura di trattazione riconducibile, in senso categoriale, al paradigma processuale.

La questione assume rilievo sistematico se si considera che l'esercizio della funzione amministrativa non si risolve nell'applicazione meccanica di un interesse pubblico previamente determinato in astratto, ma implica la formazione, attraverso il procedimento, di un regolamento concreto di interessi. Se così è, occorre domandarsi se tale formazione non presupponga, a sua volta, regole di trattazione, di delimitazione dell'oggetto della decisione e di selezione dei fatti rilevanti, analoghe – pur nella diversità strutturale tra amministrazione e giurisdizione – a quelle che connotano il processo.

Se, tuttavia, il processo non è soltanto concetto descrittivo né mera categoria astratta, ma anche modello idoneo a spiegare il funzionamento concreto di determinate strutture decisionali, la risposta al quesito iniziale deve ritenersi affermativa.

In tale prospettiva, non solo la categoria del processo, ma anche l'istituto della trattazione – e non quello, più ristretto, della semplice istruzione – può essere utilmente applicato al procedimento amministrativo. La nozione di istruzione, infatti, evoca una fase meramente acquisitiva, orientata alla raccolta degli elementi fattuali necessari alla decisione; essa non è in grado di rendere conto di fenomeni procedurali nei quali ciò che viene in rilievo non è soltanto l'accertamento dei fatti, ma la loro delimitazione, contestazione, stabilizzazione e valutazione dialettica.

Proprio sotto questo profilo si rivela l'insufficienza della categoria dell'istruzione a spiegare istituti che trovano fondamento nel principio del giusto procedimento, primo fra tutti il contraddittorio. Quest'ultimo non si esaurisce in un momento collaborativo o informativo, ma presuppone una struttura di confronto che incide sull'oggetto della decisione e sui fatti rilevanti, contribuendo alla formazione del regolamento concreto di interessi.

Se così è, la trattazione non costituisce un elemento accidentale o meramente descrittivo del procedimento, bensì una dimensione strutturale della funzione amministrativa, la cui rilevanza emerge ogniqualvolta l'attività decisoria si articoli secondo regole di partecipazione, delimitazione e composizione degli interessi coinvolti.

Occorre, tuttavia, introdurre una distinzione ulteriore. La trattazione può presentarsi in forma destrutturata ovvero in forma strutturata: è destrutturata quando l'attività di confronto e di acquisizione degli elementi rilevanti si svolge senza scansioni rigide, senza termini preclusivi e senza un ordine normativamente imposto nella delimitazione progressiva dell'oggetto della decisione: è, invece, strutturata quando essa è organizzata secondo principi di concentrazione e di preclusione, ossia quando l'ordinamento impone momenti determinati entro i quali le parti devono introdurre deduzioni, fatti e osservazioni, stabilizzando progressivamente il contenuto della decisione finale.

La distinzione non è meramente descrittiva, ma assume rilievo sistematico. Nei modelli di procedimento amministrativo austriaco[5] e spagnolo[6], la trattazio-

5 Sul procedimeto austriaco, si veda A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimeto amministrativo: il modello austriaco*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; Id., *le radici e la diffusione della legge austriaca sul procedimento amministrativo del 1925: due legal transfers dimenticati*, in questo numero della rivista; E. Schulev Steindl, *Verwaltungsverfaharen*, VI Auf., Wien, Verlag, 2018, p. 55 ss.; D. Kolonovits, G. Muzak, K. Stöger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, XI Auf., Wien, Manz, 2019; R. Walter, R. Thienel, *Verwaltungsverfaharen*, Wien, Manz, 2004, p. 40 ss.; K. Ringhofer, *Die österreichicbhishen Verwaltungsverfaharengesetze*, Wien, Manz, 1978, p. 25 ss.

6 Sul procedimento spagnolo, si veda L. Medina Alcoz, *La cultura del procedimento amministrativo: origini e ragioni di fondo*, in questo numero della rivista, ove l'autore dimostra che, già prima della costruzione giurisprudenziale del procedimento amministrativo austriaca (avvenuta nell'ultimo ventennio del secolo diciannovesimo), in Spagna non solo si studiava e si ricostruiva concettualmente la procedura amministrativa (senza particolari forme di preecomprensione, date da errate e sovrabbondanti costruzioni del principio della separazione dei poteri: su questo tema si veda M. Bellavista, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, nel secondo numero di questa rivista del 2018, p. 47 ss.), ma si provvedeva a disciplinarla normativamente. Per un inquadramento storico completo, si veda dello stesso autore *Historia del Derecho Administrativo Español*, Madrid, Marcial Pons, 2022; E. Garcia de Enterria, T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, XIV ed., v. II, Thomson Reuters, 2015, p. 444 ss.; AA. VV., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Juridico Básico del Sector público*, t. I e II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; 17III ed., v. II, Madrid, Iustel, 2015, p. 25 ss.

ne si presenta in forma esplicitamente strutturata: la disciplina positiva prevede regole analitiche in ordine alla fase istruttoria, ai mezzi di prova, ai termini e agli effetti preclusivi della loro inosservanza; delineando con chiarezza il progressivo consolidarsi dell'oggetto della decisione.

Il modello italiano, per contro, appare a prima vista caratterizzato da una trattazione destrutturata, perché meno dettagliatamente regolata sotto il profilo probatorio e preclusivo.

Tuttavia, tale impressione è solo parziale: più che destrutturata, la trattazione nel sistema della legge n. 241 del 1990 risulta meno analiticamente disciplinata, ma non per questo priva di regole di concentrazione e di stabilizzazione.

2. La trattazione nella formazione del *thema disputandum* e del *thema decidendum*.

Se si circoscrive l'analisi ai procedimenti avviati a domanda della parte interessata, occorre anzitutto chiarire che, nonostante la legge n. 241 del 1990 utilizzi talora i lemmi "istanza" e "domanda" in modo non sempre rigorosamente differenziato (si pensi agli artt. 2 e 10*bis*), l'oggetto del procedimento è in realtà definito dalla domanda[7]; è la parte interessata che determina il contenuto dell'intervento richiesto e, dunque, il perimetro originario del *thema disputandum*.

L'amministrazione è tenuta a pronunciarsi sull'intera domanda; non può omettere di considerare un segmento di essa, né può pronunciarsi su oggetti che ne siano estranei; opera, anche in sede procedimentale, un principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, che trova il proprio fondamento non in un meccanico trapianto del modello processuale, ma nella struttura stessa del procedimento a iniziativa di parte.

Il *thema disputandum*, tuttavia, non è immutabile; esso può essere modificato, ampliato o ridefinito solo per effetto dell'ingresso di ulteriori parti interessate. Ciò accade, in primo luogo, con riguardo ai controinteressati qualificati destinatari della comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7; ma può accadere anche in relazione ai soggetti che intervengono volontariamente ai sensi

7 Questo punto è chiarito in maniera completa, per non dire definitiva, da A. Carbone, *La domanda procedimentale e l'avvio del procedimento*, in questo numero della rivista.

dell'art. 9[8].

Questi ultimi, una volta costituitisi mediante memoria scritta, non sono meri partecipanti; essi assumono la qualità di parti interessate a tutti gli effetti, esercitando i medesimi poteri procedimentali riconosciuti dall'art. 10 alle altre parti. Ne consegue che l'amministrazione non può unilateralmente alterare l'oggetto del procedimento; può, invece, essere chiamata a rimodularlo alla luce delle deduzioni e delle allegazioni provenienti dalle parti interessate.

Diverso è il profilo del *thema decidendum*; esso non coincide automaticamente con la domanda, né si esaurisce nella mera sommatoria delle posizioni fatte valere; esso si consolida all'esito della trattazione.

In tale prospettiva, l'art. 10*bis* svolge un ruolo centrale; da un lato, delimita l'ambito della decisione ai motivi ostativi comunicati, stabilizzando il perimetro della possibile reiezione, dall'altro, può condurre a un ampliamento del quadro valutativo attraverso le memorie della parte interessata.

Resta, tuttavia, un punto delicato, come: qualora dalle memorie emergano ulteriori profili ostativi, la legge non impone un ulteriore momento di contraddittorio; ciò non significa che, in ogni caso, il procedimento possa passare automaticamente in decisione.

Nel caso in cui i muovi motivi ostativi non siano, in qualche modo, riconducibili a quelli contenuti nella comunicazione (o desumibili da essi), pur nel silenzio della norma, si ritiene che l'amministrazione sia tenuta alla comunicazione degli ulteriori motivi ostativi[9], come si vedrà più avanti nel paragrafo nove.

Dalle osservazioni fatte, risulta una trattazione concentrata e non indefinitamente reiterabile; il *thema disputandum* è delineato dalle parti interessate, mentre il *thema decidendum* è fissato all'esito del percorso dialettico consentito dall'ordinamento.

In tal modo, la struttura del procedimento a domanda di parte rivela una dinamica che, pur nella sinteticità della disciplina italiana rispetto a quella au-

8 Sull'intervento di terzi nella procedura amministrativa, si veda da ultimo E. Romano, *L'intervento del privato nel procedimento amminnistrativo*, Torino, Giappichelli, 2023.

9 Peraltro, ciò lo si desume, pure dalle osservazioni contenute in A. Carbone, *Considerazioni su preavviso di rigetto e preclusioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2, 2024, p. 443, nota 16.

striaca e spagnola, consente di individuare regole di delimitazione progressiva dell'oggetto della decisione; la diversa tecnica normativa non esclude, ma semplicemente modula, la presenza di una trattazione strutturata.

Nel sistema della legge n. 241 del 1990 la trattazione si presenta come tendenzialmente scritta; salvo ipotesi particolari (si pensi ai procedimenti sanzionatori, nei quali è prevista l'audizione dell'interessato; oppure alle audizioni disposte dal responsabile del procedimento ai sensi dell'art. 11, comma 1*bis*, al fine di favorire la definizione della procedura mediante accordi) il confronto tra le parti interessate e l'amministrazione si svolge prevalentemente attraverso il deposito di memorie e documenti.

Gli artt. 10 e 10*bis* configurano un dialogo che si articola in forma scritta: le parti interessate possono presentare memorie e documenti; l'amministrazione è tenuta a valutarli; la comunicazione dei motivi ostativi avviene per iscritto; la replica si svolge, di regola, mediante ulteriori deduzioni scritte.

Ciò non significa che non esistano forme di trattazione orale, anche informali, derivanti dai contatti tra il responsabile del procedimento e le parti interessate; tali interlocuzioni, pur non tipizzate in modo analitico dalla legge, possono incidere in modo significativo sulla definizione dell'assetto degli interessi. Esse, tuttavia, non alterano la struttura prevalentemente scritta del modello generale.

Diversa è la tecnica adottata dall'ordinamento austriaco, ma non da quello spagnolo; l'AVG contempla espressamente la possibilità – e in taluni casi la necessità – di una *mündliche Verhandlung*, ossia di una trattazione orale (§§ 40 e ss. AVG)[10], nella quale le parti possono esporre le proprie ragioni in contraddittorio diretto.

Diversamente, la Ley 39/2015 disciplina il *trámite de audiencia* (art. 82)[11], che configura un momento di confronto esclusivamente cartolare.

In tali modelli la trattazione è strutturata in modo più analitico, anche sotto il profilo delle sue forme; l'oralità o la scrittura non sono mere eventualità, ma elemento tipizzato del procedimento.

---

10 Cfr. D. Kolonovits, G. Muzak, K. Stöger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., p. 173 ss.; R. Walter, R. Thienel, *Verwaltungsverfaharen*, cit., p. 80 s.

11 Cfr. J.A. Tardío Pato, *Alegaciones, Audencia y Partecipación de los Interesados*, in AA. VV, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Juridico Básico del Sector público*, cit., t. II, p. 1554 ss.

Nondimeno, la diversa tecnica normativa non incide sulla funzione della trattazione; essa rimane, in tutti i modelli considerati, lo strumento attraverso il quale si forma e si delimita l'oggetto della decisione.

Nel sistema italiano tale delimitazione avviene prevalentemente attraverso lo scambio scritto; in quello austriaco essa si attua anche mediante momenti di confronto orale formalizzati; in quello spagnolo in forma esclusivamente scritta.

In ogni caso la trattazione assolve alla medesima funzione: contribuire alla definizione progressiva del *thema disputandum* e, per il suo tramite, del *thema decidendum*.

3. La trattazione nella formazione del *thema probandum*

Se la trattazione contribuisce alla delimitazione progressiva del *thema disputandum* e, per il suo tramite, del *thema decidendum*, essa svolge altresì una funzione essenziale nella formazione del *thema probandum*, la quale si presenta, per sua natura, progressiva.

Il materiale fattuale rilevante ai fini della decisione non è definito in modo statico al momento della proposizione della domanda, ma si costruisce gradualmente nel corso dell'istruttoria, attraverso un processo continuo di allegazione, acquisizione e verifica.

Nel procedimento a domanda di parte, la formazione iniziale del *thema probandum* è connessa alle allegazioni contenute nella domanda, che individuano i fatti costitutivi della pretesa.

Tuttavia, la trattazione consente alle parti interessate, in base a un principio dispositivo attenuato, non soltanto di produrre documenti, ma anche di sollecitare l'esercizio di attività istruttorie ulteriori da parte del responsabile del procedimento, prospettando l'opportunità di esperire mezzi di prova diversi da quelli meramente documentali.

Le memorie e i documenti presentati ai sensi dell'art. 10 e le deduzioni svolte in risposta alla comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10 *bis* possono incidere direttamente sulla configurazione del quadro fattuale, introducendo elementi nuovi o contestando quelli già acquisiti.

Il responsabile del procedimento, dal canto suo, non è vincolato alle sole iniziative delle parti. Oltre agli strumenti tipizzati dagli artt. 16 e 17 della legge n.

241 del 1990, egli dispone, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), del potere–dovere di accertare d'ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti necessari a tal fine.

Tale previsione costituisce il fondamento del metodo acquisitivo che caratterizza l'istruttoria amministrativa: l'autorità procedente può acquisire ogni elemento ritenuto utile ai fini dell'accertamento, anche indipendentemente dalle sollecitazioni delle parti interessate.

La formazione della prova non si esaurisce in un momento circoscritto, ma si sviluppa in modo continuo nel corso della trattazione; il *thema probandum* si consolida solo quando l'amministrazione ritenga completo l'accertamento e si avvii alla decisione.

Nei modelli spagnolo e austriaco tale dinamica è resa più esplicita da una disciplina normativa maggiormente strutturata della fase probatoria. La Ley 39/2015 prevede espressamente un *período de prueba* (art. 78), attivabile quando siano necessari accertamenti su fatti rilevanti, sia d'ufficio sia su richiesta della parte interessata.

L'art. 77 riconosce alla parte il potere di proporre mezzi di prova e stabilisce che l'eventuale rigetto debba essere motivato dall'organo istruttore; si configura così un diritto alla prova, ancorché non incondizionato, poiché l'amministrazione può escludere le prove ritenute irrilevanti o superflue con decisione adeguatamente motivata[12].

Nell'ordinamento austriaco, l'AVG disciplina l'assunzione e la valutazione delle prove nei §§ 45–55, mentre il § 39[13] consacra il principio dell'indagine d'ufficio (*Untersuchungsgrundsatz*), in forza del quale l'autorità è tenuta ad accertare i fatti rilevanti con ogni mezzo idoneo. Anche in questo sistema il metodo è acquisitivo: le parti possono proporre mezzi di prova, ma l'autorità conserva la responsabilità primaria dell'accertamento e dirige l'istruttoria entro una cornice normativa tipizzata[14].

---

12 Cfr. C. Barrero Rodríguez, *Las Pruebas*, in *Tratado de Procedimiento Administrativo Común*, cit., pag. 1663 ss.

13 Cfr. R. Walter, R. Thienel, *Verwaltungsverfaharen*, cit., p. 79 ss.

14 Sul procedimento istruttorio, cfr. E. Schulev Steindl, *Verwaltungsverfaharen*, cit., p. 155 ss.

La fase probatoria risulta così formalmente strutturata, pur mantenendo una forte centralità dell'iniziativa dell'autorità procedente.

4. Prime considerazioni di sintesi

A fronte delle considerazioni svolte sulla formazione del *thema probandum*, è possibile formulare alcune osservazioni di sintesi sui tre modelli brevemente analizzati.

Nel sistema italiano la formazione, appunto, del *thema probandum* si sviluppa entro una disciplina sintetica, fondata sul metodo acquisitivo e sulla cooperazione tra parti e amministrazione; negli ordinamenti spagnolo e austriaco, invece, la fase probatoria è oggetto di una regolazione più analitica e formalizzata.

In tutti i modelli considerati, tuttavia, il *thema probandum* non è predeterminato in modo rigido, ma si forma progressivamente nella trattazione, quale risultato dell'interazione tra allegazioni delle parti e attività di accertamento dell'autorità procedente.

La differenza di tecnica normativa non incide, dunque, sulla funzione della trattazione, ma ne modula le forme e il grado di visibilità interna.

Nel sistema italiano il metodo acquisitivo assume una configurazione sintetica: l'art. 6, comma 1, lett. b), attribuisce al responsabile del procedimento il potere–dovere di accertare d'ufficio i fatti, ma non tipizza in modo analitico le modalità di assunzione della prova né scandisce formalmente un periodo probatorio.

La formazione del *thema probandum* resta così affidata a una dinamica fluida e continua, che si sviluppa all'interno della trattazione senza una separazione netta tra fase dialettica e fase probatoria; la progressiva definizione del materiale fattuale si intreccia con quella del *thema disputandum*, in un modello unitario, nel quale la dimensione conoscitiva e quella argomentativa tendono a sovrapporsi.

Nell'ordinamento austriaco, pur permanendo un metodo acquisitivo fondato sull'*Untersuchungsgrundsatz* (§ 39 AVG), la disciplina dei mezzi di prova è regolata in modo dettagliato nei §§ 45–55 AVG: l'assunzione delle prove, l'audizione dei testimoni, il ricorso alle perizie e la valutazione del materiale istruttorio sono normativamente tipizzati.

Il metodo resta acquisitivo, ma si colloca entro una cornice procedurale più strutturata; la formazione del *thema probandum* si svolge anch'essa progressivamente, ma in un contesto che rende maggiormente distinguibili i momenti dell'allegazione, dell'acquisizione e della valutazione della prova.

Il modello spagnolo presenta un ulteriore grado di formalizzazione. La Ley 39/2015 configura un vero e proprio *período de prueba* (art. 78), attivabile quando siano necessari chiarimenti su fatti rilevanti; l'art. 77 riconosce alla parte interessata il potere di proporre mezzi di prova e impone di motivarne l'eventuale rigetto.

La posizione della parte non si esaurisce, pertanto, in una mera sollecitazione dell'attività istruttoria, ma si avvicina a un diritto alla prova, seppure non incondizionato.

Ne risulta un modello probatorio strutturato, nel quale la fase dell'accertamento assume una configurazione segmentata e formalmente individuabile all'interno della trattazione.

La diversa configurazione della fase probatoria conferma, su un piano più generale, la differente densità strutturale della trattazione nei tre ordinamenti considerati.

Nel sistema italiano la minore tipizzazione normativa produce una strutturazione "leggera", nella quale *thema disputandum* e *thema probandum* tendono a formarsi in modo intrecciato e continuo; negli ordinamenti austriaco e spagnolo, la maggiore articolazione normativa rende più visibili e distinguibili i momenti dell'accertamento, senza tuttavia alterare la funzione della trattazione quale sede di formazione progressiva dell'oggetto della decisione.

La comparazione conferma, così, che la struttura del procedimento a domanda di parte non può essere ricondotta a un paradigma uniforme: essa si atteggia secondo diversi gradi di formalizzazione, pur conservando, in tutti i modelli considerati, una medesima logica di delimitazione progressiva dell'oggetto della decisione.

Le considerazioni svolte in ordine alla formazione progressiva del *thema disputandum*, del *thema probandum* e, per il loro tramite, del *thema decidendum* consentono ora di affrontare un ulteriore profilo strutturale della trattazione: quello della concentrazione e delle preclusioni.

Se l'oggetto della decisione non è dato una volta per tutte, ma si forma gradualmente nel corso della trattazione, occorre interrogarsi sulle condizioni che rendono possibile la sua stabilizzazione.

La progressività, infatti, non può tradursi in indeterminatezza permanente: la trattazione, come segmento ordinato del procedimento, è funzionale alla decisione; essa non può restare indefinitamente aperta senza compromettere la stessa possibilità di pervenire a un esito conclusivo.

5. La disciplina della trattazione attraverso le categorie di *concentrazione* e di *preclusione*

Le categorie di concentrazione e di preclusione appartengono tradizionalmente al lessico processuale.

Nel processo, la concentrazione assicura che il contraddittorio si sviluppi entro limiti temporali e funzionali determinati; le preclusioni impediscono l'introduzione tardiva di allegazioni e prove, stabilizzando progressivamente l'oggetto del giudizio.

La loro applicazione al procedimento amministrativo non può tuttavia essere esclusa sulla base di una pretesa radicale differenza tra processo e procedimento; la quale oramai, come si è visto in precedenza cede il passo.

Il procedimento è, anch'esso, un processo, ma un processo sostanziale: una sequenza ordinata di atti diretta alla formazione di una decisione amministrativa.

Esso non coincide con il processo giurisdizionale, poiché non è finalizzato alla composizione di una controversia tra parti poste in posizione paritaria; nondimeno presenta proprie esigenze strutturali, che attengono alla progressione, alla delimitazione e alla chiusura della fase decisoria.

In questa prospettiva, la dottrina ha da tempo enucleato, sia pure in contesti teorici differenti, il concetto di preclusione sostanziale[15], per descrivere quei casi nei quali l'ordinamento, pur non negando in astratto la permanenza del potere amministrativo, ne circoscrive l'esercizio in ragione della stabilizzazione di determinati assetti di interessi.

---

15 Si veda per tutti M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 209 ss.

L'esistenza stessa di preclusioni implica, per necessità logica, un principio di concentrazione: se taluni apporti non sono più ammissibili oltre una determinata fase, significa che il procedimento è strutturato in modo tale da richiedere una progressiva chiusura del confronto.

Tale rilievo consente anche di sottoporre a critica una lettura eccessivamente assolutizzata del principio di inesauribilità del potere amministrativo[16].

L'inesauribilità intesa nel senso di un permanente *esserci* dell'azione amministrativa, rischia di dissolvere ogni esigenza di stabilizzazione e di rendere incompatibile la stessa idea di procedimento strutturato.

Un potere integralmente inesauribile, privo di limiti interni alla sua esplicazione, sarebbe difficilmente conciliabile con l'esigenza di decisione e con la tutela dei diritti di partecipazione e dell'affidamento dei destinatari.

Più correttamente, oggi non ha più senso parlare di inesauribilità, ma ha senso, semmai, di discorrere di permanenza astratta della funzione; intesa, quest'ultima, non come indifferenza dell'ordinamento rispetto ai modi e ai tempi del suo esercizio.

L'ordinamento può riconoscere la persistente titolarità del potere per mezzo della funzione e, al contempo, prevedere preclusioni che ne disciplinino l'esercizio in un determinato contesto procedimentale.

In tal senso, concentrazione e preclusioni costituiscono una condizione di razionalità: esse consentono che il processo sostanziale che conduce alla decisione si chiuda, pur lasciando intatta, nei limiti consentiti, con l'autotutela, la possibilità di esercizio di un potere diverso da quello di primo grado, in presenza dei presupposti normativamente posti.

Da ciò consegue che la trattazione, come segmento ordinato del procedimento, non può essere concepita, come si è sottolineato, come uno spazio indefinitamente aperto.

La progressiva formazione del *thema disputandum* e del *thema probandum* postula, a un certo punto, la stabilizzazione, e tale stabilizzazione presuppone, necessariamente, un sistema di preclusioni.

---

16 Per la completa decostruzione di siffatto pseudoconcetto, si veda M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit.

Concentrazione e preclusioni non sono, dunque, categorie estranee all'attività amministrativa, ma elementi strutturali del processo sostanziale che conduce alla decisione.

6. La concentrazione della trattazione nei modelli presi in considerazione

Nel sistema italiano la concentrazione non si presenta in modo uniforme, ma assume intensità diversa a seconda degli effetti che l'ordinamento collega al decorso dei termini e all'esaurimento delle singole fasi procedimentali.

La concentrazione non coincide con la mera scansione temporale dell'attività amministrativa; essa si misura piuttosto in relazione alla capacità del termine di incidere sulla configurazione dell'assetto sostanziale o di garantire la progressione irreversibile della trattazione.

Con riferimento al termine di conclusione del procedimento, la distinzione tra silenzio significativo e silenzio inadempimento è decisiva.

Col silenzio significativo, il termine ha natura perentoria: allo spirare si produce un effetto legale tipizzato (di accoglimento o di rigetto) che determina la stabilizzazione dell'assetto di interessi.

La concentrazione è qui forte, poiché la chiusura temporale coincide con una chiusura sostanziale del segmento procedimentale; l'eventuale superamento dell'assetto così consolidato richiede l'attivazione di un ulteriore segmento di esercizio del potere nei modi previsti dall'ordinamento.

Diversamente, col silenzio inadempimento il termine non produce alcun effetto sostanziale sull'oggetto della decisione.

L'inerzia dell'amministrazione, com'è noto, non integra una determinazione implicita, ma abilita l'interessato a chiedere l'adempimento, anche mediante l'azione davanti al giudice amministrativo.

In tal caso la concentrazione è debole: il decorso del termine segna una soglia temporale rilevante sul piano delle garanzie, ma non determina la stabilizzazione dell'assetto di interessi.

La differenziazione emerge con maggiore chiarezza anche con riguardo ai termini interni al procedimento.

Per quanto concerne le valutazioni tecniche (art. 17 l. 241/1990), il termine assegnato all'amministrazione competente ha funzione stringente: decorso

inutilmente, l'amministrazione procedente può attivare meccanismi sostitutivi o acquisire la valutazione da altro organo tecnico.

L'istruttoria non può restare indefinitamente sospesa in attesa dell'apporto specialistico; la concentrazione si realizza qui come garanzia della progressione necessaria del procedimento.

In materia di pareri (art. 16 l. 241/1990), la concentrazione assume configurazione differenziata.

Quando si tratta di pareri obbligatori ma non vincolanti, decorso il termine l'amministrazione procedente può prescindere dal parere non reso, evitando la paralisi del procedimento.

La concentrazione opera in senso funzionale: il mancato apporto consultivo non impedisce la prosecuzione della trattazione.

Qualora, invece, il parere attenga alla tutela di interessi sensibili (quali ambiente, paesaggio, beni culturali, salute o pubblica incolumità) l'inerzia dell'amministrazione consultiva non consente una mera prosecuzione automatica, ma impone l'attivazione di meccanismi procedimentali rafforzati che possono essere riconducibili alla disciplina della conferenza di servizi.

In tali ipotesi, la concentrazione non è attenuata, ma ristrutturata: la progressione del procedimento è assicurata attraverso moduli decisionali concentrati e termini perentori per l'espressione delle determinazioni.

Ancora più intensa è la concentrazione che emerge dall'art. 17 *bis*, relativo agli assensi, concerti o nulla osta tra amministrazioni.

Qui il decorso del termine non si limita a consentire la prosecuzione del procedimento, ma determina la formazione legale dell'assenso necessario.

Il silenzio integra direttamente l'elemento mancante della fattispecie e consente la definizione dell'assetto decisionale.

La concentrazione assume, quindi, carattere costitutivo: il termine non è soltanto organizzativo, ma incide direttamente sulla struttura sostanziale della decisione.

Particolarmente significativa, sul piano partecipativo, è la disciplina dell'art. 10*bis*. Il termine assegnato per la presentazione delle osservazioni a seguito della comunicazione dei motivi ostativi delimita temporalmente la fase dialettica; decorso inutilmente, l'amministrazione può procedere alla decisione sulla base del

materiale acquisito.

Anche qui la concentrazione è forte, poiché la trattazione conosce una chiusura funzionale che incide direttamente sulla configurazione dell'oggetto decisionale.

Infine, la conferenza di servizi rappresenta il modello di massima strutturazione della concentrazione nel sistema italiano.

I termini per l'espressione delle determinazioni sono perentori; il silenzio può equivalere ad assenso; il dissenso deve essere manifestato nei modi e nei tempi stabiliti. La trattazione si sviluppa entro una scansione normativa che rende particolarmente intensa la tendenza alla definizione unitaria e, auspicabilmete, tempestiva dell'assetto di interessi coinvolti.

Ne risulta un sistema caratterizzato da una concentrazione graduata. Essa è forte quando il decorso del termine produce effetti legali tipizzati o integra direttamente l'elemento necessario della decisione; è più attenuata quando il termine svolge funzione prevalentemente organizzativa o acceleratoria.

La concentrazione non è, dunque, un dato uniforme del procedimento amministrativo italiano, ma una qualità variabile della sua struttura, modulata in funzione della natura dell'interesse coinvolto e dell'intensità degli effetti che l'ordinamento ricollega al superamento delle diverse fasi.

Nel sistema spagnolo la concentrazione si presenta entro una disciplina fortemente tipizzata. La Ley 39/2015 individua con precisione le fasi del procedimento (iniciación, instrucción, trámite de audiencia, eventuale período de prueba e resolución)[17] e collega a ciascuna di esse termini determinati, rendendo visibile la progressione della trattazione e la sua tendenziale chiusura entro segmenti temporalmente definiti.

Con riguardo al termine massimo per la conclusione del procedimento (art. 21 Ley 39/2015), l'amministrazione è tenuta ad adottare una decisione espressa entro il termine stabilito dalla normativa di settore o, in mancanza, entro tre mesi. Decorso il termine, trova applicazione la disciplina del silenzio amministrativo di cui all'art. 24[18].

---

17 Cfr. J.A., Santamaria Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, cit. p. 46 ss.

18 Sul punto si veda V. Aguado i Cudolà, *La Inactividad de la Administracón*, in AA. VV., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común*, cit., t. I, pag. 1217 ss.

Nei procedimenti avviati su domanda di parte, la regola generale è il silenzio positivo: allo spirare del termine, la domanda si intende accolta, salvo le eccezioni previste dalla legge.

In tali ipotesi la concentrazione è forte, poiché la chiusura temporale coincide con la formazione legale dell'assetto sostanziale.

Quando ricorrono le eccezioni indicate dall'art. 24 (in particolare nei casi in cui l'accoglimento comporterebbe il trasferimento di poteri pubblici o inciderebbe su interessi generali o sensibili) il silenzio produce effetto negativo.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 24, tuttavia, tale silenzio ha valore di atto informale esclusivamente al fine di consentire l'esperimento dei rimedi amministrativi o giurisdizionali e non esonera l'amministrazione dall'obbligo di adottare una decisione espressa.

Il silenzio negativo non determina, dunque, una stabilizzazione sostanziale dell'oggetto, ma svolge una funzione essenzialmente processuale[19].

In questi casi la concentrazione è attenuata sul piano sostanziale: il decorso del termine delimita temporalmente il procedimento e abilita l'impugnazione, ma non consolida l'assetto di interessi.

La concentrazione spagnola emerge con particolare evidenza anche nei termini interni al procedimento. Il trámite de audiencia (art. 82) è collocato in una fase definita dell'istruzione ed è assistito da un termine (di regola non inferiore a dieci e non superiore a quindici giorni) entro il quale gli interessati possono formulare osservazioni e presentare documenti.

Decorso inutilmente il termine, l'amministrazione può proseguire verso la decisione. La delimitazione temporale della fase partecipativa garantisce la progressione ordinata della trattazione.

Analogamente, il período de prueba (artt. 77–78) è strutturalmente delimitato[20]: l'istruttore, quando ritenga necessari accertamenti su fatti rilevanti, apre una fase probatoria fissando un termine determinato, di regola non superiore a trenta giorni. Anche qui la concentrazione si realizza mediante la tipizzazione del-

19 Sulla distinzione fra silenzio positivo e negativo si veda V. Aguado i Cudolà, *La Inactividad de la Administracón*, cit., p. 1221 ss.

20 Cfr. E. Garcia de Enterria, T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 498 ss.

la fase e la delimitazione temporale degli apporti delle parti.

Quanto agli *informes* (art. 79), il mancato rilascio nel termine previsto consente, in linea generale, la prosecuzione del procedimento, salvo che si tratti di informes *preceptivos y determinantes*, per i quali la normativa può prevedere effetti più incisivi[21].

La concentrazione si realizza dunque come impedimento alla paralisi, pur variando l'intensità in relazione alla natura dell'apporto richiesto.

Ne risulta un modello nel quale la stessa è formalmente strutturata e segmentata.

Essa è forte quando il decorso del termine produce un effetto legale sostanziale, come nel silenzio positivo; è più attenuata quando il silenzio ha funzione meramente processuale o quando i termini interni al procedimento svolgono funzione di ordinazione e di accelerazione.

In ogni caso, la tipizzazione normativa delle fasi rende chiaramente percepibile la progressione della trattazione verso la decisione.

Nel modello austriaco la concentrazione non si esprime primariamente attraverso meccanismi di silenzio significativo, ma attraverso la strutturazione ordinata della sequenza istruttoria e la delimitazione formale dei momenti partecipativi.

Con riguardo al termine per la decisione, l'ordinamento non collega, di regola, al decorso del tempo un effetto sostanziale automatico.

In caso di inerzia dell'autorità, la parte può attivare la *Säumnisbeschwerde* dinanzi al giudice amministrativo, ottenendo una decisione sostitutiva o l'ordine di provvedere.

Il termine, dunque, non stabilizza direttamente l'assetto di interessi, ma garantisce che la vicenda non resti indefinitamente aperta. La concentrazione è qui funzionale: assicura la definizione del procedimento, ma non produce effetti costitutivi sul contenuto della decisione.

La concentrazione si manifesta in modo più incisivo nelle fasi interne al procedimento, in particolare nella *mündliche Verhandlung* disciplinata dai §§ 40

21 Cfr. C. Cierco Seira, *Los Informes*, in AA. VV., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común*, cit., t. II, p. 1651 ss.

ss. AVG.

L'udienza tendenzialmentee orale costituisce un momento formalmente individuato della trattazione, nel quale le parti sono chiamate a far valere le proprie deduzioni e obiezioni.

Ai sensi del § 42 AVG, le contestazioni devono essere formulate nel corso dell'udienza o entro il termine eventualmente assegnato; decorso tale momento, l'autorità può procedere alla decisione sulla base del materiale emerso[22].

Qui la concentrazione assume carattere forte sul piano partecipativo. Tal momento della trattazione non è un segmento indefinitamente riapribile, ma un momento delimitato nel quale si concentra l'esposizione delle posizioni delle parti.

La chiusura dell'udienza segna una soglia funzionale nella formazione dell'oggetto: ciò che non è stato dedotto in quella sede non entra a far parte del quadro valutativo su cui l'autorità è chiamata a decidere.

Tale configurazione è particolarmente significativa se coordinata con l'*Untersuchungsgrundsatz* (§ 39 AVG).

Pur essendo fondato sul principio di indagine d'ufficio, il sistema austriaco non rinuncia a concentrare in un momento definito la partecipazione delle parti.

L'autorità conserva il dovere di accertare i fatti rilevanti, ma la trattazione non resta aperta a un flusso indefinito di interventi: la partecipazione è strutturalmente collocata entro segmenti temporali determinati. Ne risulta un modello nel quale la concentrazione è strutturale e partecipativa.

Essa non si fonda tanto su effetti automatici del decorso del termine finale, quanto sulla delimitazione formale dei momenti nei quali le parti possono incidere sulla formazione dell'oggetto.

La progressione verso la decisione è garantita dalla chiusura ordinata delle fasi istruttorie e dall'esistenza di rimedi contro l'inerzia, piuttosto che dalla produzione automatica di effetti sostanziali allo spirare del tempo.

7. Ulteriori considerazioni di sintesi

La comparazione tra i tre ordinamenti consente di individuare differenti configurazioni della concentrazione, che riflettono diverse tecniche normative e

22 Cfr. . R. Walter, R. Thienel, *Verwaltungsverfaharen*, cit., p. 86 ss.

differenti modalità di strutturazione della trattazione.

Nel sistema italiano la concentrazione è graduata e selettiva. Essa assume carattere forte quando il decorso del termine produce effetti legali tipizzati (come nel silenzio significativo o nella formazione dell'assenso ex art. 17*bis*) oppure quando delimita in modo incisivo una fase essenziale della trattazione (come nel caso dell'art. 10*bis* o della conferenza di servizi).

In altri segmenti, invece, il termine svolge funzione prevalentemente organizzativa o acceleratoria, senza incidere direttamente sulla stabilizzazione dell'assetto sostanziale.

La concentrazione italiana non è dunque uniforme, ma variabile in relazione alla natura dell'interesse coinvolto e agli effetti che l'ordinamento collega al superamento delle diverse fasi.

Nel sistema spagnolo la concentrazione è maggiormente formalizzata. La tipizzazione delle fasi (*iniciación*, *instrucción*, *audiencia*, *período de prueba*) rende chiaramente percepibile la progressione della trattazione.

L'intensità della concentrazione dipende in modo decisivo dalla disciplina del silenzio amministrativo: è forte quando il decorso del termine determina l'accoglimento legale della domanda; è attenuata quando il silenzio ha funzione meramente processuale, come nei casi disciplinati dall'art. 24, comma 2, in cui il silenzio negativo abilita soltanto l'impugnazione e non consolida l'assetto sostanziale.

Anche in questo caso, dunque, la concentrazione non coincide con la mera esistenza di termini, ma con l'effetto che essi producono sull'oggetto della decisione.

Nel modello austriaco la concentrazione si presenta in forma prevalentemente strutturale. L'ordinamento non attribuisce, di regola, al decorso del termine finale effetti sostanziali automatici, ma garantisce la definizione della vicenda attraverso rimedi contro l'inerzia dell'autorità.

La concentrazione si manifesta soprattutto nella delimitazione formale delle fasi istruttorie, in particolare nella *mündliche Verhandlung*, la quale costituisce un momento definito nel quale si concentra la partecipazione delle parti.

La chiusura dell'udienza segna una soglia funzionale nella formazione dell'oggetto, pur in un sistema fondato sul principio di indagine d'ufficio.

Dalla comparazione emerge che la concentrazione può assumere almeno tre configurazioni: una concentrazione selettiva e modulata (Italia), una concentrazione formalmente segmentata (Spagna) e una concentrazione strutturale (Austria).

In tutti i casi, tuttavia, essa assolve alla medesima funzione: impedire che la progressiva formazione dell'oggetto della decisione si traduca in indeterminatezza permanente, assicurando che la trattazione converga verso una determinazione conclusiva entro un quadro temporalmente e funzionalmente definito.

La differenza tra i modelli non risiede, dunque, nella presenza o nell'assenza della concentrazione, ma nel grado e nelle modalità della sua intensità. Ed è proprio tale differenza di intensità che consente di comprendere come, in ciascun ordinamento, la trattazione si configuri quale processo sostanziale strutturato, orientato alla decisione e governato da regole che ne assicurano la progressione e la chiusura.

Se la concentrazione esprime la tendenza della trattazione a convergere verso una decisione entro un arco temporale e funzionale definito, le preclusioni ne rappresentano il corrispettivo strutturale.

Esse non coincidono con la mera previsione di termini, ma designano l'effetto per cui, superato un determinato momento della sequenza procedimentale, non è più consentito introdurre elementi idonei a incidere sulla configurazione dell'oggetto.

8. Le preclusioni con riguardo al silenzio significativo

La forma più intensa di preclusione si manifesta nei casi in cui l'ordinamento collega al decorso del termine di conclusione del procedimento un effetto legale tipizzato, determinando la formazione dell'assetto sostanziale in assenza di un provvedimento espresso.

Il silenzio significativo costituisce, in questa prospettiva, il paradigma della stabilizzazione procedimentale.

Quando allo spirare del termine si produce un effetto di accoglimento o di rigetto della domanda, la sequenza procedimentale conosce una chiusura non

soltanto temporale, ma sostanziale[23].

L'oggetto della decisione si consolida per effetto della legge; la trattazione si arresta e l'assetto di interessi viene definito secondo la previsione normativa.

La preclusione si manifesta qui come impossibilità di proseguire il medesimo segmento procedimentale oltre il termine stabilito, se non mediante l'attivazione di un distinto potere previsto dall'ordinamento.

Nel sistema italiano, il silenzio assenso rappresenta l'espressione più chiara di tale fenomeno. Decorso il termine senza che l'amministrazione abbia provveduto, l'effetto favorevole si produce automaticamente; l'amministrazione non può più adottare un provvedimento espresso di segno contrario all'interno del medesimo segmento procedimentale.

L'assetto così formatosi può essere inciso soltanto attraverso l'esercizio di ulteriori poteri, nei limiti e secondo le condizioni stabilite dalla legge. La chiusura è piena: il procedimento originario si stabilizza e non è riapribile come mera prosecuzione della stessa sequenza.

Analoga configurazione si rinviene nel sistema spagnolo nei casi di silenzio positivo disciplinati dall'art. 24 Ley 39/2015. Anche qui il decorso del termine determina l'accoglimento legale della domanda e la conseguente stabilizzazione dell'assetto sostanziale.

La decisione si forma per effetto della legge; un eventuale provvedimento tardivo non può sovvertire l'assetto già consolidato, se non attraverso i rimedi e i poteri specificamente previsti dall'ordinamento.

Diversa è, invece e come si è visto, la configurazione del silenzio negativo prevista dall'art. 24, comma 2, della medesima legge.

In tali ipotesi il silenzio non assume la configurazione di un atto amministrativo informale, ma di fatto rilevante esclusivamente al fine di consentire l'esperimento dei rimedi amministrativi o giurisdizionali, ma non idoneo a definire in via sostanziale l'assetto di interessi.

L'amministrazione resta obbligata ad adottare una decisione espressa: il decorso del termine non produce una stabilizzazione dell'oggetto, ma segna soltanto

---

23 Su silenzio significativo ed esaurimento del potere, si veda per tutti M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., p. 283 ss.

la chiusura della fase amministrativa ai fini dell'impugnazione.

La preclusione opera, in questo caso, in forma attenuata e funzionale: delimita il momento di accesso alla tutela, senza consolidare il contenuto della decisione.

Il confronto con il sistema austriaco conferma tale distinzione. Nell'ordinamento fondato sull'AVG, il decorso del termine per la decisione non produce effetti sostanziali tipizzati né determina la formazione di un atto amministrativo, neppure in guisa informale.

L'inerzia dell'autorità abilita la parte alla proposizione della *Säumnisbeschwerde*, ma non comporta la stabilizzazione dell'assetto di interessi.

Sul piano processuale, il giudice può ordinare all'autorità di decidere oppure, nei casi previsti, sostituirsi ad essa pronunciandosi direttamente sulla domanda.

La fase amministrativa non si chiude in modo definitivo per effetto del silenzio; essa può essere riattivata mediante l'ordine di provvedere o essere assorbita nella decisione giurisdizionale sostitutiva.

Anche dopo l'introduzione del ricorso per inerzia, l'amministrazione può ancora adottare il provvedimento, con effetti rilevanti nel processo.

La preclusione è, dunque, esclusivamente funzionale: il tempo delimita la soglia di attivazione del controllo giurisdizionale, ma non consolida l'oggetto in senso sostanziale.

Dalla comparazione emerge una distinzione netta: quando il silenzio è configurato come fattore costitutivo della decisione (come nel silenzio assenso italiano o nel silenzio positivo spagnolo), la preclusione è piena e sostanziale: la trattazione si chiude e l'assetto si stabilizza; quando, invece, il silenzio assume la forma di fatto rilevante a fini impugnatori o si limita a legittimare l'attivazione di un rimedio contro l'inerzia, la preclusione è attenuata e funzionale, essa segna la chiusura della fase procedimentale senza definire in via definitiva l'assetto di interessi.

Il silenzio significativo mostra così che la preclusione nel procedimento amministrativo non è un fenomeno unitario.

Essa può assumere natura costitutiva o meramente funzionale, a seconda che il decorso del tempo sia elevato a fattore di decisione o rimanga soglia di transizione verso il controllo giurisdizionale.

In ogni caso, il tempo non è neutro: esso delimita la sequenza procedimentale e contribuisce, con diversa intensità, alla stabilizzazione dell'oggetto.

9. Le preclusioni con riguardo all'obbligo di contestazione

Nel modello italiano, l'art. 10*bis* l. 241/1990 realizza una forma particolarmente intensa di concentrazione partecipativa, fondata sulla definitività della presa di posizione dell'amministrazione e sulla non reiterabilità del segmento dialettico[24].

La comunicazione dei motivi ostativi non ha natura meramente interlocutoria, ma delimita in modo definitivo il perimetro del possibile rigetto.

Con essa l'amministrazione è onerata di esporre in maniera completa le ragioni che impediscono l'accoglimento della domanda.

I motivi non contestati in tale sede non possono essere posti a fondamento della decisione finale.

La contestazione è, dunque, concentrata e definitiva: l'art. 10*bis* non consente una seconda comunicazione di ulteriori motivi ostativi.

La fase partecipativa è strutturata come momento unitario. L'amministrazione deve concentrare in quella sede l'intero quadro ostativo; una decisione fondata su motivi diversi o ulteriori rispetto a quelli comunicati altera il perimetro del contraddittorio e risulta viziata.

Il profilo più delicato riguarda l'ipotesi in cui, dalle osservazioni della parte interessata, emergano elementi che l'amministrazione ritenga idonei a integrare o rafforzare le ragioni ostative.

Occorre, però distinguere. Se tali elementi si collocano all'interno del medesimo quadro motivazionale già comunicato (costituendone specificazione, chiarimento o rafforzamento) essi possono essere valorizzati nella decisione finale, poiché rientrano nel perimetro già sottoposto a confronto.

Diversamente, se dalle allegazioni della parte emergono motivi ostativi nuovi e autonomi, non riconducibili a quelli previamente contestati, l'amministrazione non può fondare su di essi la decisione senza violare la struttura concentrata del contraddittorio.

---

24 In linea generale, sul punto cfr. M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*

Il silenzio della norma sul punto, però, non autorizza a ritenere che la trattazion debba ritenersi conclusa. Sussistono, nondimeno, ragioni di sistema che militano per la soluzione contraria.

Se l'amministrazione, per il tramite del responsabile del procedimento, è tenuta a prendere posizione su tutti i motivi introdotti con la domanda della parte interessata; ciò significa che in questo caso vale il principio di *non contestazione* sui motivi non oggetto di comunicazione.

Con altro modo di dire, il *thema decidendum* non può formarsi su motivi non conosciuti dalla parte destinataaria del provvedimento; e ciò, pure, a garanzia del diritto di difesa della parte interessata; il quale si estrinseca nella possibilità di contraddire su tutti i motivi che osteggiano l'accoglimento della domanda.

Tanto è vero che, in tema di omissione della comunicazione di cui si discorre, non è applicabile la salvaguardia per l'amministrazione prevista dall'art. 21*octies*, comma 2, seconda alinea, della legge 241/90.

Di conseguenza, per esigenze tanto di sistema quanto di tutela, risulta essere necessaria un'ulteriore comunicazione di motivi ostativi in siffatta ipotesi[25].

I maniera speculare, la parte interessata è chiamata a prendere posizione sui motivi comunicati entro il termine assegnato.

Se ciò non avviene, l'amministrazione può procedere alla decisione sulla base del quadro delineato nella comunicazione.

L'inerzia della parte non determina una preclusione processuale in senso proprio (restando ferma la possibilità di ricorrere al giudice amministrativo anche avverso quei motivi sui quali non abbia preso posizione), ma produce un effetto sostanziale interno: la decisione si forma senza che le ragioni ostative siano state contrastate nella sede procedimentale.

Il principio di *non contestazione* opera, dunque, in modo bilaterale ma differenziato.

L'amministrazione è definitivamente vincolata ai motivi ostativi comunicati; la parte è onerata di confrontarsi con essi entro il segmento previsto, ma non perde il diritto alla tutela giurisdizionale.

La concentrazione della fase di cui all'art. 10*bis* si traduce così in una stabilizzazione reciproca delle posizioni, che delimita il *thema decidendum* e impedi-

25 Sul punto, cfr. A. Carbone, *Considerazioni su preavviso di rigetto e preclusioni*, cit.

sce tanto la sorpresa decisoria quanto la reiterazione indefinita del contraddittorio.

La preclusione che emerge dall'art. 10*bis* è, pertanto, interna e strutturale: essa non chiude l'accesso alla giurisdizione, ma fissa definitivamente il perimetro della decisione amministrativa nel procedimento in corso.

Nel sistema spagnolo la concentrazione partecipativa è normativamente tipizzata attraverso il *trámite de audiencia* disciplinato dall'art. 82 Ley 39/2015. La fase è collocata in un momento definito dell'istruzione ed è assistita da un termine determinato (di regola non inferiore a dieci e non superiore a quindici giorni) entro il quale gli interessati possono formulare allegazioni e presentare documenti.

La chiusura del termine segna una soglia funzionale nella formazione dell'oggetto. Decorso inutilmente, l'amministrazione può procedere verso la decisione sulla base del materiale acquisito.

La partecipazione è garantita, ma concentrata entro un segmento temporalmente delimitato.

A differenza del modello italiano, la Ley 39/2015 non configura la comunicazione dei rilievi ostativi come presa di posizione definitiva dell'amministrazione.

Il *trámite de audiencia* è momento di interlocuzione, ma non comporta necessariamente una cristallizzazione anticipata dei motivi di possibile rigetto nei termini strutturalmente vincolanti dell'art. 10*bis*.

Se, dalle allegazioni della parte, emergono nuovi elementi rilevanti, l'amministrazione può tenerne conto nella decisione, purché siano rispettati i principi di contraddittorio e di non sorpresa. La qual cosa significa che i nuovi lementi desunti dalle allegazioni della parte interessata non necessitano di esser precisati da parte dell'amministrazione.

La disciplina spagnola consente, ove necessario, la riapertura dell'istruzione o l'attivazione di ulteriori segmenti, soprattutto quando si renda indispensabile integrare il quadro fattuale o probatorio.

La mancata presa di posizione della parte nel *trámite de audiencia* non determina una preclusione di tipo processuale in senso stretto.

L'interessato conserva la possibilità di impugnare, come nel sistema italiano, la decisione, anche, deducendo profili non sviluppati in sede procedimentale.

La preclusione, pure qui, opera prevalentemente sul piano interno: la decisione si forma sulla base del materiale acquisito entro il segmento previsto.

Ne risulta un modello nel quale la concentrazione partecipativa è forte sul piano strutturale (la fase è delimitata) ma meno intensa rispetto a quella italiana quanto alla definitività della presa di posizione dell'amministrazione.

Nel modello austriaco la concentrazione partecipativa si realizza nella *mündliche Verhandlung* disciplinata dai §§ 40 ss. AVG.

L'udienza costituisce il momento nel quale le parti sono chiamate a formulare le proprie obiezioni (*Einwendungen*).

Ai sensi del § 42 AVG, le contestazioni devono essere fatte valere nel corso dell'udienza o entro il termine eventualmente assegnato.

La chiusura dell'udienza segna una soglia particolarmente incisiva nella formazione dell'oggetto: ciò che non è stato dedotto in quella sede non entra nel perimetro delle questioni rilevanti ai fini della decisione.

La concentrazione partecipativa assume qui un'intensità maggiore rispetto al modello spagnolo e, per certi profili, anche rispetto a quello italiano.

Pur essendo fondato sull'*Untersuchungsgrundsatz*, il sistema austriaco concentra la presa di posizione delle parti in un momento formalmente individuato, la cui chiusura stabilizza il quadro delle obiezioni rilevanti.

A differenza dell'art. 10 *bis* italiano, non si tratta di una delimitazione del perimetro dei motivi ostativi formulati dall'amministrazione, ma di una concentrazione delle contestazioni delle parti.

L'assenza o l'inerzia nella fase dell'udienza non è neutra: la decisione si forma sulla base delle obiezioni tempestivamente formulate.

Sotto il profilo processuale, la mancata deduzione in udienza può incidere anche sulla possibilità di far valere successivamente determinate contestazioni davanti al giudice amministrativo.

La concentrazione partecipativa si proietta, dunque, oltre il procedimento, contribuendo alla stabilizzazione del perimetro oggettivo della controversia.

Il confronto tra i tre modelli evidenzia differenze significative nella configurazione delle preclusioni partecipative.

Nel sistema italiano, la concentrazione si fonda sulla definitività della presa di posizione dell'amministrazione: il perimetro dei motivi ostativi è fissato una volta per tutte e non può essere ampliato senza violare la struttura del contraddittorio.

Nel sistema spagnolo, la concentrazione è strutturata ma meno rigida: la fase partecipativa è delimitata nel tempo, ma l'amministrazione conserva un margine maggiore nell'integrare il quadro decisionale, purché siano rispettate le garanzie di interlocuzione.

Nel modello austriaco, infine, la concentrazione è fortemente partecipativa: la chiusura dell'udienza stabilizza il quadro delle obiezioni, con effetti che possono riflettersi anche sul piano processuale.

In tutti e tre i sistemi, tuttavia, emerge un dato comune: il cotraddittorio è garantito, ma non indefinitamente reiterabile.

La trattazione, propria del processo sostanziale, esige soglie di chiusura; le preclusioni costituiscono lo strumento attraverso il quale tale esigenza si traduce in regola strutturale.

10. Conclusioni

Il percorso svolto consente di chiarire, anzitutto, che l'impiego di categorie tradizionalmente processuali nell'analisi del procedimento amministrativo non è un'operazione meramente di stile.

La circolarità della categoria *processo* (intesa, sul piano teorico, come categoria capace di rendere intelligibili fenomeni decisionali e, sul piano empirico, come modello utile a spiegare assetti normativi concreti) legittima il trasferimento di concetti come *contraddittorio, trattazione*, *concentrazione* e *preclusioni* dall'ambito giurisdizionale a quello amministrativo, purché se ne assuma la diversa funzione e la diversa collocazione sistematica.

Il procedimento resta attività sostanziale; tuttavia, proprio perché è sede di formazione del regolamento concreto di interessi, esso presuppone regole di confronto, di delimitazione e di stabilizzazione che rendono appropriata la lettura in chiave processuale.

Muovendo da tale premessa, l'analisi del procedimento a domanda di parte ha mostrato che l'oggetto non è dato una volta per tutte.

Il *thema disputandum* nasce dalla domanda e si rimodula soltanto per effetto dell'ingresso di ulteriori parti interessate; il *thema probandum* si forma progressivamente nel corso dell'istruttoria, secondo un metodo acquisitivo che, pur con diverse densità normative, caratterizza tutti i modelli considerati; il *thema decidendum*, infine, non coincide meccanicamente con il contenuto della domanda, ma si consolida all'esito della trattazione, quale risultato del percorso dialettico consentito dall'ordinamento.

Sicché, la trattazione non è un elemento accidentale del procedimento, né può essere ridotta alla sola istruzione: essa è la dimensione ordinante attraverso cui la decisione si rende possibile, perché delimita gradualmente l'oggetto e seleziona i fatti rilevanti.

In tale prospettiva, concentrazione e preclusioni emergono come condizioni strutturali della trattazione.

La progressività non può tradursi in indeterminatezza permanente: se il procedimento deve culminare in una decisione, occorre che l'ordinamento introduca soglie di stabilizzazione.

La concentrazione delimita il tempo e le fasi del confronto; le preclusioni ne stabilizzano il contenuto.

Esse, pertanto, non costituiscono un innesto estrinseco, ma un corollario della razionalità del processo sostanziale: solo attraverso momenti di chiusura può realizzarsi la funzione amministrativa come decisione, senza dissolversi in un'apertura indefinita.

In questa chiave si comprende anche la critica alla lettura assolutizzata dell'inesauribilità del potere: la permanenza astratta della funzione non implica indifferenza rispetto a modi e tempi del suo esercizio; e la previsione di limiti interni, specie nel contesto procedurale, è compatibile con la struttura dell'ordinamento, oltre che necessaria per la tutela dell'affidamento.

La comparazione tra Italia, Spagna e Austria conferma che la trattazione, pur svolgendo la medesima funzione, presenta gradi diversi di formalizzazione; proprio in tema di preclusioni si evidenziano i tratti di continuità e di discontinuità fra i tre modelli.

In conclusione, la trattazione nel procedimento, anche, a domanda di parte si rivela una dimensione strutturale della funzione amministrativa, idonea a giu-

stificare l'impiego del paradigma processuale in senso categoriale.

La progressiva formazione dell'oggetto della decisione (nei suoi profili dialettici, probatori e decisori) esige, come si è più volte sottolineato, regole di concentrazione e preclusione.

La diversa densità di disciplina normativa dei modelli italiano, spagnolo e austriaco non altera tale funzione ordinante; ne modifica soltanto le forme, confermando che la processualità del procedimento non è un'analogia esterna, ma un tratto interno della sua struttura.

Antonio Cassatella
Professore associato di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento
antonio.cassatella@unitn.it

Il dovere motivazione: un perenne declinare?

The duty to provide reasons: a perennial decline?

Sintesi

Il contributo tratta del declino della motivazione degli atti amministrativi, per effetto di condizionamenti culturali, prassi giurisprudenziali, limiti della stessa disciplina positiva. Si chiarisce, innanzitutto, in cosa consista il declino. Si indicano successivamente gli indici di diritto positivo che registrano e legittimano una perdita di rilevanza della motivazione soprattutto ai fini del sindacato giudiziale, con una serie di conseguenze in ordine allo stesso regime sostanziale dell'attività amministrativa. Si riflette sui costi del declino, che riflette una più generale crisi delle garanzie amministrative. Si propone di reagire al declino individuando nella motivazione uno strumento che permette di ridurre le asimmetrie informative fra chi amministra e chi patisce gli effetti della decisione amministrativa, nel quadro di un'accentuata concezione responsabilistica dell'agire pubblico. Si formula, infine, una proposta di riforma dell'art. 3 della l. n. 241/1990 in linea con la tesi formulata, senza tacerne i rischi.

Abstract

The paper deals with the decline in the motivation for administrative acts, due to cultural constraints, jurisprudential practices and legal provisions. The paper explains, first of all, what the decline consists of. Subsequently, we indicate the positive law indicators that record and legitimize a loss of relevance of the motivation, especially for the purposes of judicial review, with a series of consequences for the substantive regime of administrative activity itself. The paper analyses on the costs of the decline, which reflects a more general crisis in administrative guarantees. The aim is to respond to the decline by identifying motivation as a tool that reduces information asymmetries between those who administer and

those who suffer the effects of administrative decisions, within the framework of an accentuated responsible conception of public action. Finally, a proposal to reform Article 3 of Law 241/1990 is formulated in line with the thesis discussed, without ignoring its risks.

PAROLE CHIAVE: motivazione; atto amministrativo; sindacato di legittimità; responsabilità funzionale; asimmetrie informative

KEYWORDS: giving reason requirement; administrative decision; judicial review; responsibility; transaction costs

INDICE: 1. L'attuale declino della motivazione. 2. Indici normativi del declino. 3. Costi del declino. 4. Reagire al declino? 5. Un esperimento.

1. L'attuale declino della motivazione

Queste note muovono da pregressi studi sul dovere di motivazione degli atti amministrativi al fine di verificare, in rapporto all'evoluzione del diritto positivo e della giurisprudenza, se e quanto sia corretto discutere, in questo primo scorcio di secolo, di perdurante declino della decisione motivata[1].

Già alla fine degli anni Settanta Massimo Severo Giannini aveva discusso, coniando un fortunato neologismo, di dequotazione dell'istituto, ma il fenomeno cui alludeva l'illustre Studioso ha poco di paragonabile al fenomeno di cui si intende trattare in queste pagine[2].

Per Giannini, infatti, la perdita di rilevanza della motivazione discorsiva esprimeva l'esigenza di indagare, nell'ambito di un processo esteso all'intero rapporto controverso, le ragioni sostanziali alla base della decisione contestata. Il modello di riferimento era quello invalso nella Francia di metà Novecento, dove il controllo giudiziale degli atti non si arrestava alla disamina dei vizi apparenti – co-

1 Il termine sembra ormai un *topos* della nostra dottrina, pur critica rispetto all'evoluzione del fenomeno: cfr. B.G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 617 ss.; M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 894 ss. Non mancano tuttavia letture alternative, che a partire dalla legislazione speciale valorizzano un tentativo di recupero dell'autentica funzione garantistica dell'istituto ad opera del legislatore: così, ad esempio, A. GIANNELLI, *Nuove declinazioni della decisione motivata,* in *Dir. Amm.*, 2024, 1023 ss.; G. IUDICA, *Profili ricostruttivi e differenziali della motivazione "rafforzata" e "analitica"*, in *Foro Amm.*, 2020, 1313 ss.

2 Cfr. M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 257 ss.

me una motivazione mal scritta – ma penetrava nel procedimento amministrativo fino al punto di ripetere il percorso intellettivo e volitivo dei titolari del potere decisionale[3].

Giannini riteneva fuorviante immaginare che la tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri dipendesse dal modo in cui si era data una certa spiegazione delle scelte discrezionali o a valutazioni tecniche opinabili, invitando a guardare oltre il diaframma di quanto motivato per ricercare il reale fondamento della decisione e sottoporlo a vaglio giurisdizionale[4]. In tal senso, il suo discorso aveva più una valenza normativa e deontologica che descrittiva, risolvendosi in un invito a non arrestarsi alla valutazione della legalità amministrativa in rapporto a quanto traspariva dalla motivazione degli atti. In questo, Egli non era solo: anche altra dottrina sensibile a concezioni realistiche dei fenomeni giuridici – si pensi a Nigro e Guarino – deprecava i limiti di un sindacato giudiziale ridotto alla caccia all'errore esplicitato nella parte motiva del provvedimento, che tutt'al più poteva consentire all'amministrazione di riemanare lo stesso atto con una differente esplicazione delle ragioni della scelta compiuta[5].

Il ridimensionamento della motivazione discorsiva corrispondeva all'invito ad abbandonare un modello di sindacato cassatorio a favore di un controllo pieno delle modalità di formazione della decisione[6]. Si trattava, dunque, di tesi ap-

---

3 Per specifici riferimenti all'esperienza francese sia permesso un rinvio ad A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 166 ss.

4 La voce del 1977 va letta in rapporto a M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX; Milano, 1970, 234 ss. e, ancor prima, ad A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, specie 225 ss. Su questi problemi e le loro ricadute cfr. pure l'ormai classica monografia di A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, oltre alle riflessioni più recenti di G. Cocozza, *Il difetto di motivazione del provvedimento giurisdizionale e amministrativo. Simmetrie e spunti nei percorsi giurisprudenziali*, in *Il processo*, 2023, 111 ss.; G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 1235 ss.

5 Cfr. G. Guarino, *Atto amministrativo, organizzazione e giustizia amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1984, 774 ss.; M. Nigro, *Alcuni consigli (scarsamente ortodossi) a giovani avvocati amministrativisti,* in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1181 ss.

6 Sul punto sono molto penetranti, in proposito, anche le notazioni di F. Ledda, *L'attività amministrativa*, ora in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 262, in ordine agli intrinseci limiti espositivi di una motivazione che non sarebbe comunque in grado di ricostruire fedelmente tutto quanto avvenuto nel corso del procedimento.

prezzabili più sul piano processuale che sostanziale, anche tenendo conto del fatto che gli Autori se ne occupavano in un contesto in cui mancava una disciplina generale dell'attività dei pubblici poteri ed in cui era dominante – in Italia, come in Francia – la costruzione pretoria del diritto amministrativo generale.

Per molti aspetti, l'entrata in vigore della l. n. 241/1990 ha determinato una cesura nel diritto positivo e nel dibattito culturale. La legge generale sull'attività amministrativa, anche per effetto dei lavori della Commissione Nigro e della sua capacità di sintetizzare una concezione garantistica del procedimento derivante da una comparazione con altre esperienze – specie tedesca e austriaca – impone di considerare la motivazione come una garanzia procedimentale: l'istituto non rileva in vista del sindacato del giudice, ma ha una propria e autonoma ragion d'essere, che si manifesta nel procedimento e nell'esigenza di un giusto procedimento[7].

Già in altra sede si è avuto modo di osservare come la disciplina dell'art. 3 della l. n. 241/1990 sia un cascame di una concezione legale-razionale e garantistica della dinamica di formazione della decisione amministrativa e della sua esternazione nelle forme del provvedimento o dell'accordo procedimentale. Concezione che rappresenta il punto di convergenza fra le teorie funzionalistiche della scuola benvenutiana e le opzioni teoriche proprie di altre dottrine che, pur muovendo da diverse premesse, miravano a iscrivere l'azione amministrativa nella cornice delle moderne democrazie liberal-democratiche[8].

Si tratta di un punto fermo non rinunciabile e non seriamente discusso nella dottrina, italiana e straniera. Il dovere di motivazione, affermatosi progressivamente in tutta Europa, rappresenta un'ineludibile garanzia rispetto ai rischi di un uso arbitrario del potere amministrativo, senza che questo escluda la necessità di un controllo giudiziale quanto più ampio dell'intero procedimento decisionale[9].

---

7 In tal senso cfr. puntualmente G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, agg. V, Milano, 2001, 775 ss.

8 Cfr. A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività*, cit., 157 ss., cui si fa rinvio per una più ampia ricostruzione del dibattito antecedente all'elaborazione della l. n. 241/1990 e per una discussione delle principali teorie in tema di motivazione.

9 Sia permesso rinviare, in questo caso, ad A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nello jus commune europeo*, in G. Della Cananea, M. Conticelli, a cura di, *I procedimenti*

In tal senso, l'art. 3 della l. n. 241/1990 va letto in rapporto agli artt. 24 e 97 Cost., oltre che in conformità ai principi generali individuati dagli artt. 41 e 47 della Carta di Nizza e dall'art. 6 della Cedu[10].

Discutere di declino della decisione motivata non è altro che ragionare della crisi e dell'ineffettività di questo modello, derivante non tanto da incultura amministrativa o da ragioni di ordine sociologico, quanto da cause prettamente giuridiche. In concreto, e con riferimento all'esperienza italiana, questo declinare si risolve in un'interpretazione riduttiva dell'art. 3 della l. n. 241/1990, con l'evidente rischio di svuotare di significato la stessa garanzia procedimentale assicurata dal legislatore, senza che questa perdita sia compensata da più efficaci tecniche di tutela del cittadino o da strumenti utili a guidare l'amministrazione verso scelte non arbitrarie.

Per comprendere la portata del declino occorre considerare gli orientamenti della giurisprudenza, innanzi alla quale sono sovente contestati atti non motivati.

Nonostante l'art. 3, comma 1, della l. n. 241/1990 imponga di motivare tutti i provvedimenti, la giurisprudenza tende a ridimensionare il difetto di motivazione degli atti vincolati o caratterizzati da una discrezionalità così ampia da rendere legittima la decisione ragionevole, ancorché non supportata da una diffusa motivazione[11].

La stessa forma della motivazione appare discussa. Se l'art. 3, comma 1, impone di indicare presupposti di fatto e ragioni della decisione, suggerendo che la parte motiva del provvedimento debba essere rappresentata alla stregua di un discorso giustificativo, si continua a ritenere che non pochi atti possano essere motivati con simboli, ossia in forma numerica[12].

---

amministrativi di adjudication dell'Unione europea: principi generali e discipline settoriali, Torino, 2017, 17 ss. Per una precedente disamina del tema nella dottrina italiana cfr. pure R. Scarciglia, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, 1999.

10 Si rimanda sempre ad A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività*, cit., 227 ss.

11 Fra le pronunce recenti in materia di atti vincolati cfr. Cons. Stato, Sez. II , 9 dicembre 2025 , n. 9688; Cons. Stato, Sez. VII , 9 aprile 2025, n. 3040; Cons. Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2025 , n. 448; in tema di atti discrezionali cfr. invece Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2025, n. 7712; Cons. Stato, Sez. II, 21 giugno 2022, n. 5116; Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2021, n. 3185.

Sempre con riferimento alla forma della motivazione, si afferma molto spesso che essa non debba seguire formule rituali, essendo sufficiente un rinvio interno al materiale istruttorio raccolto ai fini della decisione, tale da permettere a chiunque vi abbia interesse di ricostruire l'iter conoscitivo e valutativo seguito dall'organo agente[13].

In presenza di decisioni basate su una pluralità di motivi, le contraddizioni sono sciolte nel momento in cui almeno una delle ragioni alla base della scelta sia fondata, senza che la confusione degli argomenti spesi a sostegno di una certa decisione abbia incidenza sulla validità dell'atto[14].

Il declino non riguarda unicamente l'attività provvedimentale strettamente intesa, ma si estende alla formazione degli atti amministrativi generali e degli atti di regolazione che l'art. 3, comma 2, della l. n. 241/1990 sottrae solo parzialmente all'ambito applicativo della legge generale, con rinvio implicito alla legislazione speciale.

Nessuno ha mai seriamente dubitato che anche gli atti generali e di regolazione debbano essere motivati, per quanto si discuta delle forme e dei modi di esternazione delle singole scelte, per lo più caratterizzate da ampia discrezionalità e dall'intreccio fra valutazioni tecniche e prettamente politiche[15].

Non sono infatti mancati interventi legislativi e orientamenti giurisprudenziali volti a imporre una qualche motivazione di questi atti, come palese soprattutto in materia di governo del territorio e di attività di regolazione dei mer-

---

12 L'orientamento è costante, benchè non siano mancati tentativi di ridimensionarlo, rimasti infruttuosi se non in rapporto a fattispecie in cui era la legge a imporre di integrare la motivazione numerica con indicazioni discorsive ulteriori: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2025, n. 8036; Cons. Stato, Sez. VII, 9 aprile 2024, n. 3235; Cons. Stato, Sez. II, 27 aprile 2023, n. 4247; Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2022, n. 9845, fermo restando che, in tutti i casi predetti la motivazione numerica deve essere coerente con i parametri valutativi predisposti dalle commissioni valutatrici, così da rendere palese l'autolimite decisionale che si è imposta l'amministrazione.

13 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2024 , n. 850; Tar Lazio, Roma, Sez. V, 4 ottobre 2023 , n. 14676; Tar Campania, Napoli, Sez. V, 2 marzo 2022, n.1430; Cons. Stato, Sez. IV, 9 ottobre 2012, n. 5257.

14 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2025 , n. 7093; Cons. Stato, Sez. V, 4 luglio 2025, n. 5820; Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2025, n. 1215; Cons. Stato, Sez. I, 8 gennaio 2025, n. 15; Tar Piemonte, Sez. II, 27 gennaio 2023, n. 109.

15 Cfr. A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività*, cit., 364 ss. e 402 ss.

cati. Va tuttavia rimarcato come pure in questi casi ci si limiti a richiedere una motivazione generica e non troppo approfondita, con richiamo alla documentazione raccolta in sede istruttoria e alle possibili relazioni illustrative[16].

In tutti i casi illustrati il dovere di motivare previsto dalla legge è formalmente assolto, ma il suo adempimento non innalza il livello di garanzie a favore del cittadino e non contribuisce a rafforzare la legalità dell'azione dei pubblici poteri, né la complessiva razionalità del loro agire.

Restano da approfondire le ragioni giuridiche del declino, individuando le norme che giustificano tali soluzioni ermeneutiche.

2. Indici normativi del declino

Come anticipato, il declino della motivazione non dipende dal fatto che i funzionari amministrativi o i giudici siano inconsapevoli della portata precettiva dell'art. 3 della l. n. 241/1990 e delle leggi speciali che impongono di motivare i singoli tipi di atto, ma dalla concorrente operatività di altre regole che limitano e circoscrivono l'ambito applicativo della disciplina[17].

Non pare inutile precisare, a tal fine, che lo stesso legislatore qualifica l'art. 3 della l. n. 241/1990 come norma di principio, elevando il dovere di motivare a caratteristica generale dell'azione amministrativa, ma questo non esclude che altri principi di pari grado impongano una serie di bilanciamenti interpretativi tali da ridurne la portata.

---

16 Specie in materia di pianificazione urbanistica si afferma spesso che la motivazione delle scelte di piano debba essere evincibile dalla relazione illustrativa e dai documenti accompagnatori delle planimetrie e delle norme di attuazione. Fanno eccezione solo le scelte urbanistiche che incidono su aspettativa consolidate, come quelle nascenti da sentenze di annullamento di dinieghi edilizi per ragioni sostanziali o da pregresse convenzioni urbanistiche non ancora attuate. Nella giurisprudenza recente cfr. Cons. Stato, Sez. I, 7 gennaio 2025 , n. 14; Cons. Stato, Sez. VII, 24 giugno 2024 , n. 5589; TRGA Trento, Sez. I, 19 dicembre 2023, n. 206; Tar Lombardia, Milano , Sez. II, 1 febbraio 2022 , n. 220. Per quanto attiene alla motivazione degli atti regolatori, che ha anche la funzione di legittimare l'attività delle autorità indipendenti nei limiti di un sindacato di ragionevolezza tecnica, cfr. da ultime Cons. Stato, Sez. II, 24 marzo 2025, n.2421; Cons. Stato, Sez. II, 21 ottobre 2024, n. 8408.

17 La conclusione emerge anche dai vari contributi recentemente raccolti in A. Cassatella, R. Chieppa, A. Moliterni, a cura di, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, Piacenza, 2024, *passim*, dai quali si evince come la motivazione resti il primo elemento scrutinato in sede di legittimità, ma non l'unico, con tutte le ricadute applicative già indicate in precedenza.

Tali principi sono necessariamente individuabili nelle previsioni dell'art. 1 della stessa l. n. 241/1990 e, a monte, nell'art. 97, comma 2, Cost., che configura un modello di amministrazione non solo improntato all'imparzialità e dunque al rispetto delle garanzie procedimentali, ma anche al buon andamento, ossia alla efficiente allocazione delle risorse in vista del conseguimento di risultati utili e misurabili[18].

Ad essi si affiancano i principi ricavabili dagli artt. 24 Cost. e 1 c.p.a., che impongono di garantire al cittadino che agisca in giudizio un sistema aperto di tutele, tutto incentrato sull'esigenza di una protezione effettiva dei propri diritti e interessi, come garantita da un giudicato strumentale a conseguire un determinato bene della vita, sia esso coincidente con la conservazione di una posizione di vantaggio o con l'acquisizione di nuove utilità[19].

Entro questa cornice assiologica – che concorre con quella propria di una concezione garantistica del procedimento amministrativo – possono essere inquadrate le varie norme della l. n. 241/1990 e del c.p.a. che giustificano le anzidette soluzioni ermeneutiche ed incidono sulla stessa portata precettiva dell'art. 3 e delle equipollenti disposizioni contenute nella legislazione speciale.

L'anzidetta cornice assiologica consente, innanzitutto, interpretazioni divergenti dell'art. 3, comma 1, della l. n. 241/1990, dovute anche alla mancanza di tassatività della disciplina legale.

Nella sua formulazione generale l'art. 3 impone di motivare, ma non chiarisce quale sia la soglia di sufficienza e adeguatezza della parte motiva del provvedimento, né indica con precisione la forma che la motivazione deve assumere in rapporto ai singoli tipi di atto. Questo spiega, ad esempio, perché la giurisprudenza possa affermare sufficiente una motivazione espressa in forma numerica, come anche in *re ipsa* per gli atti vincolati e libera per quelli ad ampia

18 Sulla divergenze fra concezioni garantistiche ed efficientistiche dell'agire amministrativo e sulle loro ricadute in tema di motivazione cfr. sempre A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività*, cit., 1 ss.

19 A ben guardare, la tensione fra procedimento e processo, dalla quale discende che il mutare delle tecniche di tutela giudiziali può retroagire sull'interpretazione e sulla portata precettiva delle norme sostanziali, era già implicito in M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giudiziale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in Id., *Scritti giuridici*, III, cit., 1429 ss.

discrezionalità.

Per quanto l'art. 3 induca ad assimilare tutti i provvedimenti ai fini della correlata motivazione, il legislatore ha inoltre omesso di considerare che le ragioni di diritto alla base dell'atto vincolato non sono le medesime di quelle che si possono porre alla base dell'atto discrezionale. Allo stesso modo, la legge non ha posto una disciplina particolare per gli atti espressivi di valutazioni tecniche, i cui presupposti di fatto possono essere discutibili in riferimento al modo in cui si è accertata o valutata la loro esistenza[20].

Gli stessi limiti si possono riscontrare nelle varie disposizioni delle leggi speciali che impongono di motivare determinati tipi di provvedimenti, ma non contengono parametri utili a stabilire forma e soglia di sufficienza della motivazione, rinviando alla l. n. 241/1990 e alla sua formulazione lacunosa. Lo stesso vale per le norme che, stabilendo di motivare atti amministrativi generali e di regolazione, non richiedono un particolare livello di approfondimento della parte motiva dei vari atti né correlano l'assolvimento del dovere di motivare a quanto avvenuto nel corso della fase istruttoria, specie in rapporto agli apporti partecipativi degli interessati.

Altri indici normativi dipendono dalle sopravvenute riforme della l. n. 241/1990, caratterizzate da matrici culturali ed esigenze applicative lontane dal modello preconizzato dalla Commissione Nigro e dalla dottrina ad essa retrostante. Se nel 1990 la volontà del legislatore era quella di introdurre una serie di garanzie procedimentali volte a razionalizzare l'uso del potere amministrativo, già nel 2005 si intendeva evitare che il loro irrigidimento si traducesse in un formalismo tale da ostacolare il raggiungimento dei risultati attesi dagli apparati amministrativi[21].

Lo discontinuità culturale, vista retrospettivamente, non era di poco conto: mentre il legislatore del 1990 mirava a dare contenuto ai principi di legalità procedurale e di imparzialità sottesi alla generica formulazione dell'art. 97 Cost., il legislatore del 2005 intendeva bilanciare quei principi con una rinnovata visio-

---

20 Su questi aspetti sia nuovamente permesso richiamare A. Cassatella, *Il dovere di motivazione* nell'attività, cit., 21 ss.

21 Su questi aspetti cfr. A. Romeo, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2018, 551 ss.

ne del buon andamento, ossia con l'esigenza di rendere l'amministrazione capace di raggiungere risultati misurabili in termini di efficienza, efficacia ed economicità.

Concezione garantistica ed efficientistica andavano necessariamente integrate, ma la loro commistione era più agevole in astratto che in concreto, non potendosi certo tradurre in una riduzione delle garanzie procedimentali sottese all'impianto generale della l. n. 241/1990[22].

Si comprendono, da tale punto di vista, le ambiguità di alcune scelte legislative. Se, infatti, la riforma del 2005 ha saputo accentuare la dimensione garantistica del contraddittorio – come emerge dall'art. 10 *bis* – e dei correlati adempimenti anche ai fini della motivazione, non mancano disposizioni che non aggiungono alcunché all'identità dell'istituto e altre che, invece, ne alterano addirittura i contorni[23].

Vengono principalmente in rilievo le disposizioni degli artt. 21 *septies* e *octies* della l. n. 241/1990, introdotti dalla legge di riforma del 2005 e caratterizzati da un complessivo difetto di coordinamento rispetto alla formulazione originaria della legge. Mentre il legislatore del 1990 si era limitato a regolare alcuni momenti dell'attività, quello del 2005 ha avuto l'ambizione di disciplinare anche il regime del provvedimento, ma, nel farlo, è intervenuto in maniera frammentaria ed in difetto di una cornice definitoria generale quantomeno utile a tracciare i profili strutturali dell'atto amministrativo.

L'art. 21 *septies* ha il serio difetto di correlare la nullità del provvedimento all'assenza dei suoi elementi essenziali, senza tuttavia chiarire al semplice lettore e agli operatori quali siano tali elementi e, per quanto qui interessa, se la motivazio-

---

22 Né offre chiara riprova il dibattito sull'amministrazione di risultato, come compendiato in M. Immordino, A. Police, a cura di, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003; spunti di notevole interesse anche in A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed. Milano, 2017, 61 ss.

23 Sul rapporto fra art. 10 *bis*, aggravamento dell'istruttoria e contenuto della motivazione cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. II, 18 novembre 2025, n. 9018; Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2025, n. 3724; Cons. Stato, Sez. II, 19 novembre 2024, n. 9263. In dottrina cfr. M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2022, 595 ss.

ne rientri fra essi[24]. La mancanza emerge soprattutto in rapporto al fatto che la l. n. 241/1990 non contiene una norma utile a definire la struttura del provvedimento, sulla falsariga delle norme processuali sul contenuto della sentenza, come l'art. 88 c.p.a. o l'art. 132 c.p.c., e non permette di comprendere se, e come, l'assolvimento del dovere di motivare integri la formazione del provvedimento.

L'art. 21 *octies*, comma 2, ha il non meno grave limite di introdurre una surrettizia distinzione fra vizi formali e sostanziali, senza tuttavia fornire i criteri ermeneutici idonei a stabilire con chiarezza la linea di discrimine fra le due anomalie[25]. Questo porta a dubitare della stessa natura formale o sostanziale dei vizi degli atti caratterizzati da motivazioni assenti, imponendo di risolvere la questione ermeneutica attraverso non agevoli acrobazie interpretative incentrate sulla natura e sugli effetti dell'atto contestato[26].

Si comprendono, allora, le incertezze della giurisprudenza in ordine al sindacato dell'atto atto viziato da carenza di motivazione: se non si è mai giunti ad affermare la sua nullità, preferendo ricondurre il vizio alla violazione di legge o all'eccesso di potere, si continua a discutere in ordine alla natura formale o sostanziale del vizio, specie se riferito ad atti vincolati in astratto o per esaurimento delle alternative a disposizione dell'amministrazione[27].

---

24 Sulla disciplina dell'art. 21 *septies* e sull'evidente difficoltà di ricondurvi la motivazione dell'atto cfr. R. Chieppa, *La nullità del provvedimento*, in M.A. Sandulli, a cura di, *op. cit*., 1122 ss.; A. De Siano, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, 2018, specie 157 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, II ed. Milano, 2017, 269 ss.

25 Per una ricognizione della disciplina cfr. R. Giovagnoli, *I vizi formali e procedimentali*, in M.A. Sandulli, a cura di, *op. cit*., 1141 ss. e, in specie, 1155 ss.

26 Cfr. R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit*., 270 ss.

27 Continua a persistere, in giurisprudenza, l'orientamento che ritiene irrilevante il difetto di motivazione degli atti vincolati in astratto o in concreto, a fronte del fatto che il loro contenuto decisorio è del tutto univoco e che dal loro annullamento non deriverebbe, in capo al ricorrente, alcun effetto conformativo utile a determinare una differente conclusione del procedimento. Sui fondamenti teorico-applicativi della tesi cfr. sempre R. Giovagnoli, op. cit., 1150 ss. e, in particolare, 1152 ss., dove si osserva come l'annullamento dell'atto vincolato per mero difetto di motivazione non sarebbe correlabile né alla tutela dell'interesse legittimo in senso sostanziale – ossia come aspirazione a un dato bene della vita – né alla concreta utilità della sentenza di annullamento, che si risolverebbe in una vittoria di Pirro. In giurisprudenza, anche con riferimento alla possibilità di chiarire in corso di giudizio il contenuto della motivazione generica degli atti vincolati, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2025, n. 6268; Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2025, n. 2151; Cons. Stato, Sez. IV, 23 luglio 2024, n. 6620.

La disciplina sostanziale si interseca necessariamente con quella processuale, nella rammentata cornice assiologica della tutela effettiva, tale da orientare lo stesso esercizio dei poteri decisori del giudice, al quale si conferisce una certa discrezionalità nel valutare l'incidenza di un vizio dell'attività e dell'atto sulla concreta soluzione della controversia.

Se pur persistono indirizzi volti a enfatizzare l'esigenza di un sindacato pieno e sostanziale dell'atto nel solco delle tesi gianniniane del secondo Novecento[28], l'odierno punto critico del rapporto fra disciplina sostanziale e processuale riguarda il modo in cui il giudice rinuncia ad annullare l'atto palesemente immotivato quando sia possibile rintracciare *aliunde* la giustificazione di una data scelta.

Non si tratta, qui, di evitare che il processo si riduca a una caccia all'errore contenuto nella motivazione discorsiva, ma di lasciare priva di sanzione la violazione dell'art. 3, comma 1, della l. n. 241/1990 nel caso in cui emergano, nel corso del processo, ragioni sufficienti per ritenere inutile l'annullamento della decisione immotivata.

La tecnica attraverso cui la giurisprudenza giunge a questi esiti è rappresentata da un'interpretazione estensiva dell'istituto della motivazione *per relationem*, ben oltre il precetto individuato dall'art. 3, comma 3, della l. n. 241/1990. In questo caso, infatti, si assume che il provvedimento sia motivato anche con rinvio ad atti interni (si pensi ai dinieghi di pareri favorevoli vincolanti o di nulla osta), purché a propria volta motivati. Diversamente, la giurisprudenza ritiene che l'atto possa essere motivato *per relationem* – o, meglio, *aliunde* – quando nel corso del giudizio emergano elementi probatori utili a confermare la legittimità della decisione contestata.

L'unica condizione richiesta è che tali elementi preesistano all'atto e siano stati documentati nel corso dell'istruttoria procedimentale, anche se non esplicitati nella motivazione del provvedimento. Si comprende, allora, come la giurisprudenza qualifichi come esaustiva la motivazione *aliunde* quando «dal complesso degli atti del procedimento sono evincibili le ragioni giuridiche che supportano la decisione, in modo da consentire non solo al destinatario di contrastarle con gli strumenti offerti dall'ordinamento, ma anche al giudice amministra-

28 Nella giurisprudenza recente cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3670.

tivo, ove investito della relativa controversia, di sindacarne la fondatezza»[29].

Questo rilievo permette di superare la tesi, diffusa in giurisprudenza con l'avallo di un'ordinanza della Corte costituzionale, che vedrebbe inapplicabile al difetto di motivazione degli atti discrezionali e tecnici l'art. 21 *octies*, comma 2, della l. n. 241/1990[30]. Pure chi ammetta che la motivazione non è un vizio formale, trattandosi di un presidio indispensabile a tutela dell'imparzialità e trasparenza dell'agire pubblico, deve convenire che il rinvio agli atti del procedimento assolve a tali funzioni senza che sia necessaria un'esplicazione delle singole ragioni alla base dell'atto, evincibili dal dossier procedimentale.

Si comprende, così, perché la giurisprudenza ritenga che «la garanzia di adeguata tutela delle ragioni del privato non viene meno per il fatto che nel provvedimento amministrativo finale non risultino chiaramente e compiutamente rese comprensibili le ragioni sottese alla scelta fatta dalla pubblica amministrazione, allorché le stesse possano essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento, e ciò in omaggio ad una visione non meramente formale dell'obbligo di motivazione, ma coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 della Costituzione»[31].

La logica dell'effettività della tutela, declinata come esigenza di concentrazione del giudizio su tutti gli aspetti controversi della vicenda conflittuale, emerge anche nell'ambito della c.d. tutela cautelare di *remand*, mediante il quale il giudice può imporre all'amministrazione di motivare l'atto impugnato, esplicitando le ragioni alla base della decisione e fermo il divieto di addurre argomenti non emersi nel corso dell'istruttoria procedimentale.

In giurisprudenza questo modo di agire è stato lucidamente esplicitato.

---

29 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 2025, n.1513; Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2024, n. 5520.

30 Per questo più rigoroso orientamento cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 giugno 2024, n. 5688, con rinvio a Cort. Cost., ord., 29 aprile 2015, n. 92, che, a propria volta, richiamava altri precedenti del Consiglio di Stato al fine di vagliare la costituzionalità dell'art. 21 *octies*, comma 2, della l. n. 241/1990 in rapporto alla qualificazione dell'art. 3 della stessa legge come norma sulla forma dell'atto. Esclusa la natura formale del dovere di motivare e l'applicabilità dell'art. 21 *octies*, comma 2, si è dunque ritenuta inammissibile la q.l.c., evitando di pronunciarsi sulla generale compatibilità della disposizione con l'art. 113 Cost.

31 Cfr. Tar Napoli, Sez. III, 22 maggio 2024 , n. 3313; Cons. Stato, Sez. VI, 11 agosto 2021, n. 5847; Con. Stato, Sez. VI, 6 dicembre 2016, n.5150; Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2502.

Premesso che l'invito a rimotivare è ammissibile solo quanto «la carenza della motivazione equivale unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa», posto che in questo caso «siamo di fronte ad un vizio formale dell'atto e non della funzione», non si vedono ragioni per impedire all'amministrazione di «di tirare nuovamente le fila delle stesse risultanze procedimentali, munendo l'atto originario di una argomentazione giustificativa sufficiente e lasciandone ferma l'essenza dispositiva, in quanto riflette la corretta sintesi ordinatoria degli interessi appresi nel procedimento»[32].

Sempre secondo la predetta giurisprudenza, il ruolo proattivo del giudice nel dosaggio del *remand* cautelare consente di giungere a risultati soddisfacenti sia in punto di effettività della tutela che di complessiva efficienza del processo e del procedimento amministrativo. Si afferma, al riguardo, che attraverso il *remand* cautelare, la successiva convalida e la sua eventuale impugnazione con motivi aggiunti, si pervenga «al massimo ampliamento del contenuto di accertamento del giudicato amministrativo. Tale canone processuale si realizza facendo confluire all'interno dello stesso rapporto processuale - per quanto possibile - tutti gli aspetti della materia controversa dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita, evitando defatiganti parcellizzazioni della medesima disputa»[33].

Per quanto la tesi sia finemente sviluppata, non può sottacersi il *remand* consenta di emendare un vizio di per sé espressivo di un agire amministrativo contrario alla legge, contribuendo a ridimensionare la portata precettiva dell'art. 3 della l. n. 241/1990 e alterando gli stessi equilibri delle parti fra procedimento e processo. Per effetto di questo indirizzo, l'amministrazione meno incline ad agire nel rispetto della legge potrebbe essere addirittura incentivata a non motivare determinati atti, contando sulla disponibilità di un materiale istruttorio utile alla loro convalida su *remand*, e lasciando al destinatario del provvedimento sfavorevole l'onere di agire in giudizio per ottenere una decisione motivata, quando non ra-

32 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385.

33 Cfr. sempre Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2021, n. 3385.

zionalizzata a posteriori e sulla base delle argomentazioni difensive del ricorrente[34].

Sempre con riferimento ai poteri del giudice, non va trascurato il fatto che, molto spesso, il difetto di motivazione è censurato in uno ad altre patologie dell'attività amministrativa, ricondotte ai sintomi di eccesso di potere per travisamento del fatto, difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, perplessità.

Oggi come in passato, il giudice tende ad assorbire il difetto di motivazione nella disamina dei vizi dell'attività, annullando l'atto non in quanto immotivato, ma in quanto caratterizzato da vizi attinenti alla formazione della decisione. Alla base di questo assunto vi è la sovrapposizione fra disciplina processuale e procedimentale: l'assorbimento improprio del vizio di motivazione dipende dall'implicita assenza di un interesse all'accoglimento del motivo correlato alla sola violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990, e dall'implicita prevalenza dell'interesse pubblico alla conservazione degli effetti della decisione bene istruita, ancorché immotivata[35].

Con questo, tuttavia, il giudice non si limita ad evitare che il processo si riduca ad una caccia all'errore formale, ma altera – o almeno rischia di alterare – il contenuto stesso del proprio sindacato[36].

In queste situazioni si palesa, infatti, un duplice rischio: o il giudice risolve il sindacato nell'autonoma ricerca del fondamento (ciò che in altre lingue è *grund*, *reason*) della decisione, mascherando questa attività con decisioni di rigetto dei ricorsi che fanno leva sulla non manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della decisione; o evita di annullare l'atto immotivato dando per presunta, a fronte della mole dei documenti e della natura degli atti contestati, la loro fondatezza.

---

34 Si rinvia ancora una volta ad A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività*, cit., 47 ss.

35 Cfr. sempre A. Cassatella, *Il dovere di motivazione*, cit., 323 ss.

36 Numerosi gli esempi, soprattutto nei casi in cui l'amministrazione eserciti prerogative discrezionali o decida mediante valutazioni tecniche: il giudice, nel non annullare l'atto a seguito di una riconsiderazione del materiale istruttorio, può surrettiziamente confermare la decisione impugnata, pur trincerandosi retoricamente dietro formule che escludono il sindacato intrinseco del provvedimento o che salvaguardano la riserva di amministrazione, in formale e apparente ossequio alla separazione dei poteri. Per alcuni esempi recenti cfr. Cons. Stato, Sez. I, 3 febbraio 2025, n. 99; Trga Trentino-Alto Adige, Trento, 31 marzo 2023, n. 47; Tar Campania, Napoli, Sez. V, 8 marzo 2022, n. 1586.

Nel primo caso sembra di assistere al surrettizio controllo del merito dell'atto, che, ove ritenuto materialmente corretto e quindi opportuno, non abbisogna di essere annullato solo perché immotivato; nel secondo ad una sorta di rifiuto di giurisdizione, basato sull'implicita insindacabilità dell'atto discrezionale o basato su valutazioni tecniche opinabili o riservate.

Gli esempi non mancano e sono prevalentemente riferibili ad attività di polizia o di gestione dell'ordine pubblico.

In materia di ammonimenti e fogli di via si tende a qualificare il provvedimento come urgente e discrezionale, così da ritenerlo legittimo nonostante sia sorretto da motivazioni per lo più di stile, che fanno leva sull'urgenza del provvedere e sulla situazione di rischio percepito dalla vittima di stalking o condotte analoghe[37].

In materia di espulsioni prefettizie dello straniero il difetto di motivazione viene spesso assorbito in un giudizio di non manifesta irragionevolezza delle decisioni prese dall'autorità, esprimendo una certa deferenza nei confronti degli operatori che hanno diretto e immediato accesso ad informazioni utili a ricostruire il contesto familiare e relazionale del soggetto espulso[38].

Peculiari anche le vigente in materia di interdittive antimafia, dove si mostra una certa deferenza del giudice nei confronti dell'amministrazione e non mancano casi in cui si afferma la materiale fondatezza del provvedimento motivato *aliunde* con riferimento a risultanze investigative difficilmente intellegibili. Quanto si può in astratto condividere sul piano di una politica criminale di serio contrasto alle infiltrazioni delle mafie nell'economia non esime da una serie di

37 Sul punto si veda da ultimo L. Previti, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività di polizia*, in A. Cassatella, R. Chieppa, A. Moliterni, a cura di, *op. cit*., 337 ss. In giurisprudenza si vedano, ad esempio, Trga Trento, Sez. I, 14 gennaio 2025, n. 4 ; Tar Sicilia, Palermo, Sez. IV, 5 agosto 2024, n. 2391; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 27 maggio 2024, n. 1609. Non mancano pronunce di segno opposto: cfr. Cons. Stato, Sez. III, 1 settembre 2025, n. 7156; Tar Campania, Napoli, Sez. V, 11 luglio 2025, n. 5241.

38 Cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. I, 12 settembre 2023, n. 13727; Tar Lazio, Roma, Sez. I, 20 giugno 2023, n. 10441; Tar Lazio, Roma, Sez. I, 4 aprile 2023, n. 5721. In dottrina, per un inquadramento più ampio della questione, cfr. L. Galli, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa di gestione del fenomeno migratorio*, sempre in A. Cassatella, R. Chieppa, A. Moliterni, a cura di, *op. cit*., 311 ss.

dubbi in ordine al modo in cui vengono assunte simili decisioni[39].

Altro settore in cui si palesa questa tendenza è quello dei poteri emergenziali, dove l'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nell'emanare ordinanze o che sono proprie dell'attività dei vari commissari resta oggetto di un controllo sì estrinseco, ma non finalizzato a valutare la tenuta complessiva della motivazione, quanto a valutare sinteticamente se l'attività sia stata adeguatamente istruita[40].

Non possono trarsi generalizzazioni da alcuni orientamenti – tenendo conto del carattere non uniforme degli indirizzi formulati dai vari giudici –, né assumere nei confronti del fenomeno un atteggiamento ingenuamente censorio: si deve sempre tenere conto del crinale fra l'amministrare ed il giudicare, come pure della prudenza delle corti che non sono istituzionalmente tenute ad assumere la responsabilità di decisioni spettanti all'amministrazione.

Non possono tuttavia sottacersi le insidie di una concezione sostanzialistica del sindacato che, in concreto, finisce per giustificare materialmente l'autorità con un allentamento delle garanzie sostanziali e processuali esigibili nello Stato di diritto[41].

3. Costi del declino

39 Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 21 luglio 2025, n. 59; Cons. Stato, Sez. III, 14 aprile 2025, n. 3169; Tar Sicilia, Catania, Sez. IV, 7 aprile 2025, n. 1176. Per un temperamento cfr. Cons. Stato, Sez. III, 17 ottobre 2023, n. 9016. Cfr. sempre L. Previti, op. cit., 358 ss.

40 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 marzo 2025, n. 1767; Cons. Stato, Sez. V, 14 novembre 2023, n. 9761; Cons. Stato, Sez. V, 23 settembre 2024, n. 7715. Per approfondimenti si veda V. Di Capua, *Il sindacato giudiziale sulle attività amministrative emergenziali*, ancora in A. Cassatella, R.Chieppa, A. Moliterni, a cura di, op. cit., 427 ss.

41 Non si intende confutare, in questa sede, la costruzione del giudizio amministrativo come relativo al rapporto e non all'atto (o, come preferibile, al segmento di attività non conforme alle prescrizioni relative alla formazione della decisione amministrativa), se non per rilevare come sia tutt'altro che pacifica – nelle premesse, negli sviluppi e nelle sue conseguenze applicativa – la sua maggior capacità di garantire al ricorrente risultati utili, ossia una tutela effettiva. Lo dimostrano, con riferimento più alla prassi che alla teoria, gli indirizzi che fanno leva sulla predetta concezione e sulle sue rivisitazioni per garantire la riserva di amministrazione. Per una demistificazione della retorica del giudizio sul rapporto come seria alternativa a quello sull'atto (o sull'attività) cfr. M. Mazzamuto, *Riparto di giurisdizione: il riemergere dei fantasmi del passato*, in *Giust. Amm.*, 2025, 10; R. Villata, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 369 ss.

Nell'impostare un discorso critico attorno all'odierno declino della motivazione non possono sottacersi i vantaggi derivanti dall'impostazione seguita dal legislatore e dalla giurisprudenza, che possono ricondursi, in sintesi estrema, all'esigenza di non ossificare l'azione amministrativa e lo stesso processo mediante un esasperato richiamo alle forme[42].

La motivazione degli atti amministrativi, da questa visuale, non ha la medesima importanza che solitamente si attribuisce a quella delle sentenze. Mentre il giudice risolve un conflitto, ed è tenuto a motivare in fatto e in diritto le ragioni che determinano l'attribuzione di una certa utilità a favore di una o dell'altra parte, l'amministrazione esercita funzioni polimorfe, che impongono di interpretare in maniera elastica la sua stessa disciplina generale[43].

La funzione garantistica della motivazione si esplica appieno nell'ambito dei procedimenti contenziosi o a contraddittorio rafforzato, normalmente preordinati all'emanazione di sanzioni, atti ablatori, rifiuti[44]. In tutti gli altri casi il dosaggio delle garanzie può variare in rapporto ai fini perseguiti e all'urgenza del provvedere o del pervenire a determinati effetti.

Se si guarda all'evoluzione storica dell'istituto e al dibattito in tema non è difficile scorgere la radicata consapevolezza di questa caratteristica, che ha l'effetto di relativizzare la motivazione di attenuare la portata precettiva della stessa norma di principio.

Già Cammeo, che pur si era formato come processualista, avvertiva i rischi derivanti da una generalizzazione dell'obbligo di motivare tutti i provvedimenti,

---

42 Riecheggia, per chi vuole, l'ammonimento di Satta in ordine alla necessità di distinguere forma da formalismo, quest'ultimo inteso, in senso deteriore, quale come esteriorità alla quale «non corrisponde nessuna essenza»; diversamente dalla forma, come «essenza» di una cosa: così S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 84 s.

43 Sulla motivazione della sentenza, anche in comparazione con quella degli atti amministrativi, cfr. nella dottrina recente S. Gardini, *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali nel processo amministrativo*, Napoli, 2025, 41 ss.

44 Non a caso, è con riferimento a questo tipo di atti che si è affermata con più decisione la teoria garantistica della motivazione, come preordinate a garantire la difesa del privato nei confronti dei pubblici poteri, nell'ambito del c.d. paradigma relazionale dell'istituto, messo a punto dalla nostra dottrina nei primi anni '40 e fiorito soprattutto negli studi di G. Miele, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, ora in Id. *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 329 ss.; Id., *Il requisito della motivazione degli atti amministrativi*, *ivi*, 457 ss.; C. Mortati, *Obbligo si motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It*., III, 1943, 7 ss.

ravvisando in esso una fonte di possibili impacci per la speditezza dell'azione amministrativa[45]. Forti ed altri autori coevi, che dedicarono notevoli studi alla formazione di una teoria del provvedimento, furono in più occasioni indotti ad assimilare la formazione degli atti amministrativi a quella della volontà individuale, dando prevalenza al voluto sul dichiarato, che, con riferimento all'atto, stava a significare l'esigenza di un oggettivo raffronto fra quanto deciso e la cornice normativa di riferimento[46]. Pure gli Studiosi che svilupparono con maggiore consapevolezza una concezione dinamica dell'esercizio del potere e posero le basi per una disciplina del procedimento quale forma della funzione – Benvenuti, poi Allegretti, Berti, Pastori – ritennero più utile enfatizzare la partecipazione attiva del cittadino alla formazione dell'atto che le altre garanzie, compresa la motivazione[47]. Si è già visto, in esordio, come Giannini ridimensionasse l'istituto, ritenendo che più utili altre garanzie apprestate dall'ordinamento, sia in termini di adeguata formazione del personale che di intensità del sindacato[48]. Nigro stesso, che pur presiedette la Commissione di studio da cui scaturì buona parte della l. n. 241/1990 qualificava il provvedimento come riepilogo della decisione cu l'organo agente era pervenuto all'esito dell'istruttoria, ritenendo prevalente quanto deciso su quanto motivato[49].

L'art. 3 della l. n. 241/1990 ha dunque delle fragili radici, nonostante la Corte Costituzionale abbia ribadito come l'istituto rappresenti il baricentro dell'azione amministrativa ed un presidio necessario al fine di garantire la legalità

---

45 Cfr. F. Cammeo, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. It*., III, 1908, 253 ss.; *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, in *Giur. It*., 1913, III, 105 ss.; Id., *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi ed in particolare nei decreti su ricorso gerarchico*, in *Giur. It*., III, 1907, 105 ss.

46 Cfr. U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. Orlando, a cura di, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Milano, 1915, 718 ss.; ma si veda anche A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, 1915, 168 ss..

47 Cfr. F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, V ed., 1987, 94 ss., nonché U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo: un'ottica di democrazia partecipata*, in *Dir. Amm*., 2007, 779 ss.; G. Berti, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Soc*., 1980, 437 ss.; G. Pastori, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, a cura di, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, 805 ss.

48 Cfr. M.S. Giannini, *op. cit*., 257 ss.

49 Cfr. M. Nigro, *op. cit*., 1429 ss.

sostanziale della decisione[50].

Non è del resto un caso che lo stesso legislatore, lasciando inalterato il testo di legge, abbia nel 2012 novellato l'art. 2, comma 1, della stessa l. n. 241/1990, introducendo la motivazione in forma semplificata per tutti i casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza delle istanze che l'amministrazione non ritenga di poter evadere. Tenendo conto della vaghezza dei criteri indicati, che pur tradiscono influenze del linguaggio processuale, si comprende come il legislatore abbia inteso ridurre la complessità dell'adempimento proprio nei casi in cui, rifiutata la domanda, il cittadino necessita di maggiori garanzie[51].

Tutto congiura, pertanto, nel ritenere razionale il declino dell'istituto, quasi come un destino inevitabile per una garanzia che, in ultima analisi, pare più apparente che reale: all'amministrazione premono decisioni utili e stabili; al cittadino decisioni favorevoli; al giudice decisioni conoscibili nella loro base istruttoria; a nessuno, se non al terzo pregiudicato di riflesso da atti favorevoli, premono davvero decisioni motivate.

Una paradossale controprova delle ragioni del declino si ha con riferimento alla dottrina più recente, che, tentando di rafforzare la portata precettiva dell'art. 3 della l. n. 241/1990 e della legislazione speciale, si è scontrata con critiche di non poco conto in ordine alla fondatezza delle ricostruzioni proposte.

Chi scrive ha cercato di dimostrare come la motivazione sia sempre e comunque necessaria, a prescindere dalla sua rilevanza processuale, in quanto assunzione di responsabilità rispetto alla produzione di un dato effetto giuridico ed alla sua delimitazione in rapporto alle circostanze di fatto e di diritto rilevanti nel corso del procedimento. La tesi è stata criticata in rapporto ai casi in cui il legislatore esonera la stessa amministrazione dal motivare, sottendendo la difficoltà di proporre una teoria unitaria dell'istituto[52].

---

50 Cfr. la già menzionata Cort. Cost., ord., 29 aprile 2015, n. 92.

51 Sulla disposizione, che viene valorizzata soprattutto in quanto obbliga l'amministrazione a pronunciarsi espressamente – ma sinteticamente – senza rimanere inerte, cfr. M. Ramajoli, *Il declino*, cit., 894 ss.

52 Per questa critica cfr. F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli, a cura di, *op. cit.*, 404 s., sempre in riferimento ad A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività*, cit., 475 ss.

Un coevo studio di Mannucci sosteneva la tesi del diritto alla decisione motivata, il che incontrava limiti analoghi a quelli imputati alla tesi anzidetta, nel momento in cui la stessa legge escludeva la motivazione per determinate categorie di atti o comunque limitava la rilevanza del vizio in tutti i casi di provvedimenti vincolati o prive di alternative decisionali[53]. La monografia di Cocozza in ordine alla necessità di rafforzare i legami fra l'art. 3 della l. n. 241/1990 e i principi costituzionali sull'amministrare coglie nel segno, ma non supera i problemi attinenti ai possibili conflitti fra differenti opzioni di valore che trovano nella Carta ragioni per sostenere interpretazioni meno rigide dell'istituto[54].

Resta ferma, tuttavia, una convinzione di fondo, attinente ai costi derivanti dal declino dell'istituto, o, se si vuole essere più realistici, dal suo mancato decollo.

Il discorso va esplicitato muovendo, pragmaticamente, dalla condizione degli individui che incrociano l'amministrazione nell'esercizio delle proprie libertà civili ed economiche, come nel godimento di diritti sociali a soddisfazione condizionata dall'utile intervento degli apparati pubblici: è la posizione di chi si vede destinatario di un ammonimento o di un'interdittiva; di una sanzione edilizia o tributaria; dell'esclusione da una gara d'appalto o da un concorso pubblico; di un diniego di permesso di soggiorno o di un decreto di espulsione; del mancato accesso a un corso universitario o a una borsa di studio[55].

---

53 Cfr. G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni dell'atto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2012, 837 ss.

54 Cfr. G. Cocozza, *Contributo a uno studio della motivazione come essenza della funzione amministrativa*, Napoli, 2020.

55 In questa *Rivista* non sono mancati i contributi finalizzati a porre in rilievo la necessità di ricostruire il sistema delle relazioni fra amministrazione ed individui a partire dalla persona e dalle sue esigenze, come tutelate dall'ordinamento repubblicano. Al netto del richiamo ai valori espressi dalla Carta e da altre fonti sovranazionali, preme qui sottolineare l'esigenza di vagliare la tenuta di tesi e prassi interpretative anche in rapporto al loro concreto impatto nei confronti degli individui – specie se privi di adeguata formazione giuridica –, così da evitare che le teorie giuridiche si risolvano in logomachie spesso autoreferenziali. Sulla necessità di rimeditare dogmi e sistema anche in rapporto alla prospettiva personalistica repubblicana cfr., fra gli altri, P. Forte, *Enzimi personalistici nel diritto amministrativo, in questa Rivista*, 2017, 64 ss.; M. Monteduro, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in questa Rivista, 202, specie 69 ss. L.R. Perfetti, *L'amministrazione repubblicana. Un percorso di ricerca attraverso potere pubblico, sovranità, diritti fondamentali*, Milano, 2025, 2 ss.

Ragionando in concreto e assumendo le vesti del comune individuo, spesso privo degli strumenti culturali per comprendere il significato di una certa decisione e di valutarne gli effetti nel breve, medio o lungo periodo, tutti i ragionamenti attorno alla ridotta utilità della motivazione assumono un altro tono. È astrattamente vero che qualunque individuo può rivolgersi ad un consulente, o legale di fiducia, per chiedere un supporto professionale ai fini dell'interpretazione dell'atto, della valutazione dei suoi effetti pratici e delle possibili strategie difensive per la sua impugnazione, ma il soccorso professionale spesso giunge a pregiudizio maturato e prospettando come principale soluzione il ricorso al giudice: costoso, defatigante e non sempre utile.

Molti dei congegni richiamati in precedenza al fine di dimostrare come si manifesti in concreto il declino della decisione motivata non sono immediatamente noti al cittadino, né al suo legale, che spesso ne scopre il funzionamento in corso di causa o all'esito di una complessa vicenda processuale. Il consulente più avveduto può certo prospettare l'alea del giudizio e il rischio che al caso concreto si applichino misure tali da rendere infruttuosa la contestazione dell'atto, ma questo ragionamento ha gli effetti dissuasivi che lasciano insoddisfatta l'esigenza di tutela[56].

Se è vero che vi sono sempre casi in cui l'amministrazione motiva male o non motiva affatto, ma decide in maniera del tutto razionale e – se si vuole – condivisibile, questo non toglie che, da un punto di vista giuridico, i casi di maggiore importanza siano proprio quelli in cui si manifesta una patologia del sistema, ossia in cui non si motivi affatto, o si mascheri una decisione illegittima con una motivazione apparente ed inidonea a soddisfare gli standard imposti dall'art. 3 della l. n. 241/1990 e dalla legislazione speciale.

Sono proprio questi i frangenti in cui la percezione dell'ingiustizia, accompagnata da un'idonea assistenza legale, induce il cittadino ad agire in giudizio contestando, assieme all'atto, un modo di amministrare non rispettoso dei necessari equilibri fra autorità e libertà. Anche a tacere dell'alea del giudizio, dovrebbe far riflettere il fatto che il cittadino debba rivolgersi ad un giudice e affrontare i

56 Inevitabile il rinvio alle fondamentali pagine di R. JHERING, *La lotta per il diritto*, trad. it. Roma-Bari, 1960, 82.

costi iniziali del processo e dell'assistenza giudiziaria per avere contezza della motivazione di una scelta, imposta dalla legge e sovente rimasta implicita, se non occultata.

Sembra di poter giungere, per tale via, al nocciolo della questione. Posto che l'art. 3 della l. n. 241/1990 sia norma di principio e che come tale debba essere interpretata, il suo scopo primario va individuato non tanto nella giustificazione della scelta effettuata, quanto nell'adempimento di un dovere procedimentale che, in uno all'assunzione della responsabilità della decisione assunta, elimini le asimmetrie informative eventualmente emerse nel corso del procedimento e abbassi il più possibile i costi di transazione necessari alla piena conoscenza di quanto accaduto in sede istruttoria e decisoria[57].

Da tale angolazione, la norma non ha solo una valenza garantistica coerente con la sua collocazione fra i principi dell'azione amministrativa, ma assume pure una propria ragion d'essere ai fini della complessiva efficienza del procedimento e del processo.

Il motivare non è un adempimento defatigante o un intralcio rispetto allo spedito esercizio della funzione in casi di *routine*, quanto un modo per rafforzare la stabilità stessa delle decisioni assunte nel momento in cui permette al destinatario di valutare con immediatezza quanto accaduto nel corso del procedimento e perseguito dalla stessa amministrazione[58].

In tal senso, si può anche assumere che il cittadino abbia un "diritto" alla decisione motivata, ossia un aspettativa all'esercizio responsabile di un potere che deve rendere espliciti determinati percorsi decisionali non tanto al fine di garantire al cittadino l'utilità (teorica e astratta) alla decisione motivata, ma a quello di predisporre uno strumento utile a comprendere se esistano margini per una ulteriore tutela della situazione sostanziale pregiudicata dall'amministrazione[59].

---

57 Sulle asimmetrie informative e sui costi di transazione connessi all'esercizio delle funzioni amministrative, a possibile pregiudizio dei soggetti che non partecipano utilmente alla formazione del provvedimento o che comunque non sono in possesso di tutti i dati a disposizione dell'ente pubblico, cfr. G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 213 ss. e, soprattutto, 257 ss.

58 Questa, si ritiene, è la dimensione garantistica dell'istituto comune ai contributi scientifici di questo inizio secolo: così anche F. Cardarelli, *op. cit*., 405 ss.

59 È, questa, le tesi di G. Mannucci, *op. cit*., 871 ss., integrata in una prospettiva meno incline a strutturare i rapporti fra amministrazione e privati con la dicotomia diritti-obblighi e più

4. Reagire al declino?

Occorre ora chiedersi se, e come, sia possibile reagire al declino della decisione motivata facendo leva su un'interpretazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990 e della legislazione speciale finalizzata ad enfatizzarne la funzione informativa e, dunque, a valorizzarne l'autonoma utilità sostanziale.

A tal fine, si ritiene necessario svincolare l'analisi dell'istituto da considerazioni attinenti alla sua rilevanza processuale: i problemi attinenti alla profondità del sindacato ed all'effettività della tutela sono successivi ed eventuali rispetto a quelli inerenti alla necessità di motivare ed alla valutazione del contenuto precettivo dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Appare fuorviante, come già sostenuto in altre occasioni, ricostruire il regime giuridico di un istituto di diritto sostanziale in rapporto alla rilevanza che esso può eventualmente ed incidentalmente assumere in un successivo giudizio[60].

Se è vero che entro una concezione realistica dell'esperienza giuridica i rimedi precedono i diritti, e che l'effettività di un diritto dipende dal tipo di tutela accordata in caso della sua violazione, non bisogna cadere nella trappola rappresentata da una lettura esclusivamente giudiziale della disciplina amministrativa.

La prevalenza della prospettiva remediale, tipica dei sistemi a formazione pretoria, ha un senso proprio nel momento in cui manca una disciplina sostanziale dell'azione dei pubblici poteri, e in cui spetta al giudice colmare le lacune attraverso l'applicazione di principi generali o di altri criteri equitativi volti a rafforzare il livello di tutele. Altro discorso è praticabile in un contesto in cui la disciplina sostanziale già esiste, le lacune sono ridotte ed esiste, semmai, un problema di iperfetazione normativa tale da imporre al giudice dei bilanciamenti fra norme in conflitto o la soluzione di antinomie.

---

coerente con la tesi – altrove espressa – dell'esistenza di un dovere irrelato di motivare che scaturisce dalla stessa posizione organizzativa assunta dall'apparato pubblico nell'esercizio della funzione e nella produzione degli effetti giuridici previsti *ex lege*. Questo spiegherebbe anche le ragioni per le quali il dovere (di ridurre le asimmetrie e quindi di motivare) prescinde dalla partecipazione del privato al procedimento, dall'individuazione di controinteressati sostanziali rispetto alla produzione dell'effetto, dal carattere individuale o generale degli effetti.

60 Cfr. A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività*, cit., 321 ss.

Questo secondo contesto è quello tipico dell'attuale sviluppo del nostro e di altri ordinamenti, cosicchè la ricostruzione della portata precettiva dell'art. 3 della l. n. 241/1990 e della rilevanza giuridica della motivazione vanno condotte in rapporto a quanto la legge assicura al cittadino sul piano sostanziale, garantendogli utilità che precedono il processo e che sono semmai strumentali alla stessa azione in giudizio[61].

In questa chiave di lettura, che rafforza la dimensione relazionale dell'istituto, è possibile tracciare le caratteristiche fondamentali del dovere di motivare, rendendolo indipendente dalle sorti processuali del provvedimento e dalle caratteristiche del sindacato.

La prima caratteristica concerne il momento in cui l'atto dev'essere motivato, che coincide necessariamente con quello della sua formazione, al termine della fase decisoria del procedimento amministrativo[62]. In tal senso appare corretto affermare che la motivazione deve sempre precedere la formazione del provvedimento e la produzione dei relativi effetti, senza margini per consentire motivazioni a posteriori di qualunque genere, né – per quanto più interessa – un abuso della c.d. motivazione *aliunde*[63].

Se è vero che il giudice può formare la sua convinzione circa la legittimità di un atto in rapporto al materiale istruttorio raccolto ai fini della formazione del provvedimento, questo non toglie che l'art. 3, comma 1, della l. n. 241/1990, imponendo di "indicare" presupposti di fatto e ragioni giuridiche della decisione, vieti implicitamente la motivazione *aliunde*, salva l'eccezione rappresentata dalla motivazione *per relationem* cui fa riferimento il successivo comma 3.

---

61 Si riprende, qui, il classico pensiero di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 41.

62 Di rara ludicità, al riguardo, un inciso di F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in ID., *op. cit*., 568, per il quale l'atto amministrativo di risolve in una spendita di autorità (o, preferibilmente, in una assunzione di responsabilità, in termini non alieni nemmeno al pensiero dell'A.) «nel momento stesso in cui pretende di affermarsi».

63 Solitamente la giurisprudenza ragiona in questi termini per escludere l'integrazione in giudizio della motivazione, adducendo elementi non chiaramente emersi in sede istruttoria. Si ritiene, tuttavia, che in ottica garantistica non sia meno grave e lesivo delle prerogative individuali ricavare la motivazione dall'insieme di un materiale istruttorio non necessariamente univoco. Per l'orientamento su cui fanno leva queste argomentazioni cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 ottobre 2024, n. 8527; Cons. Stato, Sez. II, 15 giugno 2020, n. 3853.

La conclusione discende dal fatto che la motivazione *aliunde* non riduce alcuna asimmetria informativa fra cittadino e amministrazione, sia nel caso in cui questi abbia preso parte al procedimento ma non trovi nella motivazione dell'atto una fonte conoscitiva adeguata a comprendere il modo in cui si è formata una certa decisione, sia nel caso in cui non abbia preso parte al procedimento, trovandosi nella posizione di terzo rispetto ad una *res inter alios acta*.

Il fatto che, nel corso del giudizio, si possa ritenere sufficiente la motivazione *aliunde*, va circoscritto alle ipotesi in cui il ricorrente abbia preso parte al procedimento e, sulla base di quanto emerso in causa, sia possibile sostenere che gli fosse consapevole del percorso decisionale seguito dall'amministrazione, e, ciò non ostante, abbia comunque contestato l'atto in quanto immotivato.

Diversamente, qualora il soggetto ignaro dei percorsi conoscitivi e valutativi effettuati nel procedimento non sia stato posto nelle condizioni di conoscere, mediante indicazione esplicita, i presupposti di fatto e diritto della decisione, l'insufficienza della motivazione potrebbe essere sufficiente ai fini dell'annullamento dell'atto. Resta beninteso nella disponibilità del ricorrente, e nella sua autoresponsabilità, graduare le censure nei confronti dell'atto impugnato in maniera tale da poter ottenere l'assorbimento del motivo qualora il giudice sia nelle condizioni di annullare l'atto per più gravi difetti istruttori o errate valutazioni dei presupposti, senza margini per autonome valutazioni dell'organo giudicante in ordine all'interpretazione della domanda giudiziale.

La seconda caratteristica concerne la forma della motivazione, che, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 241/1990, dovrebbe essere sempre discorsiva, ossia esplicitata in un linguaggio comprensibile al destinatario o a terzi comunque interessati, senza eccessivi margini per il ricorso a motivazioni sintetiche o espresse in linguaggio simbolico, come nel caso della motivazione in forma numerica. La stessa regola dovrebbe applicarsi alla motivazione in forma semplificata, che non a caso impone comunque un "riferimento" (testuale) al punto decisivo in fatto o in diritto.

Altre semplificazioni sembrano dunque in contrasto con l'esigenza di eliminare le asimmetrie informative e i costi di transazione necessari ad agire in giudizio nei confronti dell'atto criticabile in quanto non ben motivato, il che per-

mette di ribadire le perplessità già ravvisate soprattutto nei confronti della motivazione in forma numerica: se essa non può essere esclusa in assoluto, occorre che il valore attribuito ad una data offerta o prova selettiva sia ricavabile dall'applicazione di coefficienti matematici comprensibili dall'interessato[64].

Diversamente, non sembra accettabile attribuire al numero una capacità esplicativa di giudizi espressi facendo applicazione di concetti indeterminati, come spesso avviene nell'ambito delle prove concorsuali o abilitative. Tradurre concetti come "chiarezza espositiva" o "completezza dell'argomentazione" in mere cifre – o anche in giudizi sintetici come "sufficiente" e simili – evidenzia il carattere tautologico del discorso e l'assenza di un'idonea capacità esplicativa dei codici comunicativi utilizzati.

Ne deriva che la motivazione numerica o sintetica non soddisfa gli standard richiesti dall'art. 3 della l. n. 241/1990, e che la sua possibile introduzione ad opera di leggi speciali dovrebbe incorrere in censure di costituzionalità per irragionevolezza e violazione del principio di imparzialità e responsabilità amministrativa, almeno nella parte in cui essa non applichi rigorosi criteri di graduazione dei giudizi, basati su coefficienti rigidamente prestabiliti e sull'uso di idonei algoritmi.

La terza caratteristica concerne la sufficienza della motivazione, da ricondurre al tipo di atto da motivare. La formulazione generale dell'art. 3 della l. n. 241/1990 assimila fenomeni da tenere distinti, imponendo comunque uno standard minimo applicabile a tutti gli atti ed attinente alla necessità di motivare tanto in fatto quanto in diritto.

Questa premessa porta necessariamente a distinguere i livelli di profondità richiesti a seconda del tipo di decisione assunta, senza cadere nell'equivoco di ritenere più agevole la motivazione degli atti vincolati rispetto a quelli tecnici o discrezionali[65].

Tenendo conto delle differenze proprie di ciascun caso e procedimento, non appare possibile fornire indicazioni specifiche, se non in rapporto all'esigenza

---

64 Per queste critiche si rinvia ad A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività*, cit., 340 ss. e, successivamente, F. Manganaro, *Cenni sulla motivazione del provvedimento amministrativo, in particolare sulla c.d. motivazione numerica*, in *Ratio Juris*, 2020, 1 ss.

65 Cfr. sempre A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività*, cit., 275 ss.

di motivare in modo tale da rendere chiaro al destinatario e a eventuali terzi potenzialmente interessati a impugnare tutto l'*iter* decisorio seguito, così da consentire autonome valutazioni in ordine all'utilità di agire o meno in giudizio per ottenere una pronuncia satisfattiva, nell'immediato o ai fini del riesercizio del potere.

La rilevanza preprocessuale della motivazione permette di ridimensionare anche i problemi applicativi correlabili alle disposizioni dell'art. 21 *octies*, comma 2, della l. n. 241/1990: contro le tesi estreme, orientate nel senso di negarne o imporne l'applicazione a tutti i casi di violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990, la soluzione più pragmatica va ricondotta al modo in cui una determinata questione è proposta al giudice dal ricorrente.

Il difetto di motivazione discorsiva può essere formale, e dunque surrogabile da una valutazione del contenuto dispositivo dell'atto, solo in rapporto alla documentazione e agli elementi di prova addotti in giudizio dalle parti e sui quali sia già svolto un contraddittorio procedimentale, o venga comunque esteso il contraddittorio processuale.

Va da sé che ove un atto non sia adeguatamente motivato e la violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990 sia l'unico vizio che il ricorrente è in grado di addurre fondatamente verso il provvedimento, senza elementi per verificare il suo contenuto dispositivo, non dovrebbero esservi ostacoli al suo accoglimento, essendo precluso al giudice assorbire il vizio sulla base di considerazioni sostanzialistiche decorrelate dalle argomentazioni delle parti[66].

Quanto osservato permette di inquadrare diversamente anche il *remand*. Assunto che attraverso questa misura propulsiva il giudice permetta all'amministrazione di ridurre, ora per allora, le asimmetrie informative alla base del conflitto, la misura ha l'effetto di consentire al ricorrente l'ulteriore contestazione dell'atto in unico giudizio. La soluzione appare almeno in astratto preferibile a quella che si avrebbe se il giudice annullasse e lasciasse libera l'amministrazione di rideterminarsi in senso conforme, salvo un nuovo giudizio di impugnazione. Va da sé che un adeguato dosaggio delle tutele imporrebbe al giudice di tenere conto del comportamento dell'amministrazione ai fini della condanna alle spese del giu-

66 Rinvio nuovamente ad A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività*, cit., 323 ss.

dizio, facendo gravare sulla parte pubblica il costo del ricorso effettuato "al buio" o, comunque, in un contesto informativo inadeguato.

Si tratta di misure minime, eppure praticabili senza eccessivo sforzo, così da verificare la tenuta dell'istituto o constatare la persistenza della sua crisi.

5. Un esperimento

A chiusura di queste pagine ci si può chiedere se esista una disciplina ottimale dell'art. 3 della l. n. 241/1990, capace di tenere conto di tutti i problemi sottolineati è di contrastare il declino della motivazione.

A mo' di esperimento, ben consci di tutti i limiti della tecnologia, lo si è chiesto all'intelligenza artificiale.

Con opportuni prompt, si è sollecitata una possibile riscrittura dell'art. 3 della l. n. 241/1990 tale da: a) enfatizzare la posizione di responsabilità di chi prende delle scelte, giungendo ad una decisione che implica la pregressa selezione di più alternative possibili; b) valorizzare la motivazione quale strumento utile a ridurre le asimmetrie informative sussistenti fra chi prende la decisione e chi ne subisce gli effetti, o è comunque interessato a valutarne le conseguenze; c) accentuare la dimensione sostanziale dell'istituto, di modo che non si possa ridurne la rilevanza mediante un sindacato giudiziale tutto imperniato sulla ricerca delle ragioni della scelta compiuta sulla base della documentazione messa a disposizione del giudice.

Questo il risultato ottenuto.

3 (Motivazione del provvedimento, degli atti amministrativi generali e dei regolamenti)

1. Ogni atto e provvedimento amministrativo, compresi gli atti amministrativi generali e i regolamenti, deve essere motivato in modo espresso, chiaro e completo, indicando le ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della decisione, nonché gli effetti giuridici e materiali prevedibilmente derivanti dall'atto, con riferimento agli interessi pubblici perseguiti e agli interessi privati o collettivi incisi.

2. La motivazione dà conto dell'istruttoria svolta, delle informazioni acquisite e delle valutazioni compiute dall'amministrazione, esplicitando il percorso logico-giuridico seguito e, nei casi di discrezionalità, le ragioni della preferenza ac-

cordata alle scelte adottate rispetto ad alternative ragionevolmente praticabili.

3. Con riferimento agli atti amministrativi generali e ai regolamenti, la motivazione:

a) esplicita le finalità perseguite, le esigenze di interesse pubblico poste a base dell'intervento e il quadro normativo di riferimento;

b) illustra i criteri generali di scelta, nonché le ragioni dell'opzione prescelta rispetto ad altre soluzioni astrattamente idonee;

c) dà conto degli effetti complessivi e differenziati dell'atto, anche con riguardo alle categorie di destinatari incisi e agli interessi contrapposti.

4. Quando l'atto discrezionale, individuale o generale, incide su posizioni giuridiche soggettive, su interessi diffusi o collettivi, ovvero produce effetti rilevanti sul piano economico, sociale o ambientale, la motivazione deve rendere intelligibile il bilanciamento effettuato tra gli interessi in conflitto, indicando i criteri adottati e il peso attribuito a ciascun interesse considerato.

5. La motivazione deve essere autosufficiente e contenuta nell'atto o negli atti espressamente richiamati e contestualmente conoscibili dai destinatari o dai soggetti comunque interessati. Non può considerarsi sufficiente, ai fini della legittimità dell'atto, la mera possibilità di ricostruire a posteriori le ragioni della decisione sulla base dell'insieme degli atti del procedimento o della documentazione acquisita in giudizio.

6. L'inosservanza degli obblighi di motivazione di cui ai commi precedenti costituisce violazione sostanziale delle regole del procedimento e non può essere sanata mediante integrazione postuma delle ragioni dell'atto, salvo quanto previsto dall'articolo 21 *octies*, secondo comma, nei limiti ivi stabiliti.

Appare subito evidente come l'intelligenza artificiale abbia sintetizzato una serie di informazioni fornite nei prompt e individuate mediante le proprie fonti di riferimento, formulando una serie di disposizioni che mimano alcuni luoghi comuni del dibattito in corso, con tutti i limiti del caso.

Ferme dunque le perplessità del *drafting* normativo, il modello ricavato offre notevoli spazi di riflessione in rapporto al livello di aggravamento istruttorio e decisorio necessario a reggere questo modello ed agli effetti che ne deriverebbero in punto di maggiore sindacabilità dei vari tipi di atto, con i connessi costi di

funzionamento dell'intero sistema amministrativo e giudiziale.

Appare evidente, al riguardo, il rafforzamento del dovere motivare che scaturisce da questa riscrittura, al netto dei dubbi in ordine all'interpretazione e applicazione di concetti come quello di "chiarezza" e "completezza" della motivazione. Al contempo, è altrettanto intuibile come una disciplina di tal sorta faccia gravare sui funzionari e titolari degli organi competenti a gestire un certo procedimento adempimenti di non poco conto, per i quali è necessario personale adeguatamente formato. Il tutto non esclude che – proprio per effetto dell'aggravamento del dovere – non aumentano i deprecati impacci per l'amministrazione, come anche i rischi dell'aumento dei conflitti interpretativi attorno a quanto motivato oltre che attorno a quanto deciso.

Si ha dunque la sensazione di essere all'interno di un circolo vizioso: se il declino lascia perplessi e insoddisfatti, il rafforzamento dell'istituto lascia presagire ulteriori problemi e torsioni applicative. Per uscire dall'impasse non bastano, evidentemente, le norme giuridiche, ma occorrono un'amministrazione e una cittadinanza responsabili, ossia capaci di gestire le proprie relazioni nel reciproco rispetto e nella chiarezza comunicativa che dovrebbe contraddistinguere un'amministrazione democratica operante in una società sensibile ai valori democratici.

Alberto Zito
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata
albertozito@legalprotection.it

La partecipazione ai processi decisionali dei pubblici poteri e il suo "stato di salute" nell'attuale evoluzione del sistema politico e giuridico

Participation in the public decision-making processes and its "state of health" in the current evolution of the political and legal system

Sintesi

A partire dagli anni Settanta del secolo scorso si registra una vera e propria esplosione della domanda di partecipazione ai processi decisionali pubblici.
Tra le cause scatenanti di questo fenomeno, rientra, in primo luogo, la crisi del tradizionale sistema dei partiti, dovuta, in particolare, alla progressiva incapacità di questi ultimi di veicolare, nel circuito della rappresentanza politico-parlamentare, i molteplici interessi individuali e collettivi espressi dall'articolazione pluralistica del corpo sociale.
Nello stesso periodo di tempo prende corpo, inoltre, la crisi del principio di legalità, a fronte della quale, la valorizzazione degli istituti di partecipazione procedimentale svolge un essenziale funzione di compensazione, assurgendo a fattore di legittimazione dell'esercizio del potere amministrativo.
Non mancano, però, elementi di criticità, idonei a mettere in discussione la possibilità di partecipazione ai processi decisionali pubblici: dall'esigenza, sempre più stringente in una società e una economia globalizzata, di assumere decisioni in tempi rapidi; al verificarsi con sempre maggiore frequenza di situazioni di emergenza, con il conseguente ricorso all'istituto del commissariamento, cui si accompagna la sospensione dell'ordine legale e l'attribuzione di poteri straordinari, che possono essere esercitati anche in deroga alla legislazione vigente; al sempre maggiore utilizzo dell'Intelligenza Artificiale da parte delle pubbliche amministrazio-

ni per svolgere le attività preparatorie della decisione finale e talvolta per elaborare anche una proposta di decisione; al ricorso da parte dei pubblici poteri di nuove tecniche di regolazione, quale per esempio il nudge, che costituiscono diretta applicazione dei risultati cui sono pervenute le scienze comportamentali, e la cui messa in opera prescinde dallo svolgimento di un procedimento in senso tradizionale.

Di qui, la necessità per i giuristi di affrontare e risolvere i molti problemi che si addensano introno alla partecipazione anche attraverso gli opportuni cambiamenti del tessuto normativo.

Abstract

Since the 1970s, there has been an increasing demand for participation in public decision-making processes. The main cause of this phenomenon is the crisis of the party system and the inability of the parties to represent adequately social interests at political level.

In the same period, the law's ability to effectively limit administrative action decreases. In response to these developments, the strengthening of procedural participation mechanisms has played a crucial compensatory role, emerging as a legitimizing factor for the exercise of administrative power.

However, several critical factors can undermine the role of participation in public decision-making processes: from the growing need for rapid decisions in a globalized society and economy; to the increasing frequency of emergency situations requiring the use of extraordinary administrations (commissioners), resulting in the suspension of the ordinary legal system and the granting of extraordinary powers exercisable in derogation of existing legislation; to the growing use of artificial intelligence by public administrations for preparatory activities and, at times, for drafting decisions; and, finally, to the adoption by public authorities of new regulatory techniques, such as "nudging," which constitute a direct application of the findings of behavioral sciences and whose implementation circumvents the implementation of traditional administrative procedures.

Hence, the need for legal scholars to address and resolve the many problems that are gathering around participation also suggesting through appropriate changes

at the regulatory level.

PAROLE CHIAVE: partecipazione democrazia partiti politici principio di legalità procedimento amministrativo globalizzazione

KEYWORDS: participation democracy political parties rule of law administrative procedure globalization

INDICE: 1. Qual è lo stato di salute della partecipazione: considerazioni introduttive. 2. I segnali di vitalità: dallo "Stato dei partiti" allo Stato della partecipazione". 3. I segnali di vitalità: la partecipazione come fattore di legittimazione dell'esercizio del potere ammnistrativo e come risposta alla crisi del principio di legalità. 4. Luci e ombre sulla partecipazione: considerazioni conclusive

1. Qual è lo stato di salute della partecipazione: considerazioni introduttive

Interrogarsi sull'attuale stato di salute della partecipazione nel nostro sistema giuridico ha una sua indubbia ragion d'essere, dal momento che, se per un verso tale istituto sembra godere di ottima salute, tuttavia non mancano sintomi di segno contrario che ci mostrano quantomeno segnali di stress.

Gli elementi che depongono per uno stato di salute eccellente della partecipazione sono senza dubbio molteplici. È sufficiente ricordare in primo luogo come quantomeno a partire dagli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso si registra nella realtà una vera e propria esplosione della domanda di partecipazione ai processi decisionali pubblici. A fronte di questa domanda vi è il progressivo e costante ampliamento dell'offerta di partecipazione o perché essa viene prevista e regolamentata dalla legge o perché essa si impone dal basso (ovvero in altri termini le istituzioni pubbliche si mostrano disponibili ad accogliere la suddetta domanda e a consentire l'espressione delle soggettività sociali a prescindere dall'esistenza di uno specifico fondamento normativo)[1]. La domanda di partecipazione, peraltro, si indirizza sempre più nei confronti di quelle decisioni che, quand'anche de-

1 Non si può non convenire sulla circostanza che il riconoscimento fattuale della partecipazione vada di pari passo con il suo riconoscimento a livello normativo. Nel nostro ordinamento molti sono gli interventi normativi che riconoscono e garantiscono la partecipazione dei privati, in forma individuale o associata, ai procedimenti amministrativi. Non vi è soltanto la legge n. 241 del 1990, il cui capo II è dedicato alla partecipazione, ma anche interventi settoriali che ampliano il novero dei processi decisionali in cui viene garantita la partecipazione. Una tale tendenza non soltanto si registra a livello di legislazione nazionale, ma anche a livello di legislazione regionale e di Statuti degli enti locali. E soprattutto non riguarda soltanto il nostro sistema giuridico, ma anche quello di altri ordinamenti siano essi nazionali o sovranazionali.

stinate a risolversi attraverso l'adozione di un atto formalmente amministrativo, hanno un contenuto e una sostanza politico-amministrativa[2] quali sono, ad esempio, le decisioni che debbono essere adottate nella materia delle grandi opere pubbliche, della riqualificazione urbana, della tutela ambientale e della tutela della salute. La spinta dal basso che ha alimentato l'incremento del tasso di partecipazione ai processi decisionali pubblici è stata peraltro preparata e sostenuta anche dal contributo offerto dalla dottrina successivamente alla entrata in vigore della Costituzione, soprattutto partire dagli anni Sessanta del secolo scorso. Le vie praticate per fare uscire la partecipazione dalla situazione di minorità in cui essa era stata consegnata a partire dall'esperienza dello Stato unitario sono diverse[3],

2 L'esistenza di atti amministrativi che hanno, come detto nel testo, un contenuto o una sostanza politica, è fenomeno ben noto allo studioso di diritto amministrativo. Sul quale non vale la pena indugiare se non per ricordare come lo stesso fenomeno della discrezionalità amministrativa veda un intreccio tra la dimensione politica e dimensione amministrativa ,atteso che la discrezionalità è anche, seppure non solo, la progressiva traduzione dell'indirizzo politico in indirizzo amministrativo fino al suo farsi provvedimento amministrativo senza che si perda nulla della sostanza politica ma raggiungendo nel contempo l'obiettivo della sua traduzione in atti giuridici sindacabili dal giudice amministrativa a garanzia delle situazioni giuridiche dei destinatari (per quest'ordine di idee cfr. in particolare G. Marongiu, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1969).

3 La minorità cui si fa riferimento nel testo è dipesa in primo luogo dal prevalere dell'ideologia liberale nel corso dell'Ottocento del secolo scorso, il cui modello teorico prevede la tendenziale separazione tra la società e lo Stato. La prima governata dal libero coordinarsi delle libertà che sono riconosciute ed in particolare delle libertà economiche. Il secondo governato dalle decisioni politiche assunte per il tramite della legge, In questo schema non vi era troppo spazio per predicare la necessità della partecipazione a livello di decisioni amministrative, perché la garanzia che i pubblici poteri non interferissero con le dinamiche presenti nella società e nel sistema economico era data dalla legge stessa che fissava i vincoli e le procedure cui l'azione amministrativa doveva attenersi. È ben vero che ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge per l'unificazione amministrativa del Regno l'amministrazione era tenuta ad acquisire "*le osservazioni e deduzioni in iscritto*" dei privati interessati prima di provvedere con decreto motivato in merito alle materie di sua competenza e che questa previsione poteva dare adito a pensare che in tal modo fosse garantita la partecipazione in tutti i procedimenti amministrativi. Tuttavia, non fu questa la soluzione che si impose a partire dalla stessa riflessione dottrinale. Cfr. in proposito V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *I Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, pp. 671 e ss. che dava per scontato che la previsione si riferisse unicamente ai procedimenti di secondo grado riguardanti i ricorsi amministrativi avversi atti già emanati (è di questo avviso F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 144, *"... dagli scritti dell'epoca questa intenzione non appare troppo chiara, ché anzi sembra che il legislatore intendesse riferirsi solo al ricorso*

tutte accomunate però dal comune riferimento al nuovo ordine costituzionale. E così si è potuto sostenere la sicura rilevanza dell'istituto della partecipazione nella stessa Costituzione ora valorizzando il combinato disposto di cui agli artt. 24, 97 e 113[4] ora collegando la partecipazione direttamente al principio democratico e alla sovranità popolare con la conseguenza che la partecipazione è da considerare come fondamentale espressione della c.d. democrazia amministrativa[5] ora proponendo una ricostruzione del ruolo della pubblica amministrazione vista non come (o non soltanto come) un potere derivante dallo Stato, ma innanzi tutto come una espressione della società stessa ossia un soggetto autonomo titolare di una libertà sociale -sia pure caratterizzata da una particolare doverosità- che interagisce con le altre libertà presenti nella società per la ricerca del bene comune[6].

Ma vi sono come detto altri fenomeni che depongono per uno stato di salute eccellente della partecipazione. Quest'ultima, infatti, viene sempre più riguardata come uno strumento indispensabile a far fronte alla cosiddetta crisi della rappresentanza politica, con la conseguenza che essa è (o appare) destinata a svolgere quel ruolo di mediazione tra la domanda sociale e la sua traduzione in

---

gerarchico". Quando poi dall'esperienza dello Stato liberale si passa all'esperienza dello Stato totalitario lo spazio per predicare la partecipazione a livello amministrativo si riduce, per ovvie ragioni, ancora di più. È solo con lo Stato sociale che il tema della partecipazione torna in primo piano. Posto che quest'ultimo tipo di stato, a differenza dello Stato liberale di diritto, non si limita a registrare la realtà per come essa è e a garantire che l'ordine sociale si determini dal libero esplicarsi delle energie presenti nella società stessa, ma è portatore di un disegno o progetto di trasformazione sociale che vuole la progressiva inclusione di tutti nella complessiva organizzazione civile, politica e sociale (come recita l'art. 3, comma 2, Cost.), che la partecipazione in quanto strumento di progressiva integrazione della persona, acquista una centralità e rilevanza sconosciuta in altre forme di stato e di governo.

4 Cfr. per questa impostazione U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965; G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969.

5 Cfr. per questa impostazione *ex multis* U. Allegretti, L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa, Milano, Giuffrè, 2009, cui si può aggiungere dello stesso autore quantomeno il saggio *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, pp. 151-166, in cui si legge che la democrazia partecipativa è "*un relazionamento della società con le istituzioni*" che comporta *"un intervento di espressioni dirette della prima nei processi di azione delle seconde"*.

6 È la ben nota tesi dell'amministrazione capovolta, che si deve a G. Berti, di cui cfr. in particolare *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, Cedam, 1994, pp. 396-397

scelte politiche o politico-amministrative, che non è più efficacemente garantito né dal meccanismo della rappresentanza parlamentare né dai partiti politici, stante la loro crisi, che appare come una crisi sistemica dai tratti quasi irreversibili. In quest'ottica, dunque, la partecipazione assume una funzione centrale rispetto al funzionamento dello Stato democratico, ponendosi come momento di congiunzione tra la sua base sociale e la costituzione in senso formale ovvero come momento di intersezione tra il fatto e il diritto. Siamo dunque ben oltre la prospettiva ricostruttiva delineata dalla dottrina del secolo scorso, perché in questo modo la partecipazione si candida ad essere il vero strumento di legittimazione dell'esercizio del potere pubblico e segnatamente del potere amministrativo nell'ambito del sistema democratico[7].

Un altro segnale dell'ottima salute di cui gode la partecipazione è il suo essere visto dalla dottrina e dalla giurisprudenza come uno strumento che può compensare quella che è definita come la crisi del principio di legalità. Ciò che si perde in termini di attenuazione della necessaria presupposizione legislativa, intesa sia nel senso della legalità formale sia nel senso della legalità sostanziale[8], può essere compensato dalla garanzia della partecipazione riconosciuta nella massima misura possibile a prescindere cioè dai vincoli che sono eventualmente previsti a

7 Il nesso quasi inscindibile tra democrazia e partecipazione è riconosciuto, oltre che dai giuristi, anche dagli studiosi di scienza della politica. Cfr. ex multis D. Della Porta, *Introduzione alla scienza politica*, Il Mulino, Bologna, 2002, in particolare p. 71 ss. Se peraltro si passano in rassegna solo alcune delle principali teorie sulla democrazia sino ad oggi formulate tale nesso trova evidente conferma. E così, solo per fare qualche esempio, si può ricordare come secondo R. Dahl (*Poliarchia. Partecipazione e opposizione,* trad. it., Franco Angeli, Milano, 1980) la caratteristica fondamentale della democrazia è la "*capacità dei governi a soddisfare in misura continuativa le preferenze dei cittadini in un quadro di eguaglianza politica*" e che a garanzia di ciò sta anche la necessaria possibilità del cittadino di esprimere le proprie preferenze di presentarle ai decisori politici mediante il ricorso ad un'azione individuale e collettiva (p. 27 ss.). Ribadisce il nesso tra democrazia e partecipazione M. Cotta, *Il concetto di partecipazione politica: linee di un inquadramento teorico*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica,* 1979, pp. 193-227, il quale mostra come la partecipazione in quanto riappropriazione del potere da parte dei cittadini meglio caratterizzi la sostanza anche etimologica del termine democrazia.

8 Sulla presupposizione legislativa di cui si parla nel testo cfr. A. Cardone, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011.

livello legislativo con riferimento ai soggetti che la possono attivare[9].

Se sulle tematiche indicate si tornerà nel prosieguo del lavoro, per il momento non si può non rimanere colpiti dalla parabola della partecipazione. Da istituto relegato ai margini del sistema giuridico ad elemento centrale per il buon funzionamento dello Stato e della sua forma di governo[10].

Eppure, non è tutto oro quel che luce, perché sono comparsi all'orizzonte fenomeni che sembrano determinare un ridimensionamento del ruolo della partecipazione, sicché, come si dirà nella parte conclusiva del presente saggio l'isti-

9 Vi è infine un ulteriore tassello, che compone il quadro sull'eccellente stato di salute della partecipazione, ed è dato dal fatto che sempre più spesso la partecipazione fornisce la base per la costruzione di quelle che sono state definitive vere e propria utopie giuridiche "imperfette", ossia fornisce la base per discorsi giuridici che prefigurano assetti dell'ordine sociale e politico che, pur non essendo attuali, lo possono potenzialmente diventare. Sebbene a prima vista non vi potrebbero essere ambiti di riflessione più distanti, perché il pensiero utopico mira ad elaborare modelli di società perfetta collocati in una dimensione atemporale e astorica, che non sono realizzabili né nell'immediato né in un futuro sia pure lontano, mentre il pensiero giuridico si occupa di un oggetto, il materiale normativo, che si colloca nel presente e che avanza una pretesa di influire sui comportamenti umani e di conformarli qui ed ora alle regole presenti in un dato sistema giuridico, non si può negare come le teorie utopiche abbiano sempre fornito materiali importanti per il cambiamento istituzionale e degli assetti sociali nonché per il trattamento dei dati di diritto positivo in una direzione che ne esaltasse i profili di innovatività piuttosto che quelli di conservazione dell'ordine esistente. Ed invero, a ben guardare, sia la progettazione del cambiamento istituzionale sia soprattutto l'interpretazione del quadro normativo rientrano a pieno titolo negli interessi del giurista e nel suo oggetto di riflessione e di ricerca. È sufficiente al riguardo ricordare come la Rivoluzione francese sia certamente debitrice del pensiero utopico che si sviluppa durante il secolo dei Lumi, come si riconosce in un significativo e recente saggio di un nostro storico del diritto (Cfr. M. Fioravanti, *Il <<felice naufragio>>. Diritto ed utopia tra illuminismo e rivoluzione*, in *Quaderni Fiorentini. Per la Storia del pensiero giuridico moderno*, 2024, 53, p. 59 ss.), e ccome la stessa Rivoluzione russa del 1917 possa essere vista come il tentativo di realizzare un modello utopico basato sulla liberazione della persona dal bisogno e sull'integrale uguaglianza fra gli esseri umani. Il fatto che dal tentativo di realizzare in concreto il modello utopico siano derivate ben presto vere e proprie distopie e dunque regimi politici dittatoriali e totalitari non sminuisce l'importanza del pensiero utopico. Proprio la partecipazione si è prestata ad offrire materiale per innestare discorsi utopici nella forma delle "utopie imperfette". Un testo esemplare che, secondo A. Romano Tassone, va in questa direzione è il volume di F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994. In questa opera l'autore, constatata la crisi della democrazia rappresentativa, intesa come concreta usura nel mondo contemporaneo del rapporto di rappresentanza tra governanti e governati, passa a delineare il modello di democrazia evoluta che viene proposto per far fronte a tale crisi, modello, definito con il termine "demarchia". Tale modello si basa sulla libertà attiva dei cittadini. Libertà che presuppone la loro consapevole partecipazione ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche e la fiducia reciproca che ciascun dei partecipanti, nell'esercizio della partecipazione stessa, si faccia

tuto della partecipazione non è privo di tensioni e movimenti contraddittori, che possono addirittura minare la sua pratica all'interno del sistema giuridico[11].

Prima di procedere oltre nell'analisi affrontando più nello specifico le questioni poste, sono opportune alcune precisazioni sull'oggetto della presente indagine. Se è indubbio che in generale il termine partecipazione si riferisca ad una attività, che è quella di prendere parte ad un qualcosa (oltre che all'essere parte di qualcosa), è però necessario ricordare come nell'ambito della riflessione giuridica si distingua tra la partecipazione in funzione di garanzia delle situazioni giuridiche soggettive dei privati, intercettate dall'esercizio del potere, la partecipazione in funzione collaborativa con i decisori pubblici, al fine di consentire l'assunzione della migliore decisione possibile, e la partecipazione che consente di innestare la

---

carico delle esigenze collettive, assumendo un atteggiamento non egoistico ma solidaristico. Sul lavoro di F. Benvenuti e più in generale sul tema delle "utopie imperfette" del giurista cfr. il magistrale saggio di A. Romano Tassone, *Il <<Nuovo Cittadino>> di Feliciano Benvenuti tra diritto ed utopia*, originariamente pubblicato in *Dir. Amm.*., 2018, oggi ripubblicato in A. Romano Tassone, *Scritti giuridici*, Vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, p. 1203 ss. Che la partecipazione si presti ad essere oggetto di discorsi utopici è riconosciuto anche nella letteratura politologica. Cfr. in proposito M. Cotta, *Il concetto di partecipazione politica ...,* cit. pp. 193-194, il quale osserva come non ci sia da stupirsi che nell'epoca della democrazia l'idea della partecipazione rappresenti una delle nuove frontiere del discorso utopico, in quanto la partecipazione è in grado di esprimere la riappropriazione del potere da parte dei cittadini. A rimarcare la centralità del tema del rapporto tra utopia e diritto può infine ricordarsi come intorno agli anni 2000 vi sia nella letteratura straniera, soprattutto nordamericana, un rinnovato interesse per il tema e come su di esso si sviluppi tra i giuristi un intenso dibattito. Cfr. in proposito S. Almog, A. Reichman, *On Law and Utopia: Rules Vs. Principles*, in *Utopian Studies*, 2003, Vol. 14, No. 1 (2003), pp. 143-148, secondo cui il dibattito in argomento può contribuire alla migliore comprensione del diritto, dell'utopia e delle loro relazioni ed interazioni.

10 Sulle difficoltà di riconoscere alla partecipazione il rango di istituto avente rilevanza e garanzia costituzionale e sul contributo della dottrina al fine del superamento di tali difficoltà cfr. L. Buffoni, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, pp. 277-301.

11 Gli elementi di contraddizione che avvolgono la partecipazione sono, sia pure da una prospettiva diversa da quella indicata nel testo, colti ed illustrati da T. Bonetti, *La partecipazione strumentale*, Bologna, Bologna University Press, 2022, il quale nell'introduzione della monografia dopo avere ricordato le posizioni di tre studiosi (G. Berti, M. Nigro, F. Benvenuti) tutte volte a rimarcare la centralità della partecipazione ed il suo essere un principio cardine del rapporto tra poteri pubblici e cittadini in un ordinamento democratico, riporta i passaggi di alcune recenti sentenze del giudice amministrativo che in un modo o nell'altro ridimensionano (cfr. pp. 7-8).

democrazia a livello di azione amministrativa. Sebbene vi siano diversità importanti anche a livello di disciplina giuridica tra le diverse forme di partecipazione, tuttavia gli indici rivelatori da cui sembra emergere un eccellente stato di salute della partecipazione stessa, cui si è in precedenza fatto riferimento, riguardano tutte le tipologie di partecipazione che sono state enucleate dalla dottrina. Quando si è accennato alla circostanza che la partecipazione è un istituto di democrazia amministrativa o che la stessa può essere un efficace antidoto sia alla crisi della rappresentanza politica sia alla crisi del principio di legalità o ancora che la partecipazione costituisce la base per la progressiva realizzazione di disegni utopici, ebbene nessuna delle forme di partecipazione può dirsi estranea alle predette circostanze. Quello che può variare è l'intensità del loro coinvolgimento. Il che giustifica che un discorso sullo stato di salute della partecipazione possa ben assumere come si farà nel presente lavoro, un carattere unitario.

2. I segnali di vitalità: dallo "Stato dei partiti" allo "Stato della partecipazione"

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione si è svolto un intenso dibattito tra gli studiosi di diritto pubblico sul partito, sul sistema dei partiti e sullo "Stato dei partiti"[12], intendendosi con tale ultima espressione quella forma democratica dello Stato in cui il rapporto tra società civile ed istituzioni pubbliche è determinato e garantito attraverso il sistema dei partiti[13]. Il che fa sorgere immediatamente una domanda: posto che la partecipazione viene sempre più spesso evocata co-

12 Sul dibattito cui si fa riferimento nel testo e sulle diverse posizioni espresse dalla dottrina italiana cfr. A. Ridola, *Partiti politici*, in *EdD*, Vol. XXXII, Milano, Giuffrè Lebfebre,1982, pp. 66-127.

13 La definizione di "Stato dei partiti" si trova nel saggio di A. Negri, *Lo Stato dei partiti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb*., 1964, pp. 1-60, poi ripubblicato in A. Negri, *La forma stato. Per una critica dell'economia politica della Costituzione*, Feltrinelli, Milano, 1977, pp. 111-149 (la definizione è alla p. 111 di tale volume e si precisa che d'ora in avanti le citazioni relative a tale saggio saranno fatte con riferimento al volume del 1977 in cui è stato ripubblicato). L'espressione ricorre spesso nel dibattito giuridico e non solo in quello italiano. Come ricorda P. Ridola, *Partiti politici*, cit., in particolare p. 93 ss., l'origine del sintagma è da ricercare nella crisi dello Stato liberale e nella nascita dei partiti di massa, fenomeno che si può collocare, nell'esperienza dei paesi europei, tra la fine dell'Ottocento e i primi anni del Novecento. La novità che il dibattito sullo "Stato dei partiti" coglie è data dalla circostanza che i partiti di massa sembrano avanzare una pretesa monopolistica nel tradurre gli interessi sociali in indirizzi politici da riversare poi nell'azione e nelle decisioni formali degli organi statali siano essi il Parlamento o il Governo.

me uno strumento in grado di fare fronte alla crisi della rappresentanza politica assicurata dai partiti, si potrebbe oggi affermare che lo "Stato dei partiti" è stato sostituito dallo "Stato della partecipazione"? Ovvero, per dirla in modo più chiaro, che siamo oggi in presenza di uno Stato in cui il rapporto tra società civile e pubblici poteri è determinato e garantito anche, se non addirittura in massima parte, attraverso un sistema di partecipazione dei cittadini singoli e associati alle decisioni pubbliche ed in particolare alle decisioni che hanno natura amministrativa ancorché una sostanza politico-amministrativa?

La questione è di un certo spessore teorico perché a seconda della risposta che ad essa si ritiene di dovere dare possono prodursi effetti significativi sulla forma di governo e sulla stessa forma di Stato.

Per procedere con ordine occorre in primo luogo individuare quali sono le caratteristiche essenziali di quello che è stato definito lo "Stato dei partiti". I partiti moderni, ossia i c.d. partiti di massa, nascono per effetto del passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse, per usare la felice espressione di M. S. Giannini,[14] e con lo scopo di creare un canale stabile ed organizzato in grado di convertire la domanda sociale in domanda politica[15]. È opportuno precisare che, quando si parla di domanda sociale, si intende fare riferimento agli interessi molto spesso confliggenti, di cui sono portatori le soggettività individuali e collettive presenti nella società e dunque l'accezione in cui il sintagma viene qui utilizzato è lontanissima da qualsiasi ipotesi di confuso organicismo comunitario. Del pari è opportuno precisare che, quando si parla di conversione della domanda sociale in domanda politica, si fa riferimento alla sua ritraduzione in programmi politici che aspirano ad essere riversati negli atti giuridici formali in cui si esprimono le scelte politiche di governo di una comunità politica.

---

14 Cfr. M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986.

15 Il fatto che i partiti politici moderni siano uno strumento importante per consentire a gruppi sociali sempre più vasti di essere immessi nel sistema politico e che in tale modo la domanda sociale possa trasformarsi in domanda politica e aspirare ad essere assunta nelle decisioni politiche delle istituzioni pubbliche è un fatto riconosciuto non solo ella letteratura giuridica, ma anche nella letteratura politologica e sociologica. Cfr. in proposito A. Oppo, *Partiti politici*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Utet, edizione 2024, pp.685-691.

I partiti politici, dunque, nascono anche e soprattutto per garantire la rappresentanza degli interessi sociali e la loro mediazione ed integrazione nell'ambito del sistema politico prima e poi del sistema istituzionale ossia giuridico-formale. Proprio in ragione di tale ruolo essi hanno sempre avuto una duplice natura: attori che si muovono nel sistema sociale, per un verso, e, per altro verso, attori che si muovono nel sistema politico democratico, concorrendo alla formazione dell'indirizzo politico che anima e sorregge le scelte che vengono compiute a livello di istituzioni formali. Ed è proprio questa duplice natura del partito che ha sempre reso difficile la sua qualificazione dal punto di vista giuridico[16], tanto è vero che alla loro definizione si perviene attraverso due negatività: il partito politico moderno in un sistema democratico non è né organo dello Stato né un soggetto riconducibile ad una dimensione puramente privatistica[17]. Se una definizione basata su due negatività non soddisfa forse le esigenze di certezza e di rigore proprie della riflessione scientifica, tuttavia essa ha costituito il punto di forza del partito che consentiva ad esso, per un verso, di non perdere il forte radicamento nella società e, per altro verso, di muoversi in stretto contatto e raccordo con le istituzioni formali.

Dalle considerazioni svolte si intravvedono in modo abbastanza netto delle assonanze significative tra sistema dei partiti e sistema della partecipazione. Se la

16 Esemplare della difficoltà di qualificare dal punto di vista giuridico i partiti è la monografia di P. Virga, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1950, nella quale si distingue tra il partito come associazione, il partito come istituzione, il partito come elemento del sistema di governo e il partito come organo. La dottrina coeva, che critica una simile frammentazione della figura del partito, ritenendola per un verso troppo analitici e per altro verso non in grado di spiegare il fenomeno nell'ambito del diritto pubblico non può però fare a meno di attestarsi sulla distinzione tra partito come associazione partito come organo. Sul punto cfr. R. Poggeschi, *Sui partiti politici come associazioni*, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 1952, pp. 536-541. Anche chi con decisione propende per la tesi dei partiti come organi dello Stato è poi costretto ad "ammorbidire" tali posizioni lavorando sul piano linguistico. Esemplare in tal senso la ricostruzione di S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, 2 ed. rivista, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 178-180, dove si parla dei partiti in termini di organi ausiliari del governo).

17 Cfr. A. Negri, *Lo stato dei partiti*, cit., p. 128, dove si legge che *"questa figura del partito (e del sistema dei partiti) che resta a mezzo tra associazione ed organo, tra società e Stato, è infatti tutt'altro che atta a soddisfare il gusto ed il bisogno giuridici di definizioni compiute, non ambigue e sfuggenti: Eppure è proprio in questa ambiguità che consiste la vita del partito. Le perplessità van quindi cancellate. Solo attraverso questa ambiguità si esercita infatti la funzione del partito e del sistema dei partiti, di meccanismo di integrazione della volontà popolare nel meccanismo dello Stato"*.

partecipazione degli attori sociali ai processi decisionali dei pubblici poteri, soprattutto quella che si esercita negli ambiti di materie indicati nel paragrafo precedente, viene sempre più considerata come uno strumento che consente di fare fronte alla crisi dei partiti politici nei sistemi democratici e alla loro capacità di rappresentanza della domanda sociale, ebbene gli attori della partecipazione soprattutto se collettivi assumono un ruolo non troppo dissimile da quello dei partiti ossia il ruolo di traduttori della domanda sociale in domanda politica ossia in domanda che chiede con forza di condizionare e penetrare nell'ambito delle decisioni formali assunte dai pubblici poteri.

Ma le assonanze non finiscono qui. Se da una prospettiva di analisi incentrata sulla natura e il ruolo dei partiti politici, si passa ad una prospettiva che guarda ai tratti qualificanti del sistema dei partiti si scoprono altri significativi punti di contatto. Quali siano i tratti caratteristici del suddetto sistema, individuati nell'ambito anche della riflessione giuridica, è presto detto. Il sistema dei partiti in un sistema democratico si basa su alcuni pochi principi indefettibili. In primo luogo la necessaria esistenza di una pluralità di partiti, tanti quanti sono quelli che nascono nel vivo della realtà sociale[18]. In secondo luogo la comune adesione al metodo democratico[19]. In terzo luogo la capacità di mediazione dei conflitti tra gli interessi sociali che viene fatta valere attraverso il metodo della processualità basato sul confronto, sulla discussione e sul dibattito[20].

---

18 Come è stato giustamente rilevato lo "*... stesso concetto di partito presuppone ... la molteplicità di altre associazioni in modo analogo esercitanti una funzione di rappresentanza di interessi individuali e di gruppo*" (così A. Negri, *Lo stato dei partiti*, cit., p. 121),.

19 Cfr. sul punto A. NEGRI, *Lo stato dei partiti*, cit., p.129-130 il quale ricorda come nel sistema dei partiti *"... tutto è alla fin fine discutibile ...; tutto può essere gettato nel fuoco del conflitto sociale: tutto tranne però la fiducia in un comune metodo, e nei principi di questo metodo, tranne quella comune lealtà che, prolungandosi nel tempo, costituisce la base del sistema*".

20 Il metodo della processualità, che si rinnova incessantemente al fine di raggiungere sempre nuovi punti di mediazione, non riguarda soltanto il funzionamento del sistema dei partiti, ma può essere elevato a principio che deve caratterizzare anche l'azione dei pubblici poteri ed in specie delle pubbliche amministrazioni, come sottolineato, ad esempio, da G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 800 ss. Sulla questione della processualità nel senso indicato da G. Berti, la monografia più approfondita ed impegnata, nell'ambio degli studi amministrativistici, rimane quella di M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo. Parte prima. Contenuto e struttura*, Padova Cedam, 2012. Non si può infine non sottolineare come la processualità, intesa come

Se queste sono le caratteristiche proprie del sistema dei partiti esiste una stretta parentela tra questo sistema e quello della partecipazione ai processi decisionali dei pubblici poteri specie allorquando con essi si adottano scelte aventi una sostanza politico-amministrativa. Così come è stato difficile qualificare la natura giuridica dei partiti, che ha sempre oscillato tra i due poli della società e dello Stato (ora soggetti privati, ora organi dello Stato, ora ne l'una né l'altra cosa), altrettanto è a dirsi per gli attori collettivi della partecipazione che non sembrano riconducibile né in una dimensione puramente privata né in una dimensione pubblicistica. Così come i partiti politici concorrono alla formazione dell'indirizzo politico altrettanto è a dirsi oggi per gli attori collettivi della partecipazione. Così come il sistema dei partiti è necessariamente pluralista, altrettanto è a dirsi per il sistema della partecipazione. Così come il sistema dei partiti realizza il processo di integrazione/mediazione tra la domanda sociale e la domanda politica attraverso il metodo della incessante processualità, altrettanto è a dirsi per il sistema della partecipazione.

Per tornare dunque alla domanda posta all'inizio di questo paragrafo ben si può affermare che dallo "Stato dei partiti", che si è imposto nella seconda metà del Novecento del secolo scorso, si sia passati ad uno "Stato della partecipazione", in cui il rapporto tra la società e le istituzioni pubbliche non è affidato unicamente al sistema dei partiti, ma si basa anche e soprattutto sulla partecipazione degli attori, in particolare collettivi, ai processi decisionali pubblici.

Naturalmente questo passaggio, di cui occorre essere consapevoli soprattutto nella riflessione giuridica, apre nuovi scenari d'analisi e nuovi problemi. Non soltanto deve indurre a chiedersi se e quali effetti esso determini sulla forma di Governo e sulla stessa forma di Stato, rilanciando il problema del rapporto tra Costituzione formale e Costituzione materiale, ma pone anche la questione se e in che misura sia necessario un qualche intervento a livello legislativo che definisca sia pure per principi generali un vero e proprio statuto giuridico della partecipazione ai processi decisionali pubblici da parte degli attori collettivi, non potendo a tal fine bastare le normativa di settore che disciplina il fenomeno.

---

momento di ricomposizione del conflitto tra gli interessi attraverso la mediazione, sia una caratteristica dello stesso Stato democratico di diritto, perché nessuna democrazia e nessun ordinamento democratico può farne completamente a meno.

Il problema dello statuto giuridico si pone con una certa urgenza, se si considera anche il fatto che la partecipazione collettiva può avvenire sia attraverso i c.d. gruppi di pressione sia attraverso i movimenti sociali che si formano di volta in volta nella società. Questi due soggetti presentano, come è ben noto alla riflessione politologica, profonde diversità. I gruppi di pressione sono soggetti stabili e organizzati, dotati di adeguate risorse conoscitive ed economiche, in grado di incidere -attraverso la partecipazione- in modo efficace sui processi decisionali; i movimenti sociali sono meno organizzati (tant'è che si parla di loro in termini di organizzazioni informali), dispongono di minori risorse conoscitive ed economiche (ancorché possano avere una capacità di mobilitazione maggiore) e proprio in ragione di ciò la loro azione può risultare meno efficace rispetto alle scelte dei decisori pubblici[21].

Vi è dunque un'evidente asimmetria tra i due tipi di soggettività collettive, che pone un rilevante problema in primo luogo sul versante dell'uguaglianza, al quale uno statuto giuridico della partecipazione degli attori collettivi ai procedimenti decisionali pubblici, specie con riferimento a quelli destinati ad assumere decisioni che hanno natura politico-amministrativa, deve necessariamente fare fronte attraverso ad esempio la previsioni di meccanismi che possano riequilibrare il rapporto tra gruppi di pressione e movimenti sociali[22]. Si tratta di una problematica che per il momento non ha attratto la riflessione giuridica, che si è il più delle volte limitata ad esprimere un giudizio positivo sulla diffusione dell'azione collettiva volta a partecipare ai processi decisionali pubblici, sottolineandone la sua rilevanza nella Costituzione, grazie al riferimento alle formazioni sociali e alle garanzie ivi previste. Ma è evidente come, se si affida alla partecipazione, come viene predicato dalla dottrina, il compito di fare fronte alla crisi della rappresentanza del sistema dei partiti, il problema delle asimmetrie tra gli attori collettivi ed

21 Sui diversi caratteri dei gruppi di pressione e dei movimenti sociali cfr. D. Della Porta, *Introduzione ...,* cit., pp. 95-122.

22 L'asimmetria tra gruppi di pressione e movimenti sociali è analizzata e riconosciuta dai politologi. Cfr. in proposito V.O. Key, *Politcs, Parties, and Pressure Groups*, New York, Crowell, 1964, secondo cui, sebbene l'antagonismo tra i vari attori collettivi possa essere un fattore di riequilibrio delle diseguaglianze, tuttavia in molte circostanze esso non è particolarmente efficace, perché gruppi ben disciplinati e ampiamente dotati di risorse necessarie spesso non sono contrastati da organizzazioni di eguale forza (p. 150).

in particolare tra i gruppi di pressione e i movimenti sociali non può essere eluso ma deve essere affrontato individuando i necessari fattori di riequilibrio, perché come è stato ricordato *"il coro pluralista ... canta con un forte accento delle classi alte"*[23].

3. I segnali di vitalità: la partecipazione come fattore di legittimazione dell'esercizio del potere amministrativo e come risposta alla crisi del principio di legalità

Mettere in connessione il principio di legalità dell'azione amministrativa con lo stato di salute eccellente della partecipazione è operazione che trova una sua esplicita ragion d'essere. Come è noto il principio di legalità sembra conoscere una crisi che viene concordemente riconosciuta dalla dottrina pubblicistica, sia sul versante degli studi di diritto costituzionale sia sul versante degli studi di diritto amministrativo. La crisi nasce dall'osservazione tanto delle scelte legislative quanto degli orientamenti giurisprudenziali. Non si tratta peraltro di una crisi che si origina dal fatto che determinati poteri e atti, attivabili in situazioni di emergenza, sembrano sfuggire al principio di legalità. Tale problematica è infatti ben nota e studiata sin dalla nascita dello Stato di diritto nel corso dell'Ottocento ed ha impegnato la dottrina in uno sforzo imponente volto a riportare i poteri e le ordinanze c.d. extra-ordinem nell'alveo della legalità, in particolare dopo l'entrata in vigore della Costituzione nell'alveo della legalità costituzionale[24].

---

23 Cfr. E.E. Schattschneider, *The Semi-Sovereign People. A Realist's View of Democracy in America*, New York, Holt, Rinehart & Winston, p. 60.

24 Sulla questione dei poteri extra-ordinem e delle ordinanze contingibili e urgenti la bibliografia è sterminata. In questa sede per un verso può essere utile richiamare quelle posizioni che in modo più o meno drastico negano la compatibilità del potere di ordinanza extra-ordinem con l'ordine costituzionale. La ragione di tale incompatibilità è stata rinvenuta nel fatto che nella nostra Costituzione l'unico caso che disciplina situazioni di emergenza e necessità si trova nell'art. 77, che attribuisce al Governo la possibilità di adottare decreti-legge. Da ciò la conseguenza che una norma di legge, che conferisca il potere d'ordinanza contingibile ed urgente al di fuori dello schema di cui al predetto art. 77 Cost. risulterebbe in evidente contrasto proprio con tale disposizione (per questa posizione cfr. in primo luogo C. Esposito, Decreto-legge, in EdD, vol. XI, Milano, Giuffrè, p. 831 ss. ed in particolare pp. 866-867; la tesi è stata poi ripresa anche in tempi più recenti da G. U. Rescigno, Sviluppi e problemi nuovo in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale, in Giur. Cost, 1995, pp. 2189-2190, il quale, commentando la legge n. 225/1992 sulla protezione civile, individua diverse ragioni di incostituzionalità tra le

Si tratta invece di una crisi dello stesso modello teorico del principio di legalità assunto come principio generale regolativo dell'attività autoritativa della pubblica amministrazione. Ebbene, di fronte a questa crisi, la partecipazione viene sempre più spesso evocata ed invocata per compensare tale crisi al fine di non disperdere le garanzie per i privati che il menzionato principio assicura.

Mai, dunque, come in questo momento storico il nesso tra legalità e partecipazione è così stretto da giustificare che su di esso sia necessario concentrare l'attenzione con l'obiettivo di verificare se l'utilizzo della partecipazione come fat-

---

quali le più significative sono il fatto che la competenza del Consiglio dei ministri sia limitata alla dichiarazione dello stato di emergenza con conferimento del potere di adottare le ordinanze contingibili ed urgenti ad altre autorità amministrative; il fatto che le ordinanze in quanto tali non sono soggette al controllo di costituzionalità; il fatto che il Parlamento non ha alcuna possibilità di intervenire nelle decisioni sull'emergenza?; la tesi dell'incostituzionalità è stata infine di recente rilanciata da G. Marazzita, L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli, Milano, Giuffrè, 2003 con argomentazioni che riprendono e sviluppano con accenti di novità la posizione di C. Esposito. Per altro verso è opportuno ricordare come pur riconoscendo il potenziale eversivo dell'ordine costituzione dei poteri contingibili ed urgenti, la dottrina maggioritaria è però orientata nel senso di ritenere compatibile tale potere con il quadro costituzionale, in linea di continuità con la storia del dibattito sulle ordinanze di necessità che è, pur nel variare delle epoche, una storia di progressiva normalizzazione del relativo potere, dove per normalizzazione si deve intendere la riconduzione o l'inalveamento di tale potere dentro il sistema giuridico e, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, dentro l'ordine costituzionale. In proposito cfr. A Cardone, La normalizzazione dell'emergenza ..., cit.. Al fine di raggiungere questo obiettivo, i passaggi del percorso argomentativo della dottrina possono essere così sintetizzati: i) si esclude che dall'esistenza di una disciplina specifica relativa alla necessita ed urgenza, quale quella contenuta nell'art. 77 Cost. e dal silenzio serbato dai costituenti su altre ipotesi, si possa automaticamente far discendere che siano da ritenere incostituzionali le leggi che si pongono fuori dallo schema del suddetto articolo ed in particolare quelle che riconoscono il potere di ordinanza extra-ordinem in casi di emergenza o di necessità ad organi diversi dal Governo; ii) si passa poi a sostenere che il potere contingibile ed urgente sia pienamente riconducibile all'ordine costituzionale in quanto potere conservativo ossia potere che può essere e deve essere speso proprio al fine di conservare la stabilità della Costituzione di fronte a situazioni di emergenza o di necessità; iii) si conclude nel senso che non è dunque la necessità in quanto tale a porsi come fatto nomo-poietico, essendo tale circostanza un mero presupposto, quanto l'esistenza di un principio nella Costituzione che legittima la possibilità di adottare atti che possono sospendere la legislazione vigente. Combinando il principio in questione con la attitudine precettiva della Costituzione a porsi come fattore diretto di disciplina della realtà materiale, vengono individuati alcuni limiti al conferimento del potere extra-ordinem desumibili dalla stessa Costituzione: se tale potere serve a conservare l'ordine costituzionale, allora non ogni situazione di emergenza ne giustifica di per sé l'attivazione, perché occorre che tale potere sia utilizzato unicamente per perseguire fini che comunque siano previsti in Costituzione e nelle materie cui questi fini si riferiscono. Ne deriva

tore di compensazione della crisi del principio di legalità sia davvero idonea al raggiungimento dell'obiettivo.

La crisi del principio di legalità è una questione al contempo complessa ed estremamente rilevante. È complessa perché sulla portata del principio di legalità dell'azione amministrativa è in corso, perlomeno da un trentennio a questa parte, un importante opera di ridefinizione[25]. È estremamente rilevante perché, a prescindere dalla suddetta ridefinizione, il principio di legalità è nel contempo: (*i*) principio che legittima l'esercizio del potere da parte della pubblica amministra-

---

dunque che la decisione politica di attivare la sospensione dell'ordine costituzionale delle fonti e di consentire deroghe alla stessa legislazione vigente attraverso atti amministrativi sino a limitare la libertà e l'autonomia dei consociati deve essere preceduta da una attenta e articolata operazione di ermeneutica costituzionale. Come è stato efficacemente detto "l'emergenza è la dimensione costituzionale intrinseca, implicita e latente di ogni ordinamento che non voglia rinunciare alla <<giuridicizzazione>> degli strumenti della propria conservazione", sicché "il fondamento costituzionale del potere di ordinanza sta "dunque nel complessivo significato che il contesto emergenziale fa assumere alle norme costituzionale sul sistema delle fonti, a quelle sui diritti e le libertà fondamentali ed a quelle sulle forme di autonomia territoriale, perché e dalla interpretazione delle une in relazione alle altre, che si ricavano le condizioni nel rispetto delle quali quelle stesse norme tollerano di vedere costretta la propria ordinaria capacità regolativa della realtà sostanziale" (così A Cardone, La normalizzazione dell'emergenza..., cit., pp. 364-365)

25 Nell'ambito degli studiosi di diritto amministrativo si può rinviare sin d'ora sul tema della crisi del principio di legalità a F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*. *La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2007; G. Corso, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3 ss., cui *adde* il volume *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del 53° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, 20-22 settembre 2007)*, Milano, Giuffrè, 2008, con molti e rilevanti contributi, su alcuni dei quali (pubblicati anche su rivista) ci si soffermerà nel prosieguo**.** Dedica ampio spazio alla crisi del principio di legalità con argomentazioni molto approfondite su tale crisi M. Vogliotti, *Legalità*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 371 ss. Peraltro, come ricorda l'autore, la questione era già stata segnalati molti anni prima da S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 698-699. Sulla crisi del principio di legalità cfr. anche le considerazioni di B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 1-28, secondo cui *"Il complicarsi del sistema delle fonti e la crescente giurisprudenzializzazione degli ordinamenti invitano a sostituire il modello semplicistico della legalità con un più vasto e comprensivo «rispetto del diritto». Che sia venuto il momento di rinunciare al principio di legalità? O meglio, consapevoli che, per garantire i diritti, quel principio, proprio perchè scavato nel solco illuministico-rivoluzionario per il quale «la libertè... a pour sauvegarde la loi», ha sempre parlato il «linguaggio del potere», non dovremmo iniziare a prendere atto che i valori garantistici che racchiude al suo interno sono sempre più diafani e meno appaganti?" (p. 27).*

zione; (*ii*) principio che opera in funzione di contenimento del potere grazie alla predeterminazione di vincoli procedurali e sostanziali fissati dalla fonte legislativa; (*iii*) principio che consente di tutelare il privato nei confronti di ogni tentazione di uso arbitrario del potere (sempre in agguato ogni qual volta si è in presenza di tale fenomeno) ovvero di illegittimo esercizio dello stesso[26]. Sicché è proprio grazie ad esso che si è potuto costruire un ordinamento giuridico in cui il potere, da attributo intrinseco alla figura del suo titolare (prima dello stato di diritto il monarca), si è trasformato in uno strumento volto alla realizzazione dell'interesse pubblico che può convivere, grazie al *medium* costituito dalla legge, con la garanzia delle libertà e dei diritti che sono riconosciuti ai privati[27].

---

26 Sul principio di legalità in generale, ma anche su principio di legalità riferito alla pubblica amministrazione, la bibliografia è sterminata. Dare indicazioni bibliografiche esaustive è impossibile. Si possono solo richiamare, in aggiunta ai singoli contributi, che sono stati indicati nelle note precedenti o che verranno indicati in quelle successive, le posizioni elaborate sugli aspetti che più coinvolgono il rapporto tra principio di legalità e ordinamento giuridico democratico. In proposito si può dire che, mentre vi è un consenso quasi unanime in dottrina sullo stretto rapporto che intercorre tra stato di diritto e principio di legalità, più variegate sono le posizioni sul fondamento (costituzionale) del principio che viene ravvisato ora nel principio democratico (cfr. N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001), ora nel principio di sovranità popolare (cfr. C. Marzuoli, *Principio di legalità ed attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982), ora nel principio di uguaglianza (cfr. L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Padova, Cedam, 1965), ora nel principio della divisione dei poteri (cfr. G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubb.*, 1995, p. 259). Talvolta, soprattutto tra gli studiosi di diritto amministrativo, si è sostenuto che il principio in questione sia immanente al sistema giuridico (così ad esempio, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, Vol. I, p. 86). Con riferimento specifico al sistema amministrativo il punto più controverso è sempre stato quello di capire se il principio di legalità riguardi soltanto l'attività autoritativa della p.a. o anche l'attività di diritto privato. Questione non certamente di poco conto, atteso che dalla risposta che si fornisce discendono conseguenze pratiche assai rilevanti. Su quest'ultimo aspetto cfr. C. Marzuoli, *Principio di legalità* ..., cit., p. 19 ss.

27 Il principio di legalità ha certamente svolto il ruolo che si è indicato nel testo. Tuttavia, va pure segnalato come talvolta la dottrina ricordi che ai pregi e le virtù si affianchi un suo "volto oscuro" che ha condotto il principio stesso a legittimare regimi autoritari che si sono resi responsabili di tragiche esperienze storiche. In questo senso cfr. M. Vogliotti, *Legalità*, cit., il quale ricorda come il "*volto oscuro della legalità ... si manifesta in tutta la sua tragica evidenza con i regimi totalitari del primo Novecento ... Legalità e autorità, che illuminismo e liberalismo avevano collocato su due sponde opposte (la legalità, associata a libertà e razionalità, era concepita come lo scudo dietro cui difendere i diritti individuali dagli attacchi dell'auctoritas statale), vengono ora conciliate, anzi ... l'una appare addirittura come il fondamento dell'altra*" (p. 384). È

Non è il caso, peraltro, di indugiare oltre sulla rilevanza del principio di legalità perché quelle ricordate possono essere considerate patrimonio acquisito della riflessione giuridica.

Molto più proficuo è concentrare l'attenzione sulla questione della sua crisi, domandandoci in che cosa consista tale crisi. Il che impone di partire dalla definizione, per così dire, "classica" del principio di legalità (che è anche una definizione "forte") ossia quella che lo connota nei termini di un principio in virtù del quale nessun potere può essere esercitato dalla pubblica amministrazione se non vi è una norma di legge che espressamente lo attribuisca, che individui l'organo competente ad esercitarlo, che indichi l'interesse pubblico, cui il potere stesso deve essere finalizzato, e che definisca le condizioni formali e i presupposti sostanziali del suo esercizio (tali ultimi presupposti fissati in modo più o meno preciso a seconda del tipo di potere, discrezionale o vincolato, che si intende conferire)[28].

---

giusto naturalmente mettere in evidenza simili rischi, purché si sottolinei però che la deriva in cui è stato trascinato il principio di legalità, nasce quando, come ricorda giustamente l'autore citato, si compie una operazione concettuale di *reductio ad unitatem* del principio di legalità e del principio di autorità, la quale non può che generare una sorta di perverso principio di infallibilità del pubblico potere. Il punto allora è tenere separato i due principi e dunque rimarcare con forza che il principio di legalità legittima l'esercizio del potere solo nella misura in cui lo limita e lo circoscrive.

28 Si è definito "forte" il significato del principio di legalità indicato nel testo in quanto la sua portata non si esaurisce nell'esercizio di un potere che culmina con l'adozione di un atto amministrativo non in contrasto con la legge (legalità come compatibilità) e non si esaurisce neanche nella circostanza che il potere, che si pretende di esercitare, deve essere attribuito dalla legge e dunque positivamente fondato su essa (legalità come autorizzazione), ma richiede che l'esercizio del potere amministrativo rispetti la forma prescritta, che l'atto che ne scaturisce rispetti il contenuto predeterminato, in modo più o meno preciso, dalla legge e che sia finalizzato alla cura dell'interesse pubblico. Nel corso della storia del principio di legalità, che si sviluppa, perlomeno nell'ambito della tradizione giuridica continentale, a partire dall'Ottocento, si assiste ad un progressivo incremento della "forza" del principio di legalità. Se esso viene originariamente sviluppato nel primo dei significati prima indicati, ossia come legalità compatibilità, le teorizzazioni successive ne accrescono progressivamente la portata sino a giungere alla nozione più ampia di cui si è detto. Su questi passaggi cfr. in particolare L. Carlassare, Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalita, Padova, Cedam, 1966, p. 113 ss. È peraltro da segnalare come non tutta la dottrina amministrativistica abbia concordato e concordi su questo significato del principio di legalità. Ad esempio, F. Satta, Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico, Padova, Cedam, 1969, sostiene che tale principio abbia una portata limitata ai soli settori coperti da riserva di legge, mentre al di fuori di tale ipotesi sarebbe sufficiente la predeterminazione da parte della pubblica amministrazione dei criteri cui si atterrà nell'esercizio del potere. Sulla questione del rapporto tra principio di legalità e predeterminazione dei criteri da

È infatti proprio questa concezione del principio di legalità dell'agire amministrativo che sembra entrata in crisi ed è ad essa che si contrappongono ricostruzioni diverse che rendono meno stringenti i vincoli prima ricordati.

Premettendo che principio di legalità è espressione che comprende non soltanto il riferimento alla legalità amministrativa (ma anche e quantomeno il riferimento alla legalità costituzionale, alla legalità penale, alla legalità eurounitaria e alla legalità internazionale)[29] e che di una sua crisi si debba parlare dunque in termini generali, non è difficile cogliere, se si guarda allo stato dell'arte, un dato indiscutibile, ossia che il principio di legalità dell'azione amministrativa è stato oggetto di parziale rimodulazione in tutti gli aspetti salienti su cui si è edificata la costruzione teorica del suo significato in senso "forte".

Ed infatti oggi a contare molto è soprattutto il fatto che il potere risulti correttamente finalizzato a raggiungere l'obiettivo, ossia la cura dell'interesse pubblico, mentre a contare meno è il fatto che il potere sia espressamente conferito dalla legge o che i presupposti sostanziali per il suo esercizio siano, ancorché in termini solo generali, predeterminati dalla legge stessa[30], sicché è da ritenere ammissibile l'esercizio di poteri da parte della pubblica amministrazione non espressamente attribuiti dalla legge, ma necessari alla cura dell'interesse pubblico a condizione che essi risultino ricavabili dal potere espressamente attribuito dalla norma ovvero, nell'impossibilità di condurre una tale operazione ermeneutica, a condizione che risultino compatibili con il complesso delle disposizioni normative che regolano un certo settore, con l'ulteriore precisazione che tale giudizio di compatibilità va effettuato sulla base di un'interpretazione non letterale, bensì teleologica e sistematica della normativa presa a riferimento.

La prima conseguenza che ne è scaturita è stata quella di legittimare, in modo più forte e più pieno di quanto non sia avvenuto in passato, l'esercizio da parte della pubblica amministrazione dei c.d. poteri impliciti. Se non si può dire

---

parte della pubblica amministrazione cfr. A. Police, La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale, Napoli, ESI, 1997.

29 Le differenti declinazioni del principio di legalità e la crisi di cui tutte sono investite è questione trattata in modo approfondito da M. Vogliotti, *Legalità*, cit., in particolare p. 410 ss.

30 Per una ricostruzione esaustiva della nuova "legalità" si può senz'altro rinviare a M. Vogliotti, *Legalità*, cit., dove vi sono anche ampie ed esaustive indicazioni bibliografiche.

che tali poteri non fossero ammessi, già nel passato, soprattutto dalla giurisprudenza[31], è però da ricordare come il giudizio di ammissibilità nasceva il più delle volte attraverso una operazione ermeneutica che ricavava il potere implicito da quello esplicito. Oggi la torsione finalistica che il principio di legalità ha ricevuto è tale da prescindere da un tale *modus operandi*. Non è dunque un caso che si sia registrato negli ultimi vent'anni un forte interesse sul tema da parte della dottrina[32] [33].

Alla luce delle considerazioni svolte, ben si comprende come la dottrina abbia potuto sostenere che la crisi del principio non discenda tanto, o soltanto, dalla divaricazione tra il modello teorico e la prassi, ma investa lo stesso modello e la sua capacità esplicativa[34] con la conseguenza che esso deve essere sostituito da un altro modello in cui a venire in rilievo è quella che è stata icasticamente definita la

---

31 Sul punto cfr. G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, p. 703 ss.

32 Il rinnovato interesse sul tema dei poteri amministrativi impliciti si è tradotto in lavori monografici e saggi di grande impegno e spessore teorico. Cfr. in particolare N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001; G. Morbidelli, *Il principio di legalità...,* cit. Di recente l'argomento è stato affrontato, sia pure nella prospettiva dei poteri delle Autorità amministrative indipendenti, ma con una ricostruzione che ha un respiro più generale, da M. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

33 Una seconda conseguenza che potrebbe discendere dalla rivisitazione del significato del principio di legalità è quella di ritenere pienamente conformi a tale principio leggi che attribuiscono poteri amministrativi senza specificare, neanche per grandi linee, i presupposti per l'esercizio degli stessi. Il potere a questo punto sarebbe disciplinato essenzialmente dal vincolo derivante dall'interesse pubblico attribuito in cura e dall'applicazione dei principi generali che disciplinano l'azione amministrativa nonché dagli eventuali criteri predeterminati dalla stessa autorità. Per un esempio di attribuzione di potere senza indicazione dei presupposti sostanziali per il suo esercizio cfr. l'art. 42 del D. Lgs. n. 270/1999 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi ai sensi del quale *"Sono soggetti ad autorizzazione del Ministero dell'industria, sentito il comitato di sorveglianza: a) gli atti di alienazione e di affitto di aziende e di rami di aziende; b) gli atti di alienazione e di locazione di beni immobili e di costituzione di diritti reali sui medesimi, gli atti di alienazione di beni mobili in blocco, di costituzione di pegno e le transazioni, se di valore indeterminato o superiore a euro 206.582 (lire quattrocento milioni)"*.

34 In questo senso M. Vogliotti, *Legalità*, cit., in particolare p. 373. L'uso metaforico dell'aggettivo "paratattico" rinvia alla "paratassi", ossia ad un collegamento sintattico tra due o più proposizioni all'interno di un periodo mediante giustapposizione o coordinazione e non mediante subordinazione. La paratassi è propria del discorso immediato e veloce e si contrappone all'ipotassi che è propria del discorso più complesso. Il principio di legalità paratattico ben evoca dunque una semplificazione dei suoi elementi costitutivi.

legalità teleologica, progettuale e paratattica[35].

Si può essere d'accordo o meno con i più recenti orientamenti in tema di principio di legalità dell'azione amministrativa[36], però un dato emerge con certezza, ossia che la crisi del principio di legalità ha fatto breccia anche nella giurisprudenza il cui orientamento conferma la centralità del profilo finalistico e la dequotazione di altri aspetti prima ritenuti salienti.

Senza necessità di dilungarsi in un'analisi puntuale di tale giurisprudenza, si può ricordare come vi sia ormai un orientamento al riguardo che può dirsi consolidato e che si basa su alcune sentenze sopraggiunte nel corso degli ultimi vent'anni relative a casi in cui si discuteva della legittimità di provvedimenti adottati dalle c.d. autorità amministrative indipendenti.

Già nel 2004 il Consiglio di Stato aveva infatti riconosciuto la possibilità per l'allora Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (oggi ANAC) di esercitare il potere di annullamento di un'attestazione rilasciata da una SOA autorizzata, pur in assenza di una norma attributiva di tale potere. L'argomentazione allora spesa dal giudice poggiava sulla circostanza che dal complesso dei poteri espressamente attribuiti all' Autorità, si poteva ricavare un potere strumentale di intervento diretto sulle attestazioni SOA in assenza del quale si sarebbe vanificato il raggiungimento degli scopi che il legislatore si era prefissato[37].

Questa linea di tendenza prosegue nel 2025 allorquando in relazione ad un caso molto noto, in cui ad essere contestata era una delibera dell'(allora) Autorità

---

35 Cfr. M. Vogliotti, *Legalità*, cit., secondo cui nell'evoluzione del principio di legalità si può leggere *"... il passaggio da una legalità corrispondentista, esecutiva e ipotattica a una nuova legalità teleologica, progettuale e paratattica"* (p. 424).

36 Per una posizione che tenta di rafforzare l'operatività del principio di legalità attraverso una ricostruzione che lega strettamente l'esercizio del potere amministrativo con la tutela dei diritti fondamentali cfr. L. Perfetti, L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto, in PA Persona e Amministrazione, 2017, p. 3-43.

37 Cfr. Cons. St., Sez. VI, sentenza 2 marzo 2004, n. 991, secondo cui "è evidente che il dato normativo non può essere interpretato secondo una chiave puramente letterale ... Va invece interpretato in chiave logica e sistematica, che garantisca un significato utile delle norme e il raggiungimento degli scopi che il legislatore si è prefisso, vale a dire la creazione di un sistema efficiente ed efficace di qualificazione. Non è inutile osservare che ... l'interpretazione logica e sistematica ha anche il conforto del dato normativo letterale, purché' attentamente ricostruito ..." sicché dal complesso "di poteri attribuiti all'Autorità si evince anche quello, strettamente strumentale, di intervento diretto sulle attestazioni, mediante annullamento delle stesse".

per l'Energia Elettrica ed il Gas (oggi ARERA), di cui si asseriva l'illegittimità perché adottata senza una chiara prescrizione normativa attributiva del potere esercitato, il giudice amministrativo, pur riconoscendo l'insussistenza di una norma esplicita che in tal senso disponesse, ha statuito la piena legittimità della delibera medesima in quanto con il potere esercitato l'Autorità stava perseguendo una finalità chiaramente indicata dalla legge[38].

A distanza di venti anni il giudice amministrativo, affrontando questa volta un caso che riguardava una delibera della Consob, torna sulla questione, affermando che il principio di legalità, nella sua accezione "forte", "*possa subire adattamenti nella fase applicativa, riconoscendo l'ammissibilità della categoria dei poteri impliciti*", ossia di poteri *"che non sono espressamente contemplati nella legge ma che si desumono, all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia"* e che la perdita in termini di legalità sostanziale debba e possa proficuamente essere compensata dal rafforzamento della legalità procedimentale ed in particolare del principio di partecipazione [39].

Nel mezzo dell'arco temporale che va dal 2004 al 2020 si collocano, come detto, altre sentenze che più o meno si muovono nella stessa logica[40].

Dal panorama giurisprudenziale trova dunque conferma il fatto che la giurisprudenza è concorde sulla necessità di una ridefinizione del contenuto e della portata del principio di legalità. Semmai aggiunge un ulteriore tassello, che giustifica tale operazione, sottolineando talvolta come in determinate materie l'azione amministrativa (soprattutto quella di regolazione dei mercati svolta dalle cosiddette Autorità amministrative indipendenti) si estrinsechi attraverso l'adozione di prescrizioni che hanno un contenuto tecnico e che devono essere costantemente adeguate, donde l'impossibilità di una previsione legislativa *ex ante* che possa, da un lato, definire i presupposti sostanziali dell'esercizio dei poteri e, dall'altro, ti-

38 Cfr. Cons. St., Sez. V, sentenza 17 ottobre 2005, n. 5827.

39 Così Cons. St., Sez. VI, sentenza 14 dicembre 2020, n. 7972. Sullo specifico profilo del rafforzamento della garanzia della partecipazione cfr. Cons. St., Sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 879; Cons. St., Sez. VI, sentenza 24 maggio 2016, n. 2182; Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. St., Sez. VI, sentenza 2 maggio 2012, n. 2521; Cons. St., Sez. VI, sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972.

40 *Ex multis* cfr. in particolare Cons. St., Sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 879; Cons. St., Sez. IV, sentenza 15 luglio 2019, n. 4993; Cons. St., Sez. VI, sentenza 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. St., Sez. VI, sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972.

pizzare i medesimi.

Dunque, secondo la giurisprudenza, ci troveremmo di fronte ad una impossibilità di rispettare il principio di legalità in senso "forte" che deriva dal combinarsi di due fattori: per un verso vi è la ricordata impossibilità "tecnica", che giustifica la scelta del legislatore di adottare "leggi-programma" per usare la terminologia dei giudici; per altro verso vi è comunque la necessità di garantire la cura dell'interesse pubblico affidato all'Autorità amministrativa indipendente[41].

41 Cfr. ad esempio Cons. St., Sez. VI, sentenza 20 marzo 2015, n. 1532, secondo cui "Come è noto, il principio di legalità impone non solo la indicazione dello scopo che l'Autorità amministrativa deve perseguire ma anche la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività ... Nel caso degli atti di regolazione adottati dalle Autorità amministrative di settore (quali quelli della cui legittimità qui si discute) la legge, tuttavia, normalmente non indica nei dettagli il relativo contenuto, né descrive in modo prescrittivo le condizioni e i limiti di esercizio della relativa attività. La parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale (che si estrinseca, in particolare, attraverso la tipica forma di esercizio del potere regolamentare ... secondo un sistema ispirato a una rigorosa tipicità) si giustifica, nel caso delle Autorità indipendenti, in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti". Ma si può utilmente vedere anche Cons. St., Sez. V, sentenza 17 ottobre 2005, n. 5827, dove si legge che la legge n. 481 del 1995 ha natura programmatica e dunque costruisce funzionalmente i poteri dell'Autorità e che, pur avendo tale natura, "non abbisogna di successive leggi attuative che specificano i limiti d'azione dell'Amministrazione indipendente", cui adde di recente Cons. St., Sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 879, dove si legge se è "vero che il principio di legalità dell'azione amministrativa, di rilevanza costituzionale ..., impone che sia la legge ad individuare, anche se indirettamente, lo scopo pubblico da perseguire e i presupposti essenziali, d'ordine procedimentale e sostanziale, per l'esercizio in concreto dell'attività amministrativa", tuttavia "è del pari vero, perlopiù, che la predeterminazione rigorosa dell'esercizio delle funzioni amministrative, quando venga in rilievo il potere regolatorio di una Autorità amministrativa indipendente, può avere carattere meno intenso, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace". Peraltro, sia pure con molta prudenza, anche la Corte costituzionale sembra attenuare la portata del principio di legalità inteso in senso "forte". Cfr., per un esempio, Corte Cost., sentenza 6 febbraio 2009, n. 32, in cui pur ribadendo che "la «assoluta indeterminatezza» del potere demandato ad una pubblica amministrazione «senza l'indicazione di alcun criterio da parte della legge» viola il principio di legalità sostanziale", afferma che l'indicazione da parte di una legge di un criterio sintetico non rende incostituzionale la legge alla luce dei principi desumibili dalla disciplina della

Le considerazioni svolte sono più che sufficienti a mostrare come dal principio di legalità in senso forte sia germogliata, attraverso la riflessione dottrinale e soprattutto gli orientamenti giurisprudenziali, una sua diversa concezione in cui al centro si colloca la relazione "privilegiata" tra potere amministrativo e cura dell'interesse pubblico e da cui discendono perlomeno tre conseguenze in ordine al rapporto tra il suddetto potere e la legge.

Il primo di essi è che il potere amministrativo non necessariamente deve essere espressamente previsto dalla legge, ben potendo esservi poteri impliciti[42]. Questi ultimi, peraltro, come accennato, non vanno necessariamente ricavati secondo un principio rigido di implicazione per cui il potere inespresso è da considerare ricompreso in quello espresso secondo un modello di riconoscimento non sconosciuto nella nostra cultura giuridica, di cui si è detto. I poteri impliciti infatti possono essere individuati, oltre che per implicazione, per così dire, diretta, anche attraverso il combinarsi di tre distinti elementi: l'essere il potere implicito necessario al perseguimento dell'interesse pubblico; compatibile con il quadro dei poteri attribuiti; giustificabile attraverso una interpretazione teleologica e sistematica del complesso normativo che regola una determinata materia o settore.

Il secondo corollario è che i suddetti poteri in quanto impliciti non sono *ex ante* né nominati né tipici, divenendo tali solo *ex post*, ossia dopo il loro concreto esercizio.

Il terzo corollario e che la disciplina legislativa può anche non definire i presupposti sostanziali per l'esercizio del potere sia pure quando vi ostino ragioni derivanti dal carattere tecnico delle prescrizioni che impediscono una previsione legislativa *ex ante*.

Il quarto corollario è che, a fronte di un principio di legalità che sembra perdere consistenza dal punto di vista della capacità di disciplinare i profili sostanziali dell'esercizio del potere amministrativo, deve essere incrementata la

materia.

42 Il tema dei poteri amministrativi impliciti non è sconosciuto alla dottrina amministrativistica. A partire dal 2000 questo interesse si ravviva a dimostrazione della sensibilità degli studiosi nel cogliere la centralità che il tema inevitabilmente era destinato ad assumere all'interno del più generale processo di trasformazione del nostro ordinamento giuridico per effetto di molteplici fenomeni, tra cui non ultimi vi sono il processo di globalizzazione e quello di integrazione europea. In proposito resta fondamentale lo studio di N. Bassi, *Principio di legalità ..., cit.*

garanzia di quella che la giurisprudenza chiama la legalità procedurale, ossia il rispetto del principio della partecipazione e del contraddittorio procedimentale.

È certamente possibile discutere in senso critico il nuovo paradigma del principio di legalità dell'agire amministrativo che sembra avere preso corpo in seno al nostro sistema giuridico ed esprimere rispetto ad esso consenso o dissenso[43]. Esso tuttavia è ormai da considerare anche per effetto degli orientamenti giurisprudenziali che si sono esaminati a tutti gli effetti diritto vivente[44].

La crisi del principio di legalità dell'azione amministrativa carica l'istituto della partecipazione ai processi decisionali amministrativi di un compito assai gravoso, perché quest'ultima diviene infatti un elemento fondante dello stesso sistema democratico in grado di compensare l'attenuarsi di uno dei suoi capisaldi ossia che il potere amministrativo in tanto può dirsi legittimato *ex ante*, ossia prima del suo esercizio, e legittimo *ex post,* ossia dopo il suo esercizio, in quanto la legge non si limiti a conferire il potere e ad indicare il fine cui esso deve tendere, ma fissi in modo più o meno preciso presupposti e modalità di tale esercizio. In definitiva alla partecipazione viene affidata la tenuta dello stesso sistema democratico di fronte alla crisi del principio di legalità.

---

43 Già a partire dagli anni Novanta del secolo scorso la dottrina coglie i segni della trasformazione del principio di legalità dandone letture opposte. Per una posizione favorevole al cambiamento cfr. S. Cassese, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista di Diritto pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.,* 1995, p. 789 ss., dove si legge che *"l'attribuzione al principio di legalità – che pure continua a svolgere un suo importante, ma limitato ruolo, come tutti i principi del passato che sono stati assimilati nelle culture o negli ordinamenti contemporanei – di un posto dominante, non è soltanto giuridicamente errata, conduce anche ad ulteriori errori. L'ossequio nominalistico per il legislatore, infatti, finisce per mettere in secondo piano altri, più sottili ed efficaci, metodi di controllo dei pubblici poteri"* (p. 795). Per una posizione fortemente critica cfr. invece F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro Amm*., 1997, p. 3303 ss., dove si legge che "*A un certo punto, il principio di legalità così gelosamente custodito nella costituzione tedesca riscuote da noi sempre minori simpatie. Si attenua quasi senza consapevolezza il valore della garanzia ... si avverte quasi una sorta di fastidio, si afferma a un certo punto che il principio alquanto scomodo, mal si adatta ad una società che si va facendo sempre più complessa, a un certo punto lo si espone quasi al pubblico dileggio"* per concludere nel senso che legalità ed efficienza "*non possono formare oggetto di un baratto"* (pp. 3305-3306).

44 Le criticità che si annidano nella giurisprudenza sono state colte e analizzate in particolare da E. Giardino, *La tutela del contraddittorio nelle autorità di regolazione delle autorità indipendenti: implicazioni e criticità*, in F. Luciani (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, ESI, 2011, pp. 97-119

Il che pone perlomeno due interrogativi: la partecipazione può davvero compensare la crisi del principio di legalità? E, in caso di risposta affermativa, è necessario ridefinire a livello concettuale i tratti qualificanti del fenomeno partecipativo soprattutto con riferimento all'incidenza che deve avere sulla decisione amministrativa?

Senza alcuna pretesa di fornire una risposta esaustiva a tale questione, qualche puntualizzazione può essere offerta.

È evidente, in primo luogo, come attribuire alla partecipazione la funzione compensativa, di cui si è detto, riposi su una idea ben precisa. A fronte all'esercizio di un potere amministrativo, che per effetto della crisi del principio di legalità non trova sopra di sé prescrizioni che definiscono i presupposti per il suo esercizio, limitandosi ad indicare in modo generico le finalità cui il potere deve tendere, e pretende talvolta di farsi potere implicito, la compensazione che la partecipazione può offrire dipende in primo luogo dalla corretta qualificazione del fatto di realtà che proprio per il tramite della partecipazione stessa è possibile realizzare. Detto in altri termini è proprio la puntuale ricostruzione di tale fatto e la sua qualificazione in termini attendibili, che costituiscono allo stesso tempo vincolo e limite di carattere oggettivo all'esercizio del potere amministrativo e dunque compensare la minore predeterminazione da parte della norma della fattispecie astratta attributiva del potere.

Tornano al riguardo utili le riflessioni svolte tanti anni addietro sul rapporto tra scienza del diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione da F. Benvenuti, secondo cui la vera essenza del fenomeno amministrativo sta nel fatto che l'agire della pubblica amministrazione si colloca tra due vincoli: il progetto che essa deve attuare, come definito per linee generali nelle sedi titolari dell'indirizzo politico, e le resistenze che alla sua attuazione impone la realtà materiale[45]. Ebbene, per riprendere questo ordine concettuale è evidente che in presenza di poteri

45 F. Benvenuti, Per una autonoma scienza dell'amministrazione, in Amministrare, 1986, p. 213 ss. ora anche in Scritti giuridici, vol. V, cit., p. 3893 ss., secondo cui "... ll'amministrazioneha sempre una funzione di mediazione e cioè appare come il momento di risoluzione di una forza, che per ora chiameremo politica, verso quella forza che, per ora, chiameremo realtà effettuale. A ben guardare, però, la così detta forza politica non è se non un momento progettuale che si affida, per la propria realizzazione, al termine dell'amministrazione, mentre la realtà effettuale viene considerata non tanto in ciò che essa è, ma in ciò in cui essa può essere razionalmente compresa da quella stessa razionalità nella quale si esprime il programma o il progetto" (p. 3903).

impliciti o di poteri amministrativi che si esercitano in spazi non coperti dalla legge, che possono essere anche molto ampi, la partecipazione in tanto può assolvere alla funzione compensativa che ad essa viene assegnata in quanto si rivolga in primo luogo ad apportare un contributo conoscitivo del fatto che alimenti quella resistenza all'esercizio del potere che è un elemento essenziale del fenomeno amministrativo.

È evidente però come ciò non basti. Se è il fatto di realtà e la sua attendibile ricostruzione, di cui la stessa partecipazione deve farsi carico, a porsi come fattore di resistenza all'esercizio del potere amministrativo e dunque di garanzia del privato, specie allorquando la fattispecie normativa risulti costruita per così dire "a maglie larghe", tutto ciò deve trovare il proprio logico e naturale completamento sul terreno processuale attraverso un controllo diretto ed accurato del fatto da parte del giudice amministrativo, superando quelle titubanze che ancora oggi accompagnano tale controllo specie nel caso in cui la qualificazione del fatto passi attraverso la spendita della discrezionalità tecnica[46].

Al fine di realizzare quella funzione compensativa, che viene assegnata alla partecipazione, non vi è però solo la necessità di prendere coscienza del ruolo nevralgico che la stessa deve assumere rispetto al fatto di realtà, ma occorre anche rivisitare il tema della incidenza che la stessa deve avere sulla decisione amministrativa.

Sino ad oggi tale questione è rimasta sottotraccia. Vi sono però plurime ragioni che spingono nella direzione di iniziare a riflettere in profondità sul tema.

Una volta, infatti, che la partecipazione deve, per un verso, compensare deficit di normatività rispetto al potere della pubblica amministrazione e, per altro verso, offrire una legittimazione democratica all'agire amministrativo, che non può più farsi discendere unicamente dalla legge, è evidente come occorra che la decisione, per essere legittima, debba necessariamente utilizzare il criterio della

46 È da sottolineare come la relazione privilegiata che si instaura tra il potere e la sua finalizzazione alla cura dell'interesse pubblico ponga, al di là del tema della partecipazione, la questione dell'accuratezza e profondità dell'istruttoria procedimentale e nel contempo dell'attendibilità e controllabilità dei fatti in essa emersi anche e soprattutto in sede giurisdizionale. Su questa complessa problematica e sul metodo da utilizzare per compiere tale operazione cfr. N. Paolantonio, Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, Padova, Cedam, 2000, in particolare pp. 92-158.

mediazione tra le diverse posizioni nella misura massima possibile.

È dunque evidente come la partecipazione, se deve compensare la crisi del principio di legalità, non deve essere lasciata sola, ma occorre costruire le adeguate condizioni di contesto nelle quali la partecipazione stessa può operare in modo efficace per il raggiungimento dell'obiettivo che oggi le viene assegnato.

4. Luci e ombre sulla partecipazione: considerazioni conclusive

Nel momento di massimo splendore della partecipazione, si addensano però nubi all'orizzonte. Anche in questo caso un confronto con lo "Stato dei partiti" e la sua crisi può essere utile per mettere a fuoco il problema con riguardo alla partecipazione.

Sulla crisi dei partiti esiste una letteratura sterminata che ne ha indagato in profondità le ragioni[47]. In questa sede merita però di essere ricordato come i venti di crisi erano già stati colti anche e soprattutto dalla dottrina giuridica nel momento di massima vitalità del sistema dei partiti, che si colloca, come è noto, a cavallo tra gli anni Sessanta e gli anni Ottanta del secolo scorso[48].

Le cause della crisi dei partiti sono molteplici e vanno dalla minore capacità di adempiere al ruolo specifico di traduzione della domanda sociale in domanda politica, alla volontà di monopolizzare non soltanto il potere politico, ma di penetrare e condizionare tutti gli ambiti della vita sociale ed economica, dalla eccessiva burocratizzazione degli apparati alla scarsa democrazia interna. Il tutto viene sovente sintetizzato con il riferimento al fenomeno della partitocrazia, sintagma che indica in modo sintetico, ma efficace, quel processo di degenerazione del sistema dei partiti, di cui gli aspetti indicati costituiscono la più importante manifestazione. Non mancano inoltre soprattutto nella dottrina giuridica ricostruzioni volte a fornire una soluzione al problema[49].

---

47 Sulla crisi dei partiti cfr. utilmente M. Fedele e R. Leonardi (a cura di), *La politica senza i partiti*, Roma, SEAM, 1996; Oreste Massari, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Bari-Roma, Laterza, 2004; L. Bardi, P. Ignazi e O. Massari, *I partiti politici*, Milano, Università Bocconi Editore, 2007; S. Staiano (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo e network analysis*, Napoli, Jovene, 2014.

48 In proposito cfr. A. Negri, *Lo stato dei partiti*, cit.

49 La dottrina è divisa tra che fornisce terapie alla crisi dei partiti volte a rilanciare il tradizionale modello su cui si è retto il sistema dei partiti e chi spinge ad esplorare strade nuove che fanno leva sui gruppi e l'associazionismo sociale. In proposito cfr. C. F. Ferrajoli, *Partiti politici e copri*

Senza volere negare che il fenomeno della crisi dei partiti sia multifattoriale, la ragione più profonda di tale crisi va però probabilmente ricercata nei cambiamenti che avvengono nella realtà materiale proprio a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso e che sono ancora davanti ai nostri occhi. A livello sociale si moltiplicano i bisogni rispetto ai quali si avanza una esigenza di riconoscimento e di tutela da cui si origina una crescente complessità dei processi di governo della collettività. A livello economico il progressivo ampliamento dei mercati richiede non solo una rimodulazione degli strumenti di governo e regolazione del sistema economico, ma anche decisioni da parte delle istituzioni pubbliche che siano rapide e calibrate sui singoli problemi che di volta in volta devono essere affrontati.

Il combinarsi di questi due elementi è il fattore più rilevante che genera la crisi del sistema dei partiti. Questi ultimi, per loro natura, traducono la domanda sociale in programmi politici generali sui quali acquisire e far convergere il consenso di una pluralità di persone unita da una certa visione ideologica o da un comune interesse di classe. Tale momento di rappresentanza/mediazione risulta però poco efficace quando le esigenze e i bisogni espressi a livello sociale ed economico si moltiplicano e si rinnovano incessantemente. Ed è proprio questa la ragione che, a ben vedere, spiega l'esplosione della domanda di partecipazione ai processi decisionali pubblici, cui si è accennato in apertura del presente lavoro. Sono in particolare i soggetti collettivi che nascono nella società che si rivelano più attrezzati ed adeguati dei partiti politici a tradurre le nuove esigenze che emergono dalla società in domanda politica, perché essi sono caratterizzati, oltre che sovente dalla informalità, dal loro costituirsi ed operare rispetto a specifiche questioni, senza pretendere di farsi portatori di una complessiva *weltanschauung*, come necessariamente avviene per i partiti politici.

Il processo che si è delineato trova peraltro ampia epifania nell'evoluzione del sistema giuridico. Il riconoscimento di quelli che sono stati definiti nuovi diritti, che non trovano immediato riscontro nel catalogo dei diritti inscritti in Co-

---

intermedi: come si può oggi "concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale?" in G. Azzariti (a cura di), *Costituzione e realtà sociale in mutamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, pp. 26 e ss.; P. Marsocci, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; M. Della Morte, *Rappresentanza vs partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, FrancoAngeli, 2012.

stituzione, il progressivo formarsi di uno spazio giuridico ed economico europeo, il proliferare di autorità amministrative indipendenti con funzione di regolazione dei mercati e il consolidarsi della garanzia della partecipazione ai processi decisionali pubblici costituiscono altrettanti adeguamenti dell'ordinamento giuridico ai movimenti che avvengono nella realtà sociale ed economica.

Non sembra dalle considerazioni che si sono svolte che l'eccellente stato di salute della partecipazione sia in pericolo. Eppure, come si diceva, non mancano nubi, anche minacciose, all'orizzonte.

L'imperativo, giustificato dai ritmi di una società e di una economia globalizzata, di assumere decisioni in tempi rapidi, talvolta incompatibili con il tempo necessario a consentire la partecipazione ai processi decisionali pubblici; il verificarsi con sempre maggiore frequenza di situazioni di emergenza, con il conseguente ricorso all'istituto del commissariamento, cui si accompagna la sospensione dell'ordine legale e l'attribuzione di poteri straordinari, che possono essere esercitati anche in deroga alla legislazione vigente; il sempre maggiore utilizzo dell'Intelligenza Artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni per svolgere le attività preparatorie della decisione finale e talvolta per elaborare anche una proposta di decisione; l'utilizzo da parte dei pubblici poteri di nuove tecniche di regolazione, quale ad esempio il *nudge*, che costituiscono diretta applicazione dei risultati cui sono pervenute le scienze comportamentali, e la cui messa in opera prescinde dallo svolgimento di un procedimento in senso tradizionale; sono tutti fenomeni che sembrano togliere spazio alla partecipazione.

Ed allora, se nell'epoca dello Stato liberale monoclasse, i giuristi potevano disinteressarsi del rapporto tra la base sociale e l'ordinamento giuridico che su tale base prendeva corpo, limitandosi a concentrare la propria attenzione sui profili formali del sistema giuridico, altrettanto non è consentito ai giuristi operanti in uno Stato democratico di diritto. In questo caso non è possibile prescindere da quel rapporto di integrazione degli interessi espressi dalla società dentro l'ordine politico e giuridico, perché senza meccanismi adeguati di rappresentanza e mediazione di tali interessi ad essere messa in pericolo è la stessa democrazia. Sicché è necessario che le nubi di cui si è detto vengano assunte nella riflessione giuridica come un problema da affrontare e risolvere, anche proponendo, ove necessario, gli opportuni cambiamenti del tessuto normativo. Perché se alla democrazia non

c'è alternativa, allora neanche alla partecipazione c'è alternativa se si vuole salvaguardare la stessa democrazia.

Luis Medina Alcoz
Profesor Catedrático en derecho administrativo, Universidad Complutense de Madrid
lmedinaa@ucm.es

La cultura del procedimento amministrativo: origini e ragioni di fondo

The culture of administrative procedure: origins and underlying reasons

Sintesi

Il lavoro analizza la formazione e le ragioni della "cultura del procedimento amministrativo" con particolare riferimento al caso spagnolo del XIX secolo, evidenziandone l'eccezionalità nel contesto europeo. Mentre negli altri ordinamenti europei mancava una vera elaborazione giuridica del procedimento amministrativo – a causa della volontà di preservare un'amministrazione forte e poco vincolata da formalità – in Spagna si sviluppò progressivamente una ricca tradizione normativa, dottrinale e giurisprudenziale. Tale evoluzione culminò nella legge Azcárate del 1889, considerata la prima codificazione generale del procedimento amministrativo.

Lo studio ricostruisce le origini di questa cultura, dapprima attraverso la regolazione settoriale delle procedure amministrative e, successivamente, mediante la loro sistematizzazione teorica e la progressiva affermazione del "diritto soggettivo al procedimento". Un ruolo centrale è attribuito alla dottrina di Santamaría de Paredes, che concepì il procedimento amministrativo come categoria autonoma, distinta dal processo giurisdizionale e funzionale alla realizzazione dei servizi pubblici.

Infine, vengono individuate tre principali ragioni di fondo: il tradizionalismo giurisdizionale, il liberalismo conservatore (che vede il procedimento come strumento di potere) e il liberalismo armonico (che ne valorizza la funzione garantistica). Il caso spagnolo dimostra così come il procedimento amministrativo sia il risultato di una complessa interazione tra esigenze di efficienza amministrativa e tutela dei diritti.

Abstract

This study examines the emergence and underlying reasons of the "culture of administrative procedure," focusing on the Spanish case in the 19th century and highlighting its uniqueness within the European context. While most European legal systems lacked a developed concept of administrative procedure—largely due to the desire to maintain a strong and unconstrained administration—Spain experienced a gradual evolution of a rich legislative, doctrinal, and jurisprudential tradition. This process culminated in the Azcárate Act of 1889, widely regarded as the first general codification of administrative procedure.

The article traces the origins of this culture, initially through sector-specific procedural regulations and later through their theoretical systematization and the emergence of a "subjective right to procedure." Particular emphasis is placed on the contribution of Santamaría de Paredes, who conceptualized administrative procedure as an autonomous legal category, distinct from judicial proceedings and instrumental to the delivery of public services.

Finally, the study identifies three main underlying factors: jurisdictional traditionalism, conservative liberalism (viewing procedure as a tool of administrative power), and harmonic liberalism (emphasizing its role as a guarantee for citizens). The Spanish experience demonstrates that administrative procedure results from a complex interplay between administrative efficiency and the protection of individual rights.

Parole chiave: Procedimento amministrativo, Codificazione, Legge Azcárate (1889), Liberalismo conservatore, Liberalismo armonico, Tradizionalismo giuridico, Garanzie procedurali, Spagna XIX secolo

Keywords: Administrative procedure, Codification, Azcárate Law (1889), Conservative liberalism, Harmonic liberalism, Legal traditionalism, Procedural guarantees, 19th century Spain

Indice: 1. Impostazione e oggetto dello studio. 1.1. Assenza di una cultura europea del "procedimento amministrativo" durante l'Ottocento. 1.2. L'anomalia spagnola: la Legge Azcárate del 1889 e la preesistenza di una cultura del procedimento amministrativo. 2. Origini della cultura del procedimento amministrativo. 2.1. Procedimenti amministrativi in chiave speciale o settoriale. 2.2. Procedimento amministrativo in chiave generale. 2.2.1. Diritto soggettivo al procedimento. 2.2.2. Autori favorevoli alla codificazione. 2.2.3. Una teoria del procedimiento amministrativo: Santamaría de Paredes. 2.2.4. Proposte di legge di Durán y Bas e altre. 2.2.5. Decreto organico del 1888 per la riforma del procedimiento amministrativo. 3. Ragioni di fondo. 3.1. Tradizionalismo: il procedimento amministrativo come trasposizione del vecchio *estrépito de jucio*. 3.2. Liberalismo conservatore: il procedimento amministrativo come strumento del potere. 3.3.

Liberalismo armonico: il procedimento amministrativo come garanzia del cittadino. 4. Conclusioni. 5. Bibliografia.

1. Impostazione e oggetto dello studio[1]

1.1. Inesistenza di una cultura europea del "procedimiento amministrativa" durante l'Ottocento

Alla fine dell'Antico Regime, i cosiddetti compiti governativi era un ambito esento dai limiti giuridici e procedurali inerenti alle vecchie monarchie giurisdizionali o, in altre parole, uno spazio di potere assoluto in cui il re o i suoi agenti potevano decidere in modo agile e spontaneo secondo criteri di utilità al di fuori delle ragioni della giustizia. Si trattava, tuttavia, di uno spazio molto circoscritto per due motivi. In primo luogo, il re centralizzò un numero ridotto di compiti che oggi chiamiamo amministrativi (ordine pubblico, istruzione, beneficenza, opere pubbliche...), che continuarono a spettare per la maggior parte a una grande varietà di organismi intermedi (gilde, fondazioni signorili, organizzazioni ecclesiastiche, università, città). In secondo luogo, fino alla fine dell'Antico Regime, la matrice giurisdizionalista sopravvisse come quadro di giustificazione (e fonte di limiti) dei poteri coercitivi del re e dei suoi agenti. L'ambito naturale dei compiti di governo di natura non giudiziaria continuava ad essere quello domestico o interno (amministrazione dei beni e delle rendite della corte reale, delle case annesse e della corona) e, in generale, le attività che non implicavano coercizione o limitazione dei diritti (grazia) o che rimanevano al di fuori della gestione ordinaria (affari diplomatici e militari). Pertanto, come regola generale, solo le autorità dotate di giurisdizione, secondo le forme proprie del giudizio, potevano esercitare un potere con effetti restrittivi *ad extra* sui vassalli.

Il XIX secolo sublimerà l'ambito di governo, ovvero amplierà enormemente lo spazio riservato allo Stato per intervenire liberamente nell'interesse generale. Il cosiddetto Stato liberale era, in realtà, uno Stato che voleva affirmarsi come amministrativo, cioè uno Stato diametralmente opposto alla monarchia

1 Una versione più ridotta fu presentata al workshop "The Spanish APA (1958) and its Diffusion in Latin America" diretto dai professori Allan R. Brewer Carías e Giacinto della Cananea presso l'Università Bocconi di Milano il 23 giugno 2022, e fu pubblicata in spagnolo sulla Revista General de Derecho Administrativo, n. 62.

giurisdizionale medievale, che portava molto lontano gli annunci dello Stato (solo tendenzialmente) assoluto del Setecento. Apparirà quindi per la prima volta una «amministrazione generale», cioè un potere coercitivo autonomo rispetto alla *iurisdictio*, separato dal potere giudiziario, che concentra le funzioni politiche, economiche o governative fino ad allora disseminate nel pluralismo antico. Si dice quindi con rigore che, insieme al codice, l'amministrazione è il contributo più universale della Francia rivoluzionaria e bonapartista[2] .

Nel configurare la nascente amministrazione come potere e, in quanto tale, come soggetto autorizzato ad esercitare la coercizione come i tribunali, è naturale che si tenesse conto della tradizione giurisdizionale plurisecolare. Questa ispirò direttamente il concetto di "provvedimento amministrativo", come decisione esecutiva della pubblica amministrazione la cui conformità può essere imposta coercitivamente. Già il progetto di Codice civile spagnolo del 1821, prendendo evidentemente come riferimento la sentenza, ma distinguendo chiaramente il potere amministrativo da quello giudiziario, disponeva che i "provvedimenti conseguenti all'esercizio dell'autorità governativa sono esecutivi" (art. 272) e che tale autorità, se non è "obbedita quando comanda nell'ambito delle sue attribuzioni", "può a tal fine ricorrere ai mezzi coercitivi che le sono stati specificatamente concessi dalla legge" (art. 273). A metà dell'Ottocento, il concetto di "provvedimento amministrativo" era chiaramente configurato a immagine e somiglianza della sentenza in connessione con il principio della separazione dei poteri e la costruzione della giustizia contenzioso-amministrativa come una sorta di seconda istanza situata all'interno della stessa amministrazione e destinata a rivedere quanto deciso in sede governativa[3].

---

2 L. Mannori e B. Sordi (2001), *Storia del diritto amministrativo,* Laterza, Roma-Bari.

3 Per quanto riguarda la Spagna, la categoria si affermerà a livello normativo, giurisprudenziale e dottrinale per fondare l'incompetenza dei tribunali ordinari e come presupposto del ricorso contenzioso-amministrativo creato nel 1845: M. Puche Bautista (1848), voce "Actos administrativos", in *Enciclopedia Española de Derecho y Administración ó Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España é Indias,* t. I, Imprenta Andrés y Díaz, Madrid, pp. 440-446; M. Martínez Alcubilla (1868), voce «acto administrativo», in *Diccionario de la Administración Española peninsular y ultramarina: compilación ilustrada de la novísima legislación de España en todos los ramos de la Administración pública*, T. I, 2ª ed., Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, pp. 147-153. Ampiamente, sottolineando l'impronta processuale della categoria: J. A. Santamaría Pastor (1975), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, 2ª ed., IEAL, Madrid, e

Tuttavia, quella tradizione giurisdizionale non poteva facilmente ispirare un concetto parallelo di "procedimento amministrativo", poiché le procedure e le garanzie ad esso proprie erano viste come ostacoli alla costruzione dello Stato amministrativo. Eliminare o ridurre il potere degli organi intermedi per sostituirli con la nuova "amministrazione generale" richiedeva di conservare e sviluppare la caratterizzazione secolare del governo come via rapida per il processo decisionale, come autorità *interna* sottratta alle logiche procedurali e alle esigenze formali del contraddittorio. L'assenza in Europa di uno sviluppo giuridico, giurisprudenziale e dottrinale del procedimento amministrativo non è quindi casuale, ma espressione del liberalismo conservatore dominante, favorevole a che un'amministrazione potente vegliasse sull'interesse generale senza essere soggetta a un vero controllo giurisdizionale e senza l'obbligo di attenersi alle sue procedure.

Solo la giustizia contenzioso-amministrativa, riconosciuta come qualcosa di diverso ma affine alla giustizia ordinaria (civile e penale), svilupperà in Francia, Spagna o Italia un procedimento decisionale ispirato al processo e, in particolare, al procedimento impugnatorio di secondo grado. Quindi, quello che oggi chiamiamo procedimento amministrativo era allora un processo del tutto informale che acquisiva rilevanza giuridica quasi esclusivamente come via amministrativa preliminare al ricorso amministrativo e che, di conseguenza, veniva menzionato negli studi di diritto amministrativo solo indirettamente quando si spiegava la giustizia amministrativa.

Da tempo è stata sottolineata l'assenza di una cultura del procedimento amministrativo nell'Europa ottocentesca[4]. Tuttavia, è stato difficile individuare e capire la ragione di fondo appena indicata. Fino agli anni Novanta dell'Ottocento venivano fornite spiegazioni più locali o specifiche, senza arrivare a catturare il fattore sottostante o addirittura additando argomenti incompatibili con esso. Ad esempio, per la Francia è stato addotto il maggiore peso della teoria del provvedi-

---

M. M. Fernando Pablo (2022), «Sobre el acto administrativo: historia y dogmática en España», in *El acto administrativo,* volume VI in omaggio al professor J. L. Meilán Gil, coord. R. Rivero Ortega, pp. 113-150.

4 A questo proposito, l'opera classica è G. Langrod (1956), «Procédure administrative et droit administratif», Revue internationale des Sciences administratives, n. 5, pp. 5-74 (ampliamento dell'articolo pubblicato con lo stesso titolo in Revue du droit public et de la science polique en France et à l'étranger, n. 64, 1948, pp. 549-556).

mento amministrativo, il carattere pretorio del suo diritto amministrativo e lo straordinario sviluppo della giustizia contenzioso-amministrativo che, secondo quanto affermato, avrebbe reso superfluo riconoscere garanzie nella procedura amministrativa (?). Per la Germania, il modello di amministrazione burocratica efficiente e le dottrine che negavano la giuridicità o la giustiziabilità delle norme procedurali (Laband, Jellinek). In generale, la giovinezza del diritto amministrativo come disciplina giuridica rispetto al diritto processuale; lo sviluppo del diritto amministrativo al di fuori del movimento codificatore; la grande estensione ed eterogeneità dell'azione amministrativa; la tendenza a identificare il procedimiento esclusivamente con il processo giurisdizionale; o l'assenza di un'espressa attribuzione ai tribunali ordinari o contenzioso-amministrativi del potere di revocare decisioni amministrative contrarie alle norme procedurali. L'approvazione di una simile previsione in Austria (Legge del 1876) contribuirebbe a spiegare perché solo lì si sia sviluppata la fitta giurisprudenza sul procedimento amministrativo che ha preparato l'ulteriore codificazione del 1925[5].

A mio avviso, è stata l'influenza sostenuta della storiografia liberale del XIX secolo a impedire una comprensione completa del fenomeno, poiché presentava l'amministrazione come un potere preesistente, ampio e assoluto che lo Stato liberale sarebbe riuscito a limitare attraverso la divisione dei poteri e il principio di legalità[6]. Questa semplificazione nascondeva: (i) che il cosiddetto Stato liberale

5 Cfr.: G. Langrod (1956: 5-74); A. Nieto García (1960), «El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas», *Revista de Administración pública*, n. 32, pp. 75-116; J.-P. Ferrier (1993), «El procedimiento administrativo en Francia», in J. Barnés Vázquez (ed.), *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado,* Civitas, Madrid, pp. 355-380.

6 Questa immagine aveva un fondo di verità, ma era in gran parte caricaturale. *L'assolutismo* nell'Ancien Régime non può essere considerato un semplice mito storiografico, ma non si può nemmeno ignorare che i tratti che lo caratterizzavano come tendenza erano esagerati, offrendo una spiegazione molto distorta della vera dimensione dello Stato e dei suoi limiti. Ciò è stato evidenziato dalla storiografia moderna. Ad esempio: A. M. Hespanha (1989), *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII),* Taurus, Madrid; id. (1990), «Justiça e administraçao entre o Antigo Regime e a revoluçao», in *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio Firenze - Lucca 25, 26, 27 maggio 1989,* dirs. B. Clavero Salvador, P. Grossi e F. Tomás y Valiente, Giuffrè, Milano, pp. 135-204; B. Clavero Salvador (1995), "Tutela amministrativa o diálogos con Tocqueville", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* n. 24, pp. 419-468; id. (1996), "La Monarquía, el Derecho y la Justicia", in *Instituciones de la España Moderna,* t. 1, *Las jurisdicciones,* a cura di E. Martínez

era, in realtà, uno Stato ampio, con una capacità di intervento senza precedenti; (ii) che il diritto amministrativo era un nuovo ordine senza limiti di diritto naturale e costituzionale che garantiva essenzialmente, non i diritti dell'individuo, ma la posizione di superiorità di un'autorità completamente nuova, l'amministrazione pubblica[7]; e, di conseguenza, (iii) che l'assenza di procedura amministrativa era una decisione pienamente consapevole volta ad eludere gli ostacoli delle tradizionali forme giurisdizionali[8] .

1.2. L'anomalia spagnola: la Legge Azcárate del 1889 e la preesistenza di una cultura del procedimento amministrativo

Tuttavia, nel corso dell'Ottocento in Spagna si assistette a un graduale sviluppo accademico, giurisprudenziale e legislativo del procedimento amministrativo che non aveva paragone in Europa. Contro quella concezione generale, sfumando o smentendo l'identificazione dell'azione governativa con un'azione rapida e priva degli ostacoli propri del giudizio, prese piede una tendenza formalizzatrice che culminò con la Legge del 19 ottobre 1889 sulle "bases del procedimiento administrativo" (con i relativi regolamenti di attuazione[9]), che è conside-

---

Ruiz e M. de Pazzis Pi Corrales, Editorial Actas, Madrid, pp. 15-38; L. Mannori (2007), «Justicia y administración entre Antiguo y Nuevo Régimen», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, , n. 15, pp. 125-146; M. Lorente Sariñena (2007), «Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868», in *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870,* CGPJ, Madrid, pp. 243-288; C. Garriga Acosta (2009), «Gobierno y justicia: El *Gobierno* de la justicia», in *Cuadernos de derecho judicial,* n. 7 (numero dedicato a «La jurisdicción contencioso-administrativa en España. *Una* historia de sus orígenes»), pp. 47-113.

7 Questa caratterizzazione dello Stato e del diritto amministrativo richiederebbe ragionamenti e sfumature che non posso sviluppare in questa sede. Rimando a L. Medina Alcoz (2022), *Historia del Derecho administrativo español*, Marcial Pons, Madrid. Una sintesi: id. (2025), "Bases históricas", in Manual de Derecho administrativo, 3.ª ed., Marcial Pons, pp. 89-115. Con libero acceso qui: https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/1603.

8 Dopo l'irruzione della nuova storiografia, è emersa naturalmente la ragione di fondo argomentata nel testo. Ad esempio: «Il processo avviatosi dopo il periodo napoleonico, del quale si fecero carico i giuristi della restaurazione, implicava tanto la nascita di una nuova soggettività giuridica, quella dell'amministrazione come soggetto giuridico (ancora lontano da venire), quanto la strutturazione dell'*involucro formale* del potere amministrativo, cioè l'atto amministrativo [...]. Per portare a compimento questa operazione era necessario porre mano alla demolizione del sistema della *Iurisditio,* sia dal punto di vista concettuale sia da quello linguistico». M. Bellavista (2012), *Il rito sostanziale amministrativo,* Cedam, Milano, pp. 31-32.

9 Si tratta dei regolamenti approvati nel corso del 1890 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri (23 aprile) e dai ministeri di Stato (17 aprile), Grazia e Giustizia (17 aprile), Interno (22

rata la prima codificazione generale della procedura amministrativa al mondo, molto precedente alle leggi austriache del luglio 1925[10]. Dunque, la giustamente celebre iniziativa di Gumersindo de Azcárate non è nata dal nulla. Il suo approccio e il suo contenuto avevano chiari precedenti in altre norme e rispondevano a orientamenti dottrinali e giurisprudenziali generalizzati, espressione di una tradizione propria in materia di procedimento amministrativo.

La Legge Azcárate è ben nota agli amministrativisti spagnoli[11]. Gli specialisti di altri paesi la citano spesso insieme alle leggi austriache come precursore della codificazione del procedimento amministrativo, almeno in Italia[12], nell'area iberoamericana[13] e negli studi di diritto comparato[14]. Tuttavia, per quanto ne so, non esistono contributi che affrontino specificamente l'origine e la formazione della cultura del procedimento amministrativo alla base di tale legge, ovvero i precedenti che hanno favorito la formulazione e l'approvazione di un'iniziativa così

---

aprile), Lavori Pubblici (23 aprile), Guerra (25 aprile) e Marina (25 aprile). Questa normativa è stata completata, modificata e ampliata nel corso della prima metà del Novecento. Queste iniziative sono descritte in dettaglio in: J. Gascón y Marín (1949), «Necesidad de un código de procedimiento administrativo», *Revista de Estudios Políticos,* n. 48, pp. 11-40.

10 Per tutti, E. García de Enterría (1993), «Un punto de vista sobre la nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992», *Revista de Administración pública,* n. 130, p. 205.

11 Per un'analisi più ampia del solito: F. López Menudo (1992), «Los principios generales del procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública,* n. 129, pp. 38-43; F. González Navarro (1997), *Derecho administrativo español,* t. III, *El acto y el procedimiento administrativos,* Eunsa, Ansoáin, pp. 549-551; M. Vaquer Caballería (2016), «La codificación del procedimiento administrativo en España», *Revista General de Derecho Administrativo,* n. 42, pp. 10-14.

12 Ad esempio, M. S. Giannini (1970), *Diritto amministrativo,* vol. II, Giuffrè, Milano, p. 818. Recentemente: M. Bellavista (2012: 70-79).

13 Tra gli altri: J. R. Dromi (1975), «La Ley argentina de procedimientos administrativos y su significación jurídico-política», *Revista de Derecho público,* n. 18, p. 150; A. Moles Caubet (1983), «Introducción al procedimiento administrativo», in A. R. Brewer-Carías (dir.), *El procedimiento administrativo* (vol. dell'Archivo de Derecho público y ciencias jurídicas), Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 17.

14 G. Langrod (1956: 43-48); J.-B. Auby (2013), «General report», in J.-B. Auby (ed.), *Codification of Administrative Procedure,* Bruylant, Bruxelles; G. della Cananea e M. Bussani (2019), "The 'Common Core' of administrative laws in Europe: A framework for analysis", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* vol. 26(2), pp. 222 e 243.

innovativa[15] . Lo scopo del presente studio è proprio quello di illustrare questo fenomeno, in gran parte sconosciuto, nonché di delineare un approccio generale alle ragioni per cui tale cultura è germogliata proprio in Spagna nel corso del XIX secolo.

2. Origini della cultura del procedimento amministrativo

2.1. Procedure amministrative in chiave speciale o settoriale

Il legislatore spagnolo si sforzò già durante il cosiddetto periodo delle reggenze (1833-1843) e durante il lungo regno di Isabella II (1844-1868), di canalizzare l'attività della nascente amministrazione attraverso procedure. Così, in relazione all'espropriazione forzata[16] , alla selezione dei funzionari[17] , agli appalti di lavori e servizi pubblici[18] o al rilascio di autorizzazioni e concessioni in materia di acque[19] , miniere[20] o ferrovie[21]. Il potere sanzionatorio degli enti locali sarà altresì accompagnato da alcune garanzie formali[22]. Durante l'ultimo terzo dell'Ottocento, questa marcata tendenza a disciplinare le procedure amministrative settoriali o speciali culminerà con l'ampia disciplina delle procedure tributarie[23] .

---

15 Invece, esistono, anche in spagnolo, riferimenti ai precedenti e alle ragioni alla base della codificazione austriaca del procedimento amministrativo. Ad esempio: H. Schäffer (1993), «El procedimiento administrativo austriaco: evolución, estado actual y perspectivas de futuro», in J. Barnés Vázquez, *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado,* Civitas, Madrid, pp. 405-440.

16 Legge del 17 luglio 1836 sull'alienazione forzata della proprietà privata a beneficio pubblico.

17 Decreto reale del 18 giugno 1852, che stabilisce le basi da osservare per l'ammissione e l'avanzamento in tutti gli impieghi dell'amministrazione attiva dello Stato.

18 Decreto reale del 27 febbraio 1852 sui contratti di servizi pubblici.

19 Decreto reale del 14 marzo 1846 sullo sfruttamento dei fiumi, Decreto reale del 21 agosto 1849 che chiarisce la precedente, Decreto reale del 4 dicembre 1859 sull'uso e il godimento delle acque pubbliche, Legge del 3 agosto 1866 sul dominio e lo sfruttamento delle acque.

20 Regolamento per l'attuazione della legge sulle miniere del 31 luglio 1849, Legge sulle miniere del 6 luglio 1859 e regolamento di attuazione dello stesso giorno.

21 Legge generale sulle ferrovie del 3 giugno 1855.

22 Articolo 77 della legge su comuni del 2 ottobre 1877.

23 Legge del 31 dicembre 1881, che approva le basi per il procedimento amministrativo in materia di ricorsi economico-amministrativi; Regolamento sul procedimento amministrativo in materia di ricorsi economico-amministrativi, approvato con Decreto reale del 31 dicembre 1881; Legge del 24 giugno 1885, che stabilisce disposizioni relative alla riforma del procedimento per i ricorsi economico-amministrativi.

Tali normative utilizzavano un buon numero di tecniche procedurali, tratte per lo più dall'arsenale offerto dalla tradizione giurisdizionalista plurisecolare: presentazione, registrazione, pubblicità e contenuto delle richieste; obblighi documentali del richiedente; audizione delle parti interessate; pareri o relazioni di esperti o delle autorità amministrative coinvolte e diverse da quelle competenti per concludere il procedimento; contenuto e notifica del provvedimento; ricorsi e reclami con indicazione dei termini di scadenza. Da sottolineare la procedura di inchiesta pubblica (*información pública*), prevista senza tale denominazione nella Legge sull'alienazione forzata della proprietà privata del 1836 e nella legislazione sulle acque, e ormai normalizzata con tale denominazione negli anni Settanta[24]. Oppure i requisiti formali per l'imposizione di sanzioni (decisione scritta, motivazione, termini, pagamento su carta bollata e con rilascio di ricevuta, limiti alla coercizione), per l'aggiudicazione di appalti di lavori e servizi (pubblicazione dell'annuncio con il capitolato d'oneri nella Gazzetta ufficiale e nei bollettini provinciali, buste chiuse, aggiudicazione pubblica e solenne mediante asta) e per la selezione dei funzionari (esame di conoscenza, parità, pubblicità). Anche la separazione, nell'ambito dei procedimenti tributari, degli organi di gestione o di applicazione delle imposte rispetto ad organi specializzati e funzionalmente indipendenti incaricati di istruire e risolvere i ricorsi, denominati tribunali economico-amministrativi.

Per quanto dirò più avanti, è opportuno richiamare l'attenzione sul silenzio amministrativo. Poco dopo l'istituzione del contenzioso amministrativo come sistema di controllo degli atti dell'amministrazione su due livelli[25] , si è fatto ricorso a questa tecnica in relazione all'indennizzo dei danni causati dall'abolizione della decima a coloro che avevano acquisito a titolo oneroso partecipazioni in tale tributo, denominati partecipanti laici (*partícipes legos*)[26]. Ribadita e sviluppata in

24 Ad esempio, il regolamento per l'attuazione della Legge generale sui lavori pubblici del 13 aprile 1877. A questo proposito, L. Míguez Macho (2021), *La modernización del procedimiento administrativo,* Aranzadi, Cizur Menor.

25 Leggi del 2 aprile e del 6 luglio 1845 relative alla creazione dei consigli provinciali e del Consiglio Reale.

26 Articolo 4 della legge del 20 marzo 1846: «Se la decisione [del Governo] dovesse protrarsi oltre il termine stabilito dalla legge, [il partecipante] potrà ricorrere entro il termine stabilito in un procedimento contenzioso-amministrativo per dimostrare e far valere il proprio diritto dinanzi al

relazione a tali casi[27], la soluzione sarà presto estesa a tutte le richieste di risarcimento o indennizzo, sia quelle formulate in base alla responsabilità (per colpa) sia quelle presentate a titolo di equità[28]. Anche alla doverosa autorizzazione amministrativa previa per giudicare i funzionari pubblici in sede giudiziaria ordinaria[29] nonché alle altresì doverose richieste presentante dai cittadini nella via governativa come presupposto per intraprendere azioni legali contro lo Stato davanti al giudice ordinario[30]. La legislazione settoriale è arrivata persino a stabilire alcuni casi di silenzio positivo, ovvero la concessione *ope legis* di quanto richiesto in caso di mancato rispetto del termine massimo di completamento[31].

2.2. Procedimento amministrativo in chiave generale

2.2.1. Diritto soggettivo al procedimento

Le norme procedurali e organizzative approvate dagli anni Trenta e Quaranta del XIX secolo sono state concepite fin dall'inizio come autentiche norme giuridiche. Tutti i trattati di diritto amministrativo, molto lontani dalla posizione tipicamente germanica, dedicavano la parte centrale all'organizzazione, affermando chiaramente il carattere puramente giuridico della loro disciplina. Basti citare uno dei primi per illustrare l'idea:

«Alcuni autori ritengono che non si possa definire diritto amministrativo l'attribuzione di poteri alle autorità amministrative e separano quindi da questo diritto tutta quella parte tecnica e regolamentare, come la chiamano loro, dell'amministrazione, affermando che il diritto amministrativo inizia a manifestarsi solo quando l'amministrazione si trova di fronte ai propri amministrati. Ma

---

Consiglio della provincia in cui tali diritti erano radicati, con appello al Consiglio Reale».

27 Decreto reale del 15 maggio 1850.

28 Legge di base della contabilità generale del 20 febbraio 1850.

29 Decreto reale del 27 marzo 1850.

30 Decreto reale del 20 settembre 1851.

31 Ad esempio, l'articolo 240 della legge del 3 agosto 1866, sul dominio, l'uso e lo sfruttamento delle acque marine e terrestri, il loro regime e la loro disciplina: "I progetti presentati ai governatori delle province da privati, comunità o imprese in relazione a qualsiasi dei punti per la cui decisione sono competenti ai sensi della presente legge saranno esaminati e risolti entro sei mesi. In caso contrario, il progetto sarà considerato approvato o la richiesta concessa". Su tutto ciò, cfr. Aguado i Cudolà (1998), "Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional", *Revista de Administración Pública*, n. 145, pp. 329-362.

io credo che sotto il nome di diritto amministrativo non si debbano intendere solo questa regola o leggi puramente amministrative, ma anche le leggi che stabiliscono l'organizzazione delle diverse autorità che compongono la macchina amministrativa del paese e per questo motivo dovremo occuparci di questa organizzazione»[32].

Inoltre, tali norme no solo erano considerate giuridiche, ma anche giustiziabili. Le regole procedurali amministrative, anche se non rispondevano direttamente a obiettivi di garanzia, comportavano comunque la moltiplicazione dei parametri normativi che il cittadino poteva far valere nel contenzioso-amministrativo. Se in Germania, Francia o Italia l'obbligo formale che la legge imponeva all'esercizio del potere amministrativo non era giustiziabile (o poteva esserlo solo nell'ambito di un contenzioso-amministrativo oggettivo o di interessi volto a tutelare la legalità), il nostro Consiglio Reale (chiamato di Stato dal 1858) lo interpretava come un diritto soggettivo correlativo, il "diritto alle forme" o alla "procedura"[33]; dottrina trasmessa alla giurisdizione ordinaria del *Sexenio Revolucionario* (1868-1874)[34] e cristallizzata nella Legge sul contenzioso-amministrativo del 1888.

La dottrina spagnola del "diritto soggettivo di carattere amministrativo" come fondamento del contenzioso-amministrativo che include il "diritto alle forme" è registrata e sviluppata in tutti gli studi dell'epoca relativi alla giustizia amministrativa[35], così come nell'influente trattato di diritto amministrativo di Manuel Colmeiro, professore dell'Università di Madrid: "la violazione di queste for-

32 In termini di J. Posada Herrera (1978 [1843]), *Lecciones de Administración,* t. I, INAP, Madrid, pp. 36-37.

33 Decreto reale sentenza del 30 luglio 1847 del Consiglio Reale.

34 Tra le altre: SSTS del 18 ottobre 1871 e del 20 febbraio 1872. Cfr. A. Betancor Rodríguez (1992), *El acto ejecutivo,* CEPC, Madrid, pp. 235-236.

35 L'idea appare già nel primo trattato sul contenzioso amministrativo in Spagna: J. Peláez del Pozo (1849), *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativos,* Imprenta D. B. González, Madrid. Sarà sviluppata da S. Alfaro Lafuente (1875), *Tratado completo de lo contencioso-administrativo,* Imprenta Nicolás González, Madrid, e (1881), *Lo contencioso-administrativo. Su materia, sus tribunales, sus procedimientos,* Librería universal de Córdoba y Compañía, Madrid. Inoltre, tra gli altri: J. Gallostra Frau (1881), *Lo contencioso-administrativo,* Imprenta y fundición Manuel Tello, Madrid; F. Abella Blave (1882), *Manual teórico-práctico de lo contencioso-administrativo y del procedimiento especial en los asuntos de hacienda,* El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados municipales, Madrid.

malità è una violazione manifesta dei diritti stessi che esse proteggono e difendono con il loro scudo, e perciò gli atti amministrativi che le violano possono essere impugnati in sede contenziosa"[36]. Durante la prima metà del Novecento continuerà a essere viva, anche se per ragioni che non vengono qui in causa, con minore forza[37]. In seguito, sebbene la giustiziabilità delle norme formali non sarà discussa, la sua spiegazione nel quadro del «diritto soggettivo di carattere amministrativo» cadrà nell'oblio, al punto che oggi molti amministrativisti ignorano che un tempo fu molto importante nel diritto amministrativo spagnolo[38].

Dunque, le norme procedurali approvate sin dagli albori dello Stato costituzionale per salvaguardare gli interessi collettivi potevano operare tecnicamente come diritti procedurali, ad esempio quello dell'offerente alla celebrazione dell'asta[39] e all'aggiudicazione solo a chi avesse soddisfatto le condizioni prefissate dall'amministrazione[40]; diritti, peraltro, riconosciuti come tali nell'ordinamento tedesco solo in tempi recenti e solo per le procedure di appalto regolate dal diritto europeo[41]. Inoltre, già prima della riforma del contenzioso amministrativo del 1888, il Consiglio di Stato aveva iniziato a considerare che la violazione procedurale costituisce in ogni caso un vizio di ordine pubblico che, in quanto tale, può

---

36 M. Colmeiro Penido (1865), Derecho administrativo español, t. II, 3ª ed., Imprenta de José Rodríguez, Madrid, p. 443.

37 J. M. Caballero Montes (1902), Lo contencioso-administrativo, I, Escar, Zaragoza; M. Fernández Mourillo (1926), Lo contencioso-administrativo. Su eficacia en el régimen de la 'Administración activa'. Reformas procedentes, Imprenta del asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús; J. Guasp Delgado (1940), "El 'derecho de carácter administrativo' como fundamento del recurso de contencioso", Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, n. 2, pp. 11-23.

38 Per maggiori dettagli: L. Medina Alcoz (2016), Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo y interés legítimo: una revisión, Marcial Pons, Madrid; id. (2021), "Historia del concepto de derecho subjetivo en el Derecho administrativo español", Revista de Derecho público: teoría y método, n. 13, pp. 7-52.

39 Ad esempio, la sentenza della Corte Suprema del 30 marzo 1869 dichiarò nulla la stipula di un contratto con lo Stato in cui mancava la solennità dell'asta pubblica, indispensabile ai sensi del Decreto reale del 27 febbraio 1852. Commenta questa risoluzione: E. Delgado Martín (1883: 32-33).

40 Ad esempio, con questi termini: Ordinanza del 29 settembre 1889 del Tribunale amministrativo del Consiglio di Stato. Si riferisce a questa decisione: R. Macaya y Anguera (1893), . *(1893), Legislación y jurisprudencia sobre la materia y el procedimiento contencioso-administrativos,* Sucesores de Rivadeneyra, p. 67.

41 A questo proposito, S. Díez Sastre (2012), *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos,* Marcial Pons, Madrid.

essere valutato d'ufficio. La Legge del 1889, nonostante la sua brevità e l'ampio rinvio allo sviluppo normativo, partirà da questa ricca esperienza per stabilire una serie di *diritti* procedurali relativi a qualsiasi ambito o settore dell'attività amministrativa, ancora oggi centrali nel diritto amministrativo spagnolo. Tra questi elementi spicca l'udienza preliminare, consacrata nella giurisprudenza come formalità fondamentale la cui omissione è causa di nullità[42].

Si è parlato per questo di una "ipersensibilizzazione della giurisprudenza rispetto alle questioni di forma"[43]. Già allora si diceva a questo proposito che:

«il Consiglio Reale, e successivamente quello di Stato, costituito in Sezione Contenziosa, ha saputo imporsi con la propria autorità e nella storia del nostro diritto amministrativo conserverà sempre un nome glorioso, più ancora che per la giustizia delle sue sentenze, per l'integrità con cui ha corretto i vizi della procedura governativa e gli abusi di potere delle autorità amministrative; si può affermare che se oggi i privati acquisiscono diritti nei confronti dello Stato, ciò è dovuto esclusivamente a una giurisprudenza così costante e saggia»[44].

La retorica dei diritti e la dottrina dei vizi di ordine pubblico non potevano di per sé correggere le carenze di tutela insite nella natura revisiva della giustizia contenzioso-amministrativa, cioè nella sua configurazione come giudizio di secondo grado destinato a controllare la legittimità dei provvedimenti amministrativa. Tuttavia, l'indiscussa dignità giuridica del procedimento amministrativo e la rappresentazione degli obblighi formali dell'amministrazione come diritti individuali correlativi tutelabili anche d'ufficio hanno senza dubbio favorito la cultura del procedimento amministrativo, se non altro perché riuscivano a neutralizzare gli effetti inversi di altre dottrine, come quelle che limitano il concetto di norma giuridica ai mandati con effetti *ad extra* (Laband) o circoscrivono la nozione di diritto pubblico soggettivo alle norme destinate esclusivamente a tutelare gli inte-

42 Tra le altre, Sentenze della Corte Suprema del 17 gennaio e 20 marzo 1903, 30 aprile 1910 o 18 novembre 1918. Si riferisce a questa giurisprudenza, S. Royo-Villanova (1949: 88-92).

43 T. R. Fernández Rodríguez (1968), "La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso-administrativo: orígenes y evolución", *Revista de Administración Pública,* n. 68, pp. 223-277.

44 J. Gómez Acebo e R. Díaz Merry (1889), *Diccionario general de la jurisprudencia contencioso-administrativa,* Tipografía de los huérfanos, Madrid, nella presentazione non paginata («nota de los autores»).

ressi individuali (Jellinek).

Il fatto che durante il XIX secolo il linguaggio del diritto soggettivo, applicato al diritto amministrativo, fosse un fenomeno specificamente spagnolo contribuisce in parte a spiegare perché anche la cultura del procedimento amministrativo fosse specificamente spagnola. È possibile che il riconoscimento del "diritto soggettivo alle forme" e la dottrina dei vizi formali di ordine pubblico abbiano stimolato in Spagna lo sviluppo della cultura del procedimento amministrativo in modo simile a quanto avverrà in Austria con l'esplicito riconoscimento del carattere annullabile della decisione amministrativa che "ha obbviato forme essenziali del procedimento amministrativo" (Legge sul Tribunale contenzioso-amministrativo del 1876)[45].

2.2.2. Autori favorevoli alla codificazione

Le norme speciali e la dottrina contenzioso-amministrativa sul diritto al procedimento hanno stimolato una riflessione più generale sulla procedura amministrativa e le prime proposte di codificazione. Nel 1872, Lorenzo Arrazola e i suoi collaboratori progettarono la redazione di un articolo sul "procedimento amministrativo" per la celebre *Enciclopedia Española de Derecho y Administración ó Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España é Indias.* Arrazola morì l'anno successivo e con lui si interruppe la prosecuzione della sua monumentale opera. L'articolo non fu quindi realizzato, ma lo studio che lo annunciava (relativo alla giustizia amministrativa) richiedeva già la codificazione di alcuni aspetti della procedura al fine di introdurre garanzie. Dopo aver sottolineato che il silenzio negativo era previsto solo in alcuni casi, ragionava:

«ha un fondamento di equità che dovrebbe essere esteso a tutti i casi, come garanzia dei diritti individuali [perché] chi si trova nella necessità di presentare un reclamo contro lo Stato non ha la garanzia di una risposta tempestiva da parte dell'amministrazione e talvolta trascorrono anni senza ottenerla. Questo grave pregiudizio potrebbe essere evitato se fosse concesso un termine fisso per risolvere definitivamente il caso, trascorso il quale l'interessato potrebbe ricorrere alla via contenzioso-amministrativa, come se la sua

45 È stato affermato che la giurisprudenza austriaca in materia di procedura amministrativa elaborata sulla base del precetto indicato ha facilitato l'ulteriore codificazione del 1925: G. Langrod (1956: 49-55), H. Schäffer (1993: 405-440).

richiesta fosse stata respinta»[46] .

Il fatto è che la procedura amministrativa in generale preoccupava la dottrina specializzata, che ne denunciava la carenza di una disciplina unificante e gli eccessi dell'amministrazione. Ad esempio, nel 1882 Fermín Abella Blave, avvocato e politico specializzato in diritto amministrativo, autore di numerosi libri in materia, lamentava che "per quanto riguarda la procedura governativa in generale regna il caos", sottolineando al contempo "l'importanza delle leggi rituali e aggettive, considerate di diritto pubblico [...], poiché senza di esse non esiste un diritto sicuro, né una garanzia efficace, contro le invasioni dei più audaci o dei più forti»[47]. E Gabriel Rodríguez Benedicto, principale esponente del liberismo individualista spagnolo e professore di economia politica e diritto amministrativo alla Scuola di Ingegneria Civile, sosteneva nel 1886 che «è assolutamente necessario che l'amministrazione spagnola migliori le sue procedure interne e abbandoni l'arbitrarietà con cui oggi gestisce e risolve, quasi in tutti i casi, gli affari di cui è responsabile»[48].

L'illustre e influente professore e politico catalano Manuel Durán y Bas, riprendendo posizioni già difese in precedenza, riteneva che la procedura amministrativa e l'impiego pubblico fossero istituzioni che necessitavano di una profonda riforma:

"Sono da tempo convinto che il nostro Paese non possa rigenerarsi senza una riforma amministrativa radicale [...]. Le istituzioni che costituiscono l'organizzazione amministrativa comportano sempre quattro concetti: il personale che le rappresenta; la natura del servizio che devono fornire; la procedura per la fornitura di tale servizio; i mezzi materiali che potrebbero essere necessari per tale fornitura [...]. E se nella riforma si tiene conto del terzo punto, ovvero della procedura amministrativa, i risultati saranno all'altezza della sua utilità, senza che in questo particolare la riforma possa essere rinviata.

---

46 L. Arrazola e altri (1872), voce "Contencioso-administrativo", in *Enciclopedia Española de Derecho y Administración ó Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España é Indias,* t. XIII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, pp. 118-119.

47 F. Abella Blave (1882), *Manual teórico-práctico de lo contencioso-administrativo y del procedimiento especial en los asuntos de hacienda,* El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados municipales, Madrid, pp. 53 e 322.

48 G. Rodríguez Benedicto (1890), "Lo contencioso-administrativo. Discurso pronunciado en el Congreso jurídico español de 1886 en la sesión de 11 de diciembre", *Revista de España,* t. 127, p. 249.

L'eccessivo carico di lavoro negli uffici non è una ragione valida per mantenere un organico così numeroso: nelle aziende commerciali, con personale più ridotto e spesso meno retribuito, si svolge quotidianamente un lavoro triplo rispetto a quello degli uffici statali; tanto più che questo pretesto scomparirà con la semplificazione della procedura, il decentramento dell'amministrazione, il conferimento di poteri decisionali ai capi dell'amministrazione provinciale, con ricorso in appello solo alla Superior, e l'eliminazione delle cattive pratiche burocratiche"[49].

Ha sviluppato in modo eloquente queste critiche un professore di diritto comparato dell'Università di Madrid e influente specialista in scienze politiche che, dopo alcuni anni, presenterà una proposta di legge che lo legherà per sempre al procedimento amministrativo. Mi riferisco, ovviamente, a Gumersindo de Azcárate, che per combattere il *caciquismo* e, in generale, l'arbitrarietà, già nella sua opera *El régimen parlamentario en la práctica* (1885) chiedeva una disciplina generale sia del pubblico impiego che della procedura amministrativa:

"Per quanto riguarda la burocrazia, l'impiegomania e il burocratismo, questi tre vizi che vanno di pari passo scompariranno il giorno in cui sarà istituita una procedura amministrativa con formalità precise e scadenze fisse, senza segreti per nessuno, e in cui saranno debitamente organizzate le carriere dello Stato. [...]. E una volta rimediati tutti questi mali, il *caciquismo* sarà ferito a morte; perché, come sarà possibile, quando l'evasione delle pratiche e la nomina dei dipendenti non dipenderanno più dall'arbitrarietà dei ministri o dei governatori, e quando si potrà esigere la dovuta responsabilità da tutti i funzionari che violano le leggi? Il giorno in cui l'abitante del villaggio più insignificante potrà avvicinarsi al sindaco, al governatore, al delegato del fisco o al capo del sviluppo senza altra compagnia o raccomandazione che quella del suo diritto, e senza aver bisogno del favore e del sostegno dei *caciques* che imperiano nelle capitali o dei *caciquillos* che comandano nei villaggi, saranno scomparsi il potere e l'influenza di questa oligarchia meschina e bastarda, che è una parodia ridicola e odiosa del feudalesimo di altri tempi. Finché questi vizi non saranno corretti, il regime parlamentare, invece di essere una garanzia del diritto, sarà tutto il contrario"[50] .

---

49 M. Durán y Bas (1895), *Escritos del Exmo. Señor D. Manuel Durán y Bas,* t. II, *Estudios morales, sociales y económicos,* Imprenta barcelonesa, Barcelona, pp. 583, 589. Lo studio relativo alla riforma amministrativa fu inizialmente pubblicato sul quotidiano *La Dinastía* (marzo/aprile 1890). A sua volta, quanto ivi sostenuto coincide con le proposte dell'autore già presenti in due proposte di legge a cui mi riferisco più avanti (1866 e 1880), nonché in scritti amministrativi pubblicati sul *Diario de Barcelona*.

Per il resto, la disciplina del procedimento amministrativo si inseriva nel movimento favorevole alla codificazione generale, che si sviluppò rispetto al diritto amministrativo parallelamente al diritto civile. Il Convengo giuridico spagnolo tenutosi a Madrid nel 1886 discusse ampiamente sulla codificazione, mostrandosi favorevole nelle sue conclusioni a realizzare gradualmente quella del diritto amministrativo:

"Come complemento alle riforme che devono essere introdotte nella giurisdizione contenzioso-amministrativa, chiamata a regolare i rapporti tra lo Stato e i privati, si deve cercare di realizzare *la codificazione amministrativa*, il cui ideale può essere raggiunto attraverso una codificazione parziale, effettuata ufficialmente per materie, a partire da quelle in cui le leggi sono più complete e avanzate, hanno un carattere più sistematico e subiscono meno l'influenza dei partiti e delle situazioni politiche, e attraverso lavori dottrinali che preparino la sistematizzazione, oggi inesistente, del diritto amministrativo".

Tale tendenza si ricollegava in qualche modo alla proposta di un "codice di governo interno"[51] elaborata sotto il segno del liberalismo caditano e concretizzata nel progetto di Codice Civile (1821), che conteneva le "disposizioni generali e perpetue" relative alla "Amministrazione Generale dello Stato" e doveva essere accompagnato da «una sorta di Codice amministrativo» per lo sviluppo della «parte regolamentare delle rispettive dipendenze» (Discorso preliminare). All'inizio del Novecento, in controtendenza rispetto a Europa, contraria alla codificazione del diritto amministrativo per la sua enorme estensione e variabilità, essa fu lucidamente difesa da Vicente Santamaría de Paredes[52], successore del grande Manuel Colmeiro alla cattedra di diritto politico e amministrativo di Madrid, e da Adolfo Posada, allora professore a Oviedo[53]. Mi riferisco a entrambi di seguito.

2.2.3. Una teoria del procedimento amministrativo: Santamaría de Paredes

50 G. de Azcárate (1885), *El régimen parlamentario en la práctica,* Fortanet, Madrid, pp. 105-106.

51 G. Luna Montejo (1820), *Pensamiento de economía-policía ó policía pública,* Imprenta de Aparicio, Valladolid, pp. 8-9.

52 V. Santamaría de Paredes (1885), *Curso de Derecho administrativo,* 1ª ed., Librería de Fernando Fé e Hijos de Fé, Madrid-Sevilla, pp. 15-17.

53 A. Posada (1897), *Tratado de Derecho administrativo,* t. I, Victoriano Suárez, pp. 177-193.

Alla luce di tutto ciò, si capisce che non tardasse a fiorire un'elaborazione teorica del "procedimento amministrativo", la prima in Europa[54]. Nella prima edizione del suo *Corso* (1885), Vicente Santamaría de Paredes incorporò il "procedimento amministrativo" nientemeno che nel concetto di "Diritto amministrativo", come terzo e ultimo elemento, insieme all'organizzazione e alle funzioni amministrative:

"In virtù di quanto esposto, possiamo definire il diritto amministrativo come *la branca del diritto che si occupa dell'organizzazione, delle funzioni e del procedimento del potere esecutivo, secondo la Costituzione, per l'adempimento della missione dello Stato nella vita*"[55].

In linea con questa definizione, il *corso* ha dedicato un blocco a ciascuno degli elementi fondamentali del diritto amministrativo. Dunque, la terza e ultima parte ha affrontato il "procedimento amministrativo", il che è molto significativo: un aspetto che non occupava nemmeno un titolo nei trattati (spagnoli ed europei) pubblicati fino ad allora è diventato sistematicamente una colonna portante di quello di Santamaría. Divisa in due capitoli, questa parte ha affrontato separatamente il procedimento amministrativo propriamente detto e il processo contenzioso-amministrativo[56]. Questa distinzione, insieme alla considerazione che il "vero procedimento amministrativo" è quello governativo, era profondamente innovativa. Il procedimento amministrativo cessò di essere considerato un'appendice della giustizia, una via preliminare il cui esaurimento è presupposto indispensabile per formulare il ricorso contenzioso-amministrativo, per essere esaminato autonomamente o, più precisamente, come "parte della stessa azione di governo" destinata a "realizzare i servizi pubblici"[57].

---

54 Gli studi austriaci di riferimento sono successivi: F. Tezner (1896), *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Vienna; A. Merkl (1927), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Springer, Vienna/Berlino, pubblicato in spagnolo nel 1935 con il titolo *Teoría general del derecho administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (da cui cito), ristampato nel 1980 (Editora Nacional, Messico) e nel 2004 (Comares, Granada); id. (1927), «Die Verwaltungsgesetzgebung der österreichischen Republik», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*; R. H. Herrnritt (1932), *Das Verwaltungsverfahren*, Vienna.

55 V. Santamaría de Paredes (1885: 7-8). Il corsivo è originale.

56 V. Santamaría de Paredes (1885: 805-844).

57 V. Santamaría de Paredes (1885: 809).

Infatti, per Santamaría, "il procedimento amministrativo deriva dalla natura dell'amministrazione come potere esecutivo dello Stato, in quanto deve rispettare determinate formalità e osservare un certo ritmo nello svolgimento delle sue funzioni". La figura rientra quindi nel "concetto di amministrazione come potere pubblico", e non come semplice personalità qualsiasi posta "al livello dei suoi amministrati" e soggetta al diritto comune e ai tribunali ordinari. Si differenzia essenzialmente dal processo giurisdizionale per la diversità delle funzioni che l'uno e l'altro canalizzano:

«L'intera funzione dei giudici e dei tribunali si riduce al giudizio; essi esistono solo per questo, e quando giudicano, mantengono le distanze dalle parti in causa, poste l'una di fronte all'altra in condizioni di parità per la loro condizione di persone giuridiche e per la legge che invocano. Al contrario, la giurisdizione esercitata dall'amministrazione è un mezzo per realizzare i servizi pubblici; quando in questi casi concreti *dice* ciò che deve essere fatto nell'applicazione delle leggi amministrative, non è per dare ragione agli uni o agli altri, ma per eseguire e far rispettare, mostrandosi come superiore che comanda. [Per questo motivo] solo può essere considerato veramente procedimento amministrativo quello che viene comunemente chiamato governativo; quando l'amministrazione risolva il ricorso contenzioso, è necessario distinguerlo dal procedimento governativo con un nome diverso»[58].

Dopo aver fornito una definizione e caratterizzato le sue diverse fasi (avvio, istruzione e conclusione), Santamaría affronta la "seconda istanza governativa" o procedimento amministrativo impugnatorio, nel caso in cui l'oggetto debba passare al grado successivo della gerarchia perché sia stato presentato il corrispondente ricorso gerarchico (*recurso de alzada*)[59]. Successivamente, studia attentamente la disciplina giuridica dei procedimenti tributari, considerata una sorta di modello o archetipo per la sua ampiezza e dettaglio[60]. È molto significativo ai fini del nostro discorso che Santamaría, dopo aver constatato che "in Spagna manca una legge o un regolamento generale sulla procedura amministrativa, salvo in materia fiscale", si sia mostrato un convinto sostenitore della stessa, in perfetta corrispondenza con la sua difesa di una codificazione graduale del diritto amministra-

58 V. Santamaría de Paredes (1885: 805-809).
59 V. Santamaría de Paredes (1885: 806-807).
60 V. Santamaría de Paredes (1885: 810-818).

tivo; difesa che, tra l'altro, è ripresa quasi con le stesse parole dalle citate conclusioni del Convegno giuridico spagnolo del 1886:

"nonostante la necessaria diversificazione della procedura amministrativa in base alla specificità delle materie, è opportuno stabilire regole generali in tutto ciò che può essere comune, sia per armonizzare l'iter delle pratiche, sia per la convenienza che siano facilmente conosciute da tutti"[61].

"Il nostro modo di pensare in merito alla questione [la codificazione amministrativa] è il seguente:

1. Non si può dubitare dell'utilità di un codice amministrativo ufficiale, nell'ipotesi che sia possibile, poiché alle ragioni generali di convenienza di ogni codice si aggiunge quella speciale di dare con tale mezzo unità e armonia a questo ramo della legislazione, che, formatosi in epoche diverse e sotto l'influenza di principi opposti, costituisce, secondo De Fooz, «una massa informe, vera immagine del caos»; utilità che un codice dottrinale, senza altra autorità che quella scientifica del suo autore, non può fornire sul piano pratico.

2. Che non riteniamo impossibile l'esistenza di un Codice amministrativo come ideale a cui aspirare [...].

3. Che come mezzi per raggiungere l'ideale del Codice amministrativo, si possono accettare: i lavori dottrinali che preparano la sistematizzazione di questo Diritto, che oggi non esiste; e la codificazione parziale effettuata ufficialmente per materie, a partire da quelle in cui le leggi sono più avanzate, hanno un carattere più sistematico e subiscono meno l'influenza dell'attuale stato dei partiti politici»[62] .

Pertanto, il contrasto con il processo (giudiziario e contenzioso-amministrativo) ha permesso alla procedura amministrativa di acquisire per la prima volta lo status di categoria dogmatica. Ciò obbliga a sfumare l'opinione diffusa secondo cui lo sviluppo della procedura amministrativa consisteva inizialmente nell'imitazione del modello giudiziario[63]. Certamente, il provvedimento ammini-

61 V. Santamaría de Paredes (1885: 809-810).

62 V. Santamaría de Paredes (1885: 15-16, 809-810).

63 Tra di noi, uno dei primi a sostenere questa tesi è stato S. Royo-Villanova (1949), «El procedimiento administrativo como garantía jurídica», *Revista de Estudios Políticos,* n. 48, p. 63: «Il procedimento amministrativo è nato sotto l'influenza del procedimento giudiziario. È un

strativo e le tecniche procedurali provenivano in gran parte da quel modello, consolidato nel corso dei secoli. È anche vero che la visione proceduralista si svilupperà ampiamente tra noi quando verrà enfatizzata la dimensione garantistica del procedimento amministrativo, come accadrà in seguito nell'ordinamento austriaco[64] – a cui mi riferisco più avanti. Tuttavia, il procedimento amministrativo cesserà di essere considerato come una semplice via amministrativa preliminare al contenzioso amministrativo, diventando per la prima volta un'istituzione a sé stante che richiede di una disciplina generale, quando Santamaría de Paredes sottolinea che non è semplicemente un canale per la risoluzione di conflitti tramite l'applicazione del diritto, ma uno strumento fondamentale «per realizzare i servizi pubblici». Si trattava, del resto, di un concetto in linea con la funzionalità che di fatto svolgevano le normative procedurali settoriali, chiaramente legate agli interessi generali e alla volontà di rafforzare lo Stato. Tornerò su questo punto.

---

effetto della tendenza dello Stato di diritto ad assomigliare l'amministrazione alla Giustizia». Oggi, ad esempio: J. Barnés Vázquez (2006), «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», *Derecho global*, Sevilla, pp. 263-341; id. (2011), «Tres generaciones de procedimiento», in P. Aberastury e H.-J. Blanke (a cura di), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa,* Editorial universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, pp. 119-164; L. Parejo Alfonso e M. Vaquer Caballería (2018), "Introducción. Contribuciones de Derecho comparado a la comprensión y mejora del procedimiento administrativo", in *Estudios sobre el procedimiento administrativo,* vol. I, *Derecho comparado,* Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 9-24. Tuttavia, si riferisce alla visione antiprocessuale del procedimento amministrativo di Santamaría de Paredes: M. Vaquer Caballería (2016: 3-4).

64 Si dice spesso che il sistema austriaco teorizzato da Merkl e concretizzato nelle leggi del 1925 si adatta a un modello "processuale" e "garantista" perché, in linea con il normativismo kelseniano, presenta il diritto dei procedimenti (giudiziari e amministrativi) come "norma di applicazione del diritto legale nell'ambito della giustizia e dell'amministrazione", cioè come canale per la concretizzazione delle norme generali in atti esecutivi individuali in modo tale da garantire che il contenuto di questi ultimi sia conforme a quello delle prime: A. Merkl (1935: 281). Tuttavia, vale la pena ricordare che, in linea con quanto prima affermato in Spagna da Santamaría, Merkl sottolineava in Austria che "alcuni limiti si oppongono a questa progressiva equiparazione dei due diritti procedurali e, in generale, dell'amministrazione e della giustizia". Contrariamente a coloro che difendono come esigenza del diritto naturale "l'equiparazione più estrema", si aderisce alla tendenza del diritto positivo («più influenzato da considerazioni di adeguatezza che da quelle ideologie») verso «il maggior distacco possibile dell'amministrazione dalla giustizia» attraverso un «diritto processuale amministrativo adattato alle esigenze speciali dell'amministrazione e, per questo stesso motivo, necessariamente e profondamente differenziato dal diritto processuale giudiziario» (pp. 283-285).

Il professor Adolfo Posada sottolineerà il carattere innovativo di questo approccio nel panorama comparato:

"La dottrina corrente (cfr. Hauriou, op. cit.) considera come procedura amministrativa per antonomasia il *contenzioso,* dinanzi alle Corporazioni o ai Tribunali amministrativi, e di solito si intende come parte di esso quello relativo alla risoluzione di conflitti o competenze tra autorità amministrative e tra queste e quelle giudiziarie. Ma questa dottrina richiede un chiarimento. Il contenzioso, in quanto procedura, non è genuinamente amministrativo, perché trattare e risolvere una controversia, anche se di natura amministrativa, non è amministrare, è giudicare; in senso stretto, il contenzioso, in quanto procedura, è giudiziario. La sfera del procedimento amministrativo propriamente detto è l'azione dell'amministrazione attiva e comprende tutte le pratiche, le formalità, i fascicoli, ecc. a cui l'amministrazione deve adeguarsi"[65].

L'impronta di Santamaría de Paredes è chiaramente rilevabile nei trattati pubblicati successivamente (Adolfo Posada[66] , Antonio Royo Villanova[67] , José Gascón y Marín[68]), a volte senza citarlo direttamente (Fermín Abella[69], Salvador Cuesta[70], José Nemesio Güenechea[71], Luis Jordana de Pozas[72], José Fábregas del Pilar[73]) e talvolta per opporsi a lui (Fernando Mellado[74]). Tuttavia, la generazione successiva finirà per ignorare completamente il contributo dell'autore spagnolo,

---

65 A. Posada (1898), *Tratado de Derecho administrativo,* 1ª ed., t. II, Victoriano Suárez, Madrid, p. 490.

66 A. Posada (1898: 487-491).

67 A. Royo Villanova (1909), *Elementos de Derecho administrativo,* t. II, Imprenta Castellana, Valladolid, p. 281.

68 J. Gascón y Marín (1917), *Trattato elementare di diritto amministrativo. Principi e legislazione spagnola*, vol. I, Imprenta Clásica Española, Madrid, pp. 519-520.

69 F. Abella (1888), *Tratado de Derecho administrativo*, t. III, El Consultor de los Ayuntamientos, Administración de Calle don Pedro, núm. 1, Madrid, pp. 14-49. Come Santamaría, questo autore insiste con forza sull'imperativa necessità di una codifica della procedura amministrativa. Tuttavia, si distanzia da lui quando adotta una visione processualista (e decisamente garantistica) del procedimiento amministrativo.

70 S. Cuesta (1894), *Principios de Derecho Administrativo*, Librería de Manuel Hernández, vol. 1, Salamanca, p. 22. Non cita Santamaría, ma studia la procedura amministrativa allo stesso modo.

71 J. N. Güenechea (1915), *Saggio di diritto amministrativo,* t. II, 2ª ed., Imprenta del Corazón de Jesús, Bilbao, pp. 846-862. Quanto detto in precedenza riguardo al professore di Salamanca vale anche per questo professore dell'Università di Deusto.

72 L. Jordana de Pozas (1924), *Derecho administrativo,* IEAL, Madrid, pp. 175-187. Cita autori influenzati da Santamaría, affrontando la procedura amministrativa in sé, non come via governativa precedente alla giustizia contenzioso-amministrativa.

soppiantato dal giustamente celebre contributo di Adolf Merkl. Un dato eloquente: il più influente professore di diritto amministrativo durante la prima metà del Novecento, Gascón y Marín si basò sull'opera di Santamaría quando sviluppò l'esposizione sulla procedura amministrativa del suo trattato del 1917, ma anni dopo pubblicò uno studio sull'argomento che non lo menziona nemmeno, iniziando con una citazione di Merkl[75].

La dottrina spagnola ignora oggi la teoria del procedimento amministrativo di Santamaría de Paredes e, di conseguenza, il suo carattere pionieristico e innovativo. È quindi comprensibile che gli specialisti stranieri, pur sapendo che la Ley Azcárate fu la prima codificazione europea del procedimento amministrativo, attribuiscano all'opera dell'austriaco Tezner (1895) «la prima trattazione organica dell'Europa continentale sulla procedura amministrativa»[76]. Lo sottolineo non perché ritenga importante determinare quale nazionalità abbia studiato per prima l'istituzione o quale lo abbia fatto meglio, ma perché evidenzia una tendenza ispanica all'amnesia accademica che impedisce di comprendere appieno il diritto amministrativo spagnolo. Abbiamo dimenticato il contributo di Santamaría, nonostante senza di esso non si possa capire la Legge del 1889 e, di conseguenza, quelle successive del 1958, 1992 e 2015.

2.2.4. Proposte di legge di Durán y Bas e altre

Alla luce di quanto sopra esposto, non dovrebbe sorprendere che il legislatore ottocentesco abbia finito per adottare una codificazione della procedura amministrativa. Spicca, in primo luogo, la proposta di legge firmata dal già citato

73 J. Fábregas del Pilar (1924), *Derecho administrativo*, Reus, Madrid, pp. 140-148. In linea con Adolfo Posada, questo autore presenta il procedimento amministrativo come una garanzia giuridica in sé, aggiuntiva a quella derivante dalla giustizia contenzioso-amministrativa.

74 F. Mellado y Leguey (1890), *Resumen de Derecho administrativo*, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, Madrid, pp. 295-296: «Ecco le ragioni che ci hanno portato a collocare il procedimento governativo nell'ambito dell'amministrazione contenziosa. Si potrebbe obiettare che non esiste una vera e propria controversia contenziosa nella procedura governativa, ma noi sosterremo sempre che si tratta di una controversia tra il diritto privato e l'interesse pubblico e che quindi ha carattere contenzioso».

75 J. Gascón y Marín (1949: 11-40). Santamaría non compare nemmeno nell'importante studio di S. Royo-Villanova (1949: 88-92) che, tuttavia, cita Tezner (1896), Merkl (1935), Herrnritt (1932) e Sandulli (1940).

76 M. Bellavista (2012: 71).

Manuel Durán y Bas e presentata il 13 marzo 1866, "sulla riforma delle leggi amministrative vigenti". Proponeva misure di decentralizzazione per "portare nella provincia la pienezza di vita che le spetta", tra cui: competenza dei consigli provinciali di "di decidere su qualsiasi questione puramente economica e amministrativa di interesse per la provincia, anche se non espressamente prevista dalla legge"; competenza dei consigli provinciali di nominare e licenziare tutti i propri dipendenti; eliminazione, in generale, dell'obbligo di autorizzazione del governo affinché gli accordi dei consigli provinciali siano esecutivi; delega di poteri ministeriali alle direzioni generali e ai governatori provinciali. La proposta annunciava future iniziative "per la riforma del contenzioso amministrativo" e, cosa che ora più importa, per "la regolarizzazione e la legalità del procedimento non contenzioso" (relazione illustrativa). La sua ultima base proponeva già a questo proposito:

"Il Governo rivedrà i regolamenti generali dei vari settori della pubblica amministrazione e li riformerà: [...], semplificando l'iter dei procedimenti, indicando i termini per le relazioni, i pareri, le opposizioni e le provvidenze, rendendoli pubblici agli interessati e provvedendo affinché, per quanto possibile, siano completati nelle rispettive province"[77] .

La riforma della procedura non contenziosa era quindi parte di una iniziativa più generale e profonda, il cui obiettivo finale era «restituire al comune, alla provincia e alle istituzioni sociali più importanti la spontaneità della loro iniziativa, la direzione delle loro forze e la libertà d'azione di cui hanno bisogno per non vivere, come avviene attualmente, una vita ridotta e priva di carattere proprio». Si trattava di combattere il sistema consolidato, che «ha esagerato i principi conservatori nel tentativo di ripristinarli e rafforzarli», degenerando in un «sistema di sfiducia e sospetto» che consuma «l'energia di tutte le forze locali, privandole dello spazio per la loro esistenza e della libertà per il loro sviluppo» (relazione illustrativa).

La proposta del 1866 segna certamente una pietra miliare nella storia del procedimento amministrativo, poiché promuoveva che i regolamenti ministeriali consentissero l'accesso degli interessati agli atti e fissassero i termini per le relazio-

77 Diario de las sesiones de las Cortes, Congreso de los Diputados, n. 47, 13 marzo 1866, appendice 1.

ni, le opposizioni e le provvidenze. Tuttavia, si parla di "procedimenti non contenziosi" perché il procedimento amministrativo per antonomasia era ancora quello contenzioso-amministrativo. Infatti, la riforma proposta è associata a quella del contenzioso amministrativo. A sua volta, il suo scopo non è ancora strettamente la codificazione, ma la revisione dei regolamenti generali dei vari settori.

Dopo il turbolento *Sexenio Revolucionairo* (1868-1874), ripristinata la monarchia parlamentare dei Borboni, il Governo riconobbe ufficialmente la necessità di adottare un codice di procedura amministrativa (1878)[78]. La Legge del 16 gennaio 1879 istituì la Commissione per le riforme amministrative con il compito di preparare un progetto di legge sulle procedure amministrative, tra gli altri. Poco dopo, il 20 gennaio 1880, Durán y Bas presenterà un'altra proposta ispirata alle idee di quella precedente di 1866 "sulla riforma dell'organizzazione amministrativa in Spagna"[79]; proposta ritirata alla fine di fronte alla promessa del Governo di trasferire le misure proposte nella suddetta Commissione[80]. Tale proposta mirava, tra l'altro, a consentire al governo di emanare un «regolamento generale dei dipendenti» e un «regolamento generale per la procedura amministrativa». Le basi a cui quest'ultimo avrebbe dovuto attenersi erano le seguenti:

1. Definizione generale delle procedure, conciliando la chiarezza della questione con la semplicità e la brevità.

2. Pubblicità degli atti per gli interessati, salvo i casi speciali in cui, per ragioni di interesse pubblico, la legge disponga diversamente.

3 Obbligo di rilasciare ricevuta degli atti e dei documenti ricevuti e di notificare le provvidenze emanate, stabilendo le modalità e i termini per farlo.

4. Fissazione dei termini per l'emanazione delle provvidenze e affinché, in caso di silenzio, si intendano concesse le concessioni amministrative richieste.

5. Fissazione dei casi e dei termini per presentare ricorsi amministrativi e per ricorrere alla via contenzioso-amministrativa.

---

78 *Diario de las sesiones de las Cortes, Congreso de los Diputados,* n. 87, 20 gennaio 1880, appendice 7.

79 *Diario de las sesiones de las Cortes, Congreso de los Diputados,* n. 87, 20 gennaio 1880, appendice 7.

80 Vide F. Abella (1888: 20).

6. Determinazione della responsabilità dei dipendenti per violazione delle norme procedurali amministrative, con fissazione delle sanzioni applicabili, dell'autorità competente a imporle e dei mezzi per esigerne l'adempimento.

La riforma della procedura amministrativa continuava a far parte di un ambizioso programma volto a restituire l'antica vitalità al comune, alla provincia e ad altre istituzioni sociali, anche se ciò non era formulato con la stessa eloquenza di prima, forse per adeguarsi ai termini transattivi propri della Restaurazione. Tuttavia, per quanto riguarda la procedura amministrativa, questa iniziativa formula già con tutta chiarezza l'obiettivo codificatore. La proposta parla di "procedimento amministrativo", concepito in modo autonomo, come istituto che, al pari dell'impiego pubblico, ha bisogno di una disciplina generale con limiti e garanzie. Il suo scopo non è semplicemente quello di rivedere i regolamenti generali dei vari settori, ma di approvarne uno di nuova concezione applicabile a tutti i ministeri che regoli le procedure e la pubblicità dei procedimenti, i termini, la forma e la notifica delle provvidenze, il silenzio (positivo, nel caso delle concessioni), il sistema dei ricorsi e la responsabilità per violazione delle norme di procedura amministrativa.

2.2.5. Decreto organico del 1888 per la riforma del procedimento amministrativo

L'ultima iniziativa di Durán y Bas racchiudeva i principi di una codificazione completa della procedura amministrativa che alla fine sarebbe stata realizzata in parte in una norma oggi praticamente sconosciuta: il Real Decreto organico del 23 settembre 1888 "per la riforma del procedimento amministrativo". Firmato da Trinitario Ruiz Capdepón, Ministro di Oltremare, era applicabile a tutti i tipi di procedimenti settoriali trattati dagli uffici di Cuba, Filippine e Porto Rico[81].

Il Decreto era presentato come il risultato del lavoro isolato della Commissione per le riforme d'oltremare, creata pochi mesi prima, anche se il suo contenuto lascia intendere che si tenne conto della Proposta di Azcárate del 20 febbra-

81 Non appena il Decreto fu approvato, il trattato di Fermín Abella (1888: 40-49) vi prestò molta attenzione. Ma nel Novecento, saranno pochi gli studi sul procedimento amministrativo che vi fanno riferimento. Lo fanno, in via eccezionale, J. Gascón y Marín (1949: 14), J. González Pérez (1964), *El procedimiento administrativo,* Abella, Madrid, p. 84; e J. Barnés Vázquez (2011: 120).

io 1888, che diede origine alla famosa Legge di *bases del procedimiento administrativo* dell'anno successivo[82]. Si prese ugualmente in considerazione la riforma del contenzioso amministrativo (c.d. Legge Santamaría Paredes), approvata dieci giorni prima (il 13 settembre) e sviluppata con specificità per i territori d'oltremare solo un mese dopo (il 23 novembre), sempre su richiesta di Ruiz Capdepón. È anche possibile che l'approvazione della Legge Santamaría de Paredes abbia motivato la decisione di abbandonare l'idea iniziale di codificare *legalmente* la procedura amministrativa d'oltremare. La relazione illustrativa del decreto sottolinea che «la suddetta Commissione ha formulato questi principi in un progetto di legge», ma «desideroso il Governo di S. M. di anticiparne l'attuazione a beneficio del servizio pubblico», il Ministro ha scelto di trasferirli in un testo normativo con solo «alcune varianti di dettaglio che l'esperienza consiglia».

Il decreto, a differenza della Legge Azcárate, avendo come oggetto le procedure degli uffici di quelle specifiche isole, regolava una procedura amministrativa tendenzialmente completa, esprimendo chiaramente l'importanza attribuita alla codificazione e ai principi che questa doveva sviluppare, ancora oggi fondamentali:

"Era quindi necessario organizzare la procedura amministrativa e, allo stesso tempo, conferirle un carattere sistematico e razionale, semplificare l'iter delle pratiche, adottare garanzie per rendere effettiva la responsabilità dei funzionari pubblici, sia nella fase iniziale di ogni pratica, stabilendo formalità efficaci nei registri, sia nella sua evoluzione, fissando termini per lo smistamento, garantendo la massima pubblicità possibile alle provvidenze, assicurandosi che fossero conosciute dagli interessati in tempo utile e, infine, indicando chiaramente i diversi ricorsi che dovevano essere concessi ai privati contro le decisioni amministrative e le modalità, i tempi e le formalità con cui dovevano essere promossi. È inoltre estremamente importante stabilire le procedure e le risoluzioni delle competenze promosse tra autorità di ordine diverso, sia per preservarne il prestigio, sia per evitare che la risoluzione di questioni di interesse dipenda da lunghe e interminabili discussioni tra di esse".

82 *Diario de las sesiones de las Cortes, Congreso de los Diputados,* n. 51, 20 febbraio 1888, appendice 5º.

Il testo, applicabile ai procedimenti avviati su richiesta di una parte o d'ufficio, in linea con le proposte di legge di Durán y Bas e Azcárate, include: (i) il diritto degli interessati di registrare qualsiasi documento scritto, di ottenere la relativa ricevuta (con l'indicazione precisa dell'oggetto, dei documenti allegati, del numero di ordine di ingresso, della data e dell'ora di presentazione), di conoscere lo stato di avanzamento del procedimento (ma non il contenuto delle relazioni, delle note e degli accordi) e di presentare i documenti che ritengono utili alla loro difesa prima che sia emessa la decisione definitiva; (ii) l'indicazione precisa dei dovveri del capo dell'ufficio o del dipendente incaricato del trattamento: tra gli altri, la tenuta del fascicolo, debitamente ordinato e numerato, la redazione di una nota che proponga le procedure preliminari e la decisione che ritiene opportuna; (iii) la disciplina delle richieste, delle relazioni e di altre questioni legate al trattamento, come i termini del procedimento (calcolo, sospensione) e le conseguenze della loro inosservanza (tra le altre, responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici, decadenza); (iv) il provvedimento (contenuto e notifica) e i ricorsi amministrativi che possono essere presentati contro di esso: quello straordinario di nullità (contro provvedimenti definitivi) e due ordinari, quello precedente al ricorso contenzioso-amministrativo (ricorso al corrispondente direttore generale d'Oltremare) e quello alternativo ad esso (contro atti discrezionali dinanzi al governatore generale o al governo supremo). Anche la revoca unilaterale delle provvidenze amministrative, i conflitti tra autorità amministrative e la responsabilità disciplinare per violazione delle norme procedurali.

3. Ragioni di fondo

Quanto esposto finora permette di concludere che prima dell'approvazione della famosa Legge Azcárate (1889) con i relativi regolamenti di attuazione (1890), il procedimento amministrativo era già in Spagna un'istituzione molto matura dal punto di vista sia dottrinale che giurisprudenziale e legislativo. Come è naturale, la nuova legge stimolerà lo studio del procedimento amministrativo come categoria generale[83], ma è importante ricordare che questo tipo di riflessio-

83 Il procedimento amministrativo, come abbiamo visto, apparirà da allora in tutti i trattati, corsi e manuali di diritto amministrativo, il che rispondeva all'influenza iniziale di Santamaría nonché alla necessità di studiare la nuova normativa. L'argomento sarà presto oggetto di una monografia: J. de la Cuesta Crespo (1890), El procedimiento administrativo, Imp. E. Jaramillo y

ne è antecedente alla legge e, in un certo senso, ne è la causa.

Dimostrata quindi l'esistenza di una fitta tradizione spagnola in materia di procedimiento administrativo, senza pari nei paesi circostanti, è opportuno interrogarsi sulle ragioni di fondo, ovvero sui fattori che ne hanno favorito la nascita appunto in Spagna nel corso del XIX secolo.

3.1. Tradizionalismo: il procedimento amministrativo come trasposizione del vecchio *estrépito de juicio*

Lo sviluppo del procedimento amministrativo in Spagna può essere interpretato principalmente come un residuo dell'Antico Regime, come se la sua caratteristica visione pan-giudiziaria del potere non fosse scomparsa del tutto, come se in qualche modo fosse riuscito a sopravvivere l'antico potere medievale di mediazione tra la pluralità di corpi e soggetti, cioè la vecchia idea che i mandati giuridici necessitano di quella peculiare legittimità che può nascere solo dal giudizio[84].

Cª., Madrid. Si tratta di un saggio non molto lungo con tono marcatamente critico, preceduto da una raccolta di legislazione sul procedimento amministrativo. Apparirà anche un'altra monografia altrettanto precoce, una sorta di raccolta legislativa preceduta da uno studio che, secondo lo stesso autore, non intende affrontare scientificamente "una questione così importante": J. A. Ubierna Eusa (1914), Procedimientos administrativos, Reus, Madrid. Alla Escuela de funcionarios de Administración local della provincia di Barcellona, José María Pi y Suñer (chi diventerà professore di diritto amministrativo a Santiago de Compostela e Barcellona) si occupò della materia "procedimenti amministrativi" (1914). Da parte sua, il professor Gascón y Marín tenne un corso di specializzazione sul "procedimento amministrativo" all'Università di Madrid (1934-35), oltre alla relazione generale al Convegno internazionale di Scienze amministrative tenutosi a Varsavia (1936), incarico che dovette essere influenzato dal livello avanzato della nostra disciplina e dei nostri studi in materia. In seguito apparvero altri contributi di valore su questo tema: J. Mª. Fábregas del Pilar (1943), Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, Reus, Madrid; J. Mª. Villar y Romero (1944), Derecho procesal administrativo, Revista de Derecho privado, Madrid; M. Ballbé Prunés (1947), La esencia del proceso (El proceso y la función administrativa), Reus, Madrid; J. Gascón y Marín (1949: 11-40); S. Royo-Villanova (1949: 88-92); L. López Rodó (1949), «El procedimiento administrativo en España», O Direito, n. 81/30; e N. Amorós Rica (1949), «El procedimiento administrativo español», Revista general de legislación y jurisprudencia, n. 185/6, pp. 698-733. A proposito, tutta questa dottrina e l'esperienza codificatrice della procedura furono prese in considerazione in una certa misura nell'America latina prima dell'approvazione della legge sulla procedura amministrativa del 1958: G. Langrod (1956: 45).

84 In questo senso, riferendosi alla codificazione della procedura amministrativa sviluppata all'inizio del XX secolo in Austria e negli ordinamenti dell'Europa centrale che ne furono

Va notato, in primo luogo, che già alla fine dell'Ancien Régime, gli annunci che lasciavano intravedere la futura amministrazione non escludevano a priori la canalizzazione della sua attività attraverso procedure simili a quelle giurisdizionali. Penso alle *Instituciones de Derecho público* pubblicate nel 1800 da Dou Bassols, professore all'Università di Cervera, che sarà il primo presidente delle Cortes di Cadice. Egli registrò l'ascesa delle forme *di governo* a scapito di quelle *contenzioso-amministrative,* concretizzatasi in molteplici decisioni adottate nell'«interesse comune» in modo unilaterale «senza figura, né clamore, né procedure giudiziarie». Tuttavia, l'esclusione delle "formalità giudiziarie" non doveva arrivare al punto di sopprimere l'"udienza delle parti": "è spesso rischiosa qualsiasi misura che venga presa senza ascoltare gli interessati o le persone che possono fornire informazioni e che hanno in qualche modo diritto"[85].

Va inoltre tenuto presente che, dopo la morte di Ferdinando VII (1833), il sistema politico rappresentativo fu istituito rapidamente, ma non così il regime amministrativo. Da noi non si verificò il rovesciamento violento del vecchio ordine feudale che nel paese vicino favorì la sostituzione improvvisa dei corpi intermedi con una amministrazione forte e potente. Le vecchie magistrature dell'Antico Regime solo gradualmente scomparvero o trasferirono le loro funzioni governative alla nascente amministrazione, in particolare al *Ministerio de Fomento* (o *Ministerio de Gobernación*) e ai suoi delegati provinciali (o *gobernadores civiles*). I sindaci, sebbene fossero configurati come autorità governative dipendenti da quei delegati, mantennero fino alla metà dell'Ottocento competenze giurisdizionali limitate (conciliazioni, processi verbali di minore entità di natura civile, ingiurie e reati minori in materia penale) a causa della mancanza di risorse per nominare un giudice in ogni paese. È quindi comprensibile che la vecchia tradizione giurisdizionale abbia trasferito alcune delle sue tecniche e dei suoi concetti alle nuove autorità governative e alle prime norme di procedura amministrativa. Infatti, alcuni dei compiti che venivano svolti con forme di gudizio (*estrépito de juicio*) passarono ad essere esercitati dalla nuova autorità governativa senza abbando-

---

influenzati: L. Mannori e B. Sordi (2001: 463-469).

85 R. L. Dou Bassols (1975 [1800]), Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado, vol. 2, edizione facsimile, Banchs, Barcelona, pp. 47-49.

nare completamente quelle esigenze procedurali. È il caso della pubblica espropriazione, regolata da una legge del 1836, e delle sanzioni imposte dalle autorità locali, che continuarono ad essere circondate da alcune procedure e formalità provenienti dal passato. Dunque, attraverso il procedimento amministrativo sopravvisse in qualche modo la vecchia idea che il re dovesse ricorrere alle solennità giudiziarie se voleva limitare o restringere i diritti dei suoi vassalli.

D'altra parte, le proposte avanzate (in seguito a favore della decentralizzazione, della limitazione dei tempi procedurali e dell'apertura dell'attività amministrativa alla partecipazione degli interessati e di altre istanze territoriali) si ricollegavano, almeno in certi casi, a tradizionali approcci organicistici contrari al progetto centralizzatore di liquidazione della società corporativa. È il caso delle proposte di legge presentate da Manuel Durán y Bas che, come abbiamo visto, si riferiscono alla riforma del procedimento non contenzioso come parte di un piano volto a «restituire al comune, alla provincia e alle più importanti istituzioni sociali la spontaneità della loro iniziativa, la direzione delle loro forze e la libertà d'azione di cui hanno bisogno per non vivere come oggi una vita ridotta e priva di carattere proprio» (relazione illustrativa della Proposta del 1866). Tale approccio è in linea con la resistenza del famoso giurista catalano alla codificazione civile e la sua difesa delle istituzioni secolari radicate nei costumi[86], nonché con gli approcci tradizionalistici circolanti nel diritto amministrativo spagnolo. In particolare, quelli di Enrique Gil Robles, professore dell'Università di Salamanca e rappresentante del Partito *Carlista* al Congresso dei Deputati. Per la loro eloquenza, vale la pena riprodurre alcuni passaggi di quest'ultimo:

«Ciò che si vuole è sottrarre gran parte delle questioni amministrative controverse al rigore e agli ostacoli del giudizio, lasciando libera l'arbitrarietà dispotica del potere supremo, ora libero da vincoli come nel periodo culminante del precedente assolutismo. Ciò che la Rivoluzione francese e le moderne scuole filosofiche hanno ostinatamente posto nelle mani della moderna amministrazione, si differenzia dall'antico assolutismo monarchico solo in quanto quello attuale, lungi dall'essere un semplice errore, scaturisce direttamente dal profondo dei sistemi

86 Cfr., ad esempio, M. Durán y Bas (1889), La codificación y sus problemas, Imprenta Fidel Giró, Barcellona.

metafisici, sociologici e politici odierni...

In fondo, questo è ciò che pretende la scuola tedesca, perché in realtà non è altro che il potere esecutivo, cioè la gerarchia permanente di funzione continua e di coercizione fisica ed efficace, che, in nome e per conto dello Stato, esercita la sua attività nelle molteplici attenzioni sociali sottratte alla politica sempre più ridotta. Questo spiega la pretesa di una scienza e persino di un'enciclopedia amministrativa al servizio della statolatria che costituisce il fondo e l'essenza della nuova sociologia e del nuovo diritto, e che questa tendenza sia più potente in Germania per l'influenza del panteismo hegeliano. Il potere esecutivo, uno e indiviso, rappresentante attivo dell'unica persona sociale pubblica, la nazione, è lo Stato stesso, cioè il Dio vivo e attuale che realizza in modo eccellente la sua vita divina.

Ciò non significa che, con questa logica influenza dottrinale, anche se non collegate e persino estranee ad essa, altre cause non coincidano per lo stesso effetto. Gli stessi politici liberali sentono, con maggiore o minore consapevolezza e imperio, la necessità di sottrarre il governo all'azione e alla manipolazione di organi inetti e viziosi, alle assemblee deliberanti per lo più estranee alla conoscenza, alla virtù e all'esperienza che richiede l'ordinamento pubblico, e soggette ai cambiamenti e ai difetti inerenti al sistema rappresentativo moderno. Non si può non apprezzare questo fattore dottrinale nella sostanzialità del diritto amministrativo, i cui domini si vogliono ampliare a scapito degli altri poteri dello Stato e, naturalmente, di quelli delle altre società pubbliche, che si tende a considerare come semplici circoli burocratici, e delle loro autorità come semplici delegate del potere unico e onnipotente»[87] .

3.2. Liberalismo conservatore: il procedimento amministrativo come strumento del potere

In ogni caso, lo sviluppo della codificazione della procedura amministrativa in Spagna è chiaramente collegato al progetto di costruzione dello Stato amministrativo, come meccanismo utile per creare e rafforzare la pubblica amministrazione. Molte norme procedurali perseguivano principalmente l'interesse generale, proteggendo i privati, se del caso, in modo indiretto, secondario o

87 E. Gil Robles (1899), Guía para el estudio del Derecho administrativo, Imprenta B. de la Torre, Salamanca, pp. 8-36.

riflesso, in perfetta sintonia con i presupposti del liberalismo conservatore. Così si affermava, in generale, e in particolare per quanto riguarda le procedure appalto:

"Non bisogna dimenticare che l'insieme dei requisiti richiesti dalla legislazione si basa sulla necessità di assicurare e garantire gli interessi collettivi, affidati alla cura dell'amministrazione; e, quindi, che tali requisiti sono limiti imposti alla sua attività, che non può superare. Da qui l'importanza della forma nei contratti di lavori e servizi pubblici, che generalmente vengono stipulati tramite asta, verificata tramite capitolati chiusi affinché non vi sia 'la collusione degli offerenti o l'introduzione di un terzo nella gara, al fine di obbligare gli altri a concedere loro un premio per evitare le sue offerte e il surriscaldamento delle stesse, che a volte li portava a fare proposte così onerose che non era loro possibile rispettare in seguito', come si afferma nella relazione che precede il decreto reale del 27 febbraio 1852"[88].

Pertanto, le procedure di appalto, senza pari nel contesto europeo, davano strumenti di tutela agli offerenti, ma miravano soprattutto a garantire all'amministrazione «contratti vantaggiosi», impedendo «l'introduzione di un terzo nella gara d'appalto con l'obiettivo di costringere gli altri a concedergli un premio per evitare le sue offerte»[89]. Lo stesso vale per le procedure di selezione e promozione dei funzionari: proteggevano i candidati, ma soprattutto il "buon ordine e la disciplina dei dipendenti"[90]. Un altro esempio: l'introduzione precoce del silenzio negativo come effetto della mancata risposta alle richieste di indennizzo era intesa non tanto come garanzia dei diritti individuali, quanto piuttosto come strumento di organizzazione dell'amministrazione finanziaria, che riusciva così a chiudere quei procedimenti *ope legis* e a beneficio dell'erario, nonché a respingere qualsiasi ricorso contenzioso-amministrativo presentato dopo un certo pe-

88 E. Delgado Martín (1883), *Contratos administrativos ó de obras y servicios públicos,* Tipografía M. Ginés Hernández, Madrid, p. 32.

89 Motivazione del Decreto reale del 27 febbraio 1852. A questo proposito, J. García-Andrade Gómez (2005), *Derecho administrativo en la contratación entre privados,* Marcial Pons, Madrid, pp. 217-222.

90 Esposizione dei motivi del Decreto reale del 18 giugno 1852. Si è riferito a ciò: T. R. Fernández Rodríguez (2021), *La «Década moderada» y la emergencia de la Administración contemporánea,* Fundación Alfonso Martín Escudero/Iustel, Madrid, pp. 167-168.

riodo di tempo[91].

Il professor Santamaría de Paredes, pur ripudiando il pensiero dottrinario, contribuì senza dubbio a esaltare la tendenza sopra descritta[92]. In primo luogo, come abbiamo visto, il suo influente *Corso*, già dalla sua prima edizione del 1885, proponeva l'approvazione di una codificazione, abbandonando al contempo la visione del procedimento (amministrativo) come mera anticipazione del processo (giurisdizionale) e analizzandolo autonomamente come "mezzo per realizzare i servizi pubblici". L'amministrazione non decide più spontaneamente, ma non si limita nemmeno ad applicare norme sotto forma di giudizio; esercita il potere attraverso procedure volte a razionalizzare la propria azione e a risolvere ciò che è più conveniente per l'interesse generale.

In secondo luogo, Santamaría promosse come deputato un'importante riforma che, per quanto ora interessa, consolidò il contenzioso amministrativo come giudizio di secondo grado, con tutto ciò che ciò comporta: necessità di via governativa previa, necessità di presentare ricorso entro brevi termini di scadenza non prorogabili e non interrompibili, impossibilità di presentare reclamo su punti non decisi in sede amministrativa, riduzione pratica della tutela dispensabile all'annullamento del provvedimento illegittimo e facoltà dell'amministrazione convenuta di eseguire le sentenze. Mi riferisco alla Legge sul contenzioso amministrativo del 13 settembre 1888, che ha dato forza all'idea di strutturare un procedimento amministrativo "semigiurisdizionale", come primo grado di giudizio, per l'elaborazione dei provvedimenti immediatamente esecutivi dell'amministrazione, nonché per la risoluzione dei ricorsi amministrativi presentati contro di essi[93]. Infatti, come abbiamo visto, dieci giorni dopo sarà approvata la riforma del procedimento amministrativo per l'oltremare e in poco più di un anno vedrà la luce la Legge sulle basi del procedimento amministrativo.

---

91 V. Aguado i Cudolà (1998: 342).

92 Si è fatto riferimento al pensiero politico di questo autore – un krausismo alquanto eterodosso sotto alcuni aspetti –: J. Varela Suanzes-Carpegna (2014), «Un influyente maestro del Derecho político español: Vicente Santamaría de Paredes (1853-1924)», *Teoría y realidad constitucional,* n. 34, pp. 641-658.

93 R. Parada Vázquez (1968), «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», *Revista de Administración Pública,* n. 55, p. 105; J. A. Santamaría Pastor (1969), «El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?», *Revista de Administración Pública,* n. 58, p. 196.

Per il resto, la burocratizzazione e il formalismo esacerbato, fenomeni già caratteristici dell'amministrazione ottocentesca, si ricollegano alla volontà di consolidare il potere amministrativo, anche se siano stati esagerati da liberisti e tradizionalisti contrari allo Stato amministrativo. Nel 1855, Andrés Borrego, illustre pensatore e politico liberale, identificava le profonde riforme amministrative realizzate con un regime «di sfiducia, di eterni fascicoli e di procedure intricate, molto adatte a coprire l'arbitrarietà e le ingiustizie governative e la vana fraseologia»[94]. Con il passare degli anni, l'autore della prima monografia sulla procedura amministrativa di cui sono a conoscenza identificava, forse a ragione, i numerosi regolamenti di attuazione della Legge Azcárate come "una rete per fermare e ostacolare gli effetti positivi della Legge del 19 ottobre 1889", strumenti "dettati dal compromesso, orditi con artificio, al fine di non limitare la disinvoltura e la libertà con cui opera la nostra amministrazione"; "confondono e ostacolano lo svolgimento degli affari, più di quanto non fosse già"; "si discostano notevolmente dalle linee generali della legge che regola il procedimento"; per tutto ciò "è indispensabile e urgente epurare il procedimento dal tono dispotico, capriccioso e oppressivo che lo caratterizza"[95].

3.3. Liberalismo armonico: procedimento amministrativo come garanzia del cittadino

Infine, la codificazione della procedura amministrativa e lo sviluppo della sua dimensione garantistica sono strettamente legati al singolare radicamento in Spagna del liberalismo krausista o *armonico*. Si tratta di un ricco sistema filosofico, di matrice kantiana, molto influente nell'intellettualità, soprattutto durante la seconda metà del XIX secolo, fonte ideologica da cui si nutriva il partito progressista. La sua teoria politica, sintetizzata in modo molto succinto, combinava l'individualismo politico con l'organicismo tradizionalista e il riformismo sociale[96].

---

94 Cito da A. Nieto García (1986), *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo,* Inap, Madrid, p. 309.

95 J. de la Cuesta Crespo (1890: 283, 288 e 289).

96 Gli studi krausologici sono quasi una specialità a sé stante all'interno della filosofia e della teoria politica. Mi rimetto a G. Capellán de Miguel (2006), *La España armónica. El proyecto del krausismo español para una sociedad en conflicto,* Biblioteca Nueva, Madrid.

Prima della Restaurazione borbonica che pose fine al *Sexenio Revolucionario* (1868-1874), il krausismo e, in generale, il liberalismo progressista contestavano, in quanto autoritario, il diritto amministrativo dei Governi conservatori del regno isabellino. Cercò di introdurre garanzie al di fuori di esso, attraverso il diritto comune, ad esempio, presentando i comuni come persone civili dotate di libertà (rispetto alla loro configurazione giuridica come enti amministrativi dello Stato), difendendo un controllo strettamente giudiziario della pubblica amministrazione (rispetto al sistema di autocontrollo contenzioso-amministrativo inaugurato nel 1845) o promovuendo la soppressione dell'autorizzazione amministrativa per giudicare i pubblici funzionari[97]. Dopo il fallimento della rivoluzione, questo movimento smise di mettere apertamente in discussione il diritto amministrativo, ma si sforzò di introdurvi aspetti garantistici fino ad allora meno sviluppati. Espressione emblematica di questa tendenza è la parziale *giudizializzazione* del contenzioso-amministrativo (dalla Legge del 1888, citata in precedenza)[98]. Il famoso giurista e mebro del Partito Liberale Alfonso González espresse eloquentemente questo nuovo atteggiamento giustificando così uno studio che affrontava i dettagli della giustizia contenzioso-amministrativa:

«È importante che il lettore sappia innanzitutto [...] che l'autore è, sul piano della speculazione filosofica, un deciso avversario del contenzioso amministrativo. Educato secondo i principi professati dalle scuole oggi considerate più liberali, e portate, da tempo immemorabile, da circostanze difficili da descrivere, a difendere l'integrità delle funzioni della giustizia, considera questa istituzione del contenzioso amministrativo come un'invasione delle stesse da parte del potere esecutivo [...]. Ciò non significa che la passione scolastica domini le pagine di questo libro: l'autore ha cercato di emanciparsi completamente da essa [...]. L'assenza di tranquillità sarebbe imperdonabile quando si tratta del contenzioso amministrativo, quando i maestri che dedicano il loro lavoro a questa istituzione hanno già ottenuto che la giurisdizione amministrativa sia delegata; che i tribunali che la esercitano abbiano il potere di far eseguire le sentenze; che le loro attribu-

97 Ancora nel 1877 l'opera di un illustre krausista come Azcárate sviluppava questi approcci: G. de Ázcárate (1877), *El Self-government y la monarquía doctrinaria,* Librerías de A. de San Martín, Madrid.

98 A questo proposito, con maggiori dettagli: J. García-Andrade Gómez (2005: 213-218); L. Medina Alcoz (2022: 226-240).

zioni arrivino fino alla sospensione delle risoluzioni amministrative, la cui conferma o revoca devono determinare in via definitiva; che la giustizia sia amministrata da magistrati inamovibili e, infine, tutto ciò per cui hanno lottato, in modo tale che del contenzioso amministrativo non è rimasto altro che il nome; e la loro vittoria, anche se apparentemente incompleta, è, nella realtà dei fatti, totale e definitiva"[99] .

La codificazione del procedimento amministrativo fu proprio uno degli elementi di garanzia introdotti una volta che i sostenitori del liberalismo (armonico o progressista) decisero di lavorare all'interno del diritto amministrativo, senza contestarlo. Ne è prova il fatto che le iniziative legislative in tal senso, se prima della Rivoluzione del 1868 provenivano da un politico conservatore legato alla difesa delle istituzioni tradizionali, dopo di essa saranno promosse dal Partito Liberale, erede del Partito Progressista. Infatti, sia la Legge sui ricorsi economico-amministrativi (1881) che il Decreto organico per la riforma del procedimento amministrativo d'oltremare (1888) furono approvati sotto i governi di quella formazione politica presieduta da Sagasta, così come la Legge sulle basi del procedimiento amministrativo (1889) e i suoi regolamenti di attuazione (1890). E furono eminenti pensatori krausisti i principali promotori della codificazione del diritto amministrativo generale e della procedura amministrativa sia a livello dottrinale (Vicente Santamaría de Paredes, Adolfo Posada) sia a livello legislativo (Gumersindo de Azcárate).

Certamente, la codificazione del procedimento amministrativo serviva gli interessi della pubblica amministrazione; contribuiva a razionalizzare la sua attività e a rafforzare il carattere revisivo o impugnatorio del contenzioso amministrativo, come abbiamo visto. Tuttavia, rispondeva allo stesso tempo a un dichiarato scopo di garanzia. La motivazione della proposta di Azcárate[100], oltre a tracciare il parallelismo tra i procedimenti legislativo, giudiziario e amministrativo che sarebbe stato sviluppato in seguito dall'illustre giurista austriaco Adolf Merkl[101], contiene una affermazione molto precoce del procedimento come strumento giuridi-

99 A. González (1891), *La materia contencioso-administrativa: teoría, legislación vigente, jurisprudencia,* Imprenta de Enrique Rubiños, Madrid, p. 6.

100 *Diario de las sesiones de las Cortes, Congreso de los Diputados,* n. 51, 20 febbraio 1888, appendice 5º.

co per prevenire e controllare l'arbitrarietà del potere esecutivo[102]. La proposta, riprendendo un'idea già espressa in precedenza da Azcárate – come abbiamo visto –, identificava «la mancanza di una legge sui dipendenti e la mancanza di una procedura amministrativa» come «le cause principali del gravissimo male del *caciquismo*, riconosciuto da tutti, ma perseguito da nessuno». Non solo, la procedura amministrativa avrebbe dovuto fungere da contrappeso alla centralizzazione e all'interventismo pubblico nella vita privata, giudicati eccessivi:

"E se questi mali fossero in ogni caso gravi, sono ancora più trascendentali nel caso di un'amministrazione come la nostra, centralizzata, assorbente e burocratica, che accompagna il cittadino dalla culla alla tomba, apparentemente per proteggerlo e tutelarlo, ma in realtà non di rado per infastidirlo, vessarlo e ostacolare il libero esercizio della sua attività in virtù di tali vizi e carenze".

Il professor Adolfo Posada, teorico krausista dello Stato per antonomasia[103], sottolineerà la dimensione garantistica del procedimento amministrativo, che sarà notata da una dottrina italiana che, al contrario, sviluppava la categoria più come meccanismo di razionalizzazione ed efficienza dell'azione amministrativa[104]. Egli scrisse quanto segue:

"Non possiamo fermarci qui a studiare come si è prodotta nella storia questa esigenza *procedurale* amministrativa. Concentrandomi solo sullo Stato costituzionale, tale esigenza emerge come conseguenza dell'affermazione dello Stato giuridico. In sostanza, si tratta di garantire che ogni autorità e rappresentanza

---

101 «Il potere legislativo ha la sua procedura indicata nella Costituzione e nei Regolamenti delle Camere; il potere giudiziario lo ha nelle leggi di procedura civile e penale; ma si può ben dire che il potere esecutivo ne è privo, poiché non merita tale nome l'eterogeneo, incompleto e vizioso che, se per eccezione stabiliscono le leggi e i regolamenti in relazione a determinati rami dell'amministrazione, è in genere frutto di precedenti e opera della routine, senza fissità, senza garanzia e senza sanzione". Si tratta di affermazioni molto in linea con il concetto di procedura che all'inizio del Novecento svilupperà Adolf Merkl, legato alle leggi austriache di procedura amministrativa del 1925, così influenti nell'ambiente centroeuropeo. Lo ha sottolineato S. Martín-Retortillo (2007), *Instituciones de Derecho administrativo,* Thomson Civitas, Cizur Menor, p. 330.

102 La valutazione è di M. Vaquer Caballería (2016: 12).

103 Così afferma F. J. Laporta, autore di un'eccellente sintesi e commento del pensiero di questo autore, (1974), *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español,* Cuadernos para el diálogo, Madrid, p. 88.

104 A. Sandulli (1956 [1940]), *Il procedimento amministrativo,* ristampa della prima edizione, Giuffrè, Milano, p. 14.

specifica dello Stato si comporti come richiesto dall'atto che compie e, per garantire che ciò avvenga, vengono imposte delle esigenze formali... [il procedimento amministrativo] è un diritto per il diritto, in quanto la sua missione è quella di rendere effettivo il carattere giuridico della condotta riflessiva degli agenti che amministrano lo Stato»[105].

Ai fini del nostro discorso, è importante sottolineare che questa visione della procedura amministrativa circolava già prima che la Legge Azcárate del 1889 fosse discussa, approvata e commentata. La si poteva leggere, ad esempio, nelle proposte di Durán y Bas (1866 e 1880), nel Decreto organico per la riforma della procedura amministrativa (1888) e negli scritti sopra citati di Arrazola (1872), Abella (1882 e 1888), Azcárate (1885) e Rodríguez Benedicto (1886). A questo proposito sono eloquenti le parole dell'altrettanto progressista Juan Francisco Camacho quando, in qualità di Ministro delle Finanze, presentò alle Cortes il progetto di legge sui ricorsi economico-amministrativi del 1881:

"Se i diritti dei cittadini devono essere debitamente garantiti e se questi devono poter contare, come è giusto, sulla certezza di essere fedelmente tutelati quando li esercitano, è necessario che nella legge procedurale, nella legge aggettiva, trovino la garanzia necessaria che tale esercizio, riconosciuto dalle leggi sostanziali, sarà effettivo; altrimenti il diritto potrà essere posseduto, ma non esercitato, e il diritto senza esercizio cessa di essere tale nella vita reale. Da qui deriva che ogni legge sostanziale è seguita dalla legge processuale che le dà vita reale; da qui deriva il costante proposito di tutti i tempi, di tutte le situazioni, di fare leggi procedurali in cui il cittadino acquisisca la fiducia che, quando cerca di far valere i propri diritti, ha una norma fissa a cui attenersi nelle sue rivendicazioni, norma di cui non può prescindere l'autorità dinanzi alla quale presenta la sua richiesta".

4. Conclusioni

In Europa, il progetto di liquidazione della vecchia società corporativa a beneficio della nascente amministrazione richiedeva di conservare e sviluppare la caratterizzazione plurisecolare del governo come via rapida per il processo decisionale, come autorità interna sottratta alle logiche procedurali e alle esigenze forma-

105 A. Posada (1898: 489).

li del contraddittorio. Non c'era spazio per un vero e proprio "procedimento amministrativo", poiché l'obiettivo era quello di creare un'amministrazione agile in grado di decidere spontaneamente ciò che era nell'interesse generale senza essere soggetta alla vecchia matrice giurisdizionale. Le ragioni del rifiuto del procedimento amministrativo in Europa coincidono quindi con quelle della generalizzazione dell'immunità giudiziaria dell'amministrazione.

Tuttavia, nel corso dell'Ottocento la Spagna ha sviluppato una propria tradizione in materia, che ha avuto origine dal giurisdizionalismo dell'Antico Regime. Il passaggio allo Stato amministrativo non è stato improvviso, come in Francia, ma graduale, il che ha favorito il naturale trasferimento di alcuni modi di agire propri della giustizia alla nuova autorità governativa. A ciò ha contribuito l'esigibilità in termini di diritto soggettivo delle norme procedurali ("diritto soggettivo al procedimento") e persino d'ufficio (vizio formale di ordine pubblico), che contrastava apertamente con la dottrina dominante nell'ambiente germanico. È possibile che ciò abbia stimolato in Spagna lo sviluppo della cultura del procedimento amministrativo in modo simile a quanto avverrà in Austria con l'esplicito riconoscimento del carattere annullabile della decisione amministrativa che "ha obbviato forme essenziali del procedimento amministrativo" (Legge sul Tribunale contenzioso-amministrativo del 1876).

La tendenza alla formalizzazione dell'azione amministrativa e alla codificazione del procedimento fu promossa da una serie di correnti che operarono in modo successivo o simultaneo e che, pur rispondendo a obiettivi diversi, anche antagonisti, concordavano nell'attribuire importanza alla procedura amministrativa: il tradizionalismo, che vedeva le garanzie formali e le procedure partecipative come contrappesi alla centralizzazione e alla liquidazione della società corporativa; il liberalismo conservatore, che scoprì presto l'importanza della procedura amministrativa per la costruzione e la difesa dello Stato amministrativo; e il liberalismo armonico, che, combinando l'individualismo politico con l'organicismo antico, ne favorì la codificazione come garanzia giuridica del cittadino. Questa tradizione sfocierà nella Legge sulle basi del procedimiento ammnistrativo del 1889 con i suoi regolamenti di attuazione e, attraverso questa, sottende la Legge sulla procedura amministrativa del 1958, nonostante l'importanzza di altri fattori, in particolare la volontà della dittatura franchista di riabilitarsi a livello internazio-

nale presentandosi al mondo come una tecnocrazia che riconosce la libertà (solo economica) con garanzie (solo amministrative).

La necessità sentita di una codificazione del procedimiento amministrativo si sviluppò in connessione diretta con quella del diritto privato: il Codice civile fu promulgato solo tre mesi prima della Legge Azcárate. Si collegava al movimento favorevole al "codice amministrativo" e a una disciplina del pubblico impiego che generalizzasse le garanzie caratteristiche di alcuni corpi speciali (assunzione tramite concorso, promozione per anzianità, inamovibilità), che tarderà ad arrivare (Statuto Maura del 1918). Si era consapevoli che non era possibile imporre un unico procedimento amministrativo (né ridurre a uno solo il regime della funzione pubblica) alla luce dei compiti pubblici sempre più vari. Pertanto, la tensione tra il generale o comune e lo speciale o singolare era già chiaramente presente all'interno del movimento di codificazione del diritto amministrativo avviato in Spagna nel XIX secolo.

Sul piano legislativo, va sottolineata la proliferazione di tecniche procedurali nelle normative settoriali, alcune delle quali non avevano paragone nel contesto europeo; ad esempio, le gare d'appalto pubbliche per i contratti di lavori e servizi pubblici (1852) e il silenzio amministrativo di carattere negativo (1846) o positivo (1866). Anche le prime iniziative e proposte di legge (1866, 1878, 1880) e il decreto organico per la riforma del procedimento amministrativo in *Ultramar* (1888) anticipano con chiarezza la codificazione generale che sarà concretizzata dalla Legge Azcárate (1889) e dai suoi regolamenti di attuazione (1890).

Sul piano dottrinale spicca la figura di Vicente Santamaría de Paredes, non solo per essere stato il primo a teorizzare il procedimento amministrativo (1885), ma anche per averlo fatto come qualcosa di diverso dalla giustizia (ordinaria o contenzioso-amministrativa), cioè come un canale per l'esercizio del potere e la realizzazione di servizi pubblici e non semplicemente per risolvere i conflitti attraverso l'applicazione del diritto, termini oggi pienamente vigenti. Sotto la sua diretta influenza, il professor Adolfo Posada (1890) sarà colui che collegherà più direttamente la teoria del procedimento amministrativo all'idea di Stato di diritto per sviluppare una dimensione garantistica già presente nella Legge Azcárate e in numerosi testi dottrinali e legislativi precedenti ad essa.

5. Bibliografia

Abella Blave, F. (1882), *Manual teórico-práctico de lo contencioso-administrativo y del procedimiento especial en los asuntos de hacienda,* El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados municipales, Madrid.

Abella Blave, F. (1888), *Tratado de Derecho administrativo,* t. III, El Consultor de los Ayuntamientos, Administración de Calle don Pedro, núm. 1, Madrid.

Aguado i Cudolà, V. (1998), "Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional", *Revista de Administración Pública*, n. 145, pp. 329-362.

Alfaro Lafuente, S. (1875), *Tratado completo de lo contencioso-administrativo,* Imprenta Nicolás González, Madrid.

- (1881), *Lo contencioso-administrativo. Su materia, sus tribunales, sus procedimientos,* Librería universal de Córdoba y Compañía, Madrid.

Amorós Rica, N. (1949), "El procedimiento administrativo español", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n. 185/6, pp. 698-733.

Arrazola, L. e altri (1872), voce "Contencioso-administrativo", in *Enciclopedia Española de Derecho y Administración ó Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España é Indias,* t. XIII, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, pp. 10-196.

Auby, J.-B. (2013), "General report", in J.-B. Auby (a cura di), *Codification of Administrative Procedure,* Bruylant, Bruxelles.

Ázcárate, G. de (1877), *El Self-government y la monarquía doctrinaria,* Librerías de A. de San Martín, Madrid.

- (1885), *El régimen parlamentario en la práctica,* Fortanet, Madrid.

Ballbé Prunés, M. (1947), *La esencia del proceso (El proceso y la función administrativa),* Reus, Madrid.

Barnés Vázquez, J. (ed.) (1993), *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado,* Civitas, Madrid.

- (2006), "Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas", *Derecho global*, Sevilla, pp. 263-341.

- (2011), "Tres generaciones de procedimiento", in P. Aberastury e H.-J. Blanke (a cura di), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en*

Latinoamérica y Europa, Editorial universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, pp. 119-164.

Bellavista, M. (2012), *Il rito sostanziale amministrativo,* Cedam, Milano.

Betancor Rodríguez, A. (1992), *El acto ejecutivo,* CEPC, Madrid.

Caballero Montes, J. Mª. (1902), *Lo contencioso-administrativo,* I, Escar, Zaragoza.

Cananea, G. della e Bussani, M. (2019), "The 'Common Core' of administrative laws in Europe: A framework for analysis", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* vol. 26(2), pp. 217-244.

Capellán de Miguel, G. (2006), *La España armónica. El proyecto del krausismo español para una sociedad en conflicto,* Biblioteca Nueva, Madrid.

Clavero Salvador, B. (1995), "Tutela amministrativa o dialoghi con Tocqueville", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* n. 24, pp. 419-468.

- (1996), "La Monarquía, el Derecho y la Justicia", in *Instituciones de la España Moderna,* t. 1, *Las jurisdicciones,* a cura di E. Martínez Ruiz e M. de Pazzis Pi Corrales, Editorial Actas, Madrid, pp. 15-38.

Colmeiro Penido, M. (1865), *Derecho administrativo español,* t. II, 3ª ed., Imprenta de José Rodríguez, Madrid.

Cuesta Crespo, J. de la (1890), *El procedimiento administrativo,* Imp. E. Jaramillo y Cª., Madrid.

Cuesta Martín, S. (1894-1896), *Principios de Derecho Administrativo*, Librería de Manuel Hernández, 2 voll., Salamanca.

Delgado Martín, E. (1883), *Contratos administrativos ó de obras y servicios públicos,* Tipografía M. Ginés Hernández, Madrid.

Díez Sastre, S. (2012), *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos,* Marcial Pons, Madrid.

Dou Bassols, R. L. (1975 [1800]), *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado,* vol. 2, edizione facsimile, Banchs, Barcelona.

Dromi, J. R. (1975), «La Ley argentina de procedimientos administrativos y su significación jurídico-política», *Revista de Derecho público,* n. 18, pp. 149-

155.

M. Durán y Bas (1889), *La codificación y sus problemas,* Imprenta Fidel Giró, Barcelona.

Durán y Bas, M. (1895), *Escritos del Exmo. Señor D. Manuel Durán y Bas,* t. II, *Estudios morales, sociales y económicos,* Imprenta barcelonesa, Barcelona.

Fábregas del Pilar, J. (1924), *Derecho administrativo*, Reus, Madrid.

- (1943), *Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas,* Reus, Madrid.

Fernández Mourillo, M. (1926), *Lo contencioso-administrativo. Su eficacia en el régimen de la 'Administración activa'. Reformas procedentes,* Imprenta del asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús.

Fernández Rodríguez, T. R. (1968), "La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso-administrativo: orígenes y evolución", *Revista de Administración Pública,* n. 68, pp. 223-277.

- (2021), *La «Década moderada» y la emergencia de la Administración contemporánea,* Fondazione Alfonso Martín Escudero/Iustel, Madrid.

Fernández de Velasco, R. (1920), *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, vol. 1, J. Sánchez, Murcia.

Fernando Pablo, M. M. (2022), "Sobre el acto administrativo: historia y dogmática en España", en *El acto administrativo,* volumen VI en homenaje al profesor J. L. Meilán Gil, coord. R. Rivero Ortega, pp. 113-150.

Ferrier, J.-P. (1993), "El procedimiento administrativo en Francia", in J. Barnés Vázquez (ed.), *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado,* Civitas, Madrid, pp. 355-380.

Gallostra Frau, J. (1881), *Lo contencioso-administrativo,* Imprenta y fundición Manuel Tello, Madrid.

García-Andrade Gómez, J. (2005), *Derecho administrativo en la contratación entre privados,* Marcial Pons, Madrid.

García de Enterría, E. (1993), «Un punto de vista sobre la nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992», *Revista de Administración pública,* n. 130, pp. 205-219.

Garriga Acosta, C. (2009), "Gobierno y justicia: El *Gobierno* de la justicia", in *Cuadernos de derecho judicial,* n. 7 (numero dedicato a "La jurisdicción contencioso-administrativa en España. *Una* historia de sus orígenes"), pp. 47-113.

Gascón y Marín, J. (1917), *Tratado Elemental de Derecho Administrativo. Principios y Legislación Española*, vol. I, Imprenta Clásica Española, Madrid.

- (1949), «Necesidad de un código de procedimiento administrativo», *Revista de Estudios Políticos,* n. 48, pp. 11-40.

Giannini, M. S. (1970), *Diritto amministrativo,* vol. II, Giuffrè, Milano.

Gil Robles, E. (1899), *Guía para el estudio del Derecho administrativo,* Imprenta B. de la Torre, Salamanca.

Gómez Acebo y Cortina, J. y Díaz Merry, R. (1889), *Diccionario general de la jurisprudencia contencioso-administrativa,* Tipografía de los huérfanos, Madrid.

González Lozano, A. (1891), *La materia contencioso-administrativa: teoría, legislación vigente, jurisprudencia,* Imprenta de Enrique Rubiños, Madrid.

González Navarro, F. (1997), *Derecho administrativo español.,* t. III, *El acto y el procedimiento administrativos,* Eunsa, Ansoáin.

González Pérez, J. (1964), *El procedimiento administrativo,* Abella, Madrid.

Guasp Delgado, J. (1940), "El 'derecho de carácter administrativo' como fundamento del recurso de contencioso", *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid,* n. 2, pp. 11-23.

Güenechea, J. N. (1915), *Ensayo de Derecho administrativo,* t. II, 2.ª ed., Imprenta del Corazón de Jesús, Bilbao.

Herrnritt, R. H. (1932), *Das Verwaltungsverfahren*, Vienna.

Hespanha, A. M. (1989), *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII),* Taurus, Madrid.

- (1990), "Justiça e administraçao entre o Antigo Regime e a revoluçao", in *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio Firenze - Lucca 25, 26, 27 maggio 1989,* a cura di B. Clavero Salvador, P. Grossi e F. Tomás y Valiente, Giuffrè, Milano, pp. 135-204.

Jordana de Pozas, L. (1924), *Derecho administrativo,* IEAL, Madrid.

Langrod, G. (1956), , «Procédure administrative et droit administratif», *Revue internationale des Sciences administratives,* n. 5, pp. 5-94 (ampliamento dell'articolo pubblicato con lo stesso titolo in *Revue du droit public et de la science polique en France et à l'étranger,* n. 64, 1948, pp. 549-556).

López Menudo, F. (1992), «Los principios generales del procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública,* n. 129, pp. 20-76.

López Rodó, L. (1949), «El procedimiento administrativo en España», *O Direito,* n. 81/30.

Laporta, F. J., (1974), *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español,* Cuadernos para el diálogo, Madrid.

Lorente Sariñena, M. (2007), "Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868", in *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870,* CGPJ, Madrid, pp. 243-288.

Luna Montejo, G. (1820), *Pensamiento de economía-policía ó policía pública,* Imprenta de Aparicio, Valladolid.

Macaya y Anguera, R. (1893), *Legislación y jurisprudencia sobre la materia y el procedimiento contencioso-administrativos,* Sucesores de Rivadeneyra.

Mannori, L. (2007), «Giustizia e amministrazione tra Antico e Nuovo Regime», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* n. 15, pp. 125-146.

Mannori, L. e Sordi, B. (2001), *Storia del diritto amministrativo,* Laterza, Roma-Bari.

Martínez Alcubilla, M. (1868), voce "acto administrativo", in *Diccionario de la Administración Española peninsular y ultramarina: compilación ilustrada de la novísima legislación de España en todos los ramos de la Administración pública*, T. I, 2.ª ed., Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, pp. 147-153.

Martín-Retortillo, S. (2007), *Instituciones de Derecho administrativo,* Thomson Civitas, Cizur Menor.

Medina Alcoz, L. (2016), *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo y interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid.

- (2021), "Historia del concepto de derecho subjetivo en el Derecho administrativo español", *Revista de Derecho público: teoría y método,* n. 13, pp. 7-52.

- (2022), *Historia del Derecho administrativo español*, Marcial Pons, Madrid.

- (2025), "Bases históricas", in *Manual de Derecho administrativo*, 3.ª ed., Marcial Pons, pp. 89-115. Con libero acceso qui: https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/1603.

Mellado y Leguey, F. (1890), *Resumen de Derecho administrativo*, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, Madrid.

Merkl, A. (1927), «Die Verwaltungsgesetzgebung der österreichischen Republik», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*.

- (1935) *Teoría general del derecho administrativo*, Editorial Revista de Derecho, Madrid. Traduzione dall'originale tedesco del 1927.

Míguez Macho, L. (2021), *La modernización del procedimiento administrativo,* Aranzadi, Cizur Menor.

Nieto García, A. (1960), «El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas», *Revista de Administración pública*, n. 32, pp. 75-116.

- (1986), *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo,* Inap, Madrid

Moles Caubet, A. (1983), "Introducción al procedimiento administrativo", in A. R. Brewer-Carías (dir.), *El procedimiento administrativo* (vol. del Archivo de Derecho público y ciencias jurídicas), Universidad Central de Venezuela, Caracas, pp. 15-39.

Parada Vázquez, R. (1968), "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", *Revista de Administración Pública,* n. 55, pp. 65-112.

Parejo Alfonso, L. e Vaquer Caballería, M. (2018), "Introducción. Contribuciones de Derecho comparado a la comprensión y mejora del procedimiento administrativo", in *Estudios sobre el procedimiento administrativo,* vol. I, *Derecho comparado,* Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 9-24.

Peláez del Pozo J. (1849), *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativos,* Imprenta

D. B. González, Madrid.

Posada, A. (1897-98), *Tratado de Derecho administrativo,* 1ª ed., 2 t., Victoriano Suárez, Madrid.

Posada Herrera, J. (1978 [1843]), *Lecciones de Administración,* t. I, INAP, Madrid.

Puche Bautista, M. (1848), voce "Actos administrativos", in *Enciclopedia Española de Derecho y Administración ó Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España é Indias,* t. I, Imprenta Andrés y Díaz, Madrid, pp. 440-446.

Rodríguez Benedicto, G. (1890), "Lo contencioso-administrativo. Discurso pronunciado en el Congreso jurídico español de 1886 en la sesión de 11 de diciembre", *Revista de España,* t. 127, pp. 246-264.

Royo-Villanova, S. (1949), «El procedimiento administrativo como garantía jurídica», *Revista de Estudios Políticos,* n. 48, pp. 88-92.

Sandulli, A. (1956 [1940]), *Il procedimento amministrativo,* ristampa della 1ª edizione, Giuffrè, Milano.

Santamaría Pastor, J. A. (1975), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, 2.ª ed., IEAL, Madrid.

Santamaría de Paredes, V. (1885), *Curso de Derecho administrativo,* 1.ª ed., Librería de Fernando Fé e Hijos de Fé, Madrid-Sevilla.

Schäffer, H. (1993), «El procedimiento administrativo austriaco: evolución, estado actual y perspectivas de futuro», in J. Barnés Vázquez, *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado,* Civitas, Madrid, pp. 405-440.

Tezner, F. (1896), *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Vienna.

Ubierna Eusa, J. A. (1914), *Procedimientos administrativos,* Reus, Madrid.

Vaquer Caballería, M. (2016), "La codificación del procedimiento administrativo en España", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 42, pp. 1-37.

Varela Suanzes-Carpegna, J. (2014), "Un influyente maestro del Derecho político español: Vicente Santamaría de Paredes (1853-1924)", *Teoría y realidad constitucional,* n. 34, pp. 641-658.

Villar y Romero, J. Mª. (1944), *Derecho procesal administrativo,* Revista de Derecho privado, Madrid.

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

Andrea Carbone
Professore associato di diritto amministrativo e pubblico presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

La domanda procedimentale e l'avvio del procedimento

The procedural request and the initiation of the proceedings

Sintesi

Il presente saggio si propone di considerare la fase di avvio del procedimento all'interno della struttura della funzione amministrativa, della quale si assume il carattere processuale. In questa prospettiva, l'avvio del procedimento corrisponde alla proposizione (da parte del singolo o come auto-proposizione della stessa Amministrazione) di una vera e propria domanda procedimentale, con quanto da ciò consegue.

Abstract

This essay aims to examine the initiation phase of the administrative procedure within the structure of the administrative function, which is assumed to have a procedural character. From this perspective, the initiation of the procedure corresponds to the submission of a proper procedural claim, together with all the consequences that follow therefrom.

Parole chiave: diritto amministrativo; procedimento amministrativo; avvio del procedimento; istanza; denuncia; procedimenti ad istanza di parte; procedimenti officiosi; provvedimento in forma semplificata; silenzio-assenso.

Keywords: administrative law; administrative proceedings; initiation of proceedings; application; report; proceedings initiated upon application of a party; *ex officio* proceedings; simplified decision; tacit consent.

Indice: 1. Profili introduttivi. La processualizzazione dell'azione amministrativa. – 2. La fase dell'iniziativa e la domanda procedimentale. Profili generali. – 3. La domanda procedimentale e le modalità del suo esperimento. – 3.1. *(segue)* I procedimenti ad istanza di parte. – 3.2. *(segue)* I procedimenti d'ufficio e la pretesa all'avvio del procedimento. – 4. Precisazioni su istituti collegati. – 4.1. *(segue)* L'obbligo di concludere

il procedimento. – 4.2. *(segue)* Il provvedimento in forma semplificata. – 4.3. *(segue)* L'integrazione del silenzio-assenso. – 5. Profili conclusivi.

1. Profili introduttivi. La processualizzazione dell'azione amministrativa

La considerazione che, nell'ambito del nostro diritto amministrativo, ha ricevuto il procedimento, ha dovuto scontare una genesi incerta, quale istituto relegato nell'ombra dal paradigma negoziale volontaristico che ha caratterizzato l'originaria rappresentazione dell'attività della pubblica Amministrazione. L'atto, non la procedura, è stato, in tale prospettiva, è il fulcro centrale dell'esercizio del potere amministrativo – e, conseguentemente, dei rapporti tra cittadini e Amministrazione[1].

---

1 Invero, va ricordato che la formazione del sistema del sistema di diritto amministrativo che si ebbe nell'Europa continentale aveva portato, come noto, ad una separazione tra forme procedurali di amministrazione e forme procedurali di giurisdizione (sul punto, per una ricostruzione, cfr., su tutti, L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2006, *passim*, spec. pp. 36 ss., 64 ss., 182 ss. e 225 ss.; si veda quanto all'epoca affermato da G.D. Romagnosi, *Principj fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1839, pp. 16-17). In tale circostanza, la prospettiva di riferimento conteneva quindi comunque in sé la rappresentazione dell'azione amministrativa come rito procedurale: cfr. G. Manna, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1876, pp. 340-341; L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909, p. 597 ss. Tuttavia, proprio la separazione ricordata, fondandosi sulle differenti esigenze delle due tipologie di attività, comportava la svalutazione dello stesso rito amministrativo, con lo spostamento della rappresentazione degli interessi delle parti al momento successivo del contenzioso amministrativo.

In questa prospettiva, in disparte i timidi e più risalenti tentativi di configurare un rapporto tra privato e Amministrazione nello svolgimento della sua azione (ci si riferisce a Manna e Meucci), la dottrina pubblicistica rimase immersa, fino al secondo dopoguerra, nell'ottica privatistica per l'elaborazione della dogmatica amministrativa. Essa si concentrò quindi sulla nozione di atto amministrativo, e in questo tentò di risolvere il dispiegarsi dell'azione amministrativa, non andando così al di là del concetto di atto complesso: cfr. in particolare D. Donati, *Atto complesso autorizzazione, approvazione*, in *Arch. giur.*, 1903, ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966, p. 387 ss.; U. Borsi, *L'atto amministrativo complesso*, in *Studi senesi*, 1903, p. 3 ss.; V. Brondi, *L'atto complesso nel diritto pubblico*, in *Studi giuridici dedicati ed offerti a Francesco Schupfer*, Torino, 1898, III, ora in *Scritti minori*, Torino, 1934, p. 1 ss.; M. Bracci, *Dell'atto complesso nel diritto amministrativo*, Firenze, 1961 (rist. 1927), p. 87 ss.; P. Gasparri, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939; per una ricostruzione cfr. R. Lucifredi, *Atti complessi*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1500 ss.; F. Migliarese, *Atto complesso*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, p. 1 ss.), o al limite di quello di atto-procedimento (U. Forti, *"Atto" e "procedimento" amministrativo*, in *Studi in onore di Oreste Ranelletti*, I, Padova, 1931, ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, p. 455 ss., spec. p. 467 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, II,

L'alternativa di una visione procedurale dell'attività ricevette invece, non serve ricordarlo, ben diversa considerazione in altre esperienze europee[2]. Tuttavia, la costruzione del sistema amministrativo nel senso anzidetto scoraggiò, in un primo momento, una possibile estensione anche al nostro ordinamento[3]. Tant'è che anche chi, studiando la problematica in chiave comparata, propose una solida ricostruzione della realtà procedimentale amministrativa nel nostro ordinamento, preferì poi, dovendosi necessariamente confrontare con il quadro giuridico corrispondente, strutturarla nel senso della sua finalizzazione alla costruzione dell'atto, che per tale via rimaneva comunque centrale[4].

Napoli, 1932-1934, pp. 144-145.

2 È questo il caso, ben noto, del modello austriaco del procedimento amministrativo: per una ricostruzione, si veda ad es. A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo: il modello austriaco*, Napoli, 2020.

3 Il recupero di una più compiuta dimensione procedimentale fu comunque anticipato da alcune autorevoli intuizioni. In questo, G. Miele, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, c. 375 ss. (cfr. anche Id., *Principi di diritto amministrativo*, I, Pisa, 1945, pp. 180-182), distingueva nettamente il piano del procedimento con quello delle altre figure (atto complesso, atto-procedimento, ecc.) e ne individuava il tratto peculiare in una concatenazione di atti disomogenei tra loro, il cui legame sarebbe dato dalla loro strumentalità all'effetto giuridico finale, prodotto dall'atto principale, che avrebbe rappresentato "la destinazione ultima e fondamentale dei diversi comportamenti". Si veda poi F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist. 1914, a cura di G. Miele), pp. 501-502, che ricollegò la nozione di procedimento amministrativo all'esempio della procedura civile, da considerarsi sotto il profilo formale, di una serie di atti collegati fra loro da un ordine logico o legale nel tempo.

4 La precipua concezione del procedimento sul piano strutturale avvenne, come noto, ad opera di A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 31 ss. L'illustre A., negando valore alla nozione sostanziale del procedimento fino ad allora assunta alla base delle elaborazioni dottrinali, e conseguentemente criticando la distinzione tra procedimento e atto complesso fondata sull'omogeneità delle attività che costituiscono il secondo, ha affermato (pp. 36-37) che il procedimento "vale a designare, non tanto la serie dei singoli fatti" che si svolgono verso un fine specifico "quanto piuttosto il modo del loro susseguirsi. (...) Quella del procedimento è dunque una nozione formale (...) attinente all'aspetto dinamico di un fenomeno che si concreta in più momenti nel tempo", e corrispondentemente alla diversità funzionale delle singole attività giuridiche che connotano i differenti momenti "è dato riscontrare in seno al procedimento una vera e propria partizione in fasi". Il procedimento assumeva, dunque, la sua autonomia concettuale rispetto all'atto. Detta autonomia, tuttavia, rimaneva su un piano eminentemente formale, quale modalità di formazione dell'atto: rispetto ad essa, finiva quindi per porsi in chiave del tutto strumentale, mantenendo così inalterata la corrispondente centralità attizia.

Saranno i successivi studi sulla funzione che consentiranno di esprimere pienamente un paradigma di processualizzazione dell'attività amministrativa, attraverso il procedimento[5]. In questo senso, si è espressa l'opzione radicale di antitesi tra atto e procedimento: l'atto espressione della volontà del soggetto, il procedimento espressione dell'oggettività della funzione[6].

La successiva evoluzione normativa, rappresentata dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, è risultata particolarmente influenzata dalle elaborazioni dottrinali sul punto (si suole ritenere che sia stata una legge 'più dottrinale che giurisprudenziale'; anzi in molti punti ponendosi in contrasto con la precedente giurisprudenza). Essa ha fatto così proprio il paradigma processuale dell'azione amministrativa, pur senza aderire alle opzioni oggettivistiche più estremiste[7].

Secondo l'insegnamento della dottrina processualista, infatti, è processo il procedimento che si caratterizza nell'esprimersi nel contraddittorio tra le parti, senza possibilità per l'organo decisore di obliterare la loro attività, pur potendosene discostare[8]. Riconosciuto, in proposito, che tale formula, in sé generale, può

---

5 La considerazione della sostanza procedurale afferente alla funzione amministrativa si ha con F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1117 ss.; Id., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 991 ss., spec. p. 1018 ss., ed ivi n. 59 ss.; Id., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2 ss.; Id., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 85 ss. L'illustre A., abbandonata infatti la nozione teleologica della funzione, quale potere il cui esercizio è volto alla soddisfazione dell'interesse generale o comunque altrui (la tradizionale posizionale di Santi Romano, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 179 ss.), si inserisce nella considerazione normativistica della funzione quale attività di trasformazione del potere in atto. In tale prospettiva, la funzione costituisce un'entità, sintesi di tempo e di spazio logico, che assume rilevanza giuridica in quanto idonea a manifestarsi attraverso la corrispondente attribuzione di giuridica rilevanza al processo decisionale che l'esercizio del potere caratterizza. Il procedimento assume quindi centralità, quale, secondo la nota locuzione, '*forma della funzione*'.

6 In questo senso radicale, F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, Milano, 1969, p. 123 ss. Cfr. anche G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 279 ss.

7 Sulle considerazioni che seguono, si veda quanto da noi considerato in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020 (rist. 2025), p. 395 ss.; II-2, *Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Torino, 2023 (rist. 2025), pp. 283 ss.

8 La considerazione di un generale canone processuale dell'attività amministrativa parte dal superamento della considerazione teleologica del processo, secondo la posizione tradizionale, la

articolarsi in differenti declinazioni[9], la struttura normativa del procedimento amministrativo può allora reputarsi fondata su un canone processuale[10]: essa, infatti, prevede che l'esplicazione della funzione avvenga in contraddittorio, sia pure, quest'ultimo, di carattere più marcatamente verticale (quale contraddittorio tra parti e organo decidente), che non orizzontale (quale contraddittorio tra le parti), in ragione dell'eventuale, e comunque non completa, separazione tra organo procedente-parte e organo decisore[11].

---

quale richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr., in merito ad essa, in particolare F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 44; Id., *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939, p. 4. La dottrina amministrativistica che ha sviluppato il concetto di funzione sotto un profilo strutturale, quale processo formativo dell'effetto, ha infatti avuto buon conto di considerare che il concetto di processo dovesse necessariamente rifarsi alla connotazione strutturale propria della stessa esplicazione della funzione: si è così distinto, da parte di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1131-1132, il procedimento dal processo in relazione alla circostanza che nel processo partecipano soggetti che perseguono interessi diversi da quello del soggetto a cui compete l'emanazione dell'atto, i quali possono in tal modo concorrere alla trasformazione del potere (cfr. anche Id., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 739). Per questa via, è risultato possibile giungere alla considerazione per cui il contraddittorio è ciò che caratterizzerebbe la sostanza processuale dell'attività, ciò che, quindi, definisce il processo come tale, a prescindere da qualsiasi connotazione di ordine teleologico; il processo è, cioè, un procedimento che si svolge attraverso la rappresentazione delle posizioni delle parti nella cui sfera giuridica la decisione dispiegherà i suoi effetti. In particolare, l'affermazione dell'impostazione generale appena descritta si deve ai contributi di E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; Id., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1067 ss.; Id., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; Id., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss., il quale, ponendosi, sotto tale profilo, su analoga linea, in via generale, di quella tracciata da F. Benvenuti, ha specificato come la partecipazione debba atteggiarsi, perché possa parlarsi di processo: nel senso cioè che mentre il procedimento si identifica con una serie concatenata di atti, il processo è qualche cosa di più e di diverso, essendo necessaria la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale produrrà i suoi effetti in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività (E. Fazzalari, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; Id., *Processo*, cit., p. 1072; Id., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; Id., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.).

È su tali basi che la dottrina amministrativistica successiva, che si è inserita nel solco del concetto di funzione considerato da F. Benvenuti, ha potuto porre in diretta correlazione quest'ultima con la valorizzazione della sostanza processuale dell'attività amministrativa: in questo senso G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 782 ss.; Id., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss.; *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.;

Sotto, poi, il profilo oggettivo, il procedimento amministrativo rispecchia, analogamente al processo giurisdizionale, una struttura procedurale improntata ad un'ottica processuale, per come fondata sull'*accertamento*[12]. Viene infatti prevista la proposizione di una domanda da parte del privato istante o la sua autoproposizione dalla P.A., con l'avvio del procedimento; e viene corrispondentemente regolamentata un'attività di verificazione della sussistenza degli elementi fattuali e della integrazione della relativa fattispecie normativa, ai fini della definizione della decisione concernente l'esercizio o il non esercizio del potere nel caso

---

nonché G. Pastori, *Introduzione generale*, in Id. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, p. 7 ss.; Id., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss. Il passo successivo sarà quello di rapportare la sostanza processuale dell'attività non alla funzione intesa come farsi del potere, ma quale farsi della decisione (in questo senso la funzione secondo la rappresentazione di F. Ledda, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2002, p. 242 ss.; Id., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss.).

9 Ed infatti, ponendosi nella prospettiva descritta alla nota precedente, si assiste sicuramente ad una "capacità espansiva del contraddittorio", idonea a portare le logiche processuali al di là dell'ambito proprio del processo giurisdizionale (in questo senso L.P. Comoglio, *Contraddittorio (principio del), I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1997, pp. 11-12, il quale, richiamando le considerazioni di Fazzalari, aggiunge che se l'essenzialità del contraddittorio si manifesta in una correlazione indissolubile con la funzione giurisdizionale, esso si appalesa anche "come veicolo indispensabile di diffusione del paradigma processuale anche al di fuori dell'orbita del fenomeno giurisdizionale in senso tecnico", come avvenuto in relazione alla disciplina della l. n. 241/1990 per il procedimento amministrativo; cfr. anche lo stesso E. Fazzalari, *Diffusione del processo*, cit., p. 861 ss.). D'altro canto, è pur vero che, lo stesso riferimento al contraddittorio, per le diverse modalità in cui può trovare applicazione, in relazione al tipo di processo, porta ad una genericità dei contenuti del processo stesso, senza possibilità di pervenire per tale via ad un'ipotesi ricostruttiva definita. In questi termini, il paradigma comune deve allora essere mantenuto, ma ciò non va a negare la possibilità di sue diverse declinazioni; anzi, è proprio in questi termini che è possibile pervenire alle considerazioni da noi effettuate, per cui la consistenza della funzione si ricollega alla struttura del modello procedurale in cui essa trova esplicazione. Cfr. *infra*, nel testo e in nota.

10 Dopo l'introduzione della l. n. 241/1990, si è in via generale ammessa, perlomeno da una parte della dottrina, una generale processualizzazione, o quantomeno una processualizzazione in senso lato, dell'azione della P.A.: cfr. in particolare, F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, p. 248 ss.; L. Migliorini, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in B. Cavallo (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, 1993, p. 89; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento*

concreto; di tali risultanze procedimentali (le "*risultanza dell'istruttoria*"), è prescritto debba darsene conto nell'apposita motivazione dell'atto, nel momento, quindi, di manifestazione della decisione assunta[13].

La declinazione della struttura normativa della funzione amministrativa in un modello processuale di accertamento la rende, in tale prospettiva, analoga a quella giurisdizionale. Le differenze, che fra le due strutture si riscontrano, sono diversità interne al medesimo modello strutturale, in ragione della differente articolazione, strutturale e funzionale, del relativo contraddittorio (in chiave da noi

---

amministrativo, Milano, 2004, *passim*; M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.; E. Frediani, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, *ivi*, 2005, p. 1003 ss.

L'impostazione propriamente processuale della funzione amministrativa, ad ogni modo, si ritrova attualmente, nello specifico, nel filone dottrinale oggettivistico, che, ponendosi nel solco dell'insegnamento di F. Benvenuti, G. Berti e G. Pastori, ha da ultimo cercato di portare ad una più compiuta ricostruzione strutturale la considerazione della forma processuale del procedimento e, per tale via, la stessa ascrizione del procedimento amministrativo al genere procedurale a cui appartiene il processo giurisdizionale: in questo senso, cfr. in particolare L.R. Perfetti, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., spec. p. 61 ss.; M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 ss. (che amplia una riflessione già effettuata, in forma più ridotta, in Id., *La "manifesta infondatezza" della domanda nel procedimento e nel processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2007, p. 309 ss.); M. Bellavista, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 93 ss.; Id., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; Id., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, 2012.

11 In particolare, la previsione, ai sensi degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, della comunicazione dell'avvio del procedimento, della partecipazione delle parti, delle modalità partecipative attraverso l'accesso e il deposito di memorie scritte e documenti che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento, nonché del preavviso di rigetto, comporta che l'autorità decidente debba necessariamente aprirsi al confronto delle parti e considerare l'attività dell'altra parte intervenuta. In questo modo, si sancisce la presenza di una procedura in contraddittorio, e si consente, secondo l'insegnamento processualcivilistico, di cui subito sopra, in nota, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo. Vi è un'assenza di una piena pariteticità tra le parti, dovuta alla circostanza che, ai sensi degli artt. 4 e 5, l. n. 241/1990, l'organo procedente potrebbe non essere separato da quello decidente, e comunque tale separazione sarebbe non completa, in quanto comunque interna. Ciò non toglie, tuttavia, come detto nel testo, che i soggetti privati assumano

definita *collaborativo-garantistica* per il modello generale dell'azione amministrativa; in chiave necessariamente *prettamente garantistica* per il processo giurisdizionale)[14]. Seppure non si nega che tale profilo sia determinato da una diversa visione ordinamentale delle due funzioni, e che una differente articolazione del contraddittorio possa portare ad una diversa declinazione dei relativi istituti procedimentali correlati, l'appartenenza di entrambi, procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, ad un modello comune di carattere processuale, comporta che le categorie processuali trovino applicazione in entrambe le realtà.

---

un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente, giacché quest'ultima, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto (si veda, in particolare, l'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, sull'obbligo di valutazione delle memorie e dei documenti, per come correlato con il precedente art. 3, sulla motivazione dell'atto). Il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente: cfr., su tale distinzione M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio*, cit., p. 69 ss.).

Non si può quindi negare la presenza di un contraddittorio in senso tecnico sulla base della circostanza che l'autorità decidente sia al tempo stesso appunto soggetto che decide e contraddittore, sia, cioè, parte in senso sostanziale, la quale, ancorché imparziale, cura direttamente interessi pubblici coincidenti o in conflitto con quelli dei privati attraverso lo svolgimento dell'azione amministrativa, mentre perché vi sia pariteticità effettiva l'autorità decidente dovrebbe necessariamente essere terza e indipendente rispetto alle parti: così, invece, S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 239 ss.; A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, pp. 939-940; Id., *Procedimento amministrativo*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, cit., pp. 4512-4513; A. Pajno, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 121 ss.

12 La considerazione del modello procedimentale amministrativo quale procedura fondata sull'accertamento è stata da noi ampiamente svolta in *Potere*, I, cit., p. 410 ss. Si vedano poi anche, nelle differenti declinazioni, B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, spec. p. 75 ss.; M. Monteduro, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 92 ss.

13 In questo modo, viene normativamente prevista una procedura all'interno della quale assume rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti; come detto nel testo, ciò che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori, regolamentata dagli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività viene, poi, inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consente di rapportarla alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda, come detto nel testo); rispetto ad essa, si pone

La specifica declinazione, in questo senso, dei caratteri propri del procedimento amministrativo è stata da noi ampiamente vagliata in altra sede[15]. Ci si vuole, allora, qui soffermare su un particolare istituto, pur invero altrove già considerato, per procedere ad un suo più compiuto approfondimento. L'attenzione si deve volgere, a tal proposito, alla fase di avvio del procedimento, nella sua considerazione quale proposizione di una domanda di stampo processuale (la *domanda procedimentale*).

2. La fase dell'iniziativa e la domanda procedimentale. Profili generali

L'esperimento della domanda è ciò che determina l'esercizio dell'azione processuale. In ragione del modello processuale che connota la struttura della funzione amministrativa, ciò vale anche per il procedimento amministrativo, con

---

infatti la necessità di verificazione della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra all'art. 3, l. n. 241/1990.

14 Nello specifico, si ritiene infatti possibile individuare due modelli processuali generali, sulla base della considerazione che del contraddittorio si assume, sotto il profilo strutturale e funzionale, nel rapporto con la norma di cui all'art. 6 CEDU. Il primo modello è quello che può definirsi *prettamente garantistico*, corrispondente ad un modello procedurale rispettoso delle garanzie riscontrabili nell'art. 6 CEDU, in sé considerate. Il secondo è quello *collaborativo-garantistico*, ove l'autorità decidente non è pienamente separata dal soggetto procedente, in quanto la separazione è solo eventuale, e non è comunque perfetta sotto il profilo strutturale, ma la partecipazione delle parti non può comunque essere obliterata; in ordine ad esso, il rispetto dell'art. 6 CEDU è assicurato dalla compensazione *ex post* in un successivo processo prettamente garantistico (che, come ormai chiarito dalla giurisprudenza europea, non comporta comunque in sé la necessità di sostituzione delle scelte discrezionali da parte dell'autorità di *full jurisdiction*). Ora, il primo modello è quello che deve necessariamente riscontrarsi nel processo giurisdizionale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24, 100, 101 ss. e 111 Cost., e degli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE. Il secondo è, invece, come spiegato nel testo e alla nota precedente, il modello corrispondente al modulo procedurale generale dell'azione amministrativa. È possibile, va peraltro aggiunto, che, in taluni specifici procedimenti amministrativi (ad es., quelli propri delle Autorità indipendenti), la configurazione dell'organo decidente e l'articolazione del relativo contraddittorio tra le parti siano strutturate in senso prettamente garantisco. Sul punto, si veda *Potere*, II-2, cit., p. 288 ss.; nonché *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 181 ss.

15 Si veda in proposito *Potere*, II-2, cit.

riferimento a ciò che va denominata domanda procedimentale.

In questa prospettiva, si deve tenere in considerazione come l'azione in senso stretto sia coincidente con una situazione di potere, il cui esercizio produce, in ordine all'oggetto a cui il potere fa riferimento, l'effetto di instaurazione del procedimento, costitutivo del relativo rapporto[16]. Il rapporto che si viene a creare con l'esercizio dell'azione è un rapporto complesso di natura procedurale, rispetto al quale si possono porre una pluralità di situazioni giuridiche, in ragione del rilievo attribuito alla posizione della parte nell'ambito della struttura dell'attuazione del potere decisorio dell'organo a ciò deputato (cioè, della struttura della funzione). Vi sono così situazioni che ineriscono direttamente al dovere di adozione dell'atto decisorio, e situazioni strumentali alla formazione della decisione, situazioni che nascono dalla dinamicità delle trasformazioni che si producono sul piano procedurale, ecc.

In particolare, delle situazioni che ineriscono direttamente al dovere di adozione dell'atto decisorio da parte dell'Amministrazione, si è soliti considerare le situazioni di carattere assolutamente astratto (inerenti all'obbligo di adozione di un qualsiasi provvedimento decisorio), di carattere relativamente astratto (inerenti all'obbligo di adozione di un provvedimento che decide nel merito) e di carattere concreto (inerenti all'obbligo di adozione del provvedimento richiesto, cioè alla fondatezza della relativa pretesa sostanziale). In ordine alle situazioni strumentali alla formazione della decisione, queste possono a loro volta suddividersi, a seconda del loro contenuto (del contenuto della norma formale rispetto alla quale inerisce la posizione del soggetto) in situazioni concernenti il contraddittorio procedurale, e situazioni ad esso estranee (situazioni meramente procedurali).

Le situazioni descritte, si aggiunge, costituiscono espressione, insieme con quelle procedurali concrete, a rilievo sostanziale, della doverosità della funzione, sotto il profilo delle situazioni giuridiche in essa coinvolte, nei termini in cui tale carattere si ripercuote sul piano della loro qualificazione deontica[17].

---

16 Sui profili considerati nel testo, sia consentito rimandare a *Potere*, I, cit., pp. 91 ss., ed ivi i relativi riferimenti. Per una sintesi della questione, si veda ad ogni modo anche A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, pp. 206 ss., n. 11.

17 Sulle differenti implicazioni della doverosità della funzione si vedano, in particolare, F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, p. 75 ss.; A. Meloncelli,

Ora, tanto considerato, la nostra analisi prenderà in considerazione i profili relativi all'esercizio dell'azione, e, quindi, all'avvio del procedimento. In questo senso, l'analisi sarà rivolta alle situazioni concernenti il potere di azione procedimentale(/di avvio del procedimento), e agli istituti ad esse correlati. A tali situazioni, in ragione della loro modalità deontica, può poi correlarsi la situazione del soggetto il cui interesse è riconosciuto rilevante dall'ordinamento in ordine all'esercizio del relativo potere, quale pretesa che si pone in rapporto all'obbligo dell'esercizio dell'azione/avvio del procedimento, che pure dovrà essere oggetto di considerazione. Infine, ci si dovrà soffermare sulla correlazione di queste con le altre tipologie di situazioni procedurali rappresentate, così da valutare l'effettiva declinazione di tutti gli istituti coinvolti, e tracciarne l'effettiva distinzione, non sempre chiara nel quadro ricostruttivo generale.

Nella prospettiva descritta, dunque, si verrà a fornire una rappresentazione della fase di avvio del procedimento, per come considerata nei termini processuali propri della struttura normativa della funzione amministrativa, di modo da tentare di chiarirne, all'interno di tale impostazione, i profili ancora controversi.

3. La domanda procedimentale e le modalità del suo esperimento

La prima tipologia di situazione procedurale che, in questo scenario, viene in considerazione, è quella, come detto, rapportabile al potere di azione, che, nel riferimento al procedimento amministrativo, si declina nel senso di un potere di avvio del procedimento. La situazione giuridica in questione è qualificabile, infatti, come situazione di potere, di carattere prettamente procedurale, il cui esercizio produce, come effetto, l'instaurazione del procedimento nel caso di specie, da cui consegue il relativo obbligo decisorio in capo all'autorità procedente, insieme con le ulteriori situazioni strumentali al corrispondente accertamento. Come già spiegato, la caratterizzazione, in ordine al rapporto creatosi con l'esercizio del potere

---

L'iniziativa amministrativa, Milano, 1976, pp. 27 ss., 165 ss. e 211 ss., che nello specifico distingue, in relazione all'istanza del privato, (p. 212 ss.) tra obbligo di procedere, obbligo di pronunciarsi nel merito, e obbligo di provvedere in positivo; A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, p. 9 ss., di cui si veda spec. p. 89 ss., sulla distinzione del dovere di provvedere come dovere di iniziare il procedimento, dovere di concludere il procedimento e dovere sostanziale di adottare il provvedimento; F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, pp. 93 ss. e 265 ss.; S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, p. 71 ss.

di azione, di tipo assolutamente astratto, relativamente astratto, ovvero concreto, dipende dalla rilevanza, accordata dall'ordinamento, alle differenti tipologie di situazioni giuridiche (assolutamente astratte, relativamente astratte, concrete) che derivano dall'esperimento dell'azione/avvio del procedimento.

Nella sua generale considerazione, il potere di avvio del procedimento viene a declinarsi nel senso di risultare conferito, in ragione del dato normativo di riferimento, a colui a cui è normativamente attribuito il medesimo potere decisorio, oppure ad un altro soggetto. Si è soliti, a tal proposito, distinguere in generale tra procedimenti ad iniziativa d'ufficio e procedimenti ad istanza di parte.

Invero, in via generale, rispetto a tale distinzione, viene solitamente anche aggiunto che gli atti di iniziativa possono provenire anche da altra pubblica Amministrazione, diversa da quella che assume la decisione, attraverso atti qualificati, a seconda dei casi, come richieste o proposte[18]. In tale ipotesi, la considerazione che sia la stessa P.A. decidente ad avviare il procedimento su richiesta di altra Amministrazione, ovvero che l'avvio possa essere anche determinato direttamente dall'atto di quest'ultima, dipenderebbe dall'effettiva struttura normativa procedurale dei singoli poteri. Si è, ad ogni modo, in tale prospettiva, nell'ambito dell'ordinaria considerazione pluristrutturata del procedimento amministrativo, rispetto alla quale il riferimento è comunque alla disciplina dei procedimenti d'ufficio; il riferimento alle istanze, in senso proprio, è invece rivolto agli atti di iniziativa dei privati.

---

18 Sul punto, si vedano, in particolare, M. Bracci, *La proposta in diritto amministrativo*, Firenze, 1961 (rist. 1925 con prefaz. di M. Cantucci), p. 24 ss.; A. Meloncelli, *L'iniziativa amministrativa*, cit., pp. 178 ss. e 297 ss.; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 835 ss.; Id., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 274 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1984, pp. 613 e 621; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 393; R. Villata, G. Sala, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1996, p. 592; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, pp. 596-597; G.M. Racca, *Richieste e istanze alla pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 368 ss.; A. Travi, *Proposta*, *ivi*, XII, Torino, 1997, p. 100 ss.; A. Scognamiglio, *Istanze alla pubblica amministrazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, pp. 3284-3285 e 3289; N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, pp. 32-33, n. 20.

3.1 *(segue)* I procedimenti ad istanza di parte

La presenza di una vera e propria domanda procedimentale è stata solitamente ravvisata in ordine ai procedimenti ad istanza di parte. In tale categoria di procedimenti, il potere di avvio è, infatti, attribuito al privato che afferma la sussistenza della situazione di potere sostanziale corrispondente alla doverosità di produrre il relativo effetto. La domanda procedimentale è quindi esperita dal privato, a fronte della quale l'Amministrazione dovrà procedere alla relativa verificazione e pronunciare la propria decisione.

Nell'ipotesi in questione, la presentazione dell'istanza ha, quindi, il valore di proposizione della relativa domanda, quale esercizio, appunto, del potere di azione/
avvio. L'istanza, in questa prospettiva, si inserisce pienamente nel rilievo che la stessa assume all'interno del modello processuale della funzione, superando, per tale via, la sua tradizionale considerazione di atto negoziale in chiave prettamente sostanzialistica[19].

Nella prospettiva descritta, è quindi l'istanza stessa ad avviare il procedimento, e non l'Amministrazione ad avviarlo su istanza dell'interessato: l'istanza è, cioè, atto di esercizio di una vera e propria domanda, avente ad oggetto l'accertamento della/e situazione/i di potere e quella/e di pretesa ad essa/e correlata/e. È, in questi termini, la stessa valenza processuale che consente di affermare che, nei procedimenti ad istanza di parte, l'avvio del procedimento è determinato dalla presentazione dell'istanza, mentre non si rinviene un ruolo corrispondente in ca-

19 Si veda, in proposto, la posizione di G. Miele, *La manifestazione della volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, p. 64 ss., che pur non mancava di sottolineare la valenza procedurale di questa tipologia di atti, nell'ambito del più generale riferimento alle manifestazioni di volontà del privato nell'attività amministrativa. In effetti, in quel contesto, anche una volta precipuamente elaborata, sul piano strutturale, la configurazione procedurale dell'azione amministrativa, questa non è stata in grado di fornire un inquadramento pienamente processuale dell'istanza, fintanto che è rimasta limitata al profilo formale, senza assurgere, cioè, a definizione della sostanza processuale della funzione: si veda, in proposito, la tradizionale posizione di A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 147; Id., *Procedimento amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1023; Id., *Manuale*, I, cit., p. 627, il quale, del tutto coerentemente, assumeva che i procedimenti ad istanza di parte fossero quelli che, a fronte di un'istanza dell'interessato, dovevano necessariamente essere iniziati (cfr. sul punto anche quanto si dirà *infra*, par. 3.2, n. 31).

po all'Amministrazione[20]. Tale posizione è quella che, del resto, si è progressivamente affermata, e risulta attualmente piuttosto condivisa, per come collegata, più o meno compiutamente, alla sostanza processuale della funzione[21]

La generale idoneità all'avvio, va specificato, in tanto può riscontrarsi, in quanto ovviamente l'istanza avanzata sia identificabile come tale, presentandosi fattualmente riferibile ad una corrispondente considerazione normativa che, rispetto ad un determinato potere, si ponga nel senso descritto. L'istanza, come atto di esercizio del potere di avvio, deve infatti, per dispiegare i propri effetti, po-

20 L'idoneità dell'istanza ad avviare essa stessa il procedimento, si aggiunge per inciso, non influisce, a nostro avviso, sulla soluzione che viene data alla questione relativa alla necessità della comunicazione di avvio del procedimento anche per i procedimenti ad istanza di parte (sul punto, in senso favorevole, si vedano, tra gli altri, A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., p. 152 ss.; Id., *Istanze*, cit., p. 3287; in senso contrario, M.C. Romano, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 301 ss.; R. Proietti, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 570; N. Paolantonio, *Presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni*, *ivi*, pp. 896-897; N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 49 ss., ed ivi n. 75; anche la giurisprudenza maggioritaria è contraria: *ex multis* Cons. St., sez. IV, n. 4508 del 27 ottobre 2016). In proposito, deve a nostro avviso ritenersi che la necessarietà o meno della comunicazione, anche per i procedimenti ad istanza di parte, non possa comunque essere collegata alla sua idoneità a rappresentare l'avvio del procedimento da parte della P.A., ma sia determinata dalla necessità di collegamento tra le forme del procedimento e la sua valenza sostanziale come funzione. In questo senso, l'istanza è, come detto, vera e propria domanda, che determina l'apertura del processo, rispetto alla quale la comunicazione di avvio fungerebbe da collegamento formale perché la domanda stessa possa dispiegare pienamente il suo ruolo all'interno della funzione (considerazione come tale dall'autorità procedente, comunicazione ai terzi, ecc.). Se si ragiona in questo modo, allora, chi ritiene che la comunicazione di avvio non sia necessaria, semplicemente considera che, in relazione alla disciplina procedimentale, l'istanza sia idonea già in sé a svolgere pienamente la sua funzione sostanziale, per quanto possibile; non a caso, solitamente si afferma, in dottrina e in giurisprudenza, che comunque la comunicazione di avvio debba essere inviata alle altre parti necessarie del procedimento. In questa prospettiva, la comunicazione rivolta allo stesso istante potrebbe, allora, (comunque reputarsi necessaria e) svolgere un ruolo maggiormente formale, corrispondente ad una presa d'atto dell'istanza; in questo senso parrebbe, del resto, porsi il disposto dell'art. 18 *bis*, l. n. 241/1990 (introdotto dal d.lgs. n. 126 del 30 giugno 2016, c.d. decreto SCIA), il quale, prevedendo che dell'avvenuta presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni è rilasciata immediatamente, anche in via telematica, una ricevuta, attestante l'avvenuta presentazione dell'istanza, della segnalazione e della comunicazione (e indicativa dei termini entro i quali l'Amministrazione è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza), aggiunge anche che la stessa ricevuta tiene luogo della comunicazione di avvio del

ter essere identificabile come effettivo esperimento della relativa domanda procedimentale.

È discusso, in proposito, a quali requisiti debba rispondere perché ciò si verifichi[22]. A nostro avviso, in conformità con quanto espresso in via generale sulla sua natura processuale, l'istanza deve rispettare le seguenti prescrizioni: deve possedere quei requisiti minimi formali di identificabilità dell'atto come esercizio del relativo potere di avvio (indicazione e provenienza dall'autore, individuabilità generale dell'effetto richiesto, forme minimali rispetto a tali profili necessarie); deve essere rivolta all'esercizio di un potere sostanziale espressione della astratta attribuzione della P.A. procedente; deve essere normativamente prevista come espressione del relativo potere astrattamente attribuito al privato (procedimento

---

procedimento, se contiene le informazioni ad essa riferibili.

21 Cfr., tra gli altri, A. Meloncelli, *L'iniziativa amministrativa*, cit., p. 215; G. Paleologo, *Istanza. III) Istanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1989, p. 1; L. De Lucia, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 748; P. Lazzara, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva "servizi" (2006/123/Ce)*, Napoli, 2008, p. 186; L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 938; N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 45 ss.; Id., *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, in *Foro amm.*, 2015, p. 2678 ss.; Id., *Brevi note sull'obbligo di provvedere della P.A. alla luce del "nuovo" art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, *ivi*, 2014, pp. 1348-1349; F. Follieri, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, 2023, p. 56 ss.

Si noti, peraltro, che, anche tra coloro che hanno fornito una ricostruzione del procedimento amministrativo sul generale schema processuale, non è mancato chi ha reputato essere in ogni caso l'Amministrazione ad avviare il procedimento: in questo senso M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, cit., p. 115 ss., per cui l'istanza è l'atto di impulso del cittadino che obbliga comunque l'Amministrazione ad avviare il procedimento, costituendo, in questo senso, una condizione necessaria per l'esercizio del potere. Tale impostazione, tuttavia, sembra a nostro avviso avallare un passaggio che, quantomeno se inteso in termini tecnici (e non meramente materiali, di procedere concretamente nell'azione), non porrebbe in termini compiutamente processuali la categoria dei procedimenti ad istanza di parte, per come distintamente considerata rispetto a quella dei procedimenti officiosi.

22 Cfr. tra gli altri, nelle differenti posizioni, N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 122 ss.; P. Lazzara, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., p. 186 ss.; E. Frediani, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016, p. 80 ss.; con riferimento alla propria impostazione (riportata *infra*, par. 3.2, in nota), S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017, p. 59 ss.

su istanza)[23].

Solo a queste condizioni essa risulta idonea ad avviare il procedimento[24]. Non sono invece necessari altri requisiti, soggettivi od oggettivi, ancorché la loro eventuale mancanza possa condurre ad una pronuncia di *inammissibilità* della domanda. Tale tipologia di decisione, ora espressamente contemplata dall'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, non consente più, infatti, come pure si era verificato in passato, di sovrapporre l'*identificabilità* dell'istanza con la sua *ammissibilità* (e, quindi, l'obbligo assolutamente astratto di concludere il procedimento con quello relativamente astratto di concluderlo con una decisione di merito, che ad esse corrispondono)[25].

La rappresentazione effettuata comporta ulteriori conseguenze procedurali, che derivano dai caratteri appena indicati.

In primo luogo, l'idoneità dell'istanza ad avviare direttamente il procedimento, nel senso descritto, implica che non sia presente una fase, c.d. pre-procedimentale, ove la P.A. verifica la ricorrenza dei presupposti relativi alla sussistenza del potere di azione/avvio del procedimento ai fini del suo esercizio. Tale verifica avviene, invece, a procedimento *avviato*, appunto nella fase di considerazione dell'ammissibilità dell'istanza, di cui si dirà.

Inoltre, la rappresentata considerazione dell'istanza è ciò su cui deve fondarsi la possibilità del suo ritiro (o della sua modifica; conformemente, peraltro, alle eventuali prescrizioni specifiche al riguardo) prima dell'emanazione della decisione. Tale ritiro corrisponderebbe, essenzialmente, ad una rinuncia agli atti del

---

23 In questa prospettiva, particolare rilievo riveste l'ipotesi in cui l'istanza sia diretta nei confronti di un potere normativamente attribuito alla P.A., ma esercitabile d'ufficio: occorrendo tale evenienza, l'istanza deve essere considerata quale mera sollecitazione, comportante, come tale, non l'avvio del procedimento, ma, ravvisandosene i requisiti, l'obbligo di avviarlo. Si veda *infra*, al par. successivo.

24 L'idoneità dell'istanza ad avviare il procedimento comporta la sua idoneità alla produzione dei diversi effetti a detto avvio collegati (l'effetto riferibile all'obbligo di definizione procedimentale è, cioè, a sua volta, elemento delle fattispecie di ulteriori e differenti effetti). Si noti che, a tal proposito, oltre a quanto sul punto già detto sopra in via generale sulle situazioni procedurali, possono venire in rilievo effetti di tipo differente: così, ad es., in ordine al *silenzio-assenso*, su cui *infra*, par. 4.3.

25 In proposito, si veda ad es. quanto riportato da N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 166. Sul punto, cfr. *infra*, parr. 4 e 4.2, nel testo e alla n. 40.

procedimento: laddove, quindi, l'Amministrazione non dichiari l'improcedibilità della domanda, il provvedimento deve reputarsi illegittimo; pur non essendo stato adottato, quest'ultimo, a fronte della mancanza della domanda del soggetto legittimato a proporla, di tale domanda, a seguito del ritiro, è infatti venuta meno l'operatività in ordine alla valida adozione di una decisione di merito.

3.2. (segue) I procedimenti d'ufficio e la pretesa all'avvio del procedimento

La seconda tipologia di procedimenti che viene in questione è quella ad iniziativa d'ufficio. In tale categoria, il potere di avvio è previsto in capo alla P.A. procedente, la quale, attraverso il suo esercizio, fa dunque valere, dinnanzi a se stessa, la domanda di accertamento della/e relativa/e situazione/i di potere, e della corrispondente doverosità di produrre il/i relativo/i effetto/i.

La considerazione dei procedimenti officiosi quali espressione di una domanda procedimentale è risultata, invero, più problematica rispetto a quelli ad istanza di parte, i quali, sotto tale profilo, lo si è detto, hanno costituito il modello a cui la stessa concezione di domanda ha potuto trovare riscontro nel procedimento[26]. Tuttavia, una volta ammessa la struttura processuale del procedimento, dubbi in proposito non hanno più ragione d'essere[27]. Nell'ipotesi in esame, può dirsi quindi che l'Amministrazione, esercitando il potere di avvio, propone, din-

26 Da ultimo, la considerazione processuale dei procedimenti officiosi è stata messa in discussione da chi ha considerato che, nell'ambito di essi, a differenza dei procedimenti su istanza di parte, l'atto di avvio non potrebbe considerarsi un atto di esercizio di un corrispondente potere procedurale (F. Follieri, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, cit.). In proposito, si parte dalla considerazione per cui (pp. 27 ss., 35, 69-70 e 217) l'art. 2, l. n. 241/1990, stabilisce che quando il procedimento "*debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso*": tale norma, si afferma, andrebbe interpretata in senso letterale, nel senso, cioè, che l'obbligo di provvedere, nei procedimenti d'ufficio, non sorgerebbe quando l'Amministrazione adempie l'obbligo di procedere, cioè quando avvia il procedimento, ma quando *deve* adempiere detto obbligo, cioè quando si verifica il fatto a tal fine rilevante. In tale prospettiva, (pp. 69-70 e 103 ss.) la fattispecie astratta dell'obbligo di provvedere della P.A. (e, corrispondentemente, della relativa pretesa del privato) corrisponderebbe a quella dell'obbligo di procedere, che dunque accomunerebbe i due distinti doveri. Non vi sarebbe, allora, secondo l'A., un potere di avvio corrispondente a quello che si configura, invece, nei procedimenti ad istanza di parte; correlativamente, (p. 79 ss.) viene negata l'esistenza di una fase pre-procedimentale, e il primo atto di considerazione del fatto rilevante per procedere, quale esso sia, anche istruttorio, viene ritenuto idoneo ad avviare il procedimento, con relativa decorrenza del termine di conclusione (ancorché eventualmente precedente alla comunicazione di avvio). Sul punto, si veda la nota successiva.

nanzi a se stessa, una domanda di cui verificare la fondatezza[28].

In particolare, in tale ipotesi, si deve riconoscere che la relativa proposta di decisione viene elaborata nella fase pre-procedimentale, avente ad oggetto la sussistenza della/e situazione/i di potere ai fini del relativo esercizio.

La specificità, che in tale prospettiva va riconosciuta, è quella per cui, articolandosi nel senso descritto la proposizione della domanda, non potrebbe sussistere un obbligo di avviare un procedimento qualora si sia già rilevato, nella fase pre-procedimentale, che il procedimento stesso si debba concludere con una de-

---

27 È per tale ragione che la tesi di F. Follieri, *Il silenzio*, cit., di cui alla nota precedente, pur presentandosi di estremo rigore concettuale e di indubbio interesse nelle sue conclusioni, non si presta, tuttavia, a poter essere condivisa. In disparte, infatti, i possibili rilievi in ordine ai singoli aspetti in proposito considerati, è il presupposto da cui la tesi stessa muove a risultare in disaccordo con la generale impostazione da noi portata avanti nella considerazione della funzione amministrativa. L'interpretazione che, da parte dell'A., viene conferita all'inciso concernente l'avvio del procedimento d'ufficio, di cui all'art. 2, l. n. 241/1990, parte cioè dal presupposto, implicito ma evidente, di una svalutazione del rilievo rivestito, in proposito, dalle ulteriori disposizioni normative procedimentali che, nella nostra ricostruzione, hanno consentito di configurare la struttura della funzione amministrativa in termini processuali. In questo senso si reputa, coerentemente, (*op. ult. cit.*, p. 30 ss.) che sia metodologicamente errato partire dalla disciplina dei procedimenti ad iniziativa di parte per descrivere quelli officiosi, appunto in quanto non si ritiene, essenzialmente, di accedere al dato comune, ricavabile in generale in via normativa, del valore processuale del procedimento amministrativo. Se si aderisce invece, come da parte nostra si è ritenuto di dover fare, alla rappresentazione corrispondente a detto valore, e si assume quindi che la normativa procedimentale strutturi in generale la funzione in termini processuali, allora anche il dato letterale di cui all'art. 2, l. n. 241/1990, va considerato di conseguenza, e interpretato all'interno del complessivo quadro normativo; risultando, come tale, idoneo a configurare un'auto-domanda dell'Amministrazione. La rappresentazione effettuata in ordine agli istituti oggetto di considerazione (l'atto di avvio, la pre-istruttoria, ecc.) seguirebbe, del pari, tale diverso inquadramento, più vicino, peraltro, alla configurazione che gli stessi comunemente ricevono, in dottrina e giurisprudenza.

28 In questo senso, sulla base di quanto appena considerato, si potrebbe fare riferimento, in ordine all'esercizio del potere sostanziale da parte dell'Amministrazione, alla figura del *Gestaltungsklagerecht*, cioè del diritto potestativo ad esercizio processuale. In via generale, infatti, la logica ad esso sotteso, come noto, viene comunemente rifiutata, non potendosi ravvisare un collegamento in senso proprio tra una siffatta situazione soggettiva e produzione degli effetti di trasformazione giuridica, che derivano, invece, dalla sentenza del giudice (vi sarebbe allora, piuttosto, un diritto processuale all'adozione della sentenza costitutiva, che corrisponde all'azione concreta: cfr., oltre a quanto detto *supra*, al par. 2, sulla considerazione in generale dell'azione processuale, anche, in ordine alla specifica questione richiamata, *Potere*, I, cit., pp. 121 ss.). Tuttavia, potrebbe valutarsi la possibilità di fare riferimento alla figura in questione nei casi in cui, come appena descritto, vi sia coincidenza soggettiva tra il titolare della situazione giuridica

cisione di inammissibilità o di manifesta infondatezza. In questo senso, vi è una differenza con i procedimenti ad istanza di parte, ove, come visto, le valutazioni indicate sono compiute necessariamente nell'ambito del procedimento, che si avvia con la presentazione della relativa domanda[29]. Nell'ipotesi di procedimento d'ufficio, è invece l'Amministrazione che deve decidere se auto-proporre la domanda, cosicché le medesime valutazioni, effettuate prima della formale apertura del procedimento, portano alla decisione di non procedere all'avvio[30].

Va considerata, a questo punto, la posizione del privato rispetto all'esercizio del potere di avvio da parte dell'Amministrazione. Sotto tale profilo, infatti, la doverosità nell'esercizio della funzione, nei termini dell'avvio del procedimento, comporta la possibilità di una posizione protetta del privato che si ponga in correlazione rispetto al relativo obbligo.

Vi è, cioè, un rapporto tra situazioni che si crea in relazione alla modalità deontica della situazione di potere di avvio del procedimento, ove assume rilievo la posizione del soggetto il cui interesse riceva protezione da parte dell'ordinamento rispetto all'imposizione del carattere di doverosità dell'esercizio dello stes-

---

potestativa a cui il processo fa riferimento, colui che avvia il relativo processo, e chi pone in essere la situazione effettuale. L'auto-proposizione della domanda prevede dunque l'individuazione dell'oggetto del procedimento; e segue allo svolgimento, nella fase pre-procedimentale, della relativa attività di sommaria delibazione circa l'ammissibilità dell'azione e la rilevanza dei fatti individuati: si veda subito di seguito, nel testo.

29 La considerazione dell'avvio del procedimento d'ufficio quale auto-proposizione di una domanda assume, sotto tale profilo, particolare rilievo in ordine alla seconda parte del co. 1 dell'art. 2, l. n. 241/1990, introdotta dalla l. n. 190 del 6 novembre 2012, sul provvedimento in forma semplificata (su cui si veda più in generale *infra*, par. 4.2). La norma richiamata, infatti, dopo aver affermato, nella sua prima parte, che ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la P.A. deve concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso, stabilisce ulteriormente che qualora di ravvisi la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza *della domanda*, è possibile concludere il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata. In proposito, non vi è, in linea di principio, una particolare obiezione a che il termine 'domanda' ivi utilizzato faccia riferimento anche ai procedimenti d'ufficio, per le ragioni da noi spiegate, purché si mantenga ferma la distinzione strutturale con quelli ad istanza di parte (si veda di seguito, nel testo e in nota). Tuttavia, va aggiunto, anche a voler opinare in tal senso, si dovrebbe comunque ammettere che il riscontro di una causa che preclude ad una decisione di merito, o l'irrilevanza dei fatti tali da comportare una manifesta infondatezza, siano circostanze idonee ad integrare correttamente una decisione di non avviare il procedimento.

30 Per il medesimo ordine di idee, cfr. N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 135 ss., p. 153.

so potere di avvio. Tale evenienza concerne il riconoscimento, in capo al privato, nell'ambito dei procedimenti officiosi, di una situazione di *pretesa all'avvio del procedimento* da parte dell'Amministrazione: la pretesa in questione risulta, quindi, correlata ad una situazione prettamente procedurale di potere corrispondente ad un obbligo di avvio del procedimento.

Più nello specifico, può evidenziarsi come la pretesa all'avvio del procedimento, quale situazione che si pone in rapporto con il relativo obbligo della P.A., è ciò che si ravvisa con riferimento alle c.dd. *denunce o sollecitazioni qualificate*, cioè in quei casi in cui viene riconosciuto che alla sollecitazione del potere officioso sia collegata, appunto, la possibilità di ottenere, nei termini prescritti, l'esigibilità dell'obbligo della P.A. di avviare il procedimento. In tali ipotesi, ancorché non sia il privato ad avviare il procedimento attraverso un'istanza, viene riconosciuta, in capo ad esso, una pretesa rispetto al corrispondente obbligo, in tal senso, dell'Amministrazione.

In questo senso, le denunce qualificate non vanno quindi confuse con le vere e proprie istanze, che, come detto, sono invece atti di esercizio del potere, riconosciuto in capo al privato, di avviare il procedimento. La sollecitazione rappresenta invece, anche se qualificata, la mera rappresentazione dei fatti idonei a far sorgere, in capo all'Amministrazione, l'obbligo di avviare il procedimento. Non vi è quindi, in questa prospettiva, una trasformazione dei procedimenti officiosi in procedimenti ad istanza di parte, e il sollecito o la denuncia qualificata possono dirsi atti espressione di una situazione giuridica di carattere procedurale differente da quella che è espressione dell'istanza, la quale, come detto, è vera e propria domanda[31].

---

31 Sulla necessità di mantenere ferma la distinzione, cfr. L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, cit., p. 941; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa*, cit., p. 152 ss.; Id., *Istanze amministrative*, cit., p. 3285; L. De Lucia, *Denunce qualificate*, cit., p. 748; Id., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, p. 144; N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 88 ss.; Id., *Considerazioni critiche*, cit., p. 2687.

La posizione contraria muove invece dal presupposto, più o meno esplicitato, che l'istanza non rappresenti un atto di esercizio del potere di avvio del procedimento, ma sia invece costitutiva dell'obbligo dell'Amministrazione di avviarlo (sul punto, cfr. subito sopra, nel testo e in nota). Tale posizione pare sottesa, come già avvertito, alla tradizionale impostazione di A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 147; Id., *Procedimento amministrativo*, cit., p. 1023; Id., *Manuale*, I, cit., p. 627, che riteneva che il tratto differenziale, in ordine alla declinazione del procedimento, fosse determinato dalla presenza o meno di un procedimento officioso da non dover

Tanto considerato in via generale, va valutato quando possa dirsi sussistente, in capo ad un soggetto, una pretesa all'avvio del procedimento.

La sussistenza della relativa situazione procedimentale presuppone infatti che sia considerata rilevante, e fattualmente integrata, una posizione protetta in capo al singolo, declinata nel senso rappresentato.

Questa, secondo quanto in via generale è ricavabile dal contesto normativo di riferimento, deve considerarsi esistente a fronte dell'esistenza di specifici presupposti, soggettivi e oggettivi, alla stessa corrispondenti. In particolare, sotto il profilo soggettivo, vi deve essere una posizione protetta, la quale può essere espressamente contemplata dalla norma che prevede la denuncia o il sollecito, ovvero, si deve ritenere, può essere comunque riconosciuta in via generale come tale, in quanto riferita ad un interesse qualificato, e in sé rilevante, rispetto alla relativa funzione[32]. Sotto il profilo oggettivo, deve invece presentarsi l'ammissibilità e

---

necessariamente essere messo in moto dalla P.A. allorquando vi fosse stata un'istanza di parte. Più di recente, essa si ritrova in S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, cit., pp. 52 ss. e 88 ss., che, non differenziando potere di avvio e pretesa a fronte di un obbligo di avvio, ritiene estendibile, quantomeno in via generale, (talune del)le norme relative ai procedimenti ad istanza di parte a quelli d'ufficio, nel momento in cui questi ultimi devono essere necessariamente avviati a seguito di una denuncia del privato (con la stessa rimodulazione, in tal senso, del concetto di istanza, riferita a tutte le ipotesi in cui si faccia valere una posizione qualificata che miri all'ampliamento della propria sfera giuridica).

32 Nello specifico, quindi, sotto il profilo soggettivo, si dovrebbero ritenere fattualmente integrati i requisiti in tal senso richiesti da una specifica previsione normativa che disciplina la possibilità di denuncia o di sollecito; o comunque quei requisiti idonei a definire soggettivamente la situazione di interesse legittimo (per una ricostruzione della questione, si rimanda a *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022 (rist. 2025), pp. 47 ss.), quali rappresentativi del rilievo del relativo interesse. Tale evenienza *non si ravvisa, va tuttavia specificato, in relazione all'esercizio del potere di secondo grado*, non potendo rivolgersi, l'interesse ad essa sotteso, alla disponibilità della relativa funzione: cfr. di seguito, alla n. 34.

La posizione appena descritta si pone, adeguandola ai termini della ricostruzione da noi proposta, in continuità con quella di chi ritiene che la denuncia sia qualificata in tutti quei casi in cui, a fronte di un potere d'ufficio, siano ravvisabili (invero, in varie e differenti declinazioni) i presupposti indicati: cfr. in proposito A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa*, cit., p. 157 ss.; L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, cit., p. 943 ss.; N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 57 ss., p. 58, n. 87; F. Follieri, *Il silenzio*, cit., p. 157 ss. Differente, invece, quella posizione, più restrittiva, che fa riferimento ai soli casi normativamente previsti: si veda ad es. L. De Lucia, *Denunce qualificate*, cit., p. 719, di cui cfr. tuttavia anche quanto detto in Id., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, cit., p. 144 ss., p. 152.

la non manifesta infondatezza della domanda di cui si richiede l'auto-proposizione, secondo quanto già considerato[33].

La posizione rappresentata implica che non possa, invece, la protezione dell'interesse all'avvio, ritenersi generalizzata, e quindi implicare un necessario obbligo della P.A. di avviare il procedimento su richiesta del privato, anche al solo fine di manifestare l'evidente insussistenza dei presupposti dell'azione.

Tale considerazione si ricollega, da ultimo, alla problematica che ha interessato l'introduzione della previsione, già richiamata, relativa al provvedimento in forma semplificata, da parte della l. n. 190/2012, che ha modificato in tal senso l'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990. In particolare, una volta stabilito che, in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, l'Amministrazione possa concludere il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, si è sollevata la questione se ciò non avesse comportato un obbligo, per l'autorità procedente, di rispondere a qualsiasi sollecitazione/denuncia proposta da un privato.

La risposta al quesito descritto non può che essere negativa. In disparte, infatti, la posizione che si assume in ordine all'equivalenza o meno tra denunce qualificate e istanze in senso proprio (da noi negata, come visto), l'obbligo di provvedere si può comunque ritenere sussistente soltanto se un procedimento sia stato effettivamente avviato. La norma non muta, invece, le ipotesi in cui sussiste una pretesa del privato a che la P.A. avvii il procedimento, cosicché, sotto tale profilo,

33 Sotto il profilo oggettivo, dunque, devono sussistere i presupposti idonei a consentire di ottenere una pronuncia di merito, e vi devono essere elementi idonei a rilevare in ordine alla possibile considerazione della situazione di potere, quali rappresentati nella sollecitazione: ciò in quanto, come si è poco sopra spiegato, non potrebbe sussistere un obbligo di avviare un procedimento qualora si sia già rilevato, nella fase pre-procedimentale, che il procedimento stesso si debba concludere con una decisione di inammissibilità o di manifesta infondatezza (sono considerati, quindi, sotto tale profilo, anche gli elementi riferibili all'azione relativamente astratta, oltre il requisito della non manifesta infondatezza). In quest'ultima evenienza, va aggiunto, non si ravvisa l'obbligo dell'Amministrazione di rappresentare in un atto espresso la scelta di non procedere all'avvio del procedimento, neppure se detto avvio è stato sollecitato, in via qualificata, dal soggetto che si afferma essere titolare di una pretesa in tal senso, non risultando, quest'ultimo, anche titolare della pretesa ad una decisione espressa sull'avvio del procedimento: sul punto cfr. subito di seguito, nel testo.

la situazione risulta invariata rispetto allo scenario precedente[34].

Neppure si può poi ritenere, sotto altro e diverso profilo, che sussista comunque un obbligo di rispondere, nel medesimo senso, per rappresentare il mancato avvio.

Ci si è cioè chiesti, anche in tal caso soprattutto a seguito dell'introduzione della previsione relativa al provvedimento in forma semplificata, se sia configurabile quantomeno un obbligo, per l'autorità procedente, di rispondere a qualsiasi sollecitazione/denuncia proposta da un privato, non, nel senso anzidetto, attra-

---

34 Nel medesimo senso di quanto appena esposto, pur, come visto, nelle loro differenti ricostruzioni, S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 109 ss.; N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 113 ss.; Id., *Considerazioni critiche*, cit., p. 2676 ss., ed ivi anche le critiche a quella giurisprudenza che ha seguito l'impostazione contraria; allo stesso modo anche N. Paolantonio, *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza della motivazione*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, 2017, p. 1993 ss.; A. Tigano, *Il "provvedimento semplificato" fra accelerazione del procedimento e obbligo di corrispondenza fra chiesto e pronunciato*, *ivi*, p. 2701 ss.

La tesi della generalizzazione della rilevanza, rispetto al singolo, della doverosità di provvedere, parte invece solitamente, quali condizioni che meglio si prestano al suo accoglimento, dal presupposto di una considerazione unitaria dell'obbligo di provvedere, o, comunque, da quello della riunione, in un sintetico obbligo di provvedere, dell'obbligo di avviare il procedimento e l'obbligo di adottare un atto espresso, unita alla considerazione per cui l'avvio del procedimento in senso proprio sarebbe comunque effettuato dalla P.A., anche nei procedimenti ad istanza di parte (condizione, quest'ultima, che isolatamente considerata non sarebbe dirimente: si veda la posizione, richiamata *supra*, n. 31, di S. Vernile, la quale, come visto, ritiene che l'istanza – dall'A. intesa in senso ampio, secondo quanto pure detto – determini soltanto un obbligo di avviare il procedimento, al pari di quanto avviene con le denunce qualificate nei procedimenti d'ufficio, ma non reputa poi, sotto il diverso profilo che qui interessa, che detto obbligo sia stato generalizzato; anche A. Tigano, assumendo che sia la P.A. a dover avviare il procedimento su istanza, e non l'istanza stessa ad avviarlo direttamente, non ritiene comunque generalizzato l'obbligo di avvio, ma solo quello di rispondere in caso di mancato avvio). Nel senso proprio dell'impostazione ora in esame, da noi non condivisa, si veda M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione*, cit., pp. 114 ss. e 129 ss., il quale, prima della riforma dell'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, auspicava una generalizzazione della posizione di pretesa del privato rispetto all'obbligo di provvedere dell'Amministrazione (espressamente definito quale sintesi dei due obblighi procedurali di avviare il procedimento, e, una volta avviato, di concluderlo), a fronte del quale ipotizzava la possibilità di pronunce in forma semplificata per le ipotesi di domande (termine anch'esso espressamente utilizzato in chiave generica, quale ricomprensivo di istanze e denunce) manifestamente inammissibili o manifestamente infondate; in maniera similare, dopo la riforma, F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, p. 165 ss., che nella sostanza fa riferimento ad una concezione unitaria dell'obbligo di provvedere.

verso l'avvio in ogni caso del procedimento, quanto, piuttosto, rappresentando espressamente la decisione del mancato avvio.

Anche rispetto a tale possibilità, si deve però rispondere in senso negativo. Non si ravvisa, cioè, l'obbligo dell'Amministrazione di rappresentare in un atto espresso la scelta di non procedere all'avvio del procedimento, neppure se detto avvio è stato sollecitato, in via qualificata, dal soggetto che si afferma essere titolare di una pretesa in tal senso: quest'ultimo, infatti, non risulta anche titolare della pretesa ad una decisione espressa sull'avvio del procedimento; situazione che apparterrebbe ad un ordine afferente ad un ulteriore livello procedurale, di cui non vi è alcun riscontro normativo[35].

La situazione di pretesa all'avvio del procedimento, rispetto ad un obbligo della P.A. di avviare un procedimento (necessariamente) officioso, sussiste, dunque, soltanto nei termini indicati.

In particolare, la questione dell'estensione della pretesa ad una risposta della P.A. a fronte del nuovo testo dell'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, ha interessato i poteri di secondo grado, rispetto ai quali, tradizionalmente, la giurisprudenza non ravvisa una pretesa del privato al riesame della decisione originaria. Ebbene, non può dirsi che, a fronte della modifica intervenuta in ordine all'art. 2, l. n. 241/1990, sia stata generalizzata una pretesa all'avvio del procedimento avente ad oggetto detti poteri, atteso che, in tale ipotesi, alla protezione diretta all'avvio si oppone la specifica qualifica della funzione come di secondo grado. Questa, infatti, in uno con il/i potere/i che in essa trova/no esplicazione, assume un particolare rilievo rispetto alla funzione di primo grado (sul punto, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, II-2, cit., pp. 460 ss.; *Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado*, in *Federalismi*, 2025, 19, pp. 1 ss., ed ivi spec. Pp. 35 ss.), per cui, in via generale, si deve ritenere che, se la stessa non è attivabile su ricorso, non può considerarsi neppure nella disponibilità dell'interessato, anche soltanto rispetto al suo esercizio. La situazione giuridica a rilievo sostanziale degli interessati continua, quindi, a dover necessitare, quantomeno in via generale, dell'effettivo avvio da parte della P.A. del relativo procedimento. Nel caso vi sia una sollecitazione in tal senso, di conseguenza, questa rimane non qualificata.

35 In senso contrario, nel senso, cioè, della necessità di rispondere del mancato avvio del procedimento, si è posto invece L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo*, cit., p. 145, il quale, ad ogni modo, scriveva prima dell'introduzione della previsione relativa al procedimento in forma semplificata. Allo stesso modo, dopo la riforma, si esprime A. Tigano, *Il "provvedimento semplificato"*, cit., p. 2701 ss., che configura in proposito un obbligo di rispondere, con riferimento, peraltro, alle istanze manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate, in ragione del fatto che l'A., come già accennato alla nota precedente, reputa l'istanza idonea non ad avviare il procedimento, ma ad obbligare l'Amministrazione ad avviarlo.

L'esercizio della pretesa all'avvio, a sua volta, avviene poi, in via generale, attraverso la presentazione dell'atto di denuncia o sollecito, con cui si rappresentano i fatti rilevanti ai fini dell'avvio, qualora l'Amministrazione non ne abbia già avuto conoscenza, e di una correlata diffida, che rende esigibile nei propri confronti l'obbligo di avvio della P.A. Quest'ultima, ravvisandone i corrispondenti presupposti, è dunque tenuta a procedere nel senso rappresentato.

4. Precisazioni su istituti collegati

L'esercizio del potere di avvio determina, come detto, quale situazione effettuale, l'instaurazione del rapporto procedimentale, e, con esso, l'obbligo decisorio dell'autorità procedente, e la correlata pretesa in capo al soggetto interessato, insieme alle situazioni procedurali strumentali all'accertamento.

L'obbligo decisorio che deriva dall'avvio del procedimento, come ricordato, può venire in rilievo quale obbligo di carattere assolutamente astratto, relativamente astratto oppure concreto[36].

L'obbligo di carattere procedurale concreto è quello rivolto allo specifico provvedimento di produzione/non produzione dell'effetto, che assume rilievo sostanziale. Secondo una ricostruzione che si è avuto modo ampiante di esporre in altra sede, esso rappresenterebbe la situazione giuridica sostanziale a fronte della quale si può porre la situazione di pretesa, altrettanto sostanziale, del privato, con cui si andrebbe ad identificare, sotto questo profilo, l'interesse legittimo. In questo senso, il rilievo sostanziale del rapporto non fa venir meno, in ragione della struttura processuale della funzione amministrativa, il suo carattere procedurale: la situazione sostanziale del privato corrisponde, dunque, ad un'azione concreta di carattere procedimentale, con quanto da ciò consegue, su cui nella presente trattazione non ci si può soffermare[37].

---

36 Per la tripartizione nel senso descritto degli obblighi decisori, ancorché non espressa con la medesima terminologia, si veda peraltro già A. Meloncelli, *L'iniziativa amministrativa*, cit., p. 211 ss., riportato *supra*, par. 2, n. 17, all'interno dell'esplicita considerazione in chiave processuale del procedimento amministrativo.

37 Sul punto, cfr. ampiamente *Potere e situazioni soggettive,* I-II, cit., *passim*. Per una sintesi, si veda anche, *Potere e situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in A. Carbone (a cura di), *Potere e diritto amministrativo*, Pisa, 2026, pp. 3 ss.

Le altre due categorie appartengono, invece, al novero delle situazioni a carattere prettamente procedurale[38].

L'obbligo di carattere assolutamente astratto è quello rivolto all'adozione di un atto che concluda il procedimento. Esso viene individuato con riferimento all'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, che stabilisce, sia per i procedimenti d'ufficio sia per quelli ad istanza di parte, l'obbligo della P.A. di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Corrispondentemente, per entrambe le ipotesi, assume rilievo la posizione del soggetto a cui l'ordinamento riconosce protezione rispetto alla doverosità di detto comportamento, la quale, come tale, ha la consistenza di una pretesa alla conclusione del procedimento con un atto espresso, quale strumentale alla rappresentazione della decisione che scaturisce dall'accertamento.

L'obbligo decisorio di carattere assolutamente astratto corrisponde, dunque, all'effetto minimo in ordine alla decisione, cioè quello della manifestazione di una decisione, quale essa sia, di rito o di merito. In particolare, la considerazione, nell'ambito del procedimento, della sussistenza dell'obbligo di adozione di un atto, consegue, ai sensi dell'art. 2, l. n. 241/1990, dallo stesso avvio del procedimento: come tale, essa è assorbita, nei procedimenti officiosi, dall'atto di esercizio del potere di avvio, che segue la fase pre-procedimentale; mentre, nei procedimenti ad istanza di parte, si sostanzia nella verifica dell'effettiva proposizione di un atto qualificabile come istanza, i cui presupposti sono stati precedentemente individuati (in disparte la relativa ammissibilità, procedibilità, ecc., profili che attengono al piano *relativamente* astratto).

L'obbligo di carattere relativamente astratto è, invece, quello avente ad oggetto l'adozione di una decisione di merito in ordine alla/e situazione/i giuridica/he di potere oggetto del procedimento[39]. L'obbligo decisorio di caratte-

38 Su cui *Potere*, II-2, cit., pp. 312 ss.

39 Il piano relativamente astratto, che scaturisce dall'esercizio del potere di azione/avvio, è quello, dunque, riferibile alla tipologia di rapporto che si ascrive all'azione giurisdizionale per come comunemente considerata. Come è noto, l'azione in senso relativamente astratto assume sempre rilievo nel processo giurisdizionale,; l'azione concreta, invece, può venire in rilievo mancando la configurabilità di una situazione sostanziale da porre ad oggetto del giudizio costitutivo; minore possibilità di rilevanza ha, invece, in quell'ambito, l'azione assolutamente astratta, riguardata solo a fini generali e per il suo rilievo costituzionale, di accesso alla tutela (sul punto, si veda ancora *Potere*,

re relativamente astratto descrive, in altri termini, la condizione in cui risulta normativamente consentito, e doveroso, al soggetto a cui è astrattamente attribuita la capacità di definizione in ordine alla/e determinata/e situazione/i di potere che viene/vengono in questione, di adottare un provvedimento che contenga un accertamento nel merito su detta/e situazione/i. In tali casi, si prende quindi in considerazione la possibilità che, pur sussistendo l'astratta attribuzione del potere, e, conseguentemente, l'astratta idoneità a definire la situazione giuridica di potere al fine di produrre il relativo effetto, non sia comunque consentito all'Amministrazione, nel caso di specie, di procedere in concreto a detta definizione.

La considerazione dell'obbligo in questione, va evidenziato, è risultata tradizionalmente assorbita, da un lato, dalla dimensione relativa all'obbligo assolutamente astratto di conclusione del procedimento[40], e, dall'altro, da quella concernente l'obbligo a rilievo sostanziale, di produzione del particolare effetto corrispondente all'integrazione, in concreto, della fattispecie della relativa situazione. Il piano relativamente astratto, per come riferito alla possibilità di ottenere una decisione di merito, ha, in effetti, potuto acquisire una più specifica considerazione solo più di recente, in ragione appunto della piena processualizzazione, quantomeno su un piano strutturale generale, dell'azione amministrativa. In tale pro-

---

I, cit., pp. 94 ss. e 121 ss.). Nell'ambito del modello procedurale amministrativo, invece, in disparte il piano riferibile alla situazione di carattere concreto, di cui si è detto, per quanto concerne il piano procedurale astratto lo scenario risulta essenzialmente invertito: la situazione che ha assunto tradizionalmente rilievo è stata quella di carattere assolutamente astratto, per l'incertezza che si è riscontrata in ordine all'obbligo di provvedere dell'Amministrazione sino alla compiuta processualizzazione della sua azione. Sul punto si veda quanto si dirà di seguito, nel testo e alla nota successiva.

40 Sul punto, va in effetti evidenziato come la tradizionale centralità, nell'ambito del procedimento amministrativo, conferita alla questione attinente alla doverosità dell'azione in senso assolutamente astratto, abbia determinato, tendenzialmente, l'ascrizione a sé anche delle ipotesi afferenti all'ottenibilità di una decisione di merito. Nello scenario descritto, i casi di inammissibilità erano stati accomunati, essenzialmente, alle ipotesi di esclusione dell'idoneità dell'istanza ad avviare il procedimento, o comunque dell'obbligo di provvedere (lo si è visto *supra*, par. 3.1). Rispetto a tale inquadramento, che assorbe il piano relativamente astratto in quello assolutamente astratto, può dirsi, in via generale, che è ipoteticamente possibile un sistema, in sé considerato, ove le condizioni per la pronuncia di una qualsiasi decisione coincidano con le condizioni di ammissibilità di una decisione di merito (cfr., in questo senso, con riferimento al processo giurisdizionale, C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, p. 226 ss.); tuttavia, a nostro avviso, la prospettiva in questione parrebbe tradire una minor compiutezza strutturale del relativo modello processuale.

spettiva, esso, in particolare, ha assunto rilievo attraverso la previsione della possibilità, per l'Amministrazione, di concludere il procedimento con un provvedimento in forma semplificata nelle ipotesi di manifesta irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità della domanda, contemplate, a tal fine, accanto ai casi di manifesta infondatezza della stessa (art. 2, co. 1, seconda parte, l. n. 241/1990, nell'inciso introdotto dalla l. n. 190/2012).

Tanto precisato in via generale, sono possibili, a nostro avviso, alcune precisazioni, che assumono rilievo in ordine al potere di avvio del procedimento e della domanda procedimentale, oggetto della presente trattazione.

4.1 *(segue)* L'obbligo di concludere il procedimento

La situazione giuridica del potere di avvio determina, con il suo esercizio, la costituzione del rapporto procedurale, nei differenti piani in cui esso può rilevare. Il suo mancato esercizio, in questa prospettiva, può rappresentare un comportamento procedurale corrispondente ad un inadempimento rispetto a chi risulti titolare di una situazione di pretesa all'avvio del procedimento.

La tutela rispetto a tale violazione si pone, però, in termini peculiari.

In proposito, va infatti ricordato come, a norma dell'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a., il giudice possa conoscere soltanto di un potere amministrativo esercitato. In questo senso si esprime la specificazione dell'individuazione dell'ambito delle controversie di diritto pubblico, per come considerato dall'art. 7 c.p.a. nell'esercizio, o nel mancato esercizio corrispondente ad un inadempimento, di un potere amministrativo.

Il riferimento è, dunque, ad una funzione espletata, o ad un inadempimento in ordine ad essa, che fa accedere alla medesima considerazione, ai fini della tutela, del potere esercitato[41]. Su queste basi, la considerazione dell'inadempi-

41 La nozione accolta di 'potere esercitato' è infatti, da parte nostra, quella per cui l'esercizio del potere è rimesso al piano strutturale della funzione, cosicché si deve fare riferimento ad un'azione amministrativa giunta a compimento, attraverso l'adozione di un provvedimento, ovvero per il decorso infruttuoso del termine per provvedere. Non è invece conferente il riferimento ad altri requisiti, quali l'esercizio dell'azione amministrativa da parte dell'obbligo competente, oppure l'esaurimento della discrezionalità da parte dell'Amministrazione (quest'ultimo, in particolare, concernente la prescrizione, differente nei caratteri e nelle conseguenze, di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a.). Sulla questione, cfr. ampiamente *Potere*, I, cit., pp. 328 ss., ed ivi i relativi riferimenti.

mento, in ordine alla doverosità dell'espletamento della funzione, comporta quindi, anche nell'ipotesi che si sta ora esaminando, che si debba assumere un'equiparazione, sul piano della tutela, in senso corrispondente

Ne deriva che sia la mancata conclusione del procedimento, sia il suo mancato avvio, devono essere trattate allo stesso modo, come se il procedimento fosse stato avviato ma non concluso. Nell'attuale quadro processuale non è infatti ravvisabile un rimedio apposito laddove l'Amministrazione non avvii il procedimento, laddove, cioè, violi il relativo obbligo, venendo ricondotta, tale violazione alla tutela del conseguente obbligo di provvedere[42].

Nel senso descritto, si comprendono le ragioni per cui la normativa codicistica ha previsto, all'art. 31, co. 1, la possibilità di usufruire del ricorso avverso il silenzio anche nell'ipotesi di violazione dell'obbligo di avvio, ragionevolmente ricompreso negli "*altri casi previsti dalla legge*", che la disposizione in questione accomuna all'infruttuoso decorso dei termini per la conclusione del procedimento amministrativo[43]. In tale prospettiva, la tutela giurisdizionale farebbe infatti riferimento, nelle due ipotesi, alla medesima azione, per i motivi spiegati, consen-

42 In questo scenario, si pone, quindi, come importante conseguenza, la possibilità di considerare una violazione della pretesa alla produzione della situazione effettuale anche in mancanza di avvio del procedimento: è evidente infatti che se il procedimento non avviato accede, sotto il profilo della tutela, alla considerazione di una funzione espletata, in ragione dell'inadempimento in ordine ad essa, allora il mancato avvio, che costituisca un inadempimento all'obbligo di procedere, risulta, a tali fini, equivalente all'avvio del procedimento nella considerazione della situazione giuridica concernente la doverosità della funzione e della relativa lesione, corrispondente, sotto il profilo procedurale, alla mancata conclusione dell'azione amministrativa (nonché, eventualmente, alla mancata adozione di una decisione di merito/di rito), e, sotto il profilo sostanziale, alla mancata adozione della misura dovuta; con le implicazioni che da ciò scaturiscono.

43 In particolare, l'art. 31, co. 1, c.p.a. è stato in questo senso modificato dal d.lgs. n. 195 del 15 novembre 2011, c.d. Primo correttivo al Codice, inserendo la possibilità di esperire ricorso avverso il silenzio, secondo quanto riportato nel testo, anche "*negli altri casi previsti dalla legge*", ulteriori rispetto all'ipotesi di decorso infruttuoso del termine di conclusione del provvedimento. In questo modo, la previsione in questione avrebbe consentito di usufruire del ricorso avverso il silenzio anche nell'ipotesi di inadempimento all'obbligo di avvio del procedimento. Nell'inciso relativo agli altri casi previsti dalla legge può, infatti, per i motivi spiegati, considerarsi inclusa l'ipotesi di violazione dell'obbligo di avvio del procedimento, la quale, a sua volta, può essere fatta valere sia con riferimento a un termine espresso per provvedere (altro, si intende, rispetto a quello di conclusione del procedimento), sia, in mancanza, attraverso una previa diffida che renda esigibile nei confronti del soggetto l'obbligo in questione, secondo quanto specificato di seguito, nel testo.

tendo così di usufruire del rimedio in esame anche nell'ipotesi di inadempimento all'obbligo di avvio del procedimento.

Nello specifico, nell'evenienza in esame, essa verrebbe ad articolarsi nelle seguenti modalità[44]. Si deve in primo luogo ritenere che, laddove sia previsto un termine determinato entro il quale adottare l'atto, non ricollegato all'avvio del procedimento, il decorso infruttuoso del termine può ritenersi *ex se* idoneo a determinare la possibilità di adire il giudice[45]. Qualora non si sia al cospetto di una previsione di analogo tenore, risulterebbe invece necessaria una diffida a provvedere: nello specifico, sarebbe tuttora vigente, limitatamente a tale ipotesi, la regola che la giurisprudenza aveva ritenuto applicabile per la formazione del silenzio-inadempimento, la quale fa riferimento all'art. 25, T.U. impiegati civili dello Stato del 1957, per come disciplinante la diffida a provvedere nel termine non inferiore a trenta giorni[46]. La diffida, a sua volta, può non solo seguire, ma anche coincidere materialmente con la denuncia/sollecito qualificato ad avviare il procedimento, con l'atto, quindi, in cui vengono rappresentati gli elementi rilevanti in ordine alla necessità della relativa azione amministrativa[47]. Decorsi i trenta giorni, o l'Amministrazione ha avviato il procedimento (ed è iniziato conseguentemente a decorrere il relativo termine di conclusione), oppure risulterà inadempiente.

---

44 In generale, sulla questione della tutela a fronte del mancato avvio del procedimento, si vedano, tra gli altri, nelle varie posizioni, L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, cit., p. 942 ss.; N. Posteraro, *Denunce manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 107 ss.; F. Follieri, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, cit., p. 215 ss.; V. Lopilato, *Ricorsi avverso il silenzio*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2010, pp. 942-943; Id., *Art. 117*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, p. 1130; A. Calegari, *Art. 31*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, pp. 344-345; ivi anche i relativi riferimenti giurisprudenziali.

45 Cfr. ad es. Cons. St., sez. V, n. 6002 del 27 novembre 2012, con la nostra nota *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 864 ss., ove la normativa considerata doveva essere interpretata, a detta del giudice amministrativo, nel senso di prescrivere uno specifico vincolo temporale per lo svolgimento delle elezioni regionali.

46 Si veda Cons. St., ad. plen., n. 10 del 10 marzo 1978, in *Cons. St.*, 1978, I, p. 335 ss., che, all'epoca, aveva ritenuto applicabile tale regola in via generale, per la formazione del silenzio-inadempimento. Sul punto, si veda L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, cit., p. 947.

47 Su cui cfr. *supra*, par. 3.2.

Nei termini descritti, dunque, in mancanza di un termine espresso per provvedere (altro, si intende, rispetto a quello di conclusione del procedimento, che ovviamente non viene in questione), il titolare di una pretesa all'avvio, per rendere esigibile nei propri confronti il relativo obbligo, deve presentare apposita diffida a procedere entro un termine di trenta giorni, a cui può essere deputata la stessa denuncia o sollecito con cui si rappresentano i fatti rilevanti all'avvio dell'azione amministrativa, qualora la P.A. non ne abbia già avuto conoscenza. L'Amministrazione, se risultano sussistenti le relative condizioni, deve avviare il procedimento. In mancanza, essa risulterà inadempiente, ed il privato potrà usufruire del ricorso avverso il silenzio, sia con riferimento all'obbligo astratto di concludere il procedimento (art. 31, co 1, c.p.a.), sia con riferimento all'obbligo concreto di adottare il provvedimento favorevole, per come correlato, quindi, alla pretesa sostanziale del privato (artt. 31, co. 3, e 34, lett. c), c.p.a.): ciò appunto in ragione della necessaria equiparazione, ai fini della tutela, ad una funzione esercitata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a., secondo quanto spiegato.

4.2 *(segue)* Il provvedimento in forma semplificata

Una specificazione va poi effettuata in ordine al rapporto tra provvedimento in forma semplificata e obbligo di avvio del procedimento.

Come si è già ricordato, infatti, la l. n. 190 del 6 novembre 2012 ha modificato l'art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, stabilendo che la P.A., se ravvisa la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, può concludere il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo[48]. Tale previsione ha così individuato,

48 Su tale istituto, cfr., tra gli altri, S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, cit., p. 11 ss.; N. Posteraro, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della P.A.*, cit., p. 1345 ss.; Id., *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, cit., p. 2676 ss.; Id., *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 113 ss.; F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo*, cit., p. 165 ss.; N. Paolantonio, *Il provvedimento in forma semplificata*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 301 ss.; Id., *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza della motivazione*, cit., p. 1991 ss.; A. Tigano, *Il "provvedimento semplificato"*, cit., p. 2697 ss.; precedentemente alla riforma, si vedano le considerazioni di M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del*

sulla falsariga della sentenza in forma semplificata, il provvedimento amministrativo in forma semplificata, il quale, nel riferirsi direttamente alle ipotesi di irricevibilità, inammissibilità e improcedibilità della domanda, ha comportato la necessità di un loro specifico inquadramento, e della razionalizzazione dell'utilizzo in precedenza effettuato, in particolar modo dalla giurisprudenza, in ordine ad esse, sugli esiti del procedimento. Si è assistito, quindi, lo si è detto, ad una conseguente maggiore consapevolezza, all'interno della realtà procedimentale, di una dimensione procedurale relativamente astratta.

Il nuovo istituto ha portato con sé anche una serie di problematiche ulteriori. Si è già visto, infatti, come sia stata prospettata, in varie declinazioni, una generalizzazione dell'obbligo di avvio, o quantomeno di rispondere in ordine alla mancanza dei presupposti per l'avvio, da parte dell'Amministrazione, in ragione appunto dell'introduzione dell'istituto in questione.

La questione è stata però da noi risolta in senso negativo. La previsione in esame, si è detto, non ha portato ad un generale obbligo di avviare, e come conseguenza di concludere, il procedimento. Peraltro, nei procedimenti ad istanza di parte, rispetto ai quali la previsione in esame assume precipuamente applicabilità[49], l'obbligo di avvio, in sé, neppure verrebbe in conto, avviandosi direttamente il procedimento con la presentazione dell'istanza, come spiegato.

L'inciso introdotto all'art. 2, l. n. 241/1990, ha reso possibile, piuttosto, una risposta in forma semplificata per le ipotesi menzionate, al limite implicando un maggior rigore nell'individuazione delle istanze esistenti come tali ma manifestamente irricevibili/inammissibili/infondate; inglobando, così, ipotesi rispetto alle quali, in precedenza, si tendeva a negare la configurabilità di un'istanza, idonea ad avviare il procedimento, o comunque un obbligo di provvedere[50].

Si precisa peraltro, per inciso, come il provvedimento in forma semplificata, ancorché abbia portato ad un'emersione di tale profilo, facendo esplicito riferimento ai suoi presupposti, non si ponga però, in sé considerato, in diretta correlazione all'obbligo procedurale relativamente astratto, nel senso di una loro biunivoca corrispondenza. Esso non si presenta, cioè, in sé direttamente collegato ai ca-

---

procedimento, cit., p. 103 ss.

49 Si veda quanto spiegato *supra*, par. 3.2, n. 29.

50 Cfr. *supra*, parr. 3.2 e 4, nel testo e alla n. 40.

si di mancanza di una decisione sul merito: da un lato, infatti, la relativa previsione contempla solo le ipotesi in cui l'irricevibilità, l'inammissibilità o l'improcedibilità sia manifesta; dall'altro, il provvedimento semplificato può essere adottato per il rigetto della questione di merito, laddove la sua infondatezza, concernente la doverosità della produzione dell'effetto e la correlata pretesa, sia anch'essa manifesta[51].

Neppure poi, sotto altro e diverso aspetto, potrebbe ritenersi che la relativa previsione abbia introdotto una (differente) dimensione procedurale afferente ad una pretesa ad un provvedimento in forma non semplificata (un grado di astrattezza/concretezza della domanda procedimentale corrispondente alla mancanza dei requisiti per la sua adozione, in altri termini). Quest'ultimo, infatti, al pari di quanto avviene in ambito giurisdizionale per la sentenza in forma semplificata, non si caratterizza per una differente struttura della funzione, ma solo per una più semplice strutturazione della manifestazione della decisione stessa[52].

---

51 Non vi è, quindi, un'equivalenza tra situazione giuridica relativamente astratta e oggetto del provvedimento in forma semplificata. Come detto nel testo, infatti, da un lato, l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'improcedibilità ben possono essere oggetto di un provvedimento in forma ordinaria, se non manifeste; dall'altro, oggetto del provvedimento in forma semplificata può essere anche una questione di merito, e quindi la doverosità dell'esercizio della situazione giuridica di potere sostanziale, se la questione attiene al rigetto della domanda e la sua soluzione è manifesta.

52 Si vuole dire, cioè, che, in sé considerato, il provvedimento in forma semplificata è solo una tecnica di redazione dell'atto, ma non deroga alla struttura della funzione amministrativa, per come definita dal relativo modello procedurale. Sussiste, è vero, una più agevole definizione del procedimento, ma questa è determinata soltanto dalla circostanza che le fasi procedimentali interessate, con riferimento alla declaratoria oggetto del provvedimento in forma semplificata, sono essenzialmente quelle iniziali; non vi è, quindi, una semplificazione in senso proprio della funzione. Allo stesso modo, non muta neppure l'oggetto dell'accertamento, né gli effetti del provvedimento stesso; è solo possibile limitare la motivazione del provvedimento, secondo quanto stabilito dallo stesso art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, ad un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo. In questo senso, non si condivide, quindi, la posizione di S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 213 ss., che auspica, quale correlazione funzionale alla previsione di un provvedimento in forma semplificata, l'introduzione legislativa della disciplina di un procedimento in forma semplificata (al fine di non ricavarla, come pure non si esclude, attraverso l'applicazione di una disposizione che renderebbe fisiologiche le mancanze della disciplina ordinaria che dovrebbero invece rilevare come patologiche, cioè l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, per la non annullabilità dell'atto per vizi formali e procedurali che non hanno influito sulla decisione). Si aderisce, invece, alle obiezioni in tal senso formulate da N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili*, cit., p. 186 ss. Non può allora,

Il rilievo del provvedimento in forma semplificata rimane, dunque, nei termini rappresentati. Esso non incide sulla consistenza o sull'estensione dell'obbligo di avvio del procedimento, né si pone in diretta correlazione rispetto al profilo inerente all'obbligo (relativamente) astratto dell'adozione di una decisione di merito, e neppure crea altra dimensione procedurale semi-astratta. Assume invece considerazione in senso funzionale all'emersione dei profili (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità) all'obbligo relativamente astratto inerenti.

---

conseguentemente, neppure ritenersi che il provvedimento in forma 'ordinaria' e la relativa, assunta come differente, struttura della funzione, possa essere oggetto di una specifica situazione di pretesa procedurale, tutelabile, in quanto tale, davanti al giudice in caso di lesione (così, invece, S. Vernile, *op. ult. cit.*, p. 283 ss., che reputa estendibile, a tale scopo, il ricorso avverso il silenzio, quale rimedio volto alla condanna a provvedere in maniera 'ordinaria').

Il medesimo inquadramento del provvedimento in forma semplificata si ravvisa, del resto, come indicato nel testo, anche per la sentenza in forma semplificata, prevista dall'art. 74 c.p.a., che stabilisce che "*nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme*". Come è stato correttamente evidenziato, infatti, essa, in sé considerata (quindi, al di là della sua correlazione a particolari riti processuali), definisce comunque, nonostante la redazione in forma semplificata nella motivazione, un giudizio a cognizione piena, non sussistendo reciproca interdipendenza tra la semplificazione della motivazione e la sommarietà della cognizione (non a caso, la possibilità di non integrare il contraddittorio in ragione della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 74 c.p.a., prevista dall'art. 49, co. 2, c.p.a., non è ammessa, dalla medesima norma da ultimo richiamata, per l'ipotesi di manifesta fondatezza della domanda). Si tratta soltanto, quindi, di una tecnica di redazione della sentenza, che pur si fonda, nel riferimento ad un sintetico punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme, al pari di quanto detto per il provvedimento in forma semplificata, su un'implicita autorizzazione all'assorbimento di questioni; non per questo, tuttavia, essa influisce sulle modalità dell'accertamento, sull'estensione dell'oggetto di quest'ultimo, e sugli effetti del provvedimento giudiziario. Alla luce di tali considerazioni, coerentemente non si ritiene che la forma semplificata della sentenza possa costituire, in sé, laddove adottata in assenza dei relativi presupposti, un vizio invalidante della sentenza, riferibile ad una situazione procedurale la cui lesione possa essere fatta valere in appello. Nel senso descritto, nelle varie declinazioni, si vedano N. Posteraro, *Art. 74*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, cit., p. 647 ss., p. 649-651; F. Vetrò, *Art. 74*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 720 ss.; A. Police, *Le decisioni in forma semplificata*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XLII, G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, p. 541 ss., p. 547; A. Clini, *La forma semplificata della sentenza nel "giusto" processo amministrativo*, Padova, 2009, p. 7 ss., pp. 48-49;

4.3 *(segue)* L'integrazione del silenzio-assenso

Si è visto come l'idoneità dell'istanza ad avviare il procedimento comporti la sua idoneità alla produzione dei (diversi) effetti a detto avvio collegati. L'effetto riferibile all'obbligo di definizione procedimentale è, cioè, a sua volta, elemento delle fattispecie di ulteriori e differenti effetti, rispetto ai quali si deve fare riferimento all'integrazione in concreto delle relative fattispecie.

Oltre a quanto, sul punto, si è già detto sopra in via generale in ordine alle situazioni procedurali, possono venire in rilievo anche effetti di tipo differente. Viene in questione, in particolare, la modalità di integrazione del *silenzio-assenso*.

In ordine ad esso, è nota infatti la discussione in ordine ai termini della sua produzione: se sia sufficiente la presentazione dell'istanza e il decorso del relativo termine per provvedere; se l'istanza debba essere integrata dei relativi documenti; o se debbano persino sussistere in concreto tutti i requisiti a cui la normativa riconduce l'accoglimento dell'istanza in questione[53].

---

con qualche perplessità sull'esplicazione del contraddittorio, R. Montefusco, *La sentenza in forma semplifica*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, cit., p. 1137 ss.; ivi anche ulteriori riferimenti.

Si noti, del resto, come sia la stessa S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 214, a rilevare che tra sentenza in forma semplificata e giudizio a cognizione non piena non vi sia un collegamento necessario, cosicché non vi sarebbe neppure nell'ambito della realtà procedimentale amministrativa. Quello che l'A. propone, nel parallelismo tra i due modelli procedurali, è quindi, espressamente, solo una correlazione dettata da ragioni di ordine funzionale. Tali ragioni, tuttavia, per il ruolo svolto dal provvedimento (così come dalla sentenza) in forma semplificata, non ci paiono condivisibili, per i motivi rappresentati: la struttura del provvedimento, per come interessata dalla particolare declinazione che assume nella sua forma semplificata, non è, cioè, in sé, sufficiente a dettare, neppure in via funzionale, un particolare regime in ordine al modello processuale. La proposta di adeguamento normativo del procedimento ordinario al provvedimento in forma semplificata, auspicata dall'A., si risolve dunque, piuttosto, in un auspicio di creazione di un modello procedurale sommario, che verrebbe a sorreggere, esso sì, una differente struttura della funzione, determinando un differente significato, in tale evenienza, del provvedimento in forma semplificata.

53 La tradizionale problematica, che in proposito viene in questione, concerne l'alternativa in ordine all'integrazione del silenzio-assenso esclusivamente in caso di richieste effettivamente conformi ai requisiti richiesti dalla legge per l'adozione del provvedimento (cfr., sul punto, A.M. Sandulli, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. soc.*, 1982, ora in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, pp. 711-712, per cui nell'ipotesi di silenzio-assenso opererebbe l'alternativa esistenza-inesistenza; si veda tuttavia anche quanto specificato dallo stesso A., *op. ult. cit.*, pp. 712 ss., in ordine alla dipendenza dalla normativa di riferimento se la formazione dell'assenso richieda o meno la sussistenza di tutti gli elementi sostanziali necessari per

Ora, la soluzione, in generale, e salvi specifici regimi normativi che si pongano in senso differente, deve essere ricavata dal tenore e dal rilievo procedimentale che assume l'art. 20, l. n. 241/1990, nel disciplinare in via generale l'istituto in esame. Detta previsione, infatti, si inserisce in una dimensione procedurale, per cui è ad essa che deve farsi riferimento per la formazione del silenzio-assenso.

In particolare, venendo in questione un comportamento da cui la norma fa scaturire un effetto, che sostituisce quello dell'atto che avrebbe dovuto essere adottato in ragione della decisione definita nell'esplicazione della funzione, la riconduzione normativa di tale comportamento alla stessa dinamica procedimentale si pone nel senso che, perché la sostituzione possa avvenire, in capo all'Amministrazione venga quantomeno a sussistere il relativo obbligo di provvedere rispetto al quale la sostituzione avviene. Non si ravvisano, poi, sempre in via generale, disposizioni che indichino ulteriori profili da soddisfare inerenti alla proce-

---

l'adozione di un provvedimento legittimo, e alle relative conseguenze), o alla distinzione, a tal fine, tra presupposti di esistenza e requisiti di validità dei suoi effetti (in questo senso, F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, pp. 210-211; A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, p. 169 ss.).

In giurisprudenza, per la distinzione tra requisiti di formazione del silenzio-assenso e condizioni di legittimità degli effetti, Cons. St., sez. VI, n. 5746 dell'8 luglio 2022; sez. VI, n. 7012 del 21 settembre 2010; sez. V, n. 4114 del 27 giugno 2006. In senso contrario, per la necessità della sussistenza degli elementi sostanziali della relativa situazione di potere, cfr. Cons. St., sez. IV, n. 8529 del 17 dicembre 2019; sez. IV, n. 4273 del 12 luglio 2018. In generale, sulla necessità, per la formazione del silenzio-assenso, dell'allegazione della documentazione prevista dalla relativa normativa, Cons. St., sez. V, n. 2019 del 1° aprile 2011; sez. V, n. 8831 del 29 dicembre 2009.

In dottrina, in generale, oltre alle opere già citate, cfr. tra gli altri G. Morbidelli, *Il silenzio-assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, pp. 265 ss.; L. Giani, *Silenzio assenso*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, pp. 411 ss.; M. D'Orsogna, R. Lombardi, *Il silenzio assenso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 966 ss.; E. Scotti, *Il silenzio-assenso*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., p. 653 ss.; A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 99 ss.; M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalsimi.it*, 2020, 10, p. 21 ss.; F. Orso, *Contributo allo studio del silenzio-assenso*, Napoli, 2024, p. 177 ss.; L. Golisano, *Il silenzio-assenso delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2025, p. 271 ss.; ivi ulteriori e più approfonditi riferimenti.

dura o al merito della domanda[54], al contrario presupponendo, la relativa normativa, la possibilità del mancato soddisfacimento dei requisiti in questione[55].

In questi termini, poiché, dal disposto normativo, considerato nella sua sostanza processuale, l'effetto consegue al silenzio dell'Amministrazione, e questo corrisponde ad un inadempimento dell'obbligo assolutamente astratto a concludere il procedimento, né si riscontrano indicazioni ulteriori di carattere generale da altre disposizioni, deve considerarsi sufficiente, ai fini dell'integrazione del silenzio-assenzo, la *sussistenza dei requisiti dell'azione procedimentale assolutamente astrat-*

54 Va comunque evidenziato come, quanto ai requisiti procedurali, non risulti chiarissima la portata precettiva degli artt. 3 e 4, d.p.r. n. 300 del 26 aprile 1992, decreto attuativo della DIA/SCIA e del silenzio-assenso. Il co. 2 dell'art. 2 prevede infatti che la domanda deve identificare le generalità del richiedente e le caratteristiche specifiche dell'attività da svolgere; inoltre, ad essa "*deve essere allegata una dichiarazione del richiedente che indichi la sussistenza dei presupposti, ivi compreso il versamento di eventuali tasse e contributi, e dei requisiti prescritti dalla legge per lo svolgimento di quell'attività*"; quando la legge richieda particolari requisiti soggettivi, la stessa deve poi "*contenere anche i dati necessari per verificare il possesso o conseguimento dei requisiti stessi*". I successivi co. 3 e 4 specificano, a loro volta, che qualora la domanda del privato non sia regolare o completa, la P.A. "*ne dà comunicazione al richiedente entro dieci giorni, indicando le cause di irregolarità o di incompletezza*", e, in questo caso, il termine di conclusione del procedimento, relativo al silenzio-assenso, decorre dal ricevimento della domanda regolare; se tuttavia l'Amministrazione non provvede alla comunicazione, il termine decorre comunque dal ricevimento della domanda. A fronte di ciò, l'art. 4, d.p.r. n. 300/1992 afferma invece che l'atto di assenso di cui all'art. 20, co. 1, l. n. 241/1990 si considera formato quando la domanda è conforme alle disposizioni di cui al co. 2 dell'art. 3. del medesimo d.p.r.

Tale normativa ha dato luogo ad interpretazioni discordanti in ordine alla necessità o meno di una domanda completa al fine della produzione del silenzio-assenso, sia in dottrina (cfr. ad es. in senso negativo, valorizzando l'art. 3, d.p.r. n. 300/1992, M. Calabrò, *Silenzio assenso*, cit., p. 47; in senso positivo, facendo riferimento all'art. 4, L. Golisano, *Il silenzio-assenso*, cit., p. 306 ss.), sia in giurisprudenza (sulla non necessarietà di una domanda completa se l'Amministrazione ha omesso la comunicazione ai sensi del d.p.r. n. 300/1992, Cons. St., sez. II, n. 96 del 4 gennaio 2021; l'impostazione contraria, invece, fa capo non tanto ad una differente interpretazione del d.p.r. in questione, quanto piuttosto alla generale posizione che vede la necessità di tutti i requisiti sostanziai e formali per la formazione del silenzio-assenso: cfr. la nota precedente). Ora, pur non negandosi le incertezze sottese al disposto letterale delle norme richiamate, a noi pare che l'interpretazione preferibile sia quella per cui la conformità della domanda, necessaria ad integrare il silenzio-assenso, debba essere rivolta solo ai requisiti indicati che, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, individuino l'obbligo decisorio assolutamente astratto; oltre al requisito, di carattere *logico*, che concerne la specifica definizione, nei suoi termini concreti, dell'effetto richiesto (cfr. subito di seguito, nel testo). L'art. 4 va, cioè, interpretato nei termini specificati dall'art. 3, e quindi nel senso che la mancanza degli altri ulteriori requisiti, non richiesti dall'Amministrazione con apposita comunicazione, non può impedire la produzione dell'effetto richiesto in ragione del silenzio intervenuto. Opinando il contrario, del resto, si lascerebbe all'Amministrazione la

ta (salvo, lo si ripete, che per la singola ipotesi di silenzio significativo sia previsto diversamente da specifiche disposizioni di settore).

Nello specifico, si deve allora ritenere che, per l'automatica produzione dell'effetto a fronte del silenzio dell'Amministrazione, debba sussistere un'istanza identificabile come tale, riferibile ad un potere, attribuito alla P.A. destinataria, soggetto al silenzio-assenso, insieme al decorso del relativo termine[56]; debbano sussistere, cioè, i requisiti necessari per l'avvio del procedimento, a fronte di un potere astrattamente assoggettato al regime dell'automatica produzione dell'effetto, e l'inadempimento al relativo obbligo. Non è invece necessario che siano rispettati specifici requisiti di verificabilità dell'istanza, o addirittura tutti i presupposti per la valida produzione dell'effetto, che non concernono l'obbligo procedurale assolutamente astratto.

Nel senso descritto, l'unico requisito ulteriore, rispetto a quanto prospettato, è allora quello che si impone non per ragioni di diritto positivo – che, almeno nella normativa generale, si esprimono nei termini riferiti – ma per esigenze di carattere *logico*. È infatti necessario, perché il silenzio-assenso possa prodursi, che

---

possibilità di inibire la formazione del silenzio-assenso rispetto ad un'attività procedimentale, quella che del soccorso istruttorio, che, sia nello specifico in ragione del tenore della norma in esame (l'art. 3, co. 3, d.p.r., richiamato al capoverso precedente, che utilizza la forma verbale indicativa), sia a nostro avviso in via generale (si veda, sul punto, A. Carbone, *Soccorso istruttorio e procedimento amministrativo. Riflessioni di sistema*, in *Dir. amm.*, 2025, p. 226 ss.), deve qualificarsi come doverosa in capo alla stessa P.A.

55 Si vedano l'art. 8, ult. co., l. n. 94 del 25 marzo 1982, che disciplinava l'annullamento d'ufficio della concessione edilizia assentita mediante silenzio-assenso; l'art. 20, co. 3, l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 80 del 14 maggio 2005, che contempla l'applicazione dell'art. 21 *nonies*, sull'annullamento d'ufficio, al silenzio-assenso; l'abrogazione, da parte della l. n. 124 del 7 agosto 2015, del co. 2 dell'art. 21, l. n. 241/1990, di dubbia interpretazione, che stabiliva che le sanzioni previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso si applicassero anche nei riguardi di chi avesse dato inizio all'attività, ai sensi dell'art. 20, l. n. 241/1990, in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente; il co. 2 *ter* dell'art. 21, inserito dal d.lgs. n. 126 del 30 giugno 2016, che espressamente considera che la formazione del silenzio-assenso possa avvenire anche nel caso di istanza non conforme alle norme vigenti; nonché, da ultimo, il co. 8 *bis* dell'art. 2, l. n. 241/1990, aggiunto dalla l. n. 120 dell'11 settembre 2020, che prevede l'inefficacia dell'atto successivo al decorso del termine per provvedere, e il nuovo co. 2 *bis*, dell'art. 20, l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 108 del 29 luglio 2021, sulla possibilità di richiedere l'attestazione della formazione del silenzio-assenso, le quali entrambe presuppongono che il silenzio-assenso consegua al mero decorso del termine sull'istanza presentata.

56 Sui requisiti di identificabilità dell'istanza, cfr. ampiamente *supra*, par. 3.1.

l'oggetto dell'istanza, cioè l'effetto richiesto, si presenti comunque in sé concretamente definito nei suoi termini, e possibile con riferimento alla relativa realtà fattuale: mancherebbe, altrimenti, il referente contenutistico dell'effetto in questione[57-57 bis]57 bis57 bis57 bis.

5. Profili conclusivi

Si è cercato, con la presente trattazione, di analizzare un istituto, quale quello dell'avvio del procedimento, alla luce del modello proprio della struttura normativa della funzione all'interno della quale si inserisce. Tale modello, il modello, cioè, del procedimento amministrativo, assume, nei termini spiegati, carattere processuale, alla luce del quale devono ricevere considerazione gli istituti e i

---

57 In questo senso si ritiene doversi quindi interpretare anche Cons. St., sez. VI, n. 5746 dell'8 luglio 2022, la quale, pur non negando che il silenzio-assenso potesse formarsi pur in mancanza dei validi presupposti per l'adozione dell'atto corrispondente, ha fatto riferimento, per la sua integrazione, alla sussistenza dei necessari presupposti logico-normativi a cui l'istanza è rivolta.

57 bis Nelle more della pubblicazione del presente contributo è stato adottato il d.l. n. 19 del 19 febbraio 2026, PNRR 2026, che ha aggiunto all'art. 20, co. 1, l. n. 241/1990, la seguente statuizione: "*il silenzio assenso non si forma nei soli casi in cui la domanda non sia stata ricevuta dalla amministrazione competente o sia priva degli elementi indispensabili per individuare l'oggetto e le ragioni del provvedimento richiesto*".

Tale norma apporta dunque delle specificazioni in ordine alla formazione del silenzio-assenso, perfettamente in linea con quanto detto nel testo. In particolare, fermo restando quanto già spiegato in ordine all'obbligo decisorio assolutamente astratto, che deve sussistere e che coincide con l'identificabilità dell'istanza (di cui ai requisiti *supra* par. 3.1), si stabilisce quanto segue. a) La domanda deve essere ricevuta dall'Amministrazione competente: ciò deve considerarsi una mera specificazione del disposto di cui all'art. 18 *bis*, co. 2, l. n. 241/1990 – secondo cui nel caso di istanza presentata ad un ufficio diverso da quello competente, il termine per la formazione del silenzio-assenso decorre dal ricevimento dell'istanza da parte dell'ufficio competente – e non si rivolge in sé ai requisiti o al merito dell'istanza, attenendo solo alle modalità di decorso del relativo termine per il silenzio. b) Devono essere presenti gli elementi indispensabili per l'individuazione dell'oggetto del provvedimento: tale requisito concerne la necessaria individuazione dell'effetto richiesto, elemento, come già detto nel testo, comunque logicamente necessario per la formazione del silenzio-assenso. c) Devono essere presenti gli elementi indispensabili delle ragioni su cui si fonda la richiesta: qui c'è invece un'effettiva indicazione, di carattere normativo, di uno specifico requisito necessario affinché si produca l'effetto richiesto in ragione del silenzio intervenuto.

Sussistendo, quindi, un'istanza identificabile soggettivamente e oggettivamente come tale, nei termini chiariti, e decorso il termine di conclusione del procedimento, insieme con le ulteriori specificazioni ora previste dalla normativa esaminata, si forma il silenzio-assenso. A fronte di ciò, vengono, così, del tutto disattese le impostazioni che, ai fini della relativa integrazione, richiedevano, in via generale, la sussistenza dei requisiti per la fondatezza della domanda.

profili allo stesso inerente. Ne consegue che la fase di avvio deve essere ricostruita nei termini della proposizione di una domanda procedimentale in senso proprio, con le conseguenze che da ciò scaturiscono.

Ci pare che, per tale via, l'inquadramento processuale sia risultato idoneo a fornire una più consona ricostruzione dell'istituto in esame, la quale, a sua volta, è in grado di risolvere, in maniera coerente alla medesima prospettiva, anche le relative questioni che in ordine ad esso si pongono.

Questioni sulle quali troppo spesso, a noi sembra, si dibatte senza fare affidamento su un quadro di riferimento strutturale definito, così incorrendo in soluzioni che, da un lato, rischiano di definire un singolo profilo senza badare all'insieme; e, dall'altro, anche in relazione al profilo singolarmente considerato, finiscono per risultare insoddisfacenti, appunto per la mancanza di quella solida base che solo una generale visione del sistema, intesa in senso strutturale, è in grado di fornire.

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

Angela Ferrari Zumbini
Professore ordinario di Diritto Amministrativo e Pubblico
Università degli Studi di Napoli Federico II
Dipartimento di Scienze Sociali
angela.ferrarizumbini@gmail.com

Le radici e la diffusione della legge austriaca sul procedimento amministrativo del 1925: due *legal transfers* dimenticati

Roots and Diffusion of the Austrian Law on Administrative Procedure of 1925: Two forgotten Legal Transfers

Sintesi

Questo articolo esamina lo sviluppo e la diffusione della legge generale austriaca sul procedimento amministrativo del 1925 (*Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz* – AVG), evidenziando due *legal transfers* molto importanti ma dimenticati. Il primo è un *transfer across time*, dalla giurisprudenza imperiale dell'Impero austro-ungarico alla codificazione nel sistema repubblicano austriaco, con i diritti di partecipazione e i principi del *due process* radicati nella giurisprudenza della Corte amministrativa imperiale (*Verwaltungsgerichtshof* – VwGH). Il secondo è un *transfer across space*, poiché l'AVG è diventata un archetipo influente in tutta l'Europa centrale e orientale, con un impatto su paesi come la Polonia, la Cecoslovacchia e l'Ungheria. Questa diffusione, favorita da giudici e giuristi del dissolto impero austro-ungarico, sottolinea il ruolo significativo ma spesso sottovalutato dell'AVG nella costruzione del diritto amministrativo in diversi ordinamenti. L'articolo sostiene che l'AVG è stata un elemento fondamentale per affermare la disciplina del procedimento amministrativo e il *due process* come pietre angolari di una buona amministrazione.

Abstract

This article examines the development and diffusion of the Austrian General Law on Administrative Procedure of 1925 (AVG), highlighting two key legal

transfers. The first is a movement across time from imperial case law in the Austro-Hungarian Empire to the codification in Austria's republican system, with participatory rights and due process principles rooted in the Imperial Administrative Court's (*Verwaltungsgerichtshof* – VwGH) case law. The second is a movement across space as the AVG became an influential archetype across Central and Eastern Europe, impacting countries such as Poland, Czechoslovakia, and Hungary. This diffusion, facilitated by former Austro-Hungarian scholars and judges, underscores the AVG's significant yet often underrecognised role in shaping administrative law in diverse jurisdictions. The article argues that the AVG has been foundational in affirming procedural law as a cornerstone of good administration.

Parole Chiave: *legal transfer*; procedimento amministrativo; giusto procedimento; diritto amministrativo comparato; legge generale austriaca sul procedimento amministrativo; Friedrich Tezner.

Keywords: legal transfers; administrative procedure; due process; comparative administrative law; Austrian General Law on Administrative Procedure; Friedrich Tezner.

Indice: 1. Introduzione. – 2. *Movement across time*: dalla giurisprudenza imperiale alla codificazione repubblicana. – 2.1. Il *Verwaltungsgerichtshof* e la sua giurisprudenza. – 2.2. Il ruolo fondamentale di Friedrich Tezner. – 2.3. Codificazione della giurisprudenza imperiale basata sulla "natura delle cose" nella Repubblica austriaca (normativistica). – 3. *Movement across space*: dall'Austria all'Europa centrale. – 3.1. L'AVG austriaca come modello. – 3.2. La diffusione dell'AVG nell'Europa centrale. – 3.2.1. La diffusione dell'AVG in Polonia. – 3.2.2. La diffusione dell'AVG in Cecoslovacchia. – 3.2.3. La diffusione dell'AVG in Jugoslavia. – 3.2.4. La diffusione dell'AVG in Ungheria. – 3.2.5. Il fallimento dell'adozione dell'AVG in Germania. – 3.2.6. Alcuni legami personali tra il VwGH e l'Italia. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Lo sviluppo e la diffusione della legge generale austriaca sul procedimento amministrativo del 1925 (*Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz* – AVG) consentono di identificare due *legal transfers*[1] che sono stati quasi dimenticati nel corso del tempo. Il primo *legal transfer* consiste in un movimento attraverso il

1 Sul concetto di *legal transfer*, anche in contrapposizione al concetto di *legal transplant* (quest'ultimo coniato da A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Charlottesville, Virginia University Press, 1974), cfr. G. Frankenberg, *Legal Transfers*, in M.C. Foblets, M. Goodale, M. Sapignoli, O. Zenker (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford, Oxford University Press, 2021, e F.G. Nicola, G. Frankenberg, *Comparative Law. Introduction to a Critical Practice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2024.

tempo, in quanto i principi del procedimento amministrativo sono stati elaborati dalla giurisprudenza della Corte amministrativa imperiale durante l'Impero austro-ungarico e sono stati poi trasposti e codificati nella legge adottata dalla neonata Repubblica Austriaca. Va sottolineato che uno studio approfondito e dettagliato degli archivi del VwGH è stato essenziale ed estremamente fruttuoso per questa ricerca[2], dimostrando come gli archivi istituzionali siano ancora fondamentali per scoprire *legal transfers*, soprattutto quelli meno noti, e comprenderne la complessità.

Il secondo *legal transfer* consiste in un movimento attraverso lo spazio, in quanto l'AVG ha costituito un modello – o meglio un archetipo – che è stato trasposto e adottato in molti ordinamenti giuridici sorti dopo la prima guerra mondiale dalle ceneri degli imperi dissolti. Infatti, l'AVG austriaca del 1925 ha dominato la scena del diritto amministrativo e la sua dogmatica per almeno cinquant'anni nell'Europa centrale.

In entrambi questi *legal transfers*, il ruolo svolto dal "fattore personale" è stato estremamente importante, se non centrale. Nel primo *legal transfer* dalla giurisprudenza imperiale alla codificazione repubblicana, l'attore principale è stato il professor Friedrich Tezner. Per quanto riguarda il secondo *legal transfer*, dopo la prima guerra mondiale molti giudici della Corte amministrativa dell'ex Impero austro-ungarico si trasferirono in altri paesi (o divennero cittadini di altri paesi pur rimanendo nello stesso luogo), diventando studiosi e giudici di altri Stati, portando con sé il loro background culturale giuridico e contribuendo alla diffusione della cultura giuridica amministrativa austriaca.

Pertanto, il presente articolo si basa su una duplice congettura.

In primo luogo, si ipotizza che la struttura, gli istituti e i principi codificati in Austria nel 1925 trovino un antecedente specifico nella giurisprudenza del *Verwaltungsgerichtshof* come loro fonte. Se dimostrata, questa interpretazione porterebbe a ripensare e ridefinire il "modello austriaco", che non sarebbe più possibile classificare come una creazione derivante direttamente ed esclusivamen-

2 Ringrazio il Prof. Clemens Jabloner, già Presidente del *Verwaltungsgerichtshof*, per il suo inestimabile supporto e per avermi autorizzato ad accedere agli archivi del *Verwaltungsgerichtshof* di Vienna, fornendomi anche una stanza dove poter sfogliare e studiare i voluminosi faldoni, e la Dr.ssa Irene Förster, direttrice della biblioteca del *Verwaltungsgerichtshof* di Vienna per avermi guidato nei meandri dimenticati della collezione storica delle decisioni del *Verwaltungsgerichtshof*.

te dall'approccio formalista kelseniano. È generalmente accettato e ben consolidato che il diritto austriaco sia stato fortemente influenzato dalla dottrina kelseniana, in primo luogo nella sua Costituzione del 1920. Il presente articolo intende dimostrare che, al contrario, l'AVG non è un prodotto diretto della dottrina kelseniana[3]. Ne deriverebbero una serie di implicazioni dogmatico-ricostruttive di non poco conto.

La seconda ipotesi è che il modello procedurale austriaco abbia svolto un ruolo centrale come *archetipo* di disciplina – ovvero un modello originale da cui sono state copiate o influenzate le leggi successive – esercitando una profonda influenza su altri ordinamenti giuridici, che non sempre viene adeguatamente riconosciuta[4].

Entrambi i *legal transfers* esaminati in questo articolo sono in gran parte sconosciuti alla dottrina dominante[5] per ragioni che non sono ancora chiare e che necessitano di ulteriori approfondimenti[6]. Si possono solo avanzare alcune

3 Questa specifica rivisitazione e rielaborazione delle radici dogmatiche e culturali con riferimento all'AVG non intende, ovviamente, confutare il fatto che l'ordimento giuridico austriaco sia stato profondamente influenzato dalla dottrina kelseniana. Si tratta, semmai, di evidenziare un'eccezione rispetto all'ordinamento giuridico nel suo complesso.

4 Sulla ricostruzione della AVG quale archetipo, si rinvia a A. Ferrari Zumbini, *The Austrian AVG: an Underestimated Archetype with Deep Roots and External Factors*, in G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann, *The Austrian Codification of Administrative Procedure: Diffusion and Oblivion (1920-1970)*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 195-217.

5 Tra le più recenti opere di diritto amministrativo comparato spesso l'Austria non viene proprio considerata: Si veda M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, 2° ed., Bologna, Il Mulino, 2019; G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007; V. De Falco, *Azione amministrativa e procedimenti nel diritto comparato*, Padova, Cedam, 2018, in cui vi è un rapido richiamo iniziale alle origini austriache delle discipline procedimentali ma la successiva analisi è dedicata ad approfondire altri paesi. Si veda anche M. P. Chiti, voce *Diritto amministrativo comparato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, UTET, 1990, pp. 206 ss. R. Scarciglia, *La disciplina generale dell'a- zione amministrativa in Europa*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 21 ss. L'Austria non viene considerata anche in imponenti e importanti opere dedicate proprio alla codificazione del procedimento amministrativo: Si pensi all'approfondito e dettagliato volume a cura di J.B. Auby, *Codification of Administrative Procedure*, Bruxelles, Bruylant, 2014, dove non c'è un capitolo dedicato all'Austria.

6 Sul punto, si veda A. Ferrari Zumbini, *The Neglected Importance of the Austrian Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz,* in *Italian Journal of Public Law,* 2024, 16, pp. 494 ss.

ipotesi per spiegare l'oblio di questi *legal transfers*. La spiegazione più plausibile per la mancata considerazione dell'importanza del sistema giuridico austriaco negli studi comparati è che l'Impero asburgico e, successivamente, l'Austria hanno perso le guerre mondiali e sono stati condannati a una sorta di oblio a seguito della loro sconfitta. Un'altra ipotesi, che si aggiunge alla prima senza sostituirla, è che il dominio sovietico – che per quasi cinquant'anni ha eliminato la tutela giurisdizionale degli individui nei confronti del potere pubblico – abbia contribuito a oscurare la diffusione delle tutele procedurali e giurisdizionali degli individui nei confronti del potere pubblico contenute nell'AVG. Invero, la maggior diffusione dell'AVG è avvenuta nei paesi che in seguito sono stati sottoposti al dominio del regime sovietico. Infine, questo oblio potrebbe essere stato aggravato dalla disconnessione tra le discipline della storia del diritto e del diritto comparato.[7] In ogni caso, questo articolo mira a colmare questa lacuna, portando alla luce questi due *legal transfers* che sono di grande importanza non solo per la storia del diritto, ma anche per la storia *comparata* del diritto.

A tal fine, il paragrafo 2 si concentra sul movimento nel tempo. In primo luogo, viene analizzata una selezione di decisioni emblematiche del VwGH, sottolineando il ruolo svolto da Friedrich Tezner. Quindi, vengono confrontati i principi elaborati dalla corte con la codificazione austriaca del 1925, sottolineandone le somiglianze. Il paragrafo 3 mette in luce il movimento nello spazio, sottolineando il ruolo di archetipo dell'AVG nella *Mitteleuropa* per almeno cinquant'anni, tracciandone la diffusione in numerosi paesi. Infine, il paragrafo 4 presenta alcune osservazioni conclusive, ripensando e ridefinendo il "modello austriaco" di procedimento amministrativo e il ruolo che esso ha svolto in Europa.

2. *Movement across time*: dalla giurisprudenza imperiale alla codificazione repubblicana

Per dimostrare la prima ipotesi su cui si basa il presente articolo, ovvero che la struttura, gli istituti e i principi codificati in Austria nel 1925 trovano un antecedente specifico nella giurisprudenza del *Verwaltungsgerichtshof* come loro fon-

7 Cfr. T. Duve, *Legal Traditions: A Dialogue between Comparative Law and Comparative Legal History,* in *Comparative Legal History*, 2018, 6, p. 15, e M. Graziadei, *Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures,* in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1999, 7, p. 531.

te, è necessario innanzitutto esaminare le decisioni della Corte imperiale che hanno contribuito alla nascita e allo sviluppo dei principi e degli istituti successivamente trasposti nella legge del 1925.

2.1. Il *Verwaltungsgerichtshof* e la sua giurisprudenza

Questo paragrafo analizzerà il notevole sviluppo e l'elaborazione dei principi del procedimento amministrativo realizzato dalla Corte amministrativa imperiale di Vienna, principalmente per quanto riguarda i diritti delle parti interessate a un giusto procedimento[8]. La Corte, denominata *Verwaltungsgerichtshof* (di seguito VwGH), era una Corte di unico grado e aveva solo poteri cassatori, ovvero aveva solo il potere di annullare una decisione e rinviare la questione all'amministrazione competente; non era possibile per la Corte riformare o modificare in alcun modo la decisione amministrativa. Ciononostante, essa ha sviluppato un sistema ben strutturato di tutela dell'individuo nei confronti dell'azione amministrativa.

Il *Verwaltugsgerichtshof* è stato istituito nel 1875 dalla *Gesetz vom 22 Oktober 1875, betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes*. La legge è entrata in vigore il 2 aprile 1876 e la prima sentenza è stata emessa il 26 ottobre 1876[9].

Quando la legge fu adottata nel 1875, la legislazione in materia amministrativa era antiquata, incompleta e, soprattutto, non esisteva una legge generale sull'azione amministrativa[10]. Il legislatore ha conferito al giudice il potere di an-

8 Per una più ampia descrizione e disamina delle sentenze del VwGH nei suoi primi cinquant'anni di attività si rinvia a A. Ferrari Zumbini, *Standards of Judicial Review of Administrative Action (1890 – 1910) in the Austro-Hungarian Empire*, in G. della Cananea, S. Mannoni, *Administrative Justice Fin de Siècle. Early Judicial Standards of Administrative Conduct in Europe (1890 – 1910),* Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 41 ss.

9 La primissima decisione del VwGH fu presa il 26 ottobre 1876. Riguardava una disputa tra Stato e Chiesa, in particolare la legittimità di una esenzione da alcuni tributi per gli appartenenti a una determinata parrocchia.

10 Nel primo volume che raccoglie le prime sentenze del VwGH (pubblicato nel 1877), il curatore Adam Freiherrn von Budwinski scrive nella prefazione che all'epoca non esisteva una codificazione del diritto amministrativo, molte leggi avevano più di cento anni e quelle più recenti presentavano delle lacune. Era quindi chiaro che l'importanza e la rilevanza delle sentenze del VwGH andavano oltre il singolo caso deciso, poiché le sentenze definivano la norma applicabile a casi concreti. Prefazione alla *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes. Zusammengestellt auf dessen Veranlassung von Adam Freiherrn von Budwinski, k. k.*

nullare gli atti amministrativi per «*mancanza delle forme essenziali del procedimento*»[11], ma ha evitato di definire o elencare tali forme essenziali, lasciando questo compito al VwGH. Pertanto, la corte ha dovuto definire norme generali sull'azione amministrativa da utilizzare come criterio per valutare la legittimità degli atti amministrativi in casi concreti. Nell'elaborazione di tali norme, il *Verwaltungsgerichtshof* non si è limitato a stabilire norme per verificare la legittimità oggettiva dell'azione amministrativa, ma ha anche costruito un sistema di diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione[12].

Uno dei principali esempi di formulazione giurisprudenziale di un principio che è stato poi recepito dal legislatore è sicuramente il diritto di essere sentiti, il *Parteiengehör*, che il VwGH ha identificato fin dall'inizio come un principio generale che attiene alla natura delle cose e che deve quindi essere sempre garantito.

Già nel 1884[13], il *diritto di essere ascoltati* è stato considerato dal VwGH un diritto naturale, e quindi un diritto da tutelare anche in assenza di una disposizione normativa espressa che lo prevedesse. Il caso è particolarmente interessante poiché riguardava la dichiarazione di pubblica utilità di una strada che collegava alcune altre strade alla stazione ferroviaria. I ricorrenti, proprietari della strada, contestavano la scelta della strada da dichiarare pubblica, poiché ve ne erano altre ugualmente idonee a tale scopo. Il VwGH ha respinto il ricorso su questo punto, poiché la scelta della strada più adatta a collegare la stazione ferroviaria costituiva una scelta discrezionale dell'autorità pubblica. Un secondo motivo di ricorso, contestato dai ricorrenti, consisteva nel fatto di non aver potuto partecipare all'istruttoria prima che l'autorità amministrativa prendesse la decisione, benché non esistesse alcuna disposizione normativa che prevedesse tale partecipazione. Ciononostante, il VwGH ha affermato che l'assenza di una disposizione di legge

---

Hofsekretär (1877).

11 Art. 6 della *Gesetz vom 22 Oktober 1875, betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes.*

12 Hans R. Klecatsky, *Der Verwaltungsgerichtshof und das Gesetz*, in W. Dorazil, B. Schimetschek, F. Lehne (a cura di), *90 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich,* Wien, Österreichischen Staatsdruckerei, 1966, afferma esplicitamente questo ruolo del *Verwaltungsgerichtshof*.

13 Sentenza n. 2263 del 24 ottobre 1884, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. VerwaltungsgerichtshofesSammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1884, p. 493.

non era determinante, poiché la partecipazione appartiene alla natura delle cose (*die Natur der Sache*) al fine di determinare correttamente i fatti rilevanti per la decisione in questione[14]. Pertanto, già nel 1884 il diritto di essere ascoltati viene definito come un principio generale non scritto che appartiene al diritto naturale.

Il VwGH non si limita ad affermare il diritto di essere ascoltati[15], ma richiede che il *Gehör* sia sempre un *rechtlicher Gehör*[16], ovvero che al privato siano garantiti una serie di diritti e tutele durante la partecipazione.

In primo luogo, durante la partecipazione deve essere garantita la parità di trattamento di tutte le parti intervenienti[17]. Inoltre, l'invito a partecipare alle audizioni deve pervenire alla parte interessata con sufficiente anticipo per consentirle di partecipare efficacemente e deve essere redatto in una lingua comprensibile al destinatario[18]. Ciò si riferisce, ovviamente, al ben noto problema del pluralismo linguistico nell'impero.

Per quanto riguarda i diritti che possono essere esercitati, deve essere consentito l'accesso agli atti del procedimento[19]. Infatti, le parti interessate devono avere piena conoscenza di tutti i documenti che l'amministrazione utilizza per accertare i fatti e le circostanze rilevanti ai fini dell'adozione dell'atto[20]. Inoltre, i privati devono avere il diritto di presentare memorie per commentare e confutare i

---

14 «*Il fatto che la legge non preveda la consultazione non può avere un peso determinante, poiché tale consultazione è, per sua stessa natura, parte integrante della corretta determinazione dei fatti rilevanti ai fini della decisione*», sentenza n. 2263 del 24 ottobre 1884, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1884, 493; la frase citata si trova a pag. 494. Traduzione dell'autrice. Tutte le traduzioni dalla lingua tedesca alla lingua italiana della giurisprudenza del VwGH contenute nel presente articolo sono mie; non si tratta di traduzioni ufficiali.

15 Sentenza n. 2263 del 24 ottobre 1884, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1884, 493.

16 Sentenza n. 6218(A) del 22 ottobre 1908, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1908, 1045.

17 Sentenza n. 2452 del 13 marzo 1885, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1885, 164.

18 Sentenza n. 6837(A) del 26 giugno 1909, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1909, 780.

19 Sentenza n. 8150 del 10 novembre 1894, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1894, 979.

20 Sentenza n. 8686 del 22 maggio 1895, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1895, 654.

fatti e le circostanze che emergono dai documenti in possesso dell'amministrazione[21].

Oltre al diritto di presentare memorie, il VwGH stabilisce anche il corrispondente e fondamentale obbligo per l'amministrazione di prendere in seria considerazione i documenti prodotti da privati[22]. I diritti di partecipazione hanno anche un impatto sull'efficacia degli atti dell'amministrazione. Secondo il VwGH, una decisione adottata senza il coinvolgimento della persona interessata non può produrre effetti giuridici nei confronti di tale persona[23]. Pertanto, la partecipazione della persona interessata è un presupposto essenziale per la piena efficacia dell'atto.

Infine, nel 1898 la Corte afferma il principio generale del giusto procedimento a cui ogni procedimento amministrativo deve conformarsi, indipendentemente dalla legislazione settoriale concreta[24]. Anche questo caso è di particolare interesse. Nel 1877, il pittore di porcellana Karl K. Aveva registrato un marchio (uno scudo stilizzato capovolto). Questo marchio era quello utilizzato da una famosa manifattura di porcellana viennese che aveva chiuso nel 1864. Nel 1893 (quindi ben 15 anni dopo la registrazione) la Camera di Commercio e Industria cancellò il marchio di Karl K., affermando che il simbolo non era registrabile. La decisione della Camera di Commercio fu presa sulla base delle dichiarazioni giurate di diversi eminenti pittori e commercianti di porcellane viennesi, nonché sulla base di perizie che affermavano che il marchio registrato era di uso comune all'epoca per designare i prodotti in porcellana dipinti a Vienna. Gli atti del procedimento non riportavano i nomi dei pittori di porcellana, dei commercianti di porcellana o degli esperti intervistati, né fornivano le prove su cui si basavano le loro dichiarazioni; il ricorrente non aveva avuto alcuna possibilità di vedere il contenuto delle loro deposizioni. Inoltre, il ricorrente aveva presentato una richiesta al Ministero del Commercio per accedere ai documenti del procedimen-

21 Sentenza n. 9441 del 14 marzo 1896, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1896, 457.

22 Sentenza n. 3212(F) del 3 gennaio 1905, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1905, 3.

23 Sentenza n. 3544(A) del 13 maggio 1905, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1905, 562.

24 Sentenza n. 11996 del 5 ottobre 1898, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1898, 999.

to, ma l'autorità aveva negato l'accesso agli atti.

La legge sulla registrazione dei marchi non disciplinava in alcun modo la procedura di cancellazione dei marchi. Tuttavia, il VwGH osserva che la decisione di cancellare un marchio è una decisione amministrativa: «*Pertanto, se tale decisione è stata preceduta da un procedimento, esso deve anche essere conforme a determinati principi generali che il linguaggio e la giurisprudenza associano al concetto di giusto procedimento. Uno di questi principi generali è, innanzitutto, che la persona i cui diritti sono coinvolti debba essere informata dei risultati delle indagini svolte e abbia la possibilità di tutelare i propri diritti nel corso di tali indagini*»[25].

Pertanto, il VwGH ha affermato che è un principio generale naturale che ogni volta che l'amministrazione conduce un procedimento (*Verfahren*), deve anche garantire che si tratti di un giusto procedimento (*Rechtsverfahren*).

2.2. Il ruolo fondamentale di Friedrich Tezner

Il professor Friedrich Tezner[26] ha svolto un ruolo fondamentale nello sviluppo, nella sistematizzazione e nella codificazione dei principi ricordati nella sezione precedente, poiché è stato il primo a elaborare una sistematizzazione organica della disciplina del procedimento amministrativo austriaco basata sulla giurisprudenza del VwGH. In sostanza, Tezner ha realizzato una raccolta sistematica, suddivisa per argomenti, delle decisioni del VwGH, sulla base della quale ha poi fondato una ricostruzione dogmatica degli istituti.

Nel 1896 pubblicò lo *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens* (Manuale del procedimento amministrativo austriaco) in cui definisce il procedimento amministrativo un fantasma per i giuristi austriaci[27]. Successivamente

---

25[18] Traduzione dell'autrice; sentenza n. 11996 del 5 ottobre 1898, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1898, 999; la frase citata si trova a pag. 1000.

26 Friedrich Tezner nacque nella città boema di Beraun l'11 giugno 1856 e morì a Vienna il 13 giugno 1925. Studiò giurisprudenza all'Università di Vienna, dove in seguito divenne professore di diritto.

27 F. Tezner, *Das Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens,* Wien, Manz'sche k.u.k. Verlag, 1896, Vorwort [V]: "*Se questa legge* [la VwGG n.d.r.] *si fonda sul presupposto dell'esistenza di un procedimento amministrativo e se la corte amministrativa austriaca valuta ampiamente la regolarità del procedimento amministrativo delle autorità amministrative, per tutte queste ragioni i giuristi austriaci non possono trattare il procedimento amministrativo come*

approfondì ulteriormente la sua sistematizzazione e pubblicò nel 1922 *Das österreichische Administrativverfahren, dargestellt auf Grund der verwaltungsrechtlichen Praxis*[28] (Il procedimento amministrativo austriaco basato sulla pratica del diritto amministrativo), la cui seconda edizione, rielaborata e ampliata, confluisce nella sua monumentale opera in quattro volumi *Die rechtsbildende Funktion der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung* (La funzione normativa della giurisprudenza amministrativa austriaca), di cui costituisce il quarto e più ampio volume: i primi tre riguardano la dogmatica giuridica, le fonti del diritto e l'organizzazione[29].

Tezner fu nominato giudice del VwGH nel 1907 e divenne *Senatspräsident* del VwGH nel 1921. Dunque, la sua opera, basata su un'analisi sistematica della giurisprudenza amministrativa al fine di elaborare una dogmatica del diritto amministrativo ed estrapolarne i suoi principi, svolge poi un ruolo fondamentale nella giurisprudenza successiva di cui egli diviene autore in prima persona. La sua sistematizzazione ha plasmato il diritto amministrativo austriaco: il VwGH esercitò il proprio potere in modo creativo in alcuni casi specifici, e l'opera monumentale di Tezner, in cui selezionò alcune decisioni concrete e su di esse costruì alcuni principi generali, è stata un elemento chiave nello sviluppo dei principi generali del procedimento.

2.3. Codificazione della giurisprudenza imperiale basata sulla "natura delle cose" nella Repubblica austriaca (normativistica)

---

un mero fantasma e non considerarlo". Traduzione dell'autrice.

28 F. Tezner, *Das österreichische Administrativverfahren, dargestellt auf Grund der verwaltungsrechtlichen Praxis, Mit einer Einleitung über seine Beziehung zum Rechtsproblem,* Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1922.

29 L'opera *Die rechtsbildende Funktion der österreichischen verwaltungs- gerichtlichen Rechtsprechung* è composta da quattro volumi: il primo è *Rechtslogik und Rechtswirklichkeit: eine empirisch-realistische Studie*; il secondo è *Die Rechtsquellen des österreichischen Verwaltungsrechtes. Für das Bedürfnis der Praxis dargestellt auf Grund der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung*; il terzo è *Die Ordnung der Zuständigkeiten der österreichischen Verwaltungsbehörden. Systhematisch dargestellt auf Grund der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung*; il quarto e ultimo è quello dedicato al procedimento *Das österreichische Administrativverfahren. Systhematisch dargestellt auf Grund der verwaltungsrechtlichen Praxis*, 2° ed. Tutti i volumi sono editi dalla casa editrice di Vienna Österreichische Staatsdruckerei, e sono stati pubblicati nel 1925, anno in cui Tezner muore.

L'Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) è stata adottata nel 1925[30] nell'ambito di un pacchetto di cinque leggi volte a semplificare e codificare il procedimento amministrativo[31]. Le cinque leggi adottate il 21 luglio 1925 sono state pubblicate nella stessa gazzetta ufficiale (*Bundesgesetzblatt* del 14 agosto 1925) e sono entrate in vigore il 1° gennaio 1926: la legge di introduzione alle leggi sul procedimento amministrativo; la legge generale sul procedimento amministrativo; la legge penale amministrativa; la legge sull'esecuzione amministrativa; la legge sulla semplificazione delle leggi amministrative e altre misure per il decongestionamento delle autorità amministrative.

L'AVG costituisce formalmente una codificazione di principi, istituti, norme (come il diritto di essere ascoltati, l'accesso agli atti, il diritto di presentare documenti e memorie, la struttura della procedura stessa) che erano stati elaborati in oltre cinquant'anni di giurisprudenza del *Verwaltungsgerichtshof*[32].

Per quanto riguarda il profilo qui esaminato in dettaglio, ovvero i diritti di partecipazione dei singoli, è facile individuare una corrispondenza tra la giurisprudenza analizzata al paragrafo 2.1 e il sistema contenuto nell'AVG (nel testo adottato nel 1925, ancora oggi in vigore pur con alcune importanti modifiche adottate nel 1991). La legge è caratterizzata dalla garanzia del *Parteiengehör*, che viene così confermato non solo nella sua esistenza, ma anche nella sua natura di diritto immediatamente tutelabile.

Gli scopi perseguiti dall'AVG sono esplicitamente indicati nell'articolo 37, secondo cui «*lo scopo del procedimento istruttorio è quello di accertare i fatti rilevanti per il disbrigo di un affare amministrativo e di dare alle parti la possibilità di far valere i propri diritti e interessi legittimi*»[33]. Lo scopo è quindi duplice, poiché l'intenzione è quella di accertare la verità materiale (*Grundsatz der mate-*

30 Un primo commento fondamentale su queste leggi si trova in E. Mannlicher, E. Coreth, *Die Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung,* Wien, Österreichischen Staatsdruckerei, 1926.

31 Questo pacchetto di leggi fu adottato non solo per esigenze interne, ma anche su sollecitazione della Società delle Nazioni, come condizionalità connessa all'elargizaione di un prestito. Sul punto, si rinvia a A. Ferrari Zumbini, *The Austrian AVG: an Underestimated Archetype with Deep Roots and External Factors*, cit.

32 Per una più ampia disamina della AVG, si rinvia a A. Ferrari Zumbini, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz. Wurzeln, Merkmale und Verbreitung,* Vienna, Jan Sramek Verlag, 2025.

riellen Wahrheit), ma allo stesso tempo di consentire alle parti di tutelare i propri diritti attraverso la partecipazione.

Il *Parteiengehör* previsto dall'art. 37 AVG costituisce certamente un principio fondamentale, attorno al quale ruota la costruzione del modello. Come emerge dall'analisi precedente, il *Parteiengehör* era stato riconosciuto e tutelato già nel 1884 dal *Verwaltungsgerichtshof,* nella sentenza n. 2.263, come principio fondamentale inerente alla natura delle cose. Come esaminato *supra*, la corte amministrativa aveva gradualmente arricchito di contenuto il diritto di essere ascoltati, estendendo il diritto di essere informati in un più ampio diritto ad avere piena conoscenza dei fatti e delle conclusioni preliminari, meticolosamente delineato nella sentenza del 1895 su un monastero cistercense. In quel caso[34], la corte aveva annullato l'atto dell'amministrazione, nonostante un'ampia fase di istruttoria procedimentale alla quale avevano partecipato anche i monaci, perché questi ultimi erano stati semplicemente informati delle conclusioni degli esperti, mentre alle parti deve essere garantito il diritto di avere piena conoscenza dei fatti e dei documenti[35].

---

33 "*Zweck des Ermittlungsverfahrens ist, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben*".

34 Il caso riguardava un convento cistercense che era stato danneggiato a causa di un cedimento del terreno, presumibilmente causato dall'intensa attività di una società mineraria nelle vicinanze. L'autorità aveva stabilito che il danno era dovuto alla natura dell'edificio e alle variazioni della capacità portante del sottosuolo. I frati cistercensi hanno sostenuto che la decisione dell'autorità si basasse su un'indagine incompleta e su conclusioni incoerenti degli esperti. Durante l'istruttoria, l'autorità ha ascoltato le opinioni di tre esperti (in materia di edilizia, montagna e attività mineraria). Questi esperti si sono anche recati sul posto per valutare la situazione reale. Il rappresentante dell'Abbazia ha sollevato un'obiezione, mettendo in dubbio l'imparzialità dei primi due esperti di montagna chiamati durante le indagini. A seguito della richiesta dell'Abbazia, sono stati chiamati altri due esperti per esprimere il loro parere e nessuno ha sollevato obiezioni nei confronti dei due nuovi esperti. Essi hanno riesaminato completamente il caso. Pertanto, il VwGH ha ritenuto che la procedura non fosse incompleta.

35 La Corte ha dichiarato che in questo caso la procedura fosse viziata «*perché le relazioni scritte presentate all'autorità sono state semplicemente comunicate alle parti ma non sono state date loro in visione integrale. Alle parti non è stata data la possibilità di esercitare i loro diritti in relazione alle conclusioni delle relazioni, mentre le conclusioni delle relazioni degli esperti costituiscono parte integrante dell'accertamento dei fatti. Pertanto, le parti devono avere il diritto di conoscere pienamente le conclusioni e di presentare le richieste e le osservazioni che ritengono necessarie ai fini della tutela dei propri diritt*i». Sentenza n. 8686 del 22 maggio 1895, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1895, 654; la frase citata si trova a pag. 656.

Il procedimento istruttorio delineato dall'AVG si basa sul principio della *Parteienöffentlichkeit*, ovvero la pubblicità del procedimento istruttorio per le parti. Inoltre, tenendo presente il duplice scopo, espresso nell'articolo 37, di tutelare i diritti delle parti e accertare la verità dei fatti, la partecipazione delle parti interessate è strutturata in modo tale da svolgere non solo una funzione difensiva, ma anche collaborativa.[36] Il VwGH aveva immediatamente sottolineato questa duplice funzione della partecipazione nella sua prima sentenza del 1884, ribadita su questo punto nella sentenza del 1898[37] relativa a un decreto che imponeva determinati obblighi a una fabbrica viennese nei confronti dei propri lavoratori. In particolare, secondo i giudici, il diritto di essere ascoltati risponde anche all'esigenza di giungere a una ricostruzione corretta e adeguata dei fatti rilevanti ai fini della decisione[38].

L'articolo 17 AVG codifica il diritto di accesso ai documenti per le parti del procedimento (*Akteneinsicht*), che il *Verwaltungsgerichtshof* aveva elaborato già nel 1885 con la sentenza 2.452[39] relativa a un caso di espropriazione per la costruzione di una ferrovia. Il diritto di accesso è configurato fin dall'inizio come un diritto soggettivo, non condizionato da scelte discrezionali dell'amministrazione, poiché «*l'autorità deve consentire alle parti di prendere visione dei documenti, la cui conoscenza è necessaria per far valere o difendere i loro interessi legittimi*».

Proprio nella sentenza 2.452 del 1885, che annullava un provvedimento di espropriazione perché alle parti non era stato consentito l'accesso a tutti i documenti dell'indagine preliminare, la Corte aveva anche sottolineato un ulteriore

36 Come è noto, la partecipazione delle parti interessate non serve solo a difendere gli interessi privati coinvolti, ma svolge anche una funzione collaborativa, ovvero consente ai privati di collaborare con l'amministrazione attraverso il loro know-how al fine di raggiungere la soluzione migliore in grado di soddisfare gli interessi pubblici coinvolti.

37 Sentenza n. 11393 del 5 febbraio 1898, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1898, 144.

38 Sentenza n. 11393 del 1898, 145: «*al fine di accertare correttamente i fatti della causa, è necessario che alla parte obbligata sia data la possibilità di fornire chiarimenti di fatto o di diritto e di sollevare obiezioni, e quindi la partecipazione della parte alla fase di accertamento dei fatti – o, in circostanze particolari, la sua audizione sui risultati dell'accertamento dei fatti – deve aver luogo anche quando una norma giuridica positiva non lo prescrive*».

39 Sentenza n. 2452 del 13 marzo 1885, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1885, 164.

vizio derivante dalla disparità di trattamento delle parti nell'istruttoria[40]. Anche in questo caso, l'articolo 17, paragrafo 3, dell'AVG codifica il divieto di disparità di trattamento consentendo l'accesso «*su richiesta, a tutte le parti in modo paritario*», mentre l'articolo 45, paragrafo 3, dell'AVG specifica che «*alle parti deve essere data la possibilità di prendere visione e di commentare il risultato dell'assunzione delle prove*».

I diritti di partecipazione sono esercitati non solo attraverso istituti che garantiscono la piena conoscenza del procedimento istruttorio, ma anche presentando memorie e documenti per esporre il proprio punto di vista. Il VwGH aveva sancito il diritto di presentare osservazioni in una sentenza del 1896[41] relativa al diritto di legnatico in un bosco, annullando un'autorizzazione concessa a due residenti appartenenti a una frazione diversa perché la comunità della frazione interessata non aveva potuto presentare le proprie osservazioni per esprimere il proprio parere.[42] In linea con questa ipotesi, l'articolo 43, paragrafo 3, dell'AVG conferisce alle parti il diritto di commentare tutte le questioni affrontate durante l'istruttoria, vale a dire non solo i fatti esposti dall'amministrazione, ma anche tutte le affermazioni fatte da altre parti, testimoni o esperti, specificando che le parti devono anche essere in grado di «*comprovare*» le loro opinioni, vale a dire presentando memorie e documenti[43].

40 La Corte ha affermato che, in violazione del principio di parità di trattamento, il perito nominato dai ricorrenti non è stato ammesso all'audizione, mentre alla compagnia ferroviaria locale è stato consentito di nominare un perito oltre al proprio avvocato, *ibid*. 165

41 Sentenza n. 9441 del 14 marzo 1896, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1896, 457.

42 Angela e Anton Ravanelli avevano chiesto alla comunità di Lona-Lafez in Tirolo di poter utilizzare il bosco appartenente alla frazione di Lafez, che era un bene pubblico, nonostante fossero residenti nella frazione di Lona. L'autorità ha acconsentito, affermando che il bene pubblico era stato utilizzato regolarmente da entrambe le comunità (Lona e Lafez) sin dalla divisione della frazione precedentemente unita. Questo uso continuativo del bene pubblico era stato dimostrato dalla testimonianza di quattro testimoni. La comunità di Lafez ha contestato questa decisione. Il VwGH ha annullato la decisione a causa di un vizio di una forma essenziale del procedimento. La Corte ha affermato che le parti «*avrebbero dovuto avere la possibilità di presentare le loro argomentazioni durante il procedimento amministrativo e di esporle in modo adeguato*», ibid 458.

43 «*In particolare, ciascuna parte deve avere la possibilità di presentare e provare tutti gli aspetti del caso, di commentare i fatti presentati dalle altre parti, dai testimoni e dai periti o i fatti considerati evidenti, nonché le richieste presentate da altri e i risultati delle indagini ufficiali*». Art. 43(3) AVG.

Il diritto delle parti di presentare memorie e documenti sarebbe di fatto annullato se l'amministrazione potesse discostarsene senza fornire alcuna motivazione. Nel 1905 il VwGH aveva annullato[44] un provvedimento in materia fiscale perché l'amministrazione non aveva preso in seria considerazione un documento prodotto dal contribuente che dimostrava che la propria base imponibile era molto inferiore a quella indicata nell'avviso di accertamento. In conformità con questo principio giuridico, l'articolo 58, paragrafo 2, dell'AVG impone all'amministrazione di fornire adeguate motivazioni del perché «*il punto di vista della parte non è stato pienamente preso in considerazione*».

La giurisprudenza ha anche esaminato il profilo temporale dell'invito a partecipare, affermando la necessità che esso sia comunicato con largo anticipo[45]. Anche in questo caso, la legge del 1925 ha fatto proprie le considerazioni della giurisprudenza, stabilendo che la notifica di un'audizione orale deve essere inviata a tutte le parti interessate (art. 40, paragrafo 1) e che la notifica deve essere inviata in modo tale da consentire ai partecipanti di «*presentarsi in tempo e preparati*» (art. 41, paragrafo 2).

---

44 Sentenza n. 3212(F) del 3 gennaio 1905, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1905, 3: «*Le ipotesi formulate dall'autorità fiscale si basano su indagini viziate. Inoltre, il procedimento è viziato perché l'autorità fiscale non ha tenuto conto dei documenti presentati dal contribuente*».

45 Due decisioni hanno affermato questo principio. Nella prima, la Corte ha affermato che una convocazione per un'audizione che si sarebbe tenuta il 24 ottobre 1907, inviata al ricorrente il 21 ottobre in una lingua che egli non comprendeva, non garantiva il diritto del ricorrente di partecipare (sentenza n. 6218(A) del 22 ottobre 1908, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1908, p. 1045). La seconda decisione riguardava la decisione del consiglio scolastico regionale della Boemia di costruire una nuova scuola elementare a Trebetin. Il consiglio scolastico locale di Běla ha contestato tale decisione, sostenendo che sarebbe stato molto meglio ampliare la scuola di Běla invece di costruirne una nuova a Trebetin. Il VwGH ha respinto il ricorso nel merito, invocando il potere discrezionale dell'autorità. Tuttavia, la Corte ha annullato la decisione a causa di un vizio di procedura. Infatti, il consiglio scolastico locale di Běla era stato informato dell'audizione, ma la notifica era stata inviata troppo tardi, impedendo al consiglio di inviare un rappresentante. Il VwGH ha affermato che «*la mancata notifica tempestiva al consiglio scolastico locale in qualità di parte interessata, che avrebbe consentito la sua adeguata rappresentanza durante l'audizione, deve essere considerata un grave vizio di procedura*» (sentenza n. 6837(A) del 26 giugno 1909, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1909, 780, la frase citata si trova a pag. 781).

Lo spirito dell'AVG è quello di delineare un modello procedurale che possa essere utilizzato nel maggior numero possibile di casi. Pertanto, le autorità amministrative devono sempre condurre un'istruttoria procedimentale con il coinvolgimento delle parti prima di adottare una decisione, salvo nei casi eccezionali previsti dall'art. 57. La necessità di un'istruttoria procedimentale prima dell'adozione di una decisione era stata affermata dal VwGH nella sentenza 11.996 del 1898[46]. In quel caso, l'amministrazione aveva adottato una misura di revoca di un marchio registrato nei confronti di un pittore di porcellana. La legge non prevedeva alcuna procedura per la revoca dei marchi. Tuttavia, la corte aveva stabilito che la revoca era comunque una decisione amministrativa e come tale doveva essere preceduta da un procedimento che rispettasse i canoni del giusto procedimento.

Infine, è interessante notare che le parti hanno il diritto di opporsi agli esperti nominati se sussistono «*circostanze che mettono in dubbio l'imparzialità o la competenza tecnica dell'esperto*» (art. 53, paragrafo 1, AVG). Nella suddetta sentenza 8.686 del 1895, i monaci cistercensi avevano ricusato gli esperti nominati dall'amministrazione, che li aveva sostituiti, dimostrando che anche questo istituto procedurale di ricusazione dell'esperto non è una novità introdotta dalla legge del 1925 e trova uno specifico antecedente nella giurisprudenza imperiale.

In conclusione, l'AVG prevede una serie importante di diritti che devono essere riconosciuti ai partecipanti, da cui si deduce una prospettiva di tutela soggettiva delle parti, non solo di tutela oggettiva della legittimità dell'azione amministrativa.

Le parti interessate devono avere piena conoscenza dell'istruttoria procedimentale, potendo esercitare il loro diritto di accesso agli atti, che deve essere consentito senza disparità di trattamento. Le parti, inoltre, hanno il diritto di presentare le loro osservazioni mediante memorie, documenti o intervenendo nella discussione orale, e l'amministrazione deve tenere in debita considerazione tali osservazioni e il materiale che le accompagna e le sostiene. L'audizione deve essere preceduta da un preavviso tempestivo e la legge contiene una serie di disposizioni relative alla notifica dei documenti per la loro efficacia.

---

46 Sentenza n. 11996 del 5 ottobre 1898, *Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes* del 1898, p. 999.

Pertanto, tutti gli elementi e i profili analizzati al paragrafo 2.1 sono presenti nella legge del 1925 con un contenuto quasi identico. Inoltre, nel volume di Tezner c'era un intero capitolo dedicato alla *Parteienöffentlichkeit der Prozessakten*, che si apriva con l'affermazione che il VwGH aveva costruito la disciplina del procedimento amministrativo sulla base del principio fondamentale della *Parteiengehör* e della tutela giurisdizionale.

Confrontando l'indice del libro di Tezner sul procedimento amministrativo con l'AVG del 1925, si riscontra una piena concordanza. Sebbene l'ordine degli argomenti sia in parte diverso, la sostanza coincide. Utilizzando le parole di Becker, la legge austriaca sul procedimento amministrativo del 1925 non sarebbe stata concepibile senza la giurisprudenza del VwGH, poiché la legge, sotto molti aspetti, ha semplicemente trasposto nel diritto positivo i principi sviluppati nei cinquant'anni di giurisprudenza della Corte amministrativa imperiale[47].

3. *Movement across space*: dall'Austria all'Europa centrale

Per dimostrare la seconda ipotesi di questo articolo, ovvero che l'AVG ha costituito un modello, o meglio un archetipo, che è stato trasposto e adottato in molti ordinamenti giuridici sorti dopo la prima guerra mondiale dalle ceneri degli imperi dissolti, è necessario esaminare la diffusione di questa legge in Europa dopo la sua adozione.

Come verrà evidenziato *infra*, il fattore personale ha svolto un ruolo importante anche nella diffusione dell'AVG, poiché molti studiosi e giudici dell'ex Impero austro-ungarico si sono trasferiti in altri paesi, o sono addirittura diventati cittadini di altri paesi pur rimanendo nello stesso luogo, assumendo così nuovi ruoli come studiosi e giudici di altri Stati.

3.1. L'AVG austriaca come modello

Un dialogo trans-giurisdizionale nel periodo tra le due guerre al quale gli storici e i giuristi comparatisti dovrebbero prestare maggiore attenzione è la diffu-

47 F. Becker, *Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung,* Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1960, p. 64. Lo stesso concetto è espresso anche da W. Antoniolli, *Allgemeines Verwaltungsrecht,* Wien, Manz'sche Verlag, 1954, p. 222 e da R. Herrnritt, *Das Verwaltungsverfahren: Systematische Darstellung auf Grund der Neuen Österreichischen und Ausländischen Gesetzgebung,* Wien, Springer, 1932, p. 10.

sione della legge generale austriaca sul procedimento amministrativo del 1925, anche grazie alla circolazione di studiosi e giudici dopo il crollo dell'Impero asburgico dopo la prima guerra mondiale. Infatti, i principi di procedimento amministrativo elaborati durante l'Impero asburgico dalla sua Corte amministrativa e codificati nell'*Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1925 continuarono ad essere applicati nella *Mittel-Europa*, nonostante la discontinuità dei sistemi giuridici e delle istituzioni.

In particolare, l'AVG austriaca del 1925 ha dominato la scena del diritto amministrativo e la sua dogmatica per almeno cinquant'anni nell'Europa centrale. Il fattore personale – inteso come la circolazione di studiosi e giudici dell'ex Impero austro-ungarico verso altri paesi – ha svolto un ruolo importante in questo fenomeno. Tuttavia, nonostante la centralità del diritto austriaco, l'importanza dell'AVG (in termini di influenza, elaborazione di un modello e diffusione) è spesso sottovalutata nella ricerca recente. Fino agli anni '60, almeno nell'Europa continentale, l'importanza del contributo austriaco era chiaramente riconosciuta e sottolineata[48], ma con il tempo la sua centralità è gradualmente diminuita per ragioni che devono essere esaminate in profondità anche dal punto di vista della storia delle idee. L'Austria è spesso trascurata nelle opere più recenti sul diritto amministrativo comparato, anche nei lavori più importanti e autorevoli dedicati alla codificazione delle procedure amministrative[49].

Molti studi sono stati dedicati al concetto di diffusione del diritto, alle sue varie teorie e all'analisi di numerosi casi di diffusione[50]. La diffusione del diritto può avere molteplici e variegate sfaccettature, che vanno dal trapianto[51] alla tra-

---

48 A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo,* Milano, Giuffrè, 1940; G. Pastori, *La procedura amministrativa,* Milano, Neri Pozza Editore, 1964. Per la Germania, cfr. C.H. Ule, F. Becker, K. König (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetze des Auslandes,* Berlin, Duncker & Humblot, 1967, vol. I, 4 e F. Becker, *Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung,* cit. Per la Francia, cfr. G. Isaac, *La codification de la procédure administrative non contentieuse,* Parigi, LGDJ, 1968.

49 Un esempio potrebbe essere il volume altrimenti completo e dettagliato curato da J.B. Auby, *Codification of Administrative Procedure,* cit., in cui nessun capitolo è dedicato all'Austria.

50 Sul concetto di diffusione del diritto, si veda il saggio di W. Twining, *Diffusion of Law: A Global Perspective,* in *Journal of Legal Pluralism*, 36(2004), pp. 1 ss.

51 A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law,* Scottish Academic Press 1974.

sposizione e al trasferimento[52], compresi i casi di circolazione, importazione, esportazione e imposizione[53]. Tra i casi di diffusione più frequentemente citati ed esaminati vi sono la trasposizione (volontaria) del diritto romano e l'imposizione del diritto nazionale alle colonie.

Come anticipato all'inizio, lo studio qui condotto intende restituire all'*Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz* la sua giusta centralità e importanza, non solo in termini di corretta ricostruzione del modello procedurale (radicato nella giurisprudenza del VwGH basata sul diritto naturale), ma anche sottolineando il ruolo fondamentale che ha svolto al di là dei confini mutevoli dell'Austria.

La diffusione e l'influenza di questa legge sembrano oggi sottovalutate e trascurate non solo nel diritto comparato in generale, ma anche nel diritto amministrativo comparato e nella storia del diritto. Essa è stata un modello per i legislatori (e la dottrina) che hanno affrontato la questione della codificazione del diritto amministrativo e del procedimento amministrativo e che spesso hanno poi deciso di cercare ispirazione (in misura variabile) proprio nell'AVG, anche se per ragioni diverse. In questo contesto, è particolarmente interessante studiare l'influenza della legge austriaca del 1925 nell'Europa centrale. Infatti, la legge sul procedimento amministrativo del 1925 ha dominato la scena del diritto amministrativo e della sua dogmatica per almeno cinquant'anni in quella regione.

3.2. La diffusione dell'AVG nell'Europa centrale

Gli ordinamenti giuridici più profondamente ispirati dalla codificazione austriaca sono stati quelli che in qualche modo avevano fatto parte dell'Impero austro-ungarico. Sebbene fosse ragionevole supporre che gli Stati nazionali emersi dalle ceneri dell'Impero nel 1918 avrebbero ignorato le norme austriache per riaffermare la loro indipendenza conquistata – come era accaduto ad esempio in Belgio quando ottenne l'indipendenza nel 1831 e scelse consapevolmente di abbandonare il *Conseil d'Etat* franco-olandese perché associato all'esecutivo oppres-

52 F.G. Nicola, G. Frankenberg, *Comparative Law,* Cheltenham, Edward Elgar, 2024, spec. p. 24. ss.

53 Sulle varie forme di diffusione, si veda l'analisi di E. Örücü, *Law as Transposition*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 51(2002), pp. 205 ss.

sivo[54], – non fu così.

Inoltre, il modello non si diffuse solo nei territori dell'ex impero. La legge austriaca del 1925 ebbe una profonda influenza sugli Stati mitteleuropei, anche prima della sua adozione formale. Infatti, i disegni di legge per la semplificazione amministrativa costituirono il modello per la legge sulla procedimento amministrativo nel Liechtenstein[55]. Questo paese, che non ha mai fatto parte dell'Impero ma ne ha subìto una forte influenza per vari motivi (la famiglia regnante era legata in vari modi alla dinastia degli Asburgo e fino al 1920 la moneta era la corona austriaca), è un esempio di trasposizione precoce della legge in questione, con il progetto che è stato trasposto prima ancora che fosse adottato nella stessa Austria.

Il *Landesverwaltungspflegegesetz* è stato promulgato nel Liechtenstein il 12 luglio 1922[56] e regolava non solo il procedimento amministrativo, ma anche l'esecuzione delle decisioni amministrative e il diritto penale amministrativo, proprio come le leggi austriache. Lo scopo della legge era quello di standardizzare e codificare il lavoro delle autorità pubbliche, utilizzando i progetti di legge austriaci come modello da imitare[57]. Questa legge è ancora in vigore nel Liechtenstein, sebbene con alcune modifiche minori[58].

L'influenza della legge del 1925 è particolarmente evidente nei paesi che in precedenza rientravano (anche solo parzialmente) nel territorio dell'Impero, come la Polonia, la Cecoslovacchia, la Jugoslavia e l'Ungheria. I rapporti con

---

54 M. Bouvier, *La naissance du Conseil d'État de Belgique: une histoire française?,* Brussel, Bruylant, 2012.

55 E. Schädler, *The Austrian Model and the Codification of Administrative Procedure in Liechtenstein*, in G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (a cura di), *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and Oblivion 1920-1970,* cit., pp. 57 ss.

56 *Gesetz vom 21. April 1922 über die allgemeine Landesverwaltungspflege (die Verwaltungsbehörden und ihre Hilfsorgane, das Verfahren in Verwaltungssachen, das Verwaltungszwangs- und Verwaltungsstrafverfahren), Landesgesetzblatt* [LGBl] 1922 n. 24.

57 E. Schädler, *The Austrian Model and the Codification of Administrative Procedure in Liechtenstein*, cit., p. 57.

58 Per quanto riguarda le modifiche e il testo attualmente in vigore, si veda E. Schädler, *Die Reformbemühungen um das Landesverwaltungspflegegesetz (LVG) in den Jahren 2014 bis 2018: Eine Falldokumentation*, www.liechtenstein-institut.li/application/files/4815/9341/9788/Schadler_LVG-Reform_2014_bis_2018.pdf.

l'Impero austriaco erano diversi dal punto di vista non solo giuridico, ma la legge austriaca del 1925 trovò comunque spazio in questi ordinamenti, anche se tutti questi Stati videro sostanzialmente annullati i diritti procedurali quando il comunismo prese il potere ed eliminò i giudici che potevano garantire i diritti dei cittadini.

3.2.1. La diffusione dell'AVG in Polonia

Un chiaro e preciso esempio di *legal transfer* del modello austriaco si trova in Polonia[59]. La Polonia era stata precedentemente divisa e controllata da tre diverse potenze, ovvero l'Impero austro-ungarico, l'Impero russo e la Prussia, e dopo la creazione del nuovo Stato polacco nel 1918 si rese necessario unificare la sua legislazione. Al fine di unificare e rendere autonome le norme del nuovo Stato, si decise di adottare il modello austriaco. Nel 1922 fu istituita una Corte Suprema Amministrativa (sul modello del *Verwaltungsgerichtshof*[60], il cui primo presidente, Jan Sawicki, era stato giudice presso il VwGH di Vienna)[61]. Insieme a Jan Sawicki, altri sei giudici che erano stati membri del VwGH dell'Impero austro-ungarico divennero membri della nuova Corte Suprema Amministrativa polacca: Wilhelm Binder, Roman Moraczewski, Włodzimierz Orski, Rudolf Różycki, Zbigniew Smolka[62]. Inoltre, il 22 marzo 1928 fu promulgato il Codice del procedimento amministrativo (insieme a un Codice penale amministrativo e a una Legge sull'esecuzione delle decisioni amministrative), chiaramente influenzato in modo profondo dalla AVG[63]. Dopo la seconda guerra mondiale, nel 1961 fu adottato un nuovo codice che, nonostante le modifiche introdotte per adattare il

59 Z. Kmieciak (a cura di), *Administrative Proceedings in the Habsburg Succession Countries,* Lodz, Wolters Kluwer, 2020.

60 Come sottolinea A. Dziadzio, «*Il disegno di legge governativo sull'istituzione della Corte Suprema Amministrativa, preparato nel 1922 e di cui Jan Sawicki era l'autore, era interamente basato sulla legge austriaca sul VwGH del 1875*». Andrzej Dziadzio, *Polnische Richter des alten österreichischen Verwaltungsgerichtshofes in der Gerichtsbarkeit der Zweiten Polnischen Republik (1918-1939)*, in Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, 4(2014), p. 307.

61 Wojciech Piątek, *The Polish Legislation on Administrative Procedure,* in G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (a cura di), *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and Oblivion 1920-1970,* cit., pp. 100 ss.

62 A. Dziadzio, *Polnische Richter des alten österreichischen Verwaltungsgerichtshofes*, cit. p. 1.

63 Wojciech Piątek, *The Polish Legislation on Administrative Procedure,* cit.

modello procedurale al nuovo regime comunista, mantenne intatta la struttura di base austriaca. La corrispondenza era, ovviamente, esclusivamente formale, ma sembra importante sottolineare la sopravvivenza del modello anche in un regime non democratico. A titolo di esempio, i cittadini godevano di diritti nei confronti delle autorità (in linea con il modello austriaco) e la Costituzione sovietica del 1952 ne riconosceva la giustiziabilità. Tuttavia, i giudici amministrativi furono aboliti (per essere ripristinati solo molto più tardi) e, pertanto, la giustiziabilità dei diritti concessi ai cittadini era formalmente prevista, anche se non esisteva un giudice che esercitasse in concreto il controllo giurisdizionale.

3.2.2. La diffusione dell'AVG in Cecoslovacchia

La sequenza degli eventi in Cecoslovacchia[64] fu simile a quella in Polonia. Essendo stato in precedenza parte dell'Impero, il nuovo Stato nato dalle ceneri dell'Impero austro-ungarico era ben consapevole dell'importanza fondamentale dell'esistenza di una giurisdizione amministrativa. Già nel 1918 era stata istituita una Corte Suprema Amministrativa, che non si limitava a seguire il modello del *Verwaltungsgerichtshof*. Infatti, tra i primi membri di questa corte c'erano due giudici che, fino al 1918, erano stati giudici del VwGH di Vienna e che divennero rispettivamente il primo e il secondo presidente della Corte Amministrativa cecoslovacca: František Pantůček ed Emil Hácha. Provenivano dai territori cechi dell'Impero e divennero cittadini cechi dopo la caduta dell'Impero, portando con sé il loro background culturale a tal punto che gli studiosi cechi sono unanimi nel concordare che la Corte amministrativa cecoslovacca utilizzava prevalentemente la precedente giurisprudenza viennese per decidere i casi[65] (almeno fino agli anni '50, quando il nuovo regime comunista abolì anche qui la corte amministrativa).

Come l'Austria, anche la Repubblica Cecoslovacca si trovò ad affrontare una situazione economica e finanziaria difficile[66]; una legge del 1924, dedicata alle

64 P. Levit, Tschechoslowakei, in C.H. Ule, F. Becker, K. König (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetze des Auslandes,* cit., pp. 807 ss.

65 Filip Křepelka e Lukáš Potěšil, *Administrative Procedure Legislation in Czechoslovakia*, in G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (a cura di), *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and Oblivion 1920-1970,* cit., pp. 86 ss.

66 Sulla crisi economica austriaca dopo il primo conflitto mondiale, si rinvia a A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo. Il modello austriaco*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, spec. pp. 85 ss.

misure di austerità, impose al governo di presentare un progetto di legge per la regolamentazione uniforme del procedimento amministrativo. Il Codice del procedimento amministrativo fu adottato nel 1928, recependo sostanzialmente la legge austriaca. Tuttavia, l'influenza dell'AVG era velata all'epoca, poiché il nuovo Stato intendeva affermare la propria autonomia e indipendenza dal precedente Impero (i rapporti con l'Austria erano, inoltre, molto diversi tra i territori precedentemente appartenenti alla parte cisleitana dell'Impero, come la Boemia, la Moravia e la Slesia, e i territori slavi precedentemente appartenenti al Regno d'Ungheria, come la Slovacchia).

Dopo la seconda guerra mondiale, i riferimenti al diritto austriaco furono limitati il più possibile e quasi eliminati, poiché riflettevano una mentalità borghese e capitalista che il regime comunista rifiutava. Tuttavia, dopo il crollo del regime sovietico e il ripristino della democrazia, la Repubblica Ceca ha adottato nel 2004 un nuovo Codice di procedura amministrativa, esplicitamente ispirato al diritto austriaco (nella versione del 1991), che è considerato un *legal transplant* riuscito[67].

3.2.3. La diffusione dell'AVG in Jugoslavia

Anche il Regno di Jugoslavia adottò nel 1930 una legge generale sul procedimento amministrativo, che è unanimemente riconosciuta dalla dottrina come ispirata al modello austriaco[68]. La struttura "procedurale" era particolarmente apprezzata, in quanto evidenziava la maggiore efficienza tecnica e la superiore adeguatezza delle leggi procedurali. Dopo l'abrogazione della legge nel 1945 (insieme a tutte le leggi contrarie al nuovo regime politico), la nuova Repubblica Popolare di Jugoslavia adottò una legge generale sul procedimento amministrativo nel 1956[69].

---

67 F. Křepelka, L. Potěšil, *Administrative Procedure Legislation in Czechoslovakia*, cit.

68 S. Lilić, M. Milenković, *Administrative Procedure in Former Yugoslavia and the Austrian Administrative Procedure Act*, in G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (a cura di), *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and Oblivion 1920-1970,* cit., pp. 119 ss.

69 B.T. Blagojević (a cura di), *The Yugoslav Law on General Administrative Procedure,* trad. Leonidas Pitamic, Beograd University Publisher, 1961.

Nonostante le modifiche necessarie per adeguare la normativa al nuovo regime non democratico, anche questa legge riprende il modello austriaco, temperando la tutela dei diritti dei cittadini (prevista in astratto) con l'interesse pubblico prevalente[70].

3.2.4. La diffusione dell'AVG in Ungheria

Un caso particolare è quello dell'Ungheria, che, per ovvie ragioni, era indissolubilmente legata alla cultura e alle tradizioni dell'Impero asburgico, ma allo stesso tempo rivendicava la propria autonomia durante il periodo imperiale: il potere dell'Austria era sia *Kaiserlich* che *Königlich*, poiché la dinastia asburgica governava la parte ungherese come re e non come imperatori. Questa circostanza portò a una sostanziale (anche se parziale) trasposizione del diritto austriaco in Ungheria, ma in forma mascherata. Infatti, nel 1929, fu adottato una legge (non generale) su vari aspetti della pubblica amministrazione, compresi quelli procedurali; essa era chiaramente ispirato alle leggi austriache del 1925, ma non le menzionava in alcun modo[71]. Alla fine della seconda guerra mondiale, l'amministrazione fu profondamente modificata per introdurre un rigoroso controllo gerarchico e un'organizzazione di tipo sovietico in un quadro istituzionale ritenuto incompatibile con la concessione (anche astratta) dei diritti procedurali.

Dopo la sanguinosa repressione del 1956, il regime comunista si sentì sufficientemente sicuro del proprio potere da reintrodurre norme di procedura amministrativa[72] per rendere l'amministrazione più efficiente (anche in termini di controllo). Con la legge IV del 1957 furono adottate le "Norme generali sulla procedura amministrativa".

3.2.5. Il fallimento dell'adozione dell'AVG in Germania

70 S. Lilić, M. Milenković, *Administrative Procedure in Former Yugoslavia and the Austrian Administrative Procedure Act*, cit.

71 A. Varga, *The Hungarian Legislation on Administrative procedure,* in G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (a cura di), *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and Oblivion 1920-1970,* cit., pp. 135 ss.

72 Su questo punto si veda A. Varga, *Die Entwicklung des Rechts der öffentlichen Verwaltung* in G. Máthé (a cura di), *Die Entwicklung der Verfassung und des Rechts in Ungarn,* Frankfurt, Dialóg Campus, 2017.

Un altro caso di diffusione del diritto austriaco, in gran parte trascurato, riguarda il tentativo di far adottare nella Germania nazionalsocialista una legge sul procedimento amministrativo ispirata all'AVG.

La profonda interconnessione e influenza reciproca tra la cultura germanica e quella austriaca è un dato di fatto. Nel campo del diritto pubblico, ciò è evidente anche dall'esistenza della *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, un'associazione che dal 1922 riunisce gli studiosi di lingua tedesca del diritto pubblico[73]. Nel suo manuale, Jellinek descriveva il diritto amministrativo austriaco come quello più strettamente correlato al diritto amministrativo tedesco[74], anche se questo riferimento rimane isolato, senza portare ad alcuna analisi approfondita della legge del 1925 a questo proposito.

Questo scarso interesse per il diritto austriaco durante la Repubblica di Weimar si trasformò in intensa curiosità durante il periodo nazionalsocialista[75]. Dopo l'*Anschluss*, numerosi giuristi austriaci sostennero anche l'unificazione delle norme di procedimento amministrativo adottando l'AVG del 1925 come modello per la Germania. Uno dei principali sostenitori di questa idea era Hans Spanner[76], che dovette però trovare un modo per giustificare l'adozione di una legge contenente diritti individuali in un regime in cui esisteva solo il bene collettivo. I diritti procedurali furono quindi interpretati e rielaborati da una prospettiva collettivista per proteggere gli individui in quanto membri della *Volksgemeinschaft*[77]. Nonostante l'interesse suscitato dal progetto[78], esso non fu

73 F. Günther, *Denken vom Staat her: Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970,* München, Oldenbourg, 2004.

74 W. Jellinek, *Verwaltungsrecht,* 3a ed., Berlin, Julius Springer, 1931, p. 111.

75 Cfr. in generale C.H. Ule, F. Becker, K. König (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetze des Auslandes,* cit.

76 I. Augsberg, *The Austrian Legislation on Administrative Procedure: A View from Germany,* in G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (a cura di), *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and Oblivion 1920-1970,* cit., pp. 145 ss.

77 H. Spanner, *Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze als Vorbild eines Reichsgesetzes über das Verwaltungsverfahren*, in *Deutsche Verwaltung*, 1938, pp. 676 ss. Il riferimento alla *Volksgemeinschaft* si trova a pag. 678.

78 F.O. Kopp, *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht. Eine Untersuchung über die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Verwaltungsverfahrens in der Bundesrepublik und die Bedeutung der Grundentscheidungen der Verfassung für die Feststellung, Auslegung und*

approvato.

3.2.6. Alcuni legami personali tra il VwGH e l'Italia

Anche nell'esperienza italiana, dove il diritto austriaco esercitò scarsa influenza, si possono rintracciare alcuni elementi di collegamento derivanti da fattori personali. Alla fine della prima guerra mondiale fu istituita una sezione provvisoria del Consiglio di Stato per decidere sui casi pendenti (e nuovi) nelle province redente, ovvero i territori italiani che facevano parte dell'Impero austro-ungarico e che l'Italia riconquistò alla fine della prima guerra mondiale. La VI Sezione Provvisoria ha svolto le sue funzioni dal 1919 al 1923, applicando la legge in vigore nell'ex impero, in attesa del completamento dell'annessione dei territori con l'estensione dell'ordinamento giuridico italiano. Era quindi necessario nominare giudici che avessero familiarità con il diritto dell'impero. La sezione fu presieduta prima dall'istriano Francesco Salata, poi da Guido de Bonfioli Cavalcabò[79], che era stato giudice presso il VwGH dal 1910 al 1918. Dopo la soppressione della sezione provvisoria, Guido de Bonfioli Cavalcabò continuò a svolgere le sue funzioni giurisdizionali nelle altre sezioni del Consiglio di Stato, portando con sé il suo background nel diritto amministrativo austriaco.

In conclusione, la tesi principale è che l'AVG (che codificava principi, istituti e norme elaborati dalla Corte amministrativa imperiale) abbia svolto un ruolo centrale come archetipo di disciplina, esercitando una profonda influenza su altri ordinamenti giuridici, anche grazie alla circolazione di studiosi e giudici dopo il crollo dell'Impero asburgico dopo la prima guerra mondiale, che non sempre viene adeguatamente riconosciuta.

4. Conclusioni

Come affermato all'inizio, l'analisi contenuta in questo articolo si basa su due ipotesi.

La prima è che la disciplina del procedimento amministrativo codificata in Austria nel 1925 trova la sua origine effettiva nella creazione della giurisprudenza imperiale, poiché tutti gli istituti fondamentali e la struttura stessa del procedi-

Anwendung des geltenden Verwaltungsverfahrensrechts, Berlin, Beck, 1971.

79 La sua biografia si trova in G. Melis (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati* (1861 -1948), Milano, Giuffrè, 2006, Tomo II, pp. 1178 ss.

mento si ritrovano nelle sentenze del *Verwaltungsgerichtshof* pronunciate tra il 1876 e i primi due decenni del XX secolo. Questa ipotesi è stata dimostrata nel paragrafo 2 del presente articolo. Questa lettura porta a ripensare e ridefinire il "modello austriaco"[80], che non può più essere classificato come una creazione derivante direttamente e unicamente dall'approccio formalista e positivista kelseniano, poiché è chiaramente antecedente ad esso. Ne derivano una serie di implicazioni dogmatico-ricostruttive di non poca importanza. In particolare, l'importanza di una matrice filosofica diversa, insieme a una contestualizzazione storica rivista, consente di valutare da una prospettiva diversa, e quindi con risultati diversi, la natura "processuale" del procedimento e la genesi dei diritti in essa codificati. Invero, la disciplina risulta forgiata sul modello processuale perché era il substrato più familiare per i giudici del VwGH, volta a stabilire una tutela soggettiva, non meramente oggettiva come garanzia della legalità dell'azione amministrativa. Inoltre, a cascata, si dovrebbe quindi dedurre che la disciplina austriaca del procedimento amministrativo è caratterizzata dalla sua origine giurisprudenziale; che nella sua genesi si è ispirata a una matrice di diritto naturale; che è incentrata sulle garanzie da riconoscere ai privati, in primo luogo il *Parteiengehör*, che costituisce il fulcro su cui si ricostruisce la struttura morfologica di un modello procedurale.

La seconda ipotesi era che l'AVG fosse stata un archetipo per molti legislatori dell'Europa centrale dopo la prima guerra mondiale. Questa ipotesi è stata dimostrata nel paragrafo 3 dell'articolo. È emerso che lo studio dell'esperienza austriaca è fondamentale non solo per la creazione del modello in questione, ma anche perché ha contribuito all'affermazione dell'idea che una disciplina del procedimento amministrativo contribuisca alla buona amministrazione e alla garanzia dei diritti dei singoli. La diffusione dell'AVG è stata favorita dalla circolazione di molti studiosi e giudici dell'ex Impero austro-ungarico, che si sono trasferiti in altri paesi (o sono diventati cittadini di altri paesi pur rimanendo nello stesso luogo), diventando studiosi e giudici di altri Stati, portando con sé il loro background culturale giuridico.

80 Per una più ampia ricostruzione del modello austriaco, si rinvia a A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo. Il modello austriaco*., cit. spec. pp. 113 ss.

Lo sviluppo e la diffusione della legge generale austriaca sul procedimento amministrativo del 1925 hanno permesso di identificare due *legal transfers* che sono stati quasi dimenticati nel corso del tempo: un movimento nel tempo dalla giurisprudenza imperiale (basata sul diritto naturale) alla codificazione in una repubblica normativistica; e un movimento nello spazio dall'Austria all'Europa centrale e orientale durante il periodo tra le due guerre e oltre.

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

Flaminia Aperio Bella
Professoressa associata di Diritto amministrativo e pubblico presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre
flaminia.aperiobella@uniroma3.it

Il ruolo delle garanzie procedurali a un secolo dalla codificazione austriaca: sfide attuali nel prisma delle Autorità amministrative indipendenti

The Role of Procedural Safeguards a Century After the Austrian Codification: Contemporary Challenges in the Context of Independent Administrative Authorities

Sintesi

Muovendo da una ricostruzione in chiave storica della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa nelle maggiori tradizioni giuridiche occidentali, il contributo si sofferma sul ruolo assegnato al modello austriaco dagli studiosi italiani. La nuova luce posta dalla dottrina contemporanea su questo esemplare modello di «processualizzazione» delle regole del procedimento consente di proiettare entro i confini nazionali la verifica del rispetto di tale standard, con specifico riferimento al fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti. L'analisi prende criticamente in esame alcuni orientamenti che tendono a distorcere la funzione della procedura nello svolgimento delle diverse attività affidate alle *Authority*: da un lato, il «mito» della legalità procedurale quale sede di compensazione del deficit di legalità sostanziale nell'attività di regolazione; dall'altro, la discutibile tendenza ad accogliere una lettura sostanzialistica del diritto al contraddittorio nei procedimenti «singolari». Ne emerge la conclusione che l'ordinamento italiano è ancora lontano da una piena assimilazione del valore della procedura.

Abstract

Starting from a historical reconstruction of the «proceduralisation» of administrative action in the major Western legal traditions, the essay focuses on the role attributed to the Austrian model by Italian scholars. The renewed attention paid by contemporary scholarship to this exemplary model of the «judicialization» of administrative rules also makes it possible to assess, within the national context, the extent to which this standard is respected, with particular reference to the phenomenon of the Independent Administrative Authorities. The article critically examines certain interpretative trends that tend to misrepresent the function of procedure in the exercise of the various powers entrusted to these authorities: on the one hand, the «myth» of «procedural legality» as a means of compensating for a deficit of substantive legality in regulatory activity; on the other hand, the questionable tendency to accept a substantive reading of the right to be heard in «individual» administrative proceedings. The analysis ultimately concludes that the Italian legal system is still far from fully internalizing the value of procedure.

Parole chiave: procedura amministrativa – procedimento amministrativo- Autorità indipendenti – legalità procedurale – contraddittorio procedimentale.

Keywords: administrative procedure – administrative proceedings – independent authorities – procedural legality – adversarial principle in administrative proceedings.

Indice: 1. L'affermazione della centralità del procedimento amministrativo come tendenza comune - 2. La centralità del procedimento amministrativo nei maggiori ordinamenti giuridici occidentali e le peculiarità dell'esperienza austriaca - 3. Il confronto della dottrina italiana tradizionale con il modello austriaco - 4. Apporti dottrinali recenti sulla genesi della legge austriaca sul procedimento: riletture dell'ispirazione processuale - 5. Terreni di frizione tra procedimento e processo nel panorama ordinamentale odierno: il caso delle Autorità amministrative indipendenti - 6. Funzioni delle AAI e procedimento amministrativo: cenni storici - 7. Il mito della c.d. «legalità procedurale». - 8. Il nodo della partecipazione nei (diversi) procedimenti «singolari»: suggestioni guardando al modello austriaco - 9. Spunti conclusivi

1. L'affermazione della centralità del procedimento amministrativo come tendenza comune

Un dato che può considerarsi assodato nella riflessione scientifica giuspubblicistica attiene alla tendenza alla procedimentalizzazione delle decisioni pubbliche. Si tratta di una tendenza generale, anzi generalissima, che coinvolge tutte le

istituzioni delle democrazie liberali[1]. A differenza di quanto accade per i processi decisionali delle organizzazioni private, che sono regolati solo nei momenti, per così dire, «apicali» (si pensi agli atti costitutivi, alla scelta dei componenti degli organi collegiali o all'approvazione dei bilanci), per le istituzioni pubbliche l'*iter* decisionale assume un'importanza fondamentale[2]. Nell'attività dei parlamenti, il procedimento è il cuore del confronto tra le diverse forze politiche. Nell'attività delle corti, lo è il processo. Lo stesso vale per l'attività di cura del pubblico interesse cui è funzionalizzata l'amministrazione.

Non a caso Aldo Mazzini Sandulli, cui dobbiamo la prima ricostruzione dogmatica del procedimento amministrativo nel nostro Paese (1940), prese le mosse proprio dalla diffusa rilevanza del procedimento in ambito legislativo e, ancor più, processuale, per conferire una sistemazione unitaria al fenomeno[3].

Il contributo originale della dottrina italiana allo sviluppo del procedimento amministrativo consentì ad altri eminenti Studiosi (come Benvenuti, Pastori e Nigro nonché, tra i processual-civilisti, Fazzalari) di costruire sul modello teorico consegnato da A.M. Sandulli, così contribuendo, ciascuno con il proprio apporto, a fare del procedimento un istituto centrale del diritto amministrativo[4], paradigma su cui misurare un nuovo modo di intendere i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione[5].

---

1 N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, tr. it. a cura di A. Febbrajo, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995.

2 G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, 2019, 63.

3 A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 1940.

4 F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub*., 1952, II, 1, 118 ss., oggi in Scritti giuridici, Milano, 2006, 1117 ss; G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964; M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc*., 1980, oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 1429 ss.; E. Fazzalari, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc*. civ., 1958, 757 ss.; Id., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir*., XXXV, Milano, 1986, 821 ss.. Sull'importanza degli studi riguardanti il procedimento nella dottrina italiana, A. Massera, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm*., 4/2010, 761 ss.

5 F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 3223 ss.

Da questo orizzonte concettuale è scaturita, non senza ripensamenti e battute d'arresto, la le. 7 agosto 1990, n. 241, frutto maturo di un dibattito che ha concepito il procedimento come sede di emersione degli interessi in gioco e come strumento essenziale di garanzia del privato nei confronti dell'arbitrio del potere amministrativo. In tale rinnovata prospettiva, le funzioni assolte dal procedimento amministrativo si moltiplicano: strumento di garanzia dei diritti e degli interessi degli amministrati, ma anche mezzo per assicurare che la «voce» di questi ultimi espressa nel procedimento possa influenzare i contenuti della decisione finale[6], nonché strumento «ordinante» sul piano organizzativo[7] e forma di legittimazione del potere.

La centralità del procedimento non si arresta, però, entro i confini nazionali, risultando confermata dalla esperienza di molti ordinamenti occidentali in ordine all'emanazione di una legge generale sul procedimento amministrativo.

2. La centralità del procedimento amministrativo nei maggiori ordinamenti giuridici occidentali e le peculiarità dell'esperienza austriaca

In alcune esperienze nazionali la previsione di regole generali del procedimento cui sottoporre l'agire amministrativo ha trovato un riconoscimento legislativo, sia pur embrionale, in tempi molto risalenti: è il caso della legislazione spagnola sulla procedura amministrativa del 1889[8] nonché, guardando all'Italia

---

6 M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1980*,* oggi in M. Nigro, *Scritti giuridici*, Vol. II, Milano, 1996, p. 1413 ss. Più di recente, M.A. Sandulli, *Presentazione. Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione: un difficile contemperamento fra accelerazione e garanzie*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2000, 5 ss.; Id., *Introduzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017; M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2000, 1.

7 F. Benvenuti, *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in *Le Ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, 1723 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 4382 ss. e già G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; Id., *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986.

8 Si trattò di una legge base (per così dire una legge-quadro) che dettava i principi unitari entro cui dovevano muoversi i regolamenti che ciascun Ministero era autorizzato ed emanare in materia. Tra questi figuravano alcuni principi generali ripresi dalla codificazione del 1958 (*Ley de procedimiento administrativo*) come l'audizione obbligatoria delle parti, l'esame degli atti, la

post-unitaria, dell'art. 3 dell'Allegato E della legge 2248 del 1865 (c.d. legge abolitrice del contenzioso amministrativo o l.a.c.), che già conteneva il « germe» di alcune garanzie procedurali imposte alla p.A.[9]. Si trattava di interventi legislativi che ebbero una scarsa eco o che, come accadde nel nostro Paese, furono disattesi in via interpretativa. Interrogandosi sulle ragioni del fenomeno, Mario Nigro rilevò, molti anni dopo, che le garanzie procedimentali sono destinate ad acquistare rilievo in un Paese in cui l'amministrazione abbia un elevato senso di giustizia (e si consideri essa la prima fonte di tale giustizia), il cittadino piena coscienza dei suoi diritti, e, a custodia di tutti, (amministrazione compresa), operi un giudice indipendente: tutti questi elementi mancavano nell'Italia dell'epoca e quindi la soluzione era utopistica[10].

Maggiore seguito hanno avuto le esperienze legislative del '900.

Particolarmente raffinata è stata la codificazione austriaca del procedimento amministrativo del 1925, su cui si tornerà ampiamente *infra*. Creazione di Mannlicher e di Coreth[11], costruita sul bagaglio della sistematizzazione della giurisprudenza operata da Tezner[12], la legge generale austriaca riproduceva « *quanto del codice di procedura civile era utilizzabile anche per i procedimenti amministrativi*»[13]. Da un punto di vista strutturale, vi erano cinque apparati normativi: una legge generale sul procedimento amministrativo, una legge sul procedimento amministrativo penale – cioè sulle contravvenzioni amministrative –, una legge sul procedimento amministrativo d'esecuzione e una legge sulla semplificazione delle

---

notificazione dell'atto come presupposto di efficiacia dello stesso. Non mancava, però, una notevole incertezza in tutta la parte relativa ai ricorsi, alla valutazione del silenzio della p.A. e alla determinazione dei termini. Tali inconvenienti, in una con la complessità del quadro del diritto positivo, furono risolti solo con già citata codificazione del secondo dopoguerra (in argomento G. Pastori, *La procedura amministrativa*, cit. 384-387).

9 In particolare, l'art. 3 l.a.c. disponeva che le autorità amministrative provvedessero con «*decreti motivati*», oltre che previa ammissione delle «*deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti*» e «*previo parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti*».

10 M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 65.

11 E. Mannlicher, E. Coreth, *Die Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung*, Vienna, 1926.

12 F. Tezner, *Das Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Vienna, 1896.

13 Così H. Schima, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 757 ss.. In argomento *amplius* H. Schäffer, *Il procedimento amministrativo in Austria nel XIX e XX secolo (evoluzione, struttura, filosofia)*, in A. Giuliani, N. Picardi (a cura di), *L'educazione giuridica, VI – Modelli storici della procedura continentale*, II, Napoli, 1994, p. 587 ss.

leggi amministrative, precedute da una « legge d'introduzione alle leggi sul procedimento amministrativo», deputata a stabilire a quali procedimenti andasse applicata ciascuna legge procedimentale. Il tratto distintivo della legislazione austriaca e del modello di procedura da essa prodotto è stato tradizionalmente individuato nel relativo carattere «giudiziale», ossia plasmato strutturalmente sul processo[14].

Altri sistemi hanno avvertito l'esigenza di dotarsi di una legislazione generale sull'azione amministrativa solo in tempi recenti: la Francia, ad esempio, si è dotata di una legislazione generale delle regole del procedimento solo nel 2015. Una legge generale sull'azione amministrativa ancora manca invece, nonostante alcune proposte parlamentari[15], a livello UE[16].

Discorso a parte meritano le tradizioni di *common law*, ove il riferimento più immediato va all'*Administrative Procedure Act* statunitense del 1946 (su cui si tornerà *infra*), ma non può essere trascurato l'apporto dei ben più risalenti principi anglosassoni dell'*audi alteram partem*, o del *right to be heard*, che, nella tradizione britannica, è ricondotto alla *natural justice*, cioè a un nucleo di garanzie che vanno comunque assicurate all'amministrato, indipendentemente da quanto previsto nelle leggi e riconosciute dalla giurisprudenza delle Corti inglesi fin dal Seicento[17]. Coerentemente con la propria tradizione, nel Regno Unito non è mai stato avvertito il bisogno di passare per l'approvazione di una legge generale sul procedimento amministrativo, sicché, a tutt'oggi, il riconoscimento di adeguate garanzie procedurali è assicurato dall'applicazione dei riferiti principi ge-

14 G. Pastori, *La procedura amministrativa*, cit., 95 ss.

15 Cfr. risoluzione del 15 gennaio 2013 (2012/2024(INL)) con cui il Parlamento europeo ha raccomandato alla Commissione la presentazione di un regolamento in materia di procedimenti amministrativi dell'UE.

16 In argomento, senza pretese di completezza, cfr. S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. Bignami-S. Cassese (a cura di) *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, pp. 31 ss.; G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in M.P. Chiti-G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 497 ss. Per la proposta di codificazione G. della Cananea-D.U. Galetta, *Codice Reneual del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, Napoli, 2016.

17 M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce'* cit.. Per uno studio recente che dimostra ampiamente la collocazione temporale della nascita del diritto amministrativo nel Regno Unito in quegli anni, cfr. P. Craig, *English Administrative Law from 1550: Continuity and change*, Oxford, 2024.

nerali di *due process* di *common law*, oltre che dalle scarne norme riferite alle singole agenzie.

Pare significativo, tornando all'esperienza italiana, che, al di là del citato disposto dell'art. 3 l.a.c., ben presto « disapplicato» dagli interpreti, la regolamentazione dell'esercizio dei poteri amministrativi sia rimasta per decenni circoscritta a peculiari tipologie di provvedimenti (espropriazione, pubblico impiego, tributi), la cui emanazione veniva fatta precedere da una serie di adempimenti o formalità *lato sensu* procedurali, a loro volta suscettibili di riflettersi – se carenti – sulla (il)legittimità del provvedimento finale. Per lunghi anni, dunque, le regole procedimentali, lungi dal rivestire una rilevanza autonoma, sono state lette e valorizzate esclusivamente in vista della tutela giurisdizionale ottenibile nei confronti dell'atto che precedevano e circoscritte a settori determinati.

3. Il confronto della dottrina italiana tradizionale con il modello austriaco

Passate velocemente in rassegna le esperienze di codificazione di alcuni dei maggiori Paesi occidentali, ai fini di uno studio che si prefigga di valorizzare, a un secolo dalla relativa codificazione, l'apporto delle leggi austriache sul procedimento, appare proficuo tornare entro i confini nazionali per proporre un'osservazione del modello austriaco con gli occhi della dottrina italiana.

Tale prospettiva rivela come il riconoscimento delle esperienze di altri ordinamenti e il confronto con esse (i.e. l'applicazione del metodo comparato nello studio del procedimento amministrativo) abbia incontrato fortune alterne, anche e soprattutto con specifico riguardo all'esperienza austriaca[18].

---

18 Oltre agli studi di A.M. Sandulli e di G. Pastori di cui si tratterà ampiamente *infra* in ragione della particolare attenzione dedicata all'esperienza austriaca, per una riflessione in chiave comparata sul procedimento amministrativo v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 3 ed., Milano, 1993, 93, che nondimeno dedica uno spazio marginale alla codificazione austriaca, non diversamente da M. D'Alberti, che concentra su altre realtà nazionali le proprie riflessioni (*Diritto amministrativo comparato, trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, I. ed., Bologna, 1992, con riflessioni riadattate alle evoluzioni del contesto in Id., *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, 2019). Si vedano, inoltre, L. Torchia (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, 1993; S. Cassese, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in Foro it., 1993, V, 27 ss.; R. Caranta, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. disc. pub.*, XI, Torino, 1995, 604; A,

Prendendo le mosse dal già citato volume «*Il procedimento amministrativo*», merita ricordare che Aldo Mazzini Sandulli, pur costruendo sugli studi di Cammeo, Miele e Forti, identificò principalmente nelle riflessioni dei processualisti (si allude, soprattutto, al Sistema di diritto processuale civile di Carnelutti del '36) gli spunti più utili allo studio del procedimento amministrativo, per ciò che avevano contribuito a concettualizzare il processo inteso come quella serie di attività, poste espressamente in essere dall'uomo e susseguentisi in regolare successione per il raggiungimento di un determinate effetto[19]. Riposa, dunque, proprio sugli studi sul processo, quella che può essere definita come la prima compiuta ricostruzione dogmatica italiana sul procedimento amministrativo in senso formale, ossia come «*nozione che abbraccia l'aspetto dinamico del fenomeno, che si concreta in più momenti nel tempo*».

Massera (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007 e ivi in particolare F. Merusi, *Il procedimento irrealizzato. Dalla legislazione austriaca del 1925 ai giorni nostri*, 11 ss.; G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007. Più di recente G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, cit.. Occorre poi dare conto, tra le più generali trattazioni dedicate al diritto amministrativo comparato, quelle che si dedicano specificamente ai temi del procedimento, pur senza riservare uno spazio particolare all'esperienza austriaca: R. Scarciglia, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, 2020 e già Id., *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2016. Sempre rimanendo ai volumi dedicati alla tematica considerata nelle sue linee generali e volgendo lo sguardo alla dottrina straniera, si veda R.J.G.H. Serden (eds.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States: A Comparative Analysis*, Cambridge, 2007 (ult. ed. 2012); S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Londra, 2010, in edizione riveduta nel 2019 a cura di S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, B. Emerson, M. Ruffert (ed.), *Administrative Law in Europe: Between Common Principles and National Traditions*, Amsterdam, 2013. Non possono obliterarsi, da ultimo, i capitoli dedicati al diritto amministrativo nell'ambito di più ampi lavori dedicati alla comparazione (*ex multis* F. Bignami, *Comparative Administrative Law*, in M. Bussani - U. Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, 145 ss.). Sulle ragioni della limitata diffusione del modello austriaco v. oggi i già richiamati studi di A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo: il modello austriaco*, Napoli, 2020 nonché successivamente lo studio G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (eds.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and oblivion (1920-1970)*, Oxford, 2023.

19 Sull'impatto anche culturale che ebbe il Volume si veda A. Romano, *Il procedimento amministrativo e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Il magistero scientifico di Aldo M. Sandulli nel centenario dalla nascita*, Napoli, 2015, p. 93 ss.

Per quanto qui specificamente interessa, vista tale impostazione, sarebbe apparso logico che il Sandulli attingesse dalla dottrina austriaca che aveva considerato il problema del procedimento dallo stesso punto di vista della dottrina processualistica e che, come ricordato, aveva condotto a una legislazione diretta specificamente ad avvicinare il più possibile lo svolgersi del procedimento amministrativo a quello giudiziario «*in modo da assicurare al cittadino, di fronte alla pubblica amministrazione, garanzie non inferiori a quelle che a lui vengono accordate nello svolgimento della funzione giurisdizionale*»[20]. La ragione per la quale Sandulli scartò tale opzione ricostruttiva, preferendo muovere dalla teorica dell'atto complesso sono, a ben guardare, legate al panorama normativo, politico e culturale di quel tempo: il contesto ancora acerbo in cui si muoveva l'Autore lo spinse evidentemente a cercare una sistemazione unitaria della materia più che valorizzare a pieno il risultato, non tanto tecnico quanto politico, che l'avvicinamento strutturale tra il procedimento e il processo avrebbe potuto portare tramite l'inserimento di una forma di «contraddittorio» nel procedimento[21]. Ciò non gli impedì, nondimeno, di affermare, nelle premesse al suo lavoro, «*la fruttuosità di una eventuale trattazione unitaria del fenomeno procedurale in tutto il diritto pubblico*», cui l'illustre Autore ricollegava il virtuoso effetto di consentire la comunicabilità di principi «*il cui impiego probabilmente, più che essere limitato alla sfera giuridica cui oggi la tecnica lo restringe, potrebbe trovare utile rispondenza in tutti i casi in cui sia dato riscontrare una situazione giuridica, la quale si venga progressivamente svolgendo nel tempo*»[22].

Si colloca alla fine degli anni '60 l'imponente opera con cui Giorgio Pastori, accogliendo gli auspici dei predecessori, si cimentò in una ricostruzione generale della procedura amministrativa per gli atti di natura autoritativa, confrontando le procedure amministrative di ben diciotto ordinamenti alla ricerca di principi comuni[23]. La ricerca, commissionata in un momento storico in cui il disegno

20 Così H. Schima, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, cit., 757 ss.. Sulle ragioni della limitata diffusione del modello austriaco v. oggi A. Ferrari Zumbini, *Alle origini*, cit., lo studio curato da G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (eds.), *The Austrian Codification*, cit.

21 Sia consentito rinviare, *amplius*, a F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo*, cit. 76.

22 Così A.M. Sandulli, *Il procedimento*, cit., 14 ss., nota 25.

23 G. Pastori, *La procedura amministrativa*, cit.

di legge relativo all'introduzione di una normativa generale sul procedimento amministrativo era da tempo «all'ordine del giorno»[24], ci restituisce tre diverse concezioni o «fasi» nell'approccio legislativo alla procedura amministrativa. In una prima fase, denominata «concezione economico-organizzativa», la procedura viene percepita come fenomeno «accessorio» e «sporadico», determinato caso per caso, in relazione alle posizioni sostanziali su cui l'atto va ad incidere. Nella seconda fase, della c.d. «concezione giuridica», il legislatore abbraccia un concetto di procedura di rilevanza più generale, benché improntata sull'esigenza di tutela del privato nei confronti del potere pubblico e dunque diretta eminentemente a valorizzare i principi di legalità e giustizia sostanziale quali presidi di attività amministrative postulanti un «contrasto» con le posizioni degli amministrati. I limiti della concezione giuridica, nella ricostruzione dell'Autore, emergono insieme con l'emersione di notevoli deroghe ai principi di procedura, guidate dalla preminenza dell'interesse pubblico (il metodo acquisitivo, il giudicato solo formale e, in ultima analisi, l'applicazione solo eventuale e limitata dei principi del processo giurisdizionale). Ne discende un tendenziale avvicinamento della concezione giuridica del procedimento a quella economico-organizzativa, dal momento che la procedura, lungi dal ricevere una teorizzazione generale, risultava anche in questo caso imposta a seconda del contenuto del provvedimento, ossia solo in

24 Fin dall'11 ottobre 1944, infatti, l'allora Presidente del Consiglio on. Bonomi istituiva una commissione di studi extraparlamentare presieduta da Ugo Forti per la riforma dell'amministrazione, attribuendole, tra l'altro, «il compito della compilazione di una legge generale sulla pubblica amministrazione che raccolga i principi generali, sia pur limitati, comuni ai vari rami di legislazione amministrativa». I lavori furono interrotti dall'intervenuta elezione dell'Assemblea costituente in attesa di tradurre in principi legislativi i nuovi principi costituzionali dello Stato introdotti nella Costituzione. Il neo istituito Ufficio per la riforma amministrativa presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri licenziò un disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati alla seduta del 18 luglio 1956 che tuttavia attese invano di essere preso in considerazione definitiva. Sulle iniziative promosse in sede scientifica e governativa, sui diversi studi preliminari e i numerosi disegni di legge pubblicati fin dagli anni immediatamente successivi alla Costituzione, a testimonianza della necessità dell'emanazione di una legge che disciplinasse in via generale il modo di svolgimento dell'attività amministrativa, per tutti, E. Cardi, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur*., XXIV, Roma, 1991, 3 ss.; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, spec. 53 e ss.; R. Villata, G. Sala, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pub*., XI, Torino, 1996, 579 ss.; A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, parte generale, II, Milano, 2000.

presenza di effetti sfavorevoli per il privato.

Nella terza e più avanzata fase individuata da Pastori nella c.d. «concezione costituzionale», il legislatore si fa carico di una disciplina globale della «procedura», che diviene fenomeno autonomo, integralmente assimilato dall'ordinamento, nonché privilegiato strumento per conseguire gli obiettivi posti a livello ordinamentale. Nella prospettiva dell'Autore, tale ultima prospettiva spinge a superare la teorizzazione della procedura come fonte di tutela del privato, sostituendo alla classica contrapposizione tra amministrazione e privato, una loro «collaborazione»[25]. In altri termini, si teorizza un'evoluzione della funzione della procedura: da terreno di tutela del privato a terreno di collaborazione tra privato e pubblico potere. In tale contesto, il potenziamento del procedimento diventa una forma di legittimazione del potere e uno strumento per ottenerne l'obiettivizzazione[26].

Se, per riconoscimento dello stesso Pastori, non è sempre possibile ricondurre integralmente lo sviluppo delle norme legislative di procedura di ciascun Paese all'una o all'altra concezione, tanto che si dubita dell'esistenza stessa, nella realtà giuridica, di un modello «puro» di procedura, è indubbio che l'Autore individui proprio nel sistema austriaco, insieme a quello statunitense, i «prototipi»[27] cui ispirare l'auspicata codificazione generale delle leggi sulla disciplina generale della funzione amministrativa nel nostro Paese[28].

---

25 Nell'accezione «collaborativa» proposta da Pastori la procedura deve assicurare la possibilità di partecipazione al privato in misura simile (quindi formalmente immutata), se non maggiore rispetto a quella offerta in un'ottica garantista. Si tende quindi ad estendere, all'interno della procedura, la possibilità di acquisire documentazioni, osservazioni, produzioni, che servano a consentire un risultato materialmente obiettivo con la collaborazione della parte, che tuttavia rimane libera di scegliere se offrire o meno la propria collaborazione. Sia consentito rinviare, per più ampi riferimenti, a F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 89 ss.

26 G. Pastori, cit., in cui ridondano le prospettive di F. Benvenuti, già espresse in *Il diritto pubblico dell'economia. L'organizzazione*, Milano, 1958.

27 G. Pastori, cit., 547.

28 *Ibidem*, 548. L'Autore rileva, in particolare, che al fine di «*riportare il diritto dell'amministrazione su un piano di maggiore efficienza e di consonità ai tempi occorra provvedere, e urgentemente provvedere, ad introdurre nel diritto amministrativo sostanziale quella disciplina generale della funzione che sta alla base del diritto costituzionale e di quello giudiziario, in modo da portarne il campo materiale all'unità dei principi e all'uniformità delle norme (che è, ovviamente, garanzia di giustizia sostanziale) e in modo da riportare, nel campo giurisdizionale, il*

Nelle conclusioni del suo lavoro, Pastori sottolinea significativamente che, nei due ordinamenti presi a modello, il conferimento all'amministrazione di una disciplina procedurale unitaria abbia condotto all'affermazione di un diritto di partecipazione dei cittadini all'esercizio del potere amministrativo[29], con conseguente innalzamento del livello dell'attività amministrativa «*su un piano di altissima civiltà e perciò su un piano di altissimo livello politico e morale*» [30]. Nel pensiero dell'Autore, risulta esplicito, in particolare, il collegamento tra la disciplina unitaria del procedimento amministrativo e il conseguimento di obiettivi di giustizia, efficienza, nonché di garanzia della democraticità dell'*agere* pubblico[31].

Anche la dottrina processualistica, dal canto suo, fece tesoro dell'esperienza austriaca e, vista la diffusione dello schema processuale, si sentì investita dello specifico compito[32] di sistematizzare e ricondurre a unità le ipotesi in cui le forme del processo, o parti di esso, venivano impiegate per disciplinare attività diverse da quelle giurisdizionali. La riferita dottrina guardava con favore la svolta garantista che aveva portato a traslare, al di fuori dell'ambito giurisdizionale, forme processuali, viste come rimedi, magari preventivi ed *extra ordinem*, contro gli eventuali abusi[33], ma al contempo ne evidenziava i rischi. L'apporto della dottrina in analisi si concentrò, da un lato, nella delimitazione «verso il basso» del concetto di processo in modo da distinguerlo dalle forme che si limitavano ad imitarlo, ossia quelle «*forme diminuite che se processuali non sono, tuttavia non vanno del tutto ripudiate, costituendo un apprezzabile principio di guarentigia*», nonché, dall'altro, nell'individuazione di principi processuali meritevoli di essere trasmessi al di fuori dell'ambito giurisdizionale[34].

La legge n. 241/1990, intervenendo diversi anni dopo tali apporti dottrinali, si è collocata in un momento in cui l'interesse per la legislazione austriaca sul

sindacato dei giudici alle più ristrette misure che gli sono proprie e che possono consentirgli la più efficace e penetrante tutela delle posizioni giuridiche dei cittadini» (545-546).

29 G. Pastori, 550.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*, 551.

32 E. Fazzalari, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 757 ss.

33 E. Fazzalari, op. cit., 867.

34 E. Fazzalari, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 821 ss.,

procedimento era decisamente diminuito, tant'è che non risulta ispirata a tale modello, rappresentando piuttosto il riflesso di una cultura giuridica interna al nostro ordinamento[35].

4. Apporti dottrinali recenti sulla genesi della legge austriaca sul procedimento: riletture dell'ispirazione processuale

Come già accennato, studi recenti hanno riconsiderato la legislazione austriaca sul procedimento amministrativo, approfondendo il relativo rapporto con la giurisprudenza precedente e schiudendo, per tale via, nuove prospettive di osservazione del modello.

In particolare, dall'attento raffronto con le pronunce rese dalla Corte amministrativa dell'Impero austro-ungarico sin dalla fine dell'Ottocento, è emerso che il Codice contenga una trasposizione di istituti e principi già enucleati da lungo corso dalla giurisprudenza, attingendo dal modello processuale[36]. Ne discende che la codificazione, piuttosto che rappresentare una consapevole opzione per il normativismo kelseniano, che, come noto, affonda le sue radici nella bipartizione delle funzioni dello Stato tra *legis-latio* e *legis-executio*, con conseguente avvicinamento di giudice e amministrazione nel relativo rapporto con la legge[37],

---

35 Condivisibilmente, M.P. Chiti, *The Austrian 1925 General Administrative Procedure Act. A View from Italy*, in G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (eds.), *The Austrian Codification*, cit., 179 ss., qui 180.

36 A. Ferrari Zumbini, *Alle origini*, cit., nonché lo studio curato da G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (eds.), *The Austrian Codification*, cit.. Per i primi risultati dell'analisi giurisprudenziale cfr. A. Ferrari Zumbini, *Judicial Review of Administrative Action in the Austro-Hungarian Empire. The Formative Years (1890-1910)*, in *It. Jour. Pub. Law*, 1/2018, 9 ss. Enfatizzava il rapporto di continuità tra le codificazioni del 1925 e la giurisprudenza del *Verwaltungsgerichtshof* già G. Pastori, *La procedura*, 95, ove pure si valorizza l'opera di sistemazione e teorizzazione di tali arresti condotta dal Tezner, Presidente di quel Tribunale per molti anni (per tutti, F. Tezner, *Das Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, cit.), poi esaurientemente esplorata nei riferiti studi degli ultimi anni.

37 Si deve, come noto, ad H. Kelsen la netta bipartizione tra potere legislativo ed esecutivo, costruita sul fondamento logico-analitico – e non più assiologico – della necessaria «priorità» del primo sul secondo. In particolare, muovendo dall'assunto che può essere applicata solo una regola esistente, nel pensiero dell'A. detta regola deve essere creata prima di poter essere eseguita e solo al momento della creazione della regola diventa possibile una sua applicazione. La descritta ricostruzione e la conseguente affermazione dell'antecedenza logica del potere legislativo, ha avuto il merito di spostare il momento genetico del potere non più al suo esercizio da parte del governo, ma piuttosto alla posizione del comando da parte dell'organo rappresentativo della volontà

pare esprimere una diversa matrice ideologica. I princìpi e le regole dell'azione amministrativa, in particolare, sono stati forgiati sul modello processuale perché esso rappresentava il substrato più familiare per i giudici del *Verwaltungsgerichtshof*; la relativa trasposizione in diritto positivo avvenuta nel 1925 discese non solo e non tanto da uno spontaneo impulso ad assicurare la certezza del diritto in ottica normativistica, bensì da fattori esterni, come l'esigenza di adempiere agli obblighi assunti nelle contingenze post-belliche[38]. In tale rinnovata prospettiva, peraltro, si apprezza e valorizza il contributo della codificazione quale fonte di investitura formale dei cittadini dello *status* di soggetti di diritti nella procedura amministrativa[39].

In ultima analisi, il modello procedimentale austriaco si presta a una rinnovata lettura: se si è rivelato per decenni adeguato e confacente a un formalismo procedimentale di stampo normativista, volto a garantire la legalità dell'azione amministrativa, oggi si dimostra pienamente rispondente a una concezione sostanziale di tutela procedimentale dei diritti dei singoli in prospettiva di tutela soggettiva[40].

Senza poter approfondire in questa sede tutti i risultati emersi dalla richiamata «rilettura» del modello austriaco e delle sue origini, ciò che preme evidenziare è che la «processualizzazione» del procedimento amministrativo avvenuta in quell'ordinamento assume un nuovo volto, anche alla luce della valorizzazione delle significative «deviazioni» rispetto al modello processuale, giustificate dalla

---

popolare. Ne è disceso, in successive riflessioni dell'A., l'individuazione di un rapporto di diretta proporzionalità tra estensione della legislazione in materia amministrativa e la diminuzione dell'arbitrio del monarca, con conseguente affermazione della volontà del Parlamento («Quanto più importanti diventano gl'interessi individuali sui quali incidono le leggi amministrative, quanto maggiore è il potere del parlamento nei confronti del monarca comprensibilmente interessato alla discrezionalità degli organi amministrativi a lui sottoposti, tanto più il procedimento amministrativo si conforma a quello giudiziario», H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, qui consultato in G. Ceraci (a cura di), Milano, 1982, 104 ss.). Per approfondimenti su procedimento, processo e separazione dei poteri sia consentito rinviare a F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, cit. 31 ss.

38 Per l'affermazione che la spinta decisiva alla codificazione provenne dalle contingenze post-belliche cfr. G. Pastori, 96 e *amplius* A. Ferrari Zumbini, *Alle origini*, 85 ss.

39 A. Ferrari Zumbini, cit. 85 e 119

40 A. Ferrari Zumbini, cit. 123.

diversa funzione assolta dal procedimento[41]. Spogliata della matrice assiologicamente difensiva, la regolazione procedurale austriaca con specifico riferimento ai diritti di partecipazione (il *Parteiengehör*) dimostra di assolvere (come già intuito da Pastori) anche a una funzione collaborativa. Ciò emerge, ad esempio, dalla disciplina del procedimento istruttorio, diretto al duplice scopo di tutelare i diritti delle parti e accertare la verità dei fatti[42].

5. Terreni di frizione tra procedimento e processo nel panorama ordinamentale odierno: il caso delle Autorità amministrative indipendenti

Dalla selezione, sia pure incompleta, della letteratura illustrata nelle pagine che precedono emergono diversi limiti alla sovrapponibilità del procedimento al processo. In particolare, se la «contaminazione» del procedimento con le regole processuali è indubbiamente auspicabile nella misura in cui queste ultime contribuiscano effettivamente a «*segnare un apprezzabile principio di guarentigia*»[43], essa può esporre a rischi. Del resto, una «congiunzione» (*rectius* «confusione») tra le due funzioni non risultava, come visto, auspicata nemmeno dai promotori del modello procedimentale austriaco.

Il panorama attuale conferma questa lettura, offrendo alcuni terreni di frizione paradigmatici, significativamente legati alla figura delle Autorità amministrative indipendenti (di seguito anche «AAI»), modello organizzativo funzionale che sfida la tradizionale tripartizione tra i poteri dello Stato, giustamente identificato dalla dottrina come uno dei maggiori fattori innovativi nel panorama del diritto costituzionale e amministrativo e nel quadro delle garanzie dei diritti e de-

41 Tratti di discontinuità passati in attenta rassegna in A. Ferrari Zumbini, cit. 103 ss. Più in generale, sulle differenze tra forma dell'esercizio della funzione amministrativa e forma dell'esercizio della funzione giurisdizionale si veda F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo*, cit., 98 ss. nonché, con specifico riferimento ai moti di avvicinamento tra i due stilemi a valle dell'entrata in vigore della l. n. 241/1990, 111 ss. nonché A. Clini, *La giusta procedura nella funzione amministrativa e giurisdizionale*, in Aa. Vv. *Procedura, procedimento e processo. Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007*, Padova, 2010, 129 ss. e M. Bellavista, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, ivi, 250 ss., in particolare, 267 ss. e già Id., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte prima: Contenuto e struttura*, Padova, 2012.

42 A. Ferrari Zumbini, cit. 97 ove, in tale prospettiva, si richiama il testo dell'art. 37 della *Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz* (AVG).

43 E. Fazzalari, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, cit., p. 868.

gli interessi[44], anche sul fronte procedurale.

Tali soggetti pubblici conosciuti da secoli in altre realtà ordinamentali[45] e di cui si è registrato «l'erompere» nel nostro ordinamento soltanto a partire dagli anni '90[46], si caratterizzano infatti, come noto, per essere posti al di fuori dell'amministrazione tradizionale, configurati in modo da non dipendere o da dipendere solo parzialmente dal Governo e composti da organi di vertice con elevate capacità tecniche e professionali, chiamati a regolare, controllare e giudicare determinati settori[47]. Proprio per tali loro caratteristiche, le autorità indipendenti

44 M. D'Alberti, *Le autorità indipendenti: quali garanzie?* in L. Lanfranchi (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 158.

45 Per una ricostruzione dell'emersione e sviluppo del modello delle *indipendent agencies* in USA a partire da fine '800, nonché per una demarcazione dei tratti distintivi rispetto al modello affermatosi in Europa, cfr. M. D'Alberti, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1995, p. 1 ss. Più di recente, per un bilancio a trent'anni dalla diffusione del modello in Italia, cfr. G. Napolitano, *A trent'anni dal 'trapianto' delle autorità indipendenti in Italia: innesto riuscito o crisi di rigetto?*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Milano, 2022, p. 188 ss.

46 Il riferimento va evidentemente ad A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, che costituisce ancora oggi una lettura obbligata per lo studioso che voglia occuparsi del tema (come recentemente ricordato da L. Torchia, *Il contributo di Alberto Predieri agli studi sulle autorità indipendenti e sulle banche centrali*, in G. Morbidelli (a cura di) *Alberto Predieri: percorsi, profili, insegnamenti*, Bologna, 2022).

47 In argomento, senza pretese di completezza, C. Franchini, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1988, p. 549 ss.; A. Massera, *«Autonomia» e «indipendenza» nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, p. 449 ss.; G. Vesperini, Le *funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc.*, 1990, I, p. 415 ss.; F. Roversi-Monaco, *Note su alcune autorità garanti e sulla tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 257 ss.; F. Bassi, F. Merusi (a cura di) *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993 e ivi in particolare, per un inquadramento generale, V. Cerulli Irelli, *Premesse problematiche allo studio delle «amministrazioni indipendenti»*, 27 ss.; M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; M. D'Alberti, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, cit.; S. Cassese, C. Franchini (a cura di) *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; G. Morbidelli, *Procedimenti amministrativi delle «Authorities»*, in A. Predieri (a cura di) *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, p. 209 ss.; M. Manetti, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1997, p. 6 ss; F. Merloni, *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 639 ss.; V. Amato, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, p. 645 ss.; G. Vesperini, G. Napolitano, *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998; P. Perlingeri (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, Napoli, 1999; M. De Benedetto, *Autorità indipendenti*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006,

hanno messo alla prova molte delle categorie tradizionali, non ultimo, il confine tra amministrazione e giudice[48] e tra procedimento e processo, offrendo una prospettiva privilegiata per proiettare sul fronte dell'attualità la riflessione generale condotta nelle pagine che precedono.

6. Funzioni delle AAI e procedimento amministrativo: cenni storici

Se è vero, come visto sin dalle pagine introduttive delle presenti riflessioni, che la procedimentalizzazione è un tratto che accomuna ogni forma di esercizio delle funzioni dello Stato (nell'attività dei parlamenti il procedimento è il cuore del confronto tra le diverse forze politiche, nell'attività delle corti, lo è il processo), manifestandosi in modo peculiare in seno all'amministrazione pubblica, il fenomeno assume una pregnanza decisiva quando vengano in rilievo le AAI.

Per verificare tale assunto, pare utile evocare un dato storico.

---

p. 588 ss. Tra i lavori monografici M. Passaro, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; S. Foà, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, p. 265; M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; M. Manetti, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; G.P. Cirillo, R. Chieppa, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010; F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011; R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012. Più di recente, P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli, 2018; N. Vettori, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*, Napoli, 2024.

48 Si allude all'ordinanza del 3 maggio 2018, n. 1, con cui l'AGCM, qualificandosi (per la prima volta) come autorità giurisdizionale «ai limitati fini» degli artt. 1, l. cost, n. 1 del 1948 e 23, l. n. 87 del 1953, ha sollevato questione di l.c. (sull'ordinanza sia consentito rinviare a F. Aperio Bella, «*Ceci n'est pas une note de jurisprudence*»: *riflessioni critiche a margine del tentativo dell'AGCM di farsi giudice a quo*, in *Dir. e soc*., n. 2/2018, p. 281 ss. e alla dottrina ivi citata). Il tentativo descritto è stato, come noto, arginato dalla Consulta, che, con la importante sentenza n. 13/2019, al netto dell'indiscussa imparzialità e indipendenza assicurata da questa Autorità, tanto sul piano soggettivo (come garantito dalle regole di nomina), che alla luce del contraddittorio rinforzato applicato nei suoi procedimenti, ha escluso la relativa assimilabilità a un giudice per difetto di terzietà (sia consentito rinviare, *amplius*, a F. Aperio Bella, *I riflessi dell'organizzazione sul rapporto tra le istituzioni: l'AGCM quale giudice a quo del giudizio di legittimità costituzionale?,* in *questa Rivista*. 1/2019, p. 211 ss.).

L'esperienza delle *indipendent agencies* statunitensi (che rappresenta il modello seguito in larga misura da diversi Paesi europei) ci insegna che, proprio nel momento storico in cui il potere delle *agencies* era maggiormente in discussione sul piano politico (anche a causa degli effetti controversi di lungo termine prodotti dalla politica economica espressa nel *New Deal*[49]), si procedette all'approvazione dell'*Administrative Procedure Act*. Nelle intenzioni del legislatore del 1946, la soggezione dell'azione delle agenzie in analisi al rispetto di una sequenza precisa di fasi, con garanzia dell'apporto degli amministrati (inverata in una serie di istituti, compreso un contraddittorio orale formalizzato per alcune decisioni quasi-giudiziali e la possibilità per gli interessati di presentare commenti scritti prima dell'adozione di norme regolamentari), avrebbe consentito all'attività di regolazione (c.d. *rulemaking*) di essere più trasparente e quella decisoria (c.d. *adjudication*) di essere più rispettosa delle posizioni dei destinatari[50]. Ne sarebbe derivato, per quanto qui interessa, un potenziamento del sindacato del giudice sulle *agencies*, intermediato dalla verifica del rispetto delle regole di procedura, nonché, di conseguenza, un argine dell'impatto di queste ultime sulle imprese regolate. Sotto un diverso -e opposto- versante, la previsione di precise regole procedurali rispondeva all'ulteriore esigenza di proteggere l'operato delle *agencies* dal rischio di «cattura», con l'obiettivo di neutralizzare l'influenza su di loro esercitata dalle

49 Le misure economiche assunte per la ripresa dalla grande depressione, muovendo dal ribaltamento degli equilibri tra pubblico e privato, produssero riflessi contrastanti sul fenomeno delle *indipendent agencies*. Per un verso, il rafforzamento delle strutture amministrative direttamente dipendenti dal Presidente Roosvelt avvenne a scapito delle *indipendent agencies*, di cui la presidenza mise in evidenza le criticità. Per altro verso, ciò non arginò l'espansione del modello, come dimostra l'introduzione, proprio in quegli anni, di varie nuove autorità, compresa quella chiamata a disciplinare il mercato azionario che si era trovato al centro della grande crisi, con il precipuo scopo di ridare certezze a risparmiatori e investitori. Nondimeno, da più parti era avvertita l'esigenza di arginare questo potere, vuoi per ridurre la discrezionalità riconosciuta alle agenzie, vuoi per proteggere i diretti destinatari dei relativi poteri, cioè le imprese sottoposte a regolazione. La risposta a tale esigenza giunse proprio con l'approvazione dell'Administrative Procedure Act nel 1946 (in argomento M. D'Alberti, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, Enc. giur., Roma, 1995).

50 M. D'Alberti, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, cit.; Id. *Autorità indipendenti: quali garanzie?* in L. Lanfranchi (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit., p. 158; S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. Cassese, C. Franchini, *I garanti delle regole*, cit., 217 ss.

imprese sottoposte a regolazione. Al di là dell'evoluzione che ne conseguì (nel senso del temperamento del rigore procedurale), l'esperienza statunitense dimostra come l'introduzione di regole procedimentali (in quel caso, l'introduzione di una legge generale sul procedimento) abbia giocato un ruolo determinante in un momento nodale per l'evoluzione del fenomeno delle *agencies*, contribuendo a preservarne la vitalità.

Il legame che avvince Autorità amministrative indipendenti e le garanzie procedimentali è confermato anche avendo riguardo al contributo del diritto europeo allo sviluppo del modello.

Come noto, la comparsa di Autorità indipendenti in Europa è più recente che negli USA e, benché alcune esperienze nazionali abbiano giocato da precorritrici (Regno Unito e Francia[51]), la generalizzazione del modello si deve proprio al diritto dell'Unione Europea, dove la costruzione del mercato unico è passata anche attraverso la creazione di condizioni concorrenziali in mercati che storicamente ne erano privi (*sub specie* quelli delle *public utilities*), con creazione di Autorità nazionali indipendenti, lontane da influenze di natura politica, al fine di evitare possibili abusi del potere economico.

I vari pacchetti dell'Unione per il completamento del mercato interno e la definizione di una cornice regolatoria omogenea in materia di servizi nazionali di pubblica utilità conferma la centralità del procedimento amministrativo: se è vero, infatti, che l'impulso del legislatore europeo all'introduzione di modelli orga-

51 Nel primo contesto ordinamentale, la preesistenza di un'autonoma tradizione di uffici, commissioni e '*tribunals*' anticipa e in qualche modo ispira l'emersione del fenomeno americano delle agenzie indipendenti, costituendo terreno particolarmente fertile per la proliferazione del modello. Coerentemente si sviluppano a partire dagli anni '60 e '70 varie agenzie di regolazione fortemente improntate sul modello americano (si pensi, per tutte, all'istituzione della *Monopolies and Merges Commission* nel 1965), cui fa seguito un'altra significativa ondata all'inizio degli anni '80 in concomitanza con la stagione della privatizzazione delle imprese di servizio pubblico (si pensi agli Offices dedicati alla «Gas Supply» -Ofgas- o all'Electricity Regulation -Offer-). In Francia, diversamente, i primi organismi indipendenti sono diretti specialmente alla tutela di libertà e diritti. Si colloca infatti alla fine degli anni '70 l'istituzione della *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, chiamata a vigilare sul corretto trattamento dei dati personali a fronte delle prime minacce degli elaboratori elettronici e degli schedari nominativi (ente che riceve espressamente la qualifica di «*autorité administrative indépendante*» ex art. 11, co. 1, l. n. 1978-17). In argomento, diffusamente, G. Napolitano, *A trent'anni dal 'trapianto' delle autorità indipendenti in Italia: innesto riuscito o crisi di rigetto?*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Milano, 2022, 188 ss.

nizzativi indipendenti dal Governo va di pari passo con le istanze di privatizzazione e liberalizzazione di mercati tradizionalmente dominati dall'intervento pubblico, la «cultura» europea della *accountability* porta con sé anche una particolare attenzione alle garanzie procedimentali[52].

L'applicazione estensiva degli istituti espressivi del principio di trasparenza, il rigoroso rispetto del contraddittorio procedimentale e l'ossequio all'obbligo di motivazione rappresentano, infatti, strumenti di legittimazione della decisione di volta in volta assunta. Si tratta di una prospettiva cui il legislatore europeo è particolarmente sensibile, stante l'esigenza di sopperire alla debole legittimazione democratica che caratterizza tradizionalmente il funzionamento delle Istituzioni dell'Unione (ad eccezione del Parlamento, cui il Trattato di Lisbona ha conferito un ruolo più centrale).

Il dato storico così brevemente tratteggiato parrebbe indicare, pertanto, che in questo settore più che in altri risulti avvalorato il detto inglese «*freedom grows in the interstices of procedure*»: la regolamentazione procedurale nasce come strumento di libertà e garanzia tanto «nei confronti» delle Autorità quanto «del» potere da esse esercitato.

7. Il mito della c.d. «legalità procedurale»

Delineato, sia pure per sommi capi, il ruolo giocato dalle regole procedurali in riferimento alle AAI in una prospettiva storica, occorre ora focalizzare l'attenzione sulla concreta disciplina delle garanzie procedimentali all'interno del nostro ordinamento.

Il discorso non può che prendere le mosse dal concetto di «legalità procedurale», termine utilizzato per identificare nel procedimento amministrativo, *sub specie* nel rafforzamento della legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di incisive forme di partecipazione degli interessati, una legittima sede di recupero della caduta della legalità sostanziale che interessa principalmen-

52 In argomento M.P. Chiti e A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012, 137 ss.; E. Chiti, *European Agencies' Rule-Making, Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal* (2013), 93 ss.

te i poteri di regolazione *Authorities*[53]. La diffusione del concetto e l'interesse ad esso riservato nel nostro ordinamento impongono di prendere le mosse dall'attività di regolazione[54] pur nella consapevolezza che, come si vedrà, si tratta di un ambito che resta marginale in un ragionamento che intenda includere una riflessione sul modello austriaco, vista l'assenza, in tale legislazione, di regole specifiche sul procedimento dell'attività di regolazione[55].

Indiscussa, al contrario, l'influenza giocata dall'*Administrative Procedure Act*, sul cui modello è in effetti stata introdotta, anche nel nostro ordinamento, una procedura di «*notice and comment*» [56]: la proposta di atto regolamentare generale deve essere resa pubblica per consentire agli interessati di esprimersi su di

---

53 Si vedano, per tutti, L. Torchia, *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in C. Rabitti Bedogni - P. Barucci (a cura di), Vent'anni di antitrust, Torino, 2010, p. 361 ss.; E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 679 ss.; M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, p. 91 ss. In senso critico M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, www.giustamm.it, 2009. Più di recente F. de Leonardis, *Natura e caratteri degli atti di regolazione dell'economia*, in *Dir. ec.*, 2018, p. 697 ss.; A. Contieri, *Deficit di rappresentatività delle autorità indipendenti e legalità procedurale*, in Id., *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, p. 357 ss., spec. 361-362; G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, n. 4/2021, p. 749 ss.

54 Senza poter approfondire, in questa sede, le numerose criticità che ruotano intorno alla configurazione del potere regolamentare delle *Authorities* e alla relativa collocazione nel sistema delle fonti si v., oltre alle fonti citate nelle note precedenti, F. Cintioli, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003; M. Manetti, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Napoli, 2009, p. 191 ss.; V. Cerulli Irelli, *I poteri normativi della Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti e A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, p. 75 ss.

55 G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann, *The Austrian Legacy*, in G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (eds.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure*, cit., 242 ss., qui 251.

56 Sull'introduzione della disciplina positiva dell'azione amministrativa come strumento per legittimare la potestà regolatoria del potere esecutivo, a testimonianza del superamento della «*non-delegation doctrine*» v., per tutti A.B. Morrison, *Administrative Agencies are just like Legislatures and Courts – exept when the're not*, in *Adm. Law. Rev.*, 2007, 79 ss.. Guardando entro i confini nazionali, la consultazione preventiva nei procedimenti diretti all'adozione di atti regolamentari e generali è stata effettivamente prevista, ad esempio, per le Autorità di regolazione dei mercati finanziari, con l'art. 23 l. n. 262/2005, per l'AGCom con l'art. 11 d.lgs. n. 295/2003, mentre per l'(allora) Aeeg risulta introdotta sin dal 1997 (delibera Aeeg n. 61/1997).

essa e l'Autorità, a sua volta, deve tenere conto delle osservazioni acquisite nell'adozione dell'atto di regolazione. Ciò, si badi, in assenza di una speculare previsione da parte della legge generale sul procedimento, che, come noto, esclude dall'ambito di applicazione dell'obbligo di motivazione (art. 3, l. n. 241/1990) e delle regole sulla partecipazione (art. 13, l. n. 241/1990) l'emanazione di atti normativi e amministrativi generali.

Da ciò la diffusione dell'opinione secondo cui l'affidamento di poteri normativi a soggetti indipendenti dal potere politico e sottratti al modello di responsabilità ministeriale di cui all'art. 95 della Costituzione giustificherebbe (e, per certi versi, imporrebbe), la ricerca di «filtri di legittimazione»[57] alternativi a quelli offerti dal modello di democrazia maggioritaria, rinvenuti, appunto, nella garanzia della partecipazione. La tesi, peraltro, trova sostegno tanto nelle fila di chi guarda con sospetto l'indipendenza delle *Authorities*, che tra i sostenitori della relativa legittimità: da ambo le parti è invalsa l'affermazione che la partecipazione degli amministrati ai procedimenti regolatori costituirebbe una legittimazione democratica «da basso», che consentirebbe alle Autorità di continuare ad esercitare poteri regolatori senza vincoli legislativi troppo stringenti. In sintesi, la partecipazione si candiderebbe quale correttivo sia del *deficit* di legittimazione democratica, sia della perdita della legalità sostanziale.

Se in tale solco si colloca anche la giurisprudenza costituzionale[58] e amministrativa[59], merita rilevare che le posizioni più attente, evidenziano con crescente nitore che si tratta di un recupero solo parziale («*in certa misura*»)[60], vista la non

57 M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 154 ss.

58 Corte Cost., 22 febbraio 2017, n. 69.

59 *Ex multis*, Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201; 11 aprile 2006, n. 2007; 1 giugno 2014, n. 3051: 1 ottobre 2014, n. 4874; 24 maggio 2016, n. 2182; 14 dicembre 2020, n. 7972.

60 Pronunciandosi sulla q.l.c. della l. n. 214/2011 che ha previsto che l'ART sia finanziata con un contributo fissato dalla stessa Autorità con *atto «sottoposto ad approvazione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'Economa e delle finanze»*, il Giudice delle Leggi ha ritenuto la previsione compatibile con il quadro costituzionale in considerazione del fatto che, a fronte dell'eventuale indeterminatezza di una legge che imponga una prestazione patrimoniale (in apparente spregio della riserva di legge di cui all'art. 23) tale carenza «*può ritenersi in certa misura compensata dalla previsione di talune forme procedurali (sentenza n. 83 del 2015) aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici*» (Corte. Cost. n. 69/2017 cit.). In continuità con tale impostazione, è stato affermato che «*Il deficit di legalità sostanziale non può essere «compensato» da una declinazione 'procedurale' del*

omogeneità tra predeterminazione legislativa sostanziale delle regole e partecipazione procedimentale[61].

Effettivamente, la cautela è d'obbligo nel tentare di stabilire un nesso fra partecipazione alle attività amministrative e garanzie di democraticità[62] e ciò vale specialmente quando vengano in rilievo le AAI. Porre un'eccessiva enfasi sulla legalità procedimentale, intesa come correttivo della perdita di legalità sostanziale oltre che del *deficit* di legittimazione democratica delle *Authorities*, rischia di depotenziare la centralità che invece deve continuare a possedere la norma attributiva del potere nel nostro ordinamento democratico[63]. Ove si prenda «sul serio» il principio di legalità, infatti, non può disconoscersi che l'eccesso di genericità della norma attributiva del potere comprometta irrimediabilmente la verifica dell'esistenza e della validità degli atti concretamente adottati[64].

---

principio di legalità (per la quale, invece, Consiglio di Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182), e neppure aggirato con la teoria dei c.d. poteri impliciti...La partecipazione amministrativa, pur segnando il superamento di una visione elitaria ed autoritaria dell'Amministrazione (consentendo agli operatori economici interessati di fare pervenire il proprio contributo informativo e valutativo), non equivale certo all'investitura democratica della legge» (Cons. St., sez. II, 7 marzo 2024, n. 2255).

61 Così Cons. St., sez. VI, n. 7972/2020, cit.; giunge alle medesime conclusioni Id., sez. II, n. 2255/2024, cit.

62 M. D'Alberti, *La «visione» e la «voce»*, cit. *passim*; A. Travi, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019, passim.

63 In termini, M. Ramajoli, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. merc*., 1/2022, p. 25 ss., qui p. 31 e già Id., *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, 189 ss. Per l'affermazione che esclude che la legittimazione procedimentale, realizzata attraverso le consultazioni possa «sostituire» il rispetto del principio di legalità si veda, tra gli altri, N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 460 e di G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm*., 2007, p. 703. In argomento, più di recente, P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, in particolare, p. 305 ss.

64 E. Bruti Liberati, *La legalità presa sul serio. La norma come matrice del potere amministrativo*, in E. Bruti Liberati, M. Clarich (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Pisa, 2022, p. 55 ss. Attenta dottrina non ha mancato di raccomandare che «*compiti e obiettivi* [delle AAI] *siano individuati in legge nella maniera più organica e nello stesso tempo sufficientemente precisa così da consentire l'esercizio di un effettivo potere di regolazione e insieme di soddisfare meglio il principio di legalità sostanziale*»: G. Pastori, *I profili giuridici*, in Aa.Vv., Il *carattere indipendente della*

Come è stato condivisibilmente osservato[65], del resto, la nozione di legittimazione procedimentale (luhmaniana) elaborata in ambito sociologico e ripresa dagli studi sulla procedura amministrativa indicati in premessa, è ben diversa da quella evocata dalla giurisprudenza in materia di Autorità indipendenti. Mentre la prima attiene alla legittimazione in senso – appunto – sociologico, ossia al riconoscimento di un soggetto come autorità da parte di altri soggetti, la partecipazione al procedimento secondo la giurisprudenza in materia di *Authorities* comporta la facoltà di far sentire la propria voce e di illustrare le proprie ragioni, ma non assicura né la garanzia che queste ragioni siano effettivamente prese in considerazione, né una coerenza temporale fra partecipazione e decisione. Del resto, proprio gli studi storico-sociologici più accreditati hanno sottolineato che in sistemi complessi, nei quali una pluralità di interessi è legittimata a partecipare al processo decisionale pubblico, ciò può risolversi nella diseguaglianza fra amministrati derivante dalla maggiore capacità di negoziazione dei gruppi meglio organizzati, con conseguente pregiudizio (*bias*) dell'amministrazione a favore di tali gruppi.

Con ciò non si vuole evidentemente negare, tornando all'ambito giuridico, che il rispetto delle garanzie partecipative nell'esercizio dell'attività di regolazione contribuisca effettivamente a «segnare un apprezzabile principio di guarentigia», per dirlo con le parole di Fazzalari[66]. Tale garanzia, va aggiunto, si esprime, non già nel senso di evitare il noto fenomeno della «cattura» dell'Autorità di regolazione da parte dei soggetti professionali interessati all'ambito di mercato oggetto di regolamentazione[67] (che invece può essere paradossalmente favorita, come vi-

---

regolazione, Milano, 2010, 61 ss., qui 70.

65 A. Travi, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti,* cit..

66 E. Fazzalari, *Diffusione del processo*, cit., p. 868.

67 Prospettiva abbracciata anche dalla giurisprudenza, che, in riferimento alla fissazione dei prezzi minimi garantiti per il ritiro da parte del GSE dell'elettricità prodotta da piccole centrali idroelettriche, ha ritenuto che tale processo, fissandosi sui dati forniti dalle imprese, deve consentire la massima partecipazione delle associazioni di consumatori in quanto «solo il rispetto delle garanzie procedimentali dovute, e non certo l'adozione di atti a sorpresa, consente di evitare il noto fenomeno della «cattura» dell'Autorità di regolazione da parte dei produttori e dei soggetti professionali interessati all'ambito di mercato oggetto della regolazione» (Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1444).

sto, da una partecipazione più efficace e incisiva dei gruppi più forti[68]), bensì nel senso di innalzare l'efficacia e dell'adeguatezza delle regole così elaborate in chiave «collaborativa». Tanto chiarito, resta fermo che una partecipazione così multiforme non può compensare *sic et simpliciter* un *deficit* istituzionale sul piano del principio di legalità. Del resto, in giurisprudenza, non mancano casi in cui l'esigenza di dare maggiore ampiezza possibile alla consultazione degli interessati nell'iter regolativo receda di fronte a quella di assicurare celerità e snellezza ai procedimenti di regolazione[69].

8. Il nodo della partecipazione nei (diversi) procedimenti «singolari»: suggestioni guardando al modello austriaco

Sotto il diverso versante delle funzioni di decisione individuale – c.d. di *adjudication*[70]– il tema delle garanzie procedimentali riveste un ruolo ancor più centrale, anzitutto come argine all'esercizio del potere delle *Authorities*.

Il rapporto piuttosto elastico (*recte* disinvolto) che viene ammesso tra norma attributiva del potere e attività regolatoria, risulta assai meno tollerato quando venga in rilievo l'adozione di misure strettamente amministrative e ciò vale specialmente per l'esercizio di poteri sanzionatori, ambito nel quale, proprio per

---

68 P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2, 2018, pp. 361 e 391. Criticamente sulla mancanza di un'adeguata ampiezza e varietà nella platea dei soggetti coinvolti nei procedimenti delle Autorità v., da ultimo, M. Manetti, *Poteri e garanzie (Autorità indipendenti)*, in *Potere e Costituzione* diretto da M. Cartabia e M. Ruotolo, Enc. dir., I Tematici, vol. V, Milano, 2023, p. 795-796.

69 Così, ad esempio, pur in assenza di previsioni normative di settore, è stata ritenuta non necessaria la partecipazione ai procedimenti di regolazione nel caso in cui sussistano ragioni di urgenza (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 dicembre 1997, n. 2229; sez. II, 19 dicembre 2002, n. 5281; sez. II, 27 gennaio 2003, n. 171), o nell'ipotesi di provvedimenti marginali, volti cioè, ad apportare solo modifiche di scarso rilievo (Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2007, 1822). In argomento, S. Del Gatto, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2010, p. 947 ss., qui p. 952. Più di recente, sulla partecipazione ai procedimenti regolatori v. anche N. Posteraro, *Forme e limiti della partecipazione degli interessati ai procedimenti regolatori delle AAI*, in A. Contieri - M. Immordino - F. Zammartino (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzie e regolazione*, Napoli, 2021, pp. 279 ss.

70 La locuzione, invalsa in dottrina, ricalca già richiamata distinzione rispetto all'attività di *rulemaking* operata dall'*Administrative Procedure Act* per distinguere le *Indipendent Regulatory Agencies*. In argomento S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 217 ss.

rispetto del principio di legalità, non è altrettanto lineare ed automatico concepire «*la mancanza di una norma primaria*» che «*espressamente e preventivamente*» preveda simili poteri[71].

Per quanto qui specificamente interessa, occorre muovere dalla considerazione che la partecipazione innanzi alle Autorità per i procedimenti «singolari» dimostra di discostarsi dal modello idealtipico rappresentato dalla l. n. 241/1990, dando luogo a forme particolarmente compiute di «contraddittorio»[72].

Valga solo qualche esempio: il diritto all'audizione orale dell'impresa sotto indagine previsto innanzi all'AGCM in materia antitrust e in materia di tutela del consumatore. In materia antitrust, come noto, l'audizione si svolge (anche) davanti al Collegio decidente ed è obbligatoria su richiesta delle imprese e gli enti interessati (rimanendo facoltativa rispetto agli «*altri soggetti che hanno preso parte al procedimento*»)[73]. In disparte le differenze di regime rispetto al settore della tutela del consumatore, dove solo il responsabile del procedimento è coinvolto

71 È stato affermato che se, in forza della teoria dei cc.dd. poteri impliciti «*è consentito ritenere legittimo che, attraverso il contestato regolamento, l'Autorità possa – a fronte di tali condotte antigiuridiche – adottare misure strettamente amministrative volte a prevenire od inibire dette condotte non è altrettanto lineare ed automatico (proprio per rispetto del principio di legalità) ammettere che, a fronte dell'inosservanza di tali misure amministrative, colui che non vi ottemperi per ciò solo debba scontare l'onere di una sanzione pecuniaria in mancanza di una norma primaria che tanto espressamente e preventivamente preveda*» (Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4993). Più di recente Id., sez. II, n. 2255/2024, cit., ove si legge «*Con riguardo all'esercizio di poteri puntuali ad effetto conformativo, ablatorio e sanzionatorio, non è possibile superare la valenza costituzionale del principio di sottoposizione dell'azione amministrativa di tipo autoritativo a disposizioni legislative provviste di un livello sufficiente di tipizzazione*». Cfr. C. Contessa, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018, per l'affermazione che «*Per quanto riguarda, invece, l'attività sanzionatoria...Nel settore in esame (come nell'intera materia sanzionatoria) vige, al contrario, uno stretto principio di legalità*», p. 13.

72 Senza pretese di completezza v. G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss.; F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016. Oltre ai citati lavori monografici, si vedano M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, p. 59 ss.; M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2010, p. 459 ss.

nell'audizione e la normativa gli riconosce la facoltà («può») di disporla a fronte della richiesta delle parti, salva la possibilità ascoltarle d'ufficio «*ove necessario ai fini della raccolta o della valutazione degli elementi istruttori*»[74], si tratta indubbiamente di garanzie più avanzate rispetto a quelle assicurate dalla generalità delle amministrazioni pubbliche.

Significativa risulta, altresì, la regola stabilita dalla l. n. 262/2005 (recante «*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*»), che, all'art. 24, dopo aver fatto rinvio alle disposizioni della l. n. 241/90 sulla partecipazione «*in quanto compatibili*», stabilisce che «*I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione*». Riflettendo i principi del contraddittorio, di piena conoscenza degli atti e di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, la disciplina citata – questa volta stabilite a livello di normazione primaria – evoca concetti estranei alla legislazione generale del procedimento[75], ove, come noto, è previsto un contraddittorio esclusivamente in forma scritta (artt. 7, 8, 10 e 10-*bis*) il mancato ossequio delle garanzie partecipative non giustifica l'annullamento dell'atto ove esso si riveli sostanzialmente corretto sul piano del contenuto

73 Ai sensi dell'art. 14 d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato), «*Le imprese e gli enti interessati hanno diritto di essere sentiti dinanzi al collegio. A tal fine, essi presentano apposita richiesta entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie. A seguito di detta richiesta, il collegio fissa la data dell'audizione, che è comunicata alle imprese*».

74 L'art. 13 del Regolamento sulle procedure istruttorie nelle materie di tutela del consumatore e pubblicità ingannevole e comparativa (Delibera AGCM 5 novembre 2024, n.31356), per quanto qui rileva, dispone che «*Il responsabile del procedimento, ove ciò sia necessario ai fini della raccolta o della valutazione degli elementi istruttori, o venga richiesto da una delle parti, può disporre che le parti o i terzi siano sentiti in apposite audizioni nel rispetto del principio del contraddittorio, fissando un termine per il loro svolgimento*».

75 E' stata enfatizzata, in particolare, «*la portata innovativa e autonomamente precettiva delle richiamate disposizioni legislative viene conservata e valorizzata ritenendo che il risultato della disciplina in esame sia proprio quello di imporre uno standard di contraddittorio più elevato rispetto a quello già assicurato dalla legge generale del procedimento amministrativo, un livello di contradditorio che, con riferimento a questa particolare tipologia di procedimenti, il legislatore ha voluto in parte assimilare quello di matrice processuale*» (Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1596).

dispositivo (art. 21 *octies*, co. 2), la conoscenza degli atti non è garantita (bensì ottenibile principalmente ad iniziativa dell'interessato mediante il c.d. accesso endoprocedimentale[76]) e la separazione tra istruttore e decisione è solo eventuale (art. 6, co. 1, lett e[77]).

Su questo terreno, l'avvicinamento delle regole procedurali valevoli innanzi alle AAI al modello austriaco appare più significativo. Il «diritto di essere ascoltati» nella legislazione del 1925[78] si sostanzia, infatti, nel diritto delle parti a «*l'affermazione dei loro diritti e interessi*» (art. 37, AVG) e implica, con specifico riferimento alla fase istruttoria, che «*alle parti è data la possibilità di informarsi del risultato della assunzione delle prove e di pronunciarsi in merito*» (art. 45 AVG). La violazione di tali garanzie rende il procedimento e la conseguente decisione illegittimi[79]. Quanto all'audizione orale, parte importante del procedimento investigativo (artt. 40-44 AVG), essa può essere disposta o meno dall'Autorità in funzione del grado di complessità del procedimento. Merita precisare che l'oralità, in tale contesto, non solo testimonia l'ispirazione processuale della codificazione del 1925, ma esprime una funzione fondamentale del procedimento amministrativo austriaco, ossia l'acquisizione di una decisione «orientata al consenso». Il termine «*konsentierter Bescheid*» (letteralmente, «decisione concordata») è ancora molto presente nella dottrina giuspubblicistica austriaca, a dimostrazione che l'oralità è funzionale non solo ad abilitare le parti di rappresentare il loro punto di vista, ma anche a consentire all'autorità un'occasione di discutere la questio-

76 Sull'importanza che riveste la piena conoscenza del provvedimento, del suo contenuto motivazionale e degli atti presupposti al fine di far scattare la decorrenza del termine per ricorrere sia consentito rinviare a F. Aperio Bella, *Il tempo nel processo sull'atto ai tempi del processo sul rapporto. Questioni e tendenze del processo amministrativo tra Italia, Francia e Germania*, *I - Decorrenza del termine di impugnazione e ruolo della motivazione dell'atto amministrativo*, Napoli, 2023.

77 Per approfondimenti, se si vuole, Aperio Bella, *L'istruttoria procedimentale*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, 4 ed., Milano, 2023, 485 ss.

78 Qui consultata nella versione tradotta da G. Pastori, *La procedura*, cit., 102 ss.

79 S. Storr, *The Structure and Main Features of rhe Austrian General Administrative Procedure Act (AVG)*, in G. della Cananea, A. Ferrari Zumbini, O. Pfersmann (eds.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure*, cit., 38 ss., qui 43, richiamando W. Antoniolli, *Allgemeinses Verwaltungsrecht*, 1954.

ne ottenendo una maggiore accettazione della propria conseguente decisione[80].

Senonché occorre rammentare che la disciplina menzionata non riguarda il c.d. procedimento amministrativo penale, ossia le contravvenzioni amministrative, cui, nel sistema austriaco, è riservato un apparato normativo a parte, munito di regole proprie e maggiormente rigorose. Invece, tornando al diritto nostrano, la riferita disciplina si applica indistintamente ai procedimenti di vigilanza e a quelli sanzionatori, vuoi per espressa previsione legislativa (l'art. 24 l. 262/2005 si riferisce tanto ai procedimenti «*di controllo a carattere contenzioso*» quanto a quelli «*sanzionatori*»), vuoi per interpretazione giurisprudenziale[81].

Di più. Nonostante la corretta chiave di lettura fornita da una parte della giurisprudenza amministrativa sin dal 2015, nel senso del necessario ossequio delle garanzie procedurali al massimo grado quando vengano in rilievo provvedimenti sanzionatori [82], si è registrato un arretramento da parte della giurisprudenza della Cassazione[83], nelle cui fila prevale tutt'oggi l'orientamento che reputa corretta «*una lettura sostanzialistica (della tutela del) del diritto al contraddittorio, che richiama il pragmatico canone giuspubblicistico della strumentalità delle for-*

---

80 S. Storr, *The Structure and Main Features of rhe Austrian General Administrative Procedure Act (AVG)*, cit., 45.

81 Per una estesa disamina degli apporti giurisprudenziali e dottrinali che hanno contribuito all'affermazione della contiguità e sovrapponibilità tra funzioni di vigilanza e sanzionatorie v. N. Vettori, op. cit., 106 ss.

82 Il riferimento va alla già citata pronuncia Cons. St., VI, 1526/2015, resa in sede di impugnazione del regolamento Consob recante disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative (n. 15086 del 21 giugno 2005, applicabile *ratione temporis*).

83 Si allude alla pronuncia con cui la Cassazione, pronunciandosi in sede di opposizione, ha respinto la censura con cui si denunciava, *inter alia*, la violazione del contraddittorio perché alla base della sanzione Consob oggetto di contestazione erano stati posti atti sui quali gli incolpati non avevano potuto contraddire, affermando che gli eventuali vizi del procedimento non sono autonomamente rilevanti ai sensi dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, in ragione della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio e dell'immodificabilità del suo contenuto (Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433 e già sez. un., n. 20929/2009). Per giungere a tale conclusione la Corte si sofferma sul rapporto tra la regola dei cc.dd. «vizi non invalidanti» (introdotta, come noto, nel corpo della l. n. 241/1990 dalla l. n. 15/2005) e la - di poco successiva - regola del contraddittorio sancita dalla riferita l. n. 262/2005, concludendo per la prevalenza della regola generale della non annullabilità dei provvedimenti espressivi di attività vincolata affetti da vizi del procedimento in cui sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (Cass. civ., n. 13433/2016, cit.).

me»[84]. Su queste basi sono considerati vizi non invalidanti tanto la mancata trasmissione all'interessato della proposta dell'Ufficio Sanzioni, quanto la mancata audizione dell'interessato in fase decisoria qualora sia stato assicurato il contraddittorio scritto[85]. Anche nella giurisprudenza di Palazzo Spada, invero, l'approccio convintamente rigoroso fatica ad affermarsi nelle pronunce più recenti[86].

Si tratta di un risultato insoddisfacente se comparato alle conquiste raggiunte da un secolo dalla legislazione austriaca, che appare vieppiù intollerabile considerata la controversa collocazione istituzionale delle AAI nel nostro ordinamento e la peculiare natura dei procedimenti sanzionatori da esse condotti.

---

84 Cass. civ. sez. II, 29 ottobre 2021, n. 30772, in cui si legge che «*la doglianza relativa alla violazione del diritto al contraddittorio presuppone la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa, specificamente conculcato o compresso nel procedimento sanzionatorio*».

85 Cfr., rispettivamente, Cass. civ. n. 30772/2021, cit., in cui si legge: «*in tema di intermediazione finanziaria, il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; non è, pertanto, violato il principio del contraddittorio nel caso di omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della Consob o di sua mancata audizione innanzi alla Commissione, non trovando applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo al procedimento giurisdizionale*». Per l'affermazione che la mancata audizione, pur richiesta dall'interessato, non costituisce di per sé motivo di illegittimità della procedura Cass., sez. II, 10 maggio 2018, n. 11300, Id. sez. VI, ord. 7 agosto 2019, n. 21146.

86 Aderisce solo formalmente alla logica dello standard di garanzia più elevato, per poi concludere per l'applicazione, nella sostanza, del meccanismo del 21 *octies* l. n. 241/1990, Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2022, n. 3850, relativa a un procedimento sanzionatorio condotto dalla COVIP. Al di fuori dell'ambito sanzionatorio, invece, assumendo una posizione di maggior rigore in continuità con la pronuncia indicata nel testo, si veda Cons. St., sez. VI, n. 7972/2020, che, pronunciandosi su un potere non tipizzato della Consob (ossia la «Comunicazione» Consob che dichiarava la sussistenza di un rapporto di controllo tra Vivendi e TIM, sia ex art. 2359 c.c., che ai sensi dell'art. 93 TUF) ha precisato che «*La non necessità della partecipazione non potrebbe desumersi, come rilevato dal primo giudice, dall'applicazione dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990, il quale dispone che «il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto esercitato». Si tratta di una norma che ha previsto in generale una «dequotazione della legalità procedimentale» ma, come esposto, in questo caso, si deve realizzare un rafforzamento di tale legalità per compensare la «dequotazione della legalità sostanziale»*. L'attribuzione, nella fattispecie in esame, di un fondamento costituzionale al diritto di partecipazione impone, nelle parole del Collegio, di interpretare l'art. 21 *octies* l. n. 241/1990 nel senso che esso non possa trovare applicazione.

Quando si verta in materia di procedimenti individuali e afflittivi, infatti, non solo non possono essere ammessi arretramenti del principio di legalità dal punto di vista della norma attributiva del potere, ma occorre assicurare anche un rispetto rigoroso delle garanzie procedurali. Garanzie che, peraltro, in base al principio di specialità, dovrebbero essere ricondotte a un modello procedurale diverso da quello applicabile alla generalità dei procedimenti di amministrazione attiva. Se tanto ci insegna la legislazione austriaca del 1925, tornando al diritto nostrano, il rilievo suggerisce di prendere a modello la l. n. 689/1981 piuttosto che la l. n. 241/1990, ove la prima offra garanzie più elevate [87].

In effetti, se nell'esercizio della funzione di vigilanza il rispetto rigoroso di uno standard di contraddittorio procedimentale più elevato consente alle *Autority* di assicurare una piena garanzia dei diritti delle parti e di favorire un più alto grado di accettazione della decisione[88], quando vengano in rilievo provvedimenti di carattere punitivo-afflittivo esso si impone con forza ancora maggiore, vertendosi in un ambito diverso, che attiva un (altrettanto diverso) quadro di garanzie definite «sostanzialmente penali»[89] che chiamano in causa non solo l'art. 23 Cost. (riserva di legge per le prestazioni imposte), ma anche l'art. 25 Cost. (in relazio-

87 Per una denuncia dei rischi cui espone la confusione tra funzione di vigilanza e funzione sanzionatoria cfr. N. Vettori, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri*, cit., spec. p. 65, la quale, con specifico riferimento a quest'ultima funzione, critica i regolamenti sulle procedure amministrative delle Autorità (spesso adottati con delibere delle stesse) che sottopongono alle medesime regole tutti i procedimenti volti all'adozione di provvedimenti individuali, ivi compresi quelli sanzionatori ai quali, invece, applicando come paradigma l. n. 689/1981, sarebbero riconosciute garanzie più elevate.

88 G. Pastori, *Profili giuridici*, cit., 71.

89 Si allude al fenomeno del c.d. «abuso» della sanzione amministrativa in luogo di quella penale pur a fronte della sostanziale identità delle misure, efficacemente descritto come «truffa delle etichette» e svelato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo mediante l'applicazione della nozione di sanzione «punitiva» a partire dalla celeberrima sentenza *Engel and others v. the Netherlands* dell'8 giugno 1976. La medesima Corte ha poi esteso l'applicazione dei principi convenzionali propri della materia penale (artt. 6 e 7 CEDU) anche alle sanzioni emanate da alcune Autorità indipendenti. Particolarmente significative per il nostro ordinamento sono state le sentenze *Grande Stevens c. Italia* (sez. II, 4 marzo 2014) e *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia* (sez. I, 10 dicembre 2020). In argomento., oltre ai contributi già citati nel testo, si vedano senza pretese di esaustività v. F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, p. 1775 ss. e F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

ne alle misure punitive)[90].

9. Spunti conclusivi

Il caso delle Autorità indipendenti dimostra come nel nostro ordinamento non sia ancora stata pienamente assimilata la rilevanza della procedura e delle sue garanzie, come si confarebbe a un sistema allineato alla «concezione costituzionale» della procedura[91]. Tanto può ricavarsi, in primo luogo, dal criticabile orientamento che assegna alla legalità procedurale la capacità di «recuperare» il deficit della legalità sostanziale di cui soffrono i soggetti in parola nell'ambito dell'esercizio della funzione di regolazione, con ciò pretermettendo la «non omogeneità» tra predeterminazione legislativa sostanziale delle regole e partecipazione procedimentale. Nello stesso senso depone l'analisi della postura assunta dalla giurisprudenza nel diverso ambito dell'attività di c.d. *adjudication*. In questo settore, a fronte di una criticabile tendenza ad ammettere una lettura sostanzialistica del diritto al contraddittorio, con conseguente apertura all'applicabilità del meccanismo dei vizi non invalidanti pur a fronte di una disciplina assestata su uno standard di garanzie più elevato rispetto a quello assicurato dalla l. n. 241/1990, si registra una tendenza più generale (anche legislativa) a trascurare le peculiarità dei procedimenti di carattere sanzionatorio rispetto agli altri procedimenti di amministrazione attiva. Anche questo approccio «semplificante» attesta la mancanza del riconoscimento di un valore autonomo e ordinamentale alle garanzie procedurali.

In ultima analisi, l'obiettivo di innalzamento del livello dell'attività amministrativa verso uno *standard* «*di altissima civiltà e perciò* [...] *di altissimo livello politico e morale*» prefigurato dalla dottrina citata in apertura risulta ancora un obiettivo da raggiungere[92]. In questo lungo cammino il confronto con l'esperienza austriaca dimostra di essere, nondimeno, ancora prezioso.

---

90 Si allude all'impostazione che estende al diritto amministrativo sanzionatorio alcune fondamentali garanzie penalistiche in cui possono collocarsi, da ultimo, le sentenze n. 151 del 2021 e n. 260 del 2021 con cui la Corte Costituzionale ha chiarito che l'attività sanzionatoria deve sottostare ad una disciplina, sotto più profili, speciale rispetto a quella che caratterizza l'ordinario agire amministrativo.

91 *Supra*, par. 3.

92 G. Pastori, *La procedura*, cit. 550.

Sezione II

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

Luis Miguez Macho
Catedrático de derecho administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela (España)
luis.miguez@usc.es

Las políticas contra la despoblación del medio rural en España. Una revisión desde el derecho administrativo

Public policies against rural depopulation in Spain. A review from the perspective of administrative law

Resumen

Este trabajo tiene por objeto proponer líneas de revisión de las políticas contra la despoblación del medio rural en España, con el fin de tratar de mejorar su eficacia. Por una parte, el fenómeno de la despoblación no se debería vincular a la cuestión del reto demográfico sin algunas precauciones, porque un eventual rejuvenecimiento de la población del país no implicaría necesariamente la repoblación del medio rural. Bien al contrario, lo que ha ocurrido en otros momentos históricos (en concreto, en las distintas oleadas del proceso industrializador) es que los incrementos fuertes de la población han implicado el abandono masivo de las zonas rurales y el crecimiento de las ciudades, y así sigue ocurriendo en la actualidad en los países menos desarrollados. Por otra parte, para que las políticas contra la despoblación lleguen a ser eficaces, tendrían que ir precedidas de una reflexión sobre qué es lo que se pretende combatir. Los efectos negativos de la despoblación se pueden agrupar en dos grandes categorías: efectos de carácter cultural y efectos de carácter natural. Los primeros se refieren a la pérdida de patrimonio antropológico que supone el abandono de los núcleos rurales de población. Los segundos derivan del abandono de la actividad agraria, que implica la falta de cultivo y de cuidado de los campos y de los bosques, con el consiguiente desarrollo espontáneo de la vegetación, que favorece la multiplicación y agravamiento de los incendios forestales. Sin embargo, ambos tipos de efectos negativos de la despoblación no deberían ponerse al mismo nivel; los efectos de tipo cultural no suponen una amenaza vital para la sociedad, pero los de tipo natural sí. Asimismo, en el trabajo se desarrolla una reflexión sobre el papel que corresponde desarrollar

al derecho administrativo en la instrumentación de esas políticas, porque parece claro que su función no se debería limitar a las distintas técnicas de la actividad administrativa de fomento. El derecho administrativo ofrece otros instrumentos útiles para el desarrollo y aplicación de las políticas públicas contra la despoblación del medio rural y el primero de ellos son las técnicas de planificación pública. No es seguro, sin embargo, que la nueva figura de las llamadas «estrategias» resulte la más adecuada en el caso que nos ocupa, ya que la dimensión territorial del fenómeno de la despoblación aconsejaría más bien acudir a las técnicas de planificación territorial que se enmarcan en la política de ordenación del territorio, y articularlas con las de planificación del desarrollo rural y ordenación urbanística. Otra tendencia que se observa es la introducción transversal de la perspectiva demográfica y territorial en la actividad administrativa de fomento y, en particular, en el diseño de la subvenciones y ayudas públicas, así como en la contratación pública, lo que genera no pocas dudas, por la dificultad del cumplimiento simultáneo de tantos factores como la legislación va tratando de imponer en esos instrumentos de la actividad administrativa. Por último, el interés general que concurre en la lucha contra los efectos negativos de tipo natural de la despoblación del medio rural permite el recurso a las técnicas más invasivas de intervención en la actividad privada, como sucede con la expropiación de uso de fincas en estado de abandono para la ejecución de proyectos de recuperación de la actividad agraria previamente calificados por la administración.

Abstract

The purpose of this paper is to propose lines of review for policies against rural depopulation in Spain, with a view to improving their effectiveness. On the one hand, the phenomenon of depopulation should not be linked to the issue of demographic challenge without some precautions, because a possible rejuvenation of the country's population would not necessarily imply the repopulation of rural areas. On the contrary, what has happened at other times in history (specifically, during the various waves of industrialisation) is that sharp increases in population have led to the mass abandonment of rural areas and the growth of cities, and this continues to be the case today in less developed countries. Furthermore, for policies against depopulation to be effective, they

would have to be preceded by a reflection on what is to be combated. The negative effects of depopulation can be grouped into two broad categories: cultural effects and natural effects. The former refer to the loss of anthropological heritage resulting from the abandonment of rural population centres. The latter stem from the abandonment of agricultural activity, which implies a lack of cultivation and care of fields and forests, with the consequent spontaneous development of vegetation, which favours the multiplication and aggravation of forest fires. However, these two types of negative effects of depopulation should not be placed on the same level; cultural effects do not pose a vital threat to society, but natural effects do. The paper also reflects on the role that administrative law should play in the implementation of these policies, because it seems clear that its function should not be limited to the various techniques of administrative promotion. Administrative law offers other useful instruments for the development and implementation of public policies against rural depopulation, the first of which are public planning techniques. It is not certain, however, that the new concept of so-called "strategies" is the most appropriate in the case at hand, since the territorial dimension of the phenomenon of depopulation would suggest that it would be better to resort to territorial planning techniques that fall within the framework of land use policy, and to coordinate them with rural development and urban planning techniques. Another trend that can be observed is the cross-cutting introduction of demographic and territorial perspectives into administrative development activities and, in particular, into the design of subsidies and public aid, as well as into public procurement, which raises many doubts due to the difficulty of simultaneously complying with so many factors that legislation is trying to impose on these instruments of administrative activity. Finally, the general interest in combating the negative effects of rural depopulation allows for the use of more invasive techniques of intervention in private activity, such as the expropriation of abandoned farms for the implementation of agricultural recovery projects previously approved by the administration.

PALABRAS CLAVE: despoblación, reto demográfico, abandono de la actividad agraria, ordenación del territorio.

KEYWORDS: depopulation, demographic challenge, abandonment of agricultural activity, land use planning.

ÍNDICE: 1. Introducción. - 2. Crisis demográfica y despoblación del medio rural. La introducción del equilibrio demográfico territorial en las políticas de impulso demográfico.- 3. Los efectos negativos de la despoblación. Despoblación del medio rural y abandono de la actividad agraria. - 4. Políticas públicas contra la despoblación del medio rural y derecho administrativo. - 5. Conclusiones.

1. Introducción

El fenómeno de la despoblación del medio rural ha empezado a suscitar en España el interés académico y político en un periodo relativamente reciente, que se puede cifrar en una década. Desde el inicio, se ha vinculado a la crisis demográfica que vive nuestro país y que ya había sido objeto de atención con anterioridad. Puede afirmarse que fue la grave crisis económica que afectó a España entre los años 2008 y 2014 la que despertó el interés público en esta última cuestión, al provocar saldos migratorios negativos durante algunos años, lo que llevó a una disminución de la población total del país entre 2012 y 2016[1], poniendo de relieve con toda crudeza la realidad del declive demográfico que se está viviendo.

Sin embargo, crisis demográfica y despoblación del medio rural no son fenómenos que vayan necesariamente unidos. Bien al contrario, lo que ha ocurrido en otros momentos históricos (en concreto, en las distintas oleadas del proceso industrializador) es que los incrementos fuertes de la población han implicado el abandono masivo de las zonas rurales y el crecimiento de las ciudades, y así sigue ocurriendo en la actualidad en los países menos desarrollados[2]. Por tanto, la vinculación que se lleva a cabo en España entre crisis demográfica y despoblación exige precisiones: el proceso de abandono del medio rural existía igualmente cuando teníamos altas tasas de crecimiento de la población, por lo que no es una consecuencia específica del actual declive demográfico.

La segunda cuestión que merecería una revisión crítica es la relativa a los propios motivos que convierten la despoblación del medio rural en un fenómeno que debe ser combatido. Los efectos negativos de la despoblación que se suelen mencionar se pueden agrupar en dos grandes categorías: efectos de carácter cultu-

1 Los datos oficiales pueden consultarse en la página web del Instituto Nacional de Estadística, https://www.ine.es/.

2 Véase F.J. Sanz Larruga, *Cohesión territorial, reto demográfico y dinamización rural: las limitadas pero necesarias respuestas desde el Derecho*, en F.J. Sanz Larruga, L. Miguez Macho (eds.), *Derecho y dinamización e innovación rural*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 35 ss.

ral y efectos de carácter natural. Los primeros se refieren a la pérdida de patrimonio antropológico (o etnográfico, como lo denomina la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español en su título VI[3]) que supone el abandono de los núcleos rurales de población (desaparición de costumbres y tradiciones vinculadas a la vida en el medio rural, abandono y ruina de las edificaciones tradicionales)[4]. Los segundos derivan del abandono de la actividad agraria, que implica la falta de cultivo y de cuidado de los campos y de los bosques, con el consiguiente desarrollo espontáneo de la vegetación, que favorece la multiplicación y agravamiento de los incendios forestales, por mencionar sus consecuencias más destructivas[5]. Sin embargo, ambos tipos de efectos negativos de la despoblación no deberían ponerse al mismo nivel; los efectos que he denominado de tipo cultural no suponen una amenaza vital para la sociedad, pero los de tipo natural sí. Ahora bien, la pérdida de población en el medio rural, aunque conlleva inevitablemente consecuencias de tipo cultural, porque cercena la transmisión de las costumbres y tradiciones ligadas a una determinada forma de vida, no tiene por qué comportar también el abandono de la actividad agraria. De hecho, con el grado de mecanización que ha alcanzado este tipo de actividad económica, sería posible mantenerla con una cantidad muy reducida de población radicada en las zonas rurales; por consiguiente, el abandono de la actividad agraria no puede considerarse una consecuencia indefectible de la despoblación del medio rural.

Este trabajo tiene por objeto proponer líneas de revisión de las políticas contra la despoblación del medio rural, con el fin de tratar de mejorar su eficacia. Pretende, asimismo, incorporar una reflexión sobre el papel que le corresponde desarrollar al derecho administrativo en la instrumentación de esas políticas, por-

3 Sobre esta cuestión conceptual y terminológica, puede consultarse el estudio de S. Rodríguez Becerra, *Patrimonio cultural y patrimonio antropológico*, en *Revista de Dialectología y Tradiciones Culturales*, LIV, 2 (1999), pp. 107-123.

4 Véase L. Sánchez-Mesa Martínez, *La planificación de políticas territoriales contra la despoblación de áreas interiores en España: claves para una gestión sostenible de los recursos culturales*, en D. Santiago Iglesias, L. Miguez Macho, A.J. Ferreira Fernández (eds.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 416 ss.

5 Véase A. De Nuccio, *El desafío del acceso a la tierra entre crisis demográfica y dimensión local. Una comparación entre España e Italia desde la perspectiva del derecho administrativo*, Las Rozas (Madrid), Aranzadi, 2025, pp. 47-49.

que, en el contexto que se acaba de describir, parece claro que su función no se debería limitar a las distintas técnicas de la actividad administrativa de fomento, sino que tendría que abarcar también la actividad de planificación, sobre todo en su vertiente de ordenación del territorio, y la de intervención en la actividad privada, que es imprescindible para el mantenimiento y recuperación de la actividad agraria.

2. Crisis demográfica y despoblación del medio rural. La introducción del equilibrio demográfico territorial en las políticas de impulso demográfico

En España se utiliza oficialmente la expresión «reto demográfico» para hacer referencia a los problemas relacionados con la evolución de la demografía y la distribución territorial de la población. Se trata de una cuestión que ha sido incorporada a las políticas públicas recientemente, a pesar de que el problema demográfico, en su doble dimensión de inversión de la pirámide poblacional y de despoblación de determinadas zonas del territorio nacional, se lleva manifestando desde hace varias décadas. Como se ha dicho en la Introducción, el interés público en el tema se ha suscitado a raíz de la disminución de la población del país que se experimentó entre los años 2012 y 2016, en el marco de la grave crisis económica que se vivía en aquellos años y que provocó saldos migratorios negativos.

El último gobierno del Partido Popular, presidido por Mariano Rajoy Brey, llevó a la Conferencia de Presidentes, en su reunión de 17 de enero de 2017, la creación de un Comisionado del Gobierno frente al Reto Demográfico. Inmediatamente después, el Real decreto 40/2017, de 27 de enero, creó el referido Comisionado como órgano con el rango de subsecretaría en el Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, aunque con dependencia funcional de este último y del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Con el primer gobierno socialista presidido por Pedro Sánchez Pérez-Castejón, el Comisionado pasó a quedar adscrito únicamente al Ministerio de Política Territorial y Función Pública.

El artículo 1 del Real decreto 40/2017 encomendaba al Comisionado del Gobierno frente al Reto Demográfico «la elaboración y el desarrollo de una estrategia nacional frente al reto demográfico y aquellas tareas que contribuyan a dar respuesta a la problemática del progresivo envejecimiento poblacional, del de-

spoblamiento territorial y de los efectos de la población flotante». Por consiguiente, esta disposición comprendía dentro de la expresión «reto demográfico» tres fenómenos: el envejecimiento poblacional o inversión de la pirámide poblacional, la despoblación y los efectos de la llamada «población flotante» derivada del turismo estacional. Así se desarrolló en las directrices generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, elaboradas por el Comisionado y aprobadas por el Consejo de Ministros en su reunión de 29 de marzo de 2019[6].

Posteriormente, en el segundo mandato del presidente Sánchez Pérez-Castejón la expresión «reto demográfico» se incorporó a la denominación del Ministerio para la Transición Ecológica («Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico») y el Comisionado se transformó en una secretaría general de éste (lo que implica que mantiene el rango de subsecretaría), de la que depende la Dirección General de Políticas contra la Despoblación, lo cual se ha mantenido en el tercer mandato del presidente[7]. Asimismo, el 23 de julio de 2020 se constituyó la Conferencia Sectorial de Reto Demográfico como «órgano de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades y Ciudades Autónomas para coordinar y cooperar en las políticas dirigidas a afrontar los desafíos demográficos en España y en particular la despoblación, el progresivo envejecimiento, y los efectos de la población flotante» (artículo 1 del Reglamento interno de la Conferencia).

Finalmente, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se aprobó en marzo de 2021 el Plan de 130 Medidas frente al Reto Demográfico, con actuaciones para el período 2021-2023[8], a lo que ha seguido en la actualidad la elaboración de un nuevo marco estratégico para el reto demográfico,

6 https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/reto-demografico/temas/directricesgeneralesenfrd_tcm30-517765.pdf. Última consulta el 9 de febrero de 2026.

7 Artículo 12 del Real decreto 1009/2023, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Las funciones de la Secretaría General para el Reto Demográfico y de la Dirección General de Políticas contra la Despoblación aparecen detalladas en los artículos 11 y 12 del Real decreto 503/2024, de 21 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, y se modifica el Real decreto 1009/2023, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

8 https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/reto-demografico/temas/medidas-reto-demografico/plan_recuperacion_130_medidas_tcm30-524369.pdf. Última consulta el 9 de febrero de 2026.

que prevé tres instrumentos: la Estrategia Nacional para la Equidad Territorial y el Reto Demográfico, el Plan de acción estatal "País de 30 Minutos" y la creación de un Observatorio de la Equidad Territorial y el Reto Demográfico[9].

La relación que pueda existir entre los efectos del turismo estacional y el envejecimiento y la despoblación es ciertamente difícil de apreciar, lo que dota de una cierta falta de coherencia a esta concepción del «reto demográfico». Pero tampoco cabe identificar la lucha contra la inversión de la pirámide poblacional con la lucha contra la despoblación del medio rural, porque resultaría perfectamente posible emprender políticas de impulso demográfico que no tuviesen en cuenta el objetivo del equilibrio demográfico territorial. De hecho, si se consiguiesen aplicar con éxito políticas de impulso demográfico, pero se mantuviese la actual tendencia de asentamiento de la población en las zonas urbanas y costeras, el problema de la despoblación del medio rural y del interior se podría agravar ulteriormente.

La primera ley autonómica aprobada para hacer frente al reto demográfico, la Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia, menciona en el artículo 4.e) como uno de sus principios rectores el «equilibrio territorial», que define como «una ordenación equilibrada del territorio que garantice el acceso equitativo a las oportunidades y los servicios públicos y corrija las desigualdades entre los diferentes territorios de Galicia y las zonas de interior y de costa y, particularmente, la polarización entre el medio rural y el urbano», y dedica el capítulo VI de su título II, en el que se recogen las políticas públicas para el impulso demográfico, al referido equilibrio territorial. Por su parte, la segunda ley autonómica aprobada en esta materia, la Ley 3/2022, de 17 de marzo, de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura, incorpora explícitamente a su propio título el factor territorial y menciona como uno de sus objetivos estratégicos «frenar los procesos de despoblación del medio rural» [artículo 4.d)], de tal manera que habla de «perspectiva demográfica y territorial» (artículo 5) y de «análisis de impacto demográfico y territorial» (artículo 6)[10].

9 https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/estrategias-planes.html. Última consulta el 9 de febrero de 2026.

10 Para una sistematización de las medidas de impulso demográfico que se están articulando por las comunidades autónomas y una reflexión sobre su carácter «transversal», véase F.J. Sanz

3. Los efectos negativos de la despoblación. Despoblación del medio rural y abandono de la actividad agraria

Más abundante que la legislación autonómica existente en materia de reto demográfico es la que se ha dictado en materia de desarrollo rural y lucha contra la despoblación:: Ley 2/2021, de 7 de mayo, de medidas económicas, sociales y tributarias frente a la despoblación y para el desarrollo del medio rural en Castilla-La Mancha; Ley 7/2022, de 30 de junio, de desarrollo rural (País Vasco); Ley 13/2023, de 30 de marzo, de dinamización del medio rural de Aragón; Ley 5/2023, de 13 de abril, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial en la Comunidad Valenciana. Sorprendentemente, en los preámbulos o exposiciones de motivos de estos textos legislativos no hay una reflexión explícita sobre los motivos que hacen de la despoblación del medio rural un fenómeno que deba ser combatido; simplemente, se presupone que es algo negativo en sí mismo. No obstante, de los objetivos que recogen se pueden deducir, *sensu contrario*, los efectos que se consideran negativos de la despoblación. Tomando como ejemplo la Ley de medidas económicas, sociales y tributarias frente a la despoblación y para el desarrollo del medio rural en Castilla-la Mancha, en su artículo 4 se habla de «incentivar la protección, rehabilitación, recuperación y utilización del patrimonio natural, cultural material e inmaterial, etnológico e histórico autóctonos como vía de valorización económica y social de la singularidad de la dimensión local del mundo rural y del sentido de pertenencia a sus habitantes» [letra f)], de «promocionar y conservar las tradiciones, fiestas populares, la riqueza gastronómica y los oficios artesanos, como valores diferenciales del medio rural» [letra h)] o de «visibilizar los aspectos y valores positivos que atesora la vida rural y sus ventajas competitivas, para contrarrestar la hegemonía cultural y social que ensalza la vida urbana» [letra l)]. Todo ello remite a los efectos negativos de tipo cultural que se han definido en la Introducción a este trabajo: hay un patrimonio antropológico vinculado a la vida en el medio rural que se ve en peligro si deja de existir la población que lo genera y mantiene.

LARRUGA, *Incidencia de las medidas de impulso demográfico en la lucha contra la despoblación rural*, en D. SANTIAGO IGLESIAS, L. MIGUEZ MACHO, A.J. FERREIRA FERNÁNDEZ (eds.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 129 ss.

Todas estas leyes, igual que las antes mencionadas de impulso demográfico de Galicia y de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura, contienen previsiones relativas al apoyo a la actividad agraria[11], si bien no contemplan el abandono de la tierra agraria productiva como un problema específico ocasionado por la despoblación del medio rural, pese a la existencia de autores que afirman que, de entre los Estados miembros de la Unión, España es donde se prevé que se produzca un mayor abandono de tierras agrícolas en las próximas décadas[12]. En cambio, sí se encuentra un análisis de este problema en el Dictamen de la Comisión especial no permanente del Parlamento de Galicia de estudio y

11 En la Ley de impulso demográfico de Galicia se prevé la facilitación por la administración pública del acceso a la tierra (artículo 87), el impulso de las actividades agrarias (artículo 88) y el impulso también de la sostenibilidad de éstas (artículo 89); en la Ley de medidas económicas, sociales y tributarias frente a la despoblación y para el desarrollo del medio rural en Castilla-La Mancha se contempla que la administración regional realizará actuaciones de apoyo al sector agrícola, ganadero y forestal (artículo 51), de apoyo a la mejora de la posición de los agricultores y agricultoras en la cadena de valor (artículo 52), de apoyo a la demanda de productos agroecológicos y de calidad diferenciada de la región (artículo 53), de puesta en valor de los servicios de los ecosistemas forestales (artículo 54) y de apoyo a la comercialización de los productos forestales de la región (artículo 55); en la Ley de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura la sección 2ª del capítulo II de su título II se ocupa de las medidas de fomento de los sectores agrícola, ganadero y forestal, y hay también un artículo, el 38, dedicado a las medidas de promoción del acceso a la tierra; la Ley de desarrollo rural del País Vasco prevé, entre los objetivos sectoriales de las políticas institucionales en el medio rural de su artículo 6, diversos relativos a la agricultura, silvicultura y alimentación; la Ley de dinamización del medio rural de Aragón tiene un artículo 44 sobre agricultura y ganadería con previsiones sobre "promover medidas para combatir el abandono de superficies de cultivo, así como de nuevos usos para los suelos agrarios ya abandonados"; la Ley integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial en la Comunidad Valenciana, en su artículo 37, relativo al apoyo a la cadena de valor agroalimentaria, incluye el mandato de que se articulen medidas para favorecer el relevo generacional en el sector agrario y ganadero, la mejora estructural de las explotaciones y las infraestructuras agrarias, el mantenimiento y la recuperación de la agricultura de secano en terrenos abancalados de las zonas forestales para el fomento del mosaico agroforestal o la implantación de una renta rural agropecuaria que apoye el mantenimiento de las actividades de agricultura y ganadería;

12 Véase J.V. Tomás, C. Calafat, A. Gallego, V. Martínez, *Estimación de la superficie agrícola abandona en cultivos permanente: registros y teleobservación*, en *XIII Congreso de Economía Agroalimentaria. Libro de Actas*, Cartagena (Murcia), Universidad Politécnica de Cartagena, 2021, pp. 705-708. No obstante, no es fácil encontrar una constatación clara de esos datos, como se puede comprobar si se consulta el informe elaborado por A. Lopes Barbosa y otros, *European landscape changes between 2010 and 2050 under the EU Reference Scenario*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015.

análisis de las reformas de la política forestal, de prevención y extinción de incendios forestales y del plan forestal de Galicia, aprobado el 31 de julio de 2018, en el que se evalúa la experiencia acumulada desde 2006 y, específicamente, la extraordinaria ola de incendios que sufrió Galicia en octubre de 2017[13]. Este documento analiza con detalle en sus apartados 3.3.3.1 y 3.3.3.2 los procesos de desagrarización y de envejecimiento y pérdida de población en el medio rural, que provocan el abandono de la tierra agraria productiva, al que sigue la extensión desordenada de la vegetación y del bosque no ordenado, que, a su vez, es una de las principales causas del aumento de la peligrosidad de los incendios forestales[14].

Las nuevas oleadas extraordinarias de incendios forestales producidas en los verano de 2022 y 2025 obligan a retomar este análisis, que pone de relieve que la despoblación del medio rural, si va acompañada del abandono de la actividad agraria, se convierte en un riesgo vital para la sociedad que la sufre.

El Dictamen del Parlamento de Galicia 2018 contiene algunas propuestas de instrumentos de recuperación y puesta en valor de la tierra agraria productiva. Así, en su apartado 82 recomienda impulsar el establecimiento de entidades similares a las juntas de compensación urbanística, para facilitar la gestión conjunta de las tierras mediante la integración obligatoria de éstas, siempre que dichas entidades sean promovidas por los titulares de la mayoría de la superficie del ámbito de actuación. Sin embargo, las juntas de compensación urbanística no parecen un buen modelo para trasladar al ámbito de la gestión agraria, ya que, aparte de las evidentes diferencias entre la gestión urbanística y la agraria, la experiencia demuestra que dichas entidades con frecuencia fracasan cuando la propiedad está muy dividida, que es justo lo que sucede en el medio rural gallego, por no hablar del problema que supondría la integración en estas iniciativas de las fincas de propietario desconocido. Sería más adecuado fomentar la constitución de entidades de gestión conjunta de la tierra agraria, de carácter asociativo y voluntario, extendiendo el modelo de las sociedades forestales al ámbito agropecuario, pero superando el carácter obligadamente mercantil que éstas tienen en la legislación esta-

13 *Boletín Oficial del Parlamento de Galicia*, X legislatura, núm. 346, de 10 de agosto de 2018.

14 En la doctrina científica, véase al respecto E. Corbelle Rico, R. Crecente Maseda, *El abandono de tierras: concepto teórico y consecuencias*, en *Revista Galega de Economía*, 17, 2 (2008), pp. 7 ss.

tal que las regula[15].

Otra recomendación, que se recoge en el apartado 83 del dictamen, consiste en la creación de la figura de los polígonos agrícolas y forestales, vinculados a proyectos agroforestales viables, dentro de una ordenación integral del territorio rural de Galicia que se tendría que desarrollar con carácter previo. Esta propuesta se liga expresamente a las actuaciones de fijación de población en el medio rural, por lo que se añade que se tendría que dar preferencia a la participación en los proyectos agroforestales de los habitantes de la zona delimitada. La administración asumiría el protagonismo tanto en la delimitación de los polígonos, atendiendo a la demanda de empresas agroganaderas y forestales o a la iniciativa de nuevos emprendedores que necesiten tierras para llevar a cabo proyectos viables, como en la mediación entre estos promotores y los titulares de las tierras para su venta o arrendamiento, incluyendo la investigación de la propiedad en los casos en que no esté debidamente determinada.

La denominación de polígonos está de nuevo tomada del ámbito urbanístico, pero, más allá de estas dudosas analogías, la clave del éxito de la propuesta se halla sin duda en la existencia de proyectos de explotación agraria concretos y viables que garanticen que las tierras afectadas por la actuación vayan a ser trabajadas, con reestructuración de la propiedad o sin ella. Por eso, en un apartado anterior del dictamen, el 81, se recomienda también el desarrollo, a través de la Agencia Gallega de Desarrollo Rural y en colaboración con los ayuntamientos y otros actores públicos y privados, de proyectos piloto de movilización de tierras agrarias, cuando exista una demanda efectiva para el desarrollo de iniciativas productivas.

Los primeros pasos en esta dirección se dieron con la introducción por las Leyes autonómicas gallegas de medidas fiscales y administrativas de los años 2018 y 2019 de los proyectos de movilización de tierras y del programa de aldeas modelo en la Ley 6/2011, de 13 de octubre, de movilidad de tierras[16]. Sin embargo, la plasmación más completa de esta política se encuentra en la nueva Ley 11/2021,

15 Véase la disposición adicional quinta de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes.

16 Artículos 21 de la Ley del Parlamento de Galicia 3/2018, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, y 18 de la Ley 7/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

de 14 de mayo, de recuperación de la tierra agraria de Galicia, que deroga la citada Ley de movilidad de tierras de 2011, sustituyéndola por un nuevo texto legal que crea un Banco de Explotaciones al lado del Banco de Tierras, cambia los proyectos de movilización de tierras por la nueva figura de los polígonos agroforestales, mantiene las aldeas modelo, aunque con relevantes modificaciones, y añade un nuevo instrumento que también puede favorecer la recuperación de la tierra agraria productiva, las agrupaciones de gestión conjunta[17]. Además, afronta por primera vez uno de los grandes problemas que se encuentra en Galicia cualquier iniciativa de recuperación de la tierra agraria productiva, el gran número de fincas de propietario desconocido[18].

4. Políticas públicas contra la despoblación del medio rural y derecho administrativo

A la vista del contexto que se acaba de exponer, hay que preguntarse cuál es la función que le corresponde desempeñar al derecho administrativo en el desarrollo y aplicación de las políticas públicas contra la despoblación del medio rural y, en particular, cuáles de sus técnicas son las más adecuadas para este fin.

La perspectiva a medio y largo plazo que necesariamente tiene que adoptar la lucha contra la despoblación si pretende ser efectiva aconseja que las técnicas de planificación pública sean las primeras a las que haya que recurrir. Ya he tenido ocasión de exponer en trabajos anteriores la opinión de que un fenómeno con las características que presenta la despoblación del medio rural no se puede abordar eficazmente mediante medidas descoordinadas entre sí por encuadrarse en políticas públicas distintas, responsabilidad de departamentos o incluso de administra-

17 Para un estudio de los nuevos instrumentos que introduce esa ley, cabe remitirse a L. Miguez Macho, *La política de recuperación de la tierra agraria productiva como instrumento de lucha contra la despoblación del medio rural. El caso de Galicia*, en D. Santiago Iglesias, L. Miguez Macho, A.J. Ferreira Fernández (eds.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 333-356, y A. De Nuccio, *El desafío del acceso a la tierra entre crisis demográfica y dimensión local. Una comparación entre España e Italia desde la perspectiva del derecho administrativo*, cit., pp. 227 ss.

18 Véase al respecto J.M. Busto Lago, *La titularidad, el aprovechamiento y la gestión de la propiedad forestal en Galicia*, en F.J. Sanz Larruga, L. Miguez Macho (eds.) *Derecho y dinamización e innovación rural*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 520 ss.

ciones públicas también diferentes[19]. Es necesario que exista una planificación conjunta y un tronco vertebrador de tales medidas, y la opción que están adoptando algunas de las leyes autonómicas en materia de reto demográfico y lucha contra la despoblación es la de recurrir a la nueva figura de las «estrategias». Así, en la Ley de impulso demográfico de Galicia se prevé la elaboración de una «estrategia de impulso demográfico» (disposición adicional segunda), en la Ley de medidas económicas, sociales y tributarias frente a la despoblación y para el desarrollo del medio rural en Castilla-La Mancha se habla de una «estrategia regional frente a la despoblación» (artículo 18) y en la Ley de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura de una «estrategia ante el reto demográfico y territorial de Extremadura» (artículo 17). Sin embargo, la dimensión eminentemente territorial que tiene el fenómeno de la despoblación exigiría también y sobre todo su toma en consideración prioritaria en la política de ordenación del territorio[20].

La ordenación del territorio se concibe en la actualidad como una función pública global dirigida a planificar los usos del territorio y coordinar las actuaciones con incidencia territorial de las diferentes administraciones públicas, con el fin de conseguir un desarrollo sostenible y territorialmente equilibrado[21]. A pesar

---

19 Véase L. Miguez Macho, *Medidas de ordenación territorial y urbanística frente a la despoblación en España*, en *Istituzioni del Federalismo*, 2020, 2, pp. 438-439. La importancia de la planificación pública en esta materia también es destacada por otros autores que han estudiado el tema, como M. Almeida Cerreda, *Colaboración y planificación interadministrativas para la consecución de una distribución equilibrada de la población sobre el territorio*, en F.J. Sanz Larruga, L. Miguez Macho (eds.) *Derecho y dinamización e innovación rural*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 413 ss., con un interesante estudio de los diferentes instrumentos de planificación, o D. Santiago Iglesias, *Smart communities: la planificación inteligente como posible instrumento de lucha contra la despoblación*, en D. Santiago Iglesias, L. Miguez Macho, A.J. Ferreira Fernández (eds.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 214 ss.

20 Véase F. López Ramón, *La lucha contra la despoblación rural*, en D. Santiago Iglesias, L. Miguez Macho, A.J. Ferreira Fernández (eds.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 44 ss.

21 Véase, en particular, la Carta europea de la ordenación del territorio aprobada en la 6ª Conferencia europea de ministros responsables de la ordenación del territorio del Consejo de Europa (CEMAT) (Torremolinos, 19 y 20 de mayo de 1983); el texto oficial en inglés puede consultarse en https://www.coe.int/en/web/conference-ministers-spatial-planning/adopted-texts (existe también versión oficial en francés). Última consulta el 9 de febrero de 2026.

de ello, una revisión de la legislación autonómica sobre ordenación del territorio pone de manifiesto que ésta no recoge entre sus objetivos fundamentales el equilibrio demográfico territorial[22]. Teniendo en cuenta las dimensiones que ha alcanzado el fenómeno de la despoblación del medio rural en algunas comunidades autónomas, esta mención hoy resulta imprescindible. La ordenación del territorio debería integrar expresamente el equilibrio demográfico territorial como unos de sus objetivos principales, ya que es la función pública global que puede articular de forma conjunta las políticas y actuaciones públicas orientadas a luchar contra la despoblación y a dinamizar el medio rural, en el marco del respeto a los principios del desarrollo sostenible y de la protección del medio rural que se recogen en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural.

El estudio del derecho positivo demuestra la existencia de una cierta desconexión entre los instrumentos de ordenación del territorio y los de desarrollo del medio rural que aconsejaría la integración de ambas perspectivas. Para ello, por una parte, tanto la legislación como los instrumentos de ordenación del territorio deberían incluir entre sus objetivos fundamentales el equilibrio demográfico territorial y, por tanto, la lucha contra la despoblación y la dinamización del medio rural; por otra parte, los instrumentos de desarrollo rural tendrían que vincularse explícitamente a la ordenación del territorio y encuadrarse en las directrices generales y objetivos de ésta. Uno de los pocos ejemplos que en este sentido se encuentran en la legislación autonómica es el de la Ley de desarrollo rural del País Vasco, cuyo artículo 6 incluye entre los objetivos sectoriales de las políticas institucionales en el medio rural algunos relativos específicamente a la materia de ordenación del territorio. En concreto, uno de esos objetivos es "propiciar que los procesos de aprobación o revisión de las Directrices de Ordenación del

22 La única ley autonómica que contiene una mención expresa a la cuestión es la Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de ordenación del territorio de la Comunidad de Castilla y León, la cual, al definir las determinaciones mínimas de las directrices de ordenación del territorio, incluye los «criterios de actuación en áreas desfavorecidas por declive económico o demográfico, por situaciones de incomunicación u otras desventajas objetivas, o por existencia de riesgos naturales o tecnológicos» (artículo 10.1.g). Sin embargo, en las directrices esenciales de ordenación del territorio de esa comunidad autónoma, aprobadas por la Ley 3/2008, de 17 de junio, sólo hay un punto, el 5.5, dedicado al «fomento del arraigo en el medio rural», con algunas previsiones sobre el fomento del mantenimiento y mejora de la actividad agraria.

Territorio (DOT), de los planes territoriales parciales (PTP) y sectoriales (PTS), así como de los planes generales de ordenación urbana (PGOU), contribuyan a la preservación del espacio rural y a valorar en su redacción las necesidades y estrategias recogidas en los programas de desarrollo territorial (PDT) previstos en el artículo 9".

Igualmente, los instrumentos de desarrollo del medio rural deberían articularse también con los de ordenación urbanística. El derecho urbanístico español ha llegado a un grado de evolución en el que el modelo de planificación integral de términos municipales enteros ha entrado en crisis por diversos factores, al mismo tiempo que el desarrollo de los instrumentos de ordenación del territorio permite ordenar urbanísticamente el medio rural con independencia de la existencia o no de plan general de ordenación municipal[23]. Éste podría transformarse así en un instrumento que ordene exclusivamente los núcleos urbanos y su eventual crecimiento, con lo que la ordenación urbanística del medio rural quedaría encomendada a los instrumentos de ordenación del territorio. Ello haría posible dar un tratamiento particularizado a las áreas despobladas o en riesgo grave de despoblación, que tendría que partir de la corrección del urbanismo disperso, ya que dificulta y encarece la prestación de los servicios necesarios para la implantación de actividades productivas y la fijación de población, y en el fomento de la rehabilitación edificatoria, factor clave para favorecer la recuperación de población en el medio rural evitando la proliferación indiscriminada de edificaciones aisladas[24].

---

23 La crisis del actual régimen de ordenación urbanística en su aplicación al medio rural se puede encontrar analizada en profundidad, con referencia al caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, en J.J. Raposo Arceo, *El régimen jurídico urbanístico del suelo rústico como factor de dinamización en el rural de Galicia*, en F.J. Sanz Larruga, L. Miguez Macho (eds.) *Derecho y dinamización e innovación rural*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 529-573.

24 Asimismo, el acceso a la vivienda en el medio rural necesita de soluciones adaptadas a las particularidades de éste. Como alternativa a los porcentajes de reserva de edificabilidad residencial para vivienda sometida a algún régimen de protección pública, que resultan de difícil aplicación fuera del ámbito urbano, las políticas públicas de vivienda en el medio rural tendrían que centrarse en la intermediación entre propietarios e interesados en la adquisición o alquiler de viviendas para hacer de ellas su residencia habitual, así como en las ayudas destinadas a ese fin y a la rehabilitación. Sobre esta cuestión, cabe remitirse al detallado estudio de M.A. Arias Martínez, *Las políticas de vivienda. Apuntes desde la perspectiva de la despoblación rural*, en *Istituzioni del Federalismo*, 2020, 2, pp. 475-494.

Naturalmente, otras técnicas que ofrece el derecho administrativo para articular las políticas públicas contra la despoblación del medio rural son las propias de la actividad de fomento[25]. Ahora bien, las leyes autonómicas que se han empezado a dictar en materia de reto demográfico y lucha contra la despoblación del medio rural consideran, que para que la actividad administrativa de fomento resulte efectiva en el ámbito que nos ocupa, es fundamental la introducción transversal de la perspectiva demográfica y territorial en su diseño. Por lo tanto, no se trataría sólo de utilizar las técnicas clásicas de la actividad administrativa de fomento, como las subvenciones y ayudas públicas, para conseguir de manera directa los objetivos de estas políticas, sino de tener en cuenta el factor demográfico y territorial también en las medidas de fomento que se diseñan con otras finalidades prioritarias[26].

De esta manera, se traslada a las técnicas de la actividad administrativa de fomento la misma estrategia que ya se aplica en la contratación pública, es decir, su utilización instrumental para conseguir objetivos de interés general que desbordan su finalidad principal de proveer a las entidades del sector públicos los bienes y servicios que necesitan para desarrollar sus funciones y competencias. A este respecto, debe señalarse que las leyes autonómicas mencionadas también obligan a que la contratación pública, en el ámbito competencial autonómico, se utilice como instrumento para conseguir los objetivos vinculados al reto demográfico y la lucha contra la despoblación del medio rural[27].

---

25 Para un estudio de su aplicación a la lucha contra la despoblación, véase I. Calatayud Prats, *Despoblación, ayudas de Estado y deducciones fiscales a la actividad empresarial*, en D. Santiago Iglesias, L. Miguez Macho, A.J. Ferreira Fernández (eds.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 491-518.

26 Artículo 18.2 de la Ley de impulso demográfico de Galicia y, con previsiones más específicas, los artículos 20 de la Ley de medidas económicas, sociales y tributarias frente a la despoblación y para el desarrollo del medio rural en Castilla-La Mancha, 20.1 de la Ley de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura, 5.2 y 95 de la Ley de dinamización del medio rural de Aragón y 31.1 de la Ley integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial en la Comunidad Valenciana.

27 Artículo 17 de la Ley de impulso demográfico de Galicia y, de nuevo con previsiones más específicas, artículos 21 de la Ley de medidas económicas, sociales y tributarias frente a la despoblación y para el desarrollo del medio rural en Castilla-La Mancha, 21 de la Ley de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura, 12 de la Ley de dinamización del medio rural de Aragón y 31.2 de la Ley integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad

El problema que plantea este tipo de disposiciones legales radica en que se corre el riesgo de ir acumulando a través de la legislación sectorial tal cantidad de factores «transversales» que hay que tener en cuenta en el diseño de los instrumentos jurídicos de la actividad administrativa de fomento, o de los contratos del sector público, que acaben resultando de difícil o incluso de imposible cumplimiento simultáneo, por lo que cabe augurar que su efectividad práctica será, cuando menos, dudosa.

Finalmente, no puede dejar de hacerse una referencia a las técnicas de la actividad administrativa de intervención en la actividad privada, a las que quizá también corresponda desempeñar alguna función en la articulación de las políticas de lucha contra la despoblación del medio rural. La Ley de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura prevé en su artículo 19.1 que el consejo de gobierno autonómico, a propuesta de la consejería competente, podrá declarar motivadamente el interés general, que llevará implícita la declaración de interés social, a los efectos señalados en la normativa reguladora de la expropiación forzosa, para aquellos proyectos o actuaciones que puedan generar una significativa incidencia positiva en las zonas más vulnerables al fenómeno demográfico. Pero sin duda la legislación que ha ido más lejos en esta dirección es la gallega. Los polígonos agroforestales y las agrupaciones de gestión conjunta que regula la Ley de recuperación de la tierra agraria de Galicia, a los que ya se ha hecho referencia, son proyectos de explotación agraria que precisan del acceso a la tierra para poder desarrollarse y que se someten a un procedimiento de calificación administrativa con el fin de declarar su interés social, lo que permite la adopción de medidas de movilización forzosa de las fincas abandonadas o deficientemente cultivadas incluidas en el perímetro en el que se vayan a ejecutar. Así, la falta de colaboración de los titulares de las fincas con los proyectos que nos ocupan, en la medida en que el estado de abandono de aquéllas se mantenga, se entiende como incumplimiento de la función social de la propiedad consagrada en el artículo 33.1 de la Constitución, lo que faculta a la administración para la expropiación de su uso, a

territorial en la Comunidad Valenciana. Sobre la experiencia que ya existe en Portugal en este ámbito, véase P. Costa Gonçalves, M. Tralhão, *Lo spopolamento dell'entroterra portoghese e l'utilizzo degli appalti pubblici come strategia di contrasto delle asimmetrie tra l'entroterra e la costa*, en *Istituzioni del Federalismo*, 2020, 2, pp. 517-536.

través de una institución bien conocida en nuestro derecho como es el arrendamiento forzoso[28].

5. Conclusiones

Las reflexiones realizadas en este trabajo llevan a la conclusión de que las políticas que se están empezando a emprender en España contra la despoblación del medio rural necesitan matizar algunos de sus enfoques. Por una parte, no se deberían vincular a la cuestión del reto demográfico, en su vertiente de envejecimiento de la población e inversión de la pirámide poblacional, sin algunas precauciones, porque un eventual crecimiento y rejuvenecimiento de la población del país no implicaría necesariamente que se frenase el fenómeno de la despoblación del medio rural. De ahí la propuesta de que, cuando se introduzca la perspectiva demográfica en las políticas públicas, ésta incorpore también el factor del equilibrio territorial y no sólo el del impulso demográfico. Por otra parte, para que las políticas contra la despoblación del medio rural lleguen a ser eficaces, tendrían que ir precedidas de una reflexión sobre qué es lo que se pretende combatir

28 En el caso de los polígonos agroforestales, una vez conseguidos compromisos de adhesión al proyecto que alcancen el setenta por ciento de la superficie de aquél, a los demás titulares de tierras en estado de abandono o infrautilización incluidas en el perímetro del futuro polígono se les da la opción de comprometerse a venderlas, permutarlas o arrendarlas (por el precio mínimo fijado por la administración) al «agente promotor productivo» que se vaya a encargar de la ejecución de la actuación o ponerlas en producción; si no optan por ninguna de estas alternativas, se procederá a la expropiación del uso de las fincas por incumplimiento de la función social de la propiedad, con la integración forzosa de las mismas en el Banco de Tierras y posterior arrendamiento al «agente promotor productivo» que ejecute el polígono (artículo 92.6 de la Ley de recuperación de la tierra agraria de Galicia). Por su parte, en el caso de las agrupaciones de gestión conjunta, su reconocimiento administrativo puede comportar la propuesta por la Agencia Gallega de Desarrollo Rural de la declaración de utilidad pública e interés social de la actuación por el Consejo de la Xunta de Galicia, de haber sido solicitada expresamente por la agrupación. Esto último tiene gran trascendencia, porque el artículo 78 de la Ley de recuperación de la tierra agraria de Galicia prevé que en toda la superficie de la iniciativa de actuación conjunta (que puede incluir fincas no incorporadas a la actuación), e incluso en una franja de protección perimetral alrededor de la misma cuya extensión no se precisa, los titulares de los derechos de uso y aprovechamiento de las fincas no incluidas en la actuación queden obligados a «mantener una adecuada gestión agroforestal», es decir, a ponerlas en producción conforme a las buenas prácticas agroforestales recogidas en la declaración de utilidad pública e interés social, con la amenaza, en caso de incumplimiento, de la tramitación del procedimiento de declaración de las fincas en situación de abandono o infrautilización, que puede dar lugar a la incorporación forzosa de éstas al Banco de Tierras para su arrendamiento a la agrupación de gestión conjunta.

exactamente. La despoblación en sí misma no es ni un mal ni un bien; lo que pueden ser negativos para la sociedad son sus efectos y, a su vez, esos efectos negativos tienen que ser catalogados para establecer prioridades a la hora de combatirlos. Por muy dolorosos desde un punto de vista sentimental que sean los efectos negativos de tipo cultural de la despoblación del medio rural, en indudable que revisten mayor gravedad para la sociedad los de tipo natural, que sólo se manifiestan cuando aquélla va unida al abandono de la actividad agraria.

El derecho administrativo ofrece instrumentos útiles para el desarrollo y aplicación de las políticas públicas contra la despoblación del medio rural y es indudable que el primero de ellos son las técnicas de planificación pública. No es seguro, sin embargo, que la nueva figura de las llamadas «estrategias» resulte la más adecuada en el caso que nos ocupa, ya que la dimensión territorial del fenómeno de la despoblación aconsejaría más bien acudir a las técnicas de planificación territorial que se enmarcan en la política de ordenación del territorio, y articularlas con las de planificación del desarrollo rural y ordenación urbanística. Otra tendencia que se observa en la legislación autonómica que se ha empezado a dictar en materia de reto demográfico y lucha contra la despoblación, la introducción transversal de la perspectiva demográfica y territorial en la actividad administrativa de fomento y, en particular, en el diseño de la subvenciones y ayudas públicas, así como en la contratación pública, genera no pocas dudas, por la dificultad del cumplimiento simultáneo de tantos factores como la legislación va tratando de imponer en esos instrumentos de la actividad administrativa. En cambio, el interés general que concurre en la lucha contra los efectos negativos de tipo natural de la despoblación del medio rural permite el recurso a las técnicas más invasivas de intervención en la actividad privada, como sucede con la expropiación de uso de fincas en estado de abandono para la ejecución de proyectos de recuperación de la actividad agraria previamente calificados por la administración, prevista por la nueva legislación de recuperación de la tierra agraria de la Comunidad Autónoma de Galicia.

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

David Mongoin
Professeur de droit public
Faculté de droit - Université Jean Moulin – Lyon 3
david.mongoin@univ-lyon3.fr

Il diritto governativo

The Government Right

Sintesi

Il contributo propone una riflessione teorica sulla tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, mettendone in discussione il valore euristico e la coerenza logica. Attraverso una critica dell'approccio fondato sui "confini" disciplinari, l'autore evidenzia come tale prospettiva tenda più a costruire che a descrivere la realtà giuridica, alimentando rappresentazioni semplificate del diritto pubblico come diritto del potere e del diritto privato come diritto della libertà. In questa prospettiva, il lavoro invita a ripensare le categorie classiche e a interrogarsi sulla reale natura dei rapporti tra Stato e individuo.

Abstract

The article offers a theoretical reflection on the traditional distinction between public and private law, questioning its heuristic value and logical coherence. By criticizing the boundary-based approach to legal disciplines, the author shows how this perspective tends to construct rather than describe legal reality, reinforcing simplified views of public law as a law of power and private law as a law of freedom. In this light, the paper calls for a rethinking of classical categories and a reassessment of the relationship between the State and the individual.

Parole chiave: diritto pubblico; diritto privato; confini del diritto; teoria del diritto; rapporto Stato-individuo

Keywords: public law; private law; legal boundaries; legal theory; State-individual relationship

Indice: 1. Introduzione. - 2. Il diritto amministrativo e il diritto governativo. - 3. Il diritto amministrativo come diritto governativo.

1. Introduzione

In generale, sembra che i giuristi concepiscano piuttosto intuitivamente la loro disciplina in termini di territori e quindi di confini, forse a causa di quel punto fisso attorno al quale dovrebbero gravitare i "mondi" del diritto: la summa divisio. Si noti che se oggi se ne mette in discussione soprattutto il grado di permanenza, anche il suo valore euristico è discutibile, in quanto appare doppiamente paralogico: da un lato, postula il contrario di ciò che la costituisce, poiché esaurisce il diritto in una forma duale pur postulando necessariamente la sua unità, e dall'altro, se essa esaurisce l'integralità del diritto in questa dualità, non si ricollega tuttavia ad essa, vale a dire che non si può dire se, per riprendere la formula di Christian Atias, questa «distinzione tra diritto pubblico e diritto privato sia una regola di diritto privato o di diritto pubblico?»[1].

L'approccio attraverso il prisma del «confine» rimane in ogni caso il più comune per descrivere un campo disciplinare e un corpus di regole, poiché bisogna ammettere che i suoi vantaggi sono numerosi, consentendo sia di fissare un limite tra campi disciplinari e/o normativi (il «dentro» e «fuori»), di discernere i giochi di forza che si intrecciano tra loro (ad esempio, l'attuale «linea di fronte» dei diritti fondamentali), ma anche di riflettere, nel duplice senso di riflettere e pensare, sui campi generali del diritto pubblico e del diritto privato, e al loro interno sui diritti particolari che li costituiscono. Ciò non manca di influenzare anche le rappresentazioni dell'essenza dei due grandi territori del diritto che sono il diritto pubblico inteso come diritto dello Stato e il diritto privato inteso come diritto dell'individuo. Così, René Savatier esprime sicuramente la concezione più comune, dei privatisti in generale e dei civilisti in particolare, quando sostiene che è indiscutibile che «nel complesso, il diritto civile tradizionale risponde bene a un'idea centrale, quella della libertà individuale», mentre il diritto pubblico risponde, e in questo senso molto logicamente, a quella di «ordine pubblico»[2]. In

1 Ch. ATIAS, « Un point de vue de droit privé ? », *in* B. BONNET e P. DEUMIER (a cura di), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, Dalloz, 2010, p. 39.

2 R. SAVATIER, *Dal diritto civile al diritto pubblico, attraverso le persone, i beni e la responsabilità civile*, LGDJ, 1950, 2ª ed., p. 5. Una tale concezione, che si inserisce nella tradizione romanista in cui il diritto pubblico si identifica con il diritto dell'ordine pubblico o dell'utilità pubblica, si ritrova anche in alcuni pubblicisti e in particolare in Jean Rivero, che scrive: «Il diritto privato appare nella sua

altre parole, nella prospettiva del privatista, il diritto pubblico è e rimane per sua natura un diritto di potere, di sottomissione, mentre il diritto privato è un diritto di libertà, di autonomia. È il diritto pubblico che opprime e il diritto privato che libera, e questo non solo a causa della natura considerata illiberale del diritto pubblico, ma anche perché l'inserimento delle norme e dei requisiti del diritto pubblico nel diritto privato equivale il più delle volte a una limitazione delle libertà. L'esorbitanza del diritto amministrativo non significa quindi altro, per i privatisti, che l'eccessività delle sue norme – fermo restando che il diritto privato, inteso come diritto comune, fissa la misura –, mentre per i pubblicisti l'esorbitanza, ovviamente, indica solo l'assenza di una misura comune tra lo Stato e l'individuo[3], senza comportare di per sé alcuna eccessività. Una tale distorsione segnala che la lente della frontiera talvolta riflette meno la realtà di quanto la costruisca, e in modo errato.

In particolare, va sottolineato che lo strumento della frontiera si impone quasi naturalmente nel diritto amministrativo, postulando in un certo senso che tale oggetto non può essere definito *di per sé*, nella misura in cui tale diritto, inteso qui essenzialmente come corpus di norme, è sempre caratterizzato non tanto da una specificità, quanto piuttosto dalla sua specificità. Tracciata a grandi linee, questa specificità sarà alternativamente o cumulativamente riferita sia all'organo a cui si applicano queste norme specifiche (l'amministrazione; diritto amministrativo = diritto dell'amministrazione) sia a quello incaricato di controllarne il rispetto (il giudice amministrativo; diritto amministrativo = diritto del giudice amministrativo), sia al loro contenuto intrinseco (diritto amministrativo = diritto derogatorio del diritto comune). A seconda dei criteri adottati, organici o materiali, che molto spesso si combinano, si nota che sulla questione dei confini del diritto amministrativo e delle loro fluttuazioni, ci saranno tante conclusioni quante definizioni. Ad esempio, se si intende il diritto amministrativo come un diritto dero-

---

essenza come un diritto del libero consenso», «Diritto pubblico e diritto privato: conquista o *status quo*?», *Recueil Dalloz*, 1947, cron., p. 70.

3 Il diritto amministrativo francese si basa infatti sul presupposto dell'assenza di un punto di incontro tra l'individuo e lo Stato. È questo il significato della formula, apparentemente innocua, utilizzata dal commissario del governo René David nelle sue conclusioni sulla famosa sentenza *Blanco* (TC 8 febbraio 1873): «[I]l ci sembra impossibile, in buona ragione e in buona giustizia, assimilare completamente lo Stato a un semplice privato».

gatorio al diritto comune, oggi si sarebbe tentati di concludere che il campo del diritto amministrativo è in fase di rifrazione. Infatti, la caratteristica dominante dei movimenti che influenzano il diritto amministrativo così inteso sembra essere quella di una forma di privatizzazione, ma forse si tratta solo di una visione distorta dal punto di vista pubblicista[4], e un privatista metterebbe invece in evidenza un movimento di pubblicizzazione del diritto privato[5] – che si caratterizza, in particolare, per due fenomeni: un fenomeno di dissociazione tra l'intervento dei soggetti pubblici e l'estensione del diritto amministrativo e un fenomeno di impregnazione del diritto amministrativo da parte delle tecniche che strutturano (ricorso al contratto, ad esempio) e soprattutto delle idee che animano (preoccupazione per la redditività, ad esempio) il diritto privato. Se invece si intende il diritto amministrativo come il diritto del giudice amministrativo, si giungerà senza dubbio alla conclusione che vi sia stata un'espansione del diritto amministrativo, in particolare sotto l'effetto del primato dei diritti fondamentali. La diagnosi relativa all'evoluzione dei confini del diritto amministrativo sarà quindi radicalmente opposta a causa di una definizione iniziale diversa.

Tale constatazione non invalida un approccio riflessivo sull'oggetto del diritto amministrativo ordinato e determinato dai suoi confini, poiché se è corretto considerare che l'identità di un oggetto rimanda alla sua essenza (statica) e il confine al suo campo di esistenza (dinamico) e che quindi la determinazione dell'identità di un oggetto rimane teoricamente distinta dai confini che gli sono assegnabili, occorre convenire, *in definitiva*, che qualsiasi riflessione su tale oggetto non può prescindere dalla necessità di pensare anche, o piuttosto soprattutto, attraverso la lente del confine. Tuttavia, tale constatazione deve consentire di prendere atto di almeno tre difficoltà distinte.

---

4 Domanda secondaria: fino a che punto la «specificità» del diritto amministrativo non è espressione dell'ignoranza del pubblicista nei confronti del diritto privato?

5 Al di là di questo possibile movimento di pubblicizzazione del diritto privato, occorre valutare attentamente che ogni «conquista» del diritto pubblico sul diritto privato comporta una trasformazione del diritto pubblico stesso perché, come sottolinea René Savatier, sulla scia di Jean Rivero, «il diritto pubblico, per avvolgere il diritto privato con i suoi tentacoli, si modella sulla forma di quest'ultimo», *Dal diritto civile al diritto pubblico, attraverso le persone, i beni e la responsabilità civile, op. cit.,* p. 16.

La prima difficoltà, difficilmente riducibile, risiede nel fatto che si pensa sempre ai confini di un oggetto al di là dei confini, in particolare quelli disciplinari. Infatti, i confini che si assegnano a un oggetto dipendono anche da chi cerca di tracciarli e in particolare dai confini che egli stesso traccia, consciamente o meno, con discipline diverse dalla propria. Se l'esercizio grafico (tracciare dei limiti) è sempre un esercizio ontologico (determinare delle essenze), è anche un esercizio biografico, nel senso che rivela molto spesso l'identità di chi lo compie. Ora, l'*homo administrativus* ha dovuto storicamente affermare la natura «giuridica» del suo diritto e dare lui stesso garanzie del suo «puro» positivismo, contribuendo così a promuovere una rappresentazione del diritto amministrativo come diritto autarchico, separato dal campo politico e privo di qualsiasi legame con il potere, vale a dire, per quanto ci interessa essenzialmente in questa sede, rendendo impossibile il suo riconoscimento come diritto governativo, come diritto politico[6].

La seconda difficoltà risiede nel carattere intangibile che si attribuisce al confine, poiché quest'ultimo ha senso solo se la linea che lo costituisce è più o meno fissa. Questa necessità che sentiamo di tracciare linee per dividere i campi e quindi designare gli oggetti rimane un gesto di una forza tale che cancella sia la funzione di interfaccia di ogni designazione di limite sia il carattere artificiale di questo gesto che si oppone al carattere naturalmente mutevole degli spazi che i suoi limiti intendono confinare. Si tende quindi troppo facilmente a considerare – ma è difficile resistere! – che un confine definisca un'identità attraverso l'identificazione di un confine intangibile. Il peso di questa idea di intangibilità del confine spiega ampiamente, a nostro avviso, una tendenza che è stata particolarmente marcata nel diritto amministrativo: la ricerca del criterio del diritto amministrativo. A questo proposito, si può notare, in particolare nella prospettiva dei nostri sviluppi successivi, che la teoria di Georges Vedel delle «basi costituzionali del diritto amministrativo» – teoria basata su un criterio formale che dovrebbe sostituire i criteri materiali di Hauriou (potere pubblico) e Duguit (servizio pubblico) – è ordinata attorno alla volontà particolare di dimostrare «l'identità dello Stato

6 Il diritto politico è innanzitutto, al di là delle molteplici formulazioni che gli vengono attribuite e dei diversi oggetti su cui può pretendere di applicarsi, un gesto di pensiero che si afferma in reazione alla versione normativista del positivismo.

"costituzionale" e dello Stato "amministrativo", ovvero l'unità del diritto pubblico francese»[7].

La terza difficoltà deriva dal fatto che pretendere di trattare gli attuali spostamenti dei confini del diritto amministrativo significa partire da una definizione più o meno fissa del diritto amministrativo che, logicamente, può derivare solo dalla determinazione dei suoi confini... Tuttavia, l'espressione «diritto amministrativo» è molto difficile da definire nel doppio significato del termine, nel senso che è molto difficile non solo attribuirgli un significato, ma anche attribuirgli una delimitazione. Le controversie relative alla sua definizione coincidono quasi perfettamente con quelle relative alla portata reale dell'autonomia del diritto amministrativo[8] rispetto al diritto privato, naturalmente, ma anche, cosa troppo spesso trascurata, rispetto al diritto costituzionale.

La definizione più comune di diritto amministrativo, ovvero come diritto speciale applicato da un ordine specifico di giurisdizioni, rimane euristicamente carente, almeno per due ragioni. La prima è legata al fatto che, anche se questi fenomeni rimangono marginali, i tribunali giudiziari applicano talvolta il diritto amministrativo ad attività considerate private e possono diventare giudici dell'amministrazione a causa di determinate situazioni o di determinate attività giuridiche. Viceversa, i tribunali amministrativi possono applicare il diritto comune in determinate condizioni e, al di là di un'applicazione letterale, spesso e talvolta anche letteralmente si ispirano alle norme del diritto privato. Ne consegue che la definizione di diritto amministrativo da parte del giudice competente non coincide con l'ambito del diritto amministrativo. La seconda ragione è legata al fatto che tale definizione rinuncia a qualsiasi determinazione materiale del diritto amministrativo. In parole povere, l'oggetto specifico del diritto amministrativo non è definito. Affermare che il diritto amministrativo è il diritto dell'amministrazione non fa altro che spostare la difficoltà sul concetto di amministrazione. Tuttavia, quest'ultimo non è più semplice da definire[9] nella misura in cui può ri-

7 G. VEDEL e P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, 1990,[11^a] ed., tomo 1, p. 65.

8 V. Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 2014, tomo I, pagg. 13-152.

9 E. FORSTHOFF sottolineava che «[d]a sempre, la teoria del diritto amministrativo ha incontrato gravi ostacoli nel tentativo *di definire* il proprio oggetto: l'amministrazione. Ciò non è dovuto a uno sviluppo insufficiente di questa scienza. Non si tratta di una carenza della dottrina che potrebbe essere sanata. Al contrario, ciò dipende dalla natura dell'amministrazione: essa può essere descritta, ma non

ferirsi sia a una dimensione organica, sia a una dimensione funzionale.

In senso organico, l'amministrazione designa le istituzioni amministrative. Qui emerge una doppia difficoltà. La prima riguarda l'autonomia del diritto amministrativo rispetto al diritto privato nella misura in cui tali istituzioni non svolgono solo funzioni di interesse pubblico, ma anche funzioni di interesse privato. In altre parole, l'amministrazione in senso organico non si limita alle attività amministrative nel senso funzionale del termine. La seconda difficoltà risiede nell'autonomia del diritto amministrativo rispetto al diritto costituzionale, poiché il diritto amministrativo presuppone organi amministrativi distinti dagli organi politici. Tuttavia, non è così, come illustra in modo esemplare il ministro che è allo stesso tempo membro del governo (organo politico) e capo di servizio (organo amministrativo).

In senso funzionale emerge la stessa doppia difficoltà individuata per il senso organico. La prima riguarda l'autonomia del diritto amministrativo rispetto al diritto privato, nella misura in cui l'amministrazione svolge una serie di funzioni che, in alcuni casi, sono assicurate anche da imprese private. Ne consegue che il diritto amministrativo va oltre l'ambito delle sole persone giuridiche di diritto pubblico. La seconda difficoltà riguarda l'autonomia del diritto amministrativo rispetto al diritto costituzionale, poiché l'esistenza di un diritto amministrativo presuppone che sia acquisita la distinzione, all'interno della funzione esecutiva, tra due tipi di funzioni (la funzione politica o governativa e la funzione amministrativa), cosa che, come vedremo più ampiamente in seguito, è ben lungi dall'essere il caso.

La manifestazione scientifica in cui questo contributo si inserisce deve consentire di ricordare in generale che il diritto amministrativo, come del resto qualsiasi oggetto delle scienze sociali, non preesiste alla sua comprensione e che quindi il diritto amministrativo, inteso sia come disciplina accademica che come corpus normativo, risulta il prodotto di punti di vista diversificati e di opzioni scelte, in particolare epistemologiche, che lo istituiscono. È quindi necessario riconoscere con Jacques Caillosse che «esistono effettivamente tanti "diritti amministrativi" quanti sono i problemi elaborati per cercare di renderli oggetto di conoscen-

definita», *Trattato di diritto amministrativo tedesco*, Bruxelles, Bruylant, 1969, pagg. 35-36.

za»[10]. Più specificamente, si tratterà qui di combattere una tendenza molto forte della dottrina amministrativista che consiste nello studiare il diritto amministrativo come un sistema chiuso che funzionerebbe secondo regole proprie, indifferente al contesto storico e politico in cui è prodotto e si perpetua. Poiché questo contributo ha il compito di discutere il diritto governativo, nella misura in cui la questione dei confini del diritto amministrativo rimanda sia alle linee di demarcazione con altri oggetti, sia alla questione della costituzione stessa dell'oggetto diritto amministrativo, si tratterà innanzitutto del diritto amministrativo nel suo rapporto con il diritto governativo (I), poi del diritto amministrativo inteso come diritto governativo (II).

2. Il diritto amministrativo e il diritto governativo

«A mio avviso, non ci si è sufficientemente impegnati nel definire chiaramente i rapporti che devono esistere tra il diritto amministrativo e il diritto politico.[11]»

Tocqueville

Nel XIX secolo, la dottrina costituzionale ha progressivamente sostenuto l'idea, e in particolare sulla scia in del trattato di Eugène Pierre[12], che il diritto derivante dall'attività parlamentare dovesse, alla luce delle sue caratteristiche specifiche e dell'autonomia organizzativa del Parlamento, raggiungere lo status di diritto autonomo e di una disciplina a sé stante: il diritto parlamentare.

È grazie a un ragionamento analogico che in una parte della dottrina costituzionale contemporanea è maturata progressivamente l'idea dell'esistenza di un «diritto governativo». Mentre ormai il diritto parlamentare è consacrato (ma non più insegnato...), il riconoscimento di un diritto governativo è stato favorito dalla pubblicazione di opere come quelle di Jean Massot (*Le Chef du gouverne-*

10 J. CAILLOSSE, « Sur les enjeux politiques et idéologiques du droit administratif », *La Revue administrative*, n° 208, 1982, p. 362.

11 A. de TOCQUEVILLE, «Rapporto presentato all'Accademia delle scienze morali e politiche sul libro di M. Macarel intitolato *Cours de droit* administratif», *in Œuvres complètes d'Alexis de Tocqueville*, Michel Lévy frères, 1866, vol. 9, p. 73.

12 E. PIERRE, *Trattato di diritto politico, elettorale e parlamentare*, Librairies-imprimeries réunies, 1893.

ment en France, 1979), Jacques Fournier (*Le Travail gouvernemental*, 1987) o ancora di Olivier Schrameck (*Les Cabinets ministériels*, 1995) e infine consacrato dai lavori di Matthieu Caron[13]. È quindi solo di recente che una parte della dottrina costituzionale si è interessata alla vita interna del governo. La constatazione che giustifica questo interesse è legata al trasferimento del potere dal Parlamento all'organo esecutivo avvenuto sotto la Ve Repubblica. Considerando di essere passati da una «Repubblica parlamentare» a una «Repubblica governativa», numerosi autori hanno ritenuto opportuno fornire una definizione giuridica di questa «Repubblica governativa», in particolare dando forma e consistenza a un «diritto governativo».

Riprendendo la definizione offerta da Matthieu Caron, il diritto governativo può essere inteso come «il diritto appositamente creato dal Governo per organizzarsi»[14], poiché è vero che l'istituzione governativa elabora, in misura sufficientemente ampia da giustificarne la considerazione come diritto autonomo, le regole della propria organizzazione e del proprio funzionamento. L'ipotesi fondamentale che sta alla base dell'esistenza stessa di questo diritto è, come si può vedere, che ogni istituzione crea, in misura più o meno grande, il proprio ordinamento giuridico. Così come il Parlamento ha creato il diritto parlamentare, l'Esecutivo, inteso come unità organica, crea il proprio diritto: il diritto governativo. Si tratta quindi di un approccio particolare al diritto costituzionale che lo concepisce come un diritto istituzionale, un diritto politico, e che quindi riconosce il fatto che il diritto possa essere prodotto proprio da coloro ai quali si applica. Postuliamo qui, per le esigenze del caso, che il diritto governativo esista effettivamente per misurare quanto il diritto governativo, implicando un ampliamento dell'oggetto del diritto costituzionale, sia tale da sconvolgere il confine tra quest'ultimo e il diritto amministrativo.

Questo diritto governativo si presenta infatti come un diritto al confine tra il diritto amministrativo e il diritto costituzionale, intesi entrambi sia come insieme di norme che come disciplina accademica. Come corpus normativo, il diritto governativo è composto certamente da norme e consuetudini costituzionali, che

13 M. CARON, *L'autonomia organizzativa del Governo. Ricerca sul diritto governativo della V Repubblica*, Fondazione Varennes, 2015.

14 M. CARON, *Diritto governativo*, Lextenso, 2020, p. 15.

in quanto tali rientrano nel diritto costituzionale, inteso in ogni caso come diritto politico, ma anche e soprattutto da atti normativi (decreti, ordinanze e circolari) che rientrano nel diritto amministrativo. Si noti inoltre che è proprio il giudice amministrativo il custode del diritto governativo, il che induce un'interessante disconnessione tra la natura di un diritto (diritto costituzionale) e il giudice competente (giudice amministrativo). Come disciplina, è altrettanto sorprendente constatare quanto il ricorso ai concetti e alle categorie del diritto amministrativo abbia permesso di costruire il diritto governativo. Ne è una testimonianza esemplare il ricorso da parte di Matthieu Caron al concetto di «ordine interno», che descrive il diritto governativo come «questo diritto speciale dell'ordine interno, "nato negli interstizi" dell'istituzione governativa e dei silenzi della Costituzione»[15].

Poiché il diritto amministrativo non è riflessivo, nel doppio senso del termine, pensare e riflettere, come un diritto politico, il diritto governativo è condannato dagli amministrativisti a costituire solo una provincia del diritto costituzionale ai «confini» del diritto amministrativo. Per comprenderlo e per interessarsi, per il momento, alla sola dimensione dottrinale, è opportuno risalire alla legge del 24 maggio 1872 relativa alla riorganizzazione del Consiglio di Stato e alla vittoria di Édouard Laferrière, vicepresidente del Consiglio di Stato e artefice della sua attuazione su Anselme Batbie, allora deputato, che ne fu il principale ispiratore.

Laferrière, infatti, nel suo *Trattato sulla giurisdizione amministrativa* e sui ricorsi contenziosi, promuove una rappresentazione del diritto amministrativo, ormai largamente maggioritaria, come il diritto di controllo esercitato dal giudice sull'amministrazione, dove la questione principale che si pone è pertanto quella della competenza del giudice amministrativo, mentre Batbie, nel suo *Trattato teorico e pratico di diritto pubblico e amministrativo*, offriva una rappresentazione del diritto amministrativo come diritto pubblico legato alla società e determinato dalla politica. Questo fondamentale lascito di Laferrière è sobriamente espresso da Jean Rivero quando spiega che «un problema pratico è stato all'origine di tutte le sue ricerche [quelle della dottrina]: la delimitazione delle competenze ammi-

15 *Ibid.*, p. 16.

nistrative e giudiziarie»[16]. La sovradeterminazione di questa questione ha contribuito in modo determinante a concepire il diritto amministrativo non come un diritto politico, ma come un diritto giurisprudenziale, cioè proprio come un diritto apolitico o metapolitico. Una simile tendenza è senza dubbio tributaria della teoria positivista-normativista[17], e non è quindi propria del diritto amministrativo. A questo proposito, Olivier Jouanjan sottolinea giustamente che «[i]l problema comune a tutti questi modi abituali di parlare, anche tra i giuristi, è che si fa del diritto un'istanza separata, autonoma e come situata al di sopra del mondo politico degli uomini. Come se il diritto funzionasse da solo. Come se il diritto avesse un'essenza propria e apolitica. Si immagina un diritto che sarebbe pura idealità, in grado di ricondurre la politica alla pura ragione»[18]. Resta il fatto che, sebbene tale tendenza non sia certamente propria del diritto amministrativo, è proprio in questa disciplina che essa è così forte, poiché si è trattato di rendere l'amministrazione e il diritto amministrativo una sorta di «zona neutralizzata», cioè uno spazio distaccato dalle contingenze politiche, proprio al fine di garantire la «neutralizzazione del campo amministrativo»[19] rispetto al campo politico. È proprio questo postulato della natura metapolitica, se non addirittura apolitica, del diritto amministrativo che ora occorre mettere in discussione e contestare, trattando il diritto amministrativo come diritto governativo.

3. Il diritto amministrativo come diritto governativo

> *«La Rivoluzione francese, che ha introdotto tante novità nel mondo, non ha creato nulla di più nuovo di quella parte del*

16 J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1981, tomo 2, p. 188 (sottolineato da noi).

17 L'influenza del positivismo-normativismo ha indubbiamente portato i giuristi francesi a fingere di ignorare il peso decisivo dei fattori ideologici e politici nella rappresentazione delle cose del diritto e nella rappresentazione giuridica delle cose.

18 O. JOUANJAN, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, n° 22, 2019, p. 12. L'autore completa la sua critica precisando che, a suo avviso, « [n]on ci si rende conto che ciò che chiamiamo "diritto" è una *finzione* ».

19 J. CAILLOSSE, « Le partage administration/politique : un impensé des doctrines de la séparation des pouvoirs » (La divisione tra amministrazione e politica: un aspetto trascurato delle dottrine della separazione dei poteri)? », in P. MBONGO (dir.), *La séparation entre administration et politique en droits français et étrangers*, Berger-Levrault, 2014, p. 32.

nostro diritto politico che riguarda l'amministrazione propriamente detta[20] »

Tocqueville

Il diritto amministrativo non è mai presentato, a nostra conoscenza, come un diritto governativo, cioè come un diritto politico[21]. Dire che il diritto amministrativo è un diritto governativo rimanda infatti, in prima approssimazione, o a una tautologia o a un ossimoro.

A una tautologia perché se si intende l'espressione diritto governativo nel senso elementare di un diritto che proviene dal governo, cioè dall'organo esecutivo in senso lato, e che mira a regolare l'organizzazione, il funzionamento e l'attività delle amministrazioni pubbliche, si dovrebbe ammettere, più o meno facilmente, che il diritto amministrativo è effettivamente un diritto governativo. A un ossimoro nella misura in cui l'autonomia stessa del diritto amministrativo impone di non considerarlo come un diritto governativo. Infatti, il diritto amministrativo è proprio l'opposto di un diritto governativo, poiché è possibile (come corpus normativo) e pensabile (come disciplina accademica) solo nella misura in cui esiste una distinzione, all'interno della funzione esecutiva, tra una funzione governativa e una funzione amministrativa.

L'importanza decisiva della questione dell'esistenza di una funzione amministrativa distinta dalle altre funzioni dello Stato non era sfuggita alla dottrina classica, così come l'assoluta necessità, in quanto esistenziale, di una differenziazione tra le funzioni governative e amministrative all'interno della funzione esecutiva aveva anche portato il Consiglio di Stato a discernere, in linea con la legge del 24 maggio 1872, gli atti amministrativi suscettibili di ricorso dagli atti nei confronti dei quali il giudice amministrativo intendeva affermare la propria incompetenza, atti che egli qualificherà giustamente come atti di governo. È quanto ricorda Édouard Laferrière quando scrive: «Questi due tipi di atti corrispondono, infatti, a diverse attribuzioni del potere esecutivo: amministrare e gover-

20 A. de TOCQUEVILLE, «Rapporto presentato all'Accademia delle scienze morali e politiche sul libro di M. Macarel intitolato *Cours de droit* administratif», *op. cit.,* p. 60.

21 *Contra*. P. LEGENDRE, «La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France», *in Trésor historique de l'État en France*, Fayard, 1992, p. 578-609.

nare»[22]. Tale idea di dualità funzionale è ripresa nel secolo successivo da René Capitant, per il quale «se da un lato esistono atti amministrativi e dall'altro atti di governo, è perché il potere esecutivo è duplice: da un lato, comprende il potere di compiere atti amministrativi (ciò che chiamiamo potere amministrativo) e dall'altro il potere di compiere atti di governo (ciò che chiamiamo potere governativo)»[23]. E infatti, poiché gli atti di governo sono atti decisionali emanati dall'organo esecutivo, la loro immunità giurisdizionale può basarsi solo sull'idea che in alcuni casi gli atti di tale organo siano di natura «governativa» o «politica» e non «amministrativa». Se ciò che determina ormai l'incompetenza del giudice non è più il «movente politico», ovvero l'intenzione soggettiva dell'atto, ma il suo oggetto politico, ovvero il suo contenuto oggettivo – non si dovrebbe del resto esitare a parlare del criterio dell'«oggetto politico» –, occorre convenire che l'atto di governo è necessariamente quello che rientra nell'esercizio della funzione governativa. L'aspetto «politico» rimane centrale e primario nella sottile arte di discernere un atto di governo dietro un atto amministrativo. L'esistenza stessa della categoria di atto di governo presuppone quindi l'esistenza e quindi il riconoscimento di una funzione governativa distinta da una funzione amministrativa. Ma proprio la dottrina amministrativa non la mette in questo modo e si limita a un gioco di prestigio che consiste nel limitarsi a stilare un elenco, senza dubbio per evitare di riflettere sul motivo e riconoscerne la giustificazione.

La natura decisiva di questa questione della funzione amministrativa, ovvero della funzione specifica svolta dallo Stato quando agisce in qualità di autorità amministrativa, è stata ben definita da Maurice Hauriou. Nella sua nota di sentenza sul caso dei panettieri di Poitiers (1901), egli scrive: «In Francia non siamo abituati ad approfondire il problema della funzione amministrativa. Viviamo sotto l'influenza di questa concezione un po' superficiale secondo cui l'Amministrazione è l'attività di alcuni organi denominati amministrativi. L'Amministrazione è l'attività del potere esecutivo. Quanto a chiederci se tale attività sia condizionata da una funzione da svolgere che sarebbe la funzione amministrativa, è una curiosità che non abbiamo spesso avuto». Tuttavia, secondo lui, «è urgente elaborare

22 É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1888, t. II, p. 31.

23 R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public*, Parigi, Les Cours de droit, 1956, pagg. 17-18.

una teoria, un sistema, sulla natura della funzione amministrativa», perché senza di essa non esiste diritto amministrativo! Pur non avendo la pretesa di dedicarsi, nel modesto ambito della sua nota, a una simile impresa, , è interessante notare che egli scrive comunque: «La prima regola da stabilire ci sembra essere questa: la funzione amministrativa è [...] essenzialmente politica[24]» Pertanto, la funzione amministrativa dell'esecutivo è quella che dovrebbe distinguersi dalla sua funzione politica, ma è essa stessa «essenzialmente politica».

Non c'è da stupirsi nel vedere il grande Hauriou sollevare la questione, riconoscerle un carattere esistenziale in senso letterale e non averle mai dato una vera risposta? La spiegazione fondamentale risiede forse nell'ambivalenza costitutiva del diritto amministrativo: è stato necessario «privatizzare» il diritto amministrativo per distinguerlo meglio dal diritto privato. In altre parole, era necessario rendere il diritto amministrativo un «vero» diritto[25], e storicamente è stato proprio il contributo di Hauriou a plasmare il diritto amministrativo sul modello del diritto privato, per distinguerlo meglio da esso. Il diritto amministrativo si è quindi costruito in un puro gioco di specchi con il diritto privato, concentrandosi sul principio della separazione delle autorità amministrative e giudiziarie e trascurando di conseguenza il principio costituzionale della separazione dei poteri politici, come vedremo più avanti, ovvero trascurando non solo il rapporto tra diritto amministrativo e diritto costituzionale e quindi la questione dell'unità del diritto pubblico, ma anche la natura politica del diritto amministrativo. Un'altra spiegazione più prosaica è legata al fatto che appare estremamente difficile individuare un criterio distintivo definitivo di questa funzione amministrativa. Esaminando gli scritti della dottrina classica, si è costretti a concludere che tutti i criteri che sono stati individuati (gerarchico, finalistico, materiale, organico, ecc.) si sono rivelati infruttuosi[26]. Ciò ha portato gradualmente alcuni autori a negare logica-

24 M. HAURIOU, nota sotto Consiglio di Stato,1° febbraio 1901, *Descroix e altri panettieri di Poitiers*, ripreso in *La giurisprudenza amministrativa dal 1892 al 1929*, Raccolta Sirey, 1929, tomo 1, pagg. 163-164.

25 Va ricordato che, storicamente, nell'espressione «diritto derogatorio del diritto comune», la parola importante è «diritto»: se è «derogatorio del diritto comune», è perché il diritto amministrativo è effettivamente un «diritto».

26 V. P. SERRAND, « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Jus Politicum*, n° 4, 2010.

mente la distinzione tra funzione amministrativa e funzione governativa, come il decano Louis Favoreu che conclude nella sua tesi che «non esiste alcuna distinzione giuridica tra funzione governativa e funzione amministrativa»[27]. In ogni caso, sfruttare l'assenza di un criterio distintivo per concludere che non esista una funzione amministrativa appare piuttosto singolare, poiché non esiste nemmeno un criterio definitivo del concetto di interesse generale senza che ciò porti a negare l'esistenza stessa di tale concetto o l'esistenza di concetti, come quello di servizio pubblico, che si basano su di esso. Il diritto amministrativo è proprio il diritto della «funzione amministrativa», semplicemente è difficile assegnargli una definizione precisa. Tale difficoltà non significa che essa non esista, ma che il diritto amministrativo è un diritto che postula l'esistenza di una funzione specifica che non può dimostrare in modo certo. E se non è possibile distinguerla all'interno della funzione esecutiva, non è perché non esiste, ma semplicemente perché il diritto amministrativo è irriducibilmente un diritto politico!

La natura «politica» del diritto amministrativo ha senza dubbio risentito pesantemente dell'abbandono di ogni riflessione su questa funzione amministrativa. Olivier Beaud ha potuto considerare che «questo solo fatto [l'abbandono] ha portato alla scomparsa dal diritto amministrativo dell'intera riflessione sulle funzioni dello Stato»[28] e quindi a dissolvere il legame tra diritto amministrativo e diritto costituzionale e, ancora più certamente, a misconoscere la natura politica del diritto amministrativo. Tale abbandono spiega a sua volta il ricorso permanente, su cui torneremo, al principio ritenuto essenziale perché esistenziale della «separazione dei poteri amministrativo e giudiziario» derivante dalla legge del 16-24 agosto 1790.

Il continuo richiamo a questa «legge salica»[29] del diritto amministrativo ha finito per recidere il legame tra il diritto amministrativo e la separazione dei poteri

---

27 L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1965, p. 221.

28 O. BEAUD, « L'État », *in* P. GONOD, F. MELLERAY e Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, tomo 1, p. 226.

29 G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, n° 5, 1990, p. 698. È importante valutare attentamente il legame tra Vedel e Waline che, fin dalla prima edizione del suo *Manuale*, insisteva sul fatto che rinunciare al principio della separazione tra autorità amministrative e giudiziarie equivarrebbe a «rinunciare alla giurisdizione amministrativa [e] allo stesso tempo [...] al diritto amministrativo», *Manuel élémentaire de droit administratif*, Recueil Sirey, 1936, p. 31.

politici, per concentrarsi esclusivamente sulla questione dell'autonomia del diritto amministrativo rispetto al diritto privato.

È un retaggio diretto di questo modo di vedere le cose, che Georges Vedel[30] non esitò a definire «rivoluzionario», proprio di Marcel Waline. La questione fondamentale non può essere l'esistenza teorica di una funzione amministrativa, che è certamente difficile da individuare, ma una questione molto più prosaica: «Perché esiste un diritto amministrativo autonomo? Perché non si applica il diritto civile ai rapporti tra le amministrazioni e i cittadini?[31]». Laddove Hauriou avrebbe risposto che ciò si spiega con l'esistenza di un «regime amministrativo dello Stato»[32], ovvero avrebbe dato una risposta basata sulla natura politica del diritto amministrativo (legata al concetto di Stato[33]), Waline risponderà con il principio della separazione delle autorità amministrative e giudiziarie, principio che darà origine, a suo tempo, alla teoria delle basi costituzionali del diritto amministrativo di Vedel. Se la centralità riconosciuta a questo principio è stata indubbiamente benefica per la creazione e il mantenimento dei confini del diritto amministrativo rispetto al diritto privato, «il nemico» sempre sospettato di voler abolire i confini a proprio vantaggio, ne è derivata una perdita di senso della natura politica del diritto amministrativo nella misura in cui esso non tiene più conto della separazione dei poteri politici. Lo si può vedere, a titolo illustrativo, attraverso l'eredità intellettuale di Léon Duguit. Mentre quest'ultimo ha costruito la sua dottrina del servizio pubblico, fondata sull'idea di solidarietà sociale, non per dare un criterio distintivo del diritto amministrativo (rispetto al diritto privato), ma per rivelare l'essenza politica del diritto pubblico, la cosiddetta Scuola del servizio pubblico (Jèze, Rolland, de Laubadère...), concentrandosi esclusivamente sul confine tra diritto amministrativo e diritto privato, considererà il servizio pubblico solo come un semplice criterio di competenza del giudice amministrati-

30 G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1981, tomo II, nota 22, p. 134.

31 M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif, op. cit.,* p. 1.

32 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1911, 7ème éd., prefazione, p. XII.

33 Anche R. CARRÉ DE MALBERG apre *il* suo *Contribution à la Théorie générale de l'État* con questa formula:

«Qualsiasi studio del diritto pubblico in generale e del diritto costituzionale in particolare implica e presuppone il concetto di Stato», Librairie du Recueil Sirey, 1920, ristampato dalle edizioni del CNRS nel 1962, p. 1.

vo e quindi, in questo senso stretto, come la «pietra angolare» di un diritto amministrativo in cui la questione centrale è quella della competenza del giudice amministrativo rispetto al giudice giudiziario. A vantaggio di questa esclusiva focalizzazione sui legami tra diritto amministrativo e diritto privato, quello tra diritto amministrativo e diritto costituzionale, pur essendo esistenziale, ha finito per allentarsi, con almeno due effetti principali: un effetto di «de-essenzializzazione» e un effetto di «de-realizzazione»[34] del diritto amministrativo.

Si tratta innanzitutto di un effetto di «de-essenzializzazione», ovvero di una perdita di vista dell'essenza e del significato del diritto amministrativo. Ad esempio, mentre ieri la teoria degli atti di governo era oggetto di riflessione da parte degli amministrativisti alla luce di una certa teoria dello Stato-nazione, tanto più forte in quanto ampiamente trascurata[35], oggi è vista quasi esclusivamente attraverso il prisma della teoria dello Stato di diritto.

La teoria dello Stato di diritto, poco approfondita, determina ormai in larga misura le posizioni maggioritarie della dottrina amministrativista contemporanea: ferma denuncia dell'esistenza stessa degli atti di governo come simbolo dell'arbitrarietà politica[36], anche se logicamente essi possono esistere solo negli Stati liberali; accompagnamento senza grandi riserve di tutte le estensioni del controllo giurisdizionale decise dal Consiglio di Stato (ultimo esempio simbolico: il riconoscimento della responsabilità dello Stato per le leggi dichiarate incostituzionali dal Consiglio costituzionale); promozione quasi incondizionata dei «diritti fondamentali»[37], il mito dell'autoistituzione dell'individuo sembra ormai tanto potente tra gli amministrativisti quanto lo era ieri il mito dell'autolimitazio-

34 O. BEAUD, « L'État », *in* P. GONOD, F. MELLERAY e Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, *op. cit.,* p. 212.

35 V. É. FRAYSSE, *L'État dans la construction doctrinale du droit administratif*, L'Harmattan, 2022.

36 Cfr. l'opera pionieristica su questa prospettiva di P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Recueil Sirey, 1935. [37] CE Ass. 24 dicembre 2019, *Société Paris Clichy et autres*. Per un esempio calzante di una lettura dottrinale che difende l'idea che il riconoscimento giurisprudenziale della responsabilità dello Stato legislatore costituisca una sorta di completamento salutare della sottomissione dello Stato allo Stato di diritto, cfr. Th. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, LGDJ, 2019.

37 Ci sembra altamente significativo che Yann Aguila, allora membro eminente del Consiglio di Stato, abbia scritto che «la garanzia dei diritti fondamentali» è «senza dubbio il fondamento principale, oggi, della giustizia amministrativa», «La giustizia amministrativa, un modello maggioritario in Europa. Il mito dell'eccezione francese alla prova dei fatti», *AJDA*, n. 6, 2007, p. 290.

ne dello Stato[38], ecc.

Tutte queste posizioni si basano sul presupposto che lo Stato moderno sia uno Stato di diritto, il che comporta la negazione della natura politica del diritto amministrativo, ovvero la dipendenza del diritto amministrativo dallo Stato-nazione. Infatti, lo Stato moderno non è lo Stato di diritto, ma lo Stato-nazione. È questo Stato-nazione che ha offerto lo spazio per lo sviluppo sia della democrazia moderna (governo della maggioranza) che dello Stato di diritto (governo delle leggi), il che implica che quest'ultimo deve conciliarsi con i requisiti dello Stato-nazione. La dottrina di ieri non trascurava questo punto fondamentale. Si può citare qui il commento di Marcel Waline, che in un certo senso ha seppellito la dottrina classica, in merito alla famosa sentenza del Consiglio di Stato *Dehaene* del 7 luglio 1950: «Si dirà che si tratta di un principio molto pericoloso, che fa prevalere la ragion di Stato sulla legalità. Tuttavia, riflettiamo: tutta la legalità crollerebbe in un colpo solo se lo Stato scomparisse[39]» Con queste parole, egli ricorda non solamente che lo Stato di diritto è possibile solo nell'ambito dello Stato-nazione, unico in grado di garantire i diritti, ma anche che la preminenza della difesa dei diritti dello Stato costituisce la ragion d'essere ultima del diritto amministrativo, poiché «ciò che distingue fondamentalmente il diritto amministrativo dal diritto privato è che in esso interviene in ogni momento, in modo più o meno evidente, ma sempre almeno in filigrana, l'idea del primato dell'interesse pubblico (...)»[40]. Non riconoscere che il diritto amministrativo è un diritto politico porterà, in modo falsamente paradossale, alla scomparsa del diritto amministrativo così com'è o implicherà ripensarlo non più nella prospettiva dei suoi legami con lo Stato-nazione, ma in quella, molto più incerta per esso, dello Stato di diritto. A nostro avviso, in questa prospettiva che a lungo termine comporterà l'assimilazione dello Stato all'individuo[41] – una tale tendenza non è già individuabile nella sottomissione dello Stato al diritto della concorrenza, al diritto dei consumatori,

---

38 Si pensi, ad esempio, alla famosa parola «miracolo» che apre ancora il *Que-Sais-Je* ? di P. WEIL e D. POUYAUD, *Le droit administratif*, PUF, 2017, 25ème éd., p. 3.

39 M. WALINE, commento su CE 7 luglio 1950, *Sieur Dehaene*, ripreso in *Notes d'arrêts di Marcel Waline*, Dalloz, 2005, vol. II, p. 664.

40 *Ibidem*

41 Cfr. nota 3 del presente testo.

ecc., sotto l'effetto in particolare del diritto dell'Unione Europea, questo «Stato» che è proprio solo di diritto? –, si arriverà a redigere l'atto di morte del diritto amministrativo alla francese, cioè fondato su un doppio dualismo giuridico e giurisdizionale. Dopo tutto, perché no, ma ci sarà consentito di stupirci che anche gli amministrativisti contribuiscano essi stessi a scavare la fossa.

Sostenere che il diritto amministrativo sia un diritto politico va ben oltre la questione del riconoscimento del ruolo politico del giudice amministrativo e in particolare del Consiglio di Stato o ancora delle sfide politiche o della portata politica delle sentenze in materia di diritto amministrativo[42]. Naturalmente, si può seguire Danièle Lochak quando sostiene che «poiché è il giudice dell'esecutivo, quindi del potere, [il giudice amministrativo] è portato, per forza di cose, a svolgere un ruolo politico»[43]. Infatti, se si può discutere, senza dubbio all'infinito, sulle modalità e sull'intensità di questo ruolo, sembra tuttavia ormai azzardato ripudiarne il principio. Resta il fatto che considerare il diritto amministrativo come diritto politico va ben oltre questo riconoscimento e comporta una vera e propria rivoluzione per il diritto amministrativo contemporaneo, sia nel suo senso astronomico (ritorno al modo in cui questo diritto era inteso) che in quello politico (rottura con il modo in cui è ora inteso).

Se è vero, come abbiamo detto, che è stata una certa teoria generale dello Stato[44] ad arricchire dottrinalmente il diritto amministrativo, oggi non è più così. Restiamo ancora con Maurice Hauriou, ovvero colui il quale, secondo la famosa espressione di Jean Rivero, «ha dato inizio al diritto amministrativo che è ancora il nostro»[45]. Se è ancora il nostro, bisogna constatare che i suoi eredi non gridano più con lui: «Ci stanno cambiando il nostro Stato».» Eppure... chi non vede che la perdita di identità del diritto amministrativo è accompagnata da quella della teoria dello Stato? In controtendenza rispetto a una «dimenticanza dello Stato» nella scienza contemporanea del diritto amministrativo, Olivier Beaud è uno dei

42 Cfr. J. CAILLOSSE, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK e Th. PERROUD (a cura di), *Les grandes arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019.

43 D. LOCHAK, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 19.

44 Si scrive «una certa», per rendere conto del paradosso che si crea tra la statolatria francese, legata alla sua ideologia liberal-statista, e il fatto che «la teoria dello Stato» non costituisce in Francia una disciplina centrale e autonoma.

45 J. RIVERO, «Maurice Hauriou et le droit administratif», *Pages de doctrine*, LGDJ, 1981, tomo 1, p. 32.

rari autori a sostenere una comprensione del diritto amministrativo «come un diritto eminentemente politico»[46]. Lo fa senza aderire al movimento «Critica del diritto» che, in linea con il suo obiettivo programmatico, intendeva promuovere una «scienza politica del diritto» basata su una concezione marxista[47]. La sua prospettiva è infatti quella del «diritto politico», nel senso in cui viene invariabilmente promosso, nonostante le sue molteplici varianti, nell'ambito dell'Institut Villey, e costituisce piuttosto il collegamento tra il diritto amministrativo e la teoria dello Stato. In questo modo, Olivier Beaud segue le orme di Roger Bonnard, fedele erede di Léon Duguit, nella misura in cui per entrambi gli autori si trattava di «collegare il diritto costituzionale e il diritto amministrativo in uno slancio comune di fondazione»[48], considerando che «non si può giungere a una conoscenza scientifica adeguata del diritto amministrativo senza basarsi su una teoria del diritto e dello Stato»[49].

Considerare il diritto amministrativo come un diritto governativo inviterebbe ad abbandonare un approccio incentrato sulla sua distinzione dal diritto privato, che lo condanna a un'identità derogatoria, per cercare di conferirgli un'identità propria, all'interno stesso del diritto pubblico. Sembra che il diritto amministrativo sia ormai sufficientemente sicuro della propria storia e identità, anche se quest'ultima rimane ovviamente mutevole, per non essere più vissuto come un diritto derogatorio del diritto comune, ma piuttosto come il diritto comune dell'amministrazione. Discernere e forse soprattutto assumere la natura politica del diritto amministrativo comporterebbe quindi sia una certa ricomposizione del diritto amministrativo inteso come disciplina, sia una certa riconfigurazione del diritto amministrativo inteso come corpus di norme.

Per quanto riguarda il diritto amministrativo come disciplina, come sottolinea giustamente Jacques Caillosse, qualsiasi tentativo di (ri)pensare il diritto

---

46 O. BEAUD, « L'État », *in* P. GONOD, F. MELLERAY e Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 209.

47 V. A. DEMICHEL, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, LGDJ, 1978 o ancora J.-J. GLEIZAL, *Le droit politique de l'État. Essai sur la production historique du droit administratif*, PUF, 1980.

48 X. BIOY, « L'identité disciplinaire du droit public », *in* X. BIOY (dir.), *L'identité du droit public*, Tolosa, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso Éditions, 2011, p. 20.

49 R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, LGDJ, 1940, 3ème éd., p. 21.

amministrativo porta a «inserire nell'ambito assegnato al diritto amministrativo questioni trascurate, il più delle volte dai giuristi di dottrina»[50]. Concepire il diritto amministrativo come un diritto politico dovrebbe indurre gli amministrativisti ad affrontare alcune tematiche sorprendentemente, per non dire indebitamente, trascurate, come ad esempio il controllo politico, e in questo caso parlamentare, dell'amministrazione. La giustificazione di tale controllo si basa, nel caso della Francia, sull'articolo 15 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che stabilisce che «la società ha il diritto di chiedere conto a qualsiasi funzionario pubblico della sua amministrazione». Abbandonando la democrazia diretta a favore del regime rappresentativo, è abbastanza naturale che l'esercizio effettivo della funzione di controllo dell'attività amministrativa sia stato affidato all'organo parlamentare. Nel quadro del regime parlamentare, poiché non esiste un rapporto diretto tra l'amministrazione e il Parlamento, ma rapporti mediati dal governo, si applica qui quella che si potrebbe chiamare, scherzosamente, la teoria del «ministro-schermo», nella misura in cui il ministro funge effettivamente da schermo giuridico tra il Parlamento e l'amministrazione.

Questo controllo e il suo studio sono assolutamente essenziali. Per esserne certi, si può citare il grande sociologo Max Weber. Quest'ultimo, considerando senza dubbio a ragione che il vero potere che si esercita negli Stati moderni si trova «inevitabilmente nelle mani dei funzionari»[51], insisteva così non solo sull'importanza del controllo che il Parlamento deve esercitare sull'attività amministrativa, ma anche sul suo studio per chi intende, in ogni caso, pretendere una visione effettiva delle cose. Ora, questa tematica del controllo politico dell'amministrazione soffre in Francia di una sorta di «conflitto negativo»: né il diritto costituzionale né il diritto amministrativo, intesi come discipline, si dichiarano competenti per trattarla. Sfogliando i manuali delle due discipline, si nota che il costituzionalista si interessa solo al «vero» controllo politico, cioè, per lui, in ragione di ciò che ritiene essere il suo oggetto, quello del Parlamento sulla politica della Nazione condotta dal governo, mentre l'amministrativista intende dedicarsi

50 J. CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, LGDJ, 2015, p. 22.

51 M. WEBER, «Parlamento e governo nella Germania riorganizzata. Contributo alla critica politica del corpo dei funzionari e del sistema dei partiti», *in* M. WEBER, *Scritti politici (1895-1919)*, Albin Michel, 2004, p. 323.

anch'egli al "vero" controllo che è, in ragione del suo tropismo contenzioso, il controllo giurisdizionale dell'amministrazione.

Considerare il diritto amministrativo come un diritto politico porterebbe anche, in linea diretta, a investire il concetto di «potere amministrativo», senza concedersi la facilità di esportare la questione nel campo della «scienza amministrativa » (sempre una questione di confini...) o di dissolverla semplicemente considerandola irrilevante, nella misura in cui la concezione francese dell'amministrazione, strettamente strumentale, renderebbe priva di senso la stessa questione di un potere amministrativo. Infatti, in Francia, l'amministrazione è considerata nient'altro che il "braccio" dell'esecutivo, che sarebbe "la testa", per riprendere la forte metafora organicista utilizzata da Alexandre-François Vivien nei suoi *Études administratives*[52]. Tale metafora rimanda a due dimensioni distinte, ma convergenti: la separazione dell'amministrazione dalla politica e la subordinazione dell'amministrazione alla politica, e più precisamente all'organo esecutivo.

Per quanto riguarda la separazione tra amministrativo e politico, essa si basa sulla distinzione giuridica tra i rappresentanti (eletti) e gli agenti (funzionari). Questa distinzione, definita da Evelyne Pisier e Pierre Bouretz «pietra di paragone del diritto pubblico repubblicano»[53], risale in realtà agli albori della Rivoluzione e non è quindi, in senso stretto, «repubblicana» – e contrappone «potere rappresentativo» (mandato detto rappresentativo) e «potere commissario» (che deriva da commissione). Il dovere di lealtà, il dovere di obbedienza, sotto pena di sanzioni disciplinari per gli agenti – salvo nel caso per definizione eccezionale del dovere di disobbedienza[54] – si oppone qui al divieto del mandato imperativo per i

52 A-F. VIVIEN, *Études administratives*, Guillaumin, 1852, 2ème éd., t. 1, p. 30: «Il potere politico è la testa, l'amministrazione è il braccio». » La metafora sembra provenire da L.-A. Macarel, che già scriveva: «[L]'amministrazione è l'azione vitale del governo [...]. Esso è la testa, essa è il braccio», *Cours de droit administratif professé à la Faculté de Paris*, Gustave Thorel, 1844, t. 1, p. 15.

53 É. PISIER e P. BOURETZ, *Le paradoxe du fonctionnaire*, Calmann-Lévy, 1988, p. 43.

54 L'anormalità fattuale, in questo caso l'esistenza di un ordine impartito da un'autorità gerarchica che lede gravemente il diritto, comporta un ribaltamento della normalità giuridica: mentre in una situazione normale l'obbedienza è lo strumento della continuità del servizio pubblico, la situazione anormale fa sì che sia la disobbedienza a diventare lo strumento di tale continuità. In tutti i casi (obbedienza o disobbedienza), ciò che conta è l'interesse e la tutela del servizio pubblico, e quindi dell'interesse generale, come insegnano la sentenza del Consiglio di Stato *Langneur* del 10 novembre 1944 (*Rec. CE.*, p. 288) e soprattutto le conclusioni di B. Chenot in materia (*Dalloz,* 1945, p. 87-89).

rappresentanti. Da un lato, quindi, ci sono i rappresentanti, «mandatari» della Nazione, la cui volontà è fittiziamente «quella» della Nazione, e dall'altro lato gli agenti che non hanno alcun carattere rappresentativo e non esprimono alcuna volontà propria, ma sono incaricati di eseguire la volontà espressa dai rappresentanti, che non è altro che la volontà generale. Per quanto riguarda la subordinazione, le definizioni dell'amministrazione derivanti dai testi costituzionali francesi ne testimoniano la permanenza: l'amministrazione è sempre stata collegata, il che implica che è distinta da esso, al potere esecutivo e posta rispetto ad esso in una situazione di stretta subordinazione.

Dalla prima Costituzione scritta del 1791, che eleva il re a «capo supremo dell'amministrazione del regno», a quella del 1958, in cui «il governo dispone dell'amministrazione», l'idea è sempre la stessa: l'amministrazione si riduce a un insieme di mezzi sia materiali che immateriali al servizio dell'organo esecutivo. In altre parole, l'amministrazione è strettamente intesa come uno strumento subordinato al governo e non come un organo dello Stato.

Questa rappresentazione, per quanto esteticamente valida sul piano teorico, non regge alla prova dei fatti. L'idea che l'amministrazione possa costituire un quarto potere sembra tuttavia ancora molto lontana dalle preoccupazioni degli amministrativisti. Certo, un autore come Henri Chardon, allora maestro delle richieste al Consiglio di Stato, aveva proposto all'inizio del XX secolo di considerare l'amministrazione, sebbene subordinata alla politica, come un autentico «potere»[55], ma bisogna rendersi conto che questa visione è rimasta aneddotica o è stata considerata solo come una sorta di facilità o leggerezza di linguaggio che non giustificava alcuna riflessione profonda sul suo significato e sulle sue implicazioni. Una tale riflessione sull'esistenza o meno di un potere amministrativo, ovvero sulla questione più precisa dell'articolazione tra la volontà politica e la sua esecuzione amministrativa, si impone a maggior ragione nel quadro del regime della V Repubblica che può, con una certa verosimiglianza, presentarsi come una «Repubblica dei funzionari», in contrapposizione alla «Repubblica degli avvocati» della III Repubblica, nel senso che «l'azione dell'Esecutivo, sostenuta da un'Amministrazione in grado di sostituire una visione partigiana e politica dello Stato con una visione tecnica e obiettiva, ha un primato politico sul Deliberati-

55 V. H. CHARDON, *Le pouvoir administratif*, Perrin et C^{ie} , 1911.

vo»[56]. Senza arrivare a confondere, come negli Stati Uniti, il governo e l'amministrazione (confusione incarnata dal termine stesso di *government*), i fondatori della V Repubblica hanno inteso ridare forma allo Stato e vigore alla «forza di governare»[57] appoggiandolo a una potente amministrazione. I costituenti del 1958 erano disposti a costituzionalizzare l'amministrazione «come istituzione e non più indirettamente attraverso una gerarchizzazione implicita delle norme giuridiche»[58], anche se erano riluttanti a riconoscere nel corpo stesso della Costituzione l'amministrazione come un vero e proprio potere[59], preferendo iscriversi formalmente nella tradizione francese di un'amministrazione semplice strumento del potere politico. Proprio come il «potere giurisdizionale» non sarà riconosciuto nel testo costituzionale a causa dello spettro del «governo dei giudici»[60], nemmeno il «potere amministrativo» lo sarà per paura di dare origine allo spettro del «governo dei funzionari». In questo Paese, dove si è affermata con tanta chiarezza una vera e propria «società amministrativa»[61] e dove lo Stato ha assunto la forma di uno «Stato amministrativo»[62], sarebbe tuttavia abbastanza naturale che gli amministrativisti partecipassero pienamente a questa riflessione sul potere amministrativo, una volta ammessa, naturalmente, la natura fondamentalmente politica del diritto amministrativo. Le prospettive aperte da tale riconoscimento sono

---

56 J. HUMMEL, « L'institution gouvernementale au sein d'une République administrative Une lecture haurioutiste de l'article 20 », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 43.

57 N. ROUSSELLIER, *La forza di governare. Il potere esecutivo in Francia dal XIX al XXI secolo*, Gallimard, 2015.

58 A. LANZA, *L'espressione costituzionale dell'amministrazione francese. Contributo allo studio delle costanti costituzionali*, LGDJ, 1984, p. 266, citato da J. HUMMEL, «L'istituzione governativa...», *loc. cit*., p. 46.

59 Michel Debré sostiene in modo esemplare che «il potere politico ha certamente la responsabilità suprema. Ma in una democrazia esiste una responsabilità dell'Amministrazione nei confronti della nazione. [...] L'istituzione amministrativa, subordinata ma essenziale, obbediente ma responsabile, costituisce un *potere della* Repubblica», nella sua «Prefazione» a M.-Chr. KESSLER, *La politique de la Haute fonction publique*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1978, p. XII (sottolineato da noi).

60 Anche in questo caso si tratta di una questione di confine, poiché il «governo dei giudici» non è altro che un'espressione basata sull'intangibilità del confine tra il diritto (giudicare; giudizio) e la politica (decidere; volontà). Contestare o dissolvere questo confine e l'espressione perde (o acquista...) tutto il suo significato.

61 P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, 1968, p. 546.

62 V. L. JAUME, « L'histoire administratif et le libéralisme : une histoire française », giugno 2009, consultabile all'indirizzo: L'État administratif et le libéralisme : une histoire française - Fondapol

in grado di rinnovare il significato delle cose per renderle, a nostro avviso, più conformi a ciò che sono.

Qui tocchiamo il secondo effetto citato in precedenza, l'effetto di «de-realizzazione» del diritto amministrativo e ci porta a parlare più specificamente del diritto amministrativo nella sua seconda accezione.

Per quanto riguarda il diritto amministrativo come corpus di norme, concepire il diritto amministrativo come un diritto politico porterebbe anche a prendere in considerazione alcune fonti di questo diritto sorprendentemente trascurate, come ad esempio la consuetudine, mentre la presentazione e lo studio del diritto amministrativo si basano sul primato delle fonti formali della legalità amministrativa[63]. È facile constatare che la consuetudine è una fonte totalmente marginalizzata nel diritto amministrativo o, quando non lo è, rimane strettamente e limitativamente considerata attraverso il suo riconoscimento giurisprudenziale[64]. Il diritto, non esaurendosi nelle dichiarazioni giuridiche che si presentano come tali, ma comprendendo anche le dichiarazioni che sono considerate tali o riconosciute come tali (proprio la consuetudine o anche quel diritto che viene definito flessibile), il riconoscimento del ruolo della consuetudine appare necessario per cogliere la *realtà* del diritto amministrativo[65]. Infatti, concepire il diritto amministrativo come un diritto governativo dovrebbe consentire di avere una visione più corretta, nel senso di giustezza, di tale diritto. Il diritto amministrativo è oggi, a nostro avviso, troppo permeabile alla critica basata sull'opposizione, per riprendere la famosa distinzione di Roscoe Pound, tra «il diritto insegnato» («Law in Books») e «il diritto applicato» («*Law in Action*»)[66] . Si noti inoltre che questa distinzione copre ampiamente il doppio significato attribuibile al diritto amministrativo: corpus di norme (diritto applicato) e disciplina accademica (diritto inse-

63 Anche questo approccio basato sulle «fonti» per comprendere il diritto amministrativo, eredità della cosiddetta Scuola dell'esegesi, meriterebbe sicuramente di essere ripensato, in particolare perché induce una visione riduttiva e quindi distorta di questo diritto.

64 V. G. TEBOUL, «La coutume, source formelle de droit en droit administratif», *Droits*, n. 3, 1986, pag. 4 e segg., e la sua tesi intitolata *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative,* LGDJ, 1989.

65 V. J. BOURGOING, « Pour une théorie de la coutume administrative », *La Revue administrative*, n. 64, 2008,

pagg. 364-367.

66 R. POUND, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, vol. 44, n° 1, 1910, p. 12-36.

gnato) – e si potrebbe addirittura pensare che molte delle difficoltà del diritto amministrativo (come corpus e disciplina) derivino proprio dalla confusione tra queste due accezioni, così come grandi confusioni derivano dalla difficoltà di determinare in un discorso, dottrinale o giurisprudenziale, quale accezione sia stata scelta.

Considerare il diritto amministrativo come un diritto politico implicherebbe quindi combattere questo fenomeno di «de-realizzazione» del diritto amministrativo, trascinato dal doppio tropismo normativo e contenzioso della dottrina amministrativista: il diritto amministrativo insegnato è quello degli atti amministrativi e non l'attività giuridica dell'amministrazione, così come viene studiata la giurisprudenza del Consiglio di Stato e non l'attività delle amministrazioni, cioè la vita amministrativa –, interessandosi non solo agli atti giuridici validi dell'amministrazione, ma alla vita giuridica amministrativa effettiva. In questa prospettiva, la seguente formula di René Capitant deve essere compresa, in particolare dagli amministrativisti desiderosi di sacrificarsi a una visione che rimane qualificabile come positivista: «Il diritto positivo non è il diritto stabilito da un legislatore, è il diritto in vigore, cioè il diritto applicato, le cui prescrizioni sono generalmente eseguite in una data società»[67]. In un approccio positivista ben inteso, cioè volto a produrre una lettura «reale» o effettiva del suo oggetto, l'essenza del diritto amministrativo non va forse ricercata negli atti amministrativi o nelle sentenze del giudice amministrativo, ma in ciò che potremmo chiamare, riprendendo il concetto di «costituzione vivente» (living constitution, dicono gli americani), amministrazione vivente, se si vuole comprendere appieno che il diritto amministrativo è intimamente, inestricabilmente, irriducibilmente un Jus Politicum.

67 R. CAPITANT, « Le droit constitutionnel non écrit », ripreso in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, edizioni Panthéon-Assas, 2004, pag. 298.

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

Christophe Testard
professore universitario
Università Jean Moulin – Lione 3 (EDPL – UR 666)
christophe.testard@univ-lyon3.fr

Alcune restrizioni giurisprudenziali al diritto di accesso ai documenti amministrativi

Some jurisprudential restrictions on the right of access to administrative documents

Sintesi

Il testo analizza le restrizioni giurisprudenziali al diritto di accesso ai documenti amministrativi in Francia. L'autore evidenzia una tendenza del Conseil d'État a restringere tale diritto attraverso due principali evoluzioni: una definizione più limitata dei documenti amministrativi, con l'esclusione dei documenti di natura politica, e un ampliamento del concetto di richiesta abusiva, ora fondato anche sull'onere imposto all'amministrazione. Questi sviluppi aumentano il potere discrezionale delle autorità pubbliche e rischiano di indebolire la trasparenza. L'autore critica tale orientamento, sottolineando possibili problemi di legittimità, disuguaglianze applicative e una progressiva erosione del diritto fondamentale di accesso alle informazioni amministrative.

Abstract

The article analyzes case law restrictions on the right of access to administrative documents in France. The author highlights a tendency by the Council of State to restrict this right through two main developments: a more limited definition of administrative documents, excluding documents of a political nature, and a broadening of the concept of abusive requests, now also based on the burden imposed on the administration. These developments increase the discretionary power of public authorities and risk weakening transparency. The author criticizes this approach, highlighting potential problems of legitimacy, inequalities in application, and a progressive erosion of the fundamental right of access to administrative information.

Parole chiave: Diritto di accesso, Documenti amministrativi, Giurisprudenza del Conseil d'État, Richiesta abusiva, Trasparenza amministrativa

Keywords: Right of access, Administrative documents, Jurisprudence of the Council of State, Abusive request, Administrative transparency

Indice: 1. Introduzione. - 2. L'identificazione restrittiva dei documenti amministrativi. - 3. La valutazione ampliata del concetto di richiesta abusiva.

1. Introduzione

Nel 2026 potrebbe sorprendere che il diritto di accesso ai documenti amministrativi, pilastro di quello che viene definito il diritto dei cittadini, che presumibilmente non ha smesso di rafforzarsi in Francia dagli anni '70, sia ancora al centro del contenzioso. Oggi disciplinato dal codice dei rapporti tra il pubblico e l'amministrazione, questo diritto, che ha certamente conosciuto una recente consacrazione costituzionale[1] , sta per compiere mezzo secolo e sembra corrispondere alle attuali aspettative di trasparenza, favorite da tecniche e strumenti sempre più facilitanti in materia. Eppure, le disposizioni degli articoli L300-1 e seguenti del codice delle relazioni tra il pubblico e l'amministrazione (CRPA) continuano ad essere oggetto di una giurisprudenza abbondante sia da parte della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi che del giudice amministrativo, e a suscitare nuove soluzioni. Il ricorso al giudice amministrativo sarà, per gli ottimisti, un segno della vitalità del diritto di ricorso e delle garanzie offerte dallo Stato di diritto. Ma può anche, per i più pessimisti, incarnare il sintomo di ripetute disfunzioni, di aspettative non soddisfatte e, in definitiva, essere il riflesso di una «cattiva amministrazione». Da qualsiasi punto di vista lo si guardi, le aspettative che gravano sul giudice sono immense perché, a seconda delle sue interpretazioni, egli potrà far pendere la bilancia da una parte o dall'altra.

Il diritto all'informazione amministrativa si basa infatti su una tensione instabile tra il diritto di sapere e la tutela di interessi diversi, sia pubblici che privati. Il periodo contemporaneo illustra senza dubbio la ricerca di nuovi equilibri, in cui il giudice è percepito come un attore essenziale. Innanzitutto il giudice costituzionale, poiché il periodo recente offre almeno due esempi di richieste di questioni prioritarie di costituzionalità (di seguito QPC), non trasmesse dal giudice

1 CC, n. 2020-834 QPC del 3 aprile 2020, *UNEF*; *Dr. adm* 2020, comm. 31, nota G. Éveillard.

amministrativo e che mettono in discussione proprio i limiti del diritto di accesso[2] . In secondo luogo, il giudice amministrativo, ed è proprio di lui che si tratta qui, al fine di illustrare questa tensione nella tutela del diritto di accesso ai documenti amministrativi, attraverso recenti decisioni – in particolare del Consiglio di Stato – che sembrano tracciare nuovi confini ai limiti definiti dal legislatore in materia. Per dirla chiaramente, il giudice amministrativo sembra aver scelto la via della restrizione, mettendo in bilancia il diritto costituzionale di accesso ai documenti amministrativi con i mezzi – e la volontà? – delle amministrazioni pubbliche di rispondere alle richieste. Tuttavia, nel e che aumenta per via pretoria i limiti legali al diritto di accesso ai documenti amministrativi, tali contenziosi portano semplicemente a interrogarsi sull'essenza stessa di tale diritto di accesso, sulle sue finalità e sulla sua ragion d'essere. Tale interrogativo si manifesta non solo nell'identificazione restrittiva dei documenti amministrativi (I), ma anche nella valutazione ampliata del concetto di richieste abusive (II).

2. L'identificazione restrittiva dei documenti amministrativi

La qualificazione di documento amministrativo comporta il diritto alla comunicazione e, nello spirito di liberalismo che animava il legislatore degli anni '70, è in linea di principio l'unico criterio di comunicabilità: un criterio particolarmente vago, poiché la definizione adottata è volutamente ampia. Ricordiamo che

«Sono considerati documenti amministrativi, ai sensi dei titoli I, III e IV del presente libro, indipendentemente dalla loro data, dal luogo di conservazione, dalla forma e dal supporto, i documenti prodotti o ricevuti, nell'ambito della loro missione di servizio pubblico, dallo Stato, dagli enti territoriali, nonché da altre persone di diritto pubblico o di diritto privato incaricate di tale missione » (art. L300-2 CRPA).

Il legislatore ha quindi optato per il non formalismo, poiché né la forma né il supporto sono criteri di identificazione di un tale documento. Inoltre, per molto tempo e giustamente, le questioni di competenza sottoposte al giudice ammi-

2 CE, 28 giugno 2024, n. 490743, *Federazione cristiana dei testimoni di Geova di Francia*, *JCPA* 2024, n. 47, nota C. Testard; CE, 24 feb. 2022, n. 459086, *Soc. «Le Parisien Libéré» e a.*; CE, 8 novembre 2021, n. 455421, *M. H.*

nistrativo si sono concentrate sulla qualificazione del servizio pubblico, sulla natura preparatoria o meno del documento, sul suo carattere definitivo o meno...

La scelta di una definizione estremamente ampia non era priva di difficoltà, poiché era senza dubbio troppo generica e non corrispondeva del tutto allo stato del diritto positivo. Il concetto di servizio pubblico, in particolare, è estremamente vasto e vago, tanto da definire in modo imperfetto l'ambito dei documenti amministrativi: alcuni non sono collegati a un servizio pubblico e sono tuttavia comunicabili (gestione del demanio privato – art. L. 300-3 CRPA), mentre altri, pur essendo collegati a un servizio pubblico, non rientrano nella funzione amministrativa: i documenti giurisdizionali. La definizione dell'ambito dei documenti amministrativi si basa quindi implicitamente su un altro criterio, quello della funzione amministrativa: un documento è amministrativo perché rientra in tale funzione. Se quest'ultima interessa la dottrina da molti anni[3] e ha introdotto il campo del diritto di accesso abbastanza di recente. Recenti controversie, senza dubbio legate ai progressi sempre più avanzati del diritto alla trasparenza, hanno infatti portato il giudice a interessarsi a una questione piuttosto inedita e, a dire il vero, delicata : la distinzione tra documenti di natura amministrativa e quelli di natura politica.

Si conosceva già la distinzione tra documenti professionali e personali, ma ora, all'interno dei documenti professionali, è necessario distinguere i documenti politici da quelli amministrativi, basandosi quindi sulla natura delle funzioni in questione. La controversia verteva sui documenti prodotti dai rappresentanti eletti locali nell'esercizio delle loro funzioni: è nota la doppia natura di questi eletti, che sono al tempo stesso amministratori di collettività e militanti/eletti, che partecipano alla vita politica della loro collettività. Questa doppia natura si riflette ora nei documenti che producono. A partire da una decisione del 3 giugno 2022, *Comune di Arvillard*[4] , relativa alle e-mail degli eletti, seguita da una decisione dell'8 febbraio 2023, *Città di Parigi*[5] in merito alle loro note spese, e poi da

3 Per un'analisi dei dibattiti, Pierre Serrand, «Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction», *Juspoliticum*, luglio 2010, online.

4 n. 452218.

5 n. 452521.

una nuova decisione del 31 maggio 2024, *Asso. Ensemble pour la planète*[6] , in merito agli agende degli eletti locali, il Consiglio di Stato ha intrapreso di tracciare una linea di demarcazione tra le attività amministrative degli eletti e le loro attività politiche, solo le prime rientrando nel campo del diritto di accesso. In breve, l'attività legata all'esercizio del mandato politico non può, secondo il giudice, rientrare in una missione di servizio pubblico. Ciò significa quindi che, al momento della comunicazione, è necessario omettere le informazioni politiche.

È possibile formulare almeno tre critiche a questa distinzione, a vari livelli. La prima critica o difficoltà è casistica, poiché sarà necessario determinare caso per caso dove classificare una determinata informazione. Nel caso del 2022, relativo alle e-mail, il Consiglio di Stato fa riferimento alle funzioni esercitate per conto del comune: la formula non è molto felice perché, da un lato, non tutte le funzioni esercitate per conto del comune sono di servizio pubblico e, dall'altro, il sindaco svolge funzioni per conto dello Stato... Ma se ci si attiene alla distinzione tra politico e amministrativo, ci saranno inevitabilmente casi controversi: un consiglio comunale, una commissione di lavoro, un appuntamento in prefettura, *ecc*. rientrano nella funzione amministrativa, mentre un comizio politico o una riunione della federazione locale del partito hanno un'evidente dimensione politica; ma non tutto è sempre così netto... È il caso dell'organizzazione di un consiglio comunale, come nella causa Commune d'Arvillard, o delle prese di posizione di un sindaco durante un'assemblea intercomunale... Cosa distingue la politica dall'amministrazione? La natura della questione? La sua importanza strategica? I criteri potenziali sono molteplici.

La seconda critica è più strutturale poiché, nella causa del 2024 almeno secondo il calendario, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'impossibilità materiale di procedere al ll'occultamento dei documenti richiesti, mascherando le informazioni di natura politica, potesse giustificare un rifiuto di comunicazione. In linea di principio, la motivazione è comprensibile e difficilmente contestabile: il diritto di comunicazione non può ostacolare in modo eccessivo il buon funzionamento dell'amministrazione. D'altra parte, ciò che è preoccupante è il messaggio che questa giurisprudenza trasmette alle amministrazioni. Questa soluzione appare un po' come una soluzione di comodo, che non è molto esigente in termini di

6 n. 474473.

buona tenuta che si dovrebbe imporre alle amministrazioni per quanto riguarda i loro documenti amministrativi. Se riprendiamo l'esempio degli agende: basta imporre agli enti locali di tenere due agende separate, una politica e l'altra amministrativa, il che non è così complicato nella misura in cui questa distinzione è integrata strutturalmente, poiché si distingue l'amministrazione, diretta da una Direzione generale dei servizi, e il gabinetto, politico. Tuttavia, riconoscendo che l'occultamento può svolgere questo ruolo di impedimento alla comunicazione, non si incoraggiano gli enti locali a essere più attenti, a monte, nella produzione e nella tenuta dei loro documenti. Ciò alimenta una visione passiva del diritto di accesso.

Infine, si può sollevare una terza critica, quella dell'opportunità: i documenti politici devono sfuggire al diritto di accesso? La questione è prettamente politica, non rientra certamente nella scelta del giudice, ma merita di essere sollevata.

Come si può vedere, la definizione stessa di documenti amministrativi non può essere utilizzata senza cautela, poiché condiziona, sia dal punto di vista strutturale che dell'opportunità, l'accesso alle informazioni amministrative. Ma anche se ammesso come comunicabile, un documento non viene sempre comunicato: le «scuse» per la mancata comunicazione sono giuridicamente riconosciute, come il concetto di «richieste abusive ".

3. La valutazione ampliata del concetto di richiesta abusiva

Il concetto di "richiesta abusiva" è espressamente previsto dalla legge come limite al diritto alla comunicazione. L'articolo L. 311-2 CRPA dispone infatti:

"*l'amministrazione non è tenuta a dare seguito alle richieste abusive, in particolare per il loro numero o il loro carattere ripetitivo o sistematico*".

Tradizionalmente, i casi di rifiuto di comunicazione basati su tale scusa riguardavano ipotesi piuttosto estreme di richiedenti ricorrenti, all'origine di richieste eccessive per numero e anni coperti. L'idea del legislatore che prevede tale limite si basa sul concetto di abuso di diritto: il diritto alla comunicazione non deve essere distorto nel suo scopo e tale limite mira a preservare i servizi e ad *«evi-*

tare la paralisi dell'azione amministrativa»[7] . Da questo punto di vista, la giurisprudenza era piuttosto soddisfacente e liberale: il Consiglio di Stato non esitava a censurare i giudici di merito troppo severi nella valutazione del volume delle richieste di comunicazione.

Senza che se ne capisse bene il motivo, il Consiglio di Stato ha tuttavia deciso, in modo pretorio, in una sentenza del 14 novembre 2018[8] , di ampliare notevolmente il significato del concetto di richieste abusive. Infatti, incoraggiato dal suo relatore pubblico, il giudice amministrativo ha dato un nuovo significato al concetto, definendolo con riferimento a due situazioni che il considerando sembra considerare esaustive. Egli ha quindi ritenuto che « *è abusiva la richiesta che ha lo scopo di perturbare il buon funzionamento dell'amministrazione sollecitata o che avrebbe l'effetto di far gravare su di essa un onere sproporzionato rispetto ai mezzi di cui dispone* ». In un primo senso, è abusiva una richiesta che abbia lo scopo di perturbare il buon funzionamento del servizio pubblico. Questa ipotesi sembra poter riunire la giurisprudenza precedente: si tratta di tenere conto, al fine di sanzionarle, delle velleità eccessive che talvolta possono animare alcuni richiedenti nei confronti di determinati servizi, con il diritto di accesso che viene quindi consapevolmente distorto come arma di disturbo massiccio. In sintesi, al richiedente viene imposta una certa disciplina o dottrina di moderazione, conforme alla volontà iniziale del legislatore.

Per contro, il secondo significato che il Consiglio di Stato attribuisce ora al concetto di richiesta abusiva è ancora più ampio, con il rischio, a nostro avviso, di allontanarsi proprio dall'equilibrio voluto dal legislatore. Esso ritiene che debbano essere considerate abusive anche le richieste che avrebbero l'effetto di gravare sull'amministrazione con un onere sproporzionato rispetto ai mezzi di cui dispone. I termini utilizzati sono inequivocabili: non si tratta più di prendere in considerazione l'oggetto della richiesta, ma i suoi effetti sull'amministrazione. Si potrebbe pensare che questa precisazione non abbia grande importanza, in particolare se si ritiene che una richiesta abusiva per il suo oggetto – numero di richieste o carattere sistematico – lo sia anche per gli effetti che produce – carico di lavoro – sul funzionamento del servizio se l'amministrazione vi risponde favorevolmen-

7 A. Iljic, conclusioni su CE, 14 novembre 2018, n. 420055, *Ariane Web*.
8 N. 420055.

te. Ma ciò che è in gioco qui è il fatto che il giudice amministrativo considera questo criterio degli effetti della richiesta sull'amministrazione come un possibile criterio sufficiente per rifiutare una richiesta: *non* si tiene quindi conto dell'approccio del richiedente, ma ci si limita alla sola valutazione dell'amministrazione ricevente.

E il giudice stesso è ben consapevole di questo inasprimento, poiché impone comunque che i rifiuti siano giustificati quando la comunicazione presenta un onere "*manifestamente sproporzionato*" rispetto ai mezzi dell'amministrazione. E precisa che la valutazione di tale onere deve essere effettuata in relazione all'"*interesse che tale comunicazione riveste per il richiedente e, se del caso, per il pubblico*" (CE, 27 marzo 2020, n. 426623, *Assoc. contro l'ampliamento e i disagi dell'aeroporto di Lione-Saint-Exupéry*).

Anche in questo caso, questa nuova linea giurisprudenziale suscita critiche, sia formali che sostanziali. Sul piano formale, questa nuova interpretazione è stata oggetto di una richiesta di QPC (questione preliminare di costituzionalità), poiché i ricorrenti ritenevano che si trattasse di una restrizione illegale del diritto di accesso tutelato dall'articolo 15 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Il Consiglio di Stato, nella sua suddetta decisione del giugno 2024, ha respinto la richiesta ritenendo che la propria giurisprudenza non violasse i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione... Ciò solleva la questione della legittimità del giudice di definire egli stesso le restrizioni al diritto di accesso, in particolare da quando tale diritto è stato elevato al rango costituzionale.

Sul merito, le critiche sono più numerose. Ancora una volta, non si torna indietro, emergono difficoltà di casistica e ciò non incoraggia le amministrazioni a conservare correttamente i propri documenti. Inoltre, emerge un rischio reale di disuguaglianze a seconda delle risorse di cui dispongono le amministrazioni: se esistono «*amministrazioni leggere con un carico di lavoro notoriamente* pesante»[9], è facile immaginare che ce ne siano di pesanti, con un carico di lavoro più leggero... Tuttavia, a seconda che il servizio sia ricco o povero, il diritto di comunicazione sarà più o meno garantito.

9 A. Lallet, conclusioni sulla CE, 27 marzo 2020, n. 426623, *Assoc. contro l'ampliamento e l'inquinamento dell'aeroporto di Lione-Saint-Exupéry e altri*, online.

Soprattutto, ed è questa la critica principale, il Consiglio di Stato introduce l'idea che il diritto di comunicazione debba essere valutato in relazione all'interesse che la comunicazione riveste per il richiedente o per il pubblico. Il relatore pubblico evoca chiaramente un equilibrio che deve essere trovato tra l'interesse della comunicazione del documento e il carico di lavoro che ne deriva. In altre parole, si tratta di valutare il contenuto delle informazioni contenute nel documento per decidere se valga la pena o meno dedicare risorse alla loro comunicazione. Questo cambiamento è pericoloso, perché riguarda il principio stesso del diritto alla comunicazione, in cui si introduce un conflitto, il che sembra essere l'ambizione contraria al principio di buona amministrazione. Se sono ammesse restrizioni al diritto di accesso alle informazioni, queste possono essere applicate solo per il corretto funzionamento della procedura: la CGUE lo ha appena ribadito in una sentenza del 15 gennaio 2026, *Coillte Cuideachta Ghniomhaiochta Ainmnithe*[10] . L'interesse ad ottenere la comunicazione è di tutt'altra natura, che non trarrebbe alcun vantaggio dall'essere mutuato.

10 Causa C-129/24: in merito alla possibilità per gli Stati di richiedere alla persona che richiede informazioni ambientali di identificarsi al fine di garantire il corretto svolgimento delle procedure, anche se il diritto dell'Unione non impone tale identificazione.

Sezione III

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

Andrea Carbone
Associato di Diritto amministrativo e pubblico presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

Potere e situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo

Administrative Power and Subjective Positions

Sintesi

Il presente scritto propone una ricostruzione del potere amministrativo quale situazione giuridica che assume la sua consistenza in relazione alla struttura normativa della funzione. Passate in rassegna le varie concezioni del potere e della situazione che vi si rapporta, l'interesse legittimo, si assume un'impostazione che, partendo dalla struttura processuale del procedimento amministrativo, caratterizza in senso corrispondente le relative situazioni giuridiche soggettive, sostanziali e procedurali. In particolare, si dimostra come una siffatta ricostruzione comporti una specifica caratterizzazione della consistenza della discrezionalità amministrativa, la quale, a sua volta, consente di qualificare nei termini di pretesa all'utilità finale la situazione giuridica del privato che si rapporta con il potere amministrativo.

Abstract

This paper proposes a reconstruction of administrative power as a legal position whose substance is defined in relation to the normative structure of the administrative action. After reviewing the various conceptions of power and of the legal position connected to it – namely, the *interesse legittimo* – we adopt an approach that, starting from the procedural structure of administrative proceedings, correspondingly characterizes the relevant subjective legal positions, both substantive and procedural. Particularly, we demonstrate how such a reconstruction entails a specific characterization of the administrative discretion, which in turn enables us to define the individual's legal position vis-à-vis administrative power in terms of entitlement to the final benefit.

PAROLE CHIAVE: diritto amministrativo; potere amministrativo; discrezionalità amministrativa; situazioni giuridiche soggettive; procedimento amministrativo; processo amministrativo.

KEYWORDS: administrative law; administrative power; administrative discretion; subjective juridical positions; administrative procedure; procedure before administrative courts.

INDICE: 1. Profili introduttivi. La considerazione del potere giuridico nel diritto amministrativo. – 1.1 La situazione giuridica del privato a fronte del potere amministrativo. – 2. Profili ricostruttivi del potere come situazione giuridica soggettiva. – 2.1 Profili ricostruttivi della situazione che si pone in rapporto con la situazione di potere. – 3. Prospettiva prettamente sostanzialistica e prospettiva procedurale del potere come situazione soggettiva. – 3.1 La situazione giuridica che si pone in rapporto con la situazione di potere in una prospettiva procedurale. – 3.2 *(segue)* Il rilievo procedurale della discrezionalità amministrativa. Definizione e conseguenze. – 4. Il rapporto tra potere amministrativo e processo giurisdizionale (tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale). – 4.1 Specificazioni in ordine al rapporto tra potere amministrativo discrezionale e processo giurisdizionale. – 4.2 Negazione di eventuali obiezioni in ordine ad una (presunta) sovrapposizione tra giudice e Amministrazione. – 5. Rilievo delle situazioni prettamente procedurali nella struttura normativa della funzione. – 6. Considerazioni sistematiche conseguenti. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Profili introduttivi. La considerazione del potere giuridico nel diritto amministrativo

Lo studio del diritto amministrativo può definirsi, in via generale, come lo studio dei rapporti tra P.A. e cittadini nella cura concreta degli interessi generali a cui la stessa organizzazione amministrativa è deputata da parte dell'ordinamento. In questo senso, può dirsi che tutti i profili a tali rapporti inerenti, quali organizzazione, esercizio della funzione, discrezionalità nelle scelte, rapporti formali e informali tra Amministrazione e amministrati, efficienza dell'azione, responsabilità, ecc., possono essere ascritti alla considerazione che si ha del *potere*.

Ciò che viene in rilievo, quale referente specifico della materia oggetto di operazione epistemologica, è dunque *la considerazione del potere giuridico nel diritto amministrativo*. È ciò di cui in questa sede ci si dovrà occupare[1].

1 Sul punto, per un maggiore approfondimento, si veda quanto da noi rappresentato in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020; II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022; II-1, *Le situazioni prettamente procedurali*, Torino, 2023; ora tutti nell'edizione *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I-II, rist. 2025, che contiene anche le *Considerazioni conclusive*, precedentemente inedite. Il presente scritto ne riprende l'impostazione di fondo.

Ora, in questa direzione, può ricordarsi, sotto un profilo storico, come la considerazione del potere, nell'ambito della tradizionale dogmatica pandettistica, corrispondesse, essenzialmente, alla scissione fra la predeterminazione normativa del diritto soggettivo nei suoi rapporti esterni, e la sua inerenza alla sfera interna del diritto stesso, come relativo alla volontà del suo esercizio. Il potere, in quest'ultimo senso, non rilevava giuridicamente all'interno di un rapporto, il cui ruolo era invece riservato al diritto soggettivo in sé considerato. Come conseguenza, mancava la giuridicizzazione dell'esplicazione potere, la quale veniva corrispondentemente a coincidere con una sfera di libertà propria dell'esercizio del diritto[2].

Tale ricostruzione può essere ricondotta concettualmente ad una visione *prettamente statica* del diritto, ove il concetto di situazione giuridica è mutuato su quello proprio del diritto soggettivo assoluto – meglio, su ciò che, in una prospettiva dinamica, corrisponderebbe ad una situazione giuridica *finale*[3] – e ove lo stesso concetto di rapporto giuridico è la considerazione che dà la legge dei limiti di un diritto sull'altro, per il resto lasciando il loro esercizio al libero movimento delle sfere soggettive. In tale contesto, si arriva, nelle impostazioni più estreme, a negare la natura di diritto al credito, in ragione della sua essenziale inattività[4]. A sua volta, il potere, siccome ascritto alla generale espressione della volontà, non riesce a dare una sistemazione compiuta a quello che, nella realtà attuale, ne viene considerato il tratto fondamentale, cioè la specifica incisione effettuale su una situazione giuridica nel senso della sua costituzione, modificazione o estinzione: anche qui, nelle tesi più radicali, si conferisce al relativo carattere un rilievo parimenti statico, per cui esso non viene in sé soggettivizzato in un rapporto, ma, nella sua effettualità, può essere considerato proprio della stessa situazione finale quale potenzialmente incisa dal mutamento giuridico, pur non ancora operativo

2 In proposito, si veda in particolare G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 12 ss., ed ivi i relativi riferimenti. Sul punto, sia consentito rinviare a quanto da noi sostenuto in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 4 ss. e 36 ss.

3 Cioè una situazione che è regolata quale costituita, modificata o estinta da un potere: cfr. *Potere*, I, cit., p. 134 ss. Si veda *infra*, nel testo.

4 Si vedano ad es. D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, c. 36 ss.; G. Sperduti, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 71 ss., p. 95. Sul punto, per un approfondimento e una maggiore contestualizzazione, oltre che per più specifici riferimenti, cfr. *Potere*, I, cit., p. 178 ss.

(è, questo, il concetto del c.d. diritto *latente*[5]).

La visione appena rappresentata può essere contrapposta, sotto un profilo altrettanto concettuale, ad una visione *dinamica* del diritto. In quest'ultima prospettiva, tutt'al contrario della precedente, il concetto di situazione giuridica soggettiva è in sé assegnato a quella situazione che può essere potenzialmente inserita in un rapporto quale, essenzialmente, di pretesa-obbligo o non pretesa-facoltà[6]. La definizione in questo senso di situazione giuridica delinea così situazioni atomistiche, di teoria generale, rispetto alle quali il diritto positivo fa riferimento dando loro rilevanza autonoma o composita fra loro. In tale quadro, e attraverso tale scomposizione, anche i diritti assoluti partecipano del medesimo carattere relazionale[7]. Di conseguenza, si fa strada un concetto di situazione finale quale solo descrittivo, in sé strumentale a definire una situazione, intesa nel senso rappresen-

---

5 Si veda l'impostazione in tal senso di Alfr. Rocco, *La sentenza civile. Studi*, Torino, 1906, p. 96 ss.; N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1924, p. 31; a tale prospettiva può essere ricondotta anche la prima elaborazione di F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 25 ss. e 54-55. Secondo la teoria appena menzionata, il mutamento giuridico preesisterebbe come diritto alla manifestazione di volontà del soggetto con cui si produrrebbe l'effetto, la quale servirebbe solo a rendere attuale l'obbligo, già esistente allo stato latente, cosicché la stessa manifestazione non rappresenterebbe che l'esercizio di quel diritto. La critica, che tradizionalmente viene formulata a tale impostazione, è quella per cui non potrebbe anticiparsi l'attualità dell'interesse tutelato al rapporto tra diritto e obbligo che sorgerebbe con l'esercizio del potere: cfr. G. Auletta, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. it. dir. comm.*, 1939, I, p. 560 ss.; G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 183; Id., *Principii di diritto processuale civile*, I, *Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist. 1923), p. 185, in nota. Essa rappresenta una precipua manifestazione della tendenziale contrapposizione tra una visione statica e una visione dinamica del diritto: cfr. *infra*, nel testo.

6 L'impostazione rappresentata è derivata dalla scomposizione tecnica dei piani delle differenti relazioni che possono porsi nell'ambito della realtà giuridica, effettuata da parte di W.N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969 (op. orig. articoli del 1913 e 1917), p. 3 ss., il quale, attraverso la distinzione del piano dei concetti deontici e quello dei concetti anankastici, ha potuto superare la monoliticità dogmatica propria altrimenti del concetto di diritto soggettivo. Per tale via, e corretta qualche discrasia della stessa distinzione hohfeldiana, è stato possibile dunque sostenere che la situazione giuridica individua una figura di qualificazione deontica rispetto ad un comportamento che è causa di un effetto giuridico: si veda, in particolare, L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 143 ss. e 300 ss., su cui *infra*, in nota.

7 Cfr. ancora *Potere*, I, cit., p. 175 ss.

tato, che sia potenzialmente destinataria degli effetti del potere[8]; il medesimo concetto non va a costituire, invece, una tipologia di situazione giuridica, idonea ad ascrivere a sé, nei termini della potenzialità dell'incisione, anche la stessa dinamica del potere (attraverso il concetto di diritto latente). Il potere giuridico, in tale contesto, dovrebbe, allora, poter trovare la sua inscrizione in un rapporto, nei termini corrispondenti a quelli di una situazione soggettiva che si pone in relazione con le posizioni altrui[9].

La contrapposizione appena effettuata, va aggiunto, è stata descritta sotto un profilo *logico*. Tuttavia, essa non è in sé neutra, ma corrisponde ad una contrapposizione di tipo *assiologico*.

La visione statica del diritto appartiene, infatti, ad un momento storico in cui il Parlamento è visto come espressione della società civile contrapposta allo Stato, rappresentato dal Sovrano e dai suoi Ministri. La staticità può essere assunta in ragione di una previsione normativa di stampo legislativo, proveniente dal Parlamento, che si eleva a regolare i rapporti tra tutti i soggetti del diritto. In questo senso, tutti i soggetti (pubblici e privati) sono sullo stesso piano rispetto alla legge, a loro esterna. A sua volta, ciò che va garantito nello Stato del primo Ottocento è la libertà nell'esercizio delle proprie facoltà, non lo svolgimento di relazioni P.A./cittadini giuridicamente regolate. La dogmatica di tipo statico si adatta dunque a tale rappresentazione dell'esperienza sociale, che costituisce il dato assiologico dell'ordinamento, idoneo ad esprimere giuridica rilevanza nella sistemazione dell'esperienza giuridica, influendo, in questo senso, sulla stessa interpretazione del dato normativo.

La situazione viene tuttavia a mutare quando la visione dello Stato appena rappresentata viene meno, a seguito dell'evoluzione tardo-ottocentesca dello Stato liberale, che porta ad inglobare il Parlamento nello Stato, e a pervenire, per tale via, ad una riconsiderazione dello Stato stesso, che, sia in chiave di tendenza accentratrice e autoritaria, sia nella considerazione dello sviluppo dello Stato parlamentare, tendenzialmente pluriclasse, diviene esso stesso produttore della norma a cui è soggetto[10]. In tale contesto, risulta allora necessario ricercare un diverso

8 Come appunto da noi considerata in *Potere*, I, cit., p. 134 ss.

9 Cfr. sempre *Potere*, I, cit., pp. 57 ss. e 66 ss., nonché quanto detto subito sopra, in nota.

fondamento della giuridicità dell'attribuzione del potere[11].

L'applicabilità di quelle categorie teoriche, di stampo statico, pur possibile sotto un profilo logico, entra quindi in crisi sotto un profilo assiologico[12]. La ricostruzione normativa assume così una chiave dinamica, corrispondente ad una concatenazione di obblighi, e, sotto il versante soggettivo, alla riconduzione dei rapporti al paradigma pretesa-obbligo e facoltà-non obbligo, rispetto alla cui scomposizione si viene a porre il concetto di diritto soggettivo.

---

10 Sul punto, si vedano, in particolare, P. Costa, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, 1986, p. 9 ss.; M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979, p. 3 ss.; A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato ed organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986, pp. 10 ss. e 193 ss.; G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 21 ss., ed ivi i relativi riferimenti alla giuspubblicistica tedesca (tra cui in particolare Gerber, Laband, G. Jellinek, su cui cfr. *supra*, in nota) e italiana dell'epoca. Si veda poi anche quanto da noi riportato in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 4 ss., nt. 8; *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Ferderalismi.it*, 17/2024, p. 26 ss., ed ivi più approfonditi riferimenti.

11 Si veda ancora *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 4 ss., ntt. 8-9; *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, *loc. ult. cit.*

In particolare, si può ricordare come, una volta entrato in crisi il meccanismo della giuridicità basato sulla norma esterna bilatera, per i motivi descritti nel testo, e in disparte i tentativi di mantenere intatta quella logica attraverso la concezione dell'autolimitazione statuale (la soluzione approntata da G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., p. 10 ss.; Id., *La dottrina generale dello Stato*, cit., p. 302 ss., spec. pp. 346 ss. e 373 ss., che, per rimanere nell'ambito della personalità statuale e della norma come regolativa del rapporto bilaterale, ricorre appunto alla teoria dell'autolimitazione dello Stato, che scaturisce dalla distinzione tra dottrina sociale dello Stato e dottrina giuridica dello Stato), si sia dovuto fare riferimento, come pure detto nel testo, ad un diverso fondamento per giustificare la giuridicità del potere pubblico. In questo quadro, salvo il ricorso all'istituzionismo (Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, seconda ed., prima ed. 1918), rimanendosi al contrario in una chiave di lettura normativistica, è stata in particolare la teorizzazione gradualistica kelseniana (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, op. orig. 1934, p. 50 ss.) che ha potuto fornire una giustificazione della giuridicità che prescindesse dal tradizionale riferimento al rapporto giuridico intersoggettivo: in quest'ottica, si assiste, infatti, al superamento della concezione dell'autolimitazione jellinekiana dello Stato attraverso la riconduzione del relativo momento alla potenzialità effettuale della norma fondamentale; attraverso, cioè, la sua considerazione quale limite intrinseco al momento genetico del diritto, assunto in termini di ipoteticità della norma. In un'ulteriore ricostruzione, del pari di stampo normativista, che si rinviene in C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998 (rist. 1940), spec. p. 53 ss., la giuridicità è stata fatta invece derivare dal fatto normativo della costituzione in senso materiale, quale insieme di forze, di rapporti e di situazioni che scaturiscono

1.1 La situazione giuridica del privato a fronte del potere amministrativo

Il punto appena rappresentato è rilevante, in quanto la figura che tradizionalmente, nel diritto pubblico, descrive la posizione del soggetto che si confronta con il potere, cioè l'interesse legittimo, nasce invero al di fuori della logica del rapporto diritto(/pretesa)-obbligo, nasce, più specificamente, proprio quale reazione all'impossibilità di porsi in quella logica.

---

dal conflitto di interessi che porta all'affermazione del gruppo di potere e alla posizione di questo come Stato: in questo senso, la costituzione in senso materiale non è un antecedente sociale logicamente precedente all'instaurazione dello Stato, ma è essa stessa norma che si pone quale porsi dello Stato, ricomprensiva dei fini e quindi dei limiti riconducibili al rapporto di forze affermatesi; si supera così il problema del rapporto tra realtà giuridica e realtà sociale, che in Jellinek aveva portato all'elaborazione del concetto di autolimitazione, assumendo che il limite del potere è insito nel suo stesso fondamento, giacché, se la giuridicità del potere deriva intrinsecamente dalla costituzione in senso materiale, ne consegue che la sua dimensione normativa è permeata della stessa politicità che caratterizza quest'ultima.

12 A tal proposito, può apparire in effetti indicativo che la stessa distinzione, da noi rappresentata, tra modello giuridico statico e modello giuridico dinamico, se ha piena cittadinanza sotto il profilo logico-teorico, solo tendenzialmente esprime la contrapposizione storica; nel senso che storicamente, come è ovvio, non vi è stata una netta contrapposizione dell'una con l'altra visione, ma il progressivo passaggio dalla prima alla seconda, non esente da sovrapposizioni e stratificazioni. È sotto tale profilo tendenziale che la contrapposizione è risultata dunque evidente, e può essere ricomposta nei termini sistematici considerati. Così, è diretta manifestazione di quanto appena rappresentato che nel momento in cui, in una visione ormai (tendenzialmente) dinamica del diritto, è stata riproposta una tesi statica del potere, questa non solo non è stata condivisa, ma di fatto non è stata in sé compresa, nella sua effettiva valenza teorica, dalla maggioranza degli operatori.

Il riferimento è all'impostazione di A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I-II, Milano, 1962, secondo cui il potere corrisponderebbe ad *una modalità optativa di avvalersi di un effetto già prodotto ma non operativo*, nel senso che la modificazione della realtà giuridica non deriverebbe dall'esercizio del potere sostanziale, ma risulterebbe già avvenuta sul piano sostanziale al verificarsi del fatto normativamente previsto, di cui il titolare può decidere se valersi o meno. Siamo, quindi, all'interno di una rappresentazione del potere nel senso che noi abbiamo definito prettamente statico: in un modello giuridico fondato su una rilevanza statica del diritto, ove il diritto soggettivo è quello regolato da una norma bilatera già data, rispetto alla quale il potere è relegato nell'irrilevante giuridico, conseguenza diretta è infatti, come detto, la piena cittadinanza del concetto di diritto latente, e, quindi, della concezione del potere appena esposta. In questo senso, esclusa, cioè, la rilevanza del potere in senso dinamico, quale costitutivo/modificativo/estintivo dell'effetto, si dovrebbe convenire con A. Piras, *op. ult. cit.*, II, p. 192 ss., nt. 183, nel senso che «l'essenza formale, se non anche la struttura" del diritto soggettivo e delle situazioni giuridiche soggettive di potere sarebbe la medesima, essendovi per

Nella relazione tra diritto soggettivo e potere, infatti, l'evoluzione, che ha condotto all'emersione dell'autonomia del secondo dall'ambito del primo, ha portato ad attribuire giuridica rilevanza a ciò che fino ad allora era stato ricondotto alla sfera interna del soggetto, del potere politico giuridicamente irrilevante, e, insieme con esso, delle posizioni soggettive che, in ragione della giuridicità che acquisisce la regolamentazione del potere, nei confronti di quest'ultimo si vengono a porre. Tuttavia, poiché dette posizioni sono emerse con riferimento al momento di esplicazione del potere, esse sono state strutturate nella loro relazione con l'interesse sotteso alla posizione che del potere stesso è espressione, cioè con l'interesse pubblico: la funzionalizzazione alla tutela dell'interesse pubblico, è divenuta, in questi termini, elemento strutturale della situazione giuridica dell'interesse legittimo.

L'interesse del privato, oggetto della situazione soggettiva in questione, è stato di conseguenza ritenuto solo *occasionalmente protetto* rispetto alla tutela, diretta, dell'interesse pubblico[13]; e il rapporto tra privato e P.A. non si è potuto

---

entrambe una prevalenza già attuata dell'interesse che costituisce il substrato di fatto della qualificazione normativa, «prevalenza che nell'un caso si attua mediante la definizione della posizione di un soggetto rispetto a un *bene* normativamente predeterminato, mentre nell'altro si realizza attraverso la produzione stessa, da parte della norma, del *mutamento giuridico*, di cui il titolare del potere è lasciato libero di scegliere se avvalersi o meno»; così come l'atto di esercizio di un diritto, anche l'atto di esercizio di un potere non atterrebbe, dunque, al piano della produzione di effetti giuridici, ma sarebbe qualificabile solo come manifestazione della facoltà di disporre del fine tutelato con l'attribuzione della situazione di potere. Sul punto, si rimanda ampiamente all'analisi di tale tesi da noi effettuata in *Potere*, I, cit., p. 143 ss.

Ora, va considerato come, nel momento in cui questa tesi fu proposta, lo si è detto, la visione dell'ordinamento si era ormai già posta in una chiave di rilevanza (tendenzialmente) dinamica. Non è quindi un caso che, come pure avvertito, la considerazione della tesi di Piras non sia avvenuta, solitamente, in ordine alla sua base strutturale (la concezione del potere); essa è stata piuttosto considerata in relazione alla problematica generale dell'accertamento giurisdizionale dell'intero rapporto P.A./cittadino, tralasciando così proprio il declinarsi del potere, e quindi del relativo rapporto, che, nella tesi dell'illustre A., era tuttavia a fondamento dell'accertamento stesso (ciò, va detto, anche in ragione del fatto che nella successiva voce M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 255, sembra considerarsi l'accertamento del rapporto senza tuttavia farsi riferimento alla particolare concezione del potere assunta nel volume monografico). Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., pp. 153-154, nt. 271, e 155-156, ed ivi i relativi riferimenti.

13 È, cioè, nel contesto rappresentato che ha tratto le proprie fondamenta, seguendone, di fatto, lo sviluppo e il successivo declino, la rappresentazione, che molta fortuna avrà nella nostra

configurare in termini paritari, sul modello di tradizionale stampo privatistico. Si è posta quindi un'alternativa: o si cercava, con tutte le difficoltà del caso, di elaborare un rapporto non paritario, e correlativamente si veniva a strutturare la situazione del privato, di carattere sostanziale, che si poneva nei confronti del potere[14]; ovvero si negava la possibilità di un rapporto sostanziale, e si riconduceva la rilevanza giuridica dell'interesse materiale del privato al piano processuale (interesse a ricorrere, legittimazione), o ad una situazione soggettiva il cui contenuto si rapportasse alla tutela processuale concessa dall'ordinamento (diritto all'annullamen-

---

dottrina, dell'interesse legittimo nelle forme dell'interesse occasionalmente protetto e del diritto affievolito, figure entrambe funzionalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico, secondo l'impostazione che ne dà O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, p. 427 ss.; Id., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 161 ss., il quale riprende, per l'interesse occasionalmente protetto, la figura proposta da L. Meucci, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, p. 5 ss. Come noto, nella costruzione ranellettiana, la categoria dell'interesse legittimo era infatti distinta in diritti affievoliti, quali diritti che potevano essere modificati o estinti in ragione della loro correlazione con un'attività discrezionale dell'Amministrazione, come tale funzionalizzata alla cura di un interesse pubblico, a cui il diritto stesso si trovava quindi ad essere connesso e condizionato; e interessi occasionalmente protetti, quale identificativi di una posizione personale particolare che potesse trarre vantaggio dalla soddisfazione dell'interesse generale. Per entrambe le figure la caratterizzazione, sotto il profilo che ci interessa, è la medesima, corrispondente alla funzionalizzazione alla tutela dell'interesse pubblico. La concezione del diritto affievolito, non serve ricordarlo, sarà poi superata in dottrina e giurisprudenza attraverso il riferimento al fenomeno dell'affievolimento o degradazione del diritto, impostazione successivamente anch'essa sostanzialmente abbandonata nel suo rilievo teorico: cfr. G. Miele, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, p. 56 ss.; Id., *Principi di diritto amministrativo*, I, Pisa, 1945, p. 77 ss.; M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963-1964, ora in *Scritti*, V, Milano, 2004, p. 235.

La fortuna dell'impostazione rappresentata è derivata dalla circostanza per cui la concezione di un interesse occasionalmente protetto, o comunque di un interesse in ogni caso funzionalizzato a quello pubblico, consentiva di confinare la dimensione sostanziale della posizione del privato in termini compatibili con la sfera di libertà dello Stato, come in quel tempo veniva concepita. Questa visione si conciliava, dunque, non solo con quelle impostazioni che ritenevano che l'interesse materiale del singolo assumesse rilievo giuridico sotto il profilo sostanzialistico, ma anche, quantomeno in termini generali, con le tesi secondo cui detto interesse poteva rivestire rilevanza soltanto sotto il profilo processuale, non assurgendo a situazione giuridica di carattere sostanziale che si ponesse come tale rispetto al potere: sulle une e sulle altre cfr. subito di seguito, nel testo e in nota.

14 È questa la concezione di rapporto amministrativo che si ritrova in O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 409 ss. e 442, ove l'elemento teleologico della considerazione dell'interesse pubblico perseguito è ciò che caratterizza in senso pubblicistico il

to dell'atto)[15]. Le norme che regolano il potere, si disse infatti, non sono norme che pongono un rapporto, o perlomeno non pongono un rapporto nel senso di diritto-obbligo (non sono norme di relazione), ma attengono all'esplicazione della situazione di potere (sono norme di azione), rispetto alla quale l'interesse del soggetto, nella cui sfera il relativo effetto può venire ad incidere, è tutelato solo indirettamente[16].

Rispetto a tale prospettazione, già in sé di incerta definizione, la problematica si è posta in termini ancor più gravi nel momento, storicamente successivo, in

---

rapporto: esso è direttamente collegato alla natura discrezionale dell'attività amministrativa, quale appunto funzionale alla cura dell'interesse pubblico; e alla connotazione della posizione del privato in termini di interesse legittimo, quale situazione giuridica che nella sua esistenza o nel suo contenuto è compenetrata con l'interesse pubblico e con le esigenze di questo, risultando, rispetto ad esse, cedevole nella sua soddisfazione (cfr. anche ID., *Le guarentigie*, cit., pp. 170-171). Cfr. in generale anche SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, p. 34 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1947, p. 136 ss.

15 Per la tesi che l'interesse materiale del privato poteva rivestire rilevanza soltanto sotto il profilo processuale, non assurgendo a situazione giuridica di carattere sostanziale che si ponesse come tale rispetto al potere, cfr. E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 8 ss. (di cui subito *infra*, alla nota successiva); S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950, p. 261 ss.; R. ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur.*, 1943, p. 132 ss.

Coerentemente con i risultati descritti, si assistette allora all'elaborazione, soprattutto da parte di esponenti della dottrina processualcivilista, di una situazione giuridica che si potesse rapportare in maniera diretta all'illegittimità dell'atto, cioè a quello che, rappresentando l'oggetto del giudizio, doveva considerarsi, come soggettivizzato in capo al privato, oggetto della tutela. In questo senso si è allora considerato, in vario modo ma comunque in una chiave strutturalmente collegata al piano processuale, un diritto all'annullamento del provvedimento illegittimo: E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa: concetto e oggetto*, Milano, 1950, p. 58 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, pp. 113-114; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 259 ss.; nella dottrina amministrativistica, M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, p. 32 ss.; successivamente, anche M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 133 ss.

16 È la nota teoria di E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali*, cit., p. 1 ss.; ID., *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1951, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, cit., p. 55 ss.; ID., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, pp. 7 ss. e 33 ss., per cui le norme di relazione sono quelle norme, poste a tutela degli interessi giuridici individuali, che attribuiscono all'Amministrazione e al cittadino diritti, poteri e obblighi reciproci, mentre le norme di azione sono quelle norme, poste a garanzia dell'interesse pubblico, che non disciplinano i rapporti e la risoluzione dei conflitti di interesse, ma regolano unicamente l'attività

cui l'evoluzione conosciuta dall'ordinamento ha portato ad affermare la centralità dell'interesse materiale del privato all'interno della struttura della situazione soggettiva di interesse legittimo, negandosene quindi la subordinazione alla tutela dell'interesse pubblico, e conseguentemente la sua sostanziale correlazione con il generale interesse alla legalità dell'azione amministrativa. L'interesse legittimo, è stato affermato, deve veder espunto dall'interesse del titolare qualsiasi legame con l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, e, insieme ad esso, il carattere di occasionalità che sarebbe altrimenti proprio della sua protezione[17]. In questo sen-

---

che l'Amministrazione pone in essere per l'attuazione e lo svolgimento dei rapporti già regolati dalle norme di relazione. Rispetto alle norme di azione, la posizione del privato sarebbe stata di interesse semplice, che solo assumeva rilievo sotto il profilo del processo amministrativo: si veda, per approfondimenti, *Potere*, I, cit., p. 11, nt. 18.

L'ulteriore alternativa che, al limite, si poneva rispetto a quelle enucleate nel testo, era quella di negare la sussistenza del rapporto sul piano dell'ordinamento generale, e ammetterla su quello dell'ordinamento amministrativo, seguendo una declinazione delle norme di azione e di relazione di stampo prettamente istituzionista, come si ritrova nella concezione di A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, pp. 133 ss. e 300 ss.; Id., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95 ss.; Id., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 511 ss.; Id., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, *ivi*, 1994, p. 635 ss.; Id., *Introduzione*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, p. 5 ss.; Id., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*, *ivi*, p. 213 ss. Secondo l'illustre A., le norme di relazione sono emanazione dell'ordinamento generale, e, attribuendo i poteri alla P.A., delineano i confini invalicabili tra le sfere soggettive del privato e dell'Amministrazione. Le norme di azione, invece, sono emanazione dell'ordinamento amministrativo, e, regolando i poteri, rispondono alle esigenze organizzative e funzionali interne alla sfera pubblica e non rivestono in sé giuridica rilevanza nell'ordinamento generale: esse infatti costituiscono la rappresentazione dell'autonomia dell'Amministrazione, quale potestà normativa derivata dell'ordinamento generale ad un suo soggetto di darsi un proprio ordinamento particolare. In questo quadro l'interesse legittimo, in quanto protetto da norme dell'ordinamento amministrativo, appartiene necessariamente a questo ordinamento particolare, nel senso che si differenzia dal diritto non per struttura ma per ordinamento, e in questa dimensione trova la sua rilevanza, quale, cioè, diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo.

17 In un primo momento, invero, l'interesse legittimo venne concepito comunque come correlato, in vario modo, all'interesse alla legalità, precisandosi, tuttavia, rispetto ad esso, la rilevanza, variamente declinata anch'essa, dell'interesse materiale del singolo, il quale veniva così a porsi quale oggetto di tutela strumentale: cfr., nelle differenti declinazioni, in particolare, E. Cannada Bartoli, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 348 ss.; Id., *La tutela giurisdizionale del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, p. 61 ss.; Id., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 17 ss., secondo cui l'interesse legittimo avrebbe natura esclusivamente formale, siccome

so, la legittimità dell'atto non sarebbe l'oggetto, quanto piuttosto il limite della protezione accordata all'interesse stesso: l'oggetto della situazione giuridica andrebbe quindi individuato direttamente nell'interesse materiale del soggetto (l'ottenimento dell'utilità finale, corrispondente al provvedimento favorevole, e quindi alla produzione dell'effetto, per gli interessi legittimi pretensivi, o alla non produzione dell'effetto, per quelli oppositivi); esso, tuttavia, non necessariamente riceverebbe soddisfazione nell'esercizio, sia pur legittimo, del potere[18].

In questa differente rappresentazione, l'interesse legittimo sarebbe così una situazione *strumentale*, ma non nel senso proprio di una situazione a struttura

concernente la legittimità degli atti amministrativi, ma ha come presupposto di qualificazione una situazione di diritto soggettivo; E. Casetta, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 619-620, per cui l'interesse legittimo sarebbe un interesse materiale (di fatto) di un soggetto, il quale, in seguito alla sua lesione da parte di un atto amministrativo illegittimo, acquista rilevanza giuridica per il solo motivo che, per ottenerne la tutela, il suo titolare ha pure necessariamente un interesse strumentale e giuridico alla legittimità dell'atto amministrativo. Tale rappresentazione intermedia sarà poi superata da F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 114 ss., cit. pp. 127-128, il quale ha rilevato che, se l'interesse legittimo è esso stesso una situazione soggettiva sostanziale, non potrebbe esservi spazio per una diversa situazione soggettiva che attenga alla stessa vicenda giuridica: cfr. subito di seguito, alla nota successiva.

18 In questo senso, la considerazione che dell'interesse legittimo ha fornito F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 136 ss., per cui l'interesse legittimo «è una situazione giuridica che, come tale, riceve dall'ordinamento tutela diretta e piena. Allorché si parla di tutela indiretta o di tutela eventuale si vuol far riferimento non al modo di essere dell'interesse legittimo, ma al modo di presentarsi rispetto all'ordinamento dell'interesse finale», cosicché (p. 142) «la legittimità (e l'opportunità) del comportamento dell'Amministrazione non costituiscono l'oggetto dell'interesse legittimo (interesse alla legittimità del comportamento amministrativo), ma costituiscono il limite che l'ordinamento positivamente assegna alla tutela giuridica propria della situazione soggettiva che va sotto il nome di interesse legittimo». Successivamente, l'illustre A. ha declinato la strumentalità in chiave *dialogica*, descrivendo l'interesse legittimo quale situazione giuridica che si esprime nell'ordine e nell'ambito della realtà dinamica del procedimento; esso rappresenterebbe, cioè, una situazione di carattere dinamico che 'dialoga' con il potere unilaterale altrui; che consente, cioè, di influire sulla formazione della/e scelta/e in ordine all'esercizio del potere in funzione di un proprio interesse materiale protetto, rispetto alla cui lesione è possibile reagire in sede giurisdizionale: cfr. F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 25; Id., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, pp. 232 ss., 245 ss. e 453 ss., per cui l'interesse legittimo (*op. ult. cit.*, p. 459) sarebbe «*l'interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui, tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette ad influire sul merito della decisione (precetto) finale, esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere*. La violazione dell'interesse legittimo, come la violazione di ogni altra situazione soggettiva, dà luogo alla tutela giurisdizionale» (corsivo testuale).

creditizia (rapporto pretesa-obbligo), per cui la soddisfazione dell'interesse è determinata dall'attuazione del comportamento corrispondente, dovuto dal creditore. La sua struttura si caratterizzerebbe, invece, non solo in senso strumentale, ma, per così dire, nel senso di una *strumentalità soltanto indiretta (o doppia strumentalità) rispetto al suo oggetto*, giacché l'esercizio, pur legittimo, del potere, non assicura la soddisfazione dell'interesse a detto oggetto corrispondente.

L'impostazione appena descritta è quella che può dirsi costituire, pur in questi termini generali, la comune accezione che, anche attualmente, viene riferita alla figura dell'interesse legittimo. Il problema è però che, nella prospettiva indicata, non è per nulla chiara la delimitazione concettuale della situazione giuridica in questione, e quindi, ciò che più conta, la rilevanza giuridica riconosciuta dall'ordinamento all'interesse materiale a suo oggetto, e la sua conseguente protezione.

La formula rappresentata, dell'interesse all'utilità finale/provvedimento favorevole, giuridicamente protetto ma senza garanzia di soddisfazione, è apparsa infatti sfuggente sotto il profilo dell'effettiva individuazione della situazione giuridica (quale è il suo fatto costitutivo? cosa è effettivamente garantito?)[19]. Ne con-

---

Si veda, inoltre, nel senso generale che qui interessa, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994 (prima ediz. 1976), p. 96, per cui l'interesse legittimo sarebbe una situazione sostanziale, dinamica e strumentale, consistente in una «posizione di vantaggio (...) in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione (...) di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità».

Ora, a prescindere dalla specifica declinazione che ne assumono i vari Autori, si può ricavare, da quanto rappresentato, una nozione generale, a cui, come detto nel testo, solitamente si fa riferimento nella comune considerazione della figura in esame. Essa può definirsi una versione moderna della classica declinazione dell'interesse legittimo, che, in questa accezione, vedrebbe espunto dall'interesse del titolare qualsiasi legame con l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, e, insieme ad esso, il carattere di occasionalità che sarebbe altrimenti proprio della sua protezione; l'oggetto della situazione giuridica verrebbe individuato nell'interesse materiale del soggetto, il quale, tuttavia, non necessariamente riceverebbe soddisfazione nell'esercizio, sia pur legittimo, del potere. Si veda di seguito, nel testo. Cfr. inoltre *Potere*, I, cit., p. 188 ss.

19 L'ambiguità del concetto di strumentalità, del resto, è rilevata dallo stesso F.G. Scoca, che in *Le situazioni giuridiche nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, 2017, p. 2464 (anche in *Dir. amm.*, 2014, p. 456), afferma che «in effetti il ricorso all'idea che l'interesse legittimo fosse una situazione strumentale, o avesse ad oggetto un interesse strumentale, era stata affacciata in dottrina [*in nota*: da molti studiosi, me compreso] proprio per superare la difficoltà derivante dalla mancanza di garanzia di soddisfazione

segue che, nel momento in cui alla lesione di tale situazione si deve garantire tutela, risultano del tutto incerti i termini della protezione (cosa è dovuto?).

Nell'attuale realtà giurisprudenziale, pure successiva alla codificazione del processo, l'interesse legittimo continua così a non trovare una precisa collocazione. Da un lato, infatti, non se ne pone in dubbio la sua connotazione di situazione giuridica sostanziale, nei termini che si sono appena riferiti[20]. Dall'altro, esso non viene però considerato (non risulta idoneo a venir considerato) l'oggetto del giudizio amministrativo, ma rimane soltanto un presupposto processuale/condizione dell'azione (quale integrante la legittimazione a ricorrere, nonché, in taluni

dell'interesse finale. Ma si deve riconoscere che essa non era idonea alla bisogna, perché anche l'interesse strumentale (avente ad oggetto, almeno secondo la mia ricostruzione, il provvedimento, o, comunque, l'azione dell'amministrazione, incidente sull'interesse sostanziale del privato) non aveva garanzia di soddisfazione; a meno che non lo si intendesse come semplice interesse all'adozione del provvedimento, e non, in senso pregante, all'adozione del provvedimento favorevole al privato. Nel primo caso la soddisfazione è garantita, ma si spezza il nesso di strumentalità con l'interesse finale; nel secondo si mantiene tale nesso, ma non v'è garanzia di soddisfazione (nemmeno dell'interesse strumentale)»; cosicché, (p. 2465) la differenza tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo deve essere ravvisata nel diverso tipo di tutela accordata all'interesse del privato. In questo quadro, il rilievo della strumentalità non è abbandonato, ma viene ricondotto, come già precedentemente avvertito, alla prospettiva 'dialogica' dell'interesse legittimo, e alla sua strumentalità, cioè, quale interesse che vive nel procedimento, e che, in quanto tale, cerca di indirizzare la decisione in modo favorevole al suo titolare: cfr. F.G. Scoca, *op. loc. ult. cit.*; Id., *Contributo sulla figura*, cit., p. 25 ss., p. 32; Id., *L'interesse legittimo*, cit., p. 453 ss.; Id., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 19 ss.

La strumentalità, in questo senso, sarebbe quindi attributo riferibile al carattere dialogico e procedimentale della situazione considerata. Tuttavia, neppure la prospettiva appena rappresentata è idonea a risolvere in maniera differente la problematica concernente la struttura dell'interesse legittimo.. Una volta configurato, infatti, l'interesse legittimo quale situazione di carattere procedurale, si devono distinguere – a prescindere dalla loro considerazione autonoma, o quali invece componenti dell'interesse legittimo considerato quale situazione di carattere composito – le posizioni procedurali rivolte ad utilità attinenti al procedimento in sé considerato (partecipazione, ecc.); e la posizione di carattere concreto, quale esplicazione dell'interesse sostanziale nei confronti dell'autorità decidente. Le prime sono strumentali alla tutela dell'interesse sostanziale, ma sono anche del tutto astratte e indeterminate rispetto ad esso: la garanzia è solo nel loro esercizio, cosicché, anche se soddisfatte (si è potuto partecipare al procedimento, ecc.), l'interesse sostanziale potrebbe non ricevere satisfazione. La seconda, invece, è una posizione a rilievo sostanziale, ma la sua consistenza non muta nel semplice porsi in chiave procedurale (più correttamente, rimarrebbe da spiegare perché muti nel porsi in chiave procedurale), dovendo comunque rapportarsi a ciò che è normativamente garantito. Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, I, cit., p. 203 ss.

casi, a seconda dell'impostazione assunta, anche l'interesse a ricorrere), la cui sussistenza è, di conseguenza, necessaria unicamente per l'accesso al merito del giudizio, tuttora costituito dai motivi di illegittimità dell'atto fatti valere dal ricorrente[21]. Il rischio è, allora, che pur in tesi mutati i termini sostanziali di riferimento nel rapporto tra potere amministrativo e cittadino, la rilevanza giuridica dell'interesse materiale di quest'ultimo continui a porsi, in realtà, ancora su un piano eminentemente processuale; risultando, per tale via, confermato il suo ruolo meramente strumentale rispetto ad una tutela rivolta all'annullamento dell'atto ille-

---

Non potendo, dunque, considerarsi risolutivo il riferimento, per come effettuato dall'illustre A., al carattere dialogico della figura, giacché esso non risulta idoneo, in sé, ad influire sul carattere di strumentalità proprio della situazione considerata, può dirsi allora che, nell'autorevole ricostruzione oggetto d'esame, sembra esservi, e permanere, una tensione non risolvibile tra il carattere strumentale della struttura della situazione giuridica e la strumentalità propria del contenuto dell'interesse che della situazione giuridica è oggetto; tensione che rappresenterebbe, in tutta la sua gravità, la stessa problematica dell'interesse legittimo. Ed infatti, se il riferimento alla strumentalità è, oltreché alla struttura della situazione giuridica, anche al suo contenuto, allora non siamo nient'altro che di fronte ad una pretesa (una situazione avente la struttura del diritto di credito), il cui oggetto è rappresentato però non dall'adozione del provvedimento favorevole, bensì dalla possibilità normativa di detta adozione (su cui *infra*). Se, invece, strumentale è solo la struttura della situazione, allora l'oggetto sarebbe l'utilità finale, a cui ci si rivolge in termini di comportamento atto a determinarla (il provvedimento favorevole), ma si dovrà parimenti ammettere che, mancandone la sicura soddisfazione giuridica senza che ciò implichi l'insussistenza della situazione stessa, allora detta situazione sarebbe caratterizzata da una strumentalità (che potrebbe definirsi) *soltanto indiretta rispetto al proprio oggetto*, permanendo l'incertezza concettuale rappresentata nel testo. Si veda di seguito, ai parr. successivi.

Sul punto, va però pure notato che la formula dialogica dell'interesse legittimo, propria della tesi in esame, seppure non possa reputarsi idonea a definire una costruzione condivisibile della situazione giuridica in rapporto con il potere, contiene comunque in sé l'intuizione del rilievo della struttura normativa procedimentale della funzione, quale idoneo a porsi a fondamento di una ricostruzione di una situazione giuridica la cui struttura si connoti in maniera differente in ragione della sua correlazione all'esplicazione della funzione stessa. Le considerazioni in questo senso effettuate hanno, cioè, il merito di aver posto all'attenzione la possibilità di un percorso che, appunto attraverso il rilievo conferito alla connotazione strutturale della funzione, intesa come processo formativo della decisione, conduca ad una differente configurazione della situazione giuridica che si confronta con il potere; percorso che, però, se vuole portare ad una soluzione condivisibile, deve essere sviluppato in modo differente da quanto si è fatto sinora. In proposito, si veda quanto si dirà *infra*.

20 In particolare, non serve ricordare che nella sent. Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, per accordare, come noto, il risarcimento da lesione dell'interesse legittimo – reputandosi che, a tal fine, non fosse sufficiente la mera illegittimità dell'atto, ma dovesse anche riscontrarsi la lesione dell'interesse al bene della vita del soggetto che lamenti il danno – si sia ripresa esplicitamente la definizione sostanzialistica dell'interesse legittimo espressa da M. Nigro, riportata *supra*, nt. 18. E

gittimo (e, quindi, alla protezione giuridica del relativo interesse).

2. Profili ricostruttivi del potere come situazione giuridica soggettiva

L'incertezza che avvolge la concezione dell'interesse legittimo nel diritto amministrativo esprime, in sé, una tensione non risolta nella considerazione giuridica del potere pubblico e del suo rapporto con i soggetti dell'ordinamento. Il tentativo di risoluzione di tale problematica deve allora, a nostro avviso, partire da una compiuta rifondazione dei termini della questione, e quindi del concetto di potere e di situazione giuridica soggettiva.

Al fine di perseguire il proposito indicato, è quindi necessario prendere le mosse dai più proficui sviluppi degli studi di teoria generale, e così distinguere, nella considerazione del potere, ciò che fa riferimento alla *capacità*, e ciò che invece definisce una *situazione giuridica* di potere in senso proprio[22].

La capacità, quale attitudine ad essere autore di atti giuridici (capacità d'agire) e titolare di situazioni giuridiche (capacità giuridica), attiene a due differenti *status* (appunto, la capacità d'agire e quella giuridica), che il soggetto si vede attribuiti[23]. In questo senso, le capacità sono gli *status* dei soggetti dotati di deter-

---

se pure è vero che tale presa di posizione non sia andata esente da critiche, queste, d'altro canto, hanno riguardato non la connotazione sostanzialistica della situazione, quanto, piuttosto, la sua compiuta definizione in questo senso (sotto tale profilo, è stata, infatti, proprio la risarcibilità del danno che ha mostrato le ambiguità di una concezione sostanziale dell'interesse legittimo quale quella appena esposta, perché, se un danno va risarcito, deve essere precisamente definito il contenuto della situazione giuridica lesa a cui il risarcimento va rapportato).

21 Tale considerazione dell'oggetto del giudizio (e, corrispondentemente, del ruolo dell'interesse legittimo) è quella che tuttora ancora in giurisprudenza: si veda, su tutte, Cons. St., ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2. Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 305 ss.; II-1, cit., p. 34 ss.; nonché quanto da noi rappresentato ne *L'individualità dell'interesse a ricorrere*, in *Dir. e soc.*, 2025, p. 467 ss.

22 Per le considerazioni seguenti, cfr. quanto rappresentato in *Potere*, I, cit., p. 57 ss., ed ivi più approfonditi riferimenti.

23 L. Ferrajoli, *Principia iuris*, I, cit., p. 342 ss. Cfr. A. Falzea, *Il soggetto nel sistema nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, pp. 77 ss. e 143 ss.; Id., *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8 ss.; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1974 (rist. 1966), pp. 24 s. e 36 ss.; S. Pugliatti, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, pp. 131 ss. e 164 ss.; P. Rescigno, *Capacità giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 873 ss.; Id., *Capacità di agire*, ivi, p. 861 ss.; P. Stanzione, *Capacità. I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss.; V. Cerulli Irelli, *L'Amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, p. 110 ss.

minati requisiti normativi, a cui, in forza appunto di tali *status*, sono riconosciute le situazioni giuridiche che ad essi fanno capo. Per quanto concerne i poteri amministrativi, questi non fanno riferimento alla capacità *generale*, per come riconosciuta, nelle varie declinazioni, ai vari soggetti dell'ordinamento; ma implicano una specifica attribuzione, l'attribuzione cioè di una capacità *speciale*, che si affianca a quella generale[24].

A fronte dell'ascrizione della capacità al soggetto, la normativa di riferimento individua poi, in capo ad esso, la *situazione giuridica* corrispondente, intesa quest'ultima, in via generale, come figura di qualificazione deontica di un comportamento[25]. In tale prospettiva, la qualificazione deontica stabilisce la relazione tra il piano soggettivo e il piano contenutistico della situazione stessa, ponendosi conseguentemente in relazione ad un elemento che detto piano contenutistico individua. Quest'ultimo si rapporta all'interesse oggetto di tutela da parte della norma di riferimento, rispetto al quale è sempre strumentale un comportamento. La situazione giuridica individuerebbe così, da un lato del rapporto, una modalità deontica, corrispondente, a seconda dei casi, ad una *facoltà* o ad un *obbligo* (a sua volta *positivo* o *negativo*) di un determinato *comportamento*, materiale o giuridico, la quale sussiste in concreto se risultano integrati gli elementi di fatto previsti dalla relativa fattispecie normativa. Essa individuerebbe poi, dall'altro lato del rapporto, la corrispettiva aspettativa deontica al comportamento stesso, quale

24 Cfr. V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, p. 122 ss.; Id., *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., pp. 77 ss. e 115 ss.; Id., *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, p. 560 ss. Per la generale considerazione della capacità generale e di quella speciale A. Falzea, *Capacità*, cit., p. 25 ss.

25 Si veda, sulla distinzione dei due piani, L. Ferrajoli, *Principia iuris*, I, p. 309, per cui è essenziale distinguere tra capacità (negoziale, politica) e corrispondenti situazioni di autonomia: «le capacità sono gli *status* dei soggetti dotati di determinati requisiti normativi (...). Le situazioni di autonomia sono invece i diritti riconosciuti in forza di tali *status*"; le prime sono oggetto di una regola costitutiva, le seconde di una regola deontica. Cfr. pure U. Natoli, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, p. 69; A. Cerri, *Poteri e potestà*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 2 ss.; A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. e comm. Università di Messina*, 1981, p. 415; M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, p. 149 ss. La differenziazione tra potere come capacità e potere come situazione giuridica è presente anche, seppur a fini del tutto diversi rispetto alla ricostruzione da noi riferita, in A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, cit., p. 55 ss., ed ivi ntt. 61-62; II, cit., p. 175 ss., ed ivi ntt. 167-168, pp. 184-185.

pretesa (tecnicamente intesa, cioè quale situazione a struttura creditizia, giuridicamente tutelata nella sua soddisfazione) al comportamento obbligatorio (positivo o negativo), ovvero quale mancanza di pretesa a fronte del comportamento facoltativo[26].

In particolare, nel caso della situazione giuridica di potere, il comportamento si relaziona ad una norma che non detta la disciplina degli interessi in conflitto, ma regolamenta l'adozione, da parte del soggetto titolare della situazione stessa, di un atto che ponga detta disciplina: una norma definita strumentale, o relativa alla produzione giuridica[27].

Il riferimento è, quindi, all'adozione di un atto *precettivo*. Il contenuto di tale comportamento, a sua volta, in rapporto al piano relazionale soggettivo, è considerato nei termini della doverosità o meno della relativa adozione. La situazione giuridica di potere corrisponde dunque ad una modalità deontica (obbligo o facoltà) di un atto precettivo, integrata, nel suo fatto costitutivo, al verificarsi degli elementi a cui la normativa riconduce le condizioni, riferibili al piano sostanziale, a cui soggiace l'effettiva sussistenza della permissione (in termini di facoltatività o doverosità corrispondenti alla relativa modalità deontica) del com-

---

26 Più nello specifico, si può partire da L. Ferrajoli, *Principia iuris*, I, cit., pp. 143 ss. e 300 ss., secondo cui le situazioni giuridiche corrispondono a modalità deontiche (obbligo, divieto o facoltà) che si collegano, sul piano contenutistico, ad un determinato comportamento che fa capo al soggetto; a queste si contrappongono le situazioni di aspettativa (positiva, negativa o mancanza di aspettativa). Rispetto a tale impostazione, va individuato più specificamente il concetto di *pretesa* quale figura di qualificazione deontica che fronteggia un obbligo, il quale a sua volta può essere positivo o negativo. Per tale via, si può pervenire alla distinzione fra il piano della qualificazione deontica, che presenta una facoltà o un obbligo (positivo o negativo) in capo ad un soggetto, a fronte del quale si può configurare una non pretesa o una pretesa (a sua volta, positiva o negativa) in capo ad altri soggetti; e il piano contenutistico del comportamento collegato alla stessa figura deontica, che consistere in un atto materiale o in un atto precettivo. In tale quadro, il potere è la modalità deontica di un atto precettivo, a fronte del quale può configurarsi una corrispondente pretesa in capo ad un altro soggetto: cfr. subito di seguito nel testo, nonché ampiamente *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 57 ss., 66 ss. e 175 ss.

27 Sul punto, si veda F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., p. 47 ss.; E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 44 ss.; G. Auletta, *Poteri formativi e diritti potestativi*, cit., p. 564 ss.; F. Cordero, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 191 ss. Cfr. anche, nell'ambito della ricostruzione propria di questo A., A. Piras, *Interesse legittimo*, I, cit., p. 43 ss.; II, cit., pp. 173-174.

portamento riferibile alla produzione dell'effetto. A fronte di tale situazione, l'interesse del soggetto che trova tutela normativa si pone nei termini di una differente situazione giuridica, che con quella di potere si pone in rapporto, e che si declina nei termini di pretesa a quanto, in senso positivo o negativo, risulta normativamente doveroso in ordine alla soddisfazione dell'interesse ad essa sotteso.

2.1. Profili ricostruttivi della situazione che si pone in rapporto con la situazione di potere

Il quadro teorico appena delineato conferisce, dunque, un fondamento ricostruttivo al potere quale situazione giuridica soggettiva, il quale, coerentemente con la prospettiva dinamica del giuridico, corrisponderebbe ad una modalità deontica di un atto precettivo. A sua volta, la considerazione di una situazione giuridica, di carattere sostanziale, a cui sia estraneo, sotto il profilo strutturale, l'elemento inerente alla funzionalizzazione alla tutela dell'interesse pubblico, porterebbe dunque ad ammettere, necessariamente, che la normativa concernente la situazione giuridica di potere assuma un carattere relazionale in ordine agli interessi coinvolti, il quale si esprimerebbe nelle logiche del rapporto pretesa-obbligo. A voler continuare ad utilizzare la terminologia tradizionale, potrebbe dirsi che tutte le norme attributive e regolative del potere rilevino, in questo senso, come norme di relazione[28].

È possibile, in tale prospettiva, avanzare allora una proposta ricostruttiva che si ponga nel senso seguente. Il rapporto cittadino-potere è configurabile quale pretesa, a fronte di un corrispondente obbligo, a ciò che è normativamente re-

28 In altri termini, e riprendendosi quanto sin qui considerato, si è partiti dal presupposto per cui, in una concezione originariamente statica della rilevanza giuridica, la norma rappresentava una regola bilatera, regolatrice del diritto, mentre il potere era il movimento libero di questo, a fronte del quale nessun rapporto poteva conseguentemente assumere rilevanza. Rispetto a tale scenario, l'introduzione della giurisdizione di annullamento nel 1889 creò però una rigidità oggettiva, che rilevava in ordine al movimento del potere, pur non ancora portando all'emersione un rapporto di tipo soggettivo (salvo non adottare una visione istituzionista dell'ordinamento). L'evoluzione successiva, della concezione sostanziale dell'interesse legittimo, rappresenta l'evoluzione della rigidità oggettiva in rapporto intersoggettivo, sulla base di una visione dell'ordinamento in chiave di rilevanza dinamica, con l'emersione, quindi, dell'autonoma e centrale considerazione, nell'ambito del rilevante giuridico, del rapporto pretesa-obbligo, in cui l'interesse legittimo viene a trovare riscontro. In tale prospettiva, il potere si risolve quindi in questo rapporto, e in esso assume la propria giuridicità.

golato. La circostanza per cui alla regolamentazione normativa non corrisponda necessariamente l'attribuzione dell'utilità finale (è normativamente prevista una scelta *discrezionale* dell'Amministrazione per la relativa attribuzione) significa, semplicemente, che il relativo interesse non è in sé oggetto della tutela. L'oggetto della situazione giuridica, in questo caso, nell'ipotesi cioè di potere amministrativo discrezionale, non sarebbe il bene finale, ma un'utilità essa stessa *strumentale*, corrispondente alla *chance* legale di conseguire l'utilità finale stessa[29].

Più nello specifico, razionalizzando tale ricostruzione nei termini teorici da noi prospettati, si potrebbe dire che la situazione del privato a fronte del potere amministrativo (l'interesse legittimo) abbia la consistenza di una pretesa alla *possibilità normativa del risultato favorevole* (produzione/non produzione dell'effetto auspicato/non auspicato), sussistente se risultano integrati (o, se del caso, non integrati) in fatto tutti i requisiti sostanziali vincolati della normativa disciplinante il potere. Il contenuto della possibilità normativa, a sua volta, corrisponde a *certezza* nel conseguimento in caso di attività vincolata; e in una *chance* per l'ipotesi di attività discrezionale.

Per tale via, si mostra evidente l'ambiguità della configurazione comune dell'interesse legittimo, quale, cioè, come detto, situazione giuridica di carattere indirettamente strumentale, avente ad oggetto l'interesse materiale del suo titolare (l'interesse a che la situazione effettuale, al potere corrispondente, sia posta o non sia posta in essere), la cui soddisfazione, tuttavia, non corrisponda alla regola-

29 È questa la tesi portata avanti dalla Scuola fiorentina, e in particolare da L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 617 ss.; Id., *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 643 ss.; Id., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, secondo cui l'interesse legittimo sarebbe riconducibile ad un diritto di credito, in rapporto al corrispondente obbligo della P.A. a ciò che è normativamente regolato, più nello specifico alla *possibilità normativa del risultato favorevole*, corrispondente a certezza dell'utilità finale nel caso di poteri vincolati, e alla *chance* legale di ottenerla nel caso di poteri discrezionali. Il fondamento assiologico della tesi si esplica così nel senso che, definendo, l'impostazione descritta, una mancanza di funzionalizzazione del potere all'interesse pubblico, che è ridotto a ciò che è normativizzato nella regola, sarebbe possibile la piena espressione di un rapporto cittadino-PA. di stampo partitario, che si assume caratterizzare il nostro attuale assetto ordinamentale: cfr. anche C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, p. 176 ss. Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 227 ss.

mentazione normativa relativa alla corrispondente situazione giuridica. Mancando la garanzia giuridica della soddisfazione dell'interesse materiale, infatti, la logica che si dovrebbe seguire è più semplicemente un'altra: non ricercare una struttura riferibile alla situazione soggettiva di interesse legittimo che non coincida con quella propria della pretesa, ma, piuttosto, individuare un oggetto differente, in ordine ad una situazione giuridica che si ponga appunto nei termini di una pretesa. La strumentalità, in questo modo, si sposta dal piano strutturale a quello contenutistico (l'oggetto della situazione giuridica è un'utilità strumentale), mantenendosi, in ordine al primo, negli ordinari termini del rapporto pretesa-obbligo: si individua, cioè, una situazione direttamente strumentale ad un'utilità strumentale; non invece una situazione indirettamente strumentale ad un'utilità finale.

Nella maniera descritta, emerge così definitivamente dal substrato storico della nozione l'incongruenza strutturale in cui l'interesse legittimo stesso si viene a trovare; emerge, cioè, il legame di quella impostazione concettuale alla circostanza che si fosse al cospetto di un'attività funzionalizzata al perseguimento di un particolare interesse previsto dall'ordinamento, quale appunto l'interesse pubblico. In questo senso, attraverso il riferimento alla funzionalizzazione si era cercato di connotare strutturalmente la situazione giuridica, collocandola nell'ambito di una tutela riflessa, delle norme di azione, di strumenti giurisdizionali a siffatta tutela correlati. Nel momento in cui tale connotazione strutturale, già in sé perplessa, è del tutto negata, non risulta più possibile ravvisare una situazione soggettiva, che si confronti con il potere, avente una struttura diversa da quella della pretesa, il cui oggetto trova il suo riscontro nella regolamentazione propria del potere stesso, quale normativa di relazione.

3. Prospettiva prettamente sostanzialistica e prospettiva procedurale del potere come situazione soggettiva

La visione dinamica, in sé considerata, conferisce valore specifico ai rapporti pretesa-obbligo, ma non specifica i possibili piani di rilevanza di quei rapporti. Il dato assiologico è ridotto al dato normativo sostanziale, che detti rapporti regola. Tutti i rapporti, in questo senso, sono uguali tra loro, nei termini del normativamente regolato.

La considerazione non è senza rilievo. Se si accetta la visione in esame, non risulta infatti possibile alcuna distinzione, che non attenga a criteri meramente quantitativi, fra potere pubblico e potere privato. Andrebbe negata, cioè, una contrapposizione, di stampo qualitativo, tra modello di azione pubblicistica e modello di azione privatistica, e quindi, in sé, allo stesso rilievo di una funzione amministrativa. Verrebbe meno, tra l'altro, il valore del concetto di discrezionalità amministrativa, quale differente rispetto a quello di autonomia propria di qualsiasi operatore di diritto comune.

Tale rappresentazione costituisce sicuramente un'alternativa ricostruttiva logicamente valida, ma non è, necessariamente, anche l'unica possibile nel quadro attuale di riferimento. Il piano di rilevanza normativo, sotto tale profilo, va a tal fine spostato da un profilo *logico* ad un profilo *assiologico*[30].

Ora, rispetto a tale piano di rilevanza, pare a noi che possa darsi una risposta differente da quella individuata, la quale, pur non negando le criticità che attualmente possono sollevarsi alla tradizionale visione della funzionalizzazione del potere all'interesse pubblico, non comporta, tuttavia, anche una compiuta estromissione della funzionalizzazione del potere sotto ogni profilo, in ragione del rilievo che la funzionalizzazione stessa riveste sul piano strutturale del modello di produzione.

Per procedere nel senso indicato, si può partire dalla considerazione per cui la concretizzazione dell'ordinamento attraverso l'esercizio di un potere (privato o pubblico) può in via generale sempre considerarsi espressione dell'attuazione di un valore, che avviene attraverso la produzione della situazione effettuale a cui è funzionale la stessa situazione giuridica di potere a cui si fa riferimento. Il valore, a sua volta, promana dal nucleo assiologico idoneo a sorreggere l'ordinamento: in questo senso, l'esplicarsi di quest'ultimo porta con sé, nell'intrinseca essenza della propria giuridicità, il suo fondamento valoriale, che pervade così l'intera dimensione normativa.

L'operatore, esercitando il potere, può peraltro non solo contribuire all'attuazione del valore, ma anche partecipare alla sua definizione. Ciò avviene per la presenza, in ordine ad una situazione giuridica di potere, di un margine di

30 Per le considerazioni che seguono, *Potere*, I, cit., p. 439 ss.

scelta sotto il profilo teleologico, che può sussistere, a sua volta, a fronte di una indeterminatezza più o meno marcata del contenuto dei presupposti della fattispecie della situazione di potere e/o della determinazione dei suoi effetti. La presenza di un margine di scelta nel momento teleologico richiede, infatti, la definizione di un criterio di preferenza, quale regola di decisione nel caso concreto, espressione del valore teleologico ricavabile dalla normativa che predispone la situazione giuridica di potere, che esula dal contesto qualificatorio di riferimento.

L'ordinamento non conosce, in ogni caso, un'interruzione di giuridicità nella sua attuazione; anche la partecipazione alla definizione del valore da attuare, quando ammessa in ragione della presenza di un elemento teleologico non compiutamente determinato, si muove nell'ambito del quadro giuridico di riferimento, e del correlato contesto assiologico. Tuttavia, all'interno dello stesso ordinamento, è possibile riscontrare differenti modelli strutturali attraverso cui la sua attuazione avviene.

Si deve in proposito considerare che, nell'ambito della dinamica giuridica, il ruolo degli operatori si esprime attraverso varie modalità: nel valutare la rilevanza di un determinato complesso di fatti in relazione ad un valore che deve trovare attuazione; nell'attuare un determinato valore, ponendo in essere un determinato effetto; nel partecipare alla determinazione del valore da attuare, che a sua volta si inserisce all'interno della generale dimensione assiologica dell'ordinamento. Il modello strutturale attraverso cui ciò avviene dipende essenzialmente dalla rilevanza giuridica che viene assegnata al momento di esplicazione dell'attività corrispondente.

Tale aspetto assume rilevanza per quanto concerne la definizione del profilo teleologico afferente al potere. Un siffatto profilo è sempre presente, in ragione di quanto rappresentato: nello specifico, la norma può espressamente prendere in considerazione il fine da perseguire per la valutazione di validità dell'esercizio del potere, in senso positivo o negativo (si deve/non si deve perseguire un determinato fine), oppure, detto fine può rilevare indirettamente dal rispetto delle clausole generali e delle regole puntuali stabilite per il suo esercizio. La presenza di un margine di scelta, afferente a tale profilo, comporta la partecipazione del soggetto alla determinazione del valore da attuare, e si sostanzia nell'elaborazione di un criterio di preferenza che porta ad una regola concreta di azione, come detto. In

questo senso, se il potere non è vincolato, esso porta sempre con sé la necessità di specificazione del profilo teleologico di cui è partecipe.

Ciò, tuttavia, non significa che la determinazione del fine da perseguire sia in ogni caso direttamente rilevante, e che si debba quindi accedere necessariamente ad un'ottica di funzionalizzazione, intesa nel senso che si è descritto. In altri termini, perché l'elaborazione del criterio di preferenza possa assumere rilievo *in via autonoma e diretta*, possa, cioè, rilevare in quanto tale in sé e per sé, non è sufficiente che l'ordinamento riconosca la giuridica rilevanza del margine di scelta sotto il profilo teleologico, nel senso già chiarito. È altresì necessario che vi sia *una specifica considerazione del processo formativo della decisione*. L'elaborazione di un criterio di preferenza su base teleologica, che ricolleghi la qualificazione effettuata dalla norma al momento dispositivo del potere, richiede quindi, per assumere autonomo rilievo giuridico nel senso anzidetto, che la stessa attività decisoria, in cui detto criterio si viene ad inserire, risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali.

Se non vi è, in questo senso, una decisione, se questa, cioè, non rileva giuridicamente come tale, neppure vi sono spazi per dare rilevanza, in via diretta, alla determinazione di un criterio di preferenza che ad essa risulti sotteso. In questa prospettiva, la compiuta definizione del profilo teleologico da parte dell'operatore, l'assunzione, quindi, di un criterio di preferenza, può assumere un rilievo soltanto esterno, estraneo alla funzionalizzazione, nel senso che la determinazione della regola dell'agire attiene ad un profilo di autonomia o libertà di scelta, e il rilievo ad essa attribuito è solo quello, indiretto, che deriva (esplicitamente) dalla norma che pone un vincolo sul fine o (implicitamente) da quelle che comunque hanno ad oggetto clausole generali, come appunto la buona fede.

È, quella appena descritta, appunto la rappresentazione che è stata data da chi, nell'estromettere il perseguimento dell'interesse pubblico dall'ottica della funzionalizzazione, e di conseguenza dalla struttura dell'interesse legittimo, ha fornito una ricostruzione del potere amministrativo corrispondente ad una siffatta declinazione strutturale, in un'ottica, cioè, *prettamente sostanziale*[31]. Tuttavia,

31 È, come si è detto, l'impostazione adottata, nel considerare l'interesse legittimo come possibilità normativa del risultato favorevole, dalla Scuola fiorentina, e, in particolare, nelle sue estreme conseguenze, da C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit. *supra*, al par. precedente, nt.

concependosi in questo modo il potere amministrativo, si svaluta il rilievo strutturale che ad esso viene invece attribuito dall'ordinamento, in uno con la declinazione del profilo teleologico che all'interno del relativo modello troverebbe riscontro.

La valutazione del *modello strutturale della funzione* consente invece, a nostro avviso, pur senza negare la fondatezza delle critiche rivolte alla concezione comune dell'interesse legittimo, di pervenire ad una differente conclusione.

Il modello strutturale proprio dell'azione amministrativa deve, infatti, ritenersi improntato ad un canone generale di carattere processuale, inteso, secondo l'insegnamento proprio della dottrina processualcivilistica, quale procedura caratterizzata dall'esprimersi, nella definizione della decisione, nel contraddittorio tra le parti[32]. La l. n. 241/1990 ha difatti recepito un modello procedimentale

---

29. In quest'ottica – che è quella che potrebbe seguirsi se la sostanza del processo decisorio non assumesse rilievo giuridico nel senso anzidetto – il profilo teleologico riveste quindi valore in relazione alla non sussumibilità dell'interesse concreto perseguito all'interno della categoria dell'interesse pubblico astratto (come, cioè, sviamento di potere in senso stretto), ovvero come violazione di clausole generali o regole specifiche che governano l'esercizio del potere.

32 La considerazione di un generale canone processuale dell'attività amministrativa parte dal superamento della considerazione teleologica del processo, secondo la posizione tradizionale, la quale richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr., in merito ad essa, in particolare F. Carnelutti, *Sistema*, I, cit., p. 44; Id., *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939, p. 4. La dottrina amministrativistica che ha sviluppato il concetto di funzione sotto un profilo strutturale, quale processo formativo dell'effetto, ha infatti avuto buon conto di considerare che il concetto di processo dovesse necessariamente rifarsi alla connotazione strutturale propria della stessa esplicazione della funzione: si è così distinto, da parte di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, pp. 1131-1132, il procedimento dal processo in relazione alla circostanza che nel processo partecipano soggetti che perseguono interessi diversi da quello del soggetto a cui compete l'emanazione dell'atto, i quali possono in tal modo concorrere alla trasformazione del potere (cfr. anche Id., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 739). Per questa via, è risultato possibile giungere alla considerazione per cui il contraddittorio è ciò che caratterizzerebbe la sostanza processuale dell'attività, ciò che, quindi, definisce il processo come tale, a prescindere da qualsiasi connotazione di ordine teleologico; il processo è, cioè, un procedimento che si svolge attraverso la rappresentazione delle posizioni delle parti nella cui sfera giuridica la decisione dispiegherà i suoi effetti. In particolare, l'affermazione dell'impostazione generale appena descritta si deve ai contributi di E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; Id., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1067 ss.; Id., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; Id., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss., il quale, ponendosi, sotto

fondato su canoni che assumono, in termini soggettivi e oggettivi, i caratteri propri in via generale di un processo, per come appena specificati[33].

In particolare, sotto il profilo soggettivo, pur non ponendosi i soggetti partecipanti su un piano di parità rispetto al momento decisorio, né assistendosi, sotto tale profilo, ad una compiuta separazione tra contraddittori e autorità decidente, si è comunque in presenza di una procedura che, nella definizione della decisione, consente ai soggetti, nella cui sfera giuridica la decisione stessa dispiegherà i suoi effetti, di partecipare all'attività strutturalmente volta alla definizione del

---

tale profilo, su analoga linea, in via generale, di quella tracciata da F. Benvenuti, ha specificato come la partecipazione debba atteggiarsi, perché possa parlarsi di processo: nel senso cioè che mentre il procedimento si identifica con una serie concatenata di atti, il processo è qualche cosa di più e di diverso, essendo necessaria la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale produrrà i suoi effetti in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività (E. Fazzalari, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; Id., *Processo*, cit., p. 1072; Id., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; Id., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.).

È su tali basi che la dottrina amministrativistica successiva, che si è inserita nel solco del concetto di funzione considerato da F. Benvenuti, ha potuto porre in diretta correlazione quest'ultima con la valorizzazione della sostanza processuale dell'attività amministrativa: in questo senso G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 782 ss.; Id., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss.; *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; nonché G. Pastori, *Introduzione generale*, in Id. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, p. 7 ss.; Id., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss. Il passo successivo sarà quello di rapportare la sostanza processuale dell'attività non alla funzione intesa come farsi del potere, ma, come rappresentato nel testo, quale farsi della decisione: cfr. per i riferimenti *infra*, nt. 38.

In proposito, per una più ampia considerazione della questione, e più approfonditi riferimenti, si veda, anche in ordine a quanto si dirà alle note successive, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 403 ss.; II-2, cit., p. 288 ss.; *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, pp. 34, 54 e 181 ss.

33 Dopo l'introduzione della l. n. 241/1990, si è in via generale ammessa, perlomeno da una parte della dottrina, una generale processualizzazione, o quantomeno una processualizzazione in senso lato, dell'azione della P.A.: cfr. in particolare, F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, p. 248 ss.; L. Migliorini, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in B. Cavallo (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, 1993, p. 89; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, *passim*; M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.; E. Frediani, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, *ivi*, 2005, p. 1003 ss.

contenuto del relativo atto, senza che il decisore possa obliterare tale attività, pur potendosi discostare dalle relative posizioni, dandone conto[34]. La presenza di una procedura in contraddittorio – sia pure, nel senso descritto, non *prettamente garantistico*, ma *collaborativo-garantistico*, secondo la terminologia da noi utilizzata in precedenti scritti[35] – consente quindi, come detto, di concludere nel senso che l'azione amministrativa si svolge nella forma di un processo, il cui oggetto, in particolare, si rivolge alla decisione in ordine all'esercizio della situazione giuridica di potere.

L'impostazione propriamente processuale della funzione amministrativa, ad ogni modo, si ritrova attualmente, nello specifico, nel filone dottrinale oggettivistico, che, ponendosi nel solco dell'insegnamento di F. Benvenuti, G. Berti e G. Pastori (cfr. la nota precedente), ha da ultimo cercato di portare ad una più compiuta ricostruzione strutturale la considerazione della forma processuale del procedimento e, per tale via, la stessa ascrizione del procedimento amministrativo al genere procedurale a cui appartiene il processo giurisdizionale: in questo senso, cfr. in particolare L.R. Perfetti, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., spec. p. 61 ss.; M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 ss. (che amplia una riflessione già effettuata, in forma più ridotta, in Id., *La "manifesta infondatezza" della domanda nel procedimento e nel processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2007, p. 309 ss.); M. Bellavista, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 93 ss.; Id., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; Id., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, 2012.

34 In particolare, la previsione, ai sensi degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, della comunicazione dell'avvio del procedimento, della partecipazione delle parti, delle modalità partecipative attraverso l'accesso e il deposito di memorie scritte e documenti che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento, nonché del preavviso di rigetto, comporta che l'autorità decidente debba necessariamente aprirsi al confronto delle parti e considerare l'attività dell'altra parte intervenuta. In questo modo, si sancisce la presenza di una procedura in contraddittorio, e si consente, secondo l'insegnamento processualcivilistico, di cui subito sopra, in nota, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo. L'assenza di una piena pariteticità tra le parti non toglie, infatti, che i soggetti privati assumano un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente, giacché quest'ultima, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto (si veda, in particolare, l'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, sull'obbligo di valutazione delle memorie e dei documenti, per come correlato con il precedente art. 3, sulla motivazione dell'atto). Il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che

Sotto il profilo oggettivo, poi, la considerazione normativa, che riceve l'attività procedimentale, è improntata ad un'ottica processuale, per come avente carattere di accertamento: viene infatti prevista la proposizione di una domanda da parte del privato istante o la sua auto-proposizione dalla P.A., con l'avvio del procedimento; e viene corrispondentemente regolamentata un'attività di verificazione della sussistenza degli elementi fattuali e della integrazione della relativa fattispecie normativa, ai fini della definizione della decisione concernente l'esercizio o il non esercizio del potere nel caso concreto; di tali risultanze procedimentali, è

---

riguarda la sua esplicazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente: cfr., su tale distinzione M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio*, cit., p. 69 ss.). Non si può quindi negare la presenza di un contraddittorio in senso tecnico sulla base della circostanza che l'autorità decidente sia al tempo stesso appunto soggetto che decide e contraddittore, sia, cioè, parte in senso sostanziale, la quale, ancorché imparziale, cura direttamente interessi pubblici coincidenti o in conflitto con quelli dei privati attraverso lo svolgimento dell'azione amministrativa, mentre perché vi sia pariteticità effettiva l'autorità decidente dovrebbe necessariamente essere terza e indipendente rispetto alle parti (così, invece, S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 239 ss.; A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, pp. 939-940; Id., *Procedimento amministrativo*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2000, pp. 4512-4513; A. Pajno, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 121 ss.).

35 Se, infatti, ponendosi nella prospettiva descritta, si assiste ad una "capacità espansiva del contraddittorio", idonea a portare le logiche processuali al di là dell'ambito proprio del processo giurisdizionale (in questo senso L.P. Comoglio, *Contraddittorio (principio del)*, *I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1997, pp. 11-12, il quale, richiamando le considerazioni di Fazzalari, aggiunge che se l'essenzialità del contraddittorio si manifesta in una correlazione indissolubile con la funzione giurisdizionale, esso si appalesa anche "come veicolo indispensabile di diffusione del paradigma processuale anche al di fuori dell'orbita del fenomeno giurisdizionale in senso tecnico", come avvenuto in relazione alla disciplina della l. n. 241/1990 per il procedimento amministrativo; cfr. anche lo stesso E. Fazzalari, *Diffusione del processo*, cit., p. 861 ss.), è pur vero che, d'altro canto, lo stesso riferimento al contraddittorio, per le diverse modalità in cui può trovare applicazione, in relazione al tipo di processo, porta ad una genericità dei contenuti del processo stesso, senza possibilità di pervenire per tale via ad un'ipotesi ricostruttiva definita. In questi termini, il paradigma comune deve allora essere mantenuto, ma ciò non va a negare la possibilità di sue diverse declinazioni; anzi, è proprio in questi termini che è possibile pervenire alle considerazioni da noi effettuate, per cui la consistenza della funzione si ricollega alla struttura del modello procedurale in cui essa trova esplicazione.

Nello specifico, si ritiene possibile individuare due modelli processuali generali, sulla base della considerazione che del contraddittorio si assume, sotto il profilo strutturale e funzionale, nel rapporto con la norma di cui all'art. 6 CEDU. Il primo modello è quello che può definirsi

prescritto debba darsene conto nell'apposita motivazione dell'atto, nel momento, quindi, di manifestazione della decisione assunta, che ad esse deve appunto essere rapportata[36].

Il modello di produzione, che viene in questione in relazione al potere amministrativo, può dirsi essere dunque strutturato nel senso di un *processo*, che incentra la formazione della decisione sull'*accertamento*[37]. La funzione amministrativa, intesa, sotto il profilo strutturale, come processo di manifestazione di una

---

prettamente garantistico, corrispondente ad un modello procedurale rispettoso delle garanzie riscontrabili nell'art. 6 CEDU, in sé considerate. Il secondo è quello *collaborativo-garantistico*, ove l'autorità decidente non è pienamente separata dal soggetto procedente, in quanto la separazione è solo eventuale, e non è comunque perfetta sotto il profilo strutturale, ma la partecipazione delle parti non può comunque essere obliterata; in ordine ad esso, il rispetto dell'art. 6 CEDU è assicurato dalla compensazione *ex post* in un successivo processo prettamente garantistico. Ora, il primo modello è quello che deve necessariamente riscontrarsi nel processo giurisdizionale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24, 100, 101 ss. e 111 Cost., e degli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE; il secondo è, invece, come spiegato nel testo e alla nota precedente, il modello corrispondente al modulo procedurale generale dell'azione amministrativa. È possibile, va peraltro aggiunto, che, in taluni specifici procedimenti amministrativi (ad es., quelli propri delle Autorità indipendenti), la configurazione dell'organo decidente e l'articolazione del relativo contraddittorio tra le parti siano strutturate in senso prettamente garantisco. Sul punto, si veda, ancora, *Potere*, II-2, cit., p. 288 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 181 ss.

36 In questo modo, viene normativamente prevista una procedura all'interno della quale assume rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti; come detto nel testo, ciò che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori, regolamentata dagli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività viene, poi, come pure si è considerato, inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consente di rapportarla alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda, come detto nel testo); rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verificazione della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In presenza di detti caratteri, l'attività viene quindi unitariamente considerata quale ascritta ad una verificazione in relazione ad una proposta di decisione che trova la sua esplicazione nell'ambito di un corrispondente processo: sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 410 ss.

decisione[38], rappresenta cioè una procedura che, nella complessità soggettiva che si esplica attraverso il contraddittorio tra le parti, sarebbe rivolta all'accertamento della sussistenza della/e situazione/i giuridica/he che assurgono ad ipotesi da verificare.

Ora, tale rappresentazione non deve considerarsi assumere un carattere meramente descrittivo. Se così fosse, del resto, non si supererebbe l'obiezione per cui, se la situazione oggetto della decisione non è normativamente definita (perché, appunto, è attribuita discrezionalità nella determinazione della regola di preferenza della scelta), allora non si potrebbe essere, in realtà, al cospetto propriamente di un accertamento, che presupporrebbe, invece, quale referente nel rapporto tra fatto e diritto, una realtà normativa predeterminata.

Tutt'al contrario, la ricostruzione descritta deve considerarsi idonea ad incidere sulla struttura delle situazioni inerenti al/i potere/i coinvolto/i, in quanto rappresentativa di un'esplicita scelta di valore, effettuata dall'ordinamento, nella definizione del modo di partecipazione alla determinazione del valore propria delle ipotesi in cui la situazione di potere da esercitare non presenti, in sé, carattere vincolato.

La presenza di un margine di scelta, afferente al profilo teleologico proprio del potere, comporta, infatti, lo si è detto, la partecipazione del soggetto alla determinazione del valore da attuare, che si sostanzia nell'elaborazione di un criterio di preferenza che porta ad una regola concreta di azione. Tale elaborazione non rileva però, in ogni caso, in via autonoma e diretta: ciò avviene solo qualora si at-

---

37 Sul modello procedimentale amministrativo quale procedura di accertamento, si vedano anche, nelle differenti declinazioni, B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, spec. p. 75 ss.; M. Monteduro, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 92 ss.

38 Secondo l'impostazione in particolare di F. Ledda, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2002, p. 242 ss.; Id., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss., che, per tale via, ha superato, da un lato, la tradizionale visione strutturale della funzione come farsi dell'effetto (cfr. *supra*, in nota, nei riferimenti a Benvenuti), e, dall'altro, la configurazione di una decisione come limitata ai provvedimenti di procedimenti prettamente contenziosi. Cfr. *Potere*, I, cit., p. 387 ss.

tribuisca una specifica rilevanza al processo formativo della decisione, nei termini della corrispondente configurazione della relativa struttura procedurale a cui si conferisce rilievo.

La considerazione non è senza conseguenze perché, nel momento in cui il valore riferito, da parte dell'ordinamento, è alla rilevanza normativa di una procedura fondata, come visto, sull'accertamento (scelta di valore procedurale), la stessa attribuzione di una partecipazione alla determinazione del valore da attuare (scelta di valore sostanziale) deve essere considerata necessariamente insieme alla prima, andando a costituire, entrambe, due piani di rilevanza del medesimo rapporto. In questi termini, in ragione della considerazione di tale duplicità di piani di rilevanza, deve essere conseguentemente possibile porre in correlazione l'accertamento, proprio della procedura, con la discrezionalità della scelta, propria della situazione di potere oggetto della procedura, pervenendo, per tale via, ad una loro conciliazione[39].

3.1 La situazione giuridica che si pone in rapporto con la situazione di potere in una prospettiva procedurale

La rilevanza del dato procedurale non va dunque intesa quale idonea a conferire un apporto meramente descrittivo alla caratterizzazione del potere amministrativo e del suo esercizio. Essa, al contrario, deve reputarsi in grado di connotare in maniera conseguente la stessa struttura e consistenza dei rapporti giuridici che vengono in questione.

In particolare, sotto il profilo *strutturale*, le relazioni tra entità soggettive, che si rapportano in ordine all'esercizio del potere, siano esse rivolte ad utilità a rilievo sostanziale, ovvero ad utilità (prettamente) procedimentali, vengono ad assumere, nel senso descritto, comunque carattere procedurale, per come interne alla struttura processuale dell'azione amministrativa. Le situazioni giuridiche soggettive configurabili assumono, in altri termini, la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale.

In tal modo, si può sostenere che l'interesse del soggetto che si rivolge nei confronti dello svolgimento del procedimento individua le situazioni giuridiche

39 Sulle considerazioni appena effettuate, e quelle di seguito nel testo, si veda *Potere*, I, cit., p. 439 ss.; II, *Conclusioni*, cit., p. 503 ss.

procedurali astratte, *prettamente procedimentali*, che si vengono a configurare in relazione al rapporto tra (interesse appunto del) soggetto e norme sulla produzione di carattere formale (esplicazione del contraddittorio, svolgimento delle attività di verificazione, requisiti formali dell'atto, ecc.), attinenti agli elementi della fattispecie della situazione effettuale. Allo stesso modo, l'interesse del soggetto che si rivolge alla situazione giuridica di potere (di produzione di un effetto precettivo), che nell'ambito del procedimento si esplica, individua, invece, le situazioni *procedurali concrete*, *a rilievo sostanziale*, che traggono la loro configurazione nel rapporto tra (interesse del) soggetto e norme sostanziali sulla produzione, per come considerate insieme con le prescrizioni procedurali volte alla definizione della modalità deontica dello svolgimento e della conclusione della procedura, e per come rapportate al modello normativo della funzione fatto proprio dal nostro ordinamento. In tale scenario, la stessa azione procedimentale amministrativa, quale agire rivolto alla decisione, va dunque considerata nei termini di un *comportamento procedurale*, rispetto al quale vengono a rapportarsi le differenti situazioni (astratte e concrete), e, con esse, anche la validità del relativo atto (rispettivamente, per ragioni formali o sostanziali)[40].

La struttura normativa della funzione, nel fornire la definizione strutturale delle situazioni giuridiche in questione, risulta inoltre, al contempo, idonea a definire, sulla base del medesimo dato normativo, anche la *consistenza* delle situazioni stesse.

La circostanza per cui, nel processo formativo della decisione, l'attività decisoria risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali, si è detto infatti rappresentare una precisa scelta di valore da parte dell'ordinamento, relativa all'esplicazione della dinamica della produzione. Tale scelta di valore ha conseguenze in ordine all'emersione del profilo teleologico a cui il potere (ogni potere) è rivolto, nel senso che tale profilo, e l'eventuale elaborazione di un criterio di preferenza che si accompagna alla sussistenza di discrezionalità nella sua definizione, risulta idoneo, per tale via, ad assumere rilievo, secondo quanto spiegato, in via autonoma e diretta[41]. In ciò consiste l'essenza della

40 Cfr. *Potere*, I, cit., p. 387 ss.; II-2, cit., p. 279 ss.
41 Cfr. *Potere*, I, cit., p. 443 ss.

funzionalizzazione, nella sua commistione tra profilo teleologico e profilo strutturale.

Vi è cioè, in questo senso, l'espressione di un valore procedurale proprio della struttura normativa del modello di produzione, che si accompagna al valore sostanziale consistente nell'attribuzione della definizione della regola di preferenza discrezionale propria della situazione di potere in ordine all'assetto teleologico da attuare. Entrambi i profili si pongono su un piano normativo, ed entrambi risultano idonei a caratterizzare la consistenza della situazione giuridica di potere, e di quelle che vi si pongono in rapporto.

Nella prospettiva indicata, l'essenza strutturale della funzionalizzazione deve allora risultare in grado di conciliare entrambi i valori (sostanziale e procedurale) riferiti. Essa deve quindi reputarsi idonea ad *ascrivere proceduralmente all'accertamento*, che detta struttura connota, anche l'attività, differente, che caratterizza la scelta in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza discrezionale, *pur mantenendone inalterata la connotazione sostanziale*. Il modello di accertamento, costituendo, cioè, una scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, di conferimento di rilievo giuridico, in generale, all'attività di correlazione tra fatto e diritto, fa sì che, per tale ragione, il modello stesso si deve reputare in sé idoneo a ricomprendere, sotto il profilo normativo della funzione, laddove suffragato dai caratteri strutturali corrispondenti alla sostanza processuale del procedimento decisorio, anche attività di valutazione che dall'accertamento tecnicamente esulerebbero, senza per questo obliterarne la relativa essenza sostanziale.

Nel momento in cui risulta possibile rinvenire un modello di produzione incentrato sulla verificazione del fatto rispetto alla norma, rispetto al quale riceve rilievo giuridico la sostanza processuale dell'attività, si deve allora ritenere che *anche le ulteriori attività valutative*, che rispetto all'accertamento siano strumentali o correlate, debbano essere ascritte, *sotto il profilo procedurale*, a tale modello strutturale, appunto in ragione della compresenza, *accanto al valore sostanziale di definizione della scelta in ordine alla definizione della regola di preferenza, che in sé rimane intatto, di quello procedurale proprio del modello strutturale della determinazione stessa*[42].

42 Cfr. ancora ivi, p. 450 ss.

La conseguenza, a cui si perviene accedendosi a tale ricostruzione, è la seguente. Da un lato, *su un piano sostanziale*, la scelta discrezionale dell'Amministrazione comporta la definizione di una norma di preferenza del caso concreto precedentemente non esistente. Dall'altro, *sul piano procedurale*, la regola in questione si deve invece considerare già normativamente esistente nel suo profilo di rilevanza, risultando in questo modo idonea, come tale, a porsi come referente dell'accertamento (e a consentire così, per tale via, la convivenza tra discrezionalità e accertamento). In tale prospettiva, *vengono dunque a delinearsi due piani di rilevanza, sostanziale e procedurale*, afferenti a due dimensioni della medesima situazione giuridica. Rispetto ad essi, *si viene a scindere l'operatività della regola di preferenza discrezionale*, che risulta distinta *sul piano sostanziale* e *su quello procedurale*, sussistendo comunque nel secondo, anche senza esserlo nel primo.

Tale connotazione è quella che deve quindi considerarsi propria delle relative situazioni a rilievo sostanziale concernenti il potere amministrativo. Sulla base di essa, risulta così possibile, *senza disattendere l'attribuzione discrezionale dell'Amministrazione in ordine all'assetto teleologico da attuare, che permane sul piano sostanziale*, configurare la situazione a rilievo sostanziale del privato, *in ragione del suo carattere procedurale (procedurale concreto), che vede la regola discrezionale già operativa*, quale *pretesa rivolta all'utilità finale* (alla produzione o alla non produzione dell'effetto), la quale risulta integrata qualora concretamente sussistenti tutti gli elementi (vincolati e discrezionali) propri della relativa fattispecie.

In questo modo, la situazione giuridica del privato risulta direttamente correlata al profilo assiologico ad essa corrispondente, cioè al bene della vita individuato nella situazione effettuale idonea a soddisfare l'interesse materiale del soggetto titolare della relativa situazione. Non incorre, però, nei rilievi propri di una

---

Si intende che ciò in tanto vale in quanto un modello di accertamento sia normativamente configurabile in ordine al procedimento amministrativo in cui lo specifico potere considerato trova esplicazione, in ragione della disciplina della l. n. 241/1990, o di altra normativa speciale. Non può così, ad es., ravvisarsi il particolare modello di accertamento sopra descritto per gli atti normativi e quelli a contenuto generale, per i quali l'art. 3, co. 2, l. n. 241/1990, non richiede la motivazione, in disparte ogni considerazione in ordine alla idoneità della relativa fattispecie normativa a configurare uno schema in cui sia previsto il rapportarsi della realtà fattuale a quella giuridica ai fini dell'integrazione degli elementi previsti dalle norme sostanziali sulla produzione.

situazione, come visto, solo indirettamente strumentale rispetto al suo oggetto: nei termini riferiti la garanzia di detto interesse è, infatti, comunque attuale, in ragione del carattere procedurale della relativa situazione; si è, cioè, comunque al cospetto di una pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto[43].

La rispondenza al dato assiologico avviene così, per la via indicata, su un piano essenzialmente normativo, riconoscendosi al modello di produzione proprio della funzione amministrativa, per come ricavabile dalla normativa generale sul procedimento, specifica rilevanza in ordine alla ricostruzione delle situazioni

43 La considerazione dell'interesse legittimo quale *pretesa all'utilità finale* è stata, invero, proposta più volte in dottrina, ed è propria, in particolare, della tesi di G. Greco, *Dal dilemma diritto-soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 483 ss.; Id., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto un aggiornamento sul tema*, in F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggetti della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Napoli, 2017, p. 27 ss., spec. p. 63 ss. In particolare, tale A. (modificando, sul punto, l'originaria impostazione sostenuta ne *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, ove si faceva riferimento ai soli elementi 'rigidi' del rapporto) ha considerato, per superare il problema del rapporto tra pretesa e discrezionalità dell'azione amministrativa, un rapporto tra P.A. e cittadino che si porrebbe in chiave '*dinamica*' (su tale profilo, cfr. *infra*, nt. 54). In questa prospettiva, l'eventuale discrezionalità, che caratterizza il potere amministrativo nel caso di specie, andrebbe necessariamente esaurita (quantomeno) nel processo; di conseguenza, l'interesse legittimo andrebbe qualificato in ogni caso come pretesa all'utilità finale.

Tale impostazione si è esposta però alla critica di L. Ferrara, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 639-640, secondo cui, se l'oggetto della pretesa del privato è l'utilità finale, essa non sarebbe esistente, in caso di potere discrezionale, fin quando la scelta discrezionale non è compiuta. La situazione in questione, cioè, non sarebbe (ancora) attuale; e la pretesa nei confronti dell'Amministrazione potrebbe concernere quindi, in sé, solo la *possibilità* di ottenere il bene finale (la *chance* legale, come visto, propria della visione di tale A.).

Ora, l'obiezione mossa da L. Ferrara non è in sé superabile rispetto alla tesi a cui si rapporta. Se si considera, infatti, che la discrezionalità consiste in un'attribuzione sostanziale, che l'ordinamento riferisce all'Amministrazione, di elaborare una regola di preferenza, allora si avrà necessariamente la seguente alternativa di ordine logico. Da un lato, si potrebbe ritenere che il sindacato del giudice amministrativo possa essere in ogni caso sostitutorio in senso proprio (su tale tipologia di sindacato, *infra*, par. 4.1, nel testo e alla nt. 66); ma allora, necessariamente, si dovrà ammettere che la scelta discrezionale potrà essere sempre sostituita, e finanche per la prima volta effettuata in mancanza di una sua previa statuizione, da parte del giudice; con la conseguenza – che risulta tuttavia inaccettabile nell'attuale quadro ordinamentale (cfr. *Potere*, I, cit., pp. 266 ss. e 326 ss.) – di *negare* l'effettiva sussistenza di un'attribuzione discrezionale in capo all'Amministrazione. Dall'altro, si può invece considerare – ed è questa l'unica alternativa positivamente consentita – che, per quanto intenso possa essere il sindacato del giudice, questo non potrebbe porsi in chiave compiutamente sostitutoria a fronte di una scelta discrezionale, che, cioè, il giudice non potrebbe compiere una sostituzione, rispetto alla discrezionalità *non esaurita*;

giuridiche coinvolte. Il legame con il profilo assiologico, attraverso l'impostazione proposta, riesce, in altri termini, a porsi (anche) su un piano normativo, in quanto il dato normativo di riferimento, al fine della configurazione della situazione, non sarebbe soltanto quello sostanziale, ma, come detto, quello sostanziale nel suo legame con quello proprio della struttura procedurale attraverso la quale la situazione di potere si deve esprimere[44].

È, allora, per questa stessa ragione che non può invece venire in rilievo una situazione configurata come pretesa all'utilità strumentale (la possibilità normati-

---

ma, allora, la pretesa non potrà essere all'utilità finale (*Achille non potrebbe raggiungere la tartaruga*, per utilizzare la stessa espressione di A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, pp. 159-160), in quanto, a tutto voler concedere, essa non esiste normativamente prima della definizione della regola discrezionale da parte dell'Amministrazione, e cessa di esistere se la regola stessa è confutata e residuano più scelte discrezionali legittime all'esito del sindacato giudiziale.

La nostra impostazione non si presta, invece, alla medesima obiezione. La scissione fra piano procedurale e piano prettamente sostanziale, con l'operatività della regola discrezionale già nel primo, ancorché non lo sia ancora nel secondo, è ciò che consente di superare l'inattualità della regola discrezionale, e della corrispondente pretesa rispetto all'utilità finale. Questa risulta così già effettuale, senza per questo negare l'attribuzione discrezionale in capo all'Amministrazione: la scelta discrezionale rimane, infatti, nella definizione di quest'ultima, mantenendo in tal modo intatto il suo rilievo sostanziale, conseguente alla sua inoperatività sul relativo piano di rilevanza, prettamente sostanziale. Sul punto, cfr. ampiamente *infra*, ai paragrafi successivi.

44 In questo modo, si supera l'obiezione che può invece muoversi alla tesi di A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273 ss. (già peraltro in via generale rappresentata in Id., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, cit., p. 981 ss., ove era presente il riferimento alla funzionalizzazione dell'interesse legittimo all'interesse pubblico, poi non più ripresa), il quale, nell'opporsi alla svalutazione del substrato assiologico riferibile alla situazione giuridica, propria della configurazione dell'interesse legittimo quale pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole – e con essa, in generale, dell'ottica normativista di risoluzione nel riflesso della norma delle situazioni soggettive che ne è alla base – fornisce una ricostruzione dell'interesse legittimo che però, come si spiegherà di seguito, non sembra apparire del tutto soddisfacente in ordine al legame tra dato normativo e dato assiologico; con la conseguenza di non risultare neppure convincente, a nostro avviso, il modo in cui esso possa incidere sulla fisionomia strutturale della situazione giuridica.

In particolare, il compianto Maestro ha ritenuto che diritto soggettivo e interesse legittimo debbano essere considerate come situazioni strutturalmente diverse, rispetto al quale cambierebbe la relativa modalità di protezione. In questo senso, se il diritto soggettivo individua una protezione giuridica dell'interesse stabilita *a priori* e in astratto dalla norma sostanziale, l'interesse legittimo troverebbe riscontro ogniqualvolta l'ordinamento non determina la soluzione sostantiva del conflitto sociale, ma si limita a predisporre i congegni per la sua soluzione; e all'esito dell'esperimento di tali congegni (essenzialmente, quelli attinenti alla struttura

va del risultato favorevole, cioè la c.d. *chance* legale, sussistente se fattualmente esistenti gli elementi vincolati della fattispecie), insieme con la considerazione del potere che essa porta con sé. Questa, infatti, risulterebbe espressione di un confronto con la discrezionalità che si realizzerebbe su un piano normativo unicamente sostanziale, svalutando il rilievo, sul punto, della struttura processuale del modello di produzione[45].

---

procedimentalizzata del potere, idonei ad inserire l'esercizio di quest'ultimo in un percorso di oggettivizzazione e razionalizzazione), l'astratta possibilità di realizzazione può trasformarsi tanto in necessità di realizzazione, quanto in impossibilità realizzativa, nonché, ancora, nel permanere dell'incertezza. In tal modo, la consistenza della situazione giuridica, e, conseguentemente, dell'accertamento giudiziale ad essa riferito, progredisce con l'avanzamento della funzione, e si collega quindi alla funzione intesa sotto il profilo strutturale. In forza di tale ricostruzione, sarebbe possibile dunque evitare che (*Giudice amministrativo*, cit., p. 279) «una qualche – e qualunque – pretesa, non altrimenti rilevante per le proprie caratteristiche intrinseche» possa essere oggetto della situazione giuridica del soggetto, a prescindere, cioè, dell'interesse materiale del soggetto stesso.

Le medesime logiche della ricostruzione di Romano Tassone sono state fatte proprie anche dal Suo allievo, M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, p. 234 ss., spec. p. 241 ss.; Id., *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, in M. Renna, R. Ursi (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, p. 115 ss., spec. p. 130 ss. Secondo tale A., l'interesse legittimo non sarebbe da collocarsi nell'ambito delle situazioni efficaci, ma rappresenterebbe una situazione di rilevanza; più nello specifico, si ritiene che sarebbero configurabili due modelli strutturali, quello del diritto, che corrisponde ad un interesse efficace, e quello dell'interesse legittimo, che corrisponde ad un interesse soltanto rilevante. In questa prospettiva, l'interesse legittimo sarebbe allora una situazione di rilevanza, non efficace, che si rapporta non al potere (inteso, cioè, in senso stretto, quale situazione rivolta alla produzione dell'effetto), ma alla funzione (al farsi della decisione, intesa, da parte dell'A., quale espressione unicamente di un'attività discrezionale, per come volta a formare la regola di preferenza: sul punto, si veda quanto si dirà *infra*, par. 4.2, nt. 82): essa tutelerebbe la possibilità che l'interesse sia realizzato, non la necessità della sua realizzazione; non esprimerebbe quindi una pretesa in senso proprio (nella terminologia dell'Autore, un diritto), salvo il caso in cui la discrezionalità sia esaurita con l'esercizio della funzione.

Ora, secondo quanto si è avuto modo di spiegare in *Potere*, I, cit., 296 ss.; II, cit., p. 506 ss., nt. 6, nonché in *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 268 ss., ove entrambe le tesi sono state compiutamente analizzate, la configurazione, a tale fine, dell'interesse legittimo quale situazione la cui realizzazione non è assicurata in via normativa, ma che acquisisce rilevanza nel corso della funzione, non può reputarsi idonea a sorreggere l'esigenza assiologica pur condivisibilmente rappresentata da tali Aa. La necessità di porre ad oggetto della situazione giuridica l'interesse materiale non è, infatti, di per sé sufficiente a dare fondamento ad una particolare ricostruzione concettuale; quest'ultima deve invece trovare un

3.2 (segue) Il rilievo procedurale della discrezionalità amministrativa. Definizione e conseguenze

La discrezionalità amministrativa, nel senso da noi descritto, *pur mantenendo intatto il suo carattere sostanziale, si declina quindi in chiave procedurale*, e consente di essere vista nella duplicità dimensionale, appunto procedurale e sostanziale, che caratterizza le relazioni che si situano nell'ambito della funzione amministrativa, per come da noi rappresentata. In tal modo, la definizione della regola ad essa afferente partecipa della duplicità dimensionale propria della struttura del modello di produzione in cui trova collocazione, e viene considerata, come si è spiegato, quale già normativamente sussistente sul piano procedurale.

---

compiuto riscontro sul piano strutturale del contesto normativo, non potendo altrimenti ricevere giustificazione. Di fatto, per la via indicata, si finisce allora per pervenire alla considerazione di nient'altro che un'*aspettativa* rispetto ad una situazione non ancora venuta ad esistenza. Rispetto a quest'ultima, però, si può evidenziare come, da un lato, la sua considerazione corrisponde più alla negazione che al positivo riscontro della rilevanza stessa dell'interesse legittimo, quale altro rispetto alla situazione finale incisa dal potere (si veda, in proposito, N. Paolantonio, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 1 ss., spec. p. 42 ss.). Dall'altro, pure va rilevato come la dottrina che si è occupata dell'istituto in questione (cfr. A.C. Pelosi, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 465 ss.; M. Astone, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006, p. 151 ss.) ha riportato la possibilità di realizzazione dell'interesse rispetto all'aspettativa ad espressione del canone generale del rispetto della buona fede: se si tiene presente, allora, che l'evoluzione dottrinale sugli obblighi di protezione ha portato a configurare, anche in caso di mancanza di una prestazione, una pretesa rivolta al corretto esercizio del potere, che può esprimersi nella conservazione e nel ripristino della sequenza procedimentale (cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 226-227, ed ivi in particolare il riferimento ad A. Iuliani, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, 2018, 284 ss.), si comprende come, per tale via, si finisca per configurare una situazione già effettuale, che a nient'altro corrisponde se non alla pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole, di cui invece si sarebbe voluto, tutt'al contrario, negare cittadinanza.

Non ci pare, quindi, che il percorso ricostruttivo seguito risulti idoneo a dare seguito al dato assiologico invocato, in quanto debole sembra il dato normativo al quale, quantomeno nella nostra concezione dell'ordinamento giuridico, esso dovrebbe ancorarsi. L'unico modo di perseguire il fine indicato sarebbe, dunque, nei termini che si è tentato di dimostrare, quello di ancorare compiutamente il profilo assiologico a quello normativo, e per tale via incidere sulla fisionomia strutturale della situazione giuridica, tale da modificarne il profilo attinente all'inattualità della pretesa.

45 Si veda, oltre a quanto in questa sede rappresentato, *Potere*, I, cit., p. 238 ss.

Nel momento in cui, in altri termini, il modello procedurale amministrativo si esprime nel senso di una considerazione normativa della relativa attività, complessivamente intesa, quale improntata sull'accertamento, si viene a ritenere sussistente un'equiparazione normativa – *rivolta, si badi bene, unicamente al piano procedurale* – tale per cui l'attività di definizione del valore da attuare, relativa all'elaborazione del criterio di preferenza discrezionale di ordine teleologico, verrebbe normativamente ascritta, appunto sotto il profilo procedurale, a quella di verificazione dei fatti in ordine all'integrazione della fattispecie. Tale equiparazione procedurale si verificherebbe, come detto, in quanto l'ordinamento, nel porre il modello strutturale di accertamento quale modalità di esercizio del potere, ha effettuato una precisa scelta di valore in ordine alle modalità di esplicazione del potere stesso, fondando su di esse il profilo dinamico a quest'ultimo afferente[46].

Il meccanismo *tecnico*, attraverso il quale è possibile avere tale risultato, è quello per cui la regola di preferenza discrezionale si considera, come spiegato, *già operativa sul piano procedurale, ancorché non lo sia su quello della dimensione prettamente sostanziale*. La circostanza per cui la regola di preferenza, afferente al profilo teleologico del potere, non risulti normativamente definita sul piano sostanziale, non preclude, infatti, ad una sua considerazione già effettuale, per come operativa sul piano procedurale, in ragione della componente normativa riferibile al piano procedurale stesso. L'indefinizione contenutistica, relativa al contenuto della regola, passa così, *sul solo piano della rilevanza procedurale*, dal profilo di definizione della regola stessa a quello di verificazione rispetto ad una regola assunta come già definita.

Tale fenomeno di operatività della situazione effettuale è del tutto conosciuto nel nostro ordinamento, ed è proprio dell'ottica processuale generale, ove l'operatività di un fatto, pur già effettuale su un piano sostanziale, potrebbe non occorrere su quello procedurale se non a seguito dell'esercizio di un particolare potere processuale. È questo, nello specifico, il fenomeno riconducibile all'eccezione in senso stretto (cioè non rilevabile d'ufficio dal giudice): l'eccezione in senso stretto è, infatti, un potere processuale volto, attraverso la richiesta di applicazione dell'effetto giuridico corrispondente a determinati fatti allegati, ad attribuire rilevanza a detti fatti, già produttivi di effetti giuridici nella realtà sostanziale,

46 Cfr. ancora *Potere*, I, cit., p. 450 ss.

anche sul piano processuale, ai fini dell'operatività del relativo effetto[47]. Rispetto a tale evenienza, cambia il contenuto dell'effetto, e risulta invertito il rapporto di operatività tra i due piani, ma il presupposto logico è il medesimo: si considera, in altri termini, che il piano di rilevanza processuale è scisso da quello sostanziale, e da ciò si fanno derivare le relative conseguenze[48].

Nella maniera rappresentata, si può dunque concludere nel senso che la *distinta operatività* di una situazione effettuale (quella afferente alla *regola di preferenza discrezionale*, propria della fattispecie del potere), *sul piano procedurale e su quello (prettamente) sostanziale*, *è il carattere ricostruttivo su cui si fonda la nostra impostazione*, possibile in ragione del riconoscimento della duplicità dimensionale che, sul piano normativo, viene conferita, sotto tale profilo, al modello di produzione proprio della funzione amministrativa.

---

47 Come tale (per una compiuta ricostruzione sia consentito rinviare a *Potere*, I, cit., p. 166 ss., nt. 310; II-1, cit., p. 186 ss., nt. 286; ivi i relativi riferimenti), essa si distingue sia dall'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio (rispetto alla quale si ricadrebbe nella più generale problematica dell'allegazione dei fatti e del relativo onere di provarli), sia dall'eccezione costitutiva (la quale individua, nell'ambito delle eccezioni in senso stretto, l'eccezione diretta ad attribuire rilevanza a fatti che non sono autonomamente produttivi di effetti giuridici; e rappresenta, come tale, un potere processuale dal cui esercizio scaturisce la costituzione del dovere del giudice di attuare la modificazione giuridica richiesta, per come limitata al suo rilievo sulla situazione giuridica dedotta in giudizio). L'eccezione in senso stretto (non costitutiva) è dunque il corrispettivo, a piano processuale e piano sostanziale invertiti, di quanto si viene a verificare, nella nostra ricostruzione, in ordine alla regola di preferenza discrezionale nella fattispecie della situazione giuridica di potere.

48 La nostra tesi rappresenta, cioè, una diretta conseguenza della scissione tra piano di rilevanza sostanziale e piano di rilevanza processuale delle situazioni giuridiche, presente nella generale considerazione del diritto a partire dall'elaborazione della concezione dell'azione quale situazione autonoma rispetto al diritto sostanziale ad essa collegata (sul punto, sia consentito rimandare a *Potere*, I, cit., p. 91 ss., nel testo e in nota). Una volta, dunque, accettate le premesse da cui la tesi muove, della consistenza procedurale della funzione amministrativa, e del rilievo normativo che si collega alla corrispondente scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, risulta del tutto consequenziale accedere alla nostra considerazione della discrezionalità, e scindere l'operatività della regola di preferenza discrezionale tra piano sostanziale e piano processuale. In tale prospettiva, in effetti, negare cittadinanza alle premesse concettuali della nostra tesi, e così alle sue conseguenze, sarebbe possibile, ma solo negando lo stesso dualismo tra diritto sostanziale e diritto processuale; seguendosi un'impostazione che, seppur in passato autorevolmente avanzata (è questa la ricostruzione, non serve ricordarlo, di S. Satta: cfr. *Potere*, I, cit., *ivi*, nt. 126), non ha mai ricevuto positivo riscontro.

La scelta di valore effettuata dall'ordinamento risulta così, in definitiva, idonea a tenere distinti, sotto il profilo che viene in rilievo, il piano di rilevanza giuridica sostanziale da quello procedurale con riferimento all'ambito dell'attività amministrativa. La struttura normativa della funzione si determina, cioè, nel fornire una distinta rilevanza al piano procedurale rispetto a quello sostanziale, la quale, in questi termini, si pone all'interno di una specifica e corrispondente visione della dinamica giuridica[49].

Nella prospettiva indicata, infatti, una volta riconosciuto il rilievo autonomo della situazione di potere, e quindi incentrato l'ordinamento nella chiave dinamica costituita dalla rilevanza di una situazione giuridica corrispondente alla modalità deontica (obbligo/facoltà) di un atto precettivo, ne scaturisce che il medesimo piano dinamico acquisisce rilevanza in sé considerato, venendo a ricevere attribuzione il particolare valore sotteso alla struttura normativa della funzione, e il profilo procedurale che ad esso si collega. La scissione dei piani di rilevanza, che di tale considerazione della realtà giuridica è conseguenza, fa sì, a sua volta, che la regola di preferenza, pur non sussistendo ancora nella realtà sostanziale, possa essere normativamente considerata come già operativa sul piano procedurale[50].

---

49 La visione indicata muove direttamente dalla considerazione del rapporto tra diritto e potere, per come idoneo a rappresentare, nella sua evoluzione, il rapporto tra statica e dinamica giuridica, di cui si è ampiamente detto. Rispetto a quanto considerato nel corso della trattazione, può rilevarsi, infatti, che la chiave di rilevanza dinamica dell'ordinamento, intesa nel senso che si è avuto modo di descrivere, è, come spiegato di seguito nel testo, ciò che porta ad attribuire un particolare valore alla struttura normativa della funzione, e al profilo procedurale che ad esso si collega. In una considerazione, infatti, del modello di rilevanza dell'ordinamento in chiave dinamica, non può non ammettersi che la struttura della funzione rivesta centrale rilevanza per l'attribuzione di particolari conseguenze, sul piano normativo, alle posizioni rispetto ad essa coinvolte; da ciò, è possibile quindi muovere in ordine al suo rilievo al fine di incidere sulla struttura stessa della situazione di potere, nei termini da noi rappresentati.

50 Si comprende, in questi termini, come solo in tal modo, solo, cioè, scomponendo i due piani di rilevanza, sostanziale e processuale, sia possibile concepire una situazione già effettuale ma non operativa, così come proposta nella tesi di Piras (su cui cfr. *supra*, nt. 12), senza per questo incorrere nelle obiezioni che alla tesi stessa sono state mosse, relative all'impossibilità di considerare, rispetto al potere, un effetto già prodotto ma non operativo (si veda ancora *supra*, ivi; nonché *Potere*, I, cit., p. 143 ss.), in un modello del giuridico a rilevanza dinamica. In quest'ultimo, infatti, l'unico modo di accedere a tale ricostruzione è risolvere la duplicità in questione nella distinzione dei due piani di rilevanza giuridica (solo per inciso, si noti che, nella tesi di Piras, l'effetto a cui si fa riferimento è quello riconducibile al potere, come creazione/incisione di una situazione finale; mentre, nella nostra ricostruzione, a venire in rilievo

Nella maniera descritta, *il modello procedurale, e la relativa attività, non si pongono dunque in chiave determinativa* rispetto alla definizione della scelta sulla produzione o meno dell'effetto precettivo, ma vengono ad essere *unitariamente considerati quale espressione di un modulo processuale di accertamento*[51]. L'attività di definizione della regola, sul medesimo piano procedurale, corrisponde, in questo senso, ad un accertamento, sia pure, per così dire, discrezionalmente complesso, da parte dell'organo procedente a ciò deputato.

è la regola di preferenza discrezionale, quale norma che definisce la fattispecie dell'effetto creativo/incisivo di una situazione finale; ma, ad ogni modo, la tipologia di correlazione è quella indicata).

51 La considerazione da noi assunta di un modello procedurale di accertamento può, infatti, essere meglio compresa, sotto il suo profilo oggettivo, attraverso un suo confronto con il diverso modello procedurale di tipo *determinativo*. In quest'ultimo modello, si assume che la necessità di produzione o meno dell'effetto precettivo, oggetto della procedura, si venga a determinare (e non semplicemente ad accertare) a seguito dei singoli passaggi procedurali, che dunque vengono ad essere costitutivi non unicamente della fattispecie dell'effetto, ma della fattispecie dell'obbligo di produrre l'effetto stesso. Nel modello di accertamento, invece, vi è una situazione giuridica assunta come già esistente all'apertura della procedura, la quale deve essere soltanto oggetto di verificazione da parte dell'organo procedente, attraverso adempimenti che concernono le modalità procedurali di esercizio della situazione stessa. Il modello determinativo è quello che viene comunemente collegato ad un'attività di carattere discrezionale (cfr. i riferimenti di cui a *Potere*, I, cit., p. 410 ss.; tale modello si ritrova, inoltre, delineato in M. Trimarchi, *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 115 ss., spec. p. 127 ss., ove la decisione viene considerata espressione unicamente di un'attività discrezionale che forma la regola di preferenza: cfr., in proposito, *infra*, par. 4.2, nt. 82). Il modello di accertamento, invece, viene accostato ad un'attività di tipo vincolato, soggetta a verificazione. Non mancano, ovviamente, ricostruzioni volte a presentare una commistione dei due modelli, in ragione della considerazione di entrambe le attività.

Rispetto a tale rappresentazione, deve tuttavia evidenziarsi che la correlazione descritta, e con sé l'eventuale commistione di modelli, ha carattere unicamente funzionale, non logico. Non è infatti logicamente in sé contraddittorio considerare, a fronte di un'attività vincolata, un modello procedurale determinativo, tale per cui l'obbligo di produrre l'effetto precettivo si viene a determinare con la decisione (è, questa, una particolare considerazione, prettamente procedurale, dell'azione concreta, come tale non idonea ad essere considerata quale situazione a rilievo sostanziale da porre ad oggetto del processo giurisdizionale, di accertamento). Del pari, è possibile logicamente considerare un modello di accertamento a fronte di un'attività discrezionale, attraverso il meccanismo da noi proposto nel corso della trattazione; e può così conseguentemente ritenersi che, ogniqualvolta l'ordinamento predisponga un modello di produzione fondato sull'accertamento, tutte le attività vengano ad esso ricondotte, in ragione della scelta di valore che, per tale via, viene effettuata dall'ordinamento stesso.

Del pari, di fronte ad un organo di revisione della decisione, che appartiene ad un ordine procedurale differente da quello che la decisione ha adottato, o a cui comunque non è attribuita la definizione della regola, il carattere sostanziale della discrezionalità viene a declinarsi, sempre sul piano procedurale che caratterizza l'azione dei differenti organi in questione, *quale limite procedurale all'accertamento*, che può essere superato nei termini in cui la regola venga definita nel corrispondente piano procedurale, ammissibile proprio in ragione della consistenza della situazione giuridica, nella duplicità dimensionale che la caratterizza[52]. È su tale fondamento, dunque, che il giudice amministrativo non può sostituirsi ad una scelta discrezionale non esaurita (piano di rilevanza sostanziale della discrezionalità), ma questa può essere svolta nel processo giurisdizionale, con mezzi processuali, da parte della P.A. parte del giudizio (piano di rilevanza procedurale della discrezionalità)[53].

Nel senso descritto, può così parlarsi di '*staticizzazione*' della regola di preferenza discrezionale[54]. Tale concetto si risolve in un accertamento rispetto ad una

---

52 Si veda *Potere*, I, cit., p. 450 ss.; II-1, p. 185 ss.

53 Più nello specifico, può dirsi che, in una differente realtà procedurale rispetto a quella di appartenenza, quale quella del processo giurisdizionale, la situazione oggetto dell'accertamento, la quale viene in rilievo (non può che venire in rilievo) mantenendo intatte entrambe le dimensioni di rilevanza giuridica, è conosciuta dall'organo decidente corrispondente (il giudice) quale effettuale nella realtà procedurale di appartenenza, ma la cui cognizione non è consentita rispetto alla parte di fattispecie non staticizzata. La limitazione è riferita quindi solo alla cognizione del giudice, ma non concerne l'operatività della regola (sul piano procedurale); ne consegue che la limitazione stessa viene corrispondentemente intesa come processuale (e come tale superabile nei modi corrispondenti). Cfr. subito *infra*, par. 4.1.

54 In maniera essenzialmente descrittiva, al fine di rappresentare il rapporto tra discrezionalità ed accertamento processuale del giudizio amministrativo, è infatti possibile distinguere (si riprende qui quanto rappresentato in *Potere*, I, cit., pp. 279 ss., 291 ss. e 296 ss.) tra rapporto pretesa-potere di tipo '*statico*', di tipo '*staticizzato*' e di tipo '*dinamico*': nel primo la discrezionalità è estranea all'accertamento, e la pretesa ha ad oggetto, conseguentemente, la possibilità normativa del risultato favorevole (l'impostazione della Scuola fiorentina: si veda *supra*, par. 2.1); nel secondo la discrezionalità è oggetto di accertamento, una volta 'spesa', e quindi 'staticizzato' il corrispondente elemento nella fattispecie della situazione giuridica di potere, e corrispondentemente in quella della relativa pretesa; nel terzo si ha la medesima ricostruzione che si riscontra nel secondo, con la differenza che la discrezionalità deve necessariamente esaurirsi in giudizio (la tesi, in particolare, di G. Greco: cfr. *supra*, par. 3.1, nt. 43). Ora, va rilevato come l'elaborazione dottrinale prevalente nell'arco di tali alternative – ed essenzialmente anche il dato normativo, con il riferimento, da parte dell'art. 31, co. 3, c.p.a., all'esaurimento della discrezionalità – propenda o presupponga la seconda rappresentazione, senza tuttavia riuscire a

realtà normativa già effettuale in ragione della sua rilevanza sul piano procedurale, che ha quale conseguenza quella di rendere operativa la norma stessa (e quindi il fatto rispetto alla norma) anche sul piano di rilevanza giuridica della dimensione prettamente sostanziale proprio della situazione giuridica di potere[55].

4. Il rapporto tra potere amministrativo e processo giurisdizionale (tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale)

La caratterizzazione della funzione, e dei rapporti ad essa afferenti, nel senso rappresentato, comporta che realtà amministrativa e realtà giurisdizionale costituiscano due ordini di funzioni normativamente caratterizzate, entrambe, da una struttura di accertamento, nelle relative declinazioni rappresentate.

In tale prospettiva, vi è quindi un rapporto tra due ordini strutturalmente procedurali; vi sarebbero, cioè, due ordini procedurali differenti, tra loro altrettanto proceduralmente collegati[56]. In questo senso, sul versante procedurale, il

---

fornirle un fondamento giustificativo convincente. Proprio tale profilo è ciò che può trovare riscontro nella nostra ricostruzione, la quale, per tale via, è idonea a conferire valore concettuale ai termini, altrimenti come detto soltanto descrittivi, di rapporto '*staticizzato*' e di '*staticizzazione*', quali rappresentativi di un rapporto pretesa-obbligo rispetto ad un potere e ad un modello di produzione che si caratterizzano in chiave processuale di accertamento: in particolare, la loro declinazione tecnica è quella che riceve espressione nel senso descritto subito di seguito, nel testo e in nota.

55 La staticizzazione rappresenta, cioè, l'esito dell'attività, compiuta dall'Amministrazione nel procedimento, attraverso la concreta definizione della regola di preferenza, ovvero dal giudice nel processo giurisdizionale, in ragione dell'attività processuale dell'Amministrazione corrispondente alla concreta definizione della regola di preferenza (su quest'ultimo punto, cfr. *infra*, par. 4.1, nel testo e in nt. 70; ivi anche i relativi riferimenti), che si sostanzia nel contenuto della relativa decisione. Detta attività, in ragione della considerazione normativa già effettuale della regola di preferenza, per come operativa sul piano procedurale, si qualifica come attività di accertamento, e corrispondentemente dichiarativo risulta il contenuto della decisione; la quale, a sua volta, ha la conseguenza di rendere operativa sul piano di rilevanza giuridica della dimensione prettamente sostanziale della situazione giuridica di potere la regola di preferenza la cui rilevanza viene considerata normativamente già effettuale sul piano della dimensione procedurale della situazione stessa.

56 In generale, va evidenziato come il rapporto tra ordini procedurali non sia un fenomeno sconosciuto nel nostro ordinamento. È possibile, infatti, che vi siano ordini processuali differenti che presentino tra loro un collegamento, più o meno compiuto, l'uno con l'altro. In proposito, si può pensare, ad es., al rapporto tra ordine giurisdizionale nazionale e ordini giurisdizionali europei, rispetto al quale in *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*,

rapporto tra ordini presenta una caratterizzazione analoga a quella che, all'interno di uno specifico ordine procedurale, si verifica tra i vari gradi del medesimo ordine: la differenza è che in merito a quest'ultimo, il raccordo si esprime necessariamente in maniera interna e diretta, tale per cui esso è risolto, non potrebbe che essere risolto, in seno all'ordine stesso, che correlativamente si presenta in maniera unitaria; in relazione, invece, al rapporto tra ordini differenti, il raccordo si esprime in diversa maniera, e può esplicarsi in vario modo e secondo varie possibilità (oltreché non presentarsi sempre in maniera compiuta).

Nello specifico, il rapporto tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale assume una generale considerazione procedurale nel senso descritto, la quale si pone però, a sua volta, nei termini del rilievo sostanziale dei rapporti che vengono in questione, idoneo, in quanto tale, a porre in maniera specifica la relazione fra le due funzioni. La funzione giurisdizionale interviene infatti, su ricorso del soggetto interessato, quando la funzione amministrativa è stata esercitata, o è scaduto il termine per la conclusione del relativo procedimento – secondo quanto si deve ritenere esprima l'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a. sul divieto del giudice di pronunciarsi su poteri non esercitati[57] – a fronte dell'asserita inadempienza, da parte della P.A., della situazione giuridica del privato che si rapporta con la situazione di potere oggetto dell'esercizio dell'azione amministrativa. In questo senso, la situazione giuridica del privato, configurata nel senso di una pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, viene ad essere posta ad oggetto del giudizio *nel suo rilievo sostanziale*, ma *mantenendo intatto il suo carattere procedurale*, nel rilievo appunto procedurale del collegamento tra i due ordini.

La caratterizzazione appena ricordata comporta che la declinazione del processo amministrativo, nell'attuazione dei differenti istituti processuali, venga a configurarsi di conseguenza, mantenendo la rilevanza di entrambe le dimensioni, ognuna nei termini che le sono propri.

2016, p. 456 ss., si è da noi posto in correlazione il sistema di ordini sovrannazionali con quello dei rispettivi ordini giudiziari, e si è sottolineato come le modalità attraverso le quali i differenti ordini giudiziari trovano collegamento possano essere diverse, rappresentando diversi gradi di integrazione tra gli ordini giudiziari stessi (e, conseguentemente, tra i vari ordini sovrannazionali).

57 Sul punto, si veda più nello specifico *infra*, par. 4.2.

In particolare, in senso corrispondente va letta la proposizione della domanda, e il conseguente rapporto, per l'ipotesi in cui sia stato adottato un atto, tra azione di annullamento e azione di condanna ad un *facere*, che gli artt. 30, co. 1, e 34, lett. c), seconda parte, c.p.a. pongono nei termini di necessaria contestualità nel caso di esperimento (anche) della seconda delle due azioni. Esse devono essere considerate in maniera unitaria, e con la prima *strumentale* alla seconda, appunto nel raccordo del piano procedurale a quello sostanziale, per come fondato sulla doverosa attuazione di un comportamento, procedurale anch'esso.

L'azione di annullamento rappresenta infatti, essenzialmente, il mezzo che pone in comunicazione P.A. e giudice amministrativo con riferimento ai rispettivi ordini procedurali, quale idonea a mettere in discussione la realtà fatta propria dall'atto impugnato, e a farne venir meno i relativi effetti[58]. Per tale via, essa si presenta in maniera del tutto strumentale alla condanna; rispetto alla quale, e all'esigenza di tutela di cui si fa nel caso concreto portatrice, gli effetti dell'annullamento devono poter anche essere, se del caso, modulati[59].

---

58 Più nello specifico, si può evidenziare come l'impianto strutturale codicistico presenti l'azione di annullamento quale mezzo processuale attraverso cui l'atto può essere messo in discussione davanti al giudice amministrativo, al fine di far venir meno gli effetti da esso prodotti (effetti che, si deve ritenere, secondo quanto spiegato in *Potere*, I, cit., p. 496 ss., su cui cfr. anche *infra*, nt. 102, sono sia di carattere *dichiarativo*, rispetto all'accertamento compiuto sull'obbligo di produrre/non produrre l'effetto corrispondente al potere oggetto della decisione – la decisione, ad es., di autorizzare/non autorizzare o di espropriare/non espropriare – sia di carattere *costitutivo* in senso stretto, rispetto alla eventuale produzione dell'effetto stesso – rimanendo all'es., l'effetto di autorizzazione o esproprio). In proposito, il Codice stabilisce infatti che, salvo i casi attinenti al risarcimento del danno, il giudice non possa conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento (art. 34, co. 2, seconda parte); precisando, a tal fine, come detto nel testo, che l'azione di annullamento debba essere esperita contestualmente a quella di condanna ad un *facere* (art. 30, co. 1, e art. 34, lett. c), ult. parte). In questi termini, senza l'esperimento dell'azione di annullamento non può esservi allora contestazione della decisione e della realtà da essa rappresentata: detta azione svolge così il ruolo di strumento che consente di mettere in discussione la realtà fatta propria dall'atto, e di farne venir meno gli effetti prodotti; come tale, può porsi in senso strumentale alla condanna, nel senso subito di seguito, nel testo e in nota. Sul punto, si veda ampiamente *Potere*, II-1, cit., p. 78 ss.

59 In proposito, va infatti evidenziato come la struttura complessa della domanda di condanna ad un *facere*, con il necessario contestuale esperimento dell'azione di annullamento per il caso in cui un provvedimento sia stato adottato, sia evidentemente mutuata dall'ipotesi, tipizzata dall'art. 34, lett. c), seconda parte, c.p.a., del diniego di provvedimento da emanarsi su istanza di parte. In questa prospettiva, l'articolazione della domanda nello schema annullamento del diniego-

L'azione di condanna ad un *facere* è ciò che, invece, pone i rapporti tra P.A. e giudice amministrativo nel rilievo sostanziale della relativa situazione giuridica, strutturando corrispondentemente l'oggetto del giudizio e i relativi istituti. La situazione di interesse legittimo si è detto essere, infatti, una *pretesa rispetto ad un comportamento doveroso* (*di carattere precettivo*, per come rivolto al potere amministrativo, di produzione o non produzione del relativo effetto), la cui lesione è rappresentata, tipicamente, dall'inadempimento rispetto al comportamento stesso. Secondo il generale insegnamento processualistico, in tale ipotesi la tutela è al-

condanna-adozione del provvedimento richiesto risponde alle logiche proprie di tale tipologia di fattispecie, ove l'annullamento dell'atto ha lo scopo di eliminare l'accertamento prodotto dal provvedimento (nella nostra impostazione, un effetto dichiarativo, corrispondente ad un vero e proprio effetto di accertamento, come detto alla nota precedente), non essendovi, a fronte di un atto di diniego, alcun effetto costitutivo in senso stretto da far venir meno. Nel momento in cui, però, ci si pone al di fuori dell'ipotesi tipizzata dal legislatore, ben potrebbe aversi una situazione giuridica di pretesa alla produzione di un determinato effetto rimasta insoddisfatta non semplicemente per la mancata produzione dell'effetto auspicato (si badi, non necessariamente anche richiesto, potendo essersi al cospetto di un provvedimento da emanarsi d'ufficio), ma per la produzione, al suo posto, di un effetto differente. L'annullamento dell'atto, in questo caso, non avrebbe unicamente la conseguenza di far venir meno la realtà accertata dal provvedimento (l'obbligo di non produrre l'effetto auspicato e di produrre altro effetto), ma eliminerebbe anche l'effetto costitutivo in senso proprio che dall'atto stesso è scaturito. Nell'ipotesi descritta, però, non può escludersi che il privato non riceva alcun vantaggio dalla rimozione dell'effetto costitutivo prima dell'emanazione del provvedimento voluto, e che, anzi, il suo interesse materiale si ponga in contrasto con tale evenienza: il venir meno dell'effetto rispetto al quale si lamenta la lesione, in altri termini, potrebbe non risultare satisfattivo se non quando sia stato in concreto prodotto l'effetto auspicato al suo posto.

La giurisprudenza, intuendo il problema, ha elaborato, a partire da Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, il principio della *modulazione degli effetti caducatori dell'annullamento*. Tuttavia, se, in quella sentenza, la modulazione rispondeva allo schema da noi appena descritto (sia pure nella strumentalità all'effetto conformativo della sentenza, e non ad un'azione di condanna, con evidenti criticità rispetto al principio della domanda), la giurisprudenza successiva si è invece caratterizzata per l'utilizzo del medesimo principio non in maniera strumentale alla pretesa sostanziale posta ad oggetto del giudizio del ricorrente (o, comunque, considerato che l'oggetto del processo rimangono, nella realtà giurisprudenziale, ancora i motivi di ricorsi, all'interesse sostanziale del ricorrente sotteso all'annullamento), quanto piuttosto alla tutela di altri interessi, quali quelli generali dell'Amministrazione o di mitigazione delle conseguenze pregiudizievoli per i controinteressati (cfr. ad es. Cons. St., sez. III, 16 febbraio 2021, n. 1409; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 3 aprile 2019, n. 963; nonché, in un'ottica nomopoietica di carattere generale, declinando in tal senso i poteri di cui all'art. 99 c.p.a. sul deferimento all'Adunanza plenaria, Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17-18; 22 dicembre 2017, n. 13).

Ora, a nostro avviso, in assenza di un'espressa disciplina legislativa che, nell'ipotesi di adozione di un provvedimento amministrativo, ponga l'azione di condanna ad un *facere* al di fuori delle

lora quella di condanna (ad un *facere* o ad un *non facere*, a seconda che l'interesse sia pretensivo o oppositivo), quale rivolta ad accertare la situazione soggettiva in base al quale è dovuto il comportamento in questione, e ad ordinare alla parte inadempiente di tenerlo[60].

Non è quindi la condanna ad un *facere* a costituire un mero accessorio, per le ipotesi residuali di attività completamente vincolata, rispetto all'azione di annullamento, con quest'ultima che verrebbe ancora ad esprimere, nei termini precedentemente ricordati, dei singoli motivi di ricorso, l'oggetto del processo ammi-

---

logiche istanza-mero diniego dell'effetto richiesto-annullamento del diniego-condanna all'adozione dell'atto, consentendo di modulare sull'interesse del ricorrente il venir meno dell'effetto costitutivo dell'atto (cfr. subito *infra*, nt. 62), l'utilizzo in via pretoria di un principio di modulazione degli effetti caducatori dell'annullamento può reputarsi condivisibile. Tuttavia, va anche aggiunto, la sua applicazione deve rimanere effettivamente all'interno dell'esigenza che si è appena rappresentata; detto principio deve, cioè, risultare in ogni caso funzionale ad una statuizione di condanna dedotta in giudizio, tramite proposizione della relativa domanda, a tutela della pretesa sostanziale che si assume lesa. In questo senso, la modulazione degli effetti caducatori andrebbe dunque considerata espressione di un principio generale, volto, appunto, a rapportare la caducazione dell'atto alla situazione giuridica oggetto del giudizio, di cui si chiede tutela.

Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, II-1, cit., p. 92 ss.

60 La dottrina processualistica più recente individua infatti la forma di tutela di condanna nella circostanza che il fatto antigiuridico sia costituito da un comportamento difforme da quello prescritto come doveroso da una norma di condotta: il comportamento lesivo si collega, quindi, ad una prestazione che si afferma essere dovuta, e che invece è rimasta inadempiuta. In questo senso, l'oggetto del giudizio di condanna è rappresentato dalla situazione giuridica soggettiva in base alla quale è doverosa l'assunzione di un comportamento: si veda, in particolare, A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 412 ss. In proposito, per approfondimenti, *Potere*, I, cit., p. 117 ss.; *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, 2018, p. 79 ss. (anche in *Dir. proc. amm.*, 2018).

Ora, la situazione giuridica del soggetto che si confronta con il potere amministrativo è stata descritta, con riferimento al suo interesse a rilievo sostanziale, nel senso di una pretesa in senso tecnico alla produzione o alla non produzione della situazione effettuale di cui il potere è espressione; l'interesse materiale, sotteso alla situazione giuridica, si pone quindi in relazione con il comportamento procedurale corrispondente all'esercizio del potere (con la produzione della situazione effettuale), in senso positivo o negativo rispetto al suo compimento. In questo quadro, l'azione di condanna ad un *facere* risulta dunque idonea ad improntare, in via generale, l'oggetto del processo amministrativo sulla situazione giuridica del soggetto che si confronta con l'esercizio del potere, rispetto alla quale si lamenti un comportamento contrario a quello normativamente doveroso. Si tratterà, nello specifico, di una condanna ad un *facere* in positivo, in caso di interesse legittimo pretensivo; e di una condanna ad un *non facere*, in caso di interesse legittimo oppositivo.

nistrativo[61]. Al contrario, l'oggetto del giudizio è espresso dall'azione di condanna, che riveste dunque rilievo centrale; mentre l'azione di annullamento ricopre, rispetto ad essa, un ruolo strumentale, determinato dalla necessità di porre in discussione l'atto (e così mettere in comunicazione i due ordini procedurali corrispondenti): in questo senso, le due azioni vanno considerate quali esprimenti una domanda unitaria, che ha il suo fulcro nella condanna[62].

La situazione giuridica a rilievo sostanziale, in ragione del suo carattere procedurale, viene così, nei termini riportati, e in ragione di quanto si è spiegato, ad

---

Si veda *Potere*, II-1, cit., pp. 83 ss.

Poiché, peraltro, la tutela è collegata al fatto antigiuridico tipicamente espresso, e non alla conformazione della situazione giuridica in sé considerata, quanto detto non esclude che, in taluni casi, la tutela debba avvenire attraverso un'azione di mero accertamento (ammissibile in ragione del principio di atipicità dell'azione, che, seppur in chiave residuale nell'ambito di una disciplina codicistica fondata su una pluralità di azioni normativamente regolamentate, deve trovare applicazione anche nel processo amministrativo: cfr. Cons. St., ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15). In disparte l'accertamento a fini risarcitori, di cui all'art. 34, co. 3, c.p.a., che deve considerarsi meramente strumentale ad una successiva azione di condanna (l'accertamento ha rilievo solo ai fini del successivo accertamento della pretesa risarcitoria), ciò si verifica, essenzialmente, in tutti quei casi in cui viene a mancare l'interesse/vengono meno i presupposti a che il comportamento doveroso sia tenuto dall'Amministrazione, e sia presente un interesse, quale ad es. quello morale, idoneo a (continuare a) sorreggere l'accertamento della situazione giuridica a rilievo sostanziale del privato: in tali ipotesi, essendosi al cospetto di un bisogno di tutela del soggetto consistente nella (sola) risoluzione di uno stato pregiudizievole di contrasto circa l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica, la tutela sarà di mero accertamento. Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, II-1, cit., p. 114 ss.

61 Secondo quanto riferito *supra*, par. 1.1, nel testo e in nota, questa è ancora la considerazione che si dà dell'oggetto del processo amministrativo, per come incentrato sull'azione di annullamento. In questa prospettiva, l'azione di condanna ad un *facere* viene dunque a svolgere un ruolo del tutto marginale, nel senso che il giudice intanto potrebbe pronunciarsi sulla condanna in quanto all'esito del procedimento, e quale conseguenza della relativa contestazione attraverso l'impugnazione dell'atto (se un atto è stato adottato), tutti gli elementi siano già stati accertati e la decisione sia già interamente definita, mancando unicamente il provvedimento formale: la condanna ad un *facere* finisce per rappresentare così, è evidente, una mera conseguenza dell'accoglimento dell'azione di annullamento. Per i relativi riferimenti si rimanda a *Potere*, I, cit., p. 332 ss.; *L'azione di condanna ad un facere*, cit., p. 133 ss.

62 Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, II-1, cit., pp. 78 ss., 83 ss. e 86 ss. Peraltro, si è avuto modo in proposito di rilevare (ivi, p. 97, nt. 117) come nulla vieterebbe di strutturare, direttamente in via normativa da parte del legislatore, le corrispondenti azioni in maniera integrata e unitaria, così riconducendo l'impugnazione dell'atto, e le sue conseguenze, alla disciplina di un'unica azione. Si vuol dire, cioè, che *de iure condendo* si potrebbero prevedere espressamente, all'interno della complessiva considerazione dell'azione quale strutturalmente rivolta alla tutela della situazione giuridica posta ad oggetto del giudizio, le conseguenze

essere posta ad oggetto del giudizio, nella sua consistenza di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto[63].

4.1 Specificazioni in ordine al rapporto tra potere amministrativo discrezionale e processo giurisdizionale

La presenza di discrezionalità amministrativa (più precisamente, di discrezionalità *non esaurita*) non si pone in contrasto con tale rappresentazione.

La discrezionalità, che può caratterizzare la situazione di potere sotto il profilo teleologico della sua definizione, si inserisce infatti, come già spiegato, in una corrispondente caratterizzazione procedurale. Essa, pur mantenendo intatta la sua dimensione sostanziale, viene quindi a porsi, nel rapporto con il processo giurisdizionale, quale *limite processuale all'accertamento giudiziale* di una situazione in sé già effettuale. Più precisamente, essa viene ad essere considerata, appunto sotto il profilo procedurale, un limite alla cognizione del giudice su quegli

---

dell'impugnazione del provvedimento eventualmente adottato, in ordine al superamento del vincolo sulla realtà da esso accertata (l'obbligo di produrre/non produrre l'effetto precettivo) e del venir meno del suo (eventuale) effetto costitutivo, in maniera funzionale alla condanna ad un *facere*. In questo modo, si supererebbero le relative questioni sul punto, in quanto: a) verrebbe espressamente disciplinato il ruolo dell'impugnazione nella sua effettiva funzione all'interno della tutela di condanna, capovolgendosi così un approccio (affermatosi come maggioritario proprio grazie alle discrasie dell'attuale declinazione strutturale codicistica) che vede le logiche della seconda subordinate ed accessorie rispetto a quelle della prima; b) l'azione di condanna continuerebbe comunque, alla stessa maniera di come avviene attualmente, a seguire il termine decadenziale proprio dell'azione di annullamento, qualora venga in questione l'impugnazione di un provvedimento, evitandosi così possibili elusioni; c) verrebbero ad essere specificati in via normativa gli effetti che la sentenza sarebbe idonea a produrre sul provvedimento già adottato dalla P.A. in relazione alla domanda della parte, a cui la valutazione del giudice deve fare riferimento (il venir meno della realtà accertata dall'atto e, se necessaria, la modulazione dell'eliminazione di quello costitutivo a quest'ultimo riferibile).

63 Allo stesso modo, conformemente, cioè, alla configurazione della situazione giuridica posta ad oggetto del giudizio, deve essere anche rappresentata la declinazione dei vari istituti processuali, con riferimento ai presupposti processuali (legittimazione, interesse a ricorre), ai profili oggettivi (situazioni ricomprese nell'oggetto del giudizio) e soggettivi (le parti del giudizio), e alla dinamica processuale (ricorso principale e incidentale, difese, mezzi di prova, ecc.). Per una siffatta analisi si veda *Potere*, II-1, cit., pp. 37 ss. e 145 ss. (cfr. anche II, *Considerazioni conclusive*, p. 517 ss., nt. 25). Si veda in ogni caso anche *infra*, al par. successivo, in ordine alla declinazione del processo in rapporto alla specifica considerazione della discrezionalità.

elementi della fattispecie della situazione oggetto della domanda giudiziale che abbiano carattere discrezionale; non invece un limite all'ammissibilità di una domanda sulla pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, che in sé, in ragione del medesimo profilo, non verrebbe in questione.

L'oggetto del giudizio è quindi *comunque* la pretesa a rilievo sostanziale, ma il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione nell'accertamento della fattispecie corrispondente alla definizione della discrezionalità non esaurita. In ciò deve considerarsi esprimersi la clausola di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., secondo cui il giudice amministrativo può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità[64]. In ciò, soprattutto, si spiega la consistenza del carattere proprio della discrezionalità amministrativa, nel mantenere intatta la sua dimensione sostanziale (la scelta deputata all'Amministrazione nella definizione della regola di preferenza discrezionale), ma inserendola nella rilevanza procedurale che caratterizza, al medesimo tempo, il potere discrezionale.

Tali considerazioni comportano una serie di conseguenze.

a) In primo luogo, il sindacato giudiziale, rispetto alla decisione amministrativa discrezionale, si pone in corrispondenza del carattere appena indicato, per come correlato alla considerazione della decisione stessa, e rivolto alla definizione, in termini positivi o negativi, della pretesa sostanziale del ricorrente, oggetto del giudizio.

Il sindacato giudiziale non può, quindi, in ragione del rilievo *sostanziale* della discrezionalità amministrativa, ammettere che la relativa scelta, non compiuta o comunque non esaurita, possa essere svolta dal giudice.

In questo modo, sulla scelta discrezionale, si declina un sindacato *confutatorio*, non invece *sostitutorio*, come per gli aspetti vincolati della decisione. Detto sindacato, rispetto alla considerazione della pretesa del ricorrente, può infatti por-

64 In questo senso, va quindi evidenziato come non possa stabilirsi a priori se il limite della discrezionalità non esaurita, di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., faccia riferimento all'ammissibilità o al merito della domanda (con un'inversione che cercherebbe di ricavare il dato sostanziale da quello processuale); la definizione, nell'uno o nell'altro senso, deriva invece dai caratteri che si attribuiscono alla situazione giuridica posta ad oggetto della condanna ad un *facere*. In questo senso, rispetto alla nostra ricostruzione, essa si viene a rapportare al merito dell'accertamento. Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 338 ss.

tare ad un'automatica rideterminazione della regola discrezionale solo qualora la sua definizione sia stata effettuata, e si mantenga intatta a seguito della contestazione, non risultando vinta in concreto, con riferimento ai profili e agli elementi addotti dalle parti, l'esaustività che è propria in astratto della decisione[65]. Nel caso contrario, qualora, cioè, a seguito della confutazione, risultino ulteriori margini di valutazione non precedentemente svolti, la discrezionalità non può considerarsi completamente esaurita, e l'accertamento del giudice non può corrispondentemente andare a coprire l'intera situazione di pretesa sostanziale del ricorrente: se

65 Si veda ampiamente *Potere*, I, cit., p. 507 ss.; II-1, ct., pp. 196 e 217 ss.

Sul punto, va evidenziato come la circostanza che la decisione si presuma in sé esaustiva rispetto al suo oggetto significhi, in quanto tale, soltanto che la dichiarazione della sussistenza o insussistenza della situazione giuridica è prefigurata dalla legge come compiuta sulla base della ricognizione di ogni elemento che, alla stregua della norma giuridica che prevede l'effetto giuridico azionato, ha rilevanza in ordine alla sua sussistenza. La presunzione, sotto questo profilo, non soltanto può essere vinta in concreto, ma si esplica in sé sotto un mero profilo logico-astratto, nel senso che non comporta, in sé, che sussista necessariamente un onere dell'autorità procedente di ricercare tutti i fatti, né un onere dell'autorità decidente di decidere su tutti i fatti. Vi può essere un obbligo in tal senso, il quale può essere, ma può anche non essere, sanzionato con l'illegittimità dell'atto (in sé, qualora, cioè, ovviamente, non influisca sul contenuto della decisione, ché, altrimenti, l'illegittimità deriverebbe da tale profilo; si pensi alle questioni assorbite). Vi possono essere, del resto, questioni che, quale loro natura, non possono essere prese in considerazione, in ragione dell'accoglimento/rigetto di un'altra questione (assorbimento in senso proprio).

La circostanza, quindi, che l'accertamento è prefigurato dalla legge come compiuto sulla base della ricognizione di ogni elemento rilevante non vale a creare un vincolo sul concreto atteggiarsi dell'*iter* decisorio. Tale aspetto, tuttavia, non va ad intaccare l'esaustività della decisione, in quanto il relativo profilo si rivolge alla determinazione nella sua astratta considerazione, non all'*iter* decisorio svolto. È nella correlazione dei due aspetti che, pur invero negandone il rilievo, è incorso, a nostro avviso, l'equivoco di quella dottrina che ha rivelato i caratteri dell'esaustività della decisione, correlandovi, tuttavia, una preclusione che non potrebbe ricevere in tal modo fondamento (la tesi di M. Trimarchi, da noi esaminata compiutamente in *Potere*, I, cit., p. 358 ss.; per quanto qui interessa, essa sarà ripresa *infra*, par. 4.2, nel testo e in nota).

La tenuta dell'esaustività della decisione dipende, a sua volta, dalla tenuta di quest'ultima: nel momento in cui la decisione può essere contestata, e venga effettivamente contestata, oppure possa anche semplicemente esservi una nuova decisione sullo stesso oggetto (logica dell'abrogazione, ovvero eccezione rispetto al vincolo), allora il riferimento all'esaustività non ha ragion d'essere. L'esaustività può rimanere comunque intatta in ordine alle parti di decisione non contestate, se rispetto ad esse si presuppone l'esplicazione di un vincolo di carattere identico rispetto alla decisione finale, ma interno rispetto ad essa (è ciò su cui si basa il giudicato interno). Nella prospettiva descritta, l'esaustività è quindi carattere che riguarda la decisione, compiuta o parziale, e che viene meno con la contestazione della decisione stessa. Essa è, quindi, semplicemente, proiezione sul piano della decisione del carattere di esaustività proprio

così non fosse, la scelta discrezionale sarebbe demandata al giudice, e non all'Amministrazione[66].

La considerazione *procedurale* della discrezionalità, e il suo conseguente rilievo quale limite cognitorio all'accertamento giudiziale, comporta però a sua volta, come già avvertito, che, anche nell'evenienza negativa rispetto alla rideterminabilità della scelta, il limite in questione *possa essere superato in via processuale*. Il profilo procedurale comporta, cioè, l'*esauribilità della discrezionalità in giudizio* da parte dell'Amministrazione, nei modi e nei termini, corrispondentemente *pro-*

---

dell'accertamento come contenuto dell'atto, nei casi in cui sia previsto un modello procedurale di accertamento. La decisione potrebbe poi essere contestata sulla base di qualsiasi aspetto, se rispetto ad essa non sussiste un vincolo, ovvero se si rimane all'interno dei vincoli entro i quali può essere contestata.

L'aspetto considerato assume peraltro specifico rilievo in una particolare circostanza, cioè qualora, rispetto ad una nuova decisione con lo stesso oggetto, sussista un limite alla cognizione diretta, da parte del nuovo organo decidente, su di essa. Il limite cognitorio a cui ci si riferisce è quello di carattere astratto, non concreto (come invece nell'ipotesi di decisione parziale non contestata, secondo quanto appena spiegato). Il limite cognitorio astratto può a sua volta riguardare due profili: un profilo esterno ovvero un profilo interno. Il profilo esterno attiene all'estensione della verificazione (ad es., una decisione parziale non contestabile, il divieto di addurre nuovi elementi in secondo grado, ecc.), e non desta particolari problemi: semplicemente, la presunzione di esaustività rimane intatta in relazione a quei determinati profili (il contenuto della decisione parziale, l'insussistenza di quegli elementi, ecc.).

Il profilo interno è invece più complesso, e concerne, essenzialmente, un limite cognitorio all'accertamento che non riguarda l'estensione dell'attività di verificazione, ma il suo esplicarsi. In particolare, il riferimento potrebbe essere rivolto alla non necessità di ulteriori accertamenti di fatto, ove l'organo decidente conosce in questi limiti dell'oggetto del giudizio; ovvero alla discrezionalità dell'organo precedente non esaurita, ove, del pari, l'organo decidente deve rapportare in quest'ultimo senso la propria cognizione sull'oggetto del giudizio. La prima ipotesi può riscontrarsi in ordine al giudizio di cassazione, qualora si acceda alla tesi che esso abbia comunque ad oggetto la/e stessa/e situazione/i giuridica/he oggetto del grado di giudizio precedente, e non invece i motivi ricorso: secondo una particolare impostazione, infatti, interpretandosi l'art. 384 c.p.c., sui casi di decisione di merito della Corte di cassazione, non come norma residuale, bensì come fondamento del sistema, si è ritenuto, essenzialmente, che la Suprema Corte sia comunque giudice del merito, con il solo limite dell'impossibilità di autonoma acquisizione del fatto, con la conseguenza, tra l'altro, che il limite stesso andrebbe interpretato restrittivamente, in termini analoghi a quelli che seguono (è questa l'impostazione di M. Bove, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 947 ss.; Id., *La decisione nel merito della Corte di cassazione dopo la riforma*, in *Il giust. proc. civ.*, 2007, p. 765 ss.). La seconda ipotesi è quella del giudizio di condanna ad un *facere* davanti al giudice amministrativo nei termini da noi proposti; che dunque, in questo senso, si pone in maniera analoga all'alternativa espressa in ordine alla situazione oggetto del grado di giudizio precedente quale oggetto del giudizio in cassazione, sostituendo il grado precedente con l'ordine procedurale

cessuali, che la normativa codicistica mette a disposizione.

Se, infatti, la consistenza della discrezionalità, e della situazione di pretesa ad essa correlata, si pone nel senso procedurale descritto, non è dato ravvisare alcuna obiezione in senso contrario.

In primo luogo, non potrebbero essere sollevati rilievi sotto il profilo sostanziale, in ordine all'effettiva attualità di una situazione siffatta (di una pretesa, cioè, all'utilità finale)[67]. Appunto perché la regola di preferenza discrezionale si considera normativamente già effettuale sul piano procedurale, si determina, come si è avuto modo di spiegare, l'attualità della corrispondente situazione giuridi-

amministrativo, e il fatto non acquisito con la discrezionalità non esaurita (e nel rilievo comunque non unicamente procedurale, ma nel medesimo tempo anche sostanziale, nel rapporto tra ordine amministrativo e ordine giurisdizionale; con conseguenza sulla tutela nelle forme della condanna ad un *facere*, delle parti del giudizio, ecc.). Per approfondimenti cfr. *Potere*, II, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 524 ss., nel testo e in nota.

In tali ipotesi, l'organo decidente non ha cognizione diretta sul profilo inerente al limite, ma la contestazione si potrebbe rivolgere ad un profilo che coinvolge quel limite: violazione di una norma procedurale che lo contempla; violazione di una norma che regola il giudizio su di esso (a seconda della tipologia di limite: erronea verificazione della sussistenza del fatto; erronea definizione del criterio di preferenza, sia o meno connessa ad un'erronea verificazione sulla sussistenza di un fatto ad essa inerente); mancata contemplazione di un elemento ad esso inerente (a seconda della tipologia di limite: un elemento di fatto; un profilo di preferenza, sia esso o meno connesso ad un elemento di fatto non contemplato). Inoltre, a seguito di una censura, potrebbe essere necessario procedere ad un'ulteriore attività in ordine al profilo in questione (ancora, a seconda dei casi e della tipologia di limite: acquisizione di ulteriori fatti; nuova valutazione sulla sussistenza di un fatto, sia stato o meno detto fatto precedentemente considerato; nuova definizione del criterio di preferenza sulla base di un determinato profilo, si basi o meno su un fatto precedentemente considerato).

In questo scenario, il limite interno alla cognizione diretta da parte del giudice fa sì che la presunzione di esaustività rimanga intatta nei termini seguenti. Preliminarmente, si deve considerare come l'esaustività non possa esplicarsi, o comunque non possa rimanere intatta, se la definizione del profilo di cui l'organo decidente non ha cognizione diretta non sia proprio avvenuta: quindi, se la decisione è mancata, ovvero se vi è stata una decisione pregiudiziale, preliminare o comunque espressamente assorbente. In secondo luogo, si deve valutare cosa accade nell'ipotesi in cui vi sia stata la definizione del profilo in questione: ed infatti, a fronte di una censura che, in ragione dell'affermazione della sussistenza della situazione giuridica oggetto del giudizio, faccia valere, in vario modo, l'erroneità del precedente giudizio, la rideterminazione della regola di preferenza (o dell'accertamento del fatto, qualora fosse questo il limite cognitorio, come si è detto avvenire nel giudizio per cassazione, ma non in quello davanti al giudice amministrativo), all'interno dell'esaustività della decisione, potrà avvenire nei termini dell'esplicazione di un sindacato confutatorio, secondo quanto detto nel testo, e specificato subito di seguito, alla nota successiva.

ca soggettiva, oggetto del giudizio.

Allo stesso modo, non potrebbero esprimersi obiezioni sotto il profilo di un presunto esercizio del potere in giudizio. Queste andrebbero, infatti, comunque escluse, giacché, rispetto alla situazione giuridica (già effettuale) di pretesa sostanziale, oggetto dell'accertamento giudiziale, si sarebbe al cospetto del mero svolgimento di *difese processuali*, le quali devono poter essere effettuate in ragione del diritto, costituzionalmente garantito, di difesa in giudizio[68]. Non verrebbe invece in conto, in tale prospettiva, il riesercizio del potere sostanziale, che, anzi,

66 La non sostituzione dell'Amministrazione in ordine alla discrezionalità non esaurita è così garantita, come detto nel testo (sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, I, cit., p. 326 ss.; II-1, cit., pp. 196 ss. e 217 ss.), dal rivolgersi, il sindacato giudiziale attinente alla regola discrezionale, ad un modello di tipo confutatorio, nell'ambito del quale la regola di preferenza posta dall'Amministrazione viene ritenuta corretta da parte del giudice qualora il ricorrente non sia riuscito a dimostrare il contrario attraverso apposita confutazione (sul punto, si veda in generale F. Follieri, *La logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, p. 442 ss., spec. p. 528 ss., ed ivi anche i relativi riferimenti).

La confutazione garantisce, in primo luogo, che una definizione della scelta discrezionale vi sia stata, dovendo ad essa necessariamente rivolgersi. Nello specifico, poi, la confutazione può avvenire su due piani. Il primo è quello strutturale, e concerne le regole procedurali di azione amministrativa, quali idonee ad influire, nella loro esplicazione, sul contenuto della decisione (in particolare, l'insufficienza dell'istruttoria, ecc.); la relativa violazione, se inserita all'interno del giudizio avente ad oggetto la situazione giuridica di pretesa del privato (per quanto è possibile: si veda, sui vizi procedurali che concernono il contraddittorio, quanto si dirà *infra* par. 5, ed ivi anche i rimandi a *Potere*, II-2, cit.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., ove tali profili sono stati approfonditi), consente di rapportare la violazione stessa alla verifica della sussistenza della situazione giuridica. Il secondo piano è quello del contenuto della decisione, e consiste, essenzialmente, nella proposizione e dimostrazione di un'asserzione incompatibile, sotto il profilo sostanziale, con la correttezza della regola di preferenza affermata dall'Amministrazione.

Ora, tanto considerato, si deve rilevare come, in via generale, la confutazione sia idonea ad essere diretta, oltre appunto a confutare la tesi contro cui è rivolta, anche ad affermare una differente tesi, rispetto alla quale l'enunciato confutatorio, non ammesso dalla tesi oggetto di censura, risulta invece ammesso dalla, e può essere quindi portato a giustificazione della, tesi che si intende proporre. Può dunque prospettarsi il seguente scenario. La confutazione del ricorrente, per come rivolta al piano strutturale (si è detto del riferimento ad un'istruttoria erronea o manchevole), non consente di fare riferimento ad una differente regola di preferenza senza necessariamente presupporre una previa considerazione di profili ed elementi ulteriori, estranei alla precedente determinazione appunto in ragione della violazione; in questo senso, afferendo la confutazione al profilo della definizione della scelta discrezionale, non è consentito al giudice di accedere alla sua ridefinizione, opponendovisi il limite (normativamente considerato di carattere cognitorio) proprio della discrezionalità non esaurita. La confutazione del ricorrente, per come rivolta invece al contenuto del giudizio, non impedisce l'automatica rideterminazione di una

non si ritiene proprio poter rilevare se funzionalizzato alla difesa processuale della decisione amministrativa adottata, pena la sovrapposizione di due differenti funzioni che su detta decisione possono intervenire (quella di secondo grado amministrativa e quella giurisdizionale)[69].

Rispetto all'esercizio del potere, si aggiunge, neppure potrebbero farsi valere riserve in ordine ad *una eventuale lesione della dimensione sostanziale della discrezionalità amministrativa*, a causa del suo esaurimento in via processuale. Ferma la consistenza procedurale della discrezionalità, che ne consente l'esaurimento

---

differente regola di preferenza, favorevole al ricorrente stesso, da individuarsi in una regola idonea a sorreggere l'affermazione della situazione giuridica contenuta nella domanda. In questo senso, il carattere di esaustività proprio della decisione, per come si viene a rapportare alla scelta discrezionale (si veda la nota precedente), è ciò che consente alla regola di preferenza, nell'ipotesi appena descritta, di poter essere automaticamente rideterminata nel senso (quantomeno implicitamente) ipotizzato; il giudice, ad ogni modo, può reputare di escludere la rideterminazione in favore del ricorrente in considerazione del rapporto della/e confutazione/i accolta/e con gli ulteriori eventuali enunciati, presenti nel discorso giustificativo di cui alla motivazione della decisione, che non siano stati censurati o di cui non è stata accolta la confutazione; in tale prospettiva, le argomentazioni portate dalle parti in proposito, quali rivolte a confutare o a difendere, in tutto o in parte, il discorso giustificativo, rappresentano il piano su cui si svolge il sindacato del giudice. Lo scenario appena rappresentato, va peraltro aggiunto, non viene in considerazione qualora ci si ponga al di fuori del limite proprio dell'esaurimento della discrezionalità: in questo senso, se le argomentazioni prospettate dalle parti comportano valutazioni da effettuarsi su profili ed elementi correlati ad ulteriori margini di scelta discrezionale, potenzialmente influenti sul contenuto della decisione contestata, allora l'astratto carattere dell'esaustività della decisione risulta comunque vinto in concreto; conseguentemente, la discrezionalità non potrà considerarsi esaurita, e sarà necessaria, in proposito, una nuova valutazione dell'Amministrazione per potersi pervenire all'accertamento giudiziale, secondo quanto spiegato alla nota precedente.

67 Questa, come visto *supra*, nt. 43, l'obiezione che L. Ferrara muove alla tesi di G. Greco, sulla pretesa all'utilità finale, per cui la pretesa rispetto al bene finale non sarebbe esistente, in caso di potere discrezionale, fin quando la scelta discrezionale non è compiuta (e rimanga intatta); potendo concernere quindi, la pretesa verso la P.A., in sé solo la *possibilità* (la *chance* legale, come visto) di ottenere detto bene. Nella prospettiva indicata, la scissione fra piano procedurale e piano prettamente sostanziale, con l'operatività della regola discrezionale già nell'uno ma non nell'altro, è ciò che invece consente, nella nostra impostazione, di superare tale obiezione, di inattualità della regola discrezionale (e della corrispondente pretesa rispetto all'utilità finale), senza negare che la scelta discrezionale rimane in capo all'Amministrazione, mantenendo così intatto il suo rilievo sostanziale.

68 In proposto, va rilevato come la questione, concernente la possibilità o meno, per l'Amministrazione, di addurre elementi ulteriori rispetto a quelli esplicitati nella motivazione dell'atto, si è posta, solitamente, nei termini dell'*integrazione della motivazione dell'atto in*

in giudizio, il mantenimento della sua rilevanza sostanziale verrebbe, infatti, comunque assicurato nel momento in cui si ritiene, come a nostro avviso si deve ritenere, che la scelta discrezionale debba essere, in ogni caso, non meramente indicata in memoria dalla difesa erariale, ma contenuta in un documento proveniente dall'Amministrazione a detta scelta deputata; il quale documento, però, proprio in ragione del carattere procedurale in cui la struttura della funzione si colloca, assumerebbe appunto carattere procedurale, di integrazione dell'allegazione processuale, con relativo deposito in giudizio, e corrispondenti difese pro-

---

giudizio. L'integrazione della motivazione, a sua volta, è stata poi correlata ad un giudizio c.d. 'di spettanza', un giudizio, cioè, in via generale non avente ad oggetto la mera impugnazione di un provvedimento, ma esteso alla pretesa sostanziale del ricorrente. In tale prospettiva, a fronte di una posizione che ammetterebbe detta 'integrazione', di cui si ha riscontro soprattutto in dottrina, l'impostazione maggioritaria, soprattutto in giurisprudenza, si pone in senso negativo, o comunque in termini fortemente limitativi sul punto. Uno dei profili di maggiore problematicità, in proposito, è proprio quello concernente la spendita della discrezionalità in giudizio, atteso che, in molte posizioni, se non si sollevano problemi in ordine alla possibilità di far valere elementi vincolati, si esclude invece la possibilità di spendita della discrezionalità, in quanto attinente questa, si assume, necessariamente al potere sostanziale, che non potrebbe esercitarsi nel processo.

I profili indicati, considerati nel modo anzidetto, appaiono tuttavia del tutto generici e, come tali, forieri di fraintendimenti. A tal proposito, a fronte di posizioni certamente avvedute dei corretti termini della questione, è dato ravvisare una generale incertezza sul punto, con conseguente incongruità delle relative conclusioni. Valga in proposito quanto segue (per una più ampia ricostruzione della problematica, e per i relativi riferimenti, si rimanda ad ogni modo a *Potere*, II-1, cit., p. 202 ss., nel testo e in nota, spec. ntt. 316 e 323; II-2, cit., p. 392 ss., nel testo e in nota, spec. nt. 183, e p. 467 ss., nel testo e in nota).

In primo luogo, la considerazione dell'integrazione di un elemento dell'atto parrebbe sottendere, in sé, un riferimento all'esercizio del potere sostanziale. Questo, peraltro, qualora un atto sia stato adottato, non potrebbe consistere, a ben vedere, nel riesercizio del potere originario, atteso che l'effetto ad esso relativo è stato prodotto ed è operativo; esso atterrebbe invece all'esercizio di un potere di secondo grado (conferma, convalida, ecc.), come tale autonomo e differente dal primo. In ogni caso, l'adozione di un nuovo atto di esercizio del potere, concretandosi, se non satisfattivo, in una nuova impugnazione, non si pone, in sé, al di fuori delle logiche del giudizio di impugnazione, ma anzi espressamente le ribadisce (vi è solo una correlazione funzionale tra atti, attuabile tramite motivi aggiunti); ciò varrebbe, si aggiunge, per tutti i casi in cui, pur ponendocisi in relazione con il processo, si sia di fronte all'esercizio di un potere sostanziale (come, ad es., se lo si considera tale, attraverso il *remand*, di cui dubbio, peraltro, appare l'ancoraggio normativo). In questi termini, il problema non è allora comunque quello dell'esercizio del potere *in giudizio*, ma dell'esercizio del potere *durante il giudizio*, ammesso da taluni e negato o limitato da altri.

In secondo luogo, la genericità del riferimento all'integrazione della motivazione ha finito per includere, seppur in maniera tecnicamente non corretta, anche la possibilità di addurre elementi

cessuali nel contraddittorio con le altre parti[70].

La denuncia delle riferite (presunte) criticità non coglierebbe, dunque, nel segno. L'esaurimento della discrezionalità può allora avvenire in via processuale, determinandosi, per tale via, la 'staticizzazione' della situazione giuridica nel corso del processo giurisdizionale[71].

b) In secondo luogo, e con questo ci si ricongiunge all'affermazione iniziale, l'oggetto della dichiarazione giudiziale, in relazione all'attività discrezionale, per i motivi spiegati, segue la medesima caratterizzazione appena rappresentata.

---

ulteriori in giudizio, per il caso in cui, cioè, la pretesa sostanziale del privato risulti oggetto del giudizio. In tal caso, però, è evidente, non verrebbe in conto nessun esercizio di potere sostanziale (e nessuna integrazione della motivazione dell'atto): semplicemente, l'Amministrazione difenderebbe in giudizio, con mezzi processuali, la decisione da essa assunta (la produzione/non produzione dell'effetto/di un effetto invece di un altro). E poiché, in tale ipotesi, oggetto dell'accertamento è l'intera situazione di pretesa che viene in rapporto con la situazione di potere, l'allegazione potrà riguardare tutti gli elementi concernenti la relativa fattispecie (che non ampliano l'oggetto dell'*accertamento*, appuntato sulla situazione giuridica, ma solo la *cognizione* del giudice in ordine a quest'ultima). Se così non fosse, vi sarebbe, infatti, una lesione del diritto di difesa, costituzionalmente garantito: cfr., in proposito, S. Menchini, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 850 ss. (e in C. Cudia (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, 2020, p. 253 ss.)

Ora, la situazione giuridica del privato nei confronti del potere amministrativo è stata da noi ricostruita, nei termini che si sono riferiti, quale pretesa all'utilità finale (alla produzione/non produzione dell'effetto), ascrivendosi così, alla sua fattispecie, anche gli elementi discrezionali afferenti al potere stesso, nei termini pure spiegati. Una volta posta, detta situazione, ad oggetto del giudizio, nei modi anzidetti, le allegazioni potranno allora riguardare tutti gli elementi (vincolati e discrezionali) ad essa relativi, *senza che per tale via si faccia riferimento all'esercizio di alcun potere sostanziale*.

Il problema, che pure si solleva, per l'ipotesi di potere discrezionale, finisce allora per concernere non tanto il potere sostanziale, in sé considerato, cioè la produzione del relativo effetto, quanto piuttosto il *rilievo sostanziale dell'attribuzione della discrezionalità all'Amministrazione*. La questione attiene dunque, per tale via, soltanto alla necessità di non obliterare il piano di rilevanza sostanziale che, pure nella nostra ricostruzione, si mantiene intatto all'interno della considerazione procedurale della discrezionalità amministrativa: cfr. subito di seguito, nel testo e alla nt. 70.

69 Più in particolare, va evidenziato come, nel momento in cui la realtà procedurale di riferimento è quella giudiziale, la P.A. debba far valere tali elementi con i mezzi processuali a sua disposizione (incluso il ricorso incidentale, come consentito dall'art. 42 c.p.a.), e comunque in maniera strumentale al suo ruolo di parte nel giudizio. Corrispondentemente, *non potrebbero venire in rilievo, a tal proposito, i poteri, e la funzione, di secondo grado* (su di essa, cfr. *infra*, par. 6), perché andrebbero a sovrapporsi al ruolo procedurale che l'Amministrazione assume quale parte del

L'oggetto dell'accertamento è infatti, come detto, comunque la situazione giuridica di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto. Soltanto, questa potrebbe, in ragione del rilievo della sua dimensione sostanziale rispetto al limite cognitorio di carattere procedurale proprio della discrezionalità, essere accertata in maniera *parziale*, qualora la discrezionalità non sia stata esaurita[72].

L'accertamento cade quindi in ogni caso sulla pretesa sostanziale, siccome considerata rispetto alla discrezionalità residua (la pretesa alla produzione/non

---

processo giurisdizionale.

Nel rapporto tra due ordini di secondo grado, quello amministrativo e quello giurisdizionale, la funzione di ordine sostanziale di secondo grado non potrebbe, infatti, essere funzionalizzata all'esplicazione di quella giurisdizionale (si pensi, in questo senso, alla convalida dell'atto a giudizio in corso, che poi andrebbe impugnata), pena, appunto, la sovrapposizione fra le due funzioni, entrambe intervenienti in seconda battuta sulla decisione adottata. Si determina così, rispetto allo svolgimento del processo giurisdizionale, una prevalenza di quest'ultimo, per il valore ordinamentale ad esso conferito nel controllo della funzione amministrativa. Ne consegue che, una volta adito l'ordine procedurale giurisdizionale, si devono seguire, rispetto alla sua esplicazione, le logiche di tale ordine.

La situazione si presenta in maniera differente qualora dalla riferita qualità di parte si esuli, ricercandosi direttamente il perseguimento e l'attuazione di uno specifico assetto sostanziale, differente da quello eventualmente posto in essere col provvedimento, o comunque non sia possibile accedere all'accertamento giurisdizionale della situazione a rilievo sostanziale (perché la funzione è stata obliterata: su tale profilo, si veda *infra*): in tali ipotesi, deve, infatti, necessariamente venire in rilievo l'esercizio del potere sostanziale.

Sui profili descritti, cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 219 ss., nel testo e alla nt. 335; II-2, cit., p. 467 ss.; nonché *Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado*, in *Federalismi.it*, 19/2025, p. 37 ss.

70 In particolare, si deve ritenere, alla luce di quanto spiegato, che il c.d. esaurimento della discrezionalità in giudizio (la staticizzazione della regola di preferenza nel corso del processo giurisdizionale) debba avvenire attraverso l'integrazione di un'*allegazione*, da parte dell'Amministrazione, avente ad oggetto la definizione della regola di preferenza discrezionale, spontaneamente o su richiesta istruttoria di *chiarimenti* da parte del giudice, rispetto alla quale si può porre il sindacato giudiziale, nei termini già ricordati. L'allegazione, in questo senso, si verrebbe cioè ad esplicare attraverso una rappresentazione del fatto rapportata alla realtà staticizzata dei profili discrezionali di cui si discute, per come essenzialmente contenuta in un *documento* di carattere istruttorio, che si accompagna, a seconda dei casi, alla memoria difensiva o al ricorso incidentale con cui si fa valere da parte della P.A. la relativa difesa, ovvero che risponde alla richiesta di chiarimenti effettuata dal giudice, d'ufficio o su istanza delle altre parti. L'allegazione in questione è espressione di un potere processuale, la cui fattispecie è però strutturata nel senso che la definizione del valore provenga, come detto nel testo, dal soggetto a cui l'ordinamento conferisce il relativo margine di valutazione nella determinazione del criterio di preferenza discrezionale, espletandosi nel rispetto delle particolari modalità sostanziali che

produzione dell'effetto, al netto dell'eventuale discrezionalità non esaurita)[73].

L'esecuzione della portata precettiva della sentenza, del pari, deve rapportarsi a tale situazione. Essa può avvenire, di conseguenza, in ordine ad una situazione compiutamente accertata[74]; oppure, eventualmente, in relazione ad una situazione parzialmente accertata, ove l'attività successiva, proceduralmente di accertamento, assume comunque, sotto il profilo prettamente sostanziale, rispetto ad una situazione in sé quindi parzialmente 'staticizzata', valenza esecutiva[75].

---

risultino a ciò strumentali. Il documento, in ragione del suo valore processuale, *non ha necessità di essere impugnato*; deve essere invece *depositato* in giudizio dalla P.A., e potrà essere contestato dalle altre parti con memoria (con evidenti vantaggi, anche sul versante pratico, rispetto all'impugnazione dell'atto). In tale contesto, l'esplicazione del contraddittorio viene così peraltro ad usufruire delle forme (più pregnanti) del processo giurisdizionale, le quali possono ascrivere direttamente, integrandole a sé, quelle procedimentali.

Vi sarebbe dunque l'esercizio, nei termini rappresentati, di un potere processuale, ammissibile, da un lato, in ragione della duplicità dimensionale che caratterizza la situazione giuridica oggetto del giudizio, e, dall'altro, per essere inserita, l'Amministrazione, all'interno del processo, ove detto accertamento è effettuato, nella qualità di parte. Tali aspetti legittimerebbero la determinazione del valore per come considerata non all'interno di un procedimento volto a pervenire ad una decisione in ordine all'attuazione del valore stesso, in senso dichiarativo e(d eventualmente) costitutivo, attraverso l'esercizio del potere sostanziale, ma quale attività che viene in considerazione, all'interno della realtà giudiziale, quale direttamente e strutturalmente strumentale all'accertamento giurisdizionale, senza che venga in questione, in tal senso, la produzione di un effetto sostanziale di attuazione del valore. Nella maniera descritta, nel corso del processo, considerandosi già operativa la regola di preferenza discrezionale, la sua definizione in concreto corrisponde infatti, sul piano parimenti procedurale, ad un accertamento rispetto ad essa, che tuttavia necessita, per poter essere effettuato, del superamento del limite (considerato, sempre sul piano procedurale, di carattere cognitorio) della discrezionalità non esaurita, che avviene appunto attraverso l'attività processuale dell'Amministrazione. Il mantenimento dell'integrità della dimensione sostanziale della scelta discrezionale, per come posta in chiave procedurale, viene quindi assicurato, per tale via, da un lato, sotto un profilo generale, dal non potersi comunque il giudice sostituire alla P.A. nella definizione della scelta; dall'altro, più nello specifico, dalla necessità che l'integrazione della fattispecie dell'esercizio del potere di allegazione sia strutturata nel senso che la definizione del valore provenga dal soggetto a cui l'ordinamento conferisce il relativo margine di valutazione nella determinazione del criterio di preferenza, espletandosi nel rispetto delle particolari modalità sostanziali che risultino a ciò strumentali, e poi confluendo in un documento, che assume appunto valore processuale quale integrativo in questo senso dell'allegazione, e che come tale deve essere fatto valere nel processo.

Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, II-1, cit., p. 209 ss., nel testo e in nota, spec. nt. 326, e p. 212 ss., spec. p. 219 ss., nel testo e alla nt. 334. Per un'intuizione di tale profilo, si veda anche G. Taccogna, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto*

4.2 Negazione di eventuali obiezioni in ordine ad una (presunta) sovrapposizione tra giudice e Amministrazione

La ricostruzione da noi proposta non crea in alcun modo una sovrapposizione tra giudice e Amministrazione.

Ora, si è detto come, nella rappresentazione effettuata, la funzione giurisdizionale e la funzione amministrativa, da un punto di vista strutturale di carattere generale, si pongano nei medesimi termini, quali funzioni volte all'accertamento

---

impugnato, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 696 ss., il quale, nell'ammettere differenti modalità di allegazioni difensive, ritiene che, qualora l'elemento che viene in questione sia vincolato, la relativa allegazione possa provenire anche dalla difesa della P.A. o del controinteressato, mentre, se l'elemento è discrezionale, allora la sua allegazione debba necessariamente provenire dall'organo competente alla decisione, attraverso un atto che assumerebbe valore processuale, e la cui contestazione avverrebbe con memoria.

71 Sul concetto di staticizzazione, *supra*, par. 3.1, nel testo e alle ntt. 54-55.

72 Ciò, a nostro avviso, potrebbe avvenire, essenzialmente, soltanto nell'ipotesi in cui il giudice scelga di non provocare in via istruttoria l'esaurimento della discrezionalità, reputandolo eccessivamente gravoso; ovvero in ragione della limitazione in questo senso, da parte dello stesso ricorrente, della domanda esperita (senza che intervenga, da parte delle altre parti, un'estensione dell'oggetto del giudizio all'intera pretesa sostanziale). Sul punto, cfr. *Potere*, cit., II-1, cit., pp. 196 ss. e 224 ss.

73 L'accertamento parziale non va infatti comunque riferito a singoli fatti o questioni, ma, al pari di quanto si deve ritenere avvenire nel diritto processuale generale, alla situazione giuridica, rimodulata nei termini della relativa considerazione parziale – e quindi, nel caso di specie, alla staticizzazione della relativa regola discrezionale – così da coprire il dedotto e il deducibile rispetto ad essa (profili vincolati e profili afferenti alla discrezionalità esaurita, dedotti o deducibili); ciò che viene escluso è soltanto la discrezionalità residua. L'accertamento ha dunque ad oggetto, come detto nel testo, la sussistenza della pretesa alla produzione dell'effetto/non produzione dell'effetto, al netto della eventuale discrezionalità non esaurita (quindi, la sussistenza della situazione di pretesa, nei limiti in cui essa risulti confermata dall'accertamento sulla ulteriore parte della fattispecie con contestuale staticizzazione del suo elemento 'elastico', riferito alla scelta discrezionale residua). Sul punto, cfr. *Potere*, II-1, cit., pp. 138 ss. e 234 ss.

74 L'esecuzione giudiziale rispetto alla sentenza di condanna alla produzione/non produzione di un effetto corrisponde infatti, in ogni caso, e salvo sopravvenienze rilevanti che superino la portata precettiva della sentenza, alla produzione dell'effetto dovuto/nella rimozione dell'effetto vietato, con dichiarazione di nullità degli atti difformi che violano/eludono il giudicato. Ciò a prescindere dal motivo su cui l'atto si fondi, che è oggetto di *cognizione*, non di *accertamento* giudiziale: quest'ultimo cade invece sulla situazione giuridica, e, rispetto alla dichiarazione della sua sussistenza/insussistenza, sono preclusi tutti gli elementi, dedotti o deducibili, che possono condurre a porsi in senso difforme. Cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 243 ss.

75 Nello specifico, in ordine ad una condanna *parziale* dovuta al mancato esaurimento della discrezionalità, la duplicità dimensionale propria della situazione giuridica di pretesa fa sì che

della sussistenza/insussistenza di una situazione giuridica, oggetto del procedimento, che si conclude con una decisione avente un effetto precettivo, di natura dichiarativa, o anche costitutiva.

Le differenze, sotto il profilo normativo, sono le seguenti. In primo luogo, il modello processuale proprio della funzione giurisdizionale si caratterizza necessariamente in chiave prettamente garantistica, sotto il profilo strutturale e funzionale, in ragione della relativa garanzia costituzionale e di diritto europeo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24, 100, 101 ss. e 111 Cost., e degli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE[76]. In secondo luogo, l'ordine procedurale giurisdizionale, nell'espressione ordinamentale che si ha in via generale, e che è dato ritrovare, nella sua specifica declinazione, all'interno del disposto dell'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a., può intervenire, su ricorso del soggetto che assume lesa la propria situazione, soltanto nel momento in cui la funzione amministrativa sia stata esercitata[77]. Infine, la partecipazione della struttura soggettiva amministrativa alla determinazione del valore nell'attuazione dell'ordinamento attraverso l'esercizio del potere, il conferimento normativo, cioè, di discrezionalità all'Amministrazione,

---

l'attività amministrativa successiva alla sentenza costituisca espressione, da un lato, *sotto il profilo procedurale*, di un accertamento ulteriore sulla situazione giuridica, e dall'altro, *sotto quello sostanziale*, di un'attività di esecuzione rispetto alla dimensione prettamente sostanzialistica della situazione stessa, per come appunto parzialmente accertata. L'accertamento successivo in sede amministrativa, considerato sotto il profilo procedurale, con la (ulteriore) staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie che esso porta con sé, viene quindi a coincidere con l'attuazione della situazione giuridica parzialmente accertata, quale considerata nella sua dimensione prettamente sostanziale: questa corrisponderebbe, infatti, alla pretesa al corretto esercizio della discrezionalità *residua* (all'attuazione della possibilità normativamente residua del risultato favorevole), e può fare riferimento, rientrandosi all'interno del potere esercitato (cfr. par. successivo), alla spendita di detta discrezionalità, quale modalità della propria attuazione. In ogni caso, per l'esecuzione coattiva, si andrebbe dunque davanti al giudice dell'ottemperanza: non perché esso, quindi, continui a rappresentare un giudizio misto di cognizione ed esecuzione (il che va escluso, alla luce delle disposizioni codicistiche, che lo qualificano come giudizio prettamente esecutivo); ma perché l'attività di accertamento successiva nient'altro rappresenterebbe se non la caratterizzazione, sul piano di rilevanza procedurale della situazione di pretesa accertata, di ciò che, su quello prettamente sostanziale, corrisponde all'esecuzione della sentenza. Cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 251 ss.

76 Per approfondimenti sul modello prettamente garantistico, e in sé e nella necessaria applicazione al processo giurisdizionale, cfr. *Potere*, I, cit., p. 102 ss.; II-2, cit., p. 288 ss.

77 In proposito, oltre a quanto si dirà subito di seguito, nel testo, si veda, ampiamente, *Potere*, I, cit., p. 328 ss.

pur ponendosi, in sé, in chiave procedurale, conserva intatta la dimensione sostanziale a tale definizione riferibile: il giudice amministrativo non è attributario della medesima partecipazione, e non può quindi sostituire la regola di preferenza propria della scelta discrezionale, ancorché si declini, la relativa attribuzione, quale limite processuale all'accertamento, e in tali termini possa trovare espressione nel riferimento alla discrezionalità esaurita di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a.[78].

Nella prospettiva descritta, l'interpretazione, che viene conferita in ordine alle disposizioni normative appena richiamate, verrebbe quindi a definire la funzione amministrativa, per come considerata, in ordine al sistema, nei rapporti tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale.

Specifico rilievo, a tal fine, assume la relazione tra le due norme codicistiche di cui si è appena fatta menzione. L'interpretazione da noi fornita, in proposito, è quella per cui tali norme non interferiscono l'una con l'altra. L'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a. non inerisce, in altri termini, all'esercizio della discrezionalità amministrativa, e non si pone, come tale, in correlazione con l'art. 31, co. 3, c.p.a., che all'esaurimento della discrezionalità fa invece riferimento. Il significato dell'art. 34, co. 2, prima parte, va ricavato da una sua lettura in combinazione con la norma che disciplina l'ambito della funzione giurisdizionale amministrativa, rappresentata dall'art. 7 c.p.a. Quest'ultima delinea, infatti, l'ambito della cognizione del giudice amministrativo, facendo, nello specifico, riferimento alle controversie concernenti l'esercizio (l'adozione di un provvedimento), o il mancato esercizio nei termini (il silenzio-inadempimento), del potere amministrativo: in questo modo, essa viene a definire corrispondentemente il concetto positivo di potere esercitato[79]. Non rileva invece se, rispetto ad un effetto precettivo, sulla cui produzione o non produzione si appunta l'interesse sostanziale del singolo che riceve rilevanza giuridica, non sia stata svolta, in generale, una determinata fase procedimentale, o non sia stata compiutamente definita una scelta discrezionale: la funzione, in sé considerata, è stata comunque esercitata[80]; mentre l'art. 31, co.

78 Secondo quanto rappresentato ai paragrafi precedenti. Per approfondimenti, *Potere*, I, cit., pp. 338 ss. e 450 ss.; II-1, cit., p. 185 ss.

79 Si veda ancora, ampiamente, *Potere*, I, cit., p. 328 ss.

80 Vi possono essere delle ipotesi in cui, in effetti, il potere risulti solo 'parzialmente' esercitato, ma queste non corrispondono alle alternative rappresentate nel testo. Le ipotesi in questione hanno infatti in comune la circostanza che in sé non si rivolgono al mancato espletamento di una o

3, rapporta soltanto la dimensione sostanziale della discrezionalità al piano procedurale corrispondente, ponendola come limite cognitorio all'accertamento.

La funzione giurisdizionale interviene dunque quando quella amministrativa è stata svolta, o è scaduto il termine normativamente previsto per il suo svolgimento. La conoscibilità della regola discrezionale *non partecipa di tale valutazione*, e si pone nei termini del suo rilievo procedurale: come tale, non è consentito al giudice di effettuare la relativa scelta al posto dell'Amministrazione, *ma risulta possibile l'esaurimento delle diverse alternative in giudizio*, nei modi e nei termini corrispondenti al carattere procedurale della discrezionalità (attraverso cioè, come detto, l'esercizio dei relativi strumenti processuali).

Nella nostra impostazione, non è quindi necessario, per poter accedere ad una spendita della discrezionalità in giudizio, fare ricorso ad un presunto esaurimento del potere, che avverrebbe una volta che esso è stato esercitato, come invece proposto da una particolare dottrina, che ha fatto leva, a tal fine, sulla struttura

più fasi del procedimento, o di particolari adempimenti procedimentali, ma concernono invece una limitazione strutturale nella generale possibilità di riferimento, da parte della realtà procedurale (perché le norme formali sulla produzione pongono limitazioni, o costruiscono in modo particolare il relativo procedimento, anche in ragione della correlazione tra le diverse situazioni di potere in esso ricomprese), alla situazione giuridica compiutamente considerata in relazione alla funzione; per cui, come conseguenza, vi sarebbe appunto una limitazione alla considerazione del potere come esercitato, ancorché sia intervenuta una decisione che della relativa situazione accerti la sussistenza o insussistenza. In questo senso, possono venire in questione i casi in cui all'autorità amministrativa non è in generale consentito, nello svolgimento del procedimento, l'accertamento, in ordine alla produzione di un possibile effetto, di tutti gli elementi del fatto costitutivo, o di tutti i profili di valutazione ad essi inerenti, anche in considerazione di tutti i fatti o profili normativamente previsti come tra loro alternativi (si pensi, ad es., ai procedimenti ad istanza di parte, rispetto ai quali l'istanza deve contenere l'indicazione del fatto costitutivo in base al quale il provvedimento è richiesto, non essendo compito dell'Amministrazione integrarla in questo senso, e non rilevando la possibilità di soccorrere l'istante sollecitandone l'integrazione, che avverrebbe comunque da parte dello stesso istante). Si possono poi considerare, del pari, le ipotesi in cui all'interno di una procedura ove si debba valutare la produzione di uno tra più effetti in comparazione tra loro, intervenga preliminarmente una decisione in cui la P.A. valuti negativamente la produzione di un effetto, escludendolo dal possibile contenuto del provvedimento finale, senza essere ancora pervenuta alla decisione relativa a quale degli effetti produrre; in tale evenienza, il potere, anche con riferimento alla situazione corrispondente all'effetto già escluso, non potrebbe dirsi compiutamente esercitato sin quando non intervenga la decisione finale (o il silenzio-inadempimento in ordine ad essa) concernente tutte le situazioni proceduralmente coinvolte, in ragione della loro correlazione (sin quando, cioè, il potere non possa dirsi esercitato anche rispetto alle altre situazioni). Sul punto, cfr. *Potere*, II-1, cit., pp. 141-142.

normativa della funzione amministrativa, e sulla sua conseguente esplicazione in una decisione corrispondentemente motivata[81]. Per questa differente tesi, l'esercizio della funzione determinerebbe, infatti, una preclusione in ordine al potere, o, quantomeno, in ordine alla stessa funzione, facendosi evidentemente coincidere, in tal modo, il *proprium* della funzione amministrativa con la discrezionalità (più esattamente, con la decisione, considerata tuttavia a sua volta quale espressione unicamente della scelta discrezionale)[82]. La discrezionalità, in tale prospettiva, si esaurirebbe esaurendosi l'esercizio procedimentale dell'azione, creando corrispon-

81 È la tesi di M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., spec. p. 229 ss., secondo cui l'esercizio del potere, in termini positivi o negativi (produzione o decisione di non produrre il relativo effetto), produrrebbe una preclusione al riesercizio della situazione giuridica di potere in questione da parte della P.A. in ragione della struttura normativa del potere amministrativo. La disciplina relativa al suo esercizio prevede, infatti, un procedimento che porta ad una decisione, la quale deve essere corredata da una motivazione, alla decisione stessa collegata. Come tale, la motivazione viene intesa come discorso giustificativo della decisione, il quale, secondo l'A., proprio in ragione di tale carattere, non consisterebbe nell'esternazione dei motivi che hanno indotto l'Amministrazione ad adottare un determinato atto, ma nell'esternazione di quelli che, a suo dire, sono i presupposti e le ragioni – quindi, tutti i possibili presupposti e le possibili ragioni – della decisione entro il contesto normativo e fattuale in cui essa è concretamente assunta. La preclusione consisterebbe allora in ciò, che, a seguito dell'annullamento dell'atto, l'Amministrazione non potrebbe riadottarlo (produrre il medesimo effetto precettivo, ovvero rifiutarsi nuovamente di produrlo) sulla base di ragioni non previamente espresse (salvo, ovviamente, l'intervento di sopravvenienze rilevanti). Inoltre, e ciò che qui più interessa, anche in caso di potere discrezionale, il suo esercizio determinerebbe in ogni caso l'esaurimento della discrezionalità, e quindi comporterebbe l'ammissibilità, nel caso concreto, dell'azione di adempimento ai sensi dell'art. 31, co. 3, c.p.a. (si badi che, secondo Trimarchi, in tale scenario, rimarrebbe comunque ferma la possibilità per tutte le parti, inclusa l'Amministrazione, di allegare anche elementi ulteriori nel relativo giudizio, al fine di dimostrare la fondatezza o infondatezza dell'azione stessa, una volta ammessa; ciò in quanto verrebbe in questione, in tal modo, non il riesercizio del potere, ma soltanto il proprio diritto di difesa processuale). Per approfondimenti, si rimanda *Potere*, I, cit., p. 358 ss., ove la tesi in questione è stata compiutamente esaminata.

82 Nello specifico, secondo quanto espresso da M. Trimarchi in *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 127 ss., il procedimento non sarebbe il luogo del potere, ma il luogo della funzione, che si manifesta attraverso una decisione. Quest'ultima viene però considerata dall'A. espressione di un'attività di scelta discrezionale, che forma la regola di preferenza, all'esito della quale è possibile produrre l'effetto (siamo quindi all'interno di modello procedurale considerato in chiave determinativa). In questo senso, l'esaurimento (non del potere, che pure viene postulato ne *L'inesauribilità*, *loc. ult. cit.*, come visto alla nota precedente, quanto piuttosto) della *funzione*, determina a sua volta, nel pensiero di Trimarchi, la decadenza dalla determinazione della decisione; determina, cioè, volendo riprendere la distinzione prospettata sempre *supra*, nt. 51, il passaggio della regola discrezionale, da un modello procedurale di tipo

dentemente una preclusione sostanziale non tanto all'esercizio del potere (che pure, invero, dalla conclusione dell'azione viene fatta conseguire), quanto alla insostituibilità del giudice alla scelta discrezionale, che verrebbe quindi ammessa una volta verificatasi la preclusione[83].

Per tale via, tuttavia, si conferisce un rilievo massimo alla scelta discrezionale prima dell'esercizio del potere, e sostanzialmente nullo dopo, potendo la stessa essere sostituita dal giudice. Più nello specifico, può dirsi che, delle due alternative che, nella descritta chiave di lettura, vengono presupposte al fine di regolare il rapporto tra amministrazione e giurisdizione, l'una nel senso di attribuire al giu-

---

determinativo, ad un modello di accertamento. Sul punto cfr. subito di seguito, nel testo e alla nota successiva.

83 Di fatto, secondo Trimarchi, l'esercizio del potere determina l'operatività della regola di preferenza discrezionale ancorché non ancora o compiutamente definita; elimina, cioè, il carattere discrezionale della scelta, che può essere quindi inclusa nell'attività di accertamento del giudice (cfr. la nota precedente). Evidenti sono i punti di contatto con la nostra tesi, così come altrettanto evidenti sono le differenze. Rispetto alla prospettiva dell'A., in effetti, a noi sembra più ragionevole ritenere che: l'operatività della regola di preferenza esiste in sé, e si giustifica su base procedurale; l'esercizio della funzione fa solo accedere al sindacato giurisdizionale; la presunta preclusione non crea quindi alcunché, cosicché da essa può del tutto prescindersi; la spendita della discrezionalità in giudizio, con mezzi processuali – che, si badi bene, anche Trimarchi ammette senza problemi da parte della P.A. – non deriverebbe dalla 'trasformazione' della norma discrezionale in regola vincolata, a seguito dell'esercizio del potere, ma sarebbe conseguenza del carattere procedurale della discrezionalità; di conseguenza, sussiste comunque, rispetto al giudice, il limite, tuttavia procedurale, della discrezionalità non esaurita, superabile però, in quanto appunto procedurale, nel corso del processo. Opinare diversamente, come spiegato subito di seguito nel testo, porta al risultato, difficilmente condivisibile, che la scelta discrezionale, massimamente protetta prima dell'esercizio del potere, non lo è più dopo (quindi, di fatto, non lo sarebbe mai, considerato che il giudice amministrativo può conoscere solo di poteri esercitati). Tale contraddizione, peraltro, non è portata alle sue estreme conseguenze dallo stesso Trimarchi, che afferma che il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione laddove sia stato adottato un provvedimento in forma semplificata, ovvero vi sia necessità di un'ulteriore attività istruttoria, cosicché la 'trasformazione' della norma discrezionale in regola vincolata è evitata se si ravvisa una delle necessità indicate. Sussistono, quindi, limiti all'esaurimento della discrezionalità corrispondenti al superamento in concreto dell'astratta considerazione della decisione siccome esaustiva. Ciò però a noi pare dimostrare, ancora una volta, la correttezza della nostra impostazione: non vi è, cioè, un esaurimento della discrezionalità, ma semplicemente la decisione, in quanto tale, si presume in astratto esaustiva rispetto al proprio oggetto, sin tanto che non è dimostrato, e nei limiti in cui possa essere dimostrato, il contrario, e che quindi l'esaustività è sovvertita in concreto. Se così è, però, devono valere anche le ulteriori conseguenze che da ciò derivano, per come riprese subito di seguito, nel testo.

dice la piena sostituibilità su ogni aspetto della decisione amministrativa, l'altra nel conformare il potere amministrativo in modo che lo stesso si esaurisca prima del giudizio, si opta per la seconda, ma di fatto si finisce per ricadere nella prima, nel momento in cui, quando il potere è esercitato (cioè in sé potenzialmente sempre, non potendo altrimenti accedersi al sindacato giurisdizionale), la preclusione consente al giudice di sostituirsi alla scelta discrezionale dell'Amministrazione.

Invero, l'utilizzo in questo senso della preclusione non risulta come tale accoglibile, né, del resto, si presenta in sé necessario. Ciò da cui l'impostazione rappresentata muove è infatti, nella sostanza, l'esigenza di assicurare che, per la via indicata, il giudice non si fermi ad una scelta discrezionale scorrettamente effettuata per ritenere che la discrezionalità non sia esaurita in concreto. Tale esigenza è senza dubbio condivisibile, ma non può fondarsi su una preclusione che scaturirebbe dal riferimento alla struttura normativa della funzione, e alla conseguente esplicazione della decisione, giacché detto riferimento non giustifica, in sé, l'esistenza di alcuna conseguenza preclusiva. Semplicemente, deve dirsi che la decisione, in quanto tale, si presume in astratto esaustiva rispetto al proprio oggetto, nei termini già considerati rispetto alla sua contestazione.

Ora, il carattere dell'esaustività è in sé comunque sufficiente a garantire l'esigenza rappresentata in ordine al sindacato del giudice. Ciò vale però, a sua volta, nei termini in cui detto carattere si esplica, e, quindi, sin tanto che non sia proposta, nella contestazione della relativa decisione, una censura da cui risulti dimostrato il contrario, in ragione della considerazione di profili ed elementi correlati ad ulteriori margini di scelta discrezionale[84]. Se, dunque, la dimostrazione in questione viene fornita, l'esaustività è sovvertita in concreto, e la scelta, che man-

84 Si è detto, infatti, *supra*, par. 4.1, nt. 65, come la circostanza che la decisione si presuma in sé esaustiva rispetto al suo oggetto significhi soltanto che la dichiarazione della sussistenza o insussistenza della situazione giuridica è prefigurata dalla legge come compiuta sulla base della ricognizione di ogni elemento che, alla stregua della norma giuridica che prevede l'effetto giuridico azionato, ha rilevanza in ordine alla sua sussistenza. La presunzione, sotto questo profilo, non soltanto può essere vinta in concreto, ma si esplica in sé sotto un mero profilo logico-astratto, nel senso che non vi è, in sé, necessariamente un onere dell'autorità procedente di ricercare tutti i fatti, né un onere dell'autorità decidente di decidere su tutti i fatti a pena di decadenza; essa riveste, ad ogni modo, particolare rilievo in presenza di un limite cognitorio di carattere astratto, quale quello delle discrezionalità non esaurita, nella rideterminazione della regola a seguito della sua contestazione. In proposito, cfr. quanto rappresentato ancora *supra*, par. 4.1, ivi, e diffusamente nel testo e alla nt. 66.

ca o è incompleta, non può essere effettuata dal giudice, mancando il dato normativo ad essa corrispondente: la protezione normativa dell'interesse, a fronte di un potere discrezionale, garantisce infatti una pretesa alla produzione/non produzione del relativo effetto solo in relazione al carattere procedurale della relativa situazione, non anche l'operatività della definizione della regola discrezionale rispetto alla dimensione prettamente sostanziale della situazione stessa, nei termini che si sono indicati[85-86].

85 Del resto, può aggiungersi, la dottrina in esame non è essa stessa rigida nella previsione della sostituibilità del giudice. Come infatti evidenziato sopra, in nota, per la tesi in questione, nell'ipotesi in cui sia necessaria una nuova istruttoria, il giudice dovrebbe necessariamente arrestarsi rispetto alla condanna dell'Amministrazione all'adozione del provvedimento. Del pari, in caso di provvedimento in forma semplificata, la non esaustività della decisione si verrebbe di fatto a ricavare dal tenore di questo tipo di provvedimento, impedendo l'esaurimento della funzione. Inoltre, su un piano differente, viene comunque consentito, alla stessa Amministrazione, di allegare elementi ulteriori in giudizio, quale esercizio del suo diritto di difesa. Ora, ferme le precisazioni che da parte nostra si è avuto modo di effettuare su tali punti nella sede in cui tale tesi è stata compiutamente esaminata (*Potere*, I, cit., p. 358 ss.), è evidente che, per la via appena rappresentata, le due impostazioni, la nostra e quella di cui si sta discorrendo, potrebbero, quantomeno in parte, ricongiungersi nei loro risultati. In tal modo, però, a nostro avviso dimostrando appunto la non necessarietà di ricorrere ad una presunta preclusione sostanziale; e l'esigenza di considerare, corrispondentemente, non esaurita (ma esauribile in giudizio) la staticizzazione della regola discrezionale rispetto alla quale, nei termini riferiti, si determini la necessità di (ri)definizione.

86 Non ci si sofferma poi, in via generale, sulla maggiore coerenza, e sui vantaggi, di un'impostazione che prescinda da una *preclusione sostanziale*, rispetto ad una che vi faccia invece riferimento, la quale finisce inevitabilmente per presentare problematiche in ordine alla parità delle parti (di tutte le parti, inclusi i controinteressati) rispetto alla preclusione stessa, nonché all'individuazione dell'effettiva direzione della conseguenza preclusiva (a tutto voler concedere, infatti, la preclusione è pensata in relazione alla mera negazione di produzione di un singolo effetto; nel momento in cui vi è la possibilità di produrre una pluralità di effetti, soprattutto per l'ipotesi in cui debba intervenire una scelta discrezionale, la questione si complica). Si è, infatti, già avuto modo in altra sede di stigmatizzare il ricorso, al fine di ottenere l'esaurimento del potere amministrativo, a preclusioni di ordine sostanziale, in quanto il loro esito risulta eccessivamente rigido, e non tiene necessariamente in conto le esigenze dei controinteressati; tant'è che le differenti tesi che si sono registrate sul punto ricorrono spesso a temperamenti e correttivi, di modo da evitare conclusioni non aderenti a quella che è l'effettiva declinazione della controversia tra le parti in ordine all'esercizio del potere (inclusa quella di Trimarchi, decisamente avvertita di tali profili, ove la preclusione è da tale A. concepita in maniera peculiare, ed anzi, come detto nel testo, l'impostazione stessa finisca per meglio attagliarsi ad un contesto che prescinda, in realtà, dalla presenza di un'effettiva preclusione).

5. Rilievo delle situazioni prettamente procedurali nella struttura normativa della funzione

La situazione giuridica di potere, che in via generale è stata qualificata come modalità deontica di un atto precettivo, si è venuta dunque a declinare, con riferimento al diritto amministrativo, su un piano procedurale, quale obbligo di produzione/non produzione dell'effetto precettivo corrispondente al potere attribuito all'Amministrazione. La fattispecie della situazione giuridica, in ragione del

---

Risulta chiaro, in effetti, che, nel momento in cui si postula una preclusione di carattere sostanziale in una particolare direzione, si rischia di svalutare il concreto declinarsi dei rapporti tra le parti nella realtà sostanziale, e, conseguentemente, anche la considerazione dell'effettiva spettanza dell'utilità finale a chi beneficia della preclusione. Si finisce cioè, nella sostanza, per adottare una logica (quantomeno latamente) *sanzionatoria* nei confronti della P.A. nell'esercizio del potere, rispetto alla quale la parte interessata può trarre vantaggio: ne deriva così una *supervalutazione* delle ragioni del privato ricorrente, che, nell'ambito di tale rappresentazione, potrebbe vedersi riconosciuto più di quanto gli spetta; e una conseguente svalutazione della dialettica giudiziale in ordine alla rappresentazione della controversia, e così delle ragioni di tutte le parti, con particolare rilievo, come detto, dei controinteressati, che dell'esercizio del potere non possono disporre. Sul punto, si rimanda a quanto da noi ampiamente considerato in *Potere*, II-1, cit., p. 7 ss.; *Considerazioni su preavviso di rigetto e preclusioni*, in *Dir. e proc. amm.*, 2024, p. 533 ss.

Ad ogni modo, il problema deve considerarsi superato a seguito della modifica intervenuta sull'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, ad opera della l. 11 settembre 2020, n. 120, che ha previsto che, in caso di annullamento in giudizio del provvedimento adottato a seguito della dialettica procedimentale preavviso di rigetto-osservazioni dell'istante-risposta dell'Amministrazione in motivazione, la P.A., nell'esercitare nuovamente il suo potere, «*non possa addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*». La previsione in esame ha infatti sì introdotto una preclusione sostanziale, ma questa, oltre ad operare nel riesercizio del potere a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'atto (senza dunque toccare non solo lo svolgimento del giudizio di condanna ad un *facere*, inclusa l'allegazione di elementi in giudizio e la portata precettiva della relativa sentenza, ma neppure l'esercizio dei poteri di secondo grado), viene riferita ai soli casi in cui possa esservi in astratto (i procedimenti ad istanza di parte), e si sia effettivamente svolta in concreto, la dialettica procedimentale indicata, e – soprattutto – lasciando fuori dalla conseguenza preclusiva qualsiasi elemento che non possa considerarsi, secondo l'espressione della norma, *emergente* dall'istruttoria già compiuta. Si esclude così, per tale via, che possano ricevere positivo riscontro tutte le tesi in cui viene ipotizzata una preclusione di carattere sostanziale più o meno generale, che si verifichi *one shot*, qualsiasi ne sia il fondamento (oltre a quella di Trimarchi, qui ricordata, anche quella ipotizzata da M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 115 ss., peraltro dal medesimo A. più volte rimodulata e finanche abbandonata a favore di una definizione in via giudiziale della fattispecie controversa, in ragione dell'evoluzione del sistema nel corso degli anni). Se infatti una preclusione, riferibile ad un solo atto di esercizio del potere, è espressamente disciplinata, e limitata, nei termini di cui all'art. 10 *bis*,

rilievo in questo senso della struttura normativa della funzione, è costituita, corrispondentemente, dagli elementi, discrezionali e vincolati, idonei a definire l'obbligo stesso, caratterizzando quest'ultimo in positivo, in caso di loro sussistenza, ovvero in negativo, in caso di loro insussistenza.

Le norme che definiscono la fattispecie della situazione giuridica di potere, in questo senso intesa, sono le norme sostanziali sulla produzione. Non vengono in conto, invece, a tali fini, le norme formali/procedurali, che non concernono la sussistenza della situazione di potere, ma ineriscono al suo esercizio[87]. La produzione dell'effetto rispetto alla sussistenza dell'obbligo di non produrlo, così come la non produzione dell'effetto rispetto alla sussistenza dell'obbligo di produrlo, a loro volta, ledono la corrispondente pretesa rispettivamente alla non produzione e alla produzione dell'effetto; l'erroneità nelle modalità formali di esercizio del potere non incide invece su tali profili, cosicché, rispetto all'interesse sostanziale del singolo, la lesione formale/procedurale non può determinare l'annullamento dell'atto.

Non può ritenersi, però, che un vizio formale, ancorché non incidente sul contenuto sostanziale della decisione, non rivesta alcuna rilevanza. Le norme formali sulla produzione caratterizzano il modello di produzione quale modello processuale di accertamento, il quale, come detto, è ciò che determina il carattere procedurale delle stesse situazioni giuridiche, con quanto da ciò consegue.

L'interesse del soggetto che si appunta sulle norme formali sulla produzione può dirsi allora caratterizzare situazioni di carattere procedurale astratto, prettamente procedurali, rivolte alla correttezza formale della decisione. La loro lesio-

---

l. n. 241/1990, non può ammettersi che un'analoga preclusione, avente portata più pregnante e generalizzata, trovi riscontro nel nostro ordinamento; opinando in quest'ultimo senso, il dettato del nuovo periodo dell'art. 10 *bis* risulterebbe sprovvisto di qualsiasi valore precettivo. Di talché, l'art. 10 *bis*, nella sua rinnovata formulazione, più che costituire il fondamento su cui basare una generale connotazione preclusiva del riesercizio del potere, finisce allora in realtà per sancire, attraverso una preclusione limitata, il principio generale opposto; nel senso che, cioè, il riesercizio del potere, a seguito dell'annullamento dell'atto, non sarà mai precluso dal mero fatto di essere già stato esercitato, se non negli specifici termini e limiti previsti dalla norma (nel medesimo senso, cfr. V. Cerulli Irelli, *Verso nuovi assetti del potere amministrativo e della tutela delle situazioni protette?*, in *Pers. Amm.*, 2/2021, p. 525).

87 Per un ampio approfondimento di tale profilo, sia consentito rinviare a *Potere*, I, cit., p. 61 ss.; II-2, cit., p. 279 ss.

ne prescinde dal contenuto dispositivo della decisione, che può essere corretto pur se non viene osservata una norma formale, e dall'eventuale sussistenza o lesione di una situazione a rilievo sostanziale, che può mancare. La relativa violazione attiene cioè, in sé, solo al piano procedurale astratto.

Ciò caratterizza anche l'erroneità della motivazione. In merito ad essa, va infatti evidenziato come, pur se il singolo motivo riguardi la sussistenza o meno di un elemento sostanziale, la motivazione, in sé, concerne sempre la relativa rappresentazione: ancorché quest'ultima sia erronea, se è corretta la decisione sulla sussistenza/insussistenza della situazione giuridica (perché sussistono altri elementi alternativi/mancano altri elementi cumulativi della fattispecie), l'erroneità del motivo non incide, per definizione, sulla correttezza sostanziale della decisione medesima, e viene invece in rilievo sotto il profilo formale del corrispondente discorso giustificativo, in relazione ad una siffatta rappresentazione[88].

La rilevanza, e l'effettiva consistenza, delle situazioni giuridiche prettamente procedurali dipendono poi, a loro volta, dal modello di produzione a cui si fa riferimento, il quale, in relazione alla funzione amministrativa, si è detto essere costituito da un modello processuale di accertamento, fondato, in via generale, su un contraddittorio collaborativo-garantistico.

In disparte la specifica declinazione delle singole garanzie procedurali attinenti a tale modello, va detto come, rispetto ad esse, si debba distinguere tra gli elementi che attengono a profili relativi alla *non obliterabilità dei caratteri essenziali della funzione*, e gli elementi formali e procedurali a cui è invece *estraneo tale carattere*.

Ora, secondo i canoni processuali precedentemente rappresentati, gli elementi relativi alla non obliterabilità devono considerarsi, *sotto il profilo soggettivo*, l'esplicazione nei propri confronti del *contraddittorio procedimentale*, per come potenzialmente influente sul contenuto della decisione, nei termini propri di un modello processuale collaborativo-garantistico[89]; *sotto il profilo oggettivo*, la *sussi-*

88 Sul punto, si veda quanto ampiamente considerato in *Potere*, II-2, cit., p. 392 ss., a cui in queste sede si rimanda. Cfr. poi in particolare A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 399 ss.

89 Il contraddittorio, come considerato *supra*, par. 3, ntt. 32-35, può infatti esplicarsi in varie modalità, trovando riscontro fintanto che l'apporto partecipativo non possa essere obliterato dall'autorità procedente. In questo senso, come visto, si sono indivuduati due modelli, quello

stenza della motivazione della decisione, la cui presenza consente il collegamento tra l'attività di accertamento, compiuta nel procedimento, e la decisione sulla situazione, che dell'accertamento è ad oggetto[90]. Gli altri vizi procedurali, invece, non parteciperebbero del medesimo ruolo rispetto alla funzione.

In questi termini, solo per la prima tipologia di elementi, e non anche per la seconda, deve essere assicurata in ogni caso un'autonoma tutela di invalidazione dell'atto, perché, appunto, nell'ipotesi in questione, non vi sarebbe semplicemente una funzione scorrettamente esercitata sotto il profilo formale/procedurale, ma si assisterebbe alla piena obliterazione dei caratteri essenziali della funzione[91]. In quest'ottica deve dunque essere letto anche l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, il quale, limitando l'annullabilità dell'atto per vizi formali o procedu-

---

prettamente garantistico, corrispondente, essenzialmente, alle garanzie del processo giurisdizionale (più nello specifico, a quelle riscontrabili nell'art. 6 CEDU, in sè considerato); e quello collobarativo-garantistico, ove l'autorità decidente non è pienamente separata dal soggetto procedente, in quanto la separazione è solo eventuale, e non è comunque perfetta sotto il profilo strutturale, ma la partecipazione delle parti non può comunque essere obliterata (è, questo il modello corrispondente al modulo generale dell'azione amministrativa). L'articolazione delle singole garanzie inerenti al contraddittorio risulta differente in relazione al modello preso in considerazione: in particolare, nel modello collaborativo-garantistico, rilievo pregnante è conferito all'esplicazione del contraddittorio verticale (ad es., per il procedimento amministrativo, obbligo di motivazione in ordine agli apporti partecipativi, preavviso di rigetto dell'istanza, ecc.). Lo stesso può dirsi per la loro consistenza interna, dipendendo, la relativa declinazione, dal rilievo teleologico che la partecipazione è strutturalmente idonea a rivestire nel modello in questione: essa assume, infatti, una declinazione correlata ad una partecipazione in sé considerata, per il modello di tipo prettamente garantistico; ovvero una declinazione corrispondente ad una partecipazione considerata in ragione del suo apporto specifico, per come potenzialmente rilevante sulla decisione, per il modello improntato al canone collaborativo-garantistico. In questo senso, anche la violazione del contraddittorio si ha, nel primo caso, quando, in ragione del vizio procedurale, la partecipazione non sia stata espletata (cosicché non vi sarebbe violazione qualora, pur in presenza del vizio, la partecipazione sia comunque avvenuta); nel secondo caso, invece, quando, in ragione del vizio procedurale, non sia stata espletata una partecipazione *potenzialmente influente*, nel caso di specie, sul contenuto della decisione (cosicché, secondo quanto si dirà di seguito nel testo, per escludere la violazione del contraddittorio, è sufficiente che la violazione non potesse essere potenzialmente influente). Sul punto, cfr. *Potere*, II-2, cit., pp. 283 ss. e 348 ss.

90 La sussistenza della motivazione corrisponderebbe dunque, in questi termini, ad un elemento essenziale dell'atto, di carattere formale, in ragione appunto del ruolo che la motivazione svolge nell'esplicitazione della funzione: cfr. di seguito, nel testo.

91 Per le considerazioni che seguono, cfr. ampiamente *Potere*, II-2, cit., pp. 372 ss. e 436 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 237 e 246 ss.

rali per l'ipotesi in cui il contenuto della decisione sia corretto (e quindi non vi sia lesione della corrispondente situazione di pretesa sostanziale), stabilisce anche i termini di rilevanza, e di consistenza, delle situazioni giuridiche (prettamente) procedurali che fanno riferimento alla funzione amministrativa.

La tutela di invalidazione, in particolare, deve reputarsi esprimersi nelle seguenti modalità.

Per i vizi inerenti al contraddittorio, essa risulterebbe definita dal secondo periodo dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990. Questo, nell'interpretazione da noi sostenuta, non consente alla *potenziale influenza* sulla decisione di sfociare nell'*effettiva verifica* di un contenuto differente della decisione stessa[92]. La potenziale influenza, in questo senso, va verificata in concreto, ma è determinata dalla semplice rilevanza di profili ed elementi (attinenti ad aspetti vincolati o discrezionali della decisione) che il privato avrebbe allegato in sede procedimentale e che l'Amministrazione non ha comunque vagliato al fine dell'adozione della decisione; non potrebbero essere addotti invece, da parte della P.A., ai fini della dimostrazione della correttezza della decisione, motivi ulteriori rispetto a quelli fatti propri dalla motivazione dell'atto, e l'oggetto del giudizio non potrebbe essere esteso, in questo senso, alla situazione sostanziale. L'accoglimento della doglianza comporterebbe, di conseguenza, l'annullamento dell'atto per la sussistenza di un vizio procedimentale potenzialmente influente sulla decisione, con rinvio all'ordine procedurale amministrativo per l'adozione di una nuova determinazione[93].

---

92 Cfr. *Potere*, II-2, cit. pp. 385 ss. e 440 ss.; *Il contraddittorio*, cit., p. 246 ss.

93 In questo modo, si assicura un'autonoma tutela di annullamento per le situazioni procedurali inerenti al contraddittorio, giacché, seppure si deve valutare la potenziale influenza della violazione procedurale sul contenuto della decisione, questa non sfocia in un accertamento dell'*effettiva* influenza su di esso, che sposterebbe, evidentemente, la lesione, e la relativa tutela, direttamente sulla situazione di pretesa sostanziale.

Le considerazioni sin qui effettuate sono poi riferite, come detto (cfr. subito sopra, in nota), al modello procedurale generale dell'azione amministrativa. Qualora venga in rilievo, invece, un modello processuale prettamente garantistico, fermo restando quanto rappresentato in ordine al generale inquadramento e ai termini di rilevanza delle tipologie di situazioni procedurali, lo scenario si pone in maniera differente sotto il profilo della diversa consistenza delle situazioni in questione, come pure si è avvertito: in tal caso, infatti, il riscontro della violazione è determinato dalla mancata possibilità di fruizione, in ragione del vizio occorso, della garanzia procedurale, in sé considerata, a prescindere dalla sua influenza sull'esito della decisione; il vizio comporta comunque l'annullamento del provvedimento impugnato, salvo, appunto, che della garanzia si sia comunque fruito (il modello è, in altri termini, quello espresso dall'art. 156, co. 3, c.p.c.). Lo

In questo senso, dunque, il secondo periodo dell'art. 21 *octies*, co. 2, differisce dal primo periodo della medesima disposizione, riferibile invece agli altri vizi formali o procedurali. Questo segue, al contrario, la logica opposta, consentendo, appunto, l'estendibilità dell'oggetto del giudizio alla pretesa sostanziale e la conseguente allegazione di tutti gli elementi rilevanti in giudizio, anche ulteriori rispetto a quelli espressi nella motivazione dell'atto. La violazione procedurale semplice è quindi recuperata nel processo, ove si rivaluta la situazione sostanziale in questione. Si esclude così, corrispondentemente, in questa ipotesi, l'annullabilità dell'atto che non dipenda da una lesione della situazione sostanziale (e quindi da una decisione *sostanzialmente* scorretta, perché dispone di produrre/non produrre l'effetto invece di non produrlo/produrlo). La rilevanza della lesione di tali situazioni procedurali può allora ricevere riscontro, in via generale, solo nella tutela per equivalente, e quindi nella possibilità di integrazione, in una siffatta evenienza, di una pretesa *risarcitoria*.

Il profilo dell'obliterazione della funzione sotto il profilo oggettivo verrebbe invece in questione, come detto, al cospetto di un provvedimento non motivato. L'assenza di motivazione – a differenza della mera scorrettezza della stessa – si avrebbe, nello specifico, nel caso in cui l'enunciato corrispondente alla motivazione non sia presente, oppure si risolva in una formula di stile, non indicante alcun presupposto di fatto e alcuna ragione di diritto che possa astrattamente porsi, ri-

---

stesso accade, va aggiunto, con riferimento ad una decisione assunta nell'ambito di un modello procedurale collaborativo-garantistico, in relazione a quelle violazioni che sono state sottratte all'applicazione della non annullabilità ai sensi dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, o attraverso una deroga espressa, oppure attraverso una particolare previsione di nullità dell'atto, che elimina strutturalmente la riferibilità alla non annullabilità: in tali ipotesi, infatti, deve ritenersi essersi al cospetto di specifica scelta normativa in senso garantistico, in ordine alla garanzia in questione. In particolare, la prima delle due evenienze prospettate è ciò che si riscontra con la modifica dell'art. 21 *octies*, co. 2, intervenuta ad opera della l. n. 120/2020: questa ha infatti introdotto una *terza parte* al co. 2 appena richiamato, attraverso la quale si è escluso, per le violazioni inerenti all'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, concernenti la particolare modalità procedurale del preavviso di rigetto, l'applicabilità della seconda parte del medesimo comma, e quindi la regola della non annullabilità dell'atto nella sua declinazione riferita alla violazione delle norme inerenti al contraddittorio procedimentale; in questo modo, il vizio procedurale (l'omissione del preavviso di rigetto) è stato considerato in sé sufficiente ad integrare la violazione del contraddittorio (a prescindere dalla potenziale influenza sulla decisione, che non va quindi vagliata).

spetto ad una correlata attività verificativa, a fondamento della decisione[94], senza che le ragioni della decisione stessa siano state rappresentate, in quanto tali, in altri atti del procedimento. In questi termini, mancherebbe il collegamento tra l'accertamento come attività di verificazione e l'accertamento come contenuto della decisione, con conseguente obliterazione del carattere strutturale della funzione quale improntata ad un modello procedurale di accertamento.

In ragione del ruolo che la motivazione svolge nell'esplicitazione della funzione, deve allora considerarsi mancante, in tale ipotesi, un elemento essenziale, di carattere formale, dell'atto. Il provvedimento adottato, di conseguenza, sarebbe nullo, a norma dell'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990[95]. La nullità, a sua volta, varrebbe in ogni caso, giacché il riferimento dell'art. 21 *octies*, co. 2, è rivolto unicamente

94 Per tali categorie, si veda M. Taruffo, *Motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 784 ss. All'evenienza descritta nel testo dovrebbe ricondursi anche la disomogeneità e mancanza di collegamento tra motivazione e dispositivo (si badi, sotto un profilo unicamente esterno, non sotto quello della contraddittorietà, incongruenza o incoerenza interna dei relativi elementi), salvo non ricadersi in una mera erroneità materiale nell'indicazione contenuta nel dispositivo stesso.

95 Si veda *Potere*, II-2, cit., pp. 408 e 413 ss.

In generale, va rilevato come in dottrina si registri la posizione che vede nell'assenza della motivazione un vizio di nullità del provvedimento per mancanza, sotto vario profilo, di un elemento essenziale dell'atto: si vedano, in questo senso, con differenti declinazioni e ambiti di estensione, in particolare M. D'Orsogna, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 365; A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, pp. 284 ss. e 295; per l'ipotesi in cui il vizio della motivazione impedisca la conoscibilità delle ragioni della decisione G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 885 ss. e 904 ss.; quantomeno per la parte di motivazione necessaria all'identificazione del potere esercitato L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 1197 ss.; come possibilità anche D.U. Galetta, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedimentali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, *Quad. Foro amm.-TAR*, Milano, 2006, p. 100 ss. La tesi per cui l'assenza, o anche solo del vizio, di motivazione, comporterebbe la nullità per mancanza di un elemento essenziale dell'atto, non ha trovato, ad ogni modo, generale riscontro, come noto: si vedano, in giurisprudenza, *ex multis* Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 94; TAR Piemonte, sez. I, 9 novembre 2005, n. 3501; sulla non riconducibilità della motivazione ad un elemento essenziale, tra gli altri, F. Cardarelli, *Motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 423 ss.; M.C. Cavallaro, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, p. 60 ss.; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, pp. 209-210.

all'atto annullabile. Anche tale evenienza, in ragione del rilievo sulla funzione, consentirebbe poi di ottenere il rinvio all'ordine procedurale amministrativo, senza, cioè, che la fattispecie sostanziale (obbligo di produrre/non produrre l'effetto) sia definita in sede giudiziale.

A quest'ultimo proposito, può ritenersi infatti che la distinzione delle prime due parti del co. 2 dell'art. 21 *octies*, per come da noi valorizzata nei termini appena spiegati, proponga una differenziazione che, oltre a trovare applicazione con riferimento alla specifica ipotesi considerata – concernente la declinazione, in rapporto con il relativo trattamento dell'invalidità degli atti, della rilevanza, e della consistenza, delle differenti tipologie di situazioni giuridiche contemplate dalla norma, nell'ambito procedurale di riferimento – risulta idonea ad assumere anche un ruolo di maggiore pregnanza all'interno della nostra ricostruzione. La distinzione presente nella disposizione in esame può, cioè, ritenersi espressione di un principio più generale, di *non obliterazione dei caratteri essenziali della funzione*, che si esplicherebbe nel senso di *evitare tale obliterazione, attraverso la necessaria possibilità di rimessione all'ordine procedurale amministrativo*, per l'ipotesi in cui manchi la riconoscibilità della funzione quale modello processuale di accertamento[96].

In questo più ampio senso, il principio in questione si deve reputare trovare applicazione non solo per l'obliterazione del rilievo strutturale della funzione sotto il profilo soggettivo, coincidente, come detto, con la violazione della situazione concernente l'esplicazione, nei propri confronti del contraddittorio procedimentale; ma, appunto, anche sotto quello oggettivo, rappresentato dall'assenza completa di motivazione del provvedimento, per cui, in ragione dei caratteri che a quest'ultima si sono riconosciuti, non risulterebbe garantito, nella manifestazione della decisione, il collegamento tra accertamento come verificazione e accertamento come contenuto dell'atto. Ciò, va aggiunto, a prescindere dalla considerazione che riceve, nelle relative ipotesi, il trattamento dell'invalidità del provvedimento (annullamento o nullità). In ogni caso, vi potrà essere, così, la tutela conseguente all'invalidazione dell'atto; e potrà esservi comunque *rimessione* all'ordine procedurale amministrativo, in ragione della sua precedente obliterazione.

96 *Potere*, II-2, cit., p. 417 ss.

L'autonoma tutela di invalidazione, con eventuale rinvio all'Amministrazione, è ciò che quindi consegue all'obliterazione dei caratteri essenziali della funzione amministrativa.

In definitiva, può dunque concludersi nel senso che, nella nostra ricostruzione, pur incentrata sulla situazione a rilievo sostanziale che si pone in rapporto con il potere amministrativo, e sulla possibilità che essa sia posta ad oggetto del giudizio, non viene negata la rilevanza delle situazioni di carattere procedurale, e delle esigenze collegate alla correttezza procedimentale.

Nella prospettiva rappresentata, infatti, dette situazioni ricevono rilievo *in diretta correlazione con l'espressione del valore sotteso al modello strutturale della funzione*, giacché il profilo in questione, per rimanere intatto, implica *un limite alla possibilità di sopperire, in via giudiziale, all'obliterazione del modello processuale di accertamento proprio della funzione amministrativa*.

Sotto un profilo più generale, ed esterno alla funzione, il rilievo delle situazioni procedurali è poi assunto in ogni caso dal sistema, in ragione della circostanza per cui la violazione di una delle situazioni in questione comporta comunque conseguenze, come detto, in ordine alla responsabilità del relativo comportamento lesivo. La lesione di una situazione giuridica procedimentale, ancorché non inerente all'obliterazione dei caratteri essenziali della funzione (e, quindi, non idonea a comportare l'annullamento con rinvio all'ordine amministrativo), deve cioè comunque essere considerata *risarcibile*, in sé considerata (si pensi, in questo senso, ad una motivazione, presente ma scorretta in ordine ai presupposti enucleati, rispetto alla quale la decisione adottata si riveli tuttavia sostanzialmente corretta; ovvero al caso del danno da c.d. mero ritardo; ecc.)[97].

6. Considerazioni sistematiche conseguenti

La generale ricostruzione che si è data del potere e della funzione ha dunque consentito una rappresentazione dei rapporti che ineriscono alla funzione amministrativa, e, nella sostanza, un complessivo inquadramento dell'intero sistema proprio del diritto amministrativo.

La struttura normativa della funzione, nel rilievo che si è ritenuto di doverle conferire, è, in tale prospettiva, il profilo su cui viene a fondarsi il sistema am-

97 Cfr. ancora *Potere*, II-2, cit., p. 454 ss., ed ivi i relativi approfondimenti e riferimenti.

ministrativo. Il potere, e le posizioni che rispetto ad esso si correlano, costituiscono il fulcro da cui, sotto un profilo metodologico, la ricostruzione di detto sistema è dovuta partire, e la nostra proposta è stata quella di ricondurre la loro caratterizzazione alla struttura della funzione, interpretandola nei termini rappresentati.

La situazione giuridica di potere, nella sua caratterizzazione procedurale, che connota corrispondentemente le situazioni che con essa si pongono in rapporto, sotto un profilo concreto, a rilievo sostanziale, ovvero astratto, prettamente procedurale, insieme con la caratterizzazione della discrezionalità, che sul medesimo piano procedurale trova la sua definizione, rappresenta la compiuta espressione dell'impostazione da noi adottata. La declinazione degli istituti giurisdizionali segue di conseguenza, quale aspetto che completa, sotto il profilo patologico, la ricostruzione sostanziale.

L'intero sistema, a questo punto, può essere inquadrato nella chiave di lettura proposta, anche rispetto ai profili ulteriori che sono idonei a completarne la rappresentazione.

a) Procedendosi in questo senso, si può, in primo luogo, delineare in maniera corrispondente anche la determinazione del piano *prettamente sostanziale* dell'agire amministrativo, che può comunque assumere, sotto taluni profili, una sua autonoma rilevanza, rispetto a quello procedurale (prettamente procedurale astratto, e procedurale concreto, a rilevo sostanziale).

Su piano prettamente sostanziale si possono infatti descrivere le situazioni *esterne alla funzione*, che come tali si caratterizzano in chiave residuale rispetto a quelle procedurali. Più nello specifico, la distinzione dei piani, per tale via, può chiarire in senso corrispondente, in generale, la differenziazione tra *diritti soggettivi* e *interessi legittimi*. Questi ultimi si qualificano, infatti, quali situazioni procedurali, di carattere astratto o concreto, nei termini anzidetti. I primi, invece, sarebbero comunque situazioni prettamente sostanziali, ancorché possano presentarsi come mediatamente collegati all'esercizio del potere (e, quindi, come tali, assoggettabili dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice

amministrativo)[98].

In tale prospettiva, sotto un profilo più particolare, la rilevanza del piano prettamente sostanziale permette di conferire rilievo *alla buona fede e alla correttezza* nel diritto amministrativo, senza per questo portare ad un'obliterazione del rilievo normativo della struttura processuale della funzione. La pretesa alla buona fede e correttezza, che può per tale via configurarsi in capo al privato, non sarebbe infatti in sé omnicomprensiva della sostanza del rapporto tra operatore e P.A., come è proprio di una prospettiva radicalmente sostanzialistica[99]; essa avrebbe, invece, la consistenza di situazione residuale, di diritto soggettivo collegato con il potere ma esterno alla sostanza strutturale della funzione, ravvisabile per il caso in cui l'interesse del privato non corrisponda né ad una pretesa a rilievo sostanziale (alla produzione/non produzione dell'effetto auspicato/non auspicato) né ad una pretesa procedimentale astratta (all'astratta correttezza del procedimento), ma si presenti comunque rilevante rispetto alla correttezza dell'agire amministrativo[100].

Ancora, la distinzione del piano prettamente sostanziale da quello procedurale è ciò che consente di fornire una specifica caratterizzazione della *responsabilità amministrativa*. Quest'ultima, facendo riferimento ad una responsabilità da esercizio di una funzione, la cui struttura normativa si caratterizza in senso processuale, può essere qualificata quale *responsabilità da attività procedurale* (in maniera non dissimile, in termini di principio, dalla caratterizzazione che andreb-

98 In proposito, cfr. *Potere*, II-2, cit., p. 486 ss.; *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità nel diritto amministrativo*, in *Pers. amm.*, 2023, 2, p. 648 ss.

99 Si veda, sul punto, *Potere*, II-2, cit., p. 477 ss.; *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità*, cit., p. 603 ss.

100 È questa l'ipotesi di una lesione derivante da una decisione sostanzialmente scorretta (si è prodotto/non prodotto un effetto che non andava/andava prodotto), ma favorevole, per cui la lesione non è né quella alla pretesa (procedurale) a rilievo sostanziale, la cui sussistenza non è fondata (non si aveva diritto alla produzione/non produzione dell'effetto), né quella ad una pretesa procedimentale astratta, considerato il relativo appuntarsi sulla scorrettezza appunto sostanziale della decisione. In tali ipotesi, non viene in conto un problema di validità dell'atto, ma si configura come risarcibile la lesione della buona fede e dell'affidamento. L'es., che solitamente si porta, è quello dell'annullamento d'ufficio, legittimo, di un atto favorevole, illegittimo, determinato dall'erroneità sostanziale della decisione sull'esercizio del potere, nel senso anzidetto. Cfr. ancora *Potere*, II-2, *loc. ult. cit.*; *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità*, *loc. ult. cit.*

be quindi conferita anche alla responsabilità del giudice). La responsabilità della P.A. potrebbe così prescindere, in questo modo, dalla dicotomia tra responsabilità extracontrattuale/da inadempimento di un'obbligazione (sostanzialistica), e trovare, corrispondentemente, una sua compiuta, e più precisa, collocazione (con relativa possibilità di declinazione del proprio statuto e della relativa disciplina)[101].

b) In secondo luogo, la caratterizzazione della funzione in chiave processuale consente anche di distinguere le *tipologie di funzioni* proprie, su un piano strutturale, della generale azione amministrativa, così definendo compiutamente il quadro complessivo di riferimento.

In questo senso, accanto alla funzione *ordinaria*, avente contenuto di accertamento rispetto alla sussistenza di una o più situazioni di potere, oggetto specifico della nostra trattazione, si sono potute individuare le seguenti tipologie generali di funzioni.

Da un lato, vi è una funzione che può dirsi *di secondo grado*, ove l'oggetto del procedimento è costituito dall'accertamento della/e situazione/i di potere di secondo grado (annullamento d'ufficio, convalida, ecc., quali poteri autonomi rispetto a quelli originari). Attraverso l'esercizio di tale funzione, e dei corrispondenti poteri, è possibile porre in discussione l'effetto di vincolo all'accertamento compiuto, che deve considerarsi prodotto dall'atto amministrativo esercizio del potere di primo grado[102], oppure far venir meno l'effetto costitutivo prodotto da detto provvedimento, in ragione di una sopravvenienza che supera l'accertamento precedente[103].

---

101 Anche su questo tema, si veda, per un approfondimento, *Potere*, II-2, cit., p. 489 ss.; *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità*, cit., p. 656 ss.

102 In ordine alla nostra ricostruzione, per cui, in considerazione della struttura normativa della funzione quale modello procedurale di accertamento, si può ricavare, in via funzionale, che il provvedimento produca un effetto dichiarativo, di vincolo all'accertamento sulla/e situazione/i giuridica/he di potere che ne è/sono ad oggetto (l'obbligo di produrre/di non produrre il/i relativo/i effetto/i), che può essere messo in discussione con il ricorso giurisdizionale o con l'esercizio del potere di secondo grado, si rimanda a *Potere*, I, cit., p. 496 ss.

103 Si veda in generale la ricostruzione effettuata in *Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado*, cit.; *Riesercizio del potere e poteri amministrativi di secondo grado*, in *Dir. amm.*, 2025, p. 1103 ss. Cfr. già *Potere*, II-2, cit., p. 460 ss.

Dall'altro, può individuarsi una funzione *esecutiva*, in cui l'esercizio del potere (la produzione del relativo effetto) si pone come conseguenza non dell'esercizio della funzione corrispondente, ma di un accertamento contenuto in una differente decisione: sia questa contenuta in una sentenza del giudice, che debba essere eseguita, o in un accertamento di un potere di secondo grado della stessa Amministrazione, che porti alla produzione di differenti effetti precettivi rispetto a quelli di primo grado[104].

c) In terzo luogo, negli stessi termini, può evidenziarsi come la stessa Amministrazione, intesa nella sua valenza di apparato organizzativo, possa ricevere una sua caratterizzazione nel medesimo senso procedurale. Tale caratterizzazione, in particolare, in ragione dell'impostazione ricostruttiva adottata, esprime una linea di continuità tra struttura organizzativa e attività. Tuttavia, in forza della medesima impostazione strutturale, di stampo processuale, non è comunque riscontrabile la risoluzione del momento soggettivo in quello oggettivo, giacché il ruolo dei contraddittori, per sua natura, non definisce strutturalmente una co-decisione con l'organo decidente, che tale risoluzione verrebbe a determinare. Corrispondentemente, la linea di continuità indicata si dispiega senza sfociare in una compiuta commistione tra piano statico dell'organizzazione e piano dinamico

---

104 L'ipotesi in questione si ha, dunque, quando vi è l'esercizio di un potere (la produzione del relativo effetto), senza che tuttavia l'Amministrazione eserciti la relativa funzione, senza che proceda, cioè, all'accertamento della/e situazione/i giuridica/he di potere in questione. Essa esercita, invece, una differente funzione, di carattere appunto esecutivo, all'interno della quale, prendendosi in considerazione un accertamento contenuto in una differente decisione, viene eseguito l'obbligo che ad esso si correla attraverso la produzione dell'effetto corrispondente (attraverso l'esercizio del corrispondente potere). Essenzialmente, il riferimento all'accertamento compiuto è quello contenuto nella sentenza del giudice. Potrebbe trattarsi, però, come detto nel testo, anche di una decisione di secondo grado della P.A., nei termini in cui l'esito dell'esercizio dei poteri di secondo grado, che vengono in considerazione rispetto alla valutazione effettuata in relazione all'accertamento originario sulla situazione di potere, comporti, quale conseguenza, la necessità di produzione dei relativi effetti in un senso ulteriore, e a ciò non risulti correlato un potere di secondo grado tipico di modifica/riforma, attraverso il quale produrre gli effetti stessi: con riferimento a tale ipotesi, si sarebbe infatti al cospetto di una funzione esecutiva, in quanto l'esercizio del potere originario avverrebbe non nei termini della funzione corrispondente, ma in ragione della sua consequenziale definizione, e necessaria attuazione, rispetto all'esercizio della funzione di secondo grado (in questi termini, cfr. anche N. Berti, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, p. 5 ss.). Si veda *Potere*, II-2, cit., p. 475 ss.

dell'attività, che oblitererebbe la distinzione tra i due profili[105].

Su tali basi, risulta quindi possibile ripensare il profilo soggettivo dell'Amministrazione, tentando, così, di edificare su più rigorose fondamenta teoriche l'intera struttura dei rapporti organizzativi, attualmente oggetto di rappresentazioni che tradiscono un'adesione asettica, non sempre consapevole, a modelli tradizionali, fondati su presupposti in parte non più attuali, e basati su categorie spesso marcate da una certa indeterminatezza concettuale[106].

d) Infine, considerazioni analoghe a quelle appena rappresentate potrebbero effettuarsi anche sugli ulteriori profili correlati a quelli già esaminati, siano essi di carattere generale (come, ad es., l'ambito di estensione della discrezionalità amministrativa), ovvero di carattere particolare (quali l'ulteriore svolgimento dei singoli istituti procedurali afferenti alla realtà amministrativa). Consentendo così di pervenire ad una compiuta definizione del sistema, nel senso rappresentato.

7. Considerazioni conclusive

L'analisi in questa sede effettuata ha avuto, quale suo scopo, quello di fornire una specifica ricostruzione del potere e delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo.

Lo svolgimento compiuto, a sua volta, risulta idoneo ad assumere un duplice rilievo, sia sotto il profilo metodologico, sia sotto quello contenutistico.

In ordine al primo, il discorso svolto consente di superare l'inversione metodologica che tradizionalmente si registra tra sostanza e processo, per cui si assiste al tentativo di considerare la problematica qui in esame prescindendo da una precisa definizione del dato sostanziale di riferimento (il potere e l'interesse legittimo), per l'indubbia difficoltà con cui ci si verrebbe per tale via a confrontare. Si cerca cioè, essenzialmente, di fornire alle questioni trattate una soluzione in via indiretta, ricavandola dai profili di tutela giurisdizionale, scontrandosi però, per tale via, con l'insuperabile inconsistenza concettuale del referente sostanziale da cui si prendono le mosse.

---

105 Tale profilo è stato da noi approfondito nel saggio *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, cit., a cui si rinvia per i relativi approfondimenti.

106 Cfr. ancora *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, cit.

La nostra ricostruzione della/e situazione/he giuridica/he del privato che si confronta/no con il potere amministrativo si pone invece su un piano sostanziale, avendo, come punto di partenza metodologico, il potere come situazione giuridica, e, quale suo svolgimento, la rilevanza attribuita alla struttura della relativa funzione. Il rapporto con l'accertamento giudiziale, e il corrispondente esplicarsi del processo giurisdizionale, rappresentano, per tale via, solo il profilo successivo, idoneo a definire, in quanto tale, la corrispondente declinazione del sistema.

L'inversione denunciata deve quindi essere abbandonata, rappresentando nient'altro che un retaggio storico del nostro sistema; retaggio che, per tale via, tradisce la sua perdurante influenza sul quadro attuale di riferimento del diritto amministrativo.

Riportata la questione nei termini che le sono propri, può passarsi al rilievo contenutistico della ricostruzione da noi effettuata. Questa ha affrontato la considerazione del potere e delle situazioni giuridiche – e, più in generale, dello stesso fenomeno dell'azione amministrativa – venendosi a collocare all'interno di una specifica contrapposizione, che, nel medesimo quadro attuale di riferimento, ha, a nostro avviso, assunto rilievo centrale (superando quella, di stampo maggiormente tradizionalistico, tra potere 'privato' e potere 'pubblico'). Ci si riferisce, in questo senso, all'alternativa tra la valorizzazione del dato prettamente sostanziale, che contrappone, nelle loro sfere sostanziali, l'individualità dell'Amministrazione all'individualità del cittadino[107]; e la valorizzazione della funzione in termini strutturali, dell'azione amministrativa come formazione della decisione, nel cui ambito si colloca il rapporto tra le situazioni giuridiche dei soggetti coinvolti, declinandosi in termini corrispondenti[108].

In tale prospettiva, al cospetto della scelta tra considerazione dell'Amministrazione come soggetto di diritto comune e considerazione dell'Amministrazione come ordine processuale rispetto al quale avviene la contrapposizione tra posizioni (o, quantomeno, tra preminenza dell'una considerazione rispetto all'altra), si è da, parte nostra, aderito alla seconda delle due prospettive, e si è cercato di darne

107 L'impostazione della Scuola fiorentina, con cui ci si è più volte confrontati nel corso della trattazione.

108 Che si riscontra anche nella Scuola oggettivistica (su cui cfr. *supra*, nt. 33), ma che da noi è stata assunta nei termini specifici che si è avuto modo di rappresentare, da un lato, e in maniera meno radicale, dall'altro, con riferimento all'oggettivizzazione dell'azione amministrativa.

una lettura che fosse idonea a porsi in una sua specifica declinazione; più in particolare di darne una lettura in quegli specifici termini che si ritiene caratterizzino la struttura della funzione pubblica all'interno della nostra visione dell'ordinamento giuridico[109].

Si spera, in tal modo, di essere riusciti a fornire un contributo che sia stato idoneo a suscitare, sia sotto un profilo metodologico, sia sotto quello della peculiarità dell'impostazione adottata, quantomeno uno spunto di riflessione a chi ha avuto la pazienza di seguire il ragionamento da noi svolto.

109 In proposito, che l'impostazione da noi proposta consenta di superare una visione normativamente asettica del potere (propria di uno strenuo sostanzialismo, come detto), senza per questo sfociare in una negazione del dato soggettivo (propria invece della visione oggettivistica, nei termini ricordati alla nota precedente), in ragione della valorizzazione di una concezione processuale dell'azione amministrativa avente il suo fulcro nella decisione, è riconosciuto da G. Tropea, *Potere giuridico e diritti indegradabili*, in *Dir. e proc. amm.*, 2025, p. 47 ss. (il quale comunque descrive, la nostra concezione, in termini 'radicali', in ragione della considerazione normativa da parte nostra conferita all'accertamento, sulla cui condivisibilità o meno l'A. lascia aperta la questione).

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

Gerolamo Taccogna
Professore Associato di Diritto amministrativo, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova
g.taccogna@unige.it

Comunicazione politica: riflessi su democrazia ed amministrazione pubblica

Political communication: reflections on democracy and public administration

Sintesi

Il lavoro muove dall'idea, illustrata nel primo paragrafo, che occorra sviluppare nuove forme di disciplina giuridica della politica per salvaguardare il funzionamento delle istituzioni democratiche come configurato dalla Costituzione. In questo quadro è esaminato specificamente il tema della comunicazione politica, sempre più orientata a tecniche manipolative e suggestive, con conseguenze pregiudizievoli sul dibattito di opinione pubblica, sulla genuinità del consenso democratico, sulla crisi della rappresentanza ed altresì sul funzionamento stesso delle istituzioni e sull'interazione fra organi di governo ed apparati gestionali nell'amministrazione pubblica. Sono esaminate, nel secondo paragrafo con le relative sottosezioni, alcune recenti discipline europee, preordinate a salvaguardare la libertà di autodeterminazione: del cittadino, rispetto alla pubblicità politica; dell'utente delle grandi piattaforme social, rispetto alla manipolazione; del consumatore, rispetto al greenwashing. Ne risultano modelli diversi fra loro, incentrati l'uno essenzialmente su obblighi di trasparenza, concepiti sul presupposto di una certa capacità di autodeterminazione dei cittadini e l'altro, invece, sul divieto specifico di determinati contenuti nelle forme di comunicazione pubblicitaria. Un approfondimento mirato, condotto nel terzo paragrafo, sul tema delle libertà di informazione e comunicazione suggerisce cautela rispetto ad ipotetiche forme di diretta limitazione dei possibili contenuti della comunicazione politica. Vengono quindi ipotizzati, nel quarto paragrafo, alcuni possibili meccanismi innovativi, che potrebbero essere gradualmente introdotti dal legislatore e sperimentati per agevolare la contestualizzazione della comunicazione politica e consentire agli in-

teressati di reclamare dai suoi autori informazioni aggiuntive. L'effetto, auspicato, dovrebbe essere quello di condurre il dibattito politico e di opinione pubblica, almeno quando riguarda tematiche di interesse amministrativo, ad una maggiore professionalità, qualità/verificabilità di contenuti, aderenza alla realtà, onde evitare che ne derivino stress per le amministrazioni pubbliche ed effetti pregiudizievoli sui complessivi loro output.

Abstract

The paper stems from the idea, illustrated in the first paragraph, that new forms of legal regulation of politics need to be developed in order to safeguard the functioning of democratic institutions as established by the Constitution. In this context, the paper specifically examines the issue of political communication, which is increasingly oriented towards manipulative and suggestive techniques, with prejudicial consequences on public debate, on the authenticity of democratic consensus, on the crisis of representation, and also on the very functioning of institutions and on the interaction between government bodies and management apparatus in public administration. The second paragraph and its subsections examine some recent European regulations designed to safeguard freedom of self-determination: of citizens with regard to political advertising; of users of large social media platforms with regard to manipulation; and of consumers with regard to greenwashing. This results in different models, one essentially focused on transparency obligations, based on the assumption of a certain capacity for self-determination on the part of citizens, and the other on the specific prohibition of certain content in forms of advertising communication. A focused analysis in the third paragraph on the topic of freedom of information and communication suggests caution with regard to hypothetical forms of direct limitation of possible political communication content. The fourth paragraph then hypothesizes some possible innovative mechanisms that could be gradually introduced by the legislator and tested to facilitate the contextualization of political communication and allow interested parties to request additional information from its authors. The desired effect would be to lead political debate and public opinion, at least when it concerns issues of administrative interest, towards greater professionalism, quality/verifiability of content, and adherence to reality, in order to li-

mit the stress this causes for public administrations and the detrimental effects on their overall output.

Parole chiave: istituzioni democratiche – comunicazione politica – disinformazione – libertà di espressione – riflessi sull'amministrazione pubblica

Keywords: democratic institutions – political communication – disinformation – freedom of expression – implications for public administration

Indice: 1. Le ragioni e le prospettive della ricerca. – 2. Recenti discipline europee rilevanti per la comunicazione politica, valutabili ai fini della ricerca. – 2.1 Il regolamento europeo sulla pubblicità politica. – 2.2. Il regolamento europeo sui servizi digitali. – 2.3 La direttiva europea sul *greenwashing*. – 2.4. Brevi considerazioni di raffronto. – 3. L'incidenza della libertà di manifestazione del pensiero e di comunicazione sul tema della ricerca. – 4. Prospettive di sviluppo degli strumenti di disciplina della comunicazione politica – un possibile innovativo congegno.

1. Le ragioni e la prospettiva della ricerca

Un recente studio[1] propone di approfondire la riflessione sulla necessità di dare vita ad un'aggiornata disciplina giuridica, ancora tutta da immaginare e sviluppare, per un'ampia serie di aspetti e processi (in particolare a carattere organizzativo e comunicativo) che oggi si ambientano nella sfera della politica e sono orientati essenzialmente agli usi ed alle dinamiche propri di questa, con notevoli riflessi ed impatti sull'amministrazione pubblica.

La ragione viene più specificamente individuata nel fatto che, sul piano costituzionale, la politica non è solo terreno di espressione di alcune libertà fondamentali che concorrono in modo significativo a definire il sistema democratico, ma nel contempo riveste anche una dimensione di servizio rispetto al pubblico interesse, quantomeno laddove essa interseca gli apparati istituzionali ed amministrativi e la loro azione.

Quel servizio consiste, in ultima analisi, nel "riflettere" ma anche orientare e guidare, di tempo in tempo, gli assetti e le dinamiche della società e dell'economia, soprattutto attraverso la definizione di obiettivi e strategie.

Il campo di azione della politica e dei suoi protagonisti trova notoriamente un argine nella moderna concezione dell'amministrazione pubblica e dei principi di professionalità ed imparzialità che devono caratterizzare quest'ultima, in quanto chiamata all'attività realizzativa e gestionale. Sicché fra politica ed amministra-

1 G. Taccogna, *Disciplinare la politica per valorizzare l'amministrazione ?* in questa *Rivista*, n. 2/2020.

zione vengono a delinearsi una necessaria linea di collegamento e, al tempo stesso, possibili frizioni e tensioni.

Nei fatti l'alquanto ampia libertà di cui godono gli attori della sfera politica, in mancanza di una significativa, ormai auspicabile cornice giuridica, tende a riflettersi marcatamente anche sull'azione di quelli, fra loro, che sono nel contempo titolari di cariche e di uffici pubblici. Contemporaneamente, però, l'amministrazione è invece investita, con crescente intensità, da discipline e congegni normativi preordinati ad orientarne l'azione all'oggettività, alla professionalità ed all'imparzialità, nel quadro della prevenzione della corruzione (in senso lato), della trasparenza e delle responsabilità di ordine giuridico.

Da ciò consegue il rischio (per esperienza si direbbe anche il concreto effetto) di un coordinamento non ottimale, sul campo, dell'interazione fra le attività di indirizzo (appannaggio degli organi di governo a provvista politica) e quelle gestionali (affidate agli apparati dell'amministrazione), per effetto di una tendenza, da parte di una politica non opportunamente regolata sul proprio terreno, ad intendere l'indirizzo in modo diverso da come è contemplato nel sistema giuridico ed altresì a sconfinare nella gestione,[2] anche per via dell'impatto di questa sui concreti interessi dei consociati-elettori e della complessiva responsabilità, sia pure di ordine politico, dei governanti anche per i risultati dell'azione degli apparati.

Questi ultimi talvolta reagiscono difensivamente, arroccandosi sulla legittimità formale di procedimenti ed atti, anche al costo di non centrare la prospettiva del concreto risultato utile della loro azione per la collettività.

Gli studi giuridici classici, incentrati sulle discipline dell'organizzazione amministrativa, con il suo concorrente ruolo di indirizzo,[3] da un lato e, dall'altro, sull'attività, in particolare tramite il procedimento e l'atto, più recentemente anche con lo sforzo di coglierne una dimensione più ampia, ad esempio con lo stu-

2 U. Volli, *Problemi di rappresentanza e rappresentazione nella comunicazione politica italiana*, in *VS*, 2010, 67, pone in risalto una profonda evoluzione degli assetti e delle dinamiche della politica e della relativa comunicazione, che ha condotto ad una concezione del *leader* prossima a quella di un manager idealizzato ed inteso, con poco riferimento alla realtà, alla stregua di un decisore efficace e privo di condizionamenti, verso un modello nel quale la politica viene ridotta ad amministrazione.

3 E' d'obbligo il riferimento a M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

dio delle operazioni amministrative,[4] non sembrano sufficienti ad attingere il problema degli effetti deformativi che una sfera politica non sufficientemente regolata produce sugli apparati istituzionali ed in particolare sulle amministrazioni e sul loro *output*.[5]

Rispetto ad un siffatto quadro è dunque emersa l'opportunità di studiare le linee di una possibile disciplina giuridica più penetrante del mondo della politica. Compatibile con i diritti e le libertà fondamentali che la politica attinge ma, al tempo stesso, adeguata alla missione costituzionale complessiva delle istituzioni pubbliche e così, in ultima analisi, coerente con una più solida legittimazione dei pubblici poteri al nostro tempo.

In tale alveo un aspetto di interesse (non certo l'unico), su cui si incentrano le considerazioni svolte in appresso, destate (come si vedrà) anche da sviluppi relativamente recenti di carattere normativo, può essere individuato nel moderno volto della comunicazione politica, riguardante cioè i temi politici ed amministrativi, svolta non solo da parte di esponenti di partito, di candidati, di titolari di uffici pubblici a provvista politica (diretta o meno diretta), di loro *sponsor,* finanziatori, *supporter*, collaboratori a vario titolo, di faccendieri, ma anche più ampiamente di tutti i cd. "*political actors*" [6] ed altresì dei protagonisti della cd. comunicazione politica indiretta, quali sono ad esempio giornalisti d'opinione che pure ostentano neutralità,[7] i blogger, ecc.

Non occorre spendere molte parole per dire che la comunicazione e la narrazione, come oggi si usa dire, non si limitano a dare conto di ciò che accade.

---

4 Ci si riferisce, in particolare, al filone di studio avviato da G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. VI agg. Milano, 2002, 75 ss., ripreso, fra gli altri, da D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

5 Usiamo volutamente questo termine atecnico, perché il fenomeno disfunzionale che si vuole affrontare nel testo è capace di incidere non solo sul volto di singoli atti o anche di specifiche operazioni dell'amministrazione pubblica, ma in modo più ampio anche sul suo intero orizzonte, sull'agenda, sugli obiettivi, su ciò che viene compiuto ma anche su ciò che viene evitato, omesso, accantonato.

6 La nozione è tratta dalla Raccomandazione CM/Rec(2022)12 del Consiglio d'Europa, sulla comunicazione elettorale e la copertura mediatica delle campagne elettorali, che in essa ricomprende «*individuals or organisations involved in campaigns that seek to directly or indirectly influence electoral outcomes through organisational, institutional, financial and communication means*».

7 Ne tratta diffusamente U. Volli, *Problemi*, cit. 50 ss..

Piuttosto, in modo sempre più frequente e sofisticato sopravanzano e addirittura sovrascrivono ed orientano la realtà.[8] E' stato autorevolmente sostenuto, con altre parole, che la rappresentazione ha preso il posto della rappresentanza e l'immagine quello della competenza.[9]

Tuttavia con un prezzo.

Il nucleo fondamentale dell'idea democratica è tradizionalmente individuato nel fatto che, in una cornice di uguaglianza, di pari dignità sociale e di libertà di manifestazione del pensiero e di informazione, possano svilupparsi una dialettica del confronto ed un dibattito pubblico libero e proficuo, per la definizione in concreto (e *pro tempore*) di un bene comune,[10] che sia diverso da una mera somma di interessi o desideri individuali/privati,[11] come tale intrinsecamente opinabile nel merito e proprio per questo da affrontarsi e concretizzarsi con solide metodiche e procedure di dialogo pubblico.[12] Correlativamente ed in questa

8 U. Volli, *Problemi*, cit., 39, evidenzia come la distinzione fra politica e comunicazione politica, se mai esistita, ha cessato di essere davvero significativa per effetto del sistema delle comunicazioni di massa, con la conseguenza che non vi è più un fare politico distinto dall'apparire politico; mentre residua un fare amministrativo, sul quale si dovrà tornare in seguito nel testo.

9 *Id*., 64.

10 U. Volli, *Problemi*, cit. 56, ss. ricorda (anche sulla scia dell'opera di Autori quali Elser, Arendt e Habermas) come la sfera pubblica sia tradizionalmente intesa come il luogo nel quale le ragioni si distaccano dagli interessi e l'argomentazione smette di essere propaganda finalizzata ad interessi. Dunque la sfera pubblica si fonda sul riconoscimento di un interesse comune e di un'attitudine ad argomentare liberamente le scelte collettive sulla base universalizzante dell'interesse comune che, in quanto tale, dovrebbe prevalere su quello privato. A ben vedere la stessa concezione sta alla base delle Comunicazioni del Consiglio d'Europa, CM/Rec/(2022)12, sulla comunicazione elettorale e la copertura mediatica delle campagne elettorali (già richiamata) e CM/Rec(2022)4 sulla promozione di un ambiente favorevole ad un giornalismo di qualità nell'era digitale (sulla quale si avrà occasione di tornare nel testo). In termini generali sul bene comune ed in particolare sulla complessa relazione fra partiti politici e bene comune si segnala il volume di M. Morlok, U. von Alemann, H. Merten, *Gemeinwohl und politische Parteien*, Baden Baden, 2008; sempre sul bene comune cfr. I. Berten, T. Eggensperger, U. Engel, *Gemeinwohl im Konflikt der Interessen*, Münster, 2004.

11 Ricorda A. Lamberti, *Libertà di informazione e democrazia, ai tempi della società digitale: problemi e prospettive*, in *giurcost.org*, 2022, 891, che la democrazia non è la conta dei voti e non può ridursi alla mera sommatoria aritmetica delle preferenze dei singoli.

12 La chiave di legittimazione del potere, in questo senso, è quella del potere razionale, come identificato da N. Bobbio, *Stato, governo, società*, Torino, 1995 ed a tale sostrato razionale dovrebbero essere preordinate le procedure e le forme, salvo il rischio, autorevolmente

precisa logica l'ordinamento costituzionale democratico si è storicamente incentrato sull'individuazione, tramite i congegni rappresentativi ed i periodici processi elettorali, delle formazioni e delle personalità più adeguate a definire ed a perseguire quel bene della collettività, tramite la funzione di governo.

A valle di tutto questo è collocata un'amministrazione alla quale viene richiesto di agire in modo fedele rispetto alle legittime scelte politiche e di indirizzo insite nelle leggi e negli atti di governo, ma non priva di una chiave di legittimazione propria, insita nei suoi doverosi connotati di professionalità ed imparzialità, i quali devono avere modo di affermarsi concretamente, senza essere deformati o sovrascritti politicamente al punto da essere traditi.

Sarebbe ingenuo pensare ad una versione perfetta, operante nella pratica, del modello democratico e costituzionale cui si è ora fatto riferimento, come da tempo è stato autorevolmente insegnato.[13] Ciò non comporta, tuttavia, che l'ideale democratico così concepito, con il suo corredo di organizzazione istituzionale, possa o debba essere abbandonato,[14] anche perché è imposto dalla vigente Costituzione. Suggerisce, piuttosto, di studiare adeguati presidi per evitare che le dinamiche della vita politica, istituzionale ed amministrativa reale, delle quali il giurista è ormai chiamato a tenere conto,[15] si trovino ad essere troppo distanti dal modello (al punto di screditare quest'ultimo) e che da lì si passi ad un certo punto ad altre forme di dispiegamento del potere pubblico, semplicemente "vendute" alla collettività con formule linguistiche e comunicative rassicuranti poiché

---

prospettato, ad esempio, in N. Irti, *Diritto senza verità*, Bari, 2011, ch'esse finiscano per svolgere una funzione di "salvagente" rispetto alla difficoltà di individuare altre fonti di legittimazione del sistema giuridico.

13 Cfr. N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 2014.

14 Così ancora lo stesso Bobbio, cit., al quale fanno eco teorie anche molto diverse, ma non agevolmente rapportabili alla Costituzione ed al suo carattere giuridicamente vincolante, secondo le quali si dovrebbe tendere al recupero di una fisiologia funzionale del sistema pubblico (in tesi perturbata dalla concezione classica della democrazia, una volta che questa è divenuta di massa) addirittura indipendentemente dai problemi della legittimazione, del consenso e delle libertà; questa è la prospettiva indicata da D. Zolo, *La democrazia difficile*, Rimini, 1989, 102, con riguardo alla posizione di N. Luhmann. Reclama invece una nuova politica, come strumento di salvataggio delle democrazie dalle forze postdemocratiche C. Galli, *Democrazia, ultimo atto ?*, Torino, 2023, 128 ss.

15 Particolarmente efficace, in tal senso, appare l'espressione relativa al "disgelo" degli studi giuridici, impiegata da S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. Il giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, 96.

ancora radicate, sia pure in modo alquanto approssimativo se non addirittura ingannevole, nell'immaginario del sistema democratico.[16]

La tradizione ci consegna una marcatissima sensibilità al tema delle libertà – nello specifico è rilevante soprattutto quella di manifestazione del pensiero e di espressione, giustamente collocata al centro della convenzione EDU e della Carta europea dei diritti e già da prima nella nostra Costituzione – ed alla posizione ordinamentale dei partiti politici, mantenuti nella sfera sociale e non inglobati in quella istituzionale, ancorché incaricati di un preciso compito di cerniera fra le due.[17] Compito, questo, che però rischia di essere affievolito dalla crisi della rappresentanza e dalla perdita di credibilità dei partiti stessi, dal populismo e dall'incedere della partecipazione diretta e disintermediata dei cittadini attraverso la rete,[18] con il crescente astensionismo elettorale che ben può considerarsi una conseguenza delle segnalate problematiche.

Questi elementi offuscano l'idea di fondo di una legittimazione del potere pubblico affidata alla presumibile ragionevolezza ed intrinseca bontà delle (sia pure opinabili) scelte compiute attraverso il principio maggioritario,[19] sulla scorta di

16 Cfr. M. F. De Tullio, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, Napoli, 2000, richiamata da S. Prisco, *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Dir. pubbl. Eur., rass*., 2021, 95 ss., con riguardo all'insterilirsi della rappresentanza, verso una *fictio iuris* cui si ricorre in democrazia per giustificare con qualche ipocrisia il raccordo fra un elettorato parziale (comunque in concreto assente nel momento decisionale) e l'effettivo decisore da questo eletto, praticamente libero, una volta che sia tale, di superare il mandato politico ricevuto, a tutela di interessi specifici della frazione del corpo sociale che lo ha sorretto nella competizione, interpretando il mandato stesso a suo libito al fine di perseguire l'interesse generale della Nazione. Non dissimile appare l'analisi di D. Zolo, *La democrazia*, cit., 98, il quale osserva che la nozione classica di democrazia rischia oggi di apparire come un innocuo ed irrealizzabile postulato normativo con pretese di universalità, se non proprio come una formula irrituale di giustificazione della politica in quanto tale da parte delle oligarchie al potere.

17 Sull'argomento cfr. S. Curreri, G. Stegher, *I partiti politici in Italia*, in *www.federalismi.it*, 2018; F. Politi, *Partiti politici e riforme della rappresentanza*, in *Libro dell'anno del diritto-Encicl. giur. Treccani*, Roma, 2017; A. Quarta, *Il partito politico tra istituzione, contratto e comunità*, in *Rass. dir. civ*., 2018, 901; D. Morana, *Partiti politici e sindacati tra modello e attuazione costituzionale*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*,, 2016; G. Rizzoni, *Art. 49*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Milano 2006, I, 981

18 In tema cfr. T. E. Frosini, *Internet*, cit., 668.

un libero e proficuo confronto dialettico di opinione pubblica.[20] Una indubbia intervenuta degenerazione ed obsolescenza dei corrispondenti rituali, come praticati nel passato, sembra oggi spianare la strada a modelli apparentemente più semplici ed efficaci, incentrati sul presunto o reale carisma dei *leader* e su di un'apparente semplificazione del quadro di opinione pubblica, affidata appunto alle tecniche della comunicazione che non rimuovono, non risolvono ma semplicemente celano la sottostante complessità, grazie alla polarizzazione disgregativa e ad un evidente distacco del dibattito di opinione pubblica dalla realtà.

A fronte di sfide di tale portata, la sensibilità alla tradizione non dovrebbe quindi tramutarsi in immobilismo del pensiero giuridico. Il diritto non può vivere fuori dal tempo e dall'ambientazione istituzionale e sociale[21] che, in ultima analisi, lo origina e lo giustifica. Quindi appare utile aggiornare costantemente la riflessione sui temi indicati, sia pure con gradualità e prudenza.

Le forme che oggi, nella cd. società dell'informazione,[22] ha acquisito, complessivamente, l'insieme delle attività di comunicazione, narrazione e persuasione politica, volte ad influenzare (se non a "catturare") le opinioni dei consociati su temi politici ed amministrativi, si sono alquanto evolute.[23]

Concorrono a dare origine a queste riflessioni e certamente le corroborano su larga scala, le ricorrenti notizie di strategie ed ingerenze occulte di alcuni Paesi volte addirittura ad influenzare i processi democratici in altri Stati,[24] approfittando abusivamente dei margini di manovra volutamente salvaguardati in nome dei diritti di manifestazione del pensiero e di informazione nelle tradizioni costituzionali delle democrazie occidentali.

---

19 In tema cfr., fra gli altri, A. I. Arena, *Storia costituzionale del principio di maggioranza*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, A. Barbera, C. Fusaro, V. Denicolò, *Maggioranza, principio di*, in *Treccani*, *Enc. Scienze soc.*, 1996.

20 Inevitabile il richiamo a J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, (ora) Bari, 2005.

21 Illuminanti in tal senso risultano le battute iniziali del saggio di S. Prisco, *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Dir pubbl. eur., rass*. 2021.

22 In tema cfr. A. Lamberti, *Libertà*, cit., 877.

23 *Id.*, 883 ss.

24 Ne trattano, ad esempio, D. Amoroso, M. F. Orzan, *Recentissime Corti europee - Interferenze elettorali (russe) e obblighi positivi in materia di libere elezioni*, in *Giur. It.*, 2025, 1993; A. Lamberti, *Libertà*, cit., 884.

Non per caso, accanto al tema dell'informazione – del diritto di informare e di essere informati, del diritto di manifestare il pensiero e della libertà di un dibattito pluralistico – si fanno strada in modo sempre più pressante i temi della disinformazione[25] e delle cosiddette *fake news.*[26]

La politica (sempre intesa in senso ampio) viene così ad alimentarsi di un consenso che matura e viene ottenuto in modo alquanto diverso dalle coordinate fondamentali del sistema democratico come sopra ricordato.

Non è dubbio che la rete internet e le grandi piattaforme sociali possano rappresentare un'opportunità in termini, per così dire, classici di facilità di accesso alle informazioni, di scambio pluridirezionale di queste, di pluralismo comunicativo, di cittadinanza attiva.[27] Ma non è affatto detto che tali benefici effetti siano destinati a realizzarsi senz'altro.

Alcuni studiosi ormai prospettano apertamente che, per il tramite delle tecniche più moderne ed invasive di comunicazione, sia posto a rischio il funzionamento del sistema democratico.[28]

Può quindi apparire sotto attacco non solo e non tanto la pienezza della democrazia come risultante dalla teoria pura, la quale non si è mai realizzata sul

---

25 Sull'argomento cfr. E. Longo, *Libertà di informazione e lotta alla disinformazione nel Digital Services Act*, in *Giorn. dir. amm*., 2023, 737 e, ancora, A. Lamberti, *Libertà*, cit. 884. E' interessante osservare come, sia pure da un diverso punto di vista, B. G. Mattarella, *L'evoluzione delle funzioni amministrative dello Stato e l'adeguatezza delle sue strutture*, in *Federalismi*, n. 31/2025, vii, proponga una rassegna delle principali sfide cui l'amministrazione dei nostri giorni dovrebbe porsi in condizione di rispondere, includendovi la sicurezza, con la rilevante precisazione che questo tema va inteso in senso ampio, comprensivo fra l'altro proprio della disinformazione.

26 Il tema è ormai largamente trattato nella dottrina. Fra i tanti contributi possono richiamarsi, ad esempio, B. Grazzini, *Piattaforme e content moderation - Fake news e disinformazione*, in *Giur. It.*, 2024, 491; A. Lamberti, *Libertà*, cit., 884, con ulteriori richiami; M. Mezzanotte, *Fake news nelle campagne elettorali digitali. Vecchi rimedi o nuove regole?*, in *Federalismi.it*, 2018; G. Cinà, *Il "disordine informativo" sulle piattaforme digitali: un confronto tra i modelli europeo e statunitense, in Riv. dir. civ.,* 2023, 311; G. Massolo, *Fake news: responsabilità, non censura*, in *Riv. Dir. industr*., 2017, 352.

27 Così, ad esempio, T. E. Frosini, *Internet e Democrazia*, in *Dir. inform e inform*., 2017, 657 ss..

28 Si vedano, ad esempio, le considerazioni svolte da Lamberti, *Libertà*, cit., 883 ss. e la stessa impostazione fondamentale delle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa delle quali si è già dato conto (cfr. la nota 10).

campo, quanto anche il suo livello minimo, a cui siamo rimasti da tempo ostinatamente aggrappati sulla scia di autorevolissimi insegnamenti.

Nello scenario sommariamente descritto gli organi di governo/politici rischiano di perdere l'orientamento al bene comune (per quanto questo sia opinabile e variamente sfaccettato) sostituendolo con l'anelito verso un consenso elettorale che, per come ai nostri giorni matura sul piano mediatico, si direbbe perda l'effetto legittimante che gli è assegnato dalla teoria democratica. Da qui il passo è breve verso un distacco fra le rappresentazioni e narrazioni che prendono campo nello scenario della comunicazione politica, da un lato e, dall'altro lato, la realtà concreta con la quale si trova invece inevitabilmente ad avere a che fare l'amministrazione pubblica.

Il tema potrebbe apparire non di stretto interesse amministrativistico, ma l'interesse a studiarlo origina proprio dall'osservazione degli effetti che le suddette problematiche producono sulla percezione del dover essere e sul funzionamento degli organi di governo e degli apparati gestionali delle amministrazioni. Approfondire lo studio significa, dunque, tentare di fare luce su temi di rilevanza amministrativistica, anche se non tradizionalmente individuati ed affrontati come tali.

2. Recenti discipline europee rilevanti per la comunicazione politica, valutabili ai fini della ricerca

Considerazioni come quelle svolte in sintesi nel paragrafo che precede hanno condotto, di recente, a tematizzare in modo esplicito la prospettiva della difesa del cittadino democratico, rivolta ad assicurare ch'egli possa essere in condizione di formare liberamente le proprie opinioni e di partecipare altrettanto liberamente ad una vita civile e politica, la quale vada oltre il pur legittimo perseguimento e soddisfacimento di aspirazioni ed interessi individuali.

Emblematico, in tal senso, è il recente Regolamento UE 2024/900 relativo alla trasparenza ed al *targeting* della pubblicità politica, sul quale appare utile a questo punto soffermarsi, anche in uno stimolante confronto con il Regolamento 2022/2065, sui servizi digitali e con la direttiva UE 2024/825, contro il cd. *greenwashing*, quest'ultima mirante alla responsabilizzazione dei consumatori, per la transizione verde, tramite il miglioramento della tutela contro le pratiche sleali e dell'informazione in ambito commerciale.

Le richiamate normative dell'Unione fronteggiano con impostazioni eterogenee, come si vedrà, le sfide che le sofisticate tecniche e pratiche della comunicazione del nostro tempo pongono per la libertà di autodeterminazione dei destinatari della comunicazione stessa, sia pure in ambiti diversi ed anche diversamente inquadrabili sul piano costituzionale: il Regolamento 2024/900 direttamente quanto alla cd. pubblicità politica, il Regolamento 2022/2065 quanto alla manipolazione dell'opinione pubblica e la direttiva 2024/825, invece, quanto alla pubblicità commerciale ma con una non lieve interferenza di essa sulle politiche pubbliche.

2.1. Il regolamento europeo sulla pubblicità politica

La strettissima relazione fra diritto e linguaggio si rivela, fra l'altro, nella traduzione dei testi normativi in lingue diverse da quella originaria. Emblematico è il caso del regolamento europeo 2024/900 sulla «pubblicità politica»;[29] termine, questo, che nel nostro Paese non è consueto, mentre si è soliti parlare di propaganda, di campagna elettorale o, più recentemente, di comunicazione politica.[30]

La questione non è soltanto terminologica. Il testo normativo unionale mette a nudo fenomeni che abbiamo tutti sotto i nostri occhi ma che stentiamo a vedere con lenti aggiornate e con sano realismo, sicché diviene utile trovare un modo condiviso per nominarli e con ciò, al tempo stesso, distinguerli.

Abbinato all'aggettivo "politica", il termine "pubblicità" in questo senso evoca l'idea della persuasione traguardata anche solo in sé e per sé, non quella dell'informazione per un ottimale dibattito di opinione pubblica e di conseguente ragionata persuasione, secondo il modello democratico in purezza.

---

29 In tema cfr. S. Eskens, *The role of the Regulation on the transparency and targeting of political advertising and European Media Freedom Act in the EU's anti-disinformation strategy,* in *Computer Law & Security Review*, 2025; C. Acocella, *Il sistema di enforcement della disciplina in materia di pubblicità politica: le autorità competenti e le sanzioni*, in *Ambientediritto*, 2025; E. Caterina, *Verso il nuovo regolamento Ue in materia di pubblicità politica: mercato delle idee o della propaganda?* in *Quad. cost.*, 2024; E. Stella, *La disciplina in materia di pubblicità politica del regolamento (Ue) 2024/900*, in *Eurojus*, 2024.

30 Cfr. A. Papa, *Disintermediazione dell'informazione e della comunicazione politica nelle democrazie digitali,* in *Federalismi.it,* 2025; *U.* Volli, *Problemi*, cit..

L'evolversi delle tecniche psicologiche e comunicative fa emergere un *quid novi*, cui finalmente giungiamo a dare un nome nelle leggi: la pubblicità politica.

Il regolamento europeo ne fornisce opportunamente una definizione. Sinteticamente, essa comprende: le attività di preparazione, collocazione, promozione, pubblicazione, consegna o diffusione, con qualsiasi mezzo, di un messaggio fornito normalmente dietro retribuzione o in una campagna politica, a favore o per conto di un attore politico, che possa e sia inteso ad influenzare l'esito di un'elezione o di un referendum, un comportamento di voto o un processo legislativo o regolamentare. Restano al di fuori tanto la comunicazione istituzionale,[31] purché genuina, quanto l'espressione del pensiero politico, anche in dibattiti pubblici, non legata a servizi remunerati o sponsorizzati.

Si può dunque constatare una contaminazione del mondo della politica e delle istituzioni, da parte della pubblicità commerciale, resa evidente dal regolamento anche nella parte in cui esso estende la propria portata applicativa financo alla pubblicità commerciale che possa influenzare o sia intesa ad influenzare l'esito di un'elezione o un referendum, un comportamento di voto o un processo legislativo o regolamentare.

Due profili meritano già a questo punto una sottolineatura. Vi è un *continuum* (non una distinzione di campo) fra la pubblicità politica e quella commerciale; l'una e l'altra richiedono l'attenzione del legislatore per la loro incidenza non solo sulla conquista nel consenso sotto il profilo elettorale in senso lato, ma anche sui processi propriamente istituzionali, come la formazione di leggi e regolamenti, cui appare facile a questo punto equiparare, sul piano strutturale e funzionale, anche le scelte amministrative, in special modo se di carattere generale (benché non specificamente menzionate dal regolamento in esame).

L'ampia serie di "considerando" che precedono l'articolato normativo si apre con la constatazione dell'esistenza di un mercato dei servizi di pubblicità politica, fatto di consulenti, agenzie pubblicitarie, piattaforme, imprese di pubbli-

31 Sul tema possono vedersi, fra l'altro, i vari contributi in A. Lovari, D. Germani (cur.), *Ibridazioni comunicative: istituzioni, politica e media nell'ecosistema digitale*, Cagliari, 2025 ed il volume monografico della *Riv. Trim. di Scienza dell'Amm.*, edito nel 2015 proprio sul tema della comunicazione istituzionale, nonché L. Corchia, *La comunicazione istituzionale. Dalle riforme degli anni Novanta alla legge 150/2000*, ne *Il trimestrale del laboratorio*, 2016, 7; A. La Spina, *La comunicazione pubblica*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2007, 499 ss.

che relazioni, *influencer*, analisti, *data broker*. La riconduzione di queste attività al mercato ed ai servizi, sottoposti al corrispondente regime previsto dal Trattato, è esplicita.

Nel contempo il regolamento riconosce l'obiettivo legittimo della trasparenza, in quanto (letteralmente) non è sempre facile per i cittadini riconoscere i messaggi di pubblicità politica ed esercitare i diritti democratici in maniera consapevole. Ciò si deve, sempre secondo i primissimi "considerando", a fattori come la crescente sofisticatezza della disinformazione, la diversificazione degli attori, la rapida evoluzione delle nuove tecnologie, l'accresciuta diffusione della manipolazione delle informazioni e delle interferenze nei nostri processi normativi ed elettorali democratici.

Ciò che si vuole ottenere con la normativa in esame è un regime per effetto del quale gli interessati sono messi in condizione di capire varie cose: quando ci si trova in presenza di un messaggio di pubblicità politica; quali sono l'entità della spesa e la fonte del finanziamento, nonché gli eventuali sponsor; l'eventuale campagna politica nella quale il messaggio si inserisce; l'eventuale utilizzo di tecniche di *targeting* e di consegna del messaggio. Diviene obbligatoria una sorta di "etichettatura" dei messaggi (indubbiamente evocativa di quella dei prodotti tangibili, con cui abbiamo forse maggiore consuetudine) e, addirittura, è istituito un registro pubblico europeo di tutti i messaggi di pubblicità politica *online*, ciascuno con il corredo delle informazioni richieste, le quali nel contempo devono essere accessibili a ricercatori abilitati, giornalisti, organizzazioni della società civile, osservatori elettorali riconosciuti, onde sostenere i loro rispettivi ruoli nel processo democratico. Il quadro si completa con obblighi di rendicontazione annuale in capo agli editori di pubblicità politica.

Si aggiunge una consistente e dettagliata serie di previsioni sulle forme del consenso e sull'utilizzo di dati personali del destinatario della pubblicità politica, anche per la profilazione comportamentale ed altre analisi, nonché sui trattamenti dei dati capaci di generare un impatto specifico e negativo sui diritti e le libertà fondamentali delle persone, fra cui il diritto di essere trattate in modo equo e paritario, non essere manipolate, ricevere informazioni obiettive, farsi un'opinione, prendere decisioni politiche ed esercitare il diritto di voto. L'obiettivo dichiarato è

di evitare una negativa incidenza sul processo democratico, dovuta alla frammentazione del dibattito politico e su importanti questioni sociali, tramite la comunicazione selettiva e, in ultima analisi, la manipolazione.

Il regolamento indica in modo non particolarmente accurato la propria base giuridica. *In limine* esso richiama le norme del Trattato relative alla protezione dei dati personali (art. 16), che si è visto costituire però una soltanto delle tematiche implicate, nonché le norme sul ravvicinamento delle legislazioni (art. 114). E' altresì specificata la finalità di evitare che eventuali regimi nazionali fra loro diversi possano dissuadere i prestatori di servizi di pubblicità politica dall'offerta transfrontaliera.

Appare tuttavia difficile sottrarsi all'impressione che né la tutela della riservatezza in sé, né la libertà di prestazione dei servizi vadano al cuore del problema, specie a fronte di chiari enunciati, insiti nel regolamento, sulla necessità di garantire il buon funzionamento del sistema democratico ed una libera autodeterminazione dei cittadini che ne costituisce un aspetto irrinunciabile.

Più precisamente si legge, ancora nell'atto normativo di cui trattasi, che la pubblicità può essere un vettore di disinformazione, specie se non ne è esplicitata la natura politica o se proviene da *sponsor* esterni all'UE o se è oggetto di tecniche di *targeting*. Ragione per cui è indicata la necessità di un livello elevato di trasparenza, anche per sostenere un dibattito politico e campagne politiche equi ed aperti, per combattere la manipolazione dell'informazione e le interferenze. Il regolamento diviene quindi esplicito nel precisare ulteriormente che esso mira a garantire che la prestazione di servizi di pubblicità politica avvenga nel pieno rispetto dei diritti fondamentali.

Nell'insieme il quadro non appare del tutto nitido. Temi come quello della protezione dei dati personali (certamente coinvolta, specie nelle forme più sofisticate di *marketing* politico, poste in essere mediante piattaforme *online*) e quello della libertà di prestazione dei servizi sembrano fornire una sorta di pretesto o di spunto per un'operazione normativa in realtà di ben maggiore portata, che mira alla salvaguardia della democrazia, sia pure per il tramite della protezione dei connessi diritti fondamentali dei cittadini e degli operatori economici.

Non interessa qui approfondire ulteriormente gli interrogativi in ordine alla reale base giuridica di una normativa siffatta. Piuttosto preme osservare come

l'esigenza di una regolamentazione giuridica di ciò che sul piano comunicativo spontaneamente prende forma nell'agone politico (inteso senso lato), con una finalità di conservazione della democrazia e del funzionamento dei pubblici poteri come siamo (ancora) abituati a considerarli, si è ora manifestata chiaramente al livello normativo europeo. Anche se l'impianto delle disposizioni normative accolte nel regolamento si rivela, per ora, molto prudente in tal senso.

La ricetta (si consenta questo termine) è individuata nell'assunto che una pubblicità politica trasparente aiuti l'elettore e gli individui in generale a capire meglio quando si è in presenza di un messaggio propagandistico, per conto di chi è fatta quella pubblicità e come e perché essi siano divenuti *target* di un prestatore di servizi pubblicitari. Tanto basterebbe, pare di intendere, a porre il destinatario nelle condizioni (o in condizioni migliori) affinché egli possa compiere scelte informate.

In base a questa ricetta il regolamento non va quindi a toccare il contenuto della pubblicità politica. Il che non appare particolarmente persuasivo ma riflette alquanto evidentemente le già svolte osservazioni riguardo al tema delle basi giuridiche.

Il disegno appare rigido, tanto che, a tutela del mercato dei servizi, il descritto approccio dovrebbe dare vita ad un quadro pienamente armonizzato. Gli Stati membri non dovrebbero mantenere né adottare nel loro diritto nazionale disposizioni sulla trasparenza della pubblicità politica divergenti da quelle stabilite nel regolamento in esame, delle quali si è appena dato sommariamente conto. La piena armonizzazione degli obblighi di trasparenza e dei connessi obblighi di diligenza, si legge ancora, è preordinata ad aumentare la certezza del diritto e ridurre la frammentazione degli obblighi cui sono soggetti i prestatori di servizi in ambito di pubblicità politica. Anche se, non può mancarsi di annotare, non assicura senz'altro un accettabile funzionamento dell'opinione pubblica e dei congegni democratici secondo la concezione classica di essi.

Sembra fare capolino una piena armonizzazione preordinata a dare priorità alla libertà economica inerente ai servizi, rispetto ad un ambito disciplinare ed a tematiche di certo non soltanto (forse neppure principalmente) economico-mercantili e gravidi di riflessi sui diritti fondamentali e sul funzionamento stesso delle

istituzioni democratiche.

Risulta quindi prezioso il chiarimento, anch'esso esplicito nel regolamento, secondo cui questo intende limitarsi ad armonizzare le norme sulla trasparenza e sugli obblighi di diligenza per la prestazione dei servizi di pubblicità politica, nonché quelle sul *targeting* e la consegna dei messaggi pubblicitari, mentre non è volto a pregiudicare il contenuto dei messaggi di pubblicità politica, né le norme dell'Unione o degli Stati membri che disciplinano aspetti relativi alla pubblicità politica diversi da quelli contemplati. Quindi non incide, per esempio, sulle norme relative alla conduzione ed al finanziamento delle campagne elettorali, compresi i divieti e le restrizioni generali imposti alla pubblicità politica durante determinati periodi; sui cosiddetti periodi di silenzio; sulle donazioni; sui divieti relativi all'uso della pubblicità commerciale a fini di campagna elettorale. Come già detto, restano escluse dall'ambito dell'armonizzazione anche le fattispecie non riconducibili a servizi a pagamento e così il novero delle opinioni politiche espresse nei media o a titolo personale, purché in assenza di un pagamento o altra remunerazione anche quanto alla preparazione, collocazione, promozione, pubblicazione o diffusione.

Così precisato il perimetro dell'armonizzazione, si può dire che permanga uno spazio non irrilevante per eventuali venture discipline normative più direttamente orientate, in funzione pro-democratica, ai contenuti della comunicazione politica o politicamente rilevante (nell'epoca della rappresentazione che, come detto, tende a sostituire la rappresentanza e dell'immagine che progressivamente oscura la competenza); purché non in contrasto con i diritti fondamentali inerenti alla libertà di opinione e parola, di espressione e di informazione, come da tradizioni costituzionali, che lo stesso regolamento richiama in modo espresso, nonché con la libertà dei media.

Riguardo a queste libertà, che il regolamento individua come pietre angolari di un vivace dibattito democratico, il medesimo richiama l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali, con le libertà di opinione politica, di ricevere e comunicare informazioni politiche e di condividere idee politiche, nonché l'art. 52 relativo alle possibili limitazioni, necessarie e giustificate dal perseguimento di un legittimo interesse pubblico ed ossequiose dei principi generali del diritto dell'Unione, quali la proporzionalità e la certezza del diritto.

In sintesi, il regolamento europeo sulla pubblicità politica mostra l'assoluta attualità del problema dato dall'incidenza delle tecniche odierne volte a catturare il consenso politico anche tramite manipolazione ed anche al costo (o addirittura con lo scopo) di rendere mero simulacro il dibattito pubblico o di opinione pubblica, con l'effetto di trasfigurare completamente la democrazia senza la complicazione di rinnegarla in modo aperto ma giungendo ad un risultato analogo.

Il regolamento affronta solo in parte il problema, nei limiti delle sue basi giuridiche non completamente "centrate" rispetto ad esso, in particolare senza entrare nel merito di una serie di aspetti di metodo e di contenuto della comunicazione politica, i quali restano impregiudicati ed alla portata di eventuali normative ulteriori nei singoli Paesi dell'Unione, salvi il limite dei diritti e delle libertà fondamentali ed i relativi "controlimiti", che rappresentano le vera sfida, come ci si appresta a dire.

2.2. Il regolamento europeo sui servizi digitali

Quest'ultimo tema, relativo propriamente ai contenuti, era stato già affrontato in precedenza dal regolamento europeo 2022/2065,[32] incentrato in via generale sulla disciplina dei servizi cd. intermediari del mondo digitale (anche in questo caso per contribuire al corretto funzionamento del mercato interno tramite norme armonizzate, oltre che ad un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l'innovazione e in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta siano tutelati in modo effettivo).

Questo regolamento individua una serie di contenuti propriamente illegali rispetto ai servizi digitali (ad esempio l'incitamento all'odio o al terrorismo; la discriminazione; la pedopornografia; il cyberbullismo; la vendita di determinati

32 In tema possono vedersi, fra gli altri, L. Oliveri, *Poteri delle piattaforme e private enforcement: riflessioni sull'art. 54 del Digital Services Act*, in *NLCC*, 2025, 749; D. Sarmiento, S. Iglesias Sánchez, *La Regulación Europea de Los Contenidos en la Red: El Reglamento de Servicios Digitales*, Bogotà, 2025; H. Schmidt, *Goldilocks and the three laws – Competition law, the Digital Markets Act, and the Digital Service Act: Regulation of online safety*, in *Common Market Law Review*, 2025; aa.vv., *Piattaforme e content moderation*, vari contributi, in *Giur. It.*, 2024, 440; B. Grazzini, *Piattaforme e content moderation - Fake news e disinformazione*, in *Giur. It.*, 2024, 491; M. Stucchi, *DSA: le nuove regole per le piattaforme online*, in *Dir. industr.*, 2024, 270; S. Heidebrecht, *Platform Accountability in the European Unione: The Cases of Data Protection and Digital Service Regulation*, in *Pol. Eur.*, 2024, 142.

prodotti; la violazione del diritto d'autore, ecc.) e detta regole corrispondenti.

Inoltre, dichiaratamente per preoccupazioni di interesse pubblico, esso prevede anche taluni obblighi specifici a carico delle cd. piattaforme *online* di dimensioni molto grandi, in ragione del ruolo ch'esse rivestono nel facilitare ma anche nell'influenzare fortemente il dibattito pubblico, anche attraverso la diffusione al pubblico di informazioni, opinioni e idee e nell'influenzare il modo in cui i destinatari ottengono e comunicano informazioni online.

Ai fornitori di tali piattaforme è richiesto di valutare i rischi sistemici derivanti dalla progettazione, dal funzionamento e dall'uso dei loro servizi, nonché dai potenziali abusi da parte dei destinatari dei servizi ed è imposto l'obbligo di adottare opportune misure di attenuazione nel rispetto dei diritti fondamentali.

In quest'ottica sono individuare quattro categorie di rischi sistemici, una delle quali riguarda specificamente gli effetti negativi, reali o prevedibili, sui processi democratici, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica. Secondo i "considerando" del regolamento, si tratta qui necessariamente di informazioni non illegali ma comunque legate a contenuti fuorvianti o ingannevoli, compresa la disinformazione.

Ai gestori delle piattaforme è richiesta l'adozione di non meglio specificate misure necessarie per attenuare con diligenza i rischi sistemici individuati nelle valutazioni del rischio, nel rispetto dei diritti fondamentali, entro i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità e con particolare attenzione all'impatto sulla libertà di espressione.

Come si può notare, a fronte di un'analoga finalità di interesse pubblico, data dalla tutela della genuinità del dibattito di opinione pubblica e dal contrasto alla disinformazione, l'approccio qui è in parte diverso.

Non si fa leva, fondamentalmente, sull'autoprotezione dei destinatari di insidiose tecniche di comunicazione politicamente rilevanti (come si è visto a proposito dell'altra fonte, esaminata nel precedente paragrafo), ma si opera piuttosto nel senso di limitarle, ancorché soltanto rispetto alle piattaforme online di dimensioni molto grandi – per la particolare significatività del loro impatto – e tramite valutazioni e misure corrispondenti poste a carico dei gestori di esse, nel quadro della proporzionalità e nel rispetto della libertà di espressione.

2.3. La direttiva europea sul greenwashing

La libertà di autodeterminazione, perseguita tramite un regime giuridico della pubblicità (in senso lato), riguarda non solo il cittadino contemplato nella sua dimensione di partecipante al funzionamento del sistema democratico e di elettore, ma anche propriamente il consumatore, al cospetto dei rischi di manipolazione dovuti a tecniche utilizzate per il *marketing*, la pubblicità e la vendita dei prodotti sul mercato.

Il tema fondamentale – in ultima analisi della libertà, dell'autodeterminazione e di una solidarietà sociale incompatibile con livelli eccessivi di opportunismo, a fronte dello strapotere assunto da ciò che in senso molto ampio si può definire il moderno volto della comunicazione – appare essere il medesimo. L'ambientazione del tema in parte cambia, perché il consumatore è *homo oeconomicus* più che *civis* o *homo politicus*.

Ma nel nostro caso di studio, con la direttiva 2024/825,[33] i due profili si intrecciano e si sovrappongono in un modo nuovo e peculiare, in ragione del fatto che il *greenwashing* fa leva non già su motivazioni meramente economiche e private del consumatore, quanto piuttosto su ideali che si connettono alla sfera politica ed istituzionale. Il *greenwashing* si rivolge al consumatore parlando al *civis* che è in lui. Ciò perché tende ad intercettare ed influenzare le scelte di consumo facendo credere al consumatore che una certa impresa e/o un certo prodotto abbiano determinate caratteristiche o meriti sul terreno della sostenibilità e della tutela ambientale. Temi, dunque, che costituiscono i pilastri fondamentali della politica ambientale dell'Unione, la quale per i propri obiettivi si basa (non solo sull'impiego dell'autorità, secondo lo schema *command and control* ma anche)

33 In tema cfr. C. Galli, A. Rainone, *La Direttiva "greenwashing": un common ground per la sostenibilità in Europa*; in *Dir. industr.*, 2025, 13; S. Hill e altri, *Testing the greenwashing assessment framework*, in *Echology and Society*, 2025; D. Bevilacqua, *Il greenwashing e la tutela dei consumatori*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2024, 448; B. Keirsbilck, *Empowering Consumers for the Green Transition: Overview of Directive (EU) 2024/825*, in *EuCML*, 2024; D. Markhame altri, *Greenwashing: a proposal to restrict its spread*, in *Journal of Environmental Assessment Policy and Management*, 2024; M. C. Reale, *Comunicare l'impegno per l'ambiente: le nuove regole europee contro il greenwashing*, in *Sociol. Dir.*, 2024; S. Ciacchi, *The newly-adopted Corporate Sustainability Due Diligence Directive: an overview of the lawmaking process and analysis of the final text*, in *ERA-Forum*, 2024.

sulla leva motivazionale del "direzionamento" dei flussi di spesa e di investimento privati e quindi anche sulle scelte del consumatore. Per questa via il rischio della manipolazione del consumatore tramite il *greenwashing* diviene un tema anche di estremo interesse (di effetto utile, in un certo senso) per il corretto funzionamento delle politiche pubbliche e quindi dell'attività propriamente istituzionale.

Non a caso l'*incipit* della direttiva, nei "considerando" che ne precedono l'articolato, si incentra sulla finalità non soltanto di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, sulla base di un livello elevato di protezione dei consumatori e dell'ambiente, ma anche di compiere progressi nella transizione verde. Si intendono cioè introdurre nella normativa unionale in materia di consumatori norme specifiche volte a contrastare le pratiche sleali che ingannano i consumatori ed impediscono loro di compiere scelte di consumo sostenibili. In questa prospettiva le asserzioni ambientali, ossia ciò che le imprese affermano riguardo a sé ed ai prodotti devono essere eque, comprensibili ed affidabili, da un lato per consentire agli operatori economici di trovarsi su di un piano di parità e, dall'altro lato, per permettere ai consumatori (se lo vogliono, ma il potenziale in tal senso è innegabile) di scegliere prodotti che siano effettivamente migliori per l'ambiente rispetto a prodotti concorrenti. Così si intende esplicitamente incoraggiare la concorrenza in modo da condurre a prodotti più ecosostenibili, con conseguente riduzione dell'impatto negativo sull'ambiente. La novità non è ovviamente costituita dal fatto che vi siano disposizioni volte al contrasto delle pratiche commerciali ingannevoli, ma è invece insita, in modo alquanto evidente, nell'abbinamento di questa (tradizionale) tematica ai nuovi obiettivi ambientali dell'Unione nel quadro del *Green Deal*.

E' utile una breve rassegna delle principali disposizioni dettate in tal senso dalla direttiva.

Caratteristiche ambientali dei prodotti possono essere quelle relative al tema del contributo alla transizione verso la neutralità delle emissioni di carbonio o la neutralità climatica; oppure quelle che riguardano gli aspetti relativi alla circolarità dei prodotti, quali la durabilità, la riparabilità, la riciclabilità. Sul piano sociale, che la direttiva considera e valorizza parallelamente a quello ambientale (in un'ottica riconducibile agli obiettivi di sviluppo sostenibile fatti propri dall'Agenza 2030), vengono in rilievo le caratteristiche di un prodotto lungo tutta la sua

catena del valore, ad esempio riguardo all'equità delle condizioni di lavoro della forza-lavoro interessata su piano salariale, della sicurezza, della protezione sociale, del dialogo sociale, della parità di trattamento, ecc.

In questo caso l'impostazione della normativa europea è nel senso di perseguire più direttamente l'equità e l'attendibilità delle asserzioni riguardanti le caratteristiche o le performances ambientali (e sociali) delle imprese e dei prodotti, con una ricca serie di divieti qui di seguito sintetizzati per sommi capi.

Essi riguardano, innanzitutto, le asserzioni ambientali, ad esempio relative al clima che, valutate caso per caso, non risultano corroborate da impegni e obiettivi chiari, oggettivi, pubblicamente accessibili e verificabili, fissati dall'operatore economico e definiti in un piano di attuazione dettagliato e realistico, il quale indichi in quale modo gli obiettivi medesimi saranno conseguiti e che stanzi risorse a tal fine. Non è tutto, perché la direttiva pretende altresì verifica delle asserzioni da parte di un esperto terzo, indipendente dall'operatore economico, esente da conflitti di interesse e dotato di esperienza e competenza in materia ambientale, incaricato anche di monitorare i progressi compiuti nel tempo. I risultati devono essere a disposizione al pubblico.

A questo si aggiunge uno sforzo normativo nel senso dell'individuazione di tipi di pratiche di *greenwashing* sleale, come tali vietate.

Si tratta, ad esempio:

- della pratica, parzialmente ingannevole (ma tanto basta), consistente nel pubblicizzare come vantaggi, per i consumatori, caratteristiche che sono irrilevanti e non direttamente connesse ad alcuna qualità dell'impresa o del prodotto specifico, che potrebbero tuttavia indurre i consumatori a credere ad una maggiore vantaggiosità per l'ambiente o la società, rispetto ad altri prodotti di imprese concorrenti;

- di forme di pubblicità comparativa non accompagnate da adeguate informazioni ai consumatori sul metodo di raffronto impiegato (oggettività del raffronto, medesima funzionalità dei prodotti comparati, scelta di un metodo comune e di assunti comuni per il raffronto, comparazione di caratteristiche rilevanti e verificabili dei prodotti) e delle misure adottate per mantenere aggiornate le informazioni;

-dell'esibizione di marchi di sostenibilità non stabiliti da autorità pubbliche o non basati su un sistema di certificazione il cui funzionamento sia conoscibile dal pubblico e che soddisfi condizioni minime di trasparenza e credibilità, compresa l'esistenza di un controllo obiettivo ad opera di un terzo competente ed indipendente;

- di asserzioni ambientali generiche (come quelle di: ecocompatibile, verde, ecologico, amico della natura, rispettoso dell'ambiente/del clima, biodegradabile, a base biologica ecc.), fatte in assenza di un'eccellenza riconosciuta alle prestazioni ambientali pertinenti; eccellenza da valutarsi in coerenza con le corrispondenti normative (sicché, ad esempio, un'affermazione di efficienza energetica potrebbe essere ammessa in presenza di prestazioni ambientali conformi al regolamento 2017/1369, mentre un'affermazione di biodegradabilità non potrebbe essere formulata sulla base dell'eccellenza riconosciuta ai prodotti dal regolamento 66/2010, se non vi sono requisiti di biodegradabilità nei criteri specifici relativi all'Ecolabel concernenti il prodotto di cui trattasi);

- di asserzioni ambientali concernenti il prodotto nel suo complesso o l'attività dell'operatore economico nel suo complesso, quando in realtà riguardano soltanto un determinato aspetto del prodotto o un elemento specifico non rappresentativo dell'attività dell'operatore economico (ad esempio la pubblicità di un prodotto qualificato come realizzato con materiale riciclato, mentre solo l'imballaggio presenta tale caratteristica o l'asserzione che possa lasciare intendere l'impiego di sole fonti rinnovabili, mentre l'operatore economico utilizza anche combustibili fossili);

-di asserzioni basate sulla compensazione dei gas ad effetto serra, nelle quali si sostiene o si lascia intendere (con varie possibili formulazioni) che un prodotto (un bene o un servizio) ha impatto neutro, ridotto o positivo in termini di emissioni di gas serra, se le asserzioni medesime non si basano sull'impatto dell'effettivo ciclo di vita del prodotto in questione e riposano, invece, sulla compensazione delle emissioni di gas-serra al di fuori della catena di valore del prodotto, che è cosa diversa e non equivalente; fermo restando che è legittimo pubblicizzare investimenti ambientali, compresi i progetti sui crediti di carbonio, purché con informazioni non ingannevoli;

- della pratica di presentare requisiti (ad esempio l'assenza di una certa sostanza chimica) imposti per legge sul mercato dell'Unione a tutti i prodotti appartenenti ad una categoria, compresi quelli importanti, come se si trattasse di un tratto distintivo dell'offerta dell'operatore economico.

Una nutrita serie di ulteriori fattispecie si legano al divieto di pratiche e correlative asserzioni o forme di pubblicità, nella prospettiva del perseguimento della durabilità dei prodotti ed all'obiettivo dell'economia circolare, anche con obblighi informativi specifici in favore dei consumatori (ad esempio il non comunicare che un dato aggiornamento di un software inciderà negativamente sul funzionamento di beni che comprendono elementi digitali o sull'uso di contenuti o servizi digitali; la promozione di beni che contengono una caratteristica introdotta per limitarne la durabilità; l'indurre il consumatore a sostituire o reintegrare materiali di consumo del prodotto prima di quanto sarebbe necessario per ragioni tecniche; ecc.), nonché alla promozione della durabilità dei beni e delle correlative garanzie commerciali, alla promozione della riparabilità, alle opzioni per servizi di consegna rispettosi dell'ambiente.

2.4. Brevi considerazioni di raffronto

Come si vede, nella direttiva esaminata da ultimo, l'obiettivo di proteggere la libera autodeterminazione del destinatario di forme di pubblicità potenzialmente manipolative (*greenwashing)* è perseguito con una tecnica e con strumenti alquanto diversi da quelli emersi, in precedenza, dall'esame del regolamento sulla pubblicità politica. Lo è in via assolutamente diretta, mediante la disciplina dei contenuti della pubblicità o comunicazione e l'individuazione di fattispecie illecite perché sleali.

Il regolamento sulla pubblicità politica postula una robusta capacità autoprotettiva del cittadino e dell'elettore. La salvaguardia dell'effettiva libertà di informazione (passiva), di pensiero e di partecipazione democratica alla vita politica dovrebbe passare per la mera possibilità offerta al cittadino di individuare agevolmente la pubblicità politica come tale, di conoscere i soggetti, i flussi finanziari ed i contesti politici di riferimento e delle tecniche di *targeting* impiegate, indipendentemente dal contenuto dei messaggi e degli stimoli ai quali il destinatario viene sottoposto.

La direttiva sul *greenwashing* invece, postula un consumatore incapace di autoproteggersi anche di fronte ad informazioni commerciali il cui carattere potenzialmente decettivo o almeno non senz'altro efficace è alquanto evidente; al punto che la sua tutela è affidata alla disciplina dei contenuti del messaggio o della stimolazione di cui è destinatario (analoga è l'impostazione del regolamento sui servizi digitali, ancorché più sfumata).

La persona coinvolta nelle delineate vicende è però la stessa. E' ritenuta tendenzialmente consapevole e capace di difendersi e ragionare, quando si tratta di politica, ed invece in balia assoluta di forme anche maldestre di manipolazione, quando si tratta di consumo.

Così non può essere ed occorre ammettere la discrasia, anche se sono individuabili le ragioni che la determinano.

Rispetto alla pubblicità politica l'Unione dispone di una base giuridica meno diretta e chiara; il *greenwashing* invece si presta ad essere colpito nel quadro della politica ambientale comune e della prevista integrazione orizzontale di essa in tutti gli altri settori.

Inoltre le libertà personali inerenti all'informazione ed alla partecipazione alla sfera politica sono tradizionalmente tutelate in modo più forte, rispetto alle libertà economiche, nelle tradizioni di molti Paesi membri dell'Unione ed oggi, dopo il *Green Deal*, quanto meno le esigenze della politica ambientale possono pacificamente concorrere a limitare e conformare le libertà economiche stesse.

Correlativamente, in termini di Costituzione italiana, mentre il divieto di certe pratiche comunicative nell'ambito dei mercati può risultare riconducibile alle disposizioni dell'innovato art. 41 della Carta, manca una norma formulata in modo corrispondente con riguardo alle pratiche comunicative di carattere politico.

Non è un caso e non è necessariamente un male, ma è forse giunto il tempo di approfondire l'argomento con una visuale aggiornata, che tenga conto dell'enorme evoluzione intervenuta nei campi della politica, della comunicazione e, anche per inevitabile riflesso, del funzionamento delle istituzioni.

La domanda a cui rispondere è se, quanto meno a livello di legislazione nazionale, si possa oggi pensare, per fronteggiare adeguatamente minacce alla democrazia, chiaramente delineate tanto dagli studiosi quanto ormai anche dal di-

ritto unionale, con i loro effetti pregiudizievoli sul funzionamento dell'amministrazione pubblica, di cui si è detto, all'introduzione di discipline più specifiche e mirate sulla pubblicità e sulla comunicazione politica, in una direzione che quanto meno si avvicini al modello che è stato accolto dalla direttiva europea sul *greenwashing*.

3. L'incidenza delle libertà di manifestazione del pensiero e di comunicazione sul tema della ricerca

S'impone, a questo punto, una breve riflessione sulle possibili obiezioni e/o comunque sui limiti che un'ipotesi come quella formulata in conclusione del precedente paragrafo potrebbe incontrare. Il che conduce ad affrontare, a questo proposito, il tema delle libertà di manifestazione del pensiero e di espressione.[34]

Trattandosi di uno dei capisaldi dei sistemi democratici (pietra angolare dell'ordine democratico o fondamento della democrazia, nelle parole della Corte costituzionale[35]), la produzione scientifica e giurisprudenziale in tema è sconfina-

34 Sottolinea M. Luciani, *Libertà di espressione e pluralismo politico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it,* 2025, che all'originaria non coincidenza fra la libertà di manifestazione del pensiero, consacrata dalla Costituzione italiana, e la libertà di espressione, riconosciuta dalla CEDU, per via giurisprudenziale si è venuta sostituendo una sostanziale equivalenza delle due formule. Già alcuni anni prima A. Cardone, *L'incidenza della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 C.e.d.u. nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Oss. Fonti*, 2012, aveva dato conto della diversa impostazione sottesa alle due Carte e, tuttavia, del progressivo ridimensionamento della distanza, grazie alla giurisprudenza della Corte costituzionale. In generale sulla libertà di espressione in rapporto al funzionamento del meccanismo democratico di creazione della comunità a partire dagli individui cfr., fra l'altro, A. Osti, M. Della Malva, *Libertà di espressione e forme moderne di censura*, Torino, 2025;. M. Bassini, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019; C. Caruso, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013. Sull'art. 21 Cost. possono vedersi, fra i tanti, A. Valstro, *Art. 21*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, 451 ss.; A. Loiodice, *Libertà di comunicazione e principi costituzionali*, in G. Santaniello – R. Zaccaria (cur.), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. xxviii, .3. Sull'art. 10 della CEDU si possono richiamare, ad esempio; R. sapienza, *Libertà di espressione e limiti convenzionali: il difficile bilanciamento*, in A. Di Stasi, *CEDU e ordinamento italiano*, 2020, 767 ss.; A. Cardone, *L'incidenza*, cit., A. Cardone, M. Ortheimer, *Art. 10*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, 2012, 398 ss..

35 In tal senso, rispettivamente, le sentenze nn. 84/1969 e 172/1972; in dottrina, fra i tanti, A. Lamberti, *Libertà*, cit., 876.

ta. Non avrebbe senso tentare qui di darne conto organicamente anche solo in sintesi.

Piuttosto vale la pena di soffermarsi su alcuni aspetti fondamentali, più pertinenti rispetto al discorso.

La già evocata importanza di queste libertà e la loro decisiva concorrenza a determinare il contenuto essenziale degli ordinamenti democratici del nostro tempo inducono a non sviluppare la riflessione verso il binario di una qualche forma di limitazione o sacrificio di esse, sull'altare dell'efficientismo funzionale delle istituzioni o, peggio, di una qualche concezione dell'identità nazionale.

Il percorso di studio qui proposto è tutt'altro.

Si tratta di verificare se alcune delle forme oggi assunte dalla pubblicità e dalla comunicazione con rilevanza politica – e quanto ne consegue in termini di ormai chiaramente tematizzata disinformazione e manipolazione – siano incondizionatamente riconducibili alle libertà fondamentali di espressione del pensiero e di informazione o se, invece, il nucleo irrinunciabile di queste libertà nell'ambito della democrazia consenta, o addirittura (paradossalmente) imponga, di avviare percorsi per la tracciatura di nuovi limiti e regole di esercizio delle libertà stesse, nel tentativo di concorrere sul piano normativo a dare vita ad un ambiente nel quale un cittadino non necessariamente avveduto, esperto e smaliziato, possa comprendere almeno approssimativamente le dinamiche politiche e sociali e partecipare ad esse in modo attivo, libero e consapevole.

Nell'enorme mole e varietà di studi e pronunce sulle libertà in questione tende marcatamente a prevalere un diverso filone, legato al tema dei limiti imposti nei confronti dei cittadini e dei cd. "cani da guardia" (organizzazioni non governative, giornalisti, ricercatori, blogger, ecc.) nelle loro manifestazioni di pensiero, espressioni, comunicazioni essenzialmente critiche verso i pubblici poteri ed i titolari di cariche connesse.[36] Non è questo l'approccio di interesse ai nostri fini.

La relativa novità dei temi qui trattati, o comunque della prospettiva assunta nel relativo esame, sembra consentire di sondare, alla ricerca di limiti "opposti", cioè applicabili in particolare alla comunicazione di coloro che sono al potere o che si candidano ad assumerlo, un approccio non completamente tradizio-

36 Vedasi, ad esempio, la *Guida sull'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, rinvenibile sul sito della Corte EDU.

nalista alle libertà fondamentali, rivolto peraltro a vivificarle nel mutato contesto storico e mediatico di riferimento.

Malgrado la riconosciuta sacralità delle libertà in questione, e con estreme cautele, non sono comunque del tutto interdette limitazioni. Si pensi al contrasto ai discorsi d'odio,[37] oppure all'incitazione alla commissione di reati o, ancora, all'apologia del razzismo, ecc.. La base giuridica dei limiti a queste pratiche è comunemente individuata nella stessa Costituzione (nell'art. 21 e più in generale nella sistematica della Carta, che impedisce di considerare la libertà di espressione isolatamente dagli altri diritti ed interessi costituzionali)[38] e nell'art. 10.2 della CEDU, che contempla in effetti restrizioni di fonte legale alla libertà di espressione, a presidio di una serie di interessi protetti (la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale, la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, la garanzia dell'autorità e dell'imparzialità del potere giudiziario), ancorché con il vincolo dell'interpretazione restrittiva e dell'osservanza rigorosa del cd. *three-part test* incentrato sui requisiti di previsione legale dei limiti alla libertà di espressione, di orientamento dei medesimi ad uno scopo legittimo e di necessità entro una società democratica[39].

L'evolversi e l'ampliarsi delle tecniche e degli "spazi" di comunicazione, grazie alla rete, ai *blog*, ai *social media* lascia intravvedere aspetti e dimensioni ulteriori, incentrati su forme di abuso della libertà di espressione, come si è ritenuto nel caso della cd. *cancel culture*.[40]

E' stato autorevolmente sostenuto e può ritenersi acquisito che, in generale, le democrazie si difendono riconoscendo e invece non limitando la libertà di espressione.[41] Eppure non esiste una libertà di espressione cieca ed assoluta, do-

37 Cfr. F. Casarosa, *Libertà di espressione e contrasto ai discorsi d'odio*, *Handbook sulle tecniche di interazione giudiziale nell'applicazione della Carte dei diritti fondamentali del'UE*, in www.cjc.eui.eu (Centre for judicial cooperation).

38 In tema, e con ampi riferimenti, cfr. M. Luciani, *Libertà*, cit., 11 s.

39 Per i principali riferimenti alle sentenze della Corte e.d.u. in tal senso sia consentito di rinviare alla guida del Consiglio d'Europa, *Limiting the use of criminal law to restrict freedom of expression*, 2025.

40 Cfr. L. La via, *Diritto alla libertà di espressione e i suoi limiti*, in *Diritto.it*., 2025.

41 N. Bobbio, *Il futuro*, cit., osserva ad esempio che la libertà di espressione è condizione necessaria, seppure non sufficiente, della vita democratica.

vendosi almeno salvaguardare in ogni caso, nei limiti dello stretto necessario, la cornice costituzionale (in senso lato) e democratica, costituente base giuridica di riconoscimento e di garanzia della libertà stessa. Se è vero che i principi fondanti la nostra forma di Stato, delineata dalla Costituzione, esigono una democrazia basata su una libera opinione pubblica (come già detto, diversa da una mera sommatoria di interessi preferenze, desideri, aspirazioni privati) in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale, secondo quanto si legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale,[42] occorre che l'ordinamento sia strutturato per dare spazio a tutto ciò. Non sono certo mancate, ad oggi, discipline e pronunce così orientate, anche con espresso riguardo alla qualità dell'informazione, che hanno riguardato in particolare il pluralismo delle fonti di informazione, specie quando erano ancora scarse ed in seguito lo statuto professionale dei giornalisti nell'ambito delle testate.[43]

Si tratta, allora, ai nostri fini, di mutare la prospettiva ma ragionando, in fondo, nel medesimo senso, a fronte dell'emersione del tema relativo agli attori politici, intesi in senso lato (come già chiarito sopra), che tentano di procurarsi o si procurano forme di legittimazione e di influenza sui poteri e sulle decisioni pubbliche, apparentemente costruite su meccanismi democratici e di consenso, ma in realtà eversive della sostanza di questi, per la violazione deliberata o comunque quanto meno accettata della libertà di autodeterminazione dei cittadini considerati singolarmente e nel loro complesso come corpo democratico. In un quadro nel quale, con le parole del Consiglio d'Europa, la Corte e.d.u. non ha ancora avuto occasione di trattare specificamente casi incentrati su limiti alla libertà di espressione in funzione di contrasto alla disinformazione (pur avendo essa valuta-

42 Cfr., ad esempio, Corte cost., n. 112/1993 e le altre richiamate da M. Luciani, *Libertà*, cit., 4.

43 Corte cost., n. 44/2005, si esprime apertamente in termini di crisi di qualità dell'informazione, anche a causa di affermazioni non verificate ed opinioni polarizzate, con la conseguenza che la sfida dell'informazione riguarda la salvaguardia della qualità di essa. In pratica, come chiosa M. Luciani, *Libertà*, cit., 6, il diritto ad essere informati deve convivere con il diritto ad informare. Anche A. Cardone, *L'incidenza*, cit., 14, dà conto dell'evoluzione della giurisprudenza nel senso di un diritto non solo ad esprimersi ma anche ad essere informati, per l'esigenza di un'opinione pubblica libera, nutrita dal pluralismo delle fonti di informazione, dall'imparzialità ed obiettività delle notizie fornite, dalla completezza, correttezze continuità dell'attività informativa, nel rispetto di tutti i valori costituzionali

to come consentita la diffusione di informazioni relative ad un candidato politico ricevute da terzi e fortemente sospettabili di non essere vere, in assenza di prova dell'intenzione di fuorviare l'elettorato)[44].

Anche a questo proposito, come è avvenuto in passato allorquando si trattava di assicurare il pluralismo delle fonti di informazione (in un'era tecnologicamente assai meno evoluta del nostro tempo), dovrebbero quindi potersi predicare obblighi in positivo, dell'ordinamento giuridico, nei confronti del legislatore e delle istituzioni in genere, di attivarsi per costruire un sistema conforme[45] ad una concezione aggiornata dei valori costituzionali in esame.

Non è dubbio, come già detto, che la stessa definizione di democrazia, così come l'individuazione del perimetro delle pratiche ad essa appartenenti, non sia e non possa essere netta; che il modello "in purezza" non possa concretamente realizzarsi e che le dinamiche reali del potere in parte divergano da quelle democraticamente ortodosse, pur vestendosi dei panni di queste. Lo si è sempre saputo e lo si è sempre accettato.[46]

Quello che si intende sottoporre ad una valutazione aggiornata è se possano o addirittura debbano individuarsi strumenti giuridici preordinati a contenere tale fenomeno entro limiti tali da non snaturare completamente la democrazia (qualunque cosa si voglia ragionevolmente intendere per democrazia), regolando alcuni profili delle libere manifestazioni di pensiero ed espressione dotate di incidenza significativa sull'opinione pubblica e così sui processi democratici (dalla selezione dei candidati, alle elezioni, ai referendum, alle campagne politiche legate a specifiche misure legislative o amministrative, ecc.).

Gli esiti della riflessione più tradizionale sulle libertà fondamentali in esame – sul loro carattere non assoluto e sui possibili limiti in funzione di difesa dell'ordinamento democratico – suggeriscono che uno spazio sia configurabile, ancorché certamente ristretto.

Come sfruttarlo ?

---

44 Cfr. Consiglio d'Europa, *Limiting the use*, cit., 28, con riferimento al caso Salov/Ucraina, del 2005.

45 In tal senso, con riguardo alla giurisprudenza costituzionale e della Corte e.d.u., cfr. A. Cardone, *l'incidenza*, cit., 16 e 27.

46 Cfr. la nota 13.

Senza la pretesa di fornire una soluzione completa e definitiva, si può ritenere che le matrici normative unionali (regolamenti e direttiva), già esaminate nei precedenti paragrafi, possano suggerire l'esame di altrettanti distinti modelli di intervento a tutela della libera autodeterminazione di chi si trovi ad essere destinatario di stimoli da agenti volti ad influenzarlo: l'uno orientato alla trasparenza di alcuni aspetti della pubblicità politica, ma completamente neutro rispetto ai suoi contenuti, basato quindi sull'ipotesi di destinatari della comunicazione politica in grado di "fare la tara"; l'altro, invece, con particolare intensità quello del *greenwashing* (ma in parte a ben vedere anche quello del regolamento sui servizi digitali), incentrato propriamente sulla limitazione del contenuto di messaggi rivolti al pubblico, sul diverso assunto che, altrimenti, i consumatori non sarebbero in grado difendersi e resterebbero ingannati, con pregiudizio anche all'interesse pubblico alla transizione ecologica.

Si è già detto delle diverse basi e cornici giuridiche caratterizzanti i modelli esaminati. Le considerazioni aggiunte in questo paragrafo, in ordine alle limitazioni della libertà di comunicazione, possono indurre a ritenere forse troppo invasivo (quantomeno inizialmente) il secondo paradigma ai nostri fini, almeno se si pensa di generalizzarlo e, dunque, a non orientare decisivamente la ricerca nel senso di una disciplina dei contenuti delle espressioni e delle comunicazioni politicamente rilevanti; ancorché in casi estremi anche siffatta prospettiva possa risultare non esclusa *a priori*. Del resto, l'altro approccio indubbiamente costituisce un buon inizio, ma forse non ancora un approdo sufficientemente maturo o comunque esaustivo.

4. Prospettive di sviluppo degli strumenti di disciplina della comunicazione politica – un possibile innovativo congegno

Alla luce di quanto esposto fin qui, una direttrice di lavoro, potenzialmente produttiva per l'ideazione ed il graduale sviluppo di normative più aggiornate e moderne, appare essere quella di perseguire l'obiettivo di coniare discipline innovative le quali non pretendano di incidere specificamente sui contenuti delle comunicazioni politiche, quanto piuttosto di imporre, laddove ciò venga in concreto richiesto, forme esplicite di contestualizzazione o di informazione collaterale/aggiuntiva che facilitino i cittadini ed il pubblico a formarsi liberamente le pro-

prie opinioni e consentano sotto questo profilo un dibattito pubblico dotato di maggiore aderenza alla realtà ed alle dinamiche effettivamente rilevanti,[47] destinate in ultima analisi a tradursi in attività amministrativa ed in servizi e prestazioni pubbliche.

Se questa può essere la direzione verso la quale rivolgere il pensiero – e l'obiettivo è quello di ottenere che una comunicazione politica completamente sregolata non impedisca una partecipazione sufficientemente consapevole ed effettiva della cittadinanza ai processi democratici ed un dibattito di opinione pubblica per quanto possibile genuino; che l'*agorà* mantenga un adeguato collegamento con la realtà; che sopravviva l'idea di un interesse comune oltre i legittimi interessi particolari e le loro occasionali combinazioni; che il potere pubblico seguiti a legittimarsi in chiave di ragionevole orientamento a tale interesse comune; che la democrazia (pur con tutti i suoi limii) resti credibile; che l'amministrazione pubblica sia posta in condizione di giocare il proprio ruolo di corpo professionale ed imparziale – si tratta a questo punto di provare ad immaginare il volto di innovative forme di regolazione normativa della comunicazione politica, con tutta la prudenza e la gradualità del caso.

In questo senso si può riflettere, innanzitutto, sul novero dei soggetti ai quali, a fronte di una determinata comunicazione di un attore politico, potrebbe essere conferita la legittimazione a chiedere, per il tramite di un istituendo canale ufficiale, le informazioni di contestualizzazione del messaggio e le precisazioni aggiuntive del caso.

Si potrebbe inizialmente pensare alle seguenti cerchie: i competitori, nell'imminenza di una tornata elettorale; gli avversari politici, rispetto a decisioni pubbliche da assumere o già intervenute; i giornalisti e ricercatori, ai fini dell'esercizio delle rispettive professioni; le organizzazioni della società civile, se adeguatamente strutturate. Non senza l'innegabile necessità di un non lieve sforzo defini-

47 Le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa CM/Rec(2022)4 *on promoting a favourable environment for quality journalism in the digital age* e CM/Rec(2022)12 *on electoral communication and media coverage of election campaingns*, del 2022, in una logica alquanto sovrapponibile, suggeriscono del resto misure (oltre alla promozione di un giornalismo di qualità), come il sostegno al *fact checking*, lo *user empowerment* (nel senso dell'aumento della capacità di auto-protezione dei destinatari della comunicazione potenzialmente decettiva), le *platform-design solutions*.

torio di ciascun gruppo.

Immaginare opportuni canali per sollecitare la precisazione di messaggi politici significa pensare a forme amministrate (eventualmente anche da operatori privati qualificati ed indipendenti) in modo da garantire la tracciabilità e la trasparenza delle dinamiche dialettiche di cui trattasi (domande di precisazioni ed eventuali risposte).

Non sembrano esservi particolari controindicazioni a rimettere l'attivazione degli ipotizzati meccanismi alla libera iniziativa dei soggetti legittimati, laddove sia da essi ravvisato un qualche effettivo interesse.

L'oggetto delle richieste di precisazione veicolabili nei modi prospettati potrebbe essere inizialmente tipicizzato, con l'idea di un progressivo e graduale arricchimento del novero, nel tempo, alla luce delle prime risultanze applicative.

Sulla base dell'esperienza comune, si potrebbe iniziare a ragionare su alcuni profili della comunicazione politica, che più si prestano a disorientare i suoi destinatari e porre sotto *stress* gli apparati amministrativi.

Si pensi, ad esempio, al caso delle affermazioni programmatiche (in particolare avanzate in campagne elettorali) che siano indubbiamente suggestive, perché orientate ad obiettivi/realizzazioni (o anche all'astensione da certe misure) agevolmente condivisibili dalla collettività o da suoi ampi strati, ma di apparentemente ardua realizzazione.

L'effetto può essere quello di ingannare i cittadini/elettori, ma anche di gravare gli apparati amministrativi di improprie aspettative e di sottoporli a pressione per ottenere *output* non necessariamente in sé validi, ma a loro volta orientati alle esigenze della narrazione comunicativa politica.

Se risulta difficile pensare di inibire tali forme di perseguimento mediatico del consenso politico, potrebbe invece essere concretamente alla portata la previsione di un meccanismo ufficiale, per il tramite del quale l'autore della comunicazione politica possa essere chiamato a precisare pubblicamente:

- se egli abbia inteso esprimere un auspicio generico o, invece, abbia valutato specificamente la fattibilità, le *chances* e, almeno per sommi capi, le strategie, anche finanziarie, per la realizzazione dell'obiettivo dichiarato;

- se vi sia uno specifico quadro conoscitivo a partire dal quale ha formulato la propria comunicazione e, nel caso, quali siano le fonti ed i dati sui quali si è

basato.

Una siffatta più precisa contestualizzazione del messaggio potrebbe essere funzionale ad un equilibrato contemperamento fra la libertà di espressione, da un lato, e la tutela della sfera di autodeterminazione dei destinatari, dall'altro.

Inoltre, meccanismi volti, come questi, a consentire la verifica dei fondamenti ed una più oggettiva discussione dei contenuti dei programmi o dei propositi rappresentati al pubblico, potrebbero avere l'effetto di indurre ad un maggiore studio ed approfondimento delle tematiche politico-amministrative. Il che potrebbe anche stimolare una più solida e stabile ri-organizzazione delle forze politiche con un correlativo temperamento dell'improvvisazione individualistica, cui il volto odierno della promozione mediatica non regolata dà ampio spazio.

Analogamente potrebbe essere trattata la comunicazione politica per così dire retrospettiva (in campagna elettorale ma anche in corso di legislatura o di mandato) inerente a segmenti di attività di governo o amministrativa già svoltasi; tanto se effettuata da parte di chi intenda vantarsene o comunque esprimere apprezzamento, quanto, all'opposto, se proveniente da parte di chi intenda manifestare critiche.

In questo caso l'eventuale precisazione pubblica da rendersi a richiesta potrebbe attenere:

- al fatto se il vanto o la critica si basino sulla corrispondenza di quella determinata attività, oggetto della comunicazione politica, a norme di legge, piani o programmi previsti dalla legge e vigenti o, invece, su diverse valutazioni di opportunità da parte dell'autore della comunicazione (anche per rendere più chiaro se si possa eventualmente parlare di meriti o demeriti, effettivamente riconducibili ai responsabili dell'attività "sindacata" o, invece, di profili collocabili su un diverso livello istituzionale);

- all'indicazione delle fonti, dei dati o delle serie di dati da cui originano e su cui si basano le valutazioni esposte o anche solo suggestivamente evocate in sede di comunicazione politica.

Più in generale, ulteriori ambiti per possibili richieste di precisazione potrebbero inerire al rapporto fra un determinato episodio di comunicazione ed altri precedenti, da parte del medesimo autore o di soggetti in qualche modo ad es-

so correlati, sì da consentire al pubblico di meglio comprendere se vi sia una coerenza, lungo la linea temporale e quindi entro una pluralità di comunicazioni politiche nell'arco di un certo periodo o se invece vi siano contraddizioni o cesure e, nel caso, quali ne siano le ragioni.

Di maggiore delicatezza, ma non per questo da escludere, risulterebbe l'eventuale tipizzazione di una possibile richiesta di precisazioni, volta a far esprimere l'autore di una comunicazione politica inerente ad un nuovo progetto/proposito o ad una nuova iniziativa che si intendano avviare sul piano normativo od amministrativo, in ordine all'individuazione dei presumibili destinatari di particolari vantaggi o svantaggi che ne deriverebbero ed all'approssimativa commisurazione di tali effetti.

La completa novità della materia suggerisce di non eccedere negli sforzi di fantasia sulla carta, ma di avviare eventualmente con gradualità una sperimentazione dei meccanismi qui ipotizzati, eventualmente arricchendoli in seguito, miratamente, sulla base dell'esperienza.

Che cosa attendersi ?

L'autore di una comunicazione politica interrogato entro un alveo ufficiale e richiesto di precisazioni come quelle prospettate, potrebbe non rispondere, oppure rispondere in modo non sincero o incompleto, eventualmente anche trincerandosi dietro ai propri diritti fondamentali.

Tuttavia, anche una non risposta od una risposta inattendibile o parziale potrebbero rivelarsi elementi utili, in quanto idonei comunque ad alimentare una qualche forma di dibattito pubblico, da cui la moderna comunicazione politica sempre più rifugge, in contrasto con i fondamenti classici dell'ideale democratico.

Il cittadino, il giornalista, l'opinionista, l'avversario politico, l'elettore verrebbero in questo modo a disporre di qualche elemento in più, utile a riequilibrare, almeno in parte, gli eccessi della comunicazione politica postmoderna, senza che si giunga a forme problematiche di censura o di controllo amministrativo.

Probabilmente il tono ed il livello complessivo della comunicazione e del dibattito pubblico si eleverebbero. Non verrebbero meno una serie di aspetti difficilmente conciliabili con l'ideale democratico (ad esempio il culto della persona del politico o del *leader*, come anche il discredito mirato della persona

dell'avversario) né risulterebbe cancellato l'evidente divario che in molte occasioni separa le liturgie della comunicazione politica postmoderna dalla realtà. Quanto meno, però, il sistema inizierebbe a contenere elementi di stimolo all'attendibilità intrinseca ed alla verificabilità della comunicazione, alla preparazione professionale di coloro che la praticano, ad una maggiore partecipazione da parte di cittadini che invece oggi appaiono largamente rassegnati e, per questa via, ad una vivificazione della democrazia, seppure entro una società profondamente modificatasi negli ultimi decenni.

Così facendo, in fin dei conti, non si farebbe altro che promuovere – con forme indubbiamente innovative e per larga parte ancora da delineare ed affinare, secondo quanto detto – un ambiente o un "ecosistema" (come si usa dire oggi) in parte coincidente con quello già auspicato, sia pure non esattamente allo stesso proposito, in sede di Raccomandazione del Consiglio d'Europa,[48] il quale (ultimo), nel richiedere agli Stati di adoperarsi per un ambiente favorevole al giornalismo di qualità nell'era digitale, ha sottolineato la rilevanza, fra l'altro, di una serie di tematiche assolutamente centrali anche ai fini del nostro discorso, fra cui:

- un impegno al perseguimento della verità, dell'accuratezza e della lealtà (*fairness*), con un forte senso dell'interesse pubblico e dell'*accountability* in tutti i settori della società;

- un'informazione al pubblico caratterizzata da accuratezza e profondità;

- (in negativo) l'attuale condizione di accentuata partigianeria politica, di spregiudicatezza politica, di ampio ricorso alle *fake news*;

- i rischi legati all'indebolimento della capacità di informazione e concentrazione del pubblico, a causa del sovraccarico di informazioni e stimoli comunicativi cui sono esposte.

Quanto sopra con l'auspicio, da parte dello stesso Consiglio d'Europa, di meccanismi di verifica dei fatti (*fact checking*), coinvolgimento del pubblico (*audience engagement*), trasparenza e maggiore responsabilità (*accountability*) nei media e negli intermediari in rete, a cui ben si potrebbero certamente aggiungere, ai fini del nostro discorso, gli attori politici, onde contribuire a ristabilire per

48 Vedasi la già richiamata Raccomandazione CM/Rec/2022)4 sulla promozione di un ambiente favorevole al giornalismo di qualità nell'era digitale.

quanto possibile fiducia e relazioni sane anche nella sfera pubblica complessivamente considerata (oltre che in quella del giornalismo e dei media, su cui è incentrata la Raccomandazione), con un risanamento ed una riaffermazione della democrazia ed un possibile ruolo effettivamente professionale ed imparziale per l'amministrazione pubblica nel quadro di Istituzioni meglio compenetrate con la collettività e dunque con il popolo sovrano.

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

Alice De Nuccio
Ricercatrice in Tenure Track di Diritto amministrativo presso l'Università Telematica Pegaso
alice.denuccio@unipegaso.it

Alcune riflessioni sull'organizzazione amministrativa in dialogo con l'opera di Mario Nigro

Some Reflections on Administrative Organisation in Dialogue with the Scholarship of Mario Nigro

Sintesi

A sessant'anni dalla pubblicazione di *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, questo contributo si prefigge di valutare l'influenza esercitata dalle riflessioni di Mario Nigro sui percorsi dottrinali che si sono sviluppati sino ad oggi, nonché l'attualità delle intuizioni cristallizzate nella sua opera in un contesto socio-tecnico mutato.

Dopo aver evidenziato il carattere innovativo dell'approccio adottato da Nigro nell'analisi del fenomeno organizzativo, il lavoro si focalizza sul concetto di organizzazione formulato dall'Autore. Dal confronto con le visioni della dottrina coeva si prova a far emergere il terminale comune tra la singolare impostazione di Nigro e quella, da questi criticata, di Giorgio Berti per come sfociata nella teorizzazione più recente: l'organizzazione soggettivamente amministrativa è una e, dunque, non l'unica delle possibili espressioni della sovranità popolare.

A partire da questo risultato e dalla conseguenza logica dedotta dalla più recente dottrina, vale a dire l'oculata pubblicizzazione delle entità privatistiche che svolgono attività oggettivamente amministrative, comprese quelle in relazioni di autonomia rispetto alle entità pubblicistiche, il contributo tenta di convalidare le intuizioni di Nigro sul rischio di una «*burocrazia autocefala*» in rapporto alla realtà contemporanea, e di formulare un'ipotesi, speculare alla suddetta, che possa contribuire ad arginare questo fenomeno. Difatti, le probabilità di un apparato amministrativo neutrale dal punto di vista del perseguimento degli interessi pubblici e indisponibile rispetto alle richieste dei cittadini sono esponenzialmente più elevate oggi, nell'era in cui l'introduzione dell'intelligenza artificiale minaccia

di cancellare l'interazione umana, come fondamento, sinora giuridicamente irrilevante in quanto ovvio, del diritto e dei diritti. Il lavoro, dunque, propone di estendere alle organizzazioni soggettivamente amministrative i principi giuridici umanizzanti (ad esempio, il principio di fraternità) che, in quanto tali, hanno nelle relazioni intersoggettive di diritto privato una sede naturale.
Nella seconda parte, il contributo si sofferma sulla natura dell'organizzazione come attività di indirizzo, dalla quale Nigro fa discendere il rapporto di continuità tra organizzazione e attività amministrativa. Ancora una volta, si evidenzia l'attualità di questa costruzione nell'ordinamento contemporaneo, non soltanto perché ha continuato a formare la base di recenti riflessioni dottrinali, ma anche per la riconoscibilità di alcuni dei suoi tratti tipici in principi e fatti organizzativi emergenti: l'«*elasticità*» è parte del principio di resilienza, il lavoro agile incide sul «*farsi dell'attività*», dal carattere «*singolare*» e «*concreto*» degli atti di macro-organizzazione discenderebbe un obbligo di motivazione non limitato alla logicità e congruità delle scelte compiute.

Abstract

Sixty years after the publication of *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione* (*Studies on the Organising Function of Public Administration*), this article seeks to assess the influence exerted by Mario Nigro's reflections on subsequent doctrinal developments, as well as the contemporary relevance of the insights crystallised in his work within a transformed socio-technical context.
After highlighting the innovative character of Nigro's approach to the analysis of the organisational phenomenon, the article focuses on the concept of organisation formulated by the Author. Through a comparison with the views advanced by contemporary scholarship, it aims to identify the shared theoretical endpoint between Nigro's distinctive position and that of Giorgio Berti, whom Nigro criticised, as it has evolved in its most recent doctrinal elaborations: administrative organisation in the subjective sense is one and, therefore, not the sole possible expression of popular sovereignty.
Building on this conclusion and on the logical implication drawn by more recent scholarship –– namely, the carefully calibrated publicisation of private entities

performing objectively administrative activities, including those operating in conditions of autonomy from public bodies — the article seeks to test the continuing validity of Nigro's concerns regarding the risk of an «*autocephalous bureaucracy*» in light of contemporary developments. It further advances a complementary and symmetrical hypothesis capable of counterbalancing this phenomenon. Indeed, the likelihood of an administrative apparatus that is neutral with respect to the pursuit of public interests and unresponsive to citizens' claims is exponentially greater today, in an era in which the advent of artificial intelligence threatens to displace human interaction as the foundation of law and rights (an element hitherto legally irrelevant precisely because it was taken for granted). The article therefore proposes extending to subjectively administrative organisations those humanising legal principles (such as the principle of fraternity) that traditionally find their natural locus within intersubjective relations governed by private law.

In its second part, this work examines the nature of organisation as a function of direction, from which Nigro derives the relationship of continuity between organisation and administrative activity. Once again, the contemporary relevance of this construction is underscored not only because it continues to underpin recent doctrinal reflections, but also because several of its defining features are discernible in emerging organisational principles and institutional developments: «*elasticity*» now forms part of the principle of resilience; so-called agile working reshapes the «*unfolding of administrative activity*»; and the «*singular*» and «*concrete*» character of macro-organisational acts would entail an obligation to state reasons that extends beyond the mere logical coherence and appropriateness of the choices adopted.

Parole chiave: organizzazione amministrativa; funzione organizzatrice; fraternità; lavoro agile; macro-organizzazione.

Keywords: administrative organisation; organising function; fraternity; agile working; macro-organisation.

Indice: 1. Premessa. – 2. L'approccio al fenomeno organizzativo. – 3. Il concetto di organizzazione. – 3.1. Differenze tra impostazioni teoriche. – 3.2. Estendibilità delle forme organizzative. Punti di contatto. – 4. Effetti dell'estensione organizzativa: fungibilità dei principi. – 5. La funzione organizzatrice come attività di indirizzo. – 5.1. Il carattere naturalisticamente direttivo. – 5.2. Il carattere giuridicamente direttivo. – 6. Riflessioni di sintesi.

1. Premessa

Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione[1] è una pietra miliare degli studi di diritto amministrativo sull'organizzazione e, come tale, è stata già oggetto di utili approfondimenti e fruttuosi dibattiti. Tuttavia, per via del suo carattere "fondamentale", avendo scavato sino alla radice del fenomeno organizzativo e, alla luce dei suoi elementi essenziali, sviluppato la complessa trattazione sulla posizione occupata dalla funzione di organizzazione nella dinamica dei rapporti tra parlamento ed esecutivo, non cessa di essere spunto di riflessione.

Pertanto, il presente contributo non intende riproporre un'analisi dell'opera nella sua interezza ma, più semplicemente, valutare l'influenza esercitata dal pensiero di Mario Nigro sui percorsi dottrinali che si sono sviluppati sino ad oggi, nonché l'attualità delle intuizioni cristallizzate nell'opera in un contesto socio-tecnico mutato.

In particolare, si metterà a fuoco il *concetto* di organizzazione formulato dall'Autore, individuandone la genesi e la collocazione rispetto ad altre impostazioni teoriche dell'epoca e alle loro evoluzioni, le differenze e i punti di contatto tra le stesse; in secondo luogo, mutuando il percorso logico seguito da Nigro, ci si soffermerà sulla *natura* dell'organizzazione qualificata come attività di indirizzo, facendo di questa conclusione la lente con la quale osservare alcuni aspetti dell'ordinamento giuridico contemporaneo.

2. L'approccio al fenomeno organizzativo

Notoriamente, mediante l'analisi dell'art. 97 Cost.[2], Nigro si prefigge di identificare i canoni fondamentali di attribuzione e ripartizione della funzione di organizzazione relativa ai pubblici uffici[3].

---

1 M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

2 Nigro si riferisce, in particolare, all'art. 97, co. 2, Cost., secondo cui «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione». Il focus della trattazione è la ragione per la quale A. Sandulli, *Mario Nigro, giurista dello Stato democratico-sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2010, 641 ss., 643, qualifica l'opera «un grande libro di diritto costituzionale».

Infatti, la titolarità del potere organizzativo, al tempo in cui fu redatto il libro, non era stata particolarmente indagata dalla dottrina né era stata oggetto di conflitti e perplessità tra parlamento e governo. Ciò, più che all'assenza di una connotazione problematica o all'irrilevanza del tema, era dovuto al fatto che nessuno, prima di quel momento, era stato sensibile al punto da percepirne le criticità, così come da coglierne l'importanza nell'economia dei rapporti tra i due organi[4].

La portata innovativa della trattazione non si esaurisce nella scelta dell'oggetto che, come evidenziato poc'anzi, sino a quel momento non aveva suscitato particolare interesse. Essa risiede soprattutto nell'approccio adottato per lo sviluppo dell'analisi, che affronta uno degli aspetti cruciali del problema della titolarità della funzione organizzativa, vale a dire i confini della riserva relativa di legge ex art. 97 Cost., muovendo dalla natura dell'organizzazione come funzione e dalla posizione a essa spettante nei rapporti tra legislativo ed esecutivo[5].

Dunque, quella proposta da Nigro è un'analisi di carattere sostanziale e, in tal senso, opposta a quella svolta dalla dottrina coeva, che intendeva risolvere il suddetto problema partendo dal dato formale, cioè dalla distinzione tra norma

3 Secondo M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 67 ss., questa natura della norma in esame, vale a dire di «precetto fondamentale del sistema costituzionale di attribuzione e distribuzione della funzione d'organizzazione della (nel senso di *sulla*) pubblica amministrazione», si evincerebbe dai contenuti della stessa: il principio del buon andamento fonderebbe il «potere di auto-organizzazione»; il principio di imparzialità, disciplinando una modalità di esercizio del potere organizzativo, si risolverebbe in un'«attribuzione di titolarità» di quest'ultimo; la riserva relativa di legge, distribuendo la funzione di organizzazione tra potere legislativo e potere esecutivo (governo e amministrazione), costituirebbe, anzitutto, «attribuzione della funzione» stessa. Inoltre, l'art. 97 Cost. sarebbe implicitamente connesso con le norme dell'ordinamento che consentono di individuare i centri, non soltanto dell'apparato amministrativo statale ma anche della residua organizzazione pubblica, ai quali spetta la funzione di organizzazione. Tuttavia, l'analisi non si sviluppa al punto da investire quest'ultimo punto, ossia i problemi relativi alla sistemazione delle autonomie organizzatorie in senso stretto.

4 Id., *Studi sulla funzione*, *cit.*, 8.

5 Altro aspetto della riflessione di Nigro sino ad allora "inusuale", che, tuttavia, non sarà oggetto del presente contributo, è la rilevazione di un collegamento tra il buon andamento e l'imparzialità in quanto posti a fondamento della struttura organizzativa della pubblica amministrazione. Difatti, salvo l'eccezione di G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, I, Padova, Cedam, 1963, 52 ss., la dottrina prediligeva un'interpretazione sostanzialistica dei due principi, che poneva l'esigenza di imparzialità, da un lato, e l'esigenza di buon andamento, dall'altro. V., su questo aspetto, M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 70 ss.

primaria (legge) e norma secondaria (regolamento).

In particolare, come emerge dal richiamo critico delle posizioni espresse sino al momento della pubblicazione dell'opera, si distinguevano una corrente minoritaria, secondo la quale l'organizzazione dei pubblici uffici costituiva competenza esclusiva del potere legislativo, senza che residuasse alcuno spazio per i regolamenti di organizzazione[6], e una corrente maggioritaria, che affermava la persistenza di un potere regolamentare di organizzazione, sebbene, al suo interno, si distinguessero diversi filoni in rapporto al contenuto specifico della legge e dei regolamenti[7]. Al contrario, al piano generale e astratto dei rapporti tra legge e rego-

6 Cfr. G. Azzariti, *La nuova costituzione e le leggi anteriori*, in *Foro it.*, 4, 1948, 81 ss., 87. La spiegazione che M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 99-100, dà a questa posizione è la vicinanza temporale all'emanazione della Costituzione e, dunque, al cattivo ricordo del regime fascista, il quale, mediante la legge del 31 gennaio 1926, n. 100, aveva attribuito all'esecutivo il potere organizzativo.

7 Il primo filone, comprendente A. Amorth, *La costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1948, 104, riteneva che il legislatore fosse competente per l'organizzazione degli «uffici esterni e per quelli che in qualche modo partecipano alla formazione di provvedimenti amministrativi, non per gli uffici interni che rispondono più che altro alla necessità di divisione del lavoro», rievocando, così, l'orientamento dottrinale del periodo pre-costituzionale di A. De Valles, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, *Lo Stato. Gli uffici*, Padova, Cedam, 1931, 81 ss., il quale distingueva tra «distribuzione di competenze», che forma la zona giuridica, e «ripartizione di mansioni», che costituisce la zona non giuridica [per inciso, come specifica M.S. Giannini, *Organo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, Giuffrè, 37 ss., 51, la competenza negli enti pubblici identifica «l'attribuzione di potestà [...] o, ancor più propriamente, la misura dell'attribuzione medesima giusta di criteri spaziali, di valore, di oggetto e simili»; la mansione indica «tanto l'attribuzione di un contenuto di specie ad una prestazione lavorativa di genere (per esempio, il tal consigliere di amministrazione segue i problemi del patrimonio, il tal addetto all'ufficio legale si occupa delle questioni del personale), quanto genericamente il contenuto di prestazioni lavorative di una qualifica (per esempio, mansione di ragioniere capo, di magazziniere, di dirigente)»: la mansione, nel suo primo significato, avrebbe una rilevanza solo organizzativa e non anche giuridica; nel suo secondo, solo lavoristica, potendo avere effetti a fini di stato giuridico od economico l'attribuzione di una mansione diversa o superiore]. Nel secondo filone rientravano, *ex multis*, M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo* (1959-1960), Roma, Jandi Sapi, 1961, 80, e C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Pisa, Libreria Goliardica, 1964, 432, i quali ammettevano un potere regolamentare di organizzazione meramente esecutivo della legge. In un terzo filone, F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1957, 117, faceva riferimento ai regolamenti di organizzazione come categoria a sé stante. Il quarto filone sosteneva che i regolamenti di organizzazione potessero non essere meramente esecutivi della legge, dal momento che quest'ultima traccia le linee fondamentali dell'ordinamento amministrativo e del relativo personale e poi decide, in generale o caso per caso, se spingersi sino alla disciplina di dettaglio,

lamento, Nigro contrappone quello concreto della natura dell'organizzazione, rovesciando, così, il punto di osservazione da una prospettiva *top-down* a una prospettiva *bottom-up*.

3. Il concetto di organizzazione

3.1. Differenze tra impostazioni teoriche

Seguendo il *modus operandi* di Nigro, al fine di determinare la natura della funzione, è opportuno delimitare un concetto di organizzazione.

L'impostazione prescelta allo scopo –– di tipo sostanziale, concreto, *bottom-up* –– emerge dalla concezione della pubblica amministrazione come soggetto che, secondo l'Autore, sarebbe espressa dall'art. 97 Cost.[8]. In particolare, i principi di «*imparzialità*» ed «*efficienza*»[9] ivi stabiliti non indicherebbero, in modo completo o sufficiente, chi/cosa, del complesso organizzatorio governo-amministrazione, sia dotato del potere di organizzazione, ciò in quanto la norma non considera l'amministrazione come un insieme unitario né dal punto di vista soggettivo, come entità a sé stante, né dal punto di vista oggettivo, come ordinamento[10].

---

attribuendo all'amministrazione un potere regolamentare meramente esecutivo, ovvero se limitarsi ad essere una legge-cornice, lasciando all'amministrazione la possibilità di stabilire delle vere e proprie direttrici, mediante un regolamento c.d. «libero» o «delegato». All'interno del quarto filone, vi erano contrasti circa il grado di espansione della legge nell'esercizio del potere di organizzazione: ad esempio, S. Bartolini, *Il principio di legalità dei tributi in materia di imposte*, Padova, Cedam, 1957, 81, nota 37, riteneva che la legge fosse libera di decidere l'estensione e la profondità della disciplina, alla luce dell'art. 97 Cost., il quale affermerebbe la superiorità del parlamento; G. Amato, *Rapporti fra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici*, Milano, Giuffrè, 1962, 113, considerava che la legge non potesse mai scendere al di sotto di una certa soglia di dettaglio, in modo da impedire che il regolamento finisse per indicare esso stesso gli interessi da tutelare.

8 Con parole di A. Carbone, *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 17, 2024, 25 ss., 25-26, «la considerazione generale dell'organizzazione amministrativa, sotto un profilo giuridico, e delle relazioni di carattere organizzativo, che di detto profilo sono espressione, rappresenta una problematica che si connette direttamente con quella afferente alla considerazione del rilievo giuridico del soggetto pubblico, per tale via, dello stesso potere giuridico e del relativo modello di produzione, che al primo si vengono a correlare».

9 Come noto, l'efficienza è il modo in cui Nigro traduce il «buon andamento» (v. M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 86).

10 M. Nigro, *Studi sulla funzione*, cit., 93.

Difatti, se si guarda alla lettera della legge, la parola "amministrazione" è adoperata nel senso di attività amministrativa. Se si considera lo spirito dell'art. 97, benché questo si rivolga tanto agli organi di direzione politico-amministrativa, nei cui confronti opera la riserva di legge, quanto a tutti i soggetti amministrativi quali idonei produttori di efficienza, «*non solo non c'è alcun elemento che autorizzi a pensare che siano stati assunti nella loro unità ma l'intento di differenziazione da cui la norma è animata impone di pensare il contrario*»[11].

Il pluralismo organizzativo sostenuto da Nigro si radica in una delle soluzioni con le quali la dottrina più autorevole aveva cercato di risolvere la questione della soggettività statale e della categoria del giuridico quando la figura dello Stato-persona, al cui interno era configurabile una sfera di irrilevanza giuridica –– mero appannaggio della politica ––, era stata messa in crisi dalla disgregazione dello Stato monoclasse borghese e dall'avvento dello Stato pluriclasse.

Venendo meno la contrapposizione dicotomica tra interesse pubblico, di titolarità dello Stato, e interessi privati, di titolarità dei cittadini, il cui conflitto veniva sciolto *ab externo* dalla legge (mediante l'attribuzione di diritti, di volta in volta, all'amministrazione o ai privati), si poneva il problema della rilevanza giuridica della sfera interna allo Stato la quale, se fatta scaturire dallo schema del rapporto giuridico, avrebbe finito per sfaldare la soggettività dello Stato stesso come unità. Ebbene, le soluzioni cui si è fatto cenno hanno proposto una concezione della giuridicità diversa rispetto a quella bilatera della norma, capace di fondare le relazioni organizzative su basi che, pur senza ricorrere a espedienti, evitano di cadere in questo cortocircuito[12].

---

11 Id., *op. ult. cit.*, p. 94.

12 Tra le concezioni della giuridicità parimenti autorevoli ma più risalenti, si ricordi quella di D. Donati, *La persona reale dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1-2, 1921, ora in *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1966, 227 ss., la quale identificava lo Stato con la sua persona reale, composta dal complesso dei funzionari, che, consentendogli di assumere le vesti di parte del rapporto intersoggettivo regolato dalla legge, ne preservava soggettività e giuridicità. V. anche le costruzioni di A. De Valles, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, *cit.*, spec. 83 ss. e 109 ss., e di U. Forti, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, Jovene, 1948, 50 ss. e 128 ss., che, ancorando la giuridicità delle relazioni organizzative alle norme disciplinanti la competenza degli organi, essendo queste rilevanti nei rapporti con i terzi, di fatto, fondavano la stessa su un doppio rapporto. Cfr. A. Carbone, *Considerazioni generali*, *cit.*, 27-29.

La prima, c.d. impostazione istituzionistica, sposta il fondamento della giuridicità nello Stato-ordinamento, consentendo allo Stato-persona di restare il destinatario della norma e, dunque, parte di un rapporto giuridico[13]. Sulla stessa scia ma verso la dissoluzione di questa soluzione, si è posta la teorizzazione di Massimo Severo Giannini, secondo cui un centro di interessi, già esistente sul piano sociale, assume la connotazione di figura soggettiva per il tramite di una norma organizzativa che identifica i citati interessi come pubblici, attribuendogli rilevanza giuridica. Tuttavia, l'ordinamento amministrativo, non più autonomo per via della proliferazione di norme generali sull'organizzazione amministrativa, si scioglie nell'ordinamento generale, che identifica la c.d. figura soggettiva come entità, non necessariamente dotata di personalità giuridica, la cui azione, tuttavia, produce effetti giuridici[14].

La seconda soluzione è la c.d. teorizzazione gradualistica, la quale riconduce la giuridicità all'ipoteticità della norma, che anticipa, in tal guisa, il momento di autolimitazione dello Stato alla genesi del diritto[15]. Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca l'impostazione di Costantino Mortati, la quale, però, si differenzia dal gradualismo in quanto non espunge il dato teleologico sotteso alla giuridicità, che considera, invece, elemento intrinseco alla norma fondamentale: la Costituzione in senso materiale –– cioè l'insieme delle forze, dei rapporti e delle situazioni che si consolidano in seguito al conflitto di interessi che determina l'affermazione di un gruppo, il quale si posizionerà come Stato –– è essa stessa norma giuridica e non un antecedente sociale della giuridicità, con la conseguenza che gli spazi del potere non disciplinati, in senso stretto, dalla legge non sono appannaggio di una sfera politica collocata al di fuori della realtà giuridica ma si

13 S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, Sansoni, 1946, spec. 219-221.

14 M.S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1965, 116 ss. e 133 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, 91 ss., 103 ss. e 115 ss., secondo la ricostruzione di A. Carbone, *Considerazioni generali*, *cit.*, 33-34, e note 25-26. La concezione dell'organizzazione come soggettivamente amministrativa, cioè identificata a partire dai soggetti annoverabili come amministrazioni pubbliche, continua ad essere accolta in parte della manualistica: v., ad es., E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 26a ed., Milano, Giuffrè, 2024, 4, in cui si legge «amministrazione in senso soggettivo equivale ad organizzazione amministrativa».

15 H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000 (op. orig. 1934), 50 ss.

confermano parte integrante di quest'ultima[16].

L'impostazione normativistica nella declinazione della Costituzione in senso materiale di Mortati forma il basamento della definizione di organizzazione elaborata da Nigro[17]. Questi, infatti, considera l'organizzazione non un «*corpo estraneo*» alla società, bensì uno suo «*sviluppo logico*»[18], che da essa si differenzia poiché persone o gruppi di persone curano interessi non più soltanto propri bensì riferibili alla collettività.

Richiamandone brevemente i passaggi ricostruttivi, la concezione nigriana identifica la posizione e il valore dell'organizzazione attraverso il riferimento a una «*struttura differenziata nel seno della comunità giuridica e sociale, struttura mediante la quale si esprime un particolare modo di essere di essa comunità (una forma giuridica)*»[19], il che vale a escludere il concetto secondo cui organizzazione e ordinamento giuridico sono identici, cioè che ogni ordinamento è un'organizzazione[20]. Per giustificarne la genesi, Nigro specifica che la «*differenziazione, nel seno di una collettività, prima inarticolata, di una struttura organizzativa avviene per il fatto che (e nel momento in cui) alcune persone o gruppi di persone non curano più (soltanto) interessi propri, ma (anche) interessi che, direttamente o indiret-*

16 C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998, ristampa dell'ed. del 1940, 53 ss.

17 Cfr. A. Carbone, *Considerazioni generali*, *cit.*, 37; D. Sorace, in Aa. Vv., *Mario Nigro giurista*, Milano, Giuffrè, 1998, 39. Sul legame tra i due Maestri, che si evince anche dalla dedica di *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cfr. S. Cassese, *Mario Nigro: lo studioso e l'opera*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2010, 685 ss., 685; F. Lanchester, *Due giuspubblicisti calabresi*, in *Nomos*, 3, 2023, 3 ss.; D. De Pretis, *Mario Nigro. Giurista della complessità*, in *Nomos*, 3, 2023, 4 ss.; A. Sandulli, *Mario Nigro*, *cit.*, 651 ss., che mette in luce «un'affinità elettiva, piuttosto che [...] un classico rapporto tra maestro ed allievo».

18 M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 117, nella parte in cui afferma che l'organizzazione «non è un corpo estraneo e sovrapposto rispetto al territorio delle relazioni e delle ragioni di vita del gruppo, ma è uno sviluppo logico di esse e si pone nei loro confronti quale elemento integratore e potenziatore».

19 Id., *op. ult. cit.*, 109.

20 Id., *op. ult. cit.*, 106. In tal senso, Nigro rifiuta l'impostazione istituzionistica di S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, *cit.*, 27 ss., secondo cui il concetto di diritto si fonda su quello di società, in quanto contenente quello di ordine sociale, ma coincide con l'istituzione, la quale diviene ente, e, dunque, l'istituzione sarebbe un'organizzazione sociale e, al contempo, un ordinamento giuridico.

tamente, si riferiscono alla collettività»[21]. La caratteristica di questi interessi, la cui cura «*viene assunta (assunta stabilmente e istituzionalmente) da (una minoranza di) persone specificate e destinate a questo scopo*»[22], «*è di essere non più meri interessi comuni, ma di essere (di essere sentiti, di valere come) interessi generali, e quindi attinenti alla collettività come tale, complessivamente e unitariamente considerata*»[23].

L'eco mortatiana si rinviene anche nel fatto che, essendo l'organizzazione intrecciata all'attività preposta alla cura degli interessi, quale suo «*modo di essere*»[24], come parte di un ciclico –– e non monolitico –– indirizzo della scelta[25], non sono necessari ulteriori riferimenti normativi affinché l'organizzazione partecipi alla considerazione dei fini che sono propri dell'attività[26]. Questa continuità tra organizzazione e attività[27], però, non legittima l'annullamento della seconda nella prima –– a cui invece, secondo lo stesso Nigro, perverrebbe Giorgio Berti[28] –– per due ragioni: la prima è che l'esperienza giuridica della sfera pubblicistica, se ridotta alla sola organizzazione, risulta decurtata di parte del suo corso dialettico[29]; la seconda è connessa al «*valore stipulativo*» dell'organizzazione, nel senso che la tradizione scientifica e normativa ha distinto la sfera dell'organizzazione, limitandola ai fatti di istituzione, arredamento e disciplina degli uffici, mentre l'attività, pur costituendo attuazione del disegno organizzativo, ha, come essenza,

21 M. Nigro, *op. ult. cit.*, 114.

22 Id., *op. ult. cit.*, 115.

23 *Ibidem*.

24 Id., *op. ult. cit.*, 118.

25 *Ibidem*. Sulla funzione organizzatrice come attività di indirizzo, v. *infra* § 5.

26 Cfr. A. Carbone, *Considerazioni generali*, *cit.*, 37.

27 D. De Pretis, *Mario Nigro*, *cit.*, 7, al proposito, afferma: «Caduto il diaframma della tralatizia – e fin troppo comoda – distinzione fra momento organizzativo e momento dell'attività sostanziale, il fenomeno amministrativo si manifesta in tutta la complessità delle relazioni, strettissime e di continuità, fra i due momenti». Sulla continuità tra organizzazione e attività v. *infra* § 5.1.

28 Secondo M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 70, nota 4, 72, nota 10, 125, nota 54, l'impostazione di Berti, risolvendo imparzialità e buon andamento nel momento organizzatorio, fa sì che l'art. 97 «perd[a] ogni valore normativo vero e proprio e divent[i] mera esplicitazione e descrizione di una fenomenologia la quale si riscontra in ogni ordinamento perché connaturata con la stessa esistenza e gli stessi caratteri dell'organizzazione».

29 Come evidenziato efficacemente da A. Carbone, *Considerazioni generali*, *cit.*, 37, nota 34, nell'impostazione di Nigro, «l'assorbimento fra le due [organizzazione e attività] è precluso dalla circostanza che è dalla loro contrapposizione dialettica che scaturisce l'esperienza giuridica».

la vera e propria cura degli interessi[30].

L'impostazione di Berti, poc'anzi richiamata, è una visione oggettivistica dell'organizzazione, scaturente dalla concezione, propria di Feliciano Benvenuti, della funzione come trasformazione del potere in atto[31]. Secondo questa impostazione, i fenomeni giuridici si distinguono in fenomeni che attengono alla produzione, cioè potere e procedimento, che ha come aspetto terminale la figura dell'atto, e fenomeni che attengono all'imputazione, cioè persona giuridica e responsabilità, che ha come aspetto iniziale la figura dell'organo[32]. Poiché il potere, secondo questa costruzione, è energia giuridica attuale[33], che ha origine dal contatto diretto tra realtà normativa e realtà istituzionale[34], e non potenziale, attraverso la sua titolarità in un soggetto, quest'ultimo si colloca al di fuori della sfera del potere e all'interno della sfera dell'imputazione[35].

In particolare, l'energia giuridica attuale con la quale si identifica il potere è sprigionata dall'incontro delle forze dell'ordinamento, vale a dire la norma, da un lato, e gli ordinamenti particolari od istituzioni in cui si esprime la collettività, dall'altro[36]: i secondi integrano la forza della prima mediante la percezione di un interesse che si assume contenuto nella norma stessa[37]; ciò –– ossia l'apporto integrativo –– perché il potere non corrisponde al comportamento già prescritto dalla norma, bensì alla riproduzione di un «modo di essere» della società in un dato momento, che, così operando, consustanzia l'ordinamento normativo[38].

---

30 M. Nigro, *op. ult. cit.*, 126.

31 F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, Cedam, 1987, 85. Tuttavia, come fa notare A. Carbone, *Considerazioni generali*, *cit.*, 34, nota 27, pur considerando la funzione sotto il suo profilo strutturale, come farsi dell'atto, e non teleologico, come cura di interessi altrui, e, dunque, gettando le basi per il superamento della concezione volontaristica e psicologistica del potere, Benvenuti non espunge completamente l'elemento soggettivo, richiamando espressamente la figura dell'autore della funzione.

32 G. Berti, *La pubblica amministrazione*, *cit.*, 219 ss.

33 Id., *op. ult. cit.*, 228.

34 Per una spiegazione di questa dinamica, v. *infra* nel testo.

35 G. Berti., *op. ult. cit.*, 266 ss.

36 Id., *op. ult. cit.*, 259-260.

37 Id., *op. ult. cit.*, 266-267.

38 Id., *op. ult. cit.*, 275-276.

In base a questa visione, che si situa, si potrebbe dire, al crocevia tra l'impostazione istituzionistica e quella normativistica[39], l'organizzazione consiste nell'idoneità dell'ordinamento particolare a confrontarsi con la norma e, dunque, coincide con la relazione stessa tra istituzione e ordinamento normativo, con la conseguenza che, se da questa relazione, ovvero dall'organizzazione, nasce il potere, il potere è esso stesso un fatto di organizzazione[40].

Una costruzione che, invece, non è riconducibile né al normativismo né all'istituzionismo[41], poiché non ricorre né alla norma né all'istituzione per spiegare l'organizzazione, è quella che fonda quest'ultima sulla figura dell'ufficio[42]. Specificamente, secondo Giovanni Marongiu, benché l'agire funzionale sia proprio delle persone fisiche, queste vengono in rilievo non nell'interezza della loro personalità, bensì in una specifica prestazione, inserita nella trama delle prestazioni orientate alla realizzazione dell'ordinamento, che consiste non soltanto nell'esecuzione di comportamenti idonei a produrre effetti giuridici in senso proprio ma anche a conseguire risultati sociali, ricongiungibili, gli uni e gli altri, a un insieme di interessi e valori; comportamenti, interessi e valori qualificati normativamente.

A tal fine, essendo necessari sia la distribuzione ordinata dei comportamenti su figure precostituite sia lo svolgimento ordinato dei comportamenti verso lo scopo finale, soccorre l'ufficio, inteso non come sfera astratta di compiti, poteri e facoltà –– in quanto, così inteso, lascerebbe irrisolto il problema del titolare –– né come unione di competenze, servizi personali e reali –– in quanto lascerebbe irrisolto il problema della combinazione degli stessi ––, bensì come organizzazione, la quale dà concretezza, mediante il dovere d'ufficio, al collegamento tra comportamenti e scopi[43].

---

39 Cfr. A. Carbone, *Considerazioni generali*, *cit.*, 36, spec. nota 31, anche per i riferimenti dottrinali che inscrivono la teoria di Berti nell'istituzionismo o nel normativismo.

40 G. Berti, *La pubblica amministrazione*, *cit.*, 383-384.

41 Cfr. A. Carbone, *Considerazioni generali*, *cit.*, 36 e nota 35.

42 G. Marongiu, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, Cedam, 1969, 85 ss.; V. Bachelet, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, Giuffrè, 1965, 14 ss. e 27 ss.

43 G. Marongiu, *Organo e ufficio*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, Ist. Enc. It., 1991, 1 ss., 5 ss. In tal senso, come rileva A. Carbone, *Considerazioni generali*, *cit.*, 37-38, e nota 36, la struttura organizzativa nel suo aspetto statico, posta dalle norme, si lega all'azione concreta attraverso l'interposizione dell'attività, interrompendo il gradualismo normativo.

3.2. Estendibilità delle forme organizzative. Punti di contatto

Se si mettono a confronto l'impostazione di Nigro e quella, da questi criticata, di Berti, per come sfociata nella teorizzazione più recente[44], a sommesso giudizio di chi scrive, la differenza ricostruttiva appare recessiva a fronte dell'approdo condiviso tra le stesse.

In *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Nigro precisa che la natura dell'art. 97 Cost. comporta e sottintende il collegamento con le norme dell'ordinamento che consentono di individuare i centri, nell'ambito dell'apparato amministrativo statale e della residua organizzazione pubblica, cui spetta la funzione di organizzazione[45]. Questo aspetto della norma costituzionale non viene sviluppato dall'opera, che, come già accennato, si limita a constatare una concezione indefinita ma, certamente, differenziata e, dunque, pluralistica delle forme organizzative[46].

Tuttavia, la nozione relativa all'unità minima dell'organizzazione dallo stesso considerata –– l'*ufficio* –– appare di per sé sufficiente a consentire di cogliere, almeno, quanto esteso possa essere o diventare l'insieme di queste forme.

Secondo Nigro, l'ufficio può essere considerato –– in senso soggettivo –– come «*soggetto "in quanto" curi interessi altrui*», –– in senso oggettivo –– come «*complesso di competenze la cui cura è affidata ad "un" soggetto*», sino a concepire «*tale complesso come un'entità a sé stante (che finisce per avere un proprio interesse distinto sia dall'interesse del soggetto preposto sia dall'interesse generale alla cui soddisfazione è preordinato), entità cui il soggetto è semplicemente preposto, di cui è soltanto il titolare*»[47]. Le tre declinazioni corrispondono allo stesso fenomeno, ossia all'organizzazione come «*complesso degli uffici, quali strumenti predisposti dall'ordinamento per la cura degli interessi generali di una comunità*»[48]. In so-

44 Ci si riferisce alla teorizzazione di Luca Perfetti, sulla quale v. *infra* nel testo.

45 V. *supra* la nota 3.

46 V. *supra* § 3.1.

47 M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 115-116. Per M.S. Giannini, *Organo (teoria generale)*, *cit.*, 44, nota 11, «Giuridicamente l'ufficio è sempre un congiunto di funzioni identificate e di servizi di persone e di cose», mentre sono «solo verbalistiche le proposte di distinguere in "ufficio" in senso soggettivo, di persona, e in oggettivo, di entità astratta».

48 M. Nigro, *op. ult. cit.*, 116. Peraltro, in *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Nigro non prende in considerazione l'organo ma solo ed esclusivamente

stanza, ciò che fa dell'organizzazione una «*struttura differenziata nel seno della comunità giuridica e sociale*»[49] è il nesso tra struttura organizzativa e soddisfazione degli interessi generalizzati.

Se questa costituisce l'essenza dell'organizzazione, il fenomeno così descritto, come Egli stesso asserisce, è riscontrabile sia nell'ambito del diritto pubblico, come ufficio pubblico, sia nell'ambito del diritto privato, come ufficio privato[50].

Questo aspetto riluce sotto il profilo della fisionomia dell'organizzazione amministrativa rispetto all'evoluzione del rapporto tra Stato-autorità e società-libertà, la cui analisi trova pure in *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione* il momento genetico[51]. Ivi, infatti, utilizzando una serie di

---

l'ufficio, il che fa emergere un punto di contatto con la teoria di G. Marongiu, *Organo e ufficio*, *cit.*, che, come sottolineato *supra* § 3.1, pone al centro della propria impostazione la nozione di ufficio, mentre marginalizza espressamente quella di organo, in quanto mero criterio di imputazione dell'attività. Al contrario, per M.S. Giannini, *Organo (teoria generale)*, *cit.*, l'organo, nella misura in cui corrisponde all'ufficio che la norma indica come idoneo a operare l'imputazione giuridica all'ente, costituisce, essenzialmente, uno strumento di garanzia per i cittadini. Guardando alla dottrina più recente, F. Merloni, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2009, 57 ss., sembra riprendere l'impostazione gianniniana: in primo luogo, perché attribuisce all'organo la qualità di «ufficio che svolge le attività di esercizio della funzione che la disciplina dell'organizzazione ha individuato come giuridicamente rilevanti, cioè l'ufficio attributario di competenze» (p. 70); in secondo luogo, in quanto riduce la funzione organizzativa a funzione di garanzia, affermando che la «funzione è nozione oggi applicata tanto all'attività quanto all'organizzazione, ma è in questa seconda che si presenta come massimamente utile, perché aiuta il cittadino a ricercare regole di garanzia altrettanto necessarie quanto quelle che disciplinano lo svolgimento dell'azione» (p. 64). Dal canto suo, M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 133 ss., non esclude che l'organizzazione abbia una funzione di garanzia; tuttavia, a essa riconosce anche una funzione di indirizzo non incompatibile con quella di garanzia. Su questi aspetti, v. *infra* § 5.2.

49 M. Nigro, *op. ult. cit.*, 109.

50 Id., *op. ult. cit.*, 116. D'altro canto, Id., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in Aa. Vv., *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, Formez, 1981, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1429 ss., paragona l'atto amministrativo terminale al bilancio di un'azienda che riassume le scritture contabili.

51 In realtà, come evidenzia A. Sandulli, *Mario Nigro*, *cit.*, 649, nell'*incipit* di M. Nigro, *L'istituzione ospedaliera nell'ordinamento italiano*, in *L'assistenza ospedaliera*, 1967, oggi in *Scritti giuridici*, II, *cit.*, 723, già emergeva il tratto nigriano della «società che penetra nelle lande giuridiche».

argomenti, Nigro smonta le tesi che attribuiscono l'organizzazione all'autorità[52]: esistono fenomeni organizzativi, quali la gestione delle prestazioni, non riconducibili a un ordinamento dell'autorità; l'ordinamento dell'autorità è effetto e risultato e non sostanza e funzione dell'organizzazione; l'idea che l'organizzazione sia modulazione, limitazione, ripartizione dell'autorità e, dunque, non abbia nulla a che vedere con il corpo sociale ma, rispetto a quest'ultimo si collochi in una posizione di "disponibilità" e "neutralità" è il prodotto di un'ideologia, in particolare, di quella liberale[53].

Tali concetti sono alcuni degli spunti più fecondi di *Studi della funzione organizzatrice della pubblica amministrazione* per lo sviluppo del pensiero critico dell'Autore (e non solo).

In un contributo successivo, intitolato *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, del 1975, Nigro fa confluire all'interno della categoria delle «*formazioni sociali*» ex art. 2 Cost. –– in qualità di centri di riferimento di interessi che si pongono come corpi –– sia soggetti pubblici sia soggetti privati, sulla scorta del fatto che «*la Costituzione ha una nozione ampia di formazione sociale e realisticamente considera sia il bene che il male che da esse può venire, cosicché, si deve aggiungere, il precetto esprime l'intento che la vita sociale sia mantenuta aperta e fluida tanto nei confronti dello Stato quanto delle stesse formazioni sociali*»[54].

---

52 Si tratta, in particolare, delle tesi di: Rudolf von Jhering, secondo cui l'organizzazione è, dal punto di vista dinamico, istituzionalizzazione della sanzione e, dal punto di vista statico, insieme degli strumenti mediante i quali è ottenuta l'osservanza dei precetti giuridici; Paul Laband e Georg Jellinek, per i quali l'organizzazione è, dal punto di vista dinamico, la creazione dei portatori di volontà (cioè autorità) dello Stato e, dal punto di vista statico, sistema dei portatori di volontà (M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 110-111).

53 M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 111-113. A esemplificazione del terzo argomento, ossia il sostrato ideologico della neutralità dell'organizzazione, Nigro richiama l'aforisma di O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Berlino, Auflage, Duncker & Humblodt, 1924, contenuto nella prefazione alla III ed.: «Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsercht besteht» (Il diritto costituzionale scompare, il diritto amministrativo rimane).

54 M. Nigro, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. Dir.*, 1975, e, successivamente in Aa. Vv., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, III, *Lo Stato-comunità. Le autonomie dei singoli e delle formazioni sociali. Le autonomie influenti sulla politica generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1977, 853 ss., 857, in particolare, ritiene giustificato includere nelle formazioni sociali «sia le formazioni tradizionali – la famiglia, la scuola (l'università), i gruppi religiosi, i partiti politici, le associazioni sindacali, le comunità e le associazioni di origine volontaria – sia tutti quei gruppi o corpi che hanno comunque in comune qualcosa (delle idealità

In un suo più recente scritto, *Amministrazione pubblica (Organizzazione giuridica dell')*, del 1988, chiarirà che «*la configurazione dell'amministrazione e la determinazione della sua posizione sono un corollario della filosofia economica e politica della borghesia, classe emergente della struttura capitalistica, la quale afferma la netta separazione fra lo stato e la società, rivendica la piena autosufficienza e capacità di azione della società, assegna allo stato una funzione – limitata ma determinante – di garanzia e di ordine*»[55]. Questa formula, di matrice ideologica, con la quale erano state governate le istituzioni politiche e amministrative[56], secondo l'Autore, non regge più per effetto di un dato ontologico, perfettamente coerente anche con l'assetto costituzionale.

In particolare, «*scandagliando diversi campi della convivenza civile*»[57], Nigro rivela il verificarsi di un «*complicato processo di integrazione fra stato e società*»[58], tale per cui l'amministrazione attuale non soltanto tende a infittire i rap-

---

o degli interessi) e ne sono, ad un qualunque livello, consapevoli: le minoranze etniche o linguistiche; le *élites* o il raggruppamento delle *élites* [...]; i gruppi di pressione di stimolo e di propaganda; l'impresa (la grande impresa); i gruppi di imprese e forse la intera categoria degli imprenditori di imprese [...] ancora, gli enti pubblici (naturalmente, quelli a base, anche latamente, corporativa e in particolare gli enti territoriali) e, più in generale, tutti i centri di potere e di riferimento di interessi in quanto si pongono come corpi o addirittura come "grandi corpi"» (pp. 857-858). Cfr. Id., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1980, successivamente in Aa. Vv., *Politica e regioni (Atti del Convegno su "La partecipazione nello stato regionale)*, L'Aquila, 1981, ora in *Scritti giuridici*, II, *cit.*, 1411 ss.

55 Id., *Amministrazione pubblica (Organizzazione giuridica dell')*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, ora in *Scritti giuridici*, III, *cit.*, 1983 ss., 1986-1987.

56 È interessante, con riferimento alla valutazione di Nigro, l'interpretazione di P. Grossi, in Aa. Vv., *Mario Nigro giurista*, *cit.*, 7 ss., 7-8: «In un momento in cui si costruivano ancora degli altarini alla neutralità dello Stato borghese, ecco Nigro a segnalarci il carattere ideologico di tante scelte e a segnalarci che certe soluzioni del diritto borghese erano –– né più né meno –– che corrispondenti agli interessi di una classe. Discorso ispirato a una metodologia marxista e pertanto ad una analisi classista? Sarebbero qualificazioni troppo spicciative. Il discorso di Nigro, nel tentativo di comprensione di quel grande fatto di civiltà che è il diritto borghese, è più complesso. Egli constata e sottolinea gli indubbi interessi di una certa classe che ha conquistato di recente il potere, però anche –– e sono parole sue –– valori che "si staccano dalla loro matrice di parte, si universalizzano e diventano valori connessi a tutta una civiltà"».

57 Sono le parole utilizzate, con riferimento a Nigro, da G. Napolitano, *I modelli di pubblicizzazione e le prospettive dello Stato amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2010, 655 ss., 659.

58 M. Nigro, *op. ult. cit.*, 1989: «da una parte, la società tende, in molti suoi aspetti e centri, a pubblicizzarsi, dall'altro lo stato (i poteri pubblici) tende (tendono) a radicarsi in forme varie ma sempre più profondamente nella società. Anche la distinzione fra diritto privato e diritto

porti diretti con la società ma si costituisce, anzi, come una delle forme di organizzazione della società stessa, passando dall'amministrazione-apparato all'amministrazione comunità[59].

Di questo intreccio l'Autore riconosce le luci, come l'ingresso nello Stato e, dunque, la valutazione di interessi che a questo sono strutturalmente estranei, ma anche le ombre, come il rischio di isterilimento della libertà[60], tanto che, pur accogliendo favorevolmente l'integrazione tra il polo sociale e il polo statale, non si

---

pubblico che è la immediata conseguenza della esistenza di un diritto pubblico e di un ambito privato, nettamente distinti e che nell'Ottocento è stata intesa in modo molto netto in corrispondenza appunto con la ritenuta divaricazione dei due ambiti, perde progressivamente di valore. Un terzo fenomeno va segnalato, che, sotto alcuni aspetti, è una conseguenza dei primi due, sotto altri, una reazione ad essi e soprattutto al primo: il più elevato tenore di vita, il più ricco status socio-economico degli individui (prodotti dallo sviluppo industriale e tecnologico) – rafforzando la spinta dell'istanza libertaria e democratica la quale ha radici lontane ed ha sempre accompagnato, come elemento coessenziale, lo sviluppo delle società occidentali – rendono gli individui più sensibili al valore dei diritti di libertà, più attenti alle garanzie nei confronti dell'azione dei pubblici poteri e incrementano la partecipazione politica e amministrativa immediata o mediata da formazioni sociali numerose e differenziate». Sul terzo punto, ossia il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, cfr. le considerazioni di L.R. Perfetti, *Crepuscolo della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato? A partire da B. Sordi, Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica, Bologna, Il Mulino, 2020*, in questa *Rivista*, 2, 2022, 895 ss.

59 M. Nigro, *Amministrazione pubblica*, *cit.*, 1996-1997. Cfr. Id., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del Convegno Messina-Taormina*, Milano, Giuffrè, 1990, 3 ss., 12.

60 M. Nigro, *Formazioni sociali*, *cit.*, spec. 870 ss., nonché Id., *Il nodo della partecipazione*, *cit.*, 1424, in cui afferma: «la partecipazione introduce nello stato soggetti sociali e interessi sociali che sono istituzionalmente "estranei" alle strutture costituite. Queste strutture ne escono trasformate, ma ne escono trasformati anche i soggetti e gli interessi sociali. Senza le adeguate cautele, senza mantenere permanentemente aperti i canali di collegamento fra questi e la società, la sostanza sociale si riduce a forma giuridica, la libertà diventa funzione, il procedimento lo strumento di sterilizzazione degli elementi di socialità proprio in quanto veicolo di funzionalizzazione». Con lo stesso spirito del Maestro, M. Trimarchi, *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, in questa *Rivista*, 1, 2021, 249 ss., avverte che «si può accettare certamente l'idea della funzionalizzazione del potere pubblico ai diritti della persona, nella misura in cui ciò ripropone la seconda come limite del primo, ma non arrivare sino al punto di smarrire la dimensione esistenziale della persona in una sorta di magma oggettivo, dove il potere pubblico e la società si confondono l'uno nell'altro, poiché ciò rischia di porre le premesse per un non

spinge al punto da aspirare alla conquista del secondo da parte del primo[61]. La condizione di equilibrio, secondo Nigro, giace sui diritti fondamentali, i quali fungono non soltanto da garanzia ma anche da limite della partecipazione tutte le volte in cui questa minerebbe la sfera privata[62].

Dal canto suo, la Costituzione, oltre a attribuire un'importanza cruciale all'attività amministrativa, stabilisce un collegamento tra il pluralismo sociale, di cui all'art. 2, e il policentrismo amministrativo, di cui all'art. 5[63]. Dal recepimento di «*istanze dissimili o addirittura divergenti*»[64], Nigro deduce che essa ha accolto una «*concezione dialettica, anzi drammatica di amministrazione*»[65], nel senso che non esiste un modello costituzionale di amministrazione. Di conseguenza, le organizzazioni amministrative si configurerebbero (soltanto) come «*una delle forme di esercizio della sovranità popolare*»[66].

Per il confronto tra questa impostazione e la visione oggettivistica, è opportuno fare riferimento all'evoluzione di quest'ultima, che è consistito, in primo luogo, nella sostituzione della centralità del potere obiettivato con quella delle li-

---

desiderato arretramento della tutela giuridica dell'individuo».

61 A. Sandulli, *Mario Nigro*, *cit.*, 653, descrive l'atteggiamento di Nigro nei confronti della giuridicità come «Dialogo attorno alle regole ed ai principi, attraverso il coinvolgimento delle forze sociali, in una società che si fa Stato, ma che non aspira ad operare una conquista di esso».

62 M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, *cit.*, 1424, «se spesso i diritti fondamentali sono la fonte e la garanzia della partecipazione, altrettanto spesso ne costituiscono il limite: sono, infatti, questi diritti a salvaguardare la segretezza e l'intimità della vita privata contro le immissioni esterne di cui la partecipazione è veicolo».

63 Id., *Amministrazione pubblica*, *cit.*, 1996-1997. Tracce di questo convincimento si rinvengono anche in Id., *Il governo locale. Vol. I – Storia e problemi. Lezioni di diritto amministrativo anno accademico 1979-1980*, in cui l'Autore abbandona le qualificazioni più in uso di "amministrazione locale", "enti locali", "potere locale", "autonomie locali", a favore di quella di "governo locale" per significare, con parole di S. Cassese, *Mario Nigro: lo studioso e l'opera*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2010, 685 ss., 688, che «il governo locale è fenomeno complesso, non riducibile alla personificazione degli organismi di cura di interessi territorialmente determinati».

64 M. Nigro, *La pubblica amministrazione fra costituzione e formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, ora in *Scritti giuridici*, III, *cit.*, 1845 ss.

65 Id., *op. ult. cit*. Questo fatto, come lucidamente commentato da L.R. Perfetti, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in questa *Rivista*, 1, 2019, 7 ss., 36, implica che «il concetto di amministrazione pubblica in Costituzione è presupposto».

66 M. Nigro, *Amministrazione pubblica*, *cit.*, 1996-1997.

bertà della persona[67]. In particolare, Berti sostiene che, essendo un'espressione diretta di valori costituzionali, tali libertà darebbero luogo a ordini sociali diversi a seconda del modo in cui esse si intrecciano in determinati momenti storici, e, dunque, conferirebbero «*positività*» alla dinamica sociale senza alcuna necessità di intermediazione tra organizzazione politica e giuridica dello Stato[68]. Di conseguenza, l'amministrazione sarebbe una «*forma della società*»[69], mentre l'ordine, inteso come espressione di organizzazione, uno specchio dell'ordine sociale[70].

Su questa visione si innesta la ricostruzione della dottrina più recente, secondo cui l'organizzazione amministrativa «*è servente la sovranità popolare e ha come fine quello della massimizzazione dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà sociale*»[71]. Difatti, partendo dal presupposto che l'organizzazione ammi-

67 Tra le varie opere di Berti che testimoniano quest'evoluzione del suo pensiero, v. G. Berti, *La responsabilità pubblica. (Costituzione e amministrazione)*, Padova, Cedam, 1994, *passim*; Id., *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, Cedam, 2008, spec. 83 ss.; Id., *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, 458 ss.

68 Id., *Diritto amministrativo*, *cit.*, 107 ss. Da ciò, come rilevato da A. Carbone, *Considerazioni generali*, *cit.*, 42 ss., scaturirebbe la principale critica mossa alla visione oggettivistica, sia nella sua versione originaria sia nella sua versione evoluta: il fatto di negare il conflitto tra interessi nella dinamica giuridica in quanto previamente risolto sul piano della dinamica sociale. Questa è la ragione per la quale la dottrina oggi maggioritaria focalizza l'indagine sul dato soggettivo: v., *ex multis*, A. Pioggia, *Organizzazione amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, 4025; M. Trimarchi, *Premesse sistematiche*, *cit.*, 255 ss.; G. Sciullo, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013, 65 ss., secondo cui le «pubbliche amministrazioni [...] sono pubbliche in relazione alla disciplina giuridica della loro organizzazione, che per lo più presenta tratti diversi, sia pure in misura variabile, rispetto a quella delle organizzazioni disciplinate dal codice civile» (p. 66).

69 G. Berti, *La responsabilità pubblica*, *cit.*, p. 16. V. anche G. Pastori, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in Aa. Vv., *Il pluralismo democratico nello Stato democratico*, Milano, Vita e Pensiero, 1980, che descrive situazioni in cui è «il pubblico potere a farsi formazione sociale».

70 G. Berti, *Diritto amministrativo*, *cit.*: «L'ordine basato sulle libertà condizionerà [...] l'ordine come espressione di organizzazione. Quest'ultimo, in altri termini, rispecchierà il primo, divenendone la rappresentazione finale e conclusiva, ma essenzialmente fedele» (p. 108). Se al centro vi sono le libertà, il potere è una scaturigine di queste ultime, costituendone una specificazione, «un tramite, sul piano linguistico, tra le libertà in senso assoluto e il diritto (e dovere) del soggetto nell'ambito appunto dell'organizzazione sociale e dell'ordine in cui questa si rispecchia» (p. 122).

71 L.R. Perfetti, *Organizzazione amministrativa*, *cit.*, 32; Id., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, 43 ss.;

nistrativa è funzionale al sovrano, che, come ben noto, coincide con il popolo, le forme e i limiti dell'esercizio della sovranità, menzionati dall'art. 1 Cost., non comportano, contrariamente alla lettura dominante, il suo passaggio, per il tramite del consenso elettorale, all'autorità ma, piuttosto, il suo trattenersi permanentemente nel perimetro dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili, per la cui soddisfazione non è necessaria l'intermediazione dell'autorità; ciò in quanto l'art. 2 Cost., cioè l'atto costitutivo dell'ordinamento, «*riconosce e garantisce i diritti inviolabili*», i quali, pertanto, esistono indipendentemente dall'esistenza dell'ordinamento positivo[72].

Un profilo di novità particolarmente degno di nota, perché utile a mettere in luce i punti di contatto con la concezione di Nigro, risiede nel portato dell'impostazione appena descritta: l'organizzazione amministrativa, cioè soggettivamente pubblica, oltre a essere, nella qualità di persona giuridica, non particolarmente rilevante in quanto proceduralizzata[73], non costituisce neanche l'unica forma di organizzazione pubblica, giacché questa si colloca, in parte, fuori del perimetro dell'autorità per le ragioni già ricordate[74].

Ciò trova conferma non tanto nell'art. 114 Cost., il quale si limita a rovesciare la prospettiva organizzativa ma si riferisce pur sempre all'autorità, bensì nell'art. 118, co. 4, Cost., che favorisce, testualmente, «*l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*»[75]. In tal senso, «*diviene irrilevante che un organo sia pubblico in senso soggettivo o meno, giacché importa solo che lo sia in termini oggettivi*»[76].

Id., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 3, 2013, 309 ss., spec. 363 ss. V. altresì Id., *L'amministrazione repubblicana. Un percorso di ricerca attraverso potere pubblico, sovranità, diritti fondamentali*, Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2025, 7 ss., 153 ss., 264 ss.

72 Id., *Organizzazione amministrativa*, *cit.*, 27 ss.

73 Id., *Organizzazione amministrativa*, *cit.*, 27, come in precedenza messo in rilievo da G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, *cit.*

74 L.R. Perfetti, *op. ult. cit.*, 33.

75 *Ibidem.*

76 *Ibidem.* Secondo M. D'Orsogna, *Organizzazioni amministrative e transizioni: le sfide del cambiamento*, in *Riv. trim. scienza dell'amministrazione*, 1, 2024, 5, un'ulteriore spinta verso l'allargamento del perimetro dell'organizzazione amministrativa anche a figure diverse dalla soggettività pubblica proviene dalla trasformazione della pubblica amministrazione da "potere" a "servizio". Lo stesso M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 205, distingue tra «amministrazione

Sulla scia di questa impostazione, si deve menzionare anche la conseguenza, logicamente dedotta a partire dal concetto di organizzazione oggettivamente amministrativa, che questa è capace di attrarre, nel suo perimetro, «*le relazioni organizzative che intercorrono tra enti pubblici ed enti privati preposti allo svolgimento di attività oggettivamente amministrative*»[77], compresi gli enti privati in relazioni di autonomia rispetto agli enti pubblici, da intendere nel senso che i secondi non esercitano un controllo dominante sui primi[78].

---

d'intervento» e «amministrazione di prestazione», puntualizzando, a p. 209, che, «se l'amministrazione d'intervento assume esclusivamente le forme del diritto pubblico, l'amministrazione di prestazione può servirsi sia degli strumenti del diritto pubblico che di quelli del diritto privato». Questo aspetto risulta ancor più chiaro con la nozione oggettiva di "servizio pubblico" proposta da L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001, 298, come «prestazione dei servizi intesi a realizzare le condizioni che consentano la piena esplicazione della dimensione non *self executing* delle libertà e dei diritti sanciti dalla Costituzione».

77 M. Monteduro, *Organizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in S. Torricelli (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace*, Napoli, ESI, 2020, 175 ss., 182. Questa ipotesi di lavoro viene sviluppata dall'Autore a partire dalla nozione di organizzazione amministrativa formulata da Domenico Sorace all'interno del manuale D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, IX ed., 2018, 257: l'«organizzazione amministrativa in senso ampio è il complesso dei numerosi apparati (ossia delle specifiche organizzazioni) che svolgono funzioni (cioè, insieme di compiti) definibili "amministrative". Sono insomma amministrazioni pubbliche (in senso soggettivo) gli apparati che svolgono le attività in cui consiste l'amministrazione pubblica (in senso oggettivo), cioè le attività dirette a soddisfare interessi pubblici, in attuazione di un indirizzo politico e nel rispetto di specifici principi costituzionali e, in buona parte, di un'articolata ulteriore disciplina che ne costituisce l'attuazione, il diritto amministrativo». Dato il riferimento all'attuazione dell'indirizzo politico, questa nozione sembrerebbe alludere all'organizzazione amministrativa soggettivamente pubblica; nozione che, invece, Monteduro espanderebbe fino a ricomprendere tutte le espressioni dell'organizzazione pubblica in senso oggettivo.

78 M. Monteduro, *op. ult. cit.*, 182, nota 15, questa tesi ricostruttiva è particolarmente innovativa perché rende ancor più ampio il perimetro dell'organizzazione amministrativa rispetto a quello dell'autorevole dottrina che ammette, all'interno del concetto di organizzazione amministrativa, i soggetti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici, in quanto sottoposti al controllo di soggetti pubblici. Si tratta dei c.d. «enti di diritto privato in controllo pubblico», definiti dall'art. 1, co. 2, lett. c), del d.lgs. dell'8 aprile 2013, n. 39 (*Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190*).

Sulla scorta di questo parallelismo, risulta evidente l'approdo condiviso al quale si faceva cenno: indipendentemente dagli accenti delle costruzioni –– parzialmente critici o, comunque, particolarmente cauti tanto nei confronti della socializzazione dell'amministrazione pubblica in senso soggettivo quanto verso la pubblicizzazione della società[79], ovvero totalmente favorevoli all'oggettivazione dell'organizzazione[80] –– l'organizzazione soggettivamente amministrativa non esaurisce le forme e i modi in cui si esercita la sovranità popolare, costituendo solo una delle sue espressioni[81].

4. Effetti dell'estensione organizzativa: fungibilità dei principi

Le ricadute della visione emersa nel paragrafo precedente, secondo la dottrina che, da ultimo, ha ampliato la superficie dell'organizzazione amministrativa, sarebbero: una parziale conformazione dell'autoorganizzazione delle entità privatistiche che svolgono attività oggettivamente amministrative, per effetto dell'applicazione di principi propri del diritto amministrativo, come l'imparzialità; la gradualità di questa conformazione, in base al tipo di relazioni organizzative tra il soggetto pubblico e il soggetto privato; la rilettura di alcune relazioni organizzative tradizionali alla luce del significato delle corrispondenti forme privatistiche, come la gerarchia ex art. 2086 c.c.; l'integrazione di nuove relazioni organizzative nel novero di quelle tradizionali, come l'accreditamento, proprio dei rapporti con gli operatori privati nell'ambito del sistema sanitario assistenziale, e il convenzionamento, disciplinato dall'art. 56 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 1117 (Codice del Terzo Settore); l'evoluzione dei modelli organizzativi, quali l'ausiliarietà nei rapporti tra enti pubblici e terzo settore, o la strumentalità nei rapporti tra

79 Ci si riferisce all'impostazione di Nigro.

80 Si richiama l'impostazione di Perfetti.

81 F. Giglioni, *L'uso della Costituzione nell'opera di Mario Nigro*, in *Nomos*, 3, 2023, 5, sembrerebbe confermare la lettura qui proposta: «l'organizzazione è per Nigro il processo di coagulo di potere che riguarda l'amministrazione come anche gli altri enti di natura privata. In questo senso, proprio in quanto soggetto dotato di potere e quindi capace di organizzazione, l'amministrazione si staglia dalla società, pur rimanendone parte [...] tra l'amministrazione servente, quella autocefala e quella comunitaria o autonoma il costituente non ha fatto una scelta netta di prevalenza. Il modello amministrativo prevalente non è disposto in modo fisso e autoritario, ma è quello che si afferma nella materialità dei rapporti di forza e delle relazioni sociali, di volta in volta diversi».

enti pubblici controllanti e società pubbliche[82].

In generale, dunque, si potrebbe affermare che queste ricadute –– limitazioni dell'autonomia, stabilizzazione di relazioni e modelli che, conformemente alle relative discipline pubblicistiche, impongono doveri di organizzazione –– si equivalgano con una, più o meno stringente, pubblicizzazione delle entità privatistiche.

A sommesso giudizio di chi scrive, nella misura in cui, conformemente alla visione da cui queste conseguenze sono tratte, il contesto naturale dell'organizzazione è esterno al recinto dell'autorità, potrebbe rivelarsi ugualmente possibile, nonché utile, al fine di una migliore cura degli interessi pubblici, il compimento di un'operazione speculare alla suddetta, vale a dire l'estensione alle organizzazioni soggettivamente amministrative dei principi propri delle relazioni intersoggettive di diritto privato[83], *in primis* il principio di fraternità.

Infatti, la fraternità trova la sua base nel principio solidarista proprio dell'art. 2 Cost.[84], che è conseguenza della concezione antropologica personalista, secondo la quale il riconoscimento della debolezza costitutiva dell'individuo comporta l'adesione alle formazioni sociali come presupposto dello sviluppo della personalità[85]. Difatti, si rileva che è insita nella fraternità quell'accentuazione

82 Si tratta delle ricadute rilevate da M. Monteduro, *Organizzazione*, *cit.*, 182-186, alla luce dell'ipotesi di lavoro dallo stesso proposta, relativa all'inclusione degli enti privati nel perimetro dell'organizzazione amministrativa. L'operazione compiuta dall'Autore, considerata un'espressione della visione oggettivistica (cfr., in tal senso, A. Carbone, *Considerazioni generali*, *cit.*, 40, nota 48) potrebbe essere di utilità anche per coloro che nutrono riserve nei confronti di quest'ultima: focalizzando l'analisi sui soggetti che svolgono attività oggettivamente amministrative è possibile intervenire, in modo correttivo, sugli aspetti che conducono alle degenerazioni proprie della socializzazione dello Stato e della pubblicizzazione della società già rilevate da Nigro (v. *supra* § 3.2).

83 D'altro canto, lo stesso M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 152, nota 115, richiama A Köttgen, *Die Organisationsgewalt*, in VVDStRL, Heft 16, 1958, p. 179, il quale «partendo dalla premessa che nel corso degli ultimi decenni è diventato chiaro che, sotto il profilo del "diritto sociale", fra l'"Organisationsgewalt" dell'economia privata e quello della pubblica amministrazione non sussistono differenze di fondo, utilizza largamente le esperienze della prima per la nuova fondazione del concetto d'organizzazione da lui tentata».

84 Cfr. F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità: itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, Città Nuova, 2012, 112 ss.

85 Id., *Il principio costituzionale di fraternità*, *cit.*, 115-116, afferma: «è proprio per il tramite del principio di solidarietà di cui all'art. 2 che il principio personalistico introduce l'idea di

della dimensione sociale che determina la tramutazione dell'individuo in persona propria dell'art. 2 Cost.[86].

Come diretta conseguenza della libertà ivi presupposta, verrebbe in rilievo anche l'art. 3, co. 2, Cost. Il pieno sviluppo della persona umana passa dalla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che è compito della Repubblica e, dunque, della cooperazione fra i cittadini, nonché dell'alleanza sussidiaria tra gli stessi, in forma singola e associata, e le istituzioni come spazio aperto di relazione e di partecipazione. In altre parole, ciò che è richiesto al fine di garantire

---

fraternità. O, detto diversamente, la fraternità si esprime nella stretta correlazione tra libertà e solidarietà o, ancora, tra libertà e responsabilità. La solidarietà si tramuta in fraternità e cioè in una solidarietà interiorizzata dal soggetto stesso in nome di un duplice meccanismo: quello della *reciprocità*, per la quale ogni individuo, avendo ricevuto da altri, in dono, la possibilità di vita, deve a sua volta contribuire a costruire e a conservare una società che dia la stessa possibilità ad altri; e, soprattutto, quello che si trae dal riconoscimento di una strutturale *interdipendenza*, per la quale l'individuo si riconosce radicalmente e stabilmente dipendente dagli altri e non solo quando, appena nato, vecchio o malato, il suo bisogno si manifesta in forme più eclatanti. Soprattutto il riconoscimento dell'*interdipendenza* tra le persone e del debito comunitario di ogni individuo sono dunque la via che porta, oltre la solidarietà, alla fraternità, poiché "affratella" gli uomini nella comunità. È questa debolezza costitutiva dell'uomo che fonda la fraternità, oltre le differenze che pure permangono, ed apre alla relazionalità solidale» (corsivi nell'originale).

86 Un espresso richiamo alla fraternità, nell'ambito dell'analisi dell'art. 2 Cost., è contenuto in A. Amorth, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, Giuffrè, 1948, 42: «Questo invero, se è riconosciuto tutelato e rispettato nella sua dignità di uomo, lo è tuttavia in quanto uomo sociale, in quanto cioè lo si considera solidale col gruppo sociale e con la comunità nella quale è immerso e della quale deve essere attivo componente. Gli stessi diritti essenziali come lo svolgimento, lecitamente preteso, della sua personalità si colorano di questa solidarietà, perché né quelli debbono esercitarsi, né questa deve esplicitarsi in maniera da infrangerli. Ed è sulla traccia di questa accentuazione sociale che il principio in parola si può definire "personalistico" anziché "individualistico". Seguendo una terminologia, oggi abbastanza diffusa, è possibile infatti trovare una differenza tra individuo e persona. Anche l'individuo possiede una sfera di diritti essenziali e anche l'individuo pretende di esplicare compiutamente se stesso, e anche l'individuo ammette che se per conseguire questa esplicazione è necessario costringersi alla vita sociale, della sua appartenenza alla società e del suo godimento sociale esso dovrà sopportare gli oneri. Ma pur non potendo sottrarsi a quei doveri sociali, l'individuo vorrà ridurli agli inevitabili, declinando i legami sociali che potrebbero nascere dalla sua solidarietà o cooperazione con gli altri componenti della comunità, onde la sua partecipazione distaccata e insensibile alla vita sociale e perfino una sopraffazione dell'io singolo o della casta nella loro esclusività. Espressione dell'individuo è appunto l'individualismo. Ora la tramutazione dell'individuo in persona non significa altro che una costante accentuazione sociale nella vita del singolo, accentuazione sociale che fu già, del resto, ben rilevata nella dimenticata "*fraternità*", congiunta alla libertà e all'uguaglianza nei primi testi costituzionali, e che oggi può passare dalla enunciazione passivamente ideologica alla sua attuazione perché viene, per così dire, imposta dallo sviluppo collettivistico della vita civile»

l'uguaglianza sostanziale è un ambiente accogliente e promozionale della dignità della persona, alla cui creazione contribuisce senz'altro la fraternità[87].

Il contenuto della fraternità si riempie tanto dell'idea di responsabilità, ricavabile dall'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani[88], ossia di doverosità dell'azione, quanto dell'idea di relazione, identificabile con il riconoscimento dell'altro, cioè della similitudine, tanto dal punto di vista biologico quanto dal punto di vista etico, con l'altro[89].

Come noto, la responsabilità costituisce altresì un elemento essenziale del (più consolidato) principio di solidarietà. Infatti, il fondamento costituzionale

---

(corsivi aggiunti). Invece, G. La Pira, *La casa comune. Una costituzione per l'uomo* (a cura di U. De Siervo), Firenze, Cultura Editrice, 1979, 74, sostiene che negli istituti giuridici e nelle forme di solidarietà previsti dalla Costituzione italiana possano trovare traduzione «la legge cristiana della naturale socialità e fraternità umana».

87 F. Pizzolato, *op. ult. cit.*, 82-83: «L'art. 3, comma 2, della Costituzione impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli che inibiscono la libertà e l'eguaglianza delle persone, con l'obiettivo espresso di rendere i destinatari non semplici assistiti, beneficiari passivi di una prestazione di cura, ma soggetti partecipi dell'organizzazione della società, del mercato e finanche della vita politico-istituzionale. [...] In questa logica si può dimostrare come l'uguaglianza (sostanziale) abbia bisogno della fraternità. Se infatti si fissa la frontiera dell'uguaglianza sostanziale nell'obiettivo di tenere aperti spazi di relazione libera e di partecipazione per tutte le persone, non v'è dubbio che tale compito reclami la presenza di fraternità, in quanto questa crea l'ambiente adatto a un inserimento accogliente e promozionale della dignità della persona». Anche F. Viola, *La fraternità nel bene comune*, in *Persona y Derecho*, 49, 2003, 141 ss., 161, sottolinea la complementarità di fraternità ed uguaglianza per il riconoscimento della "persona": «L'essere fratello sottolinea più la differenza nell'identità, mentre l'eguaglianza vuole preservare l'identità nella differenza. Fraternità e eguaglianza sono, pertanto, complementari e solo congiuntamente assicurano la possibilità che gli individui siano propriamente considerati come "persone", cioè come partecipi di una comunità vera e propria in cui ognuno è un tutto di libertà e non già una parte subordinata o funzionale».

88 Art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, secondo il quale: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza». Cfr. F. Pizzolato, *op. ult. cit.*, 17-18, 118-119; A. Iaccarino, *L'orizzonte giuridico dell'incontro con l'*altro, in *Jus-Online*, 6, 2020, 53 ss., 62.

89 F. Viola, *La fraternità nel bene comune*, *cit.*, 154: «Per cooperare è necessario riconoscere che il partner è "uno come noi", cioè simile in ogni senso rilevante (dall'aspetto biologico a quello etico), e che la sua pretesa di benessere è legittima quanto la nostra. [...] Il riconoscimento della similitudine è, dunque, un presupposto indispensabile del cooperare. [...] Nell'atto del cooperare il simile è riconosciuto come eguale per la comune umanità e, al tempo stesso, come diverso per la sua identità».

della solidarietà è negli artt. 2, 3, co. 2, e in tutte le altre norme che, in parallelo con i diritti inviolabili, richiedono l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale[90]. Anzi, vi è chi afferma che solo la solidarietà deve essere intesa in senso normativo come responsabilità nell'osservanza di doveri giuridici[91], essendo la fraternità «*un sentimento morale, cioè richiamo totale, incondizionato, di ciascun individuo alla comune umanità dunque dotato di una componente prima di tutto emozionale e partecipativa*»[92].

D'altro canto, anche i sostenitori della giuridicità della fraternità ritengono che questa si possa «*rispecchiare, nell'ordinamento, nella forma di* atti di solidarietà*, la cui specificità si rinviene nella dimensione orizzontale della cura richiesta, cioè nella previsione di obblighi che ricadono direttamente sulla sfera di responsabilità della persona e che non sono mediati da prestazioni solidaristiche dell'autorità*»[93].

In sostanza, il carattere distintivo della fraternità rispetto alla solidarietà non sarebbe la responsabilità, la quale costituirebbe un elemento primigenio della seconda, bensì la relazione, cioè il riconoscimento dell'umanità dell'altro. Ciò malgrado, come poc'anzi ricordato, si ritiene che la fraternità contribuirebbe all'umanizzazione della solidarietà nella dimensione orizzontale –– personale –– e non anche in quella verticale –– istituzionale ––, con la conseguenza che un nesso tra solidarietà orizzontale e verticale sarebbe possibile soltanto mediante la sussidiarietà.

In altre parole, la fraternità entrerebbe nella pubblica amministrazione attraverso il riconoscimento e l'incentivazione, nonché la regolamentazione, di attività private che assolvono a finalità pubblicistiche di tipo solidaristico[94].

---

90 F. Giuffrè, *Il rilievo giuridico della fraternità nel rinnovamento dello Stato sociale*, in A. Marzanati - A. Mattioni (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, Città Nuova, 2007, 101 ss., 110-112.

91 M. Marchesiello, *La solidarietà come principio normativo. In margine a un libro di Guido Alpa*, in *Pol. dir.*, 2, 2023, 277 ss., 286.

92 Id., *op. ult. cit.*, 285.

93 F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità*, *cit.*, 26 (corsivi aggiunti). Fa coincidere la fraternità con la solidarietà orizzontale anche S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e società*, 1, 1996, 1 ss., 10.

94 F. Pizzolato, *op. ult. cit.*, 121 ss. Anche V. Berlingò, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2012, 143 ss., 175, ritiene che «il valore della solidarietà può (deve) rinvenire nel principio di

In questa sede, si considera, però, che l'estensione del principio di fraternità al di là dei gangli ristretti della sussidiarietà orizzontale potrebbe rivelarsi particolarmente utile, se non necessario, nel presente e nel futuro prossimo.

Infatti, avendo quale carattere distintivo la relazione e, dunque, il riconoscimento dell'umanità dell'altro, la fraternità identifica una possibile risposta al rischio, già messo in luce da Nigro in *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, della «*burocrazia autocefala*», nel senso che l'applicazione del canone di efficienza rischia di determinare la creazione di un «*corpo di "specialisti" della gestione degli affari sociali*», neutrali dal punto di vista del perseguimento della cura degli interessi pubblici e indisponibili rispetto alle richieste dei cittadini[95]. Questo rischio è esponenzialmente più elevato oggi, nell'era in cui l'introduzione dell'intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni minaccia di cancellare l'interazione umana, come fondamento, sinora giuridicamente irrilevante in quanto ovvio, del diritto e dei diritti[96].

5. La funzione organizzatrice come attività di indirizzo

5.1. Il carattere naturalisticamente direttivo

Un altro seme gettato da *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, sapientemente coltivato e recentemente messo a frutto, è la riflessione sulla continuità tra organizzazione e attività, che ha scaturigine

sussidiarietà (orizzontale), tipico di ogni ordinamento pluralistico, un valido strumento di giuridicizzazione e realizzazione della dimensione emotiva». Cfr. altresì E. Rossi - E. Bonomi, *La fraternità fra "obbligo" e "libertà". Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, in A. Marzanati - A. Mattioni (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, *cit.*, 61 ss.

95 M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 120, nota 43. Su questo profilo, v. anche *infra* il § 5.1, nota 109. Anche A. Romeo, *Procedimento e organizzazione negli studi di Mario Nigro: l'attualità del giurista*, in *Nomos*, 3, 2023, 12, richiamando la lucida analisi di Nigro, sintetizzabile nell'idea che «la società si fa stato», considera che l'*optimum* partecipativo è che «la relazione sociale trapassi dal piano della società a quello dello stato senza perdere la sua immediatezza e la sua spontaneità sociale; se la perde, la società moderna finisce per identificare l'individuo con la funzione, una identificazione (come notava recentemente Moravia) propria di certe specie di insetti come le formiche e le api».

96 Cfr., sul rilievo giuridico assunto dall'interazione umana, capace di potersi costituire come diritto, in seguito allo sviluppo dell'intelligenza artificiale, G. Scaccia - A. Monoriti, *Quali spazi per il diritto all'interazione umana?*, in *Federalismi.it*, 2, 2025, iv ss.

dall'essenza della funzione organizzativa come attività di indirizzo[97].

Secondo l'Autore, la teorizzazione sul carattere direttivo dell'organizzazione si giova delle esperienze costituzionali dell'Italia e di altri Paesi, in particolare di Germania e Austria. Effettivamente, rileggendo le pagine dell'opera a esse relative[98], ci si avvede subito che il pensiero di Nigro è il prodotto di una profonda riflessione, che affonda le radici nella dottrina di fine '800 - inizio '900, che si era appuntata sul carattere creativo dei regolamenti[99], ovvero su quello innovativo e non meccanico dell'esecuzione[100], sul netto collegamento tra funzione di organizzazione e funzione di direzione politico-amministrativa[101].

---

97 Benché questa continuità non possa condurre alla "fluidificazione" dell'attività nell'organizzazione per le ragioni già riportate *supra* § 3.1.

98 V. in particolare, M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 45, nota 61.

99 A. Codacci Pisanelli, *Scritti di diritto pubblico*, I, *Legge e regolamento*, Città di Castello, S. Lapi, 1900, 43 ss. e 67 ss.

100 Si richiamano Giorgio Arcoleo, Giovanni De Gioannis Gianquinto, Giovanni Manna, Luigi Palma, Federico Persico e, a chiosa di questo pensiero, le parole di C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964, 38: «v'era concordia nel riconoscere la sostanziale omogeneità delle due categorie (legge e regolamento) per il loro comune carattere generale ed astratto, per la comune finalità di creare diritto obiettivo, di esprimere cioè una volontà di volere futuro».

101 Questo collegamento è colto nettamente da S. Spaventa, *La ricostituzione del Ministero di agricoltura industria e commercio* (discorso alla Camera dei deputati nella tornata del 4 giugno 1888), in *La politica della destra*, Bari, Laterza, 1910, p. 282: «vi è nell'esecutivo un'attività organica originaria, con la quale esso provvede da sé alla creazione ed alla trasformazione dei suoi organi [...] ma questa attività, per la natura del nostro sistema costituzionale, si è venuta esercitando in comune con il parlamento, onde le funzioni ed attribuzioni degli organi vi acquistano quella certezza e stabilità, senza di cui non vi può essere vera e concreta responsabilità, cioè vero governo costituzionale [...] è in questo modo (cioè, organizzando l'amministrazione) che il parlamento prende parte all'amministrazione del suo governo. Amministrare significa queste tre funzioni, organizzare, regolare, disporre, e quando il parlamento, e per suo mezzo il paese, prende parte all'organizzazione delle amministrazioni dello stato, esso prende parte alla sua amministrazione. In questo modo solo, la libertà costituzionale diventa concreta, diventa quello che deve essere: cioè, non semplice partecipazione alla formazione delle leggi, ma partecipazione alla loro esecuzione». A proposito della distribuzione del potere organizzativo tra parlamento e governo, mediante la specificazione di quello attribuito a quest'ultimo, M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 190-191, dirà che la Costituzione del 1948 considera, dal punto di vista soggettivo, l'amministrazione insieme con il governo in senso stretto, «come entità complementare di esso e da esso [...] unificata e [...] "impersonata" ma ad esso conferente idoneità di azione concreta e diffusa»; dal punto di vista oggettivo, «collega la direzione politica generale, l'indirizzo politico ed amministrativo dei singoli ministri, con ciò manifestando la sua scelta di una concezione dell'attività amministrativa e, particolarmente, dell'attività di indirizzo amministrativo come

Con riferimento al periodo più recente, inaugurato dall'emanazione della Costituzione del 1948, l'apporto giuridicamente creativo della funzione organizzativa è riconducibile alla c.d. autoorganizzazione della pubblica amministrazione, la quale costituisce applicazione, propriamente, del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., identificabile, mutuando le c.d. scienze dell'organizzazione, con l'efficienza[102].

Secondo Nigro, questa è dotata di implicazioni giuridiche sotto il profilo dello sviluppo dell'azione o comportamento amministrativo, traducendosi nell'adeguatezza dei mezzi al raggiungimento del fine voluto[103]. Per quanto le nor-

strettamente coordinata con la funzione di direzione politica e da questa dipendente».

102 Questa mutuazione, come specifica lo stesso M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 82, dipende dal fatto che il buon andamento fa riferimento a strumenti e mezzi idonei a realizzarlo, i quali formano l'oggetto delle scienze dell'organizzazione. Id., *op. ult. cit.*, 84, nota 36, richiama espressamente H. Simon, *Administrative Behaviour: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, I ed., New York, Macmillan, 1947, trad. it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1958, 269 ss., il quale definisce l'efficienza come «adeguatezza o idoneità a raggiungere il risultato voluto», trattandosi di un criterio che, più precisamente, «permette di individuare quella scelta fra le alternative che è in grado di produrre il massimo risultato sulla base della disponibilità di una data quantità di risorse».

103 M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 138, con V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, S.t.e.u., 1939, 91 ss., in cui afferma che «attività d'indirizzo non è solo quella che fissi fini, ma anche quella che si ponga quale strumento di realizzazione degli stessi». D. Vese, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, 2, 2019, 279 ss., 301, rileva in modo critico come «in tale impostazione il concetto di efficienza non si distanzi molto dal concetto della massimizzazione delle utilità che viene postulato nella teoria economica, e in modo più marcato si accosta anche ad un concetto di efficienza di tipo produttivistico, per come enunciato dalle scienze economico-aziendalistiche. In quest'ottica si è ancora lontani, dunque, dal riportare il criterio di efficienza nell'alveo del diritto. Tuttavia, quello di Nigro è uno dei primissimi contributi che intravede il valore giuridico del criterio di efficienza nella previsione della norma costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97, comma 1, Cost.». Al contrario, la proposta di Vese muove dall'esistenza di un «ordine giuridico della società» come «elemento caratterizzante la spettanza della sovranità alle persone», ribaltando, in questa guisa, la concezione dell'organizzazione come «apparato servente lo Stato», la quale, congiuntamente all'azione, risulta, così, funzionalizzata al «godimento dei diritti fondamentali della persona in conformità del sistema costituzionale». Da questa impostazione discende che il criterio dell'efficienza non costituisce il «canone che predispone l'organizzazione amministrativa e ne informa l'azione allo scopo di realizzare (solo) un risultato economicamente apprezzabile in termini di massimizzazione delle risorse impiegate o di minimizzazione degli oneri e dei costi sostenuti a beneficio dell'ente medesimo» ma è la «misura della massimizzazione di quei diritti [fondamentali della persona] in confronto tra loro». È evidente, in questa ricostruzione,

me possano prefissare i tipi d'interesse da soddisfare o da considerare, l'autenticità del processo decisionale, che permea integralmente il fenomeno amministrativo, si esprime nella «*identificazione della misura più adeguata a cogliere proprio la* singolarità della specie*, compito quest'ultimo in cui l'amministratore è del tutto solo con se stesso spettandogli in definitiva la scelta puntuale, e dovendo quindi esso definire lì per lì le regole stesse della propria azione per adeguare perfettamente al* fine concreto *i mezzi generali di cui è stato dotato*»[104]. In tal guisa, il principio di buon andamento/efficienza, inteso come «*principio di* elasticità *o* puntualità dell'azione amministrativa»[105], sottolinea, in generale, «*l'*apporto creativo *(creativo giuridicamente) dell'amministrazione nel processo di decisione*»[106], che si estrinseca, in particolare, nella discrezionalità, con riferimento al contenuto dell'attività amministrativa; nell'autoorganizzazione, per quanto riguarda il suo modo di farsi[107].

In altre parole, l'applicazione del principio di efficienza alla funzione organizzativa fa di questa un'attività di indirizzo: in primo luogo, perché l'attribuzione e distribuzione delle competenze agli uffici prefigura la concreta finalità cui l'attività, in questi incardinata, è funzionalizzata[108]; in secondo luogo, perché l'organizzazione razionalizza l'attività, forzandola a adeguarsi ai canoni che gli sono propri, cioè efficienza ed economicità[109].

---

l'influenza di G. Berti, *Amministrazione e Costituzione*, *cit.*, sviluppata da L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, *cit.*

104 M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 87 (corsivi aggiunti).

105 Id., *op. ult. cit.*, 86 (corsivi nell'originale).

106 Id., *op. ult. cit.*, 88 (corsivi aggiunti).

107 *Ibidem*. Sulla funzione bivalente della norma che attribuisce discrezionalità, nel senso che è anche una norma sull'organizzazione, cfr. M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1950, 96; C. Mortati, *Discrezionalità*, in *Nmo D.I.*, V, Torino, Utet, 1960, 1098 ss., 1104. In effetti, secondo M. Nigro, *op. ult. cit.*, 88-89, la distinzione fra il «territorio dell'organizzazione» e la «parte sostanziale della sfera amministrativa» non è così netta da ritenere la prima «una specie di isola nell'ambiente circostante con contorni fortemente marcati rispetto alla realtà sostanziale», ma, su questo, v. *infra* nel testo.

108 In tal senso, M. Nigro, *op. ult. cit.*, 118, l'organizzazione è una «"presa di coscienza" dei fini, una prefigurazione dell'attività ispirata a quei fini o, meglio ancora, come un modo di essere, un inizio di quella stessa attività».

109 Id., *op. ult. cit.*, 120: «poiché è proprio dell'organizzazione consentire di raggiungere gli scopi sociali con un adeguato minimo di lavori e costi, l'organizzazione forza l'attività ai canoni organizzativi dell'efficienza e dell'economicità. Quindi, anche sotto questo profilo, l'organizzazione indirizza l'attività». Questo fatto, tuttavia, non è scevro da problemi: come

Dal punto di vista naturalistico, dunque, organizzazione e attività amministrativa sono in rapporto di continuità, rapporto che emerge, tipicamente, in campi quali: la cooperazione tra uffici, che attiene sia alla sfera dell'attività, come «*comune partecipazione all'attività amministrativa*», sia alla sfera dell'organizzazione, perché «*la combinazione dell'azione degli uffici è solo la manifestazione della combinazione degli stessi uffici e dei loro interessi*»; il procedimento amministrativo, che, da un lato, «*è attività, o forma dell'attività*», dall'altro, è «*coordinazione (azione coordinata) di uffici (cioè, di competenze, d'interessi), quindi, organizzazione*»; il piano, il quale è un «*complesso di procedimenti*» il cui profilo organizzativo riposa sulla «*necessaria esistenza di un apparato che sorregge il complesso e ne garantisce l'unità sistematica in relazione ai fini*»[110]. Secondo Nigro, questo fatto dovrebbe implicare una certa cautela nella distinzione tra i due fenomeni, nonché la considerazione di questi ultimi sotto ambo i profili, ma senza condurre ad abiurare la distinzione di organizzazione e attività[111].

Un contributo fondamentale in tal senso, capace di sviluppare l'indagine sulla continuità tra organizzazione e attività senza minare l'equilibrio tra il dato ontologico e quello dogmatico, è stato offerto, ancora una volta, dalla dottrina recente[112], che ha evidenziato il modo in cui le fattispecie che compongono la fun-

---

l'Autore mette in luce alla nota 43, in relazione a questo profilo, si propone la questione della «burocrazia autocefala», cioè della «funzionalità autonoma» dell'organizzazione in quanto «corpo di "specialisti" della gestione degli affari sociali» e, dunque, della «neutralità» e «disponibilità» dell'organizzazione, della quale si è già detto *supra* § 4.

110 ID., *op. ult. cit.*, 123-124. Negli stessi termini, ID., *Amministrazione pubblica*, *cit.*, 1985.

111 Per i motivi di cui *supra* § 3.1.

112 M. MONTEDURO, *Fattispecie combinatorie a 'gradi' tra organizzazione e attività: riflettendo sul metodo essenziale e gradualista*, in F. GRASSI - O. HAGI KASSIM (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, Roma, Roma Tre Press, 2021, 347 ss.; ID., *Organizzazione delle amministrazioni pubbliche*, *cit.*, 189, nell'ambito di una riflessione sul metodo gradualista di Giampaolo Rossi [metodo che si prefigge di cercare soltanto le «certezze possibili», a partire dall'individuazione di «problematiche elementari», facendo uso dei «pochi concetti che possono essere assunti con un sufficiente grado di obiettività» (secondo quanto affermato in G. ROSSI, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, in *Saggi e scritti scelti* (coordinamento a cura di D. Pappano), I, *Il metodo e la teoria generale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. xxxvi)], del quale v. almeno la lettura di A. MOLITERNI, *Il metodo gradualista, il rapporto diritto pubblico-diritto privato e il ruolo della dimensione giurisdizionale*, in F. GRASSI - O. HAGI KASSIM (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo*, *cit.*, 185 ss.

zione amministrativa sono il prodotto di una combinazione, con gradi diversi, di organizzazione e attività, da cui il nome «*fattispecie combinatorie a gradi*». In particolare, sono state individuate fattispecie combinatorie con alto grado di attività e basso grado di organizzazione, come, per esempio, le conferenze di servizi; con gradi medi di attività e di organizzazione, quali gli accordi organizzativi tra pubbliche amministrazioni ex art. 15, l. 241/1990; con alto grado di organizzazione e basso grado di attività, come gli organi collegiali permanenti[113].

Le conseguenze di questa «*continuità gradualistica tra attività e organizzazione*» non sono meno rilevanti: difatti, secondo la stessa opinione, se organizzazione e attività sono «*gradazioni combinatorie di un medesimo dominio, quello della funzione*», tutti i principi della funzione dovrebbero applicarsi sia all'attività che all'organizzazione «*in quanto entrambe, qualitativamente, funzione*»[114]. Dunque, ai principi già doppiamente applicabili all'organizzazione e all'attività, come imparzialità, buon andamento, responsabilità, si aggiungerebbero, ad esempio: l'adeguatezza[115]; il principio di differenziazione[116]; la proporzionalità; la tutela del legittimo affidamento; la sussidiarietà; la precauzione etc.[117].

5.2. Il carattere giuridicamente direttivo

113 M. Monteduro, *Organizzazione delle amministrazioni pubbliche*, *cit.*, 189, che continua: «accedendo a questa ricostruzione, *tutte le fattispecie di diritto amministrativo positivo potrebbero prestarsi ad essere considerate una "miscela" di gradi di organizzazione e di gradi di attività variamente dosati*, sempre con la presenza di un grado almeno minimo di organizzazione (ad es., anche rispetto al procedimento amministrativo, che sembrerebbe essere pura attività, è stabilita la presenza necessaria di una "unità organizzativa responsabile del procedimento" ex art. 6 l. n. 241/1990) e di un grado almeno minimo di attività (si pensi alle relazioni organizzative – interorganiche o intersoggettive – che sembrerebbero pertenere esclusivamente al dominio dell'organizzazione ma che implicano, comunque, l'adozione di atti, quali l'ordine, la direttiva, etc.)» (corsivi nell'originale).

114 Id., *op. ult. cit.*, 189-190.

115 Id., *op. ult. cit.*, p. 201. L'adeguatezza è evocata dall'art. 118 Cost., con riferimento al riparto delle funzioni amministrative, e dalla l. del 15 marzo 1997, n. 57, *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa* (c.d. Bassanini), «in relazione all'idoneità organizzativa dell'amministrazione [...] a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle funzioni».

116 Id., *op. ult. cit.*, 202-203. La differenziazione, richiamata dall'art. 118 Cost., sarebbe declinabile, nell'ambito dell'organizzazione, con riferimento a scelte organizzative destinate a rispondere ad esigenze e bisogni non omogenei.

117 Id., *op. ult. cit.*, pp. 203 ss.

Questa natura dell'organizzazione come attività di indirizzo convive con la funzione, ben più consolidata ai tempi di *Studi della funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, di garanzia del cittadino nei confronti dell'autorità, nel senso che, per il tramite dell'organizzazione, «*il cittadino sa che per agire in date materie oggetto di sue libertà guarentigiate l'autorità deve servirsi di dati uffici e non di altri, altrimenti agisce illegalmente*»[118]. Ancora oggi, peraltro, attenta dottrina riduce quella organizzativa a una funzione di garanzia, che consentirebbe ai cittadini di trovare una tutela anticipata. Essi, infatti, possono conoscere preventivamente le attività future degli uffici e, ricostruendo la catena di attribuzione e distribuzione della competenza, possono valutare la coerenza tra attività e uffici[119].

---

118 M.S. Giannini, *Lezioni*, 1950, *cit.*, 133-134. Cfr., altresì, Id., *Organo (teoria generale)*, *cit.*, 40-41: «Se oggi ci si chieda se le ragioni che sollecitarono l'invenzione del concetto siano tuttora valide, sembra non vi possano essere dubbi sulla risposta affermativa: non solo dal punto di vista giuridico, ma anche da quello politologico, il concetto di organo fu una conquista civile: rese possibile perfezionare la tutela delle libertà e dei diritti dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri, rese possibile assegnare sedi appropriate alle varie istanze esistenti in un corpo sociale dando presenze giuridiche definite ad interessi pubblici o collettivi eterogenei e sovente in conflitto virtuale o reale, rese possibili normative procedimentali per regolare fatti di vita associativa i quali per l'innanzi si svolgevano affidati alla dominanza di pressioni solo economiche o partitiche».

119 V., per esempio, F. Merloni, *Organizzazione amministrativa*, *cit.*, 64-75: «funzione è nozione oggi applicata tanto all'attività quanto all'organizzazione, ma è in questa seconda che si presenta come massimamente utile, perché aiuta il cittadino a ricercare regole di garanzia altrettanto necessarie quanto quelle che disciplinano lo svolgimento dell'azione. [...] La garanzia del cittadino sta nella predeterminazione delle attività di esercizio della funzione, che può essere vista anche come "inizio dell'attività", ma solo nel senso che nelle attività tipizzate che prefigurano la futura azione il cittadino trova una tutela anticipata, perché sa quali azioni può attendersi dagli uffici ai quali le attività sono attribuite [...] Se la garanzia oggettiva (della generalità dei cittadini) e soggettiva (del cittadino interessato) sta non solo nel conoscere quale sia l'organo competente, ma anche nella legittima aspettativa di una relativa stabilità (o di una modificabilità che segue le stesse garanzie dell'attuale) di un'organizzazione che si è venuta precisando al fine di assicurare la corrispondenza tra ufficio e attività da svolgere, il cittadino (in quanto membro della collettività e in quanto portatore di interessi) e il giudice, su sua richiesta, devono poter ricostruire la catena, il processo che ha portato alla determinazione della competenza. Non basta conoscere l'organizzazione come risultato, ma occorre trovare nella scelta organizzativa la coerenza tra compiti e caratteri dell'ufficio (ente o organo) [...] La distribuzione delle competenze diviene, quindi, il primo e fondamento strumento di garanzia organizzativa dell'esercizio imparziale delle funzioni».

Malgrado la contraddizione nominale tra le due funzioni, per la prevedibilità, propria della garanzia, e l'immediatezza e creatività, proprie dell'indirizzo, Nigro ha la capacità di mettere in relazione la prima con la seconda, facendone emergere la complementarità: la garanzia può operare nel senso di un «*irrigidimento delle strutture*», ad esempio, determinando la scelta delle forme organizzative, imponendo certi schemi generali, fissando la fonte di produzione dei fatti di organizzazione, ma ciò non impedisce all'organizzazione di «*aderire elasticamente all'attività da organizzare*»[120].

Quest'immagine della funzione organizzatrice, il cui andamento a "fisarmonica" è plasticamente disegnato dall'Autore, si è rivelato fondamentale per dare la fisionomia di un principio giuridico di recente emersione, quale il principio di resilienza. In particolare, l'elasticità propria del principio di buon andamento, che Nigro legge come efficienza, «*incorpora plurime capacità di risposta, assorbimento e adattamento, abbracciando così importanti aspetti del principio di resilienza; dallo stesso principio di buon andamento deriva, inoltre, il principio di "ampia flessibilità" nell'organizzazione, oggi codificato e corrispondente anch'esso ad alcuni profili del principio di resilienza*»[121].

Un'altra notazione particolarmente interessante per lo sviluppo della ricerca, benché ancora troppo poco indagata dalla dottrina, è quella relativa al c.d. «*apporto creativo*» della funzione organizzatrice. Secondo Nigro, infatti, «*da attività di organizzazione con ampia libertà di determinazione si scende ad attività costrette, da quelle di ordine superiore, in limiti progressivamente sempre più ristretti; il fatto puntuale, concreto e vincolato d'organizzazione, non solo non resiste all'inquadramento nell'attività d'indirizzo, ma si pone proprio come espressione di essa, in quanto attuazione del disegno organizzativo e, al di là di questo, sviluppo*

120 M. Nigro, *Studi della funzione*, *cit.*, 134-135.

121 M. Monteduro, *Ma che cos'è questa «resilienza»? Un'esplorazione del concetto nella prospettiva del diritto delle amministrazioni pubbliche*, in *RQDA*, 1, 2023, 4 ss., 103-104, che richiama espressamente M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 103-104. La resilienza, che è principio tanto dell'organizzazione quanto dell'attività amministrativa, nella prima rileva per i profili inerenti alle «relazioni prefigurate tra uffici, organi, dirigenti e funzionari all'interno di una stessa amministrazione o tra amministrazioni diverse del medesimo settore o di più settori, ad esempio in ordine al riparto delle competenze, alle modalità di coordinamento intra- ed inter-amministrativo, alla pianificazione e gestione del personale, delle risorse finanziarie e dei mezzi materiali, etc.» (pp. 18-19).

del disegno sostanziale»[122].

Questa constatazione potrebbe stimolare una riflessione sull'impatto sostanziale di «*fatti organizzativi*» contemporanei, come l'introduzione del «*lavoro agile*» nelle pubbliche amministrazioni[123], tenendo presente che l'incidenza di quest'ultimo sull'azione amministrativa è espresso chiaramente da norme di legge.

Mentre la legge di disciplina 22 maggio 2017, n. 81, *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*, applicabile anche al pubblico impiego, promuove il lavoro agile allo scopo di «*incrementare la competitività*

122 M. Nigro, *op. ult. cit.*, 139.

123 Il lavoro agile è disciplinato dalla l. 22 maggio 2017, n. 81, *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*, che, all'art. 18, co. 1, lo definisce una «*modalità di esecuzione* del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo fra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa» (corsivi aggiunti). Ai sensi del co. 3, le disposizioni sul lavoro agile si applicano, in quanto compatibili, anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, di cui al d.lgs. 20 marzo 2001, n. 165, e ss.mm., secondo le direttive emanate in applicazione dell'art. 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, e fatta salva l'applicazione dei singoli atti interni delle amministrazioni pubbliche. Trattasi di «fatti organizzativi» in quanto rientranti della quadripartizione di M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 128-129, che ivi include l'*elemento personale* degli uffici, il quale dà luogo alle relazioni relative al rapporto organico e a quelle relative al rapporto di servizio (inclusa la responsabilità dei pubblici impiegati). Come puntualizza M.S. Giannini, *Organo (teoria generale)*, *cit.*, 50-51, occorre distinguere tra «rapporto d'ufficio» e «rapporto di servizio»: il rapporto d'ufficio «è il rapporto che corre tra l'ente e la persona fisica titolare dell'ufficio o dell'organo e ha per oggetto l'esercizio della funzione», la quale può non coincidere con la qualifica giuridica della persona fisica; il rapporto di servizio «corre tra l'ente e la persona fisica in quanto avente una qualifica giuridica – quindi anche se non ha titolarità di ufficio –, ed ha per oggetto le prestazioni della persona all'ente (o all'ufficio), e sussiste per il solo fatto che essa ha una qualifica o svolge una mansione lavorativa, ed è un rapporto in cui ha preminenza l'aspetto patrimoniale. [...] Il rapporto di servizio [...] per i dipendenti dell'ente si risolve nel rapporto d'impiego o di lavoro subordinato, mentre per il personale onorario – gli amministratori dell'ente, in un senso assai lato – è definito da norme speciali: varia per categorie di enti (per esempio, il rapporto del consigliere comunale è gratuito, quello del consigliere regionale retribuito), per categorie di amministratori (per esempio, consiglieri di amministrazione-componenti il comitato esecutivo, in un'associazione o ente parastatale); talora, è regolato per contratto (per esempio, amministratore di società».

e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (art. 18, co. 1), la legge 7 agosto 2015, n. 124, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, aveva già introdotto le misure organizzative di sperimentazione del telelavoro in ambito pubblico, richiedendo, in particolare, alle amministrazioni di adottare un Piano organizzativo del lavoro agile (POLA) –– poi confluito nel Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO) –– per mezzo del quale individuare, tra gli altri aspetti, gli «*strumenti di rilevazione e di verifica periodica dei risultati conseguiti, anche in termini di* miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa» (art. 14)[124].

Ai sensi della direttiva 3/2017, di attuazione dell'art. 14, co. 1 e 2, della legge 124/2015, ciascuna amministrazione deve adottare un atto interno che tratta gli aspetti di tipo organizzativo e i profili attinenti al rapporto di lavoro, come una propria definizione di lavoro agile, l'individuazione della platea dei destinatari, l'individuazione delle attività compatibili con il lavoro agile, i riflessi sull'attribuzione di buoni pasto, la definizione del numero di giorni, di ore, di mesi, di anni di durata dello *smart working* etc. Inoltre, essa prevede che l'organizzazione del lavoro agile sia incentrata «*su risultati obiettivamente misurabili e sulla* performance*, nei termini ed entro i limiti di cui all'articolo 14 della legge 124/2015*».

Ciò significa che le relative misure organizzative, oltre a incidere, naturalisticamente e giuridicamente, sull'azione amministrativa, incrementano l'apporto creativo dei singoli funzionari che, nel rispetto delle stesse, assumono la scelta di aderirvi o meno, giacché la prestazione a distanza e fondata sui risultati determina un affievolimento del potere direttivo[125].

---

124 Corsivi aggiunti. Con la direttiva 3/2017, sottoscritta dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro Madia, sono stati adottati gli indirizzi per l'attuazione dell'art. 14, co. 1 e 2, della l. 124/2015. In particolare, tra i pilastri comuni, si menziona l'adeguamento dei sistemi di misurazione e valutazione delle performance per verificare l'impatto delle misure organizzative adottate in tema di lavoro agile «sull'efficacia e sull'efficienza dell'azione amministrativa, nonché sulla qualità dei servizi erogati».

125 Come rilevano E. Cataldo - B. Monea, *Il lavoro agile come nuovo paradigma organizzativo nella P.A.: analisi e criticità*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2, 2024, 81 ss., 90, la «gestione dei lavoratori da remoto, infatti comporta il superamento della *routine* della programmazione e del controllo basata sulla definizione di singoli, specifici compiti; richiede al dirigente uno sforzo addizionale nella de-terminazione di obiettivi, indicatori e target; presuppone dinamiche negoziali dipendente-dirigente che si esplicano sia nella fase della

Successivamente, il Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale, firmato dal Ministro Brunetta e dalle principali organizzazioni sindacali nel 10 marzo 2021, ha confermato la necessità, già espressa dall'art. 81, co. 1, della l. 81/2017, che operava un rinvio alla contrattazione collettiva, di promuovere un dialogo solido tra quest'ultima e le riforme legislative. Il 9 maggio 2022 vi è stata la sottoscrizione del c.c.n.l. del comparto Funzioni centrali, tra Aran e parti sindacali, che regolamenta il lavoro a distanza, nelle due tipologie di «*lavoro agile*» e «*lavoro da remoto*». In particolare, il primo, come specificato dall'art. 36, co. 1, secondo periodo, «*è finalizzato a conseguire il* miglioramento dei servizi pubblici *e l'*innovazione organizzativa *garantendo, al contempo, l'equilibrio tra tempi di vita e di lavoro*»[126].

Questo esempio conferma la validità di quanto rilevato da Nigro quasi sessant'anni fa, ovvero che tutti gli atti organizzativi, nella bipartizione a oggi vigente, dagli atti di macro- a quelli di micro-organizzazione –– questi ultimi aventi ad oggetto la gestione del rapporto di lavoro nell'ambito del quale l'amministrazione assume le vesti del datore di lavoro al pari di quello privato –– incidono anche sul farsi dell'attività[127].

Peraltro, la disciplina del pubblico impiego sul lavoro agile contribuisce ad esemplificare la «*sostanza tipica*» delle norme di organizzazione, che, secondo Nigro, costituisce un'ulteriore dimostrazione della funzione organizzativa come attività, anche giuridicamente, di indirizzo[128]. Infatti, dal punto di vista dello sco-

---

definizione del progetto di lavoro agile, sia durante l'attuazione del lavoro agile, sia a conclusione del progetto di lavoro agile, ai fini della sua valutazione». Sul tema, v. anche F. Schiavetti, *Il lento cammino del lavoro agile nell'Amministrazione pubblica: difficoltà e prospettive di un'inevitabile trasformazione*, in *Federalismi.it*, 6, 2025, 173 ss.

126 Corsivi aggiunti.

127 Altri esempi di misure organizzative che incidono sull'attività, in particolare, nella prospettiva dell'innovazione, sono quelle relative alla mobilità dei funzionari pubblici: secondo OECD, *Government at a glance 2023*, OECD Publishing, Paris, 2023, 192, essa «permette alla pubblica amministrazione di spostare le persone giuste con le competenze giuste nei ruoli giusti per soddisfare le esigenze del momento ed essere meglio preparati ad affrontare le esigenze del futuro», nonché di «contribuire allo sviluppo di team diversi che possono aiutare a stimolare l'innovazione nel settore pubblico» (traduzione a cura di chi scrive).

128 M. Nigro, *Studi sulla funzione*, *cit.*, 139 ss. Come noto, a p. 145 ss., l'Autore distingue tra *scopo* e, coerentemente con quest'ultimo, *struttura* dell'atto precettivo di organizzazione, i quali conformano la sostanza tipica dell'atto precettivo di organizzazione.

po, le norme organizzative sono orientate a un fine, che, in questo modo, le condiziona, secondo quanto sancito espressamente dall'art. 97, co. 2, Cost.[129]: come già dimostrato, le disposizioni sul lavoro agile hanno la finalità di rispondere alle istanze di conciliazione del lavoratore ma queste non possono che essere soddisfatte nei limiti della rispondenza agli obiettivi di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, secondo le linee dettate dal PIAO e, da ultimo, dal c.c.n.l.

Ancora, le considerazioni di Nigro sulla struttura dell'atto precettivo di organizzazione potrebbero rivitalizzare il dibattito sull'obbligo di motivazione degli atti di macro-organizzazione. Da quanto osservato, con riferimento allo scopo, l'Autore fa discendere che «*l'atto precettivo d'organizzazione si afferma necessariamente sempre [...] non come previsione, ma come "decisione"; non come volizione preliminare ma come volizione attuale: non [...] come disciplina dell'azione, ma come azione esso stesso. In altre parole, si afferma come* provvedimento, *dei quali ha natura* singolare *e* concreta»[130].

Conseguentemente, questa struttura sarebbe propria anche della regola organizzativa generale e astratta, la quale è tale soltanto «*ove la si isoli dal fine cui è correlata e la si assuma in se e per sé nella sua struttura assoluta*», mentre è sempre «*singolare e concreta in quanto risposta puntuale e circostanziata ad un problema sollevato dallo svolgimento dell'attività, e in quanto considerata nella sua globale funzionalità rispetto al loro scopo*»[131]. Il tipico esempio è quello della creazione, modificazione e/o estinzione di uffici e organi, che, malgrado il carattere sostanzialmente singolare e concreto[132], nella prassi, avviene mediante atti generali o regolamentari[133].

Questa constatazione è sufficiente a far emergere, nell'ordinamento giuridico attuale, la contraddizione tra l'art. 3, co. 1, della l. 241/1990, sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, nel quale gli atti di macro-organizzazione sono sussumibili, e il co. 2, che non richiede la motivazione per gli atti

---

129 ID., *op. ult. cit.*, 147-148.

130 ID., *op. ult. cit.*, 150 (corsivi aggiunti).

131 ID., *op. ult. cit.*, 150-151.

132 ID., *op. ult. cit.*, 150.

133 M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, Roma, Roma Tre Press, 2020, 62, nota 3.

normativi e per quelli a contenuto generale; stessa contraddizione che ha indotto la giurisprudenza a imboccare una via mediana: in particolare, in disparte le decisioni che escludono del tutto un obbligo di motivazione[134], la maggior parte delle sentenze, sulla scorta del carattere generale e astratto degli atti di autoorganizzazione, ridimensiona il momento giustificativo alla manifestazione di logicità e congruità della scelta e limita il sindacato del giudice alle ipotesi di conclamata ed evidente abnormità[135].

Ebbene, questo assetto, fondato, più che altro, sul dato formale, appare meno solido se rapportato alla costruzione di Nigro, improntata sulla valorizzazione della sostanza degli atti precettivi di organizzazione.

---

134 Ad esempio, Tar Campania, Sez. III, 2 dicembre 2021, n. 7734, afferma che «la delibera di approvazione del fabbisogno del personale è un atto di carattere generale, sottratto al generale obbligo di motivazione».

135 Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1064, evidenzia che «gli ampi margini della scolpita logica di auto organizzazione postulano ed impongono, per tradizionale e consolidato intendimento, il riconoscimento di una lata discrezionalità programmatica [...] a livello macroorganizzativo, l'amministrazione non entra in relazione diretta con i titolari di situazioni giuridiche soggettive, ma crea soltanto presupposti alla instaurazione di rapporti giuridicamente rilevanti con tali soggetti. Ne risulta corrispondentemente attutito (se pur non eliso, non trattandosi propriamente di autonomia) il profilo garantistico del momento giustificativo, che legittima – come tale – un sindacato limitato al travisamento del fatto o al manifesto eccesso di potere. Si dovrà cioè osservare che sussiste, nella adozione dei provvedimenti in questione, una discrezionalità che, per un verso – non strutturandosi in termini di confronto comparativo di posizioni e di interessi pubblici e privati, nella logica della determinazione conclusiva dei procedimenti ad efficacia esterna – ridimensiona, pur senza elidere, l'intensità dell'onere motivazionale e, per altro e consequenziale verso, limita il sindacato giudiziale alle ipotesi di conclamata ed evidente abnormità». Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2013, n. 2607, in relazione alle modifiche degli uffici interni dell'amministrazione: «È necessario [...] che gli atti amministrativi attraverso i quali vengono organizzati gli uffici si ispirino (rendendoli conoscibili) a principi di non manifesta illogicità o incongruità dell'assetto in concreto prescelto. In relazione a tali principi va commisurato il *quantum* di motivazione esigibile, che deve ritenersi imposto all'amministrazione in funzione dell'esigenza di esplicitare congruità e non irragionevolezza delle scelte operate e dei modelli organizzatori adottati (C.G.A., 23 maggio 2012, n. 467). Sotto questo profilo, pertanto, se coglie nel segno la tesi secondo la quale gli atti in questione non si sottraggono, per loro natura, all'obbligo di recare un apparato motivazionale, va, però, ribadito che lo stesso, è sufficiente che sia di una latitudine tale da far comprendere come logico e congruente il nuovo assetto organizzativo introdotto, senza inutili appesantimenti, dunque sintetico e apprezzabile dal giudice *ab externo*». V. anche Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5143; Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2013, n. 2607; Tar Lombardia, Sez. V, 30 aprile 2024, n. 1309.

6. Riflessioni di sintesi

Come annunciato in premessa, questo lavoro, a sessant'anni dalla pubblicazione di *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, ha avuto lo scopo di valutare l'attualità di alcuni suoi aspetti fondamentali, ossia l'impatto generato dal concetto di organizzazione sulle correnti dottrinali più recenti e la validità della natura della funzione organizzativa nel contesto socio-tecnico di oggi.

Con riferimento al concetto, è stato evidenziato che l'originaria allusione alla compresenza del fenomeno organizzativo tanto nell'ambito del diritto pubblico quanto del diritto privato è stata, in seguito, sviluppata, sino a divenire uno dei tratti caratterizzanti la riflessione dell'Autore, il quale, indipendentemente dal basamento –– sul dato ontologico del processo di integrazione tra lo Stato e lo società o sul dato giuridico della concezione dialettico/drammatica di amministrazione espressa dalla Costituzione –– concepisce l'organizzazione soggettivamente amministrativa come una e, dunque, non l'unica delle possibili espressioni della sovranità popolare.

Questo terminale, che accomuna la singolarità del pensiero di Nigro alla prosecuzione della scuola di Berti, è stato un seme per la deduzione di ulteriori conseguenze logiche, come l'oculata pubblicizzazione delle entità privatistiche che svolgono attività oggettivamente amministrative, comprese quelle in relazioni di autonomia rispetto alle entità pubblicistiche, e continua a suggestionare chi, come nel caso presente, ha provato a convalidare le intuizioni di Nigro in rapporto alla realtà odierna.

Difatti, il rischio di una burocrazia autocefala, plasmabile dalla rigida applicazione del principio di efficienza, non può non evocare la sua attuale massimizzazione negli usi dell'intelligenza artificiale, ma, al contempo, è da stimolo per la ricerca dell'antidoto allo stesso. Infatti, una delle possibili soluzioni al problema, come prospettato nel lavoro, può rinvenirsi nella fungibilità di quei principi giuridici umanizzanti che, in quanto tali, hanno nelle relazioni intersoggettive di diritto privato una sede naturale.

Spostando l'attenzione sul carattere naturalisticamente direttivo della funzione organizzativa, da cui discende il rapporto di continuità tra organizzazione e attività amministrativa, la fecondità di queste riflessioni è stata dimostrata dalla

recente ricostruzione delle fattispecie che compongono la funzione amministrativa, in modo tale da evidenziarne la composizione, con gradi diversi, di organizzazione e attività, e la conseguente applicazione binaria dei principi che indirizzano la prima e la seconda.

Molteplici sono, poi, gli spunti offerti dalle considerazioni che orbitano intorno all'organizzazione come attività giuridicamente di indirizzo: dal riconoscimento dei tratti tipici dell'efficienza nel recentissimo principio di resilienza, alla conferma di un apporto creativo dell'attività organizzativa nell'ambito di un moderno e sempre più diffuso strumento di organizzazione come il lavoro agile, sino alla riapertura del dibattito sulla motivazione degli atti di macro-organizzazione in virtù del loro carattere sostanzialmente provvedimentale.

In sintesi, avendo sviscerato il fenomeno organizzativo sino a ricavarne l'essenza, il pensiero di Nigro non arresta la sua validità all'epoca in cui fu concepito ma, adattandosi al contesto attuale, offre, ancora oggi, una chiave di lettura dell'ordinamento; vive, così, nelle generazioni di giuristi che continuano ad approcciarsi allo studio dei suoi scritti.

Donato Vese
Professore Associato in Diritto dell'economia, Università di Pisa,
Dipartimento di Giurisprudenza
donato.vese@unipi.it
Professeur invitée de Droit et d'économie, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,
Institut de recherche juridique André Tunc
donato.vese@univ-paris.fr
Investigador visitante in Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad
Complutense de Madrid
donatves@ucm.es

La tutela del risparmio tra interesse pubblico e protezione della persona nell'ordinamento bancario europeo

The Protection of Savings in European Banking Law: Public Interest and the Protection of the Individual

Sintesi

Il contributo analizza la posizione sistematica dell'interesse alla tutela del risparmio nell'ambito della disciplina europea delle crisi bancarie, interrogandosi sulla sua funzione conformativa nell'attuale architettura dell'Unione bancaria. Muovendo dalla ricostruzione del dibattito dottrinale classico sulla natura costituzionale del risparmio – tradizionalmente oscillante tra dimensione pubblicistica e dimensione soggettivo-privatistica – l'indagine verifica se l'evoluzione del diritto bancario dell'Unione abbia determinato l'affermazione definitiva di uno dei due paradigmi ovvero la loro trasformazione.

L'analisi del diritto positivo europeo, con particolare riferimento alla disciplina della risoluzione bancaria e ai meccanismi di *bail-in* e *burden sharing*, mostra come la tutela del risparmio non sia stata espunta dall'ordinamento dell'Unione, ma riconfigurata entro un modello regolatorio fondato sulla responsabilizzazione dei soggetti privati e sulla gestione preventiva del rischio sistemico.

Il contributo propone una lettura teorica fondata sulla categoria della "influenza normativa" degli interessi pubblici, sostenendo che l'attuale assetto della regolazione bancaria europea non si esaurisce nella contrapposizione tra pubblico e privato, ma si caratterizza per un processo di ibridazione e coevoluzione degli inte-

ressi. In tale prospettiva, la tutela del risparmio emerge come principio a struttura complessa, capace di incidere sulla configurazione delle regole di gestione delle crisi e di operare simultaneamente come criterio di stabilità sistemica e di protezione delle posizioni soggettive.

Abstract

This article examines the systemic position of the public interest in the protection of savings within the framework of European bank crisis regulation, assessing its normative role in the current architecture of the EU Banking Union. Starting from a reconstruction of the traditional doctrinal debate on the constitutional nature of savings – historically oscillating between a public-law and a private-law perspective – the paper investigates whether the evolution of EU banking law has led to the predominance of one of these paradigms or to their structural transformation.

Through an analysis of the European law, particularly the bank resolution framework and the mechanisms of bail-in and burden sharing, this study argues that the protection of savings has not disappeared from the EU legal order but has been reconfigured within a regulatory model grounded in private responsibility and preventive management of systemic risk.

The article advances a theoretical interpretation based on the concept of the normative influence of public interests, maintaining that European bank crisis regulation can no longer be adequately explained through the rigid public/private dichotomy. By contrast, it reflects a process of hybridization and co-evolution of those interests, whereby the protection of savings operates as a complex principle shaping both systemic stability and individual legal positions.

Parole chiave: Tutela del risparmio; Unione bancaria europea; risoluzione bancaria; bail-in; influenza normativa degli interessi pubblici

Keywords: Protection of savings; Banking Union; Bank resolution; Bail-in mechanism; Normative influence of public interests.

Indice: 1. Introduzione – 2. La protezione costituzionale del risparmio nell'elaborazione della dottrina classica: modelli interpretativi e conflitto tra impostazioni pubblicistiche e privatistiche – 3. L'emersione della dimensione soggettiva della tutela del risparmio nel diritto bancario dell'Unione europea – 4. Oltre la contrapposizione pubblico/privato: la trasformazione della tutela del risparmio tra convergenza e coevoluzione degli interessi – 5. Conclusioni

1. Introduzione

L'indagine che segue muove da una premessa di ordine sistematico[1]: nell'ordinamento europeo del credito, gli interessi pubblici non si limitano a operare come limiti esterni alla libertà economica, ma incidono – tramite la loro influenza normativa[2] – sul processo stesso di conformazione delle regole che governano il mercato bancario. In particolare, l'interesse alla tutela del risparmio, tradizionalmente oscillante tra dimensione pubblicistica e dimensione privatistica, co-

1 Il presente contributo è il risultato dell'attività di ricerca svolta tra la primavera e l'estate del 2025 all'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, al Collège de France e alla Fondation Maison des Sciences de l'Homme (https://www.fmsh.fr/chercheurs/donato-vese). Ringrazio Anne-Claire Rouaud per la supervisione scientifica e il costante supporto durante il periodo di ricerca trascorso a Parigi. I risultati della ricerca sono stati poi discussi nell'ambito di un ciclo di incontri del Seminario Hispano-Italiano "Derecho administrativo económico y la Carta Europea de Derechos Fundamentales", svoltosi nel novembre 2024 e nel dicembre 2025 presso l'Universidad Complutense de Madrid, grazie soprattutto a Fernando González Botija, che ha reso possibile tali iniziative e il mio soggiorno scientifico a Madrid. Una versione più breve e differente del presente contributo è prevista per il Liber Amicorum della prof.ssa Antonella Antonucci.

2 Per l'elaborazione e gli sviluppi della teoria giuridica dell'influenza normativa degli interessi pubblici è stato illuminante il libro di P. Haberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem: eineAnalyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Berlin, 2006 (I ed. 1970), pp. 1 ss., ma sulla "forza normativa" dell'interesse pubblico spec. pp. 215 ss. Per un'intensa analisi, in chiave non solo giuridica, ma anche storica, politica, sociologica ed economica, si è tenuto conto nel corso dell'indagine – spesso in senso critico – dei solidi e innovativi lavori sugli interessi pubblici di M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato? in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, pp. 909 ss.; Id., *Osservazioni in tema di poteri ed interessi pubblici, in Arch. giur. Filippo Serafini,* 1985, pp. 225 ss.; più recentemente, Id., *Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi,* in F. Astone – M. Caldarera – F. Manganaro – N. Saitta – A. Tigano (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone,* III, Napoli, 2017, pp. 2569 ss. Sulle "intense" relazioni tra interessi pubblici e interessi privati, nell'originale impostazione della società fondata sulla democraticità dei pubblici poteri (Stato e amministrazioni), come elementi non gerarchici e paritari, un costante riferimento nella nostra ricerca sono stati i lavori di Giorgio Pastori. Per il momento, *ratione loci*, è fondamentale G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimenti accordi e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga,* Milano, 1994, pp. 1309 ss. Nell'economia del nostro studio, per la teorizzazione dell'interesse pubblico come "luogo" di co posizione e bilanciamento di interessi privati nel contesto della rivisitazione di pubblici poteri in senso "paritario" tramite l'attenuazione della distinzione tra procedimento e processo, e specificamente tra funzione in senso obiettivo – ossia quale momento della trasformazione del potere in atto subiettivo come meccanismo d'imputazione degli effetti sugli interessi privati – sono stati imprescindibili i contributi di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo, in Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss. (ora anche in Id., *Scritti giuridici,* Milano, 2006, II, pp. 1117 ss.); Id., *Per un diritto amministrativo paritario, in Studi in memoria di Enrico Guicciardi, Padova*, 1975, pp. 807 ss., (ora in *Scritti giuridici, cit., IV,* pp. 3223 ss. Su quest'ultima opera, per l'intesa concettualizzazione della teoria benvenutiana, si è tenuto presente il lavoro originale di M. Bellavista, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico,* Padova, 2001. Per una solida elaborazione dell'interesse pubblico come risultato del confronto tra interessi privati nel procedimento amministrativo, si è avuto

stituisce oggi un osservatorio privilegiato per verificare le trasformazioni intervenute nel rapporto tra stabilità finanziaria, disciplina del mercato e protezione delle sfere soggettive delle persone (consumatori e imprese).

L'ipotesi che orienta questo contributo è che l'evoluzione della disciplina europea delle crisi bancarie non possa essere adeguatamente compresa attraverso la rigida alternativa tra interesse pubblico e interesse privato[3]. Al contrario, essa rivela un processo di progressiva ibridazione, nel quale la tutela del risparmio assume una funzione conformativa capace di attraversare livelli normativi differenti – costituzionale, comunitario e amministrativo – e di incidere sulla struttura stessa dei meccanismi di prevenzione e gestione delle crisi bancarie.

In questa prospettiva, la regolazione delle crisi degli intermediari del credito si presenta non solo come ambito tecnico di intervento, ma come luogo paradigmatico in cui si ridefiniscono le categorie fondamentali del diritto dell'econo-

---

riguardo dello studio di M. Bombardelli, *Decisione e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico,* Torino, 1996. Per una prima e originale trattazione settoriale degli interessi pubblici, si è considerata la monografia di F. Pellizer, *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza e del mercato*, Trento, 1993; nonché l'articolo di N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm*., 1996, pp. 413 ss. Per l'analisi dei rapporti tra interessi pubblici, stabilità e tutela dei diritti nel sistema finanziario e bancario, si è debitamente tenuto conto del lavoro di D. Siclari, *Gli intermediari finanziari tra regole di mercato e interesse pubblico*, Napoli, 2011. Sempre nel diritto bancario, per la ricostruzione della dottrina giuspubblicistica classica (a partire da Giannini e Nigro), si è esaminato il documentato contributo di G. Mulazzani, *La regolazione dell'attività bancaria tra interesse pubblico e logiche del mercato*, in *Dir. ec.*, 2020, pp. 421 ss. Per l'analisi delle relazioni tra interessi pubblici e privati nell'ambito dei processi economici, di indubbia utilità è stato il lavoro di A. Lolli, *L'amministrazione attraverso strumenti economici: nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna, 2008. Sul rapporto tra efficienza dei pubblici poteri e interessi pubblici, si è vagliato l'originale contributo di R. Ferrara, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza, in Studi in onore di Alberto Romano,* Napoli, 2011, I, pp. 335 ss. Sui rapporti tra interessi pubblici e poteri discrezionali come "momento" in cui tali interessi orientano i processi decisionali amministrativi nel procedimento di identificazione dei valori in gioco in ogni situazione data e con riferimento agli interessi privati, abbiamo preso in considerazione l'originale e basilare studio classico di R.G.E. Soares, *Interesse público, legalidade e mérito,* Coimbra, 1955. Per gli sviluppi di detta visione, un sicuro punto di riferimento nella ricostruzione ed elaborazione degli interessi pubblici nell'ambito della scienza giuridica e della giurisprudenza europea è stato il contributo di J. Mendes, *Discretion, care and public interests in the EU administration: Probing the limits of law*, in *Comm. mark. law rev.*, 2016, pp. 419 ss., nonché, con specifico riferimento al diritto bancario europeo, Ead., *Law and discretion in monetary policy and in the banking union: Complexity between high politics and administration*, in *Comm. mark. law. rev.*, 2023, pp. 1579 ss.

3 Per un'applicazione empirica di questa tesi sia consentito il riferimento al mio ultimo lavoro nell'ambito del diritto bancario europeo, D. Vese, *Discretion and the Public Interest: The Case of the European Banking Authority*, in *The Cambridge Law Journal*. 84, 2, 2025, pp. 368-396. doi:10.1017/S0008197325100718.

mia, mettendo in discussione la tradizionale dicotomia tra pubblico e privato e imponendo una rilettura dinamica del principio di tutela del risparmio.

Se è vero che la trasformazione delle categorie tradizionali si manifesta laddove l'ordinamento è chiamato a fronteggiare situazioni di tensione sistemica, occorre allora individuare l'ambito nel quale tale dinamica risulti maggiormente visibile e concettualmente significativa. Non ogni segmento del diritto bancario, infatti, rivela con pari evidenza il processo di ristrutturazione degli interessi pubblici e privati; esso emerge con particolare intensità nei momenti in cui l'equilibrio del mercato è messo in discussione e l'intervento normativo assume carattere strutturalmente conformativo.

È precisamente in tale contesto che la disciplina delle crisi bancarie assume un valore paradigmatico. Una simile disciplina costituisce, sotto il profilo sistematico e teorico[4], un punto di osservazione privilegiato per l'indagine dell'ordinamento europeo del credito[5]. Essa consente infatti di cogliere con particolare nitidezza come l'intervento regolatorio sia costantemente plasmato dall'emersione di una pluralità di interessi pubblici tra loro non sempre omogenei per struttura e finalità, ma accomunati dalla capacità di orientare in modo significativo le scelte normative[6]. Proprio nel contesto delle crisi, tali interessi si manifestano quale fattore determinante nella conformazione dell'assetto disciplinare, incidendo sulla definizione di modelli di tutela idonei ad assicurare un equilibrio tra esigenze di stabilità sistemica, protezione delle posizioni individuali e salvaguardia delle istanze collettive che attraversano il mercato creditizio europeo.

All'interno di questo quadro multilivello, uno degli interessi pubblici assume una posizione di peculiare rilievo per ampiezza e centralità: si tratta dell'interesse alla tutela del risparmio, positivizzato a livello costituzionale (art. 47 Cost.), il quale ha rappresentato – come dimostra l'evoluzione dell'ordinamento europeo

---

4 Su cui si v. D. Rossano, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Torino, 2017; V. Troiano – G.M. Uda (a cura di), *La gestione delle crisi bancarie*, Padova, 2018; L. Stanghellini, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Banca d'Italia, Roma, 2014, n. 75, pp. 148 ss.

5 Sull'ordinamento bancario europeo, si v. le acute osservazioni di A. Antonucci, *Proposte conclusive*, in A. Brozzetti (a cura di), *L'Ordinamento Bancario Europeo alla Ricerca di un Assetto Stabile*, *Studi e Ricerche CESIFIN*, Bologna, 2022.

6 Ho argomentato questa tesi in D. Vese, *Gli interessi pubblici nelle crisi bancarie. Per una nuova analisi giuridica dell'ordinamento europeo del credito*, Padova, 2024, spec. pp. XXIII-XLII.

del credito – un elemento propulsivo nei processi di trasformazione che hanno condotto alla configurazione dell'attuale architettura istituzionale dell'Unione bancaria. Nondimeno, è proprio nel contesto dell'Unione che la nozione di "risparmio" non ha trovato una definizione unitaria sul piano del diritto positivo. La sua elaborazione si è piuttosto sviluppata attraverso il contributo dei diversi ordinamenti nazionali, ciascuno dei quali ha concorso a delinearne contenuti e implicazioni secondo coordinate teoriche e assiologiche non sempre coincidenti. Ne è derivato un quadro concettuale plurale, caratterizzato da significative divergenze interpretative e da una sistematizzazione dogmatica solo parziale.

In tale prospettiva, la reale incidenza dell'interesse alla tutela del risparmio nella disciplina europea delle crisi bancarie non può essere adeguatamente compresa senza un esame della posizione che esso occupa nei singoli ordinamenti degli Stati membri, con particolare riguardo all'esperienza italiana. Quest'ultima si distingue per l'attribuzione alla tutela del risparmio di una copertura costituzionale espressa, che ne rafforza lo statuto giuridico e ne condiziona la proiezione normativa. La comparazione con altri sistemi, nei quali tale interesse non gode di analogo riconoscimento costituzionale, consente di apprezzare più chiaramente le tensioni e le possibili linee di integrazione tra dimensione nazionale e ordinamento dell'Unione[7].

Prima di collocare criticamente l'analisi nel quadro dell'attuale dibattito dottrinale e di esaminare l'incidenza degli interessi pubblici sull'assetto normativo europeo – con specifico riferimento alla disciplina delle crisi degli intermediari, che costituisce il secondo pilastro dell'Unione bancaria – appare tuttavia necessario ripercorrere alcune questioni teoriche che hanno preceduto l'affermazione dell'impostazione oggi dominante nel diritto europeo[8]. Tali questioni, lun-

7 Sul punto si v. S. Baroncelli, *Art. 47*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 954 ss. Una tutela costituzionale del risparmio, sebbene non nei termini e non nella latitudine dell'ordinamento italiano, è presente nelle Costituzioni dell'Irlanda e del Portogallo. Si tratta dell'art. 45, co. 2, della Costituzione irlandese e dell'101 della Costituzione portoghese.

8 Nella dottrina italiana contemporanea, tra i contributi settoriali sulla tutela del risparmio, si v. M. Rabitti, Bail-in *e tutela del risparmio. In attesa della Corte di Giustizia sul Banco Popular*, in A. Albanese (a cura di), *La responsabilità patrimoniale "sostenibile"*, Torino, 2023, pp. 155 ss.; M. Passalacqua, *Per una regolazione bancaria che «incoraggia e tutela il risparmio»*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2021, pp. 521 ss.; C. Pagliarin, *Le radici costituzionali della tutela del risparmio*, in *Banca impr. soc.*, 2021, pp. 29 ss.; F. Scuto, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti*

gi dall'essere superate, continuano a fornire le categorie interpretative indispensabili per comprendere le scelte regolatorie compiute nel processo di integrazione bancaria[9].

L'esame di questi snodi teorici si rivela funzionale alla verifica dell'ipotesi di ricerca qui proposta, relativa alla capacità conformativa degli interessi pubblici sull'assetto normativo. Si tratta, in particolare, di accertare se e in quale misura la tutela del risparmio sia idonea a incidere direttamente sulla disciplina delle crisi bancarie, orientando la formulazione e l'interpretazione delle disposizioni di diritto positivo in funzione della protezione delle posizioni soggettive e delle istanze collettive che essa incarna nell'ambito economico e sociale, in coerenza con il suo riconosciuto rango costituzionale.

È evidente, peraltro, che il presente contributo non può ambire a una ricostruzione esaustiva della vasta elaborazione dottrinale sviluppatasi intorno alla protezione costituzionale del risparmio nell'ordinamento italiano. Parimenti, non sarà possibile dar conto in modo analitico della pluralità di orientamenti espressi dagli studiosi appartenenti ai diversi settori della scienza giuridica. L'indagine si concentrerà, pertanto, su quei profili del dibattito che risultano maggiormente pertinenti rispetto all'obiettivo perseguito, ossia la valutazione della rilevanza normativa dell'interesse alla tutela del risparmio nel contesto della regolazione europea delle crisi bancarie.

Tuttavia, proprio la necessità di circoscrivere l'indagine impone di interrogarsi preliminarmente sulle categorie concettuali attraverso cui la tutela del ri-

---

per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell'art. 47 Cost. in *Federalismi.it*, 2019, pp. 169 ss.; R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: Storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca impr. soc.*, 2018, pp. 393 ss.; A. Clini, *Sovranità della persona nelle determinanti della tutela del risparmio*, in *P.A. Pers. e Amm.*, 2017, pp. 349 ss.; G.L. Greco, *La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di risoluzione delle banche*, in *Banca impr. soc.*, 2016, pp. 77 ss.; C. Brescia Morra, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, in *Anal. giur. ec.*, 2016, pp. 279 ss.; G. Guizzi, *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*, in *Corr. giur.*, 2016, pp. 745 ss.; C. Buzzacchi, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 cost. e funzioni della banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della repubblica e ordinamento dell'unione*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, pp. 39 ss.; F. Zatti, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, pp. 1469 ss.; A. Antonucci, *Raccolta del risparmio e crisi d'impresa: la tutela assicurativa*, in Ead (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale: Assicurazioni*, II, Torino, 2004, pp. 833 ss.

9 Sulle politiche di gestione delle crisi a livello dell'ordinamento dell'Unione Europea, resta di rilevante interesse il saggio di A. Antonucci, *Principio punitivo e tolleranza nella risposta europea alle crisi bancarie*, in *Anal. Giur. Econ.*, 2, 2010, pp. 461 ss.

sparmio è stata tradizionalmente pensata. La configurazione attuale dell'ordinamento europeo del credito non può infatti essere adeguatamente compresa se non alla luce delle matrici teoriche che hanno plasmato, in ambito interno, il significato costituzionale dell'art. 47 Cost.

In particolare, la persistente tensione tra ricostruzione pubblicistica e ricostruzione soggettivo-privatistica della tutela del risparmio non rappresenta soltanto una contrapposizione dogmatica del passato, ma costituisce il retroterra concettuale entro cui si inscrivono le scelte regolatorie contemporanee. È in tale dialettica che si sono formate le categorie attraverso cui si è definito il rapporto tra stabilità del sistema creditizio, libertà di iniziativa economica e protezione delle sfere soggettive delle persone (consumatori e imprese).

La ricostruzione della dottrina giuridica classica non assume, pertanto, una funzione meramente ricognitiva, ma risponde all'esigenza di chiarire le premesse teoriche che ancora oggi condizionano l'interpretazione dell'evoluzione europea. Solo attraverso tale passaggio è possibile verificare se l'attuale assetto regolatorio rappresenti la definitiva affermazione di uno dei modelli elaborati in passato ovvero, più radicalmente, il loro superamento mediante una nuova configurazione sistemica.

Ai fini della presente indagine, appare necessario precisare la nozione di risparmio cui si intende fare riferimento. Pur nella consapevolezza dell'assenza di una definizione unitaria nel diritto dell'Unione europea, tale lacuna non viene qui considerata come un mero limite del sistema, ma come espressione della natura pluralistica e dinamica degli interessi pubblici, la cui individuazione e rilevanza giuridica dipendono dalle modalità del loro impiego nel diritto positivo.

In questa prospettiva, l'analisi adotta una nozione operativa di risparmio riconducibile alla tradizione costituzionale italiana, nella quale esso si configura non soltanto come posizione soggettiva individuale, ma come valore di rilievo sistemico, idoneo a incidere sull'assetto della regolazione economica. Tale impostazione consente di utilizzare la tutela del risparmio come chiave interpretativa della disciplina europea delle crisi bancarie, valorizzandone al contempo la dimensione individuale e quella collettiva.

L'indagine si sviluppa secondo un approccio metodologico che combina analisi teorica e ricostruzione del diritto positivo, al fine di verificare se e in quale misura la categoria dell'influenza normativa degli interessi pubblici consenta di offrire una chiave interpretativa coerente della disciplina europea delle crisi bancarie[10].

2. La protezione costituzionale del risparmio nell'elaborazione della dottrina classica: modelli interpretativi e conflitto tra impostazioni pubblicistiche e privatistiche.

Tra le questioni di maggiore rilievo emerse nel dibattito della dottrina giuridica classica, almeno due appaiono decisive ai fini della presente indagine. La prima concerne la qualificazione della natura giuridica della tutela del risparmio, la quale, a seguito della sua positivizzazione nell'art. 47 Cost., è stata tradizionalmente ricondotta a una dimensione prevalentemente oggettiva[11]. Secondo tale impostazione, il risparmio non verrebbe in considerazione quale situazione soggettiva individuale meritevole di protezione diretta, bensì come interesse pubblico dotato di una funzione sistemica, strettamente connessa agli equilibri macroeconomici e, in particolare, alla stabilità monetaria[12]. In questa prospettiva, il significato del precetto costituzionale non si esaurisce nella mera conservazione statica di ricchezza[13], ma si proietta verso una concezione dinamica del risparmio, inteso quale eccedenza finanziaria suscettibile di alimentare il circuito del credito e di favorire l'espansione complessiva della ricchezza[14]. Ne deriva che la tutela ap-

10 Avevo già avanzato questa struttura concettuale sui rapporti tra sfera pubblica e sfera privata in D. Vese, *Pubblico e privato nella sfera economica: Cassa Depositi e Prestiti e la ricerca di una disciplina generale per il socio pubblico*, in *Riv. Dir. Banc.*, 1, 2023, pp. 561-597.

11 M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, pp. 125 ss.

12 F. Merusi, *Art. 47*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1980, pp. 153 ss., dove, secondo l'A., il risparmio nella struttura normativa della Costituzione ha un preciso significato: assegnare alla Repubblica il compito di promuovere la tutela dell'elemento principale in cui si traduce la liquidità, cui peraltro si connette il rapporto dicotomico risparmio/credito, ossia la moneta. Per ulteriori approfondimenti, si v. Id., *La posizione costituzionale della Banca centrale in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, pp. 1084 ss.; Id., *Art. 47*, in F. Capriglione – V. Mezzacapo (a cura di), *Codice commentato della banca*, Milano, 1990, pp. 22 ss.

13 Per una differente visione del risparmio, come riserva economica di tipo statico, si v. M. Mazziotti di Celso – G.M. Salerno (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, 2007, pp. 251 ss.

14 S. Ortino, *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, 1979, p. 144, secondo il quale la Repubblica incoraggia il risparmio soprattutto perché riconosce in questo la funzione fondamentale di

prestata dall'art. 47 Cost. non sarebbe riferita al risparmio in quanto valore autonomo, bensì alla sua funzione strumentale rispetto alla redistribuzione della proprietà e alla realizzazione degli obiettivi propri della Costituzione economica[15].

L'adozione di una simile chiave di lettura ha prodotto significative ricadute anche sul piano dell'ordinamento monetario, inducendo parte della dottrina a considerare il risparmio quale presidio contro fenomeni inflattivi e svalutativi, e dunque quale fattore di stabilizzazione dell'intero sistema economico[16]. In tale contesto si è sviluppata, in modo originale, la teoria dell'ordinamento bancario quale ordinamento speciale[17], caratterizzato da una disciplina derogatoria rispetto al diritto comune. L'attività creditizia, qualificata come funzione di interesse pubblico[18], verrebbe così sottratta alle ordinarie dinamiche concorrenziali e assoggettata a un regime pubblicistico volto alla protezione oggettiva del risparmio[19]. Ne discende una parziale assimilazione dell'intermediazione bancaria a un

---

ricchezza da destinare attraverso il sistema creditizio agli investimenti e, quindi, all'incremento della produzione. In termini non dissimili, si v. anche V. Spagnuolo Vigorita, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962, pp. 348 ss., il quale pone l'accento sul ruolo dello Stato per la direzione del sistema creditizio.

15 S. Baroncelli, *Art. 47*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, *cit.*, pp. 945 ss.

16 F. Merusi, *Art. 47*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *cit.*, pp. 156 ss., secondo il quale la norma costituzionale ha inteso proteggere il risparmio monetario perché esso sarebbe esposto al fenomeno negativo dell'inflazione. Per l'interpretazione della tutela costituzionale del risparmio come risorsa dinamica per il finanziamento delle attività economiche, si v. S. Baroncelli, *Art. 47*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *cit.*, pp. 960 ss.

17 M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1939, spec. pp. 722 ss. La visione dell'A. sull'art. 47 Cost. discende dalla sua teoria sull'ordinamento "sezionale" del credito, come esposta per la prima volta nell'opera qui citata, dove viene argomentata la natura speciale dello statuto giuridico della banca, molto vicina alla qualificazione di pubblico servizio, rispetto alla disciplina prevista dal diritto comune per le imprese private.

18 G. Vignocchi, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, 1968, pp. 33 ss. In passato, per questa tesi, si v. G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1920, pp. 411 ss.

19 M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1969, pp. 1 ss., a cui si deve un'importante opera di rilettura e riattualizzazione della teoria gianniniana dell'ordinamento *sezionale* del credito su almeno tre piani concettuali: *i*) l'assoggettamento del sistema creditizio ai pubblici poteri tramite funzioni di direzione e controllo; *ii*) l'accentuata pubblicizzazione del settore creditizio tramite molteplici istituti "in pubblico comando" e presenza di una disciplina pubblicistica incidente sull'autonomia privata degli intermediari; *iii*) l'organizzazione amministrativa incentrata su autorità creditizie.

servizio pubblico[20] e, coerentemente, l'adozione di un sistema di regolazione delle crisi improntato a logiche pubblicistiche e strutturalmente difforme rispetto alle procedure concorsuali ordinarie[21].

La seconda questione centrale riguarda il rapporto tra tutela del risparmio e libertà di iniziativa economica privata sancita dall'art. 41 Cost., con particolare riferimento alla previsione di una riserva di legge in favore del legislatore ordinario per la predisposizione di programmi e controlli finalizzati al perseguimento di fini sociali[22]. Il confronto dottrinale si è polarizzato attorno a due principali orientamenti. Secondo una prima impostazione, di matrice pubblicistica, la tutela del risparmio configurerebbe un vincolo costituzionale inderogabile, sottratto alla logica della riserva di legge di cui all'art. 41 Cost. A differenza di altre attività economiche, la cui sottoposizione a programmi e controlli pubblici è rimessa alla discrezionalità legislativa, l'intervento nel settore del risparmio sarebbe costituzionalmente imposto[23], in quanto espressione di un interesse pubblico essenziale e strutturale rispetto all'assetto economico-sociale delineato dalla Carta[24]. In termini ancor più radicali, si è ipotizzata la configurabilità di una vera e propria riserva di amministrazione[25], con conseguente attribuzione alla pubblica amministrazione di poteri regolatori primari in materia[26].

---

20 U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, pp. 155, 178 e 236, a cui si deve l'originale argomentazione sul concetto di pubblico servizio a prescindere dalla qualità – pubblica o privata – dei soggetti che svolgono l'attività e gli interessi dei membri della collettività. In modo adesivo, si v. G. Ruta, *Il risparmio nel sistema della legislazione bancaria*, Milano, 1965, pp. 94 ss.

21 L. Desiderio, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, Milano, 1981, pp. 1 ss.

22 Art. 41, co. 3, Cost., modificato dalla legge costituzionale n. 2 del 11 febbraio 2022 che ha incluso l'ambiente come ulteriore bene la cui tutela si fa finalità pubblica.

23 M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, *cit.*, pp. 22-23 e pp. 105 ss. Secondo l'A., tale affermazione implica che la tutela del risparmio e la direzione del credito debba essere effettuata tramite atti non legislativi, ossia atti di direzione, di alta amministrazione, amministrativi e normativi.

24 G. Pastori, *Il credito*, in *Arch. Ist. sc. amm. Pubb.*, Milano, 1962, p. 901.

25 F. Merusi, *Art. 47*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *cit.*, pp. 153 ss., secondo il quale, dato che l'interesse garantito dall'art. 47 Cost. impone la tutela del risparmio e demanda l'attuazione di tale compito alla Repubblica, ciò farebbe sorgere una riserva non a favore della legge, ma a favore, appunto, della pubblica amministrazione.

26 Per questa tesi, si v. A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, pp. 169 e 353, il quale sostiene che non può applicarsi la riserva di legge poiché la cura dell'interesse pubblico di cui all'art. 47 Cost. attribuita alla Repubblica è da intendersi come Stato-apparato e non solo come legislatore.

In senso opposto, la dottrina privatistica ha valorizzato la dimensione soggettiva del risparmio[27], ricostruendolo quale posizione giuridica individuale facente capo al risparmiatore[28], titolare di pretese tutelabili attraverso gli strumenti offerti dal diritto comune. In questa prospettiva, la riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost. assume il valore di principio cardine di ogni intervento di pianificazione normativa[29], quale garanzia della libertà di iniziativa economica privata. L'interesse pubblico di cui all'art. 47 Cost. non potrebbe, pertanto, determinare una compressione generalizzata o una sostanziale elisione della riserva di legge[30], pena la compromissione dell'equilibrio costituzionale tra libertà economica e fini sociali. Da tale angolo visuale, le ricostruzioni di impronta pubblicistica sono state oggetto di una critica incisiva, in quanto ritenute implicitamente orientate a riproporre assetti riconducibili alla legislazione bancaria degli anni Trenta[31], privi tuttavia di un adeguato fondamento nel vigente diritto costituzionale positivo e difficilmente compatibili con l'impianto pluralistico della Costituzione repubblicana[32].

L'analisi delle principali posizioni elaborate dalla dottrina classica mostra, in definitiva, come la tutela costituzionale del risparmio sia stata a lungo interpretata entro uno schema binario fondato sull'alternativa tra primato dell'interesse pubblico e centralità della dimensione soggettiva. Tale schema ha avuto il merito di chiarire le implicazioni sistematiche dell'art. 47 Cost., ma ha al contempo irrigidito il dibattito entro una logica oppositiva che tende a concepire pubblico e

---

27 G. Ferri, *Considerazioni preliminari sull'impresa bancaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1969, pp. 321 ss.; F. Capriglione, *La caratterizzazione operativa delle casse di risparmio ex art. 32 del t. u. del 1929*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1977, pp. 355 ss.; Id., *La cassa rurale nell'odierna realtà economica*, in *Coop. cred.*, 1979, pp. 475 ss.

28 Sulla ricostruzione della tutela del risparmiatore nel diritto bancario e finanziario, si v. A. Antonucci, *Le regole del mercato finanziario: la tutela del risparmiatore tra passato, presente e futuro*, in *Ianus Diritto e Finanza*, f. 4.

29 F. Galgano, *Art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *cit.*, pp. 11 ss.

30 R. Costi, *Il Testo unico del credito annotato con la redazione governativa*, Milano, 1994, p. XIV.

31 Per questa visione critica, si v. G. Gandolfi, *Legge bancaria e Costituzione*, in *Giur. it.*, 1975, pp. 1 ss.

32 R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: Storia e attualità dell'art. 47, in Banca impr. soc.*, 2018, pp. 397 ss., in cui l'A. critica la tesi di Merusi sulla riserva alla pubblica amministrazione e sostiene che l'art. 47 Cost. non dice nulla sullo strumento capace di imporre limiti alla libertà di impresa, ragion per cui si applicherebbe anche alle banche la riserva di legge fissata dall'art. 41, co. 3 Cost.

privato come sfere reciprocamente escludenti.

Proprio questa impostazione, tuttavia, rivela oggi i suoi limiti. L'evoluzione dell'ordinamento multilivello e, in particolare, la progressiva integrazione del diritto bancario europeo, mettono in discussione la tenuta di una contrapposizione fondata su modelli teorici elaborati in un contesto storico e istituzionale profondamente diverso dall'attuale. La regolazione contemporanea delle crisi bancarie sembra infatti sottrarsi alla rigida alternativa tra protezione sistemica e tutela individuale, mostrando piuttosto una tendenza alla compenetrazione e alla reciproca influenza delle due dimensioni.

Diviene allora necessario verificare se l'ordinamento dell'Unione europea abbia recepito uno dei paradigmi tradizionali ovvero se abbia dato luogo a una configurazione inedita della tutela del risparmio, nella quale l'interesse pubblico non si impone gerarchicamente sull'interesse privato, ma ne riorienta la struttura e le modalità di protezione. È a tale verifica che occorre ora rivolgere l'attenzione, spostando l'analisi dal piano della costruzione dogmatica interna a quello del diritto positivo europeo.

Tale esito non può tuttavia essere descritto nei termini di una semplice prevalenza di uno dei due paradigmi tradizionali. L'analisi del diritto positivo europeo mostra, piuttosto, come la regolazione bancaria dell'Unione operi attraverso strumenti che rendono progressivamente permeabili i confini tra dimensione pubblicistica e dimensione privatistica.

In particolare, meccanismi quali il *bail-in* e il principio del *no creditor worse off* evidenziano come la tutela della stabilità finanziaria – tradizionalmente ricondotta alla sfera dell'interesse pubblico – venga perseguita mediante l'incidenza diretta sulle posizioni soggettive dei privati, i quali sono chiamati a partecipare alla gestione del rischio sistemico. Al contempo, la protezione delle posizioni individuali non opera come limite esterno all'intervento regolatorio, ma contribuisce a definirne contenuti e modalità applicative.

Ne deriva che il diritto dell'Unione non si limita a scegliere tra i modelli elaborati dalla dottrina classica, ma li riorganizza all'interno di una logica funzionale, nella quale pubblico e privato cessano di configurarsi come categorie reciprocamente escludenti e divengono elementi interdipendenti nella costruzione dell'assetto normativo.

In questa prospettiva, il superamento della dicotomia pubblico/privato non può essere inteso come un semplice fenomeno di attenuazione dei confini tra le due sfere, ma richiede di essere ricostruito in termini dinamici.

La teoria dell'influenza normativa degli interessi pubblici consente, infatti, di cogliere come tali interessi – intesi quali forze immanenti all'ordine giuridico – incidano costantemente sul diritto positivo, mobilitando le norme e orientandone i contenuti al fine di renderli compatibili con la tutela delle sfere soggettive individuali e collettive.

Ne deriva una relazione di reciproca conformazione tra dominio pubblico e dominio privato: da un lato, la stabilità del sistema finanziario viene perseguita attraverso strumenti che incidono direttamente sulle posizioni dei risparmiatori; dall'altro, la tutela di tali posizioni contribuisce a definire contenuti e limiti dell'intervento regolatorio.

In tale quadro, il diritto dell'Unione europea non si limita a "superare" la dicotomia, ma ne promuove una progressiva riorganizzazione, fondata su processi di ibridazione e coevoluzione degli interessi che ne ridefiniscono la funzione sistematica.

3. L'emersione della dimensione soggettiva della tutela del risparmio nel diritto bancario dell'Unione europea

La ricostruzione del dibattito dottrinale tradizionale sin qui sviluppata, pur entro i limiti metodologici imposti dall'economia del presente lavoro, offre coordinate interpretative utili per orientare l'indagine verso il diritto positivo e per ridefinire l'assetto concettuale della tutela del risparmio nel mutato contesto giuridico europeo[33]. In tale prospettiva, un primo passaggio sistematico impone di verificare se, e a quali condizioni, l'ordinamento dell'Unione riconosca protezione a questo interesse pubblico. Sotto tale profilo, occorre rilevare che né nei Trattati né nelle altre fonti primarie dell'Unione è rinvenibile un espresso riferimento al risparmio; parimenti, la disciplina settoriale in materia di gestione delle crisi bancarie – in particolare la *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD)

33 In tal senso, si v. S. Dettori – A. Zito, *Risparmio (tutela del)*, in G. Greco – M.P. Chiti (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, pp. 1736 ss.; G. De Minico, *Esiste ancora l'interesse alla difesa del risparmio?*, in *Pol. dir.*, 2002, pp. 165 ss.

e il Single Resolution Mechanism Regulation (SRMR) – non offre indicazioni testuali significative circa una sua autonoma qualificazione giuridica.

L'assenza di una menzione esplicita potrebbe essere letta, in chiave sistematica, come indice dell'affermazione, a livello europeo, dell'impostazione soggettivo-privatistica emersa nella dottrina classica[34]. Tale evoluzione si colloca coerentemente nel più ampio contesto segnato dalla diffusione delle teorie economiche neoclassiche e, in particolare, dall'influenza dell'indirizzo neoliberale, che ha progressivamente valorizzato il ruolo allocativo del mercato e il principio di libertà dell'iniziativa economica quale criterio ordinatore dell'attività bancaria. In questa cornice teorica, l'intervento pubblico assume una funzione tendenzialmente correttiva e non strutturalmente sostitutiva delle dinamiche concorrenziali, con rilevanti implicazioni sul piano concettuale e sulla stessa configurazione dell'interesse tutelato[35].

Ne consegue che l'eventuale imposizione di programmi e controlli pubblici orientati al perseguimento di fini sociali può legittimamente incidere sull'operatività degli intermediari soltanto nei limiti tracciati dalla riserva di legge ordinaria – almeno con riferimento al sistema costituzionale italiano – e secondo un modello di regolazione compatibile con la libertà d'impresa[36]. Tale tendenza trova un significativo riscontro nell'evoluzione del diritto bancario dell'Unione, che ha progressivamente recepito una concezione della tutela del risparmio centrata sulla protezione delle posizioni soggettive individuali[37].

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, il settore creditizio europeo – unitamente a quello mobiliare e assicurativo – è stato infatti interessato da

---

34 Sulla concezione in chiave soggettivo-privatistica della tutela del risparmio, si v. G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Roma, 1999, pp. 62-63. Più recentemente, con ampi riferimenti al dibattito, si v. F. Zatti, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio*, *cit.*, pp. 1469 ss. Per l'analisi dell'evoluzione in senso soggettivo, si v. F. Guizzi, *La tutela del risparmio nella Costituzione*, in *Il Filangieri*, 2005, pp. 171 ss.

35 Per maggiori dettagli sull'affermarsi della visione concettuale di matrice neoclassica e neoliberale sulla disciplina dell'impresa pubblica, sia consentito rinviare, anche per i riferimenti alla letteratura, a D. Vese, *Pubblico e privato nella sfera economica: Cassa Depositi e Prestiti e la ricerca di una disciplina generale per il socio pubblico*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, pp. 561 ss.

36 Sull'applicabilità della riserva di legge all'interesse per la tutela del risparmio, si v. R. Costi, *L'ordinamento bancario*, *cit.*, pp. 234 ss.; G. Minervini, *Impresa bancaria e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, pp. 662 ss.; G. Colavitti, *Profili costituzionali della vigilanza bancaria. Autonomia dell'impresa bancaria e crisi di sistema*, in *Perc. cost.*, 2009, p. 147.

37 R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione*, *cit.*, p. 400.

un'intensa stagione di liberalizzazione e armonizzazione normativa[38]. Questo processo ha comportato un ridimensionamento dei tratti pubblicistici tradizionalmente riconnessi all'ordinamento bancario, favorendo l'estensione dell'applicazione delle regole di diritto comune e il consolidamento dei principi della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali e dei servizi finanziari nel mercato interno.

All'esito di tale trasformazione, si è progressivamente affermata l'idea che la tutela del risparmio debba rivolgersi primariamente al soggetto titolare dell'interesse, ossia al risparmiatore nella sua dimensione individuale. Sul piano normativo, ciò si traduce nell'estensione al risparmiatore – talora qualificato, a seconda del contesto regolatorio, come investitore[39] o consumatore[40] – dell'articolata disciplina europea volta a presidiare le asimmetrie informative e le disfunzioni del mercato finanziario[41]. Gli strumenti privilegiati di tale protezione sono rappre-

38 F. Zatti, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio*, *cit.*, pp. 1477 e 1479, il quale mette in luce la dimensione 'privatistica' del fenomeno.

39 *Ivi*, p. 1479, per il quale i risparmiatori si trasformano in "investitori" all'interno di un sistema economico fondato sulla libera circolazione dei capitali, con accesso alle varie tipologie di strumenti finanziari. Per ulteriori approfondimenti su tale assimilazione, si v. anche G.L. Greco, *La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di risoluzione delle banche*, in *Banca, impr. soc.*, 2016, pp. 89 ss. In passato, sulla questione, si v. A. Antonucci, *Frantumazione di regole e rimedi nel rapporto fra banca e investitore*, in *Banca Borsa e Tit. di Cred.*, 1, II, 2007, pp. 68 ss.

40 Per l'estensione delle fonti del Trattato della Comunità Europea (TCE) sulla tutela del consumatore al risparmiatore, si v. J. Ziller, *La tutela del risparmio tra obiettivi e competenze dell'Unione europea*, in *Dir. ec.*, 2008, pp. 21 ss. Inoltre, sempre per l'equiparazione consumatore/risparmiatore, si v. M. Giampieretti, *Commento all'art. 47 della Costituzione*, in S. Bartole – R. Bin (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 475 ss. In precedenza, per una prima ricostruzione, si v. L. Di Nella, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, pp. 181 ss.

41 Già in passato, la legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulle "disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari" ha recepito una simile tendenza dell'ordinamento europeo. Per uno sguardo critico, si v. l'opera collettanea curata da F. Capriglione, *La nuova legge sul risparmio. Profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Padova, 2006, pp. 1 ss.; e quella curata da A. Nigro – V. Santoro, *La tutela del risparmio*, Torino, 2007, pp. 1 ss.; sempre in senso critico, si v. G. Rossi, *La legge sulla tutela del risparmio ed il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. soc.*, 2007, pp. 1 ss. Per un'analisi interdisciplinare fra diritto ed economia su questa legge, si v. P. Abbadessa – F. Cesarini (a cura di), *La legge per la tutela del risparmio. Un confronto tra giuristi ed economisti*, Bologna, 2007, pp. 1 ss. Inoltre, nel settore finanziario, si v. B. Russo, *La tutela del consumatore nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari*, Bari, 2010, pp. 1 ss. Sulla tutela e i profili giurisdizionali, si v. il recente contributo di A. Tucci, *La tutela giurisdizionale effettiva del consumatore e il giudicato implicito*, in D. Longo (a cura di), *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, Riflessioni trasversali e transfrontaliere su titolo esecutivo e giudicato, Atti del Convegno (Foggia, 28 settembre 2022), Bari, 2023, pp. 69 ss.

sentati dall'imposizione di obblighi di trasparenza, correttezza e adeguatezza in capo agli intermediari, nonché dalla predisposizione di rimedi idonei a salvaguardare le posizioni soggettive lese[42].

Se l'analisi si sposta su un piano più ampio, assumono particolare rilievo le fonti di rango primario dell'Unione, le quali confermano la centralità della tutela del consumatore quale paradigma attraverso cui viene indirettamente inquadrata anche la protezione del risparmio[43]. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, all'art. 4[44], attribuisce all'Unione una competenza concorrente in materia di tutela dei consumatori; l'art. 114 del medesimo Trattato, nel disciplinare il ravvicinamento delle legislazioni funzionale al completamento del mercato interno[45], impone che le misure adottate si fondino su un elevato livello di protezione[46], rafforzando così la dimensione garantistica dell'intervento normativo europeo[47].

Tale orientamento trova ulteriore conferma nell'art. 169 TFUE, che colloca la tutela del consumatore tra gli obiettivi dell'azione dell'Unione, prevedendo misure volte a proteggerne la salute, la sicurezza e gli interessi economici, nonché a promuoverne il diritto all'informazione e all'educazione. A ciò si aggiunge la consacrazione del principio di protezione dei consumatori nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ne rafforza il rilievo sistematico nel quadro dei valori fondanti dell'ordinamento europeo.

---

42 Per un'approfondita ricostruzione di alcune fonti legislative settoriali del mercato finanziario e mobiliare, sia di matrice comunitaria che nazionale, poste a tutela del risparmiatore/investitore/consumatore, si v. F. Zatti, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio*, *cit.*, pp. 1480-1484. Più recentemente, per un inquadramento della disciplina europea sul risparmio, con un approfondimento sull'attività dell'ABE, si v. M.A. Stefanelli (a cura di), *La tutela del risparmiatore nell'ambito di azione dell'European Banking Autority*, Torino, 2017, pp. 1 ss.

43 Art. 4, par. 2, lett. *f*), TFUE.

44 Art. 2, par. 2, TFUE. Sul punto, si v. P. Craig, *EU Administrative Law*, *cit.*, p. 412, che osserva come la competenza concorrente sia la categoria generale residuale, poiché l'art. 4, par. 1, TFUE, prevede che l'Unione condivida la competenza con gli Stati membri quando i Trattati le conferiscono una competenza che non rientra nelle categorie di cui agli artt. 3 e 6 TFUE, che riguardano rispettivamente la competenza esclusiva, e quella in cui l'Unione si limita ad agire per sostenere, coordinare o integrare l'azione degli Stati membri.

45 Sull'amministrazione condivisa, per un approfondimento di carattere generale, si v. P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, 2018, pp. 16 ss.

46 Per le relazioni fra l'art. 95 TCE e la protezione del consumatore nel diritto europeo, resta fondamentale il lavoro di S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, 2005, pp. 5 ss.

47 Art. 114, par. 3, TFUE.

Nel complesso, il dato positivo sembra dunque confermare che, nell'ordinamento dell'Unione, la tutela del risparmio non si atteggia come interesse pubblico autonomamente tipizzato, bensì tende a essere assorbita entro la più ampia categoria della protezione del consumatore e dell'investitore, secondo una logica prevalentemente soggettivo-privatistica[48].

L'evoluzione del diritto bancario dell'Unione sembra dunque attestarsi, in prima approssimazione, su una valorizzazione della dimensione soggettiva della tutela del risparmio, ricondotta prevalentemente alla protezione del consumatore e dell'investitore nel contesto del mercato interno. Tuttavia, tale configurazione non esaurisce la complessità del fenomeno.

Se è vero che il paradigma soggettivo ha orientato in modo significativo l'armonizzazione normativa e la costruzione dell'Unione bancaria, è altrettanto evidente che la disciplina delle crisi – segnatamente attraverso i meccanismi di *bail-in* e di distribuzione delle perdite – continua a essere profondamente informata da esigenze di stabilità sistemica che trascendono la mera protezione individuale. Ne deriva una tensione strutturale tra responsabilizzazione del risparmiatore e salvaguardia dell'equilibrio complessivo del sistema finanziario, tensione che non può essere risolta mediante la semplice affermazione della prevalenza di uno dei due poli.

L'ordinamento europeo del credito mostra, piuttosto, i tratti di una configurazione ibrida, nella quale la tutela del risparmio non viene né assorbita integralmente nella logica del mercato né ricondotta a un interesse pubblico astrattamente sovraordinato. Essa si manifesta come principio operante su più livelli, capace di interagire con la disciplina della stabilità finanziaria e di influenzarne le modalità di attuazione.

È proprio in questa zona di intersezione – dove la distinzione tradizionale tra pubblico e privato appare progressivamente erosa – che si colloca la necessità di una diversa chiave interpretativa, idonea a spiegare la coesistenza e la reciproca trasformazione degli interessi coinvolti nella regolazione delle crisi bancarie.

48 Art. 38, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza), 18.12.300, (2000/C 364/01), secondo cui "[n]elle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori".

4. Oltre la contrapposizione pubblico/privato: la trasformazione della tutela del risparmio tra convergenza e coevoluzione degli interessi

Alla luce della teoria dell'influenza normativa degli interessi pubblici, tale principio non si limita a descrivere un valore dell'ordinamento, ma agisce come fattore di conformazione del diritto positivo, mobilitando le norme e orientandone l'applicazione.

Sotto un primo profilo, esso opera come criterio interpretativo, consentendo di selezionare, tra le possibili letture delle disposizioni in materia di crisi bancarie, quelle maggiormente idonee a garantire un equilibrio tra stabilità finanziaria e tutela delle sfere soggettive delle persone (consumatori e imprese).

Sotto un secondo profilo, esso assume rilievo quale parametro di valutazione della legittimità delle misure di risoluzione, incidendo sulla verifica della proporzionalità, della ragionevolezza e della non discriminazione degli interventi che comportano il coinvolgimento dei risparmiatori.

In tal senso, l'interesse alla tutela del risparmio contribuisce a conformare non solo il contenuto delle norme, ma anche le modalità di esercizio dei poteri pubblici, collocandosi al crocevia tra dimensione sistemica e dimensione soggettiva della regolazione bancaria.

Ciò consente anche di superare una lettura meramente redistributiva del *bail-in*, restituendolo alla sua dimensione di strumento giuridico di allocazione regolata del rischio.

Eppure, se si guarda all'attuale scenario giuridico ed economico, emerge con chiarezza come l'attuale configurazione della regolazione europea in materia di crisi bancarie risulti profondamente permeata da logiche di matrice neoliberale[49] e rifletta una concezione della tutela del risparmio prevalentemente ancorata alla sua dimensione soggettivo-privatistica[50]. Una parte autorevole della dottrina ha evidenziato come la tradizionale dicotomia tra interesse pubblico e interesse

49 Per questa visione della disciplina europea di regolazione delle crisi bancarie, si v. M. Rabitti, Bail-in *e tutela del risparmio*, *cit.*, spec. pp. 155-156.

50 Per una analisi critica circa l'affermarsi della visione soggettiva della tutela del risparmio nella disciplina europea, con particolare riferimento alla inadeguatezza degli strumenti di informazione ed educazione finanziaria, si v. M. Passalacqua, *Per una regolazione bancaria che «incoraggia e tutela il risparmio»*, *cit.*, pp. 526 ss.

privato[51] – e la correlata distinzione tra tutela oggettiva e tutela soggettiva del risparmio – abbia inciso sulle scelte del legislatore europeo[52], orientandolo verso strumenti di protezione fondati su meccanismi di *private enforcement*[53]. In tale cornice regolamentare, la salvaguardia della fiducia dei risparmiatori nel sistema bancario è affidata, in misura significativa, alla previsione di responsabilità per violazione degli obblighi di condotta gravanti sugli intermediari, con conseguente attivazione di rimedi risarcitori destinati alla reintegrazione delle posizioni patrimoniali danneggiate[54].

Ulteriori conferme di questa tendenza si rinvengono nella disciplina del *bail-in*, che consente l'assoggettamento alle perdite di azionisti[55], detentori di strumenti subordinati e depositanti per la parte eccedente la soglia di garanzia stabilita *ex lege*[56]. Il principio, codificato nella BRRD e nel SRMR, legittima infatti l'imposizione coattiva di sacrifici patrimoniali secondo una logica di responsabi-

---

51 M. Rabitti, Bail-in *e tutela del risparmio*, *cit*., p. 168.

52 Il riferimento è principalmente alla direttiva MiFID II, 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari. Sull'argomento, si v. R. Natoli, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto "di risparmio"*, in *I Contratti*, 2010, pp. 67 ss.

53 Sull'argomento del *public* e *private enforcement*, per alcuni rilievi critici, sia permesso il rinvio a D. Vese, *Judicial Review of the NCA's Decisions: Some Problematic Aspects of the EU Damages Directive in the Context of Italian Law*, in *Eur. publ. law.*, 2020, pp. 961 ss.; nonché, Id., *Pienezza della giurisdizione e limiti del sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'autorità* antitrust *alla luce della normativa europea e italiana sul* private enforcement, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 2019, pp. 347 ss.

54 M. Rabitti, Bail-in *e tutela del risparmio*, *cit*., pp. 168-169, la quale acutamente sottolinea come "solo consentendo all'investitore di tornare alla situazione antecedente l'investimento, non si pregiudica la fiducia nel mercato e si tutela il risparmio".

55 Per l'equiparazione dello strumento del *bail-in* ad un procedimento ablatorio si v. S. Amorosino, *Individuazione e tutela dell'interesse pubblico nelle crisi bancarie*, *cit*., pp. 173-174, che chiarisce che non si tratta tanto di una espropriazione, sebbene gli effetti, specie nei confronti dei risparmiatori (*i.e.* depositanti), siano gli stessi.

56 M. Passalacqua, *Per una regolazione bancaria che «incoraggia e tutela il risparmio»*, *cit*., p. 537, la quale mette in luce il sacrificio dell'interesse pubblico alla tutela del risparmio che deriverebbe dal *bail-in*, sebbene tale interesse sia protetto da una norma costituzionale. Inoltre, sui difficili rapporti tra *bail-in* e protezione del risparmio e della sfera patrimoniale dei risparmiatori/investitori, vi sono le opposte visioni della dottrina pubblicistica e privatistica. Si v. S. Amorosino, *Individuazione e tutela dell'interesse pubblico nelle crisi bancarie*, in V. Troiano – G.M. Uda (a cura di), *La gestione delle crisi bancarie*, *cit*., p. 175, in cui l'A. sostiene che l'art. 47 Cost. protegge non solo i piccoli risparmiatori, ossia i depositanti con una sfera patrimoniale al di sotto della soglia *ex lege* (100.000 euro) per l'applicazione del *bail-in*, ma anche i detentori di titoli di deposito oltre tale limite legale. *Contra*, cfr. G. Guizzi, *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*, *cit*., pp. 745 ss.

lizzazione degli investitori e di internalizzazione dei costi della crisi. Tale meccanismo rappresenta un indicatore emblematico del mutamento di paradigma che ha interessato l'ordinamento europeo del credito: l'interesse pubblico non si colloca più in contrapposizione frontale rispetto alla sfera privata, ma si intreccia con essa in un processo di progressiva "contaminazione"[57].

Alla luce della teoria dell'influenza normativa degli interessi qui proposta, l'attuale assetto può essere letto, allora, come il risultato di una dinamica di reciproca "ibridazione" tra istanze pubblicistiche e privatistiche[58], funzionale alla costruzione di un modello regolatorio capace di coniugare stabilità sistemica ed effettività della salvaguardia delle sfere soggettive delle persone (consumatori e imprese)[59].

Sul piano dogmatico, l'istituto del *bail-in* esprime con particolare evidenza la forza conformativa assunta dall'interesse pubblico nella sua declinazione soggettiva: la disciplina europea coinvolge direttamente le posizioni patrimoniali dei risparmiatori, trattandole – secondo una prospettiva non esente da critiche[60] –

---

57 È autorevole la visione di H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, *in Riv. inter. fil. dir., 1924*, pp. 340, secondo cui "l'antitesi tra diritto privato e diritto pubblico costituisc[e], per così dire, la spina dorsale dell'intera sistematica della teoria del diritto", ma al contempo, non esita a ritenere "assolutamente impossibile […] una rappresentazione, anche soltanto approssimativamente unitaria, di ciò che in generale s'intende con la distinzione. Sempre Kelsen denuncia che "[q]uesto dualismo, logicamente insostenibile, non ha carattere teorico, ma soltanto ideologico", essendo funzionale a non a confinare "due campi giuridici differenti per configurazione tecnica", bensì due ambiti in diversa misura e maniera soggetti alla legge, alla volontà popolare"; cfr. in tal senso, Id., *La dottrina pura del diritto*, 1960, trad. it. M.G. Losano (1966), rist. 1990, pp. 314 ss.

58 Sul punto, tuttavia, per un'interessante considerazione critica alla mia impostazione concettuale, si v. A. Magliari, *Recensione a Donato Vese, Gli interessi pubblici nelle crisi bancarie. Per una nuova analisi giuridica dell'ordinamento europeo del credito, Cedam, Padova, 2024*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2024, pp. 308 ss., ma sul punto spec. pp. 311-312.

59 In questa prospettiva, si v. G. Pastori (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, pp. 3 ss., in cui l'A. considera il potere pubblico come "mezzo di composizione unilaterale di posizioni ed interessi sostanziali". Sul punto, Id., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimenti accordi e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, p. 1309, secondo cui la disciplina del procedimento amministrativo è un esempio di come "si possa perseguire il fine pubblico, pur nell'ambito dell'attività amministrativa vincolata, ad opera dei soggetti privati". Ciò, inoltre, dimostra come nel caso concreto l'attore economico e il terzo controinteressato dall'iniziativa economica del primo, titolari entrambi di interessi privati, concorrano a "misurarne e definirne la coerenza con l'interesse pubblico".

60 F. Capriglione, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logica di mercato*, in V. Troiano – G.M. Uda (a cura di), *La gestione delle crisi bancarie, cit.*, p. 44. Per ulteriori rilievi critici, si v. M.M. Semeraro, *Rischio d'impresa bancaria e discipline recenti*, in *Giust. civ.*, 2016, pp. 849 ss., la quale pone enfasi sull'equivoco di fondo alla base della logica del *bail-in*, quando ad essere sottoposto alle perdite è un soggetto con un basso profilo di rischio come nel caso degli obbligazionisti subordinati.

come strumenti di incentivo alla disciplina di mercato e alla corretta gestione del rischio da parte degli intermediari[61]. In questa prospettiva, la disciplina della BRRD[62] si inscrive in una matrice regolativa orientata alla prevenzione del rischio sistemico[63], coerente con un modello di mercato bancario strutturalmente dominato da operatori privati[64].

Il conseguente ridimensionamento dell'intervento pubblico diretto comporta che il sostegno statale assuma carattere residuale e sussidiario[65], attivabile solo dopo il previo coinvolgimento del settore privato attraverso il meccanismo del *burden sharing*. L'assorbimento delle perdite da parte del capitale e del debito subordinato costituisce, in questa logica, il presupposto per interventi ulteriori, nel rispetto del principio dell'istituto del *no creditor worse off*[66], volto ad assicurare che nessun creditore subisca un trattamento peggiore rispetto a quello che avrebbe ricevuto in caso di liquidazione ordinaria[67]. Tale principio, pur non eliminando il sacrificio imposto ai risparmiatori, rappresenta un significativo strumento di bilanciamento rispetto alla preminenza dell'obiettivo di stabilità finanziaria.

In questo contesto, si è autorevolmente sostenuto che l'ordinamento europeo del credito non protegga il risparmio in via diretta, bensì quale effetto mediato della finalità primaria di garantire l'efficienza e la stabilità del mercato finan-

---

61 Si v. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile: un'analisi economico-giuridica*, Milano, 2015, pp. 50 ss.

62 Cfr. BRRD, *Considerando* 67.

63 F. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logica di mercato*, *cit.*, pp. 772 ss., il quale mostra la deprecabile latitudine della discrezionalità amministrativa di cui godono le autorità di risoluzione su profili procedurali e organizzativi dell'istituto di *resolution*.

64 M. RABITTI, Bail-in *e tutela del risparmio*, *cit.*, p. 158.

65 Il riferimento è al lavoro di M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.

66 Il principio del *no creditors worse off* è esemplificato molto bene dalla disciplina italiana, art. 22, co. 1, lett. *c*), d.lgs. n. 180/2015, di recepimento della BRRD, dove è previsto che "nessun azionista e creditore subisce perdite maggiori di quelle che subirebbe se l'ente sottoposto a risoluzione fosse liquidato, secondo la liquidazione coatta amministrativa".

67 Si v. D. ROSSANO, *Tutela del risparmio e regolazione delle crisi bancarie*, in *Dir. pubbl. eur. (rass. online)*, 2018, pp. 1 ss., il quale sostiene che la salvaguardia della stabilità finanziaria è funzionale alla tutela del risparmio e pertanto, quand'anche la lesione del secondo interesse sia necessaria per il primo, comunque il principio del *no creditors worse off* garantisce che l'autorità di risoluzione non applichi trattamenti peggiori di quelli che sarebbero applicati con l'ordinaria procedura d'insolvenza.

ziario[68]. Il perseguimento di tale obiettivo può tuttavia implicare il coinvolgimento degli stessi risparmiatori nel ripianamento delle perdite bancarie, secondo una logica che privilegia la continuità dell'intermediario e la tenuta sistemica[69]. Ciò testimonia lo spostamento dell'asse regolatorio verso modelli di vigilanza ispirati a criteri macroprudenziali, nei quali l'interesse pubblico opera come fattore di conformazione preventiva del rischio[70].

L'evoluzione descritta ha riaperto il dibattito circa la possibile applicazione della dottrina dei controlimiti[71], come elaborata dalla Corte costituzionale[72], quale strumento di salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento interno rispetto a norme europee eventualmente lesive di valori costituzionali[73]. Il tema assume rilievo anche alla luce del riparto di competenze delineato dall'art. 117 Cost., come riformato nel 2001[74], nonché del principio di conformazione dell'ordinamento interno al diritto dell'Unione, sancito dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e recepito a livello costituzionale[75].

---

68 R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione*, *cit.*, p. 402.

69 Per le perplessità sulla bontà di un sistema che tutela i risparmiatori tramite la regolazione dei rischi macroprudenziali, si v. M. Passalacqua, *Per una regolazione bancaria che «incoraggia e tutela il risparmio»*, *cit.*, pp. 534-535.

70 Sui modelli di vigilanza, in passato, valgono le lucide osservazioni di A. Antonucci, *La vigilanza bancaria nell'Unione Europea: fra cooperazione e metodo "Lamfalussy"*, in *Studi in onore di Pietro Schlesinger*, V, Milano, 2004, pp. 3185 ss.

71 Sulla teoria dei controlimiti si v. M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, pp. 63 ss.

72 Cfr. Corte Cost., sent. n. 228/2010; Corte Cost., n. 283/2014; Corte Cost., n. 111/2017.

73 La dottrina italiana che si è occupata della tutela costituzionale del risparmio con riferimento alla disciplina BRRD/SRMR di regolazione delle crisi bancarie è piuttosto divisa. Per le posizioni contrarie all'applicazione dei controlimiti, si v. R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione*, *cit.*, pp. 398-399, secondo cui la tutela del risparmio non può farsi rientrare tra i "principi supremi" dell'ordinamento italiano, tale per cui l'art. 47 Cost. non possa soffrire limitazioni ad opera delle norme europee. In favore, si v. F. Salmoni, *Stabilità finanziaria, Unione Bancaria europea e Costituzione,* Milano, 2019, pp. 334 ss.; O.M. Pallotta, *La tutela del risparmio quale controlimite all'applicazione delle norme europee in materia di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Italian papers on federalism*, 2021, pp. 37 ss.; sembrerebbero a favore anche F. Scuto, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica*, *cit.*, pp. 185 ss.; C. Pagliarin, *Le radici costituzionali della tutela del risparmio*, in *Banca impr. soc.*, 2021, p. 49; C. Buzzacchi, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 cost. e funzioni della banca centrale europea*, *cit.*, p. 93.

74 R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione*, *cit.*, p. 398.

75 Per una critica alle limitazioni imposte all'ordinamento del credito interno per via dell'affermarsi dei principi della Costituzione economica europea sulla Costituzione dei diritti fondamentali, si v. A. Clini, *Sovranità della persona nelle determinanti della tutela del risparmio*, *cit.*, pp. 373 ss., in cui l'A. argomenta come le radici giuridiche del concetto di risparmio male si concilino con la limitazione della sovranità nazionale nel settore del credito. Per una

Nondimeno, appare riduttivo considerare recessivo l'interesse alla tutela del risparmio rispetto all'interesse per la stabilità finanziaria. Al contrario, si può cogliere una progressiva emersione della rilevanza normativa per la protezione del risparmio all'interno dell'Unione bancaria, come dimostrano tanto la centralità riconosciuta alla tutela dei depositanti quanto l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Emblematica, in tal senso, è la pronuncia resa nel caso *Banco Santander*[76], nella quale la Corte ha valorizzato la tutela del risparmio quale criterio orientativo nel bilanciamento tra interessi coinvolti nella gestione delle crisi. Analogamente, nella causa Lettonia/Svezia in materia di sistemi di garanzia dei depositi, è stata sottolineata la forza normativa dell'interesse alla tutela della sfera soggettiva patrimoniale dei consumatori quale elemento strutturale dell'architettura europea[77].

Alla luce di tali sviluppi, una netta dicotomia tra pubblico e privato si rivela inadeguata e comunque insufficiente a cogliere la varietà e complessità dell'ordinamento europeo del credito. L'approccio qui proposto, a partire dalla teoria dell'influenza normativa, consente di leggere la tutela del risparmio come il risultato di un processo dinamico di scomposizione e ricomposizione dell'interesse pubblico in quello privato e viceversa, nel quale la dimensione individuale e collettiva si intrecciano reciprocamente divenendo elementi "comuni" di un medesimo bene giuridico salvaguardato dall'ordinamento del credito. Il risparmio, radicato originariamente nella sfera privata del risparmiatore, viene progressiva-

---

ricostruzione originale del risparmio come valore giuridico che preordina e indirizza l'autorità pubblica di vigilanza nel senso della massimizzazione del godimento dei diritti delle persone, si v. R. Calderazzi, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, 2018, pp. 1 ss. Sul punto resta fondamentale, G. Guarino, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 21-64.

76 CGUE, 5 maggio 2022, causa C-410/20, *Banco Santander (Résolution bancaire Banco Popular)*, par. 35. Secondo la Corte, le disposizioni della BRRD sulla disciplina delle crisi devono essere interpretate coerentemente con la direttiva n. 59/2014 che istituisce il terzo pilastro, tuttora *in fieri*, sulla protezione del risparmio. Secondo la Corte, la procedura di risoluzione deve prendere di mira due principali obiettivi: la stabilità del sistema finanziario e la protezione del risparmio. Il primo impone di usare "gli strumenti di risoluzione […] solo quando ciò risulta necessario per perseguire l'obiettivo della stabilità finanziaria nell'interesse generale". Il secondo, quando il ricorso alla procedura ordinaria di insolvenza "nuoccia alla tutela dei depositanti".

77 CGUE, 7 settembre 2023, causa C-822/21, *Conclusioni dell'Avv. Gen.*, parr. 66-67, secondo cui "la stabilità del sistema bancario è ricercata, anzitutto, attraverso la garanzia dei depositi, che mira ad evitare i massicci ritiri di somme depositate presso gli enti bancari". In quest'ottica, inoltre, "la stabilità del sistema bancario e la tutela dei depositanti" operano sinergicamente "perseguendo e creando un vincolo di solidarietà tra gli enti creditizi".

mente riarticolato nella sfera pubblica in funzione di esigenze sistemiche della collettività, senza tuttavia perdere la propria autonomia soggettiva quale istanza propria della sfera delle persone (consumatori e imprese).

In questa prospettiva evolutiva, la selezione e il bilanciamento degli interessi coinvolti nella regolazione delle crisi bancarie devono essere condotti in modo concreto e contestualizzato, evitando gerarchie aprioristiche e valorizzando la duplice valenza – oggettiva e soggettiva – riconosciuta dall'art. 47 della Costituzione italiana. La tutela dell'interesse al risparmio, lontano dall'essere riducibile a una sola delle sue dimensioni – privatistica o pubblicistica – si configura allora come interesse a struttura complessa, capace di operare quale criterio integrativo e conformativo del sistema bancario.

Proprio in tale interazione si coglie la possibilità di un rafforzamento sistemico della protezione del risparmiatore: l'assimilazione, nel diritto dell'Unione, alla figura del consumatore o dell'investitore non implica un depotenziamento della garanzia costituzionale, ma può tradursi – se interpretata coerentemente – in un ampliamento degli strumenti di tutela legale, attraverso l'imposizione di obblighi informativi e comportamentali ormai stabilmente radicati nella regolazione europea dei mercati bancari e finanziari.

L'analisi svolta consente dunque di cogliere come la disciplina europea delle crisi bancarie non si limiti a combinare elementi pubblicistici e privatistici, ma operi attraverso una loro trasformazione reciproca. Il risparmio non è più concepito esclusivamente come interesse collettivo da tutelare mediante l'intervento autoritativo dello stato e delle autorità amministrative, né soltanto come posizione soggettiva privata da proteggere attraverso i soli strumenti negoziali del mercato: esso diviene piuttosto il punto di intersezione tra logiche sistemiche e diritti individuali, assumendo una funzione strutturalmente mediatrice all'interno dell'ordinamento multilivello.

In tale configurazione, l'interesse pubblico non precede né annulla l'interesse privato, ma ne condiziona la forma giuridica, influenzando la distribuzione dei rischi, la definizione degli obblighi degli intermediari e le modalità di gestione della crisi e del dissesto. Allo stesso tempo, le sfere soggettive dei risparmiatori non costituiscono un mero limite esterno all'azione regolatoria e amministrativa, bensì partecipano alla determinazione del contenuto delle regole, orientandone

l'assetto verso criteri di proporzionalità, trasparenza e bilanciamento.

Ne risulta un paradigma nel quale la distinzione tradizionale tra pubblico e privato non viene semplicemente attenuata, ma progressivamente ricomposta entro una logica dinamica di influenza e coevoluzione. È su questo terreno che la tutela del risparmio rivela la propria natura di interesse a struttura complessa, capace di attraversare livelli normativi differenti e di incidere sulla stessa architettura della regolazione bancaria europea.

Proprio tale trasformazione impone, in conclusione, una riflessione sistematica volta a chiarire le implicazioni dogmatiche di questo processo e a verificare se esso rappresenti un mutamento contingente o l'emersione di un nuovo criterio ordinatore del diritto dell'economia nell'Unione europea.

5. Conclusioni

L'analisi condotta dimostra che l'interesse alla tutela del risparmio non può essere interpretato come categoria statica, né come mero limite esterno alla libertà economica, ma deve essere compreso quale principio dinamico di organizzazione del sistema creditizio europeo. La sua funzione non si esaurisce nella protezione di singole posizioni soggettive, né si riduce alla salvaguardia astratta della stabilità macroeconomica: essa opera, piuttosto, come criterio conformativo dell'assetto normativo delle crisi bancarie.

In primo luogo, l'analisi del dibattito dottrinale classico ha mostrato come la contrapposizione tra dimensione pubblicistica e dimensione privatistica della tutela del risparmio abbia costituito per lungo tempo la chiave interpretativa dominante nella ricostruzione dell'art. 47 Cost. Tale dicotomia, tuttavia, si rivela oggi strutturalmente inadeguata a spiegare l'evoluzione dell'ordinamento multilivello, nel quale l'interesse al risparmio non opera più secondo una rigida logica di alternativa tra primato della stabilità sistemica e centralità della posizione individuale del risparmiatore, ma si manifesta attraverso un intreccio dinamico di funzioni e livelli di tutela.

In secondo luogo, l'esame del diritto positivo europeo – e in particolare della disciplina della risoluzione bancaria contenuta nella BRRDe nel SRMR – ha evidenziato come l'ordinamento dell'Unione non ignori l'interesse alla tutela del risparmio, bensì lo riconfiguri entro una grammatica regolatoria incentrata

sulla responsabilizzazione dei soggetti privati e sull'internalizzazione dei costi della crisi. Il meccanismo del *bail-in* e il principio del *no creditor worse off* costituiscono, in questa prospettiva, strumenti emblematici di un paradigma nel quale la protezione del risparmio non si traduce in immunità dal rischio, ma in disciplina del rischio medesimo secondo criteri di proporzionalità, prevedibilità e trasparenza.

Tale evoluzione non implica, tuttavia, un arretramento dell'interesse pubblico, bensì la sua trasformazione. L'interesse alla stabilità finanziaria e quello alla tutela del risparmio non si collocano in un rapporto di reciproca esclusione, ma si compenetrano all'interno di un modello regolatorio che assume la prevenzione del rischio sistemico quale presupposto per la salvaguardia delle posizioni individuali. In questo senso, la stabilità non rappresenta un valore alternativo rispetto alla protezione del risparmiatore, ma ne costituisce una condizione strutturale di possibilità.

La teoria dell'influenza normativa degli interessi pubblici, proposta nel presente contributo, consente di leggere tale trasformazione in termini non meramente descrittivi, bensì dogmaticamente fondati. Essa muove dall'assunto che l'interesse pubblico non operi esclusivamente quale criterio esterno di limitazione delle libertà individuali, ma sia in grado di incidere sul momento genetico della formazione del valore giuridico tutelato. Nel caso del risparmio, ciò significa riconoscere che l'interesse collettivo alla sua protezione non annulla la dimensione soggettiva del risparmiatore, ma la riarticola e la ricompone in una configurazione più complessa, nella quale la posizione individuale diviene al contempo presupposto e risultato della tutela sistemica.

Sotto questo profilo, il progressivo superamento della dicotomia pubblico/privato non comporta la dissoluzione delle categorie tradizionali, bensì la loro riconfigurazione funzionale. L'interesse pubblico non si afferma più come istanza gerarchicamente sovraordinata, destinata a comprimere l'autonomia privata, ma come fattore di integrazione che orienta la disciplina delle crisi bancarie verso un equilibrio evolutivo tra efficienza del mercato, stabilità finanziaria e protezione delle posizioni soggettive.

In tale quadro multilivello, assume rilievo anche il dialogo tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione. La prospettiva dei controlimiti, come elabo-

rata dalla Corte costituzionale, non deve essere intesa quale strumento di contrapposizione sistematica rispetto al diritto europeo, bensì come presidio estremo dei principi fondamentali dell'ordinamento. Al contempo, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha progressivamente riconosciuto una crescente rilevanza alla tutela dei depositanti e alla protezione degli interessi economici individuali, contribuendo a consolidare un assetto nel quale l'integrazione tra livelli normativi si realizza attraverso un processo di reciproca influenza piuttosto che mediante logiche di conflitto.

L'art. 47 Cost., nel prevedere che la Repubblica tutela il risparmio "in tutte le sue forme", offre una base costituzionale particolarmente adeguata ed efficace a sostenere tale lettura integrata. La disposizione esprime una forza normativa che non si esaurisce né nella dimensione macroeconomica né in quella meramente individuale, ma si proietta su entrambe, imponendo al legislatore e all'interprete un costante bilanciamento tra esigenze sistemiche e diritti soggettivi. In un contesto europeo caratterizzato da interdipendenza finanziaria e da complessità regolatoria, questa duplice valenza appare ancor più significativa.

Le conclusioni cui si perviene impongono, pertanto, una lettura tutt'altro che riduttiva della disciplina europea delle crisi bancarie quale mera espressione del paradigma neoliberale/ordoliberale orientato alla minimizzazione dell'intervento pubblico in economia. Piuttosto, esse suggeriscono di interpretare l'evoluzione dell'Unione bancaria come il risultato di un processo di coevoluzione normativa, nel quale interessi pubblici e interessi privati si influenzano reciprocamente, generando modelli di tutela ibridi e funzionalmente integrati.

In definitiva, la regolazione europea delle crisi bancarie non segna un arretramento della tutela del risparmio, bensì la sua trasformazione in un interesse a struttura normativa complessa, capace di operare simultaneamente come criterio di disciplina del mercato e come strumento di protezione delle sfere individuali. È in questa tensione dinamica – e non nella rigida contrapposizione tra pubblico e privato – che a me pare si possa collocare la chiave interpretativa più adeguata a comprendere la traiettoria evolutiva dell'ordinamento europeo del credito.

In questa prospettiva, la qualificazione della tutela del risparmio come interesse a struttura complessa consente di riconsiderare in termini unitari tensioni

che, nel dibattito tradizionale, sono state spesso ricondotte a una netta contrapposizione tra interessi pubblici e interessi privati.

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

Costanza Nicolosi
Rtt in diritto amministrativo, Università Mercatorum
costanza.nicolosi@unimercatorum.it

Oltrepassare Eboli: considerazioni (di costituzionalità e di effettività) sul divario inter-regionale in ambito sanitario e la "promessa" di superarlo attraverso la telemedicina

Going past Eboli: some (constitutional) considerations on the (effectiveness of the) "promise" to close the Italian inter-regional healthcare gap through telemedicine

Sintesi

Il contributo svolge alcune considerazioni sul divario inter-regionale in ambito sanitario. Preliminarmente, l'articolo affronta il tema del divario sanitario, *sia* in riferimento al disegno costituzionale applicabile alla tutela della salute, *sia* in termini di *effettività* della tutela. Vengono, successivamente, considerati alcuni recenti sviluppi normativi in materia di telemedicina. Infine, si svolgono alcune considerazioni sul possibile impatto della telemedicina sulle problematiche presentate in apertura, ovvero: l'effettiva portata dell'autonomia organizzativa delle Regioni e la promessa della telemedicina di rivelarsi uno strumento per superare il divario sanitario, ovvero per assicurare l'effettività della tutela della salute, in modo uniforme, nel territorio nazionale.

Abstract

The essay deals with Italian territorial gaps in healthcare. First, it assesses territorial gaps with reference to *both*, constitutional mandate, *and* actual guarantee. Afterwards, the essay analyzes some recent legal developments in e-health (telemedicine). Lastly, it draws some conclusions on the potential effects of e-health on the issues previously analyzed, *i.e.*: the actual scope of Italian Regions' organizational autonomy and telemedicine's promise to close territorial gaps, and therefore guarantee actual and uniform healthcare throughout the country.

Parole chiave: Divario sanitario – Telemedicina – Regionalismo – Sussidiarietà – Eguaglianza
Keywords: Inter-regional health gaps – Telemedicine – Regionalism – Subsidiarity – Equality

Indice: 1. Tutela della salute e (dis)eguaglianze territoriali. – 2. L'essenzialità dei LEA (tra effettività della tutela e principio autonomistico). 3 – "Misurare" il divario sanitario: il monitoraggio dei LEA. – 4. Tutela

della salute e tendenze accentratrici. – 5. Segue, (ulteriori) tendenze accentratrici: Piani di rientro sanitari e (dis)eguaglianze territoriali. – 6. L'effettività della tutela e il (mancato) ruolo della programmazione. – 7. La "promessa" della telemedicina (e la sua progressiva integrazione nel sistema sanitario nazionale). – 8. Telemedicina e tendenze accentratrici. – 9. Telemedicina e (dis)eguaglianze territoriali.

È in ogni caso miglior politica non promettere nulla e non far
sperare in alcuna cosa che non si possa fare seriamente.
Troppo abituato è il Mezzogiorno a questo triste inganno
delle promesse mai mantenute.

Francesco Saverio Nitti, Seduta dell'Assemblea
costituente del 16 luglio 1946.

1. Tutela della salute e (dis)eguaglianze territoriali

La Costituzione repubblicana qualifica la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività. Tale tutela rappresenta uno dei più significativi tratti di discontinuità rispetto al precedente periodo liberale e costituisce il presupposto – semantico, prima ancora che giuridico – dello Stato sociale che la Carta si propone di realizzare[1], ovvero uno degli "strumenti" attraverso cui la Repubblica realizza il mandato costituzionale dell'eguaglianza sostanziale[2].

1 Come noto, l'ispirazione si deve al piano Beveridge, su cui D. Benassi, *Father of the Welfare State? Beveridge and the Emergence of the Welfare State*, in *Sociologica*, 3/2010, 3 ss., (in cui l'A. sottolinea il cambiamento – intervenuto a metà del XX secolo – nel modo di intendere la povertà e la mancanza di sicurezza sociale: dalla concezione (liberale) di fallimento individuale e sintomo del vizio morale; alla concezione (moderna) di condizione involontaria a cui si può rimediare con un'opportuna regolazione del mercato). Sulla tutela della salute nel disegno repubblicano, senza pretesa di esclusione, M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 4/1980, 769 ss.; R. Ferrara, *Salute* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1995, 513 ss.; G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/1981, 755 ss.; G.M. Racca, *Salute* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 2022, 1015 ss.

2 In generale, sulla necessità di (ri)pensare il tema della (dis)eguaglianza, L.R. Perfetti, *Eguaglianza vs. diseguaglianze. L'eguaglianza come «compito della Repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in *PA Persona Amministrazione*, 2/2021, 13 ss. Sulla necessità di (ri)definire il rapporto tra cittadini e amministrazioni, in modo da valorizzare il potere pubblico come strumento di attuazione degli inderogabili doveri di prestazione a favore della collettività, M. Monteduro, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *PA Persona Amministrazione*, 2/2020, 543 ss. Il successivo volume 1/2021 della stessa Rivista ospita vari contributi "in dialogo" con quello di Monteduro, tra cui spec., S. Torricelli, *Tra persona e persone, discutendo con Massimo Monteduro su doveri e diritti*, 395 ss.; M.C.

Eppure, proprio nell'ambito della tutela della salute e dell'erogazione delle relative prestazioni, l'Italia è affetta da un profondo divario territoriale-regionale[3]. Tale "divario sanitario" si colloca, tra l'altro, in una più generale (atavica e insuperata) condizione di arretratezza generale (*i.e.*, giuridico-istituzionale[4], socio-culturale[5], infrastrutturale[6], etc.) del Mezzogiorno rispetto al Nord[7]; finendo, quindi, per diventare "ingranaggio" di un circolo vizioso che rende arduo (*rectius*, impossibile) distinguere – con precisione – le cause dagli effetti[8].

CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, 407 ss.; A. CASSATELLA, *Pluralismo costituzionale e doveri dell'amministrazione (in dialogo con Massimo Monteduro)*, 427 ss.

3 Per un suggestivo resoconto letterario-documentaristico, si rimanda alle pagine in cui Carlo Levi racconta le impressioni della sorella Luisa – "medichessa" torinese – sulle condizioni di salute degli abitanti della città di Matera nella seconda metà del 1935, C. LEVI, *Cristo si è fermato a Eboli*, Torino, 1945, 75 ss. Nella stessa opera, si rimanda anche alle pagine sul «problema meridionale», 216 ss.; e alla prospettata soluzione per cui «Lo Stato non può essere che l'insieme di infinite autonomie», 220. Sulla questione meridionale, *infra* note 4, 5, 6, 7, 8 e 9.

4 In tal senso, è nota la tesi per cui il divario tra Nord e Sud Italia risalirebbe al basso Medioevo, periodo in cui si affermano (nel Nord) i metodi di amministrazione orizzontale, tipici dell'ordinamento comunale (in cui il bene comune viene percepito come necessario comple(ta)mento del bene individuale); e (nel Sud) i metodi verticali – gerarchici e coercitivi – tipici della monarchia feudale di origine normanna (in cui il bene individuale si contrappone – e si sostituisce – al bene comune). Tale interpretazione può farsi risalire a C. CATTENEO, *La città considerata come principio ideale delle istorie italiane* (pubblicato in quattro puntate), in *Il Crepuscolo*, nn. 42/1858, 657 ss.; 44/1858, 689 ss.; 50/1858, 785 ss.; e 52/1858, 817 ss. Più recentemente, la tesi è stata (ri)proposta da R.D. PUTNAM, *La tradizione civica nelle regioni italiane*, Milano, 1993. Cfr., S. LUPO, *Usi e abusi del passato. Le radici dell'Italia di Putnam*, in *Meridiana*, 1993, 151 ss.; E.S. WELLHOFER, *Democracy and Fascism: Class, Civil Society, and Rational Choice in Italy*, in *American pol. sc. rev.*, 1/2003, 91 ss.

5 Il riferimento – emblematico – è al «familismo amorale» Banfieldiano, ovvero la mentalità che impedirebbe ai meridionali di perseguire *sia* il bene comune in forma concertata, *sia* finalità "altre" rispetto all'immediato interesse del nucleo familiare. E.C. BANFIELD, *The Moral Basis of a Backward Society* (trad. it., *Le basi morali di una società arretrata*), New York, 1958. Il celebre libro raccoglie i risultati delle ricerche svolte tra i contadini di Chiaramonte, in Basilicata, dove Banfield trascorse circa otto mesi tra il 1954 e il 1955. In continuità con l'impostazione – e i risultati – Banfieldiani, si collocano gli studi di Robert Putnam, tra cui emblematicamente, R.D. PUTNAM, *La tradizione civica nelle regioni italiane*, cit. Per una critica, si rimanda agli studi degli intellettuali afferenti all'Istituto meridionale di storia e scienze sociali e alla Rivista *Meridiana*. Per tutti, F. CASSANO, *Il pensiero meridiano*, Roma-Bari, 1996. Per un'analisi antropologica – coeva a quella Banfieldiana – sulle superstizioni meridionali, E. DE MARTINO, *Sud e magia*, Milano, 1959.

Epperò, è un "divario sanitario" che urge – certamente – mitigare (*rectius*, superare)[9], auspicio tra l'altro recentemente rinnovato dal *Recovery and resilience fund* europeo e dalla sua declinazione italiana, il PNRR, che ha dedicato particolare attenzione proprio al superamento dei divari territoriali (in generale) e alla tutela della salute (in particolare)[10]. In particolare, il prossimo avvento della digitalizzazione[11] (anche) in ambito sanitario reca con sé la promessa di un possibile *superamento* (o perlomeno, di un *lenimento*) dei divari (sanitari, ma non solo)[12].

---

6 In riferimento allo svantaggio infrastrutturale (stradale e ferroviario) del Sud in epoca preunitaria, E. Felice, *Perché il Sud è rimasto indietro*, Bologna, 2013, spec. 21 ss. Va sottolineato che – in discontinuità con le precedenti amministrazioni borbonica e pontificia – si registra un immediato attivismo dello Stato unitario nello sviluppo infrastrutturale del Meridione. Successivamente, nel secondo dopoguerra, il Mezzogiorno ha conosciuto – con l'azione della Cassa per il Mezzogiorno – un'ulteriore fase di intenso sviluppo infrastrutturale. Per una valutazione – approfondita e complessivamente positiva – delle opere di infrastrutturazione degli anni Cinquanta, G. Barone, *Stato e Mezzogiorno (1943-60). Il «primo tempo» dell'intervento straordinario*, in F. Barbagallo (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. I, *La costruzione della democrazia. Dalla caduta del fascismo agli anni cinquanta*, Torino, 1994, 291 ss.; L. D'Antone (a cura di), *Radici storiche ed esperienza dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno*, Roma, 1996. È stata, altresì, espressa incertezza in merito alle effettive ricadute per il Mezzogiorno. In particolare, i grandi assi ferroviari Nord-Sud e le successive linee secondarie, costruite nella seconda metà dell'Ottocento, avrebbero valorizzato prevalentemente il Centro-Nord (dove completavano collegamenti già esistenti e, quindi, favorivano un interscambio commerciale interno già avviato), piuttosto che il Mezzogiorno (dove i – seppur ingenti – investimenti avevano spesso alla base motivazioni clientelari). V. Zamagni, *Ferrovie e integrazione del mercato nazionale nell'Italia post-unitaria*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Gino Barbieri: problemi e metodi di storia ed economia*, Pisa, 1983, 1635 ss.; G. Toniolo, *Storia economica dell'Italia liberale (1850-1918)*, Bologna, 1988; G. Pescosolido, *Unità nazionale e sviluppo economico*, Roma-Bari, 1998; S. Fenoaltea, *Le costruzioni ferroviarie in Italia*, in *Riv. storia econ.*, 1/1984, 61 ss. Analogamente, in riferimento al – successivo – sviluppo della rete autostradale, tra gli anni Trenta e Settanta, è stato rilevato come esso abbia maggiormente favorito la già esistente (e significativa) concentrazione industriale delle Regioni padane e adriatiche. I. Insolera, *L'urbanistica*, in R. Romano - C. Vivanti (a cura di), *Storia d'Italia*, Torino, 1973, 425 ss.; A. Giuntini, *Nascita, sviluppo e tracollo della rete infrastrutturale*, in F. Amatori - D. Bigazzi - R. Giannetti - L. Segreto (a cura di), *Storia d'Italia. L'industria*, Torino, 1999, 551 ss. Secondo tali interpretazioni, più che promuovere la redistribuzione (e lo sviluppo) delle attività economiche, le reti autostradali avrebbero, prevalentemente, duplicato tratte (anche ferroviarie) già esistenti. Una possibile causa di tali inefficienze andrebbe individuata nell'assenza di un piano preordinato, circostanza che avrebbe favorito il concentramento dello sviluppo infrastrutturale nelle Regioni economicamente più avanzate, in linea con le convenienze economiche e (anche) le pressioni politiche.

Pertanto, premesso tale contesto, nel prosieguo si intende contestualizzare il tema del divario sanitario, *sia* in riferimento al disegno costituzionale applicabile alla tutela della salute, *sia* in termini di *effettività*[13] della tutela; e proprio sulla base di tale contestualizzazione, svolgere alcune considerazioni – necessariamente provvisorie – sul (possibile) impatto della telemedicina e sulla relativa promessa in termini di superamento del divario sanitario.

---

7 Già all'indomani dell'unificazione, la difficoltà di integrare, nella stessa compagine statuale, il Nord (avanzato) e il Sud (arretrato) è stato – emblematicamente – rappresentato dal periodo del brigantaggio, per taluni assimilabile ad uno «scontro di civiltà». C.T. Altan, *Il brigantaggio post-unitario. Lotta di classe o conflitto di civiltà?*, in O. Calabrese (a cura di), *Italia moderna. Immagini e storia di un'identità nazionale*, Milano, 1982, 99 ss., spec. 114 ss. Per un'analisi dell'andamento dei divari nel tempo, E. Felice, *Perché il Sud è rimasto indietro*, cit., spec. 102 ss. (in cui l'A. individua quattro fasi nell'epoca post-unitaria: (i) una prima fase (1861-1913) in cui i divari aumentano, ma la divergenza rimane contenuta; (ii) una seconda fase (1913-1951) che rappresenta il periodo di massima divergenza; (iii) una terza fase (1951-1973) che coincide con l'unico segmento della Storia d'Italia in cui il Mezzogiorno converge – significativamente – sul resto del Paese; e (iv) l'ultima fase (dal 1973) che ha inizio con la crisi petrolifera in cui il Sud smette di convergere, ma anzi arretra – lentamente, ma inesorabilmente – rispetto al resto del Paese).

8 Tradizionalmente, la genesi del dibattito sulla c.d. questione meridionale viene rintracciata nel filone di pensiero liberale – ideologicamente contrapposto alla Sinistra storica – che si afferma dall'Unità fino ai primi anni del Novecento. In esso confluiscono gli intellettuali afferenti alla Rivista *Rassegna Settimanale*, tra cui *in primis* Pasquale Villari, le cui corrispondenze (inviate, nel 1875, al giornale fiorentino *L'Opinione*, ora raccolte in P. Villari, *Lettere meridionali e altre scritti sulla questione sociale in Italia*, Firenze, 1972) segnano il simbolico inizio della letteratura sulla questione meridionale. Oltre a Villari, vi confluiscono anche Leopoldo Franchetti e Sidney Sonnino (le cui riflessioni sono raccolte in L. Franchetti - S. Sonnino, *Condizioni economiche e amministrative delle province napoletane*, *Abruzzi e Molise, Calabrie e Basilicata: appunti di viaggio*, Firenze, 1875; S. Sonnino, *I contadini in Sicilia*, Firenze, 1925). Queste prime riflessioni sono tendenzialmente basate su una visione evoluzionistica della Storia (che ispirerà anche degenerazioni lombrosiane, per tutti A. Niceforo, *Italiani del Nord e italiani del Sud*, Firenze, 1899; tra l'altro recentemente (ri)proposte, R. Lynn, *In Italy, north-south differences in IQ predict differences in income, education, infant mortality, stature, and literacy*, in *Intelligence*, 1/2010, 93 ss.), per cui il ritardo del Mezzogiorno è tendenzialmente razionalizzato come derivante all'arretratezza (anche) culturale che impedisce di avviare processi modernizzatori sull'esempio della rivoluzione industriale inglese, e rispetto al quale occorre "meramente" attendere i tempi – necessariamente lunghi – della Storia. A cavallo tra questo primo filone e quello successivo, sembra possibile collocare Giustino Fortunato che individua «la povertà della natura» del Sud come causa primaria della relativa «miseria degli uomini» (G. Fortunato, *Il Mezzogiorno e lo Stato italiano*, Bari, 1911, 541 ss.), ma comprende anche la necessità di un ruolo

2. L'essenzialità dei LEA (tra effettività della tutela e principio autonomistico)

Parlando di divari (e relativo superamento), sembra utile muovere dalla premessa che la "mera" differenziazione delle prestazioni sanitarie tra territori-Regioni va considerata causa e conseguenza del principio autonomistico, posto a fondamento della Costituzione repubblicana e, inoltre, ulteriormente valorizzato dalla successiva riforma del Titolo V, il cui novellato art. 117, comma 3, affida la

propulsivo da parte dello Stato. Di lì a poco, infatti, il dibattito verrà arricchito dal pensiero di altri intellettuali, *in primis* (ancora) liberali, tra cui Francesco Saverio Nitti e Antonio De Viti De Marco, che – in antitesi all'attitudine "attendista" delle prime riflessioni – sottolineano la necessità, dello Stato, di guidare l'industrializzazione del Mezzogiorno. Essi tendono anche a configurare la questione meridionale in termini di sperequazioni tributarie (se non di vero e proprio sfruttamento, chiave interpretativa recentemente (ri)proposta in P. Aprile, *Terroni. Tutto quello che è stato fatto perché gli italiani del Sud diventassero Meridionali*, Segrate (MI), 2010). F.S. Nitti, *Nord e Sud: prime linee di una inchiesta sulla ripartizione territoriale delle entrate e delle spese dello Stato in Italia*, Torino, 1900; Id., *La ricchezza dell'Italia. Quanto è ricca l'Italia. Come è distribuita la ricchezza in Italia*, Torino-Roma, 1904; A. De Viti De Marco, *Un trentennio di lotte politiche, 1894-1922*, Roma, 1929. Svilupperanno il dibattito anche intellettuali socialisti, tra cui: Ettore Cicciotti, Gaetano Salvemini e Guido Dorso. Per essi il problema meridionale rappresenta una questione sociale irrisolta, nel più ampio conflitto tra capitalismo e socialismo. E. Cicciotti, *Sulla questione meridionale: scritti e discorsi*, Milano, 1904; G. Salvemini, *Scritti sulla questione meridionale: 1896-1955*, Torino, 1955; G. Dorso, *La rivoluzione meridionale*, Torino, 1925 (riedito nel 2025 da Feltrinelli, con recensione di S. Cassese, *Quella chiamata alla rivoluzione del Sud*, in *Il sole 24 ore domenica*, 23 novembre 2025, II). Nello stesso solco interpretativo anche A. Gramsci, *La questione meridionale*, Roma, 1966. Convinto dell'importanza delle lotte sociali (in particolare, della piccola-media proprietà agraria) come forza di cambiamento per il Sud, anche Luigi Sturzo; fondatore – nel dopoguerra – del Partito popolare e voce importante nel dibattito sulla questione meridionale. L. Sturzo, *La battaglia meridionalista*, Roma-Bari, 1979. Durante il periodo fascista, una certa attenzione per il Mezzogiorno sembra emergere nelle pagine della Rivista *Questioni Meridionali*, edita negli anni Trenta. Tuttavia, per lo più il regime considererà la questione meridionale "risolta" (attraverso: la battaglia del grano, l'avventura coloniale e la bonifica integrale). Emblematica, in proposito, la voce «questione meridionale», redatta da Raffaele Ciasca nel 1935, per l'Enciclopeda Treccani (per cui: «di una questione meridionale non si può più, oggi, legittimamente parlare», 151 ss.). Epperò, è proprio negli ultimi anni del fascismo che il gruppo dirigente dell'IRI (tra cui: Donato Menichella, Giuseppe Cenzato, Francesco Giordani e Pasquale Saraceno) si fa portatore della necessità di un vasto processo di industrializzazione per il Mezzogiorno, da cui prenderà vita, nel 1946, l'Associazione per lo sviluppo dell'industria nel Mezzogiorno (*breviter*, Svimez), ancora oggi una voce rilevante nel dibattito sullo sviluppo economico meridionale (si rimanda emblematicamente a, M. Carabba, *I miei mulini a vento. Il mezzogiorno e i diritti dei cittadini*,

tutela della salute alla competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni[14], così legittimando (finanche, incoraggiando) la differenziazione inter-regionale *anche* in ambito sanitario[15].

Tuttavia, la portata di tale differenziazione inter-regionale non può (*rectius*, non dovrebbe) essere talmente profonda da mortificare la tutela del diritto alla salute. Occorre, quindi, che la portata delle differenziazioni inter-regionali sia limitata dalla fissazione (da parte dallo Stato, nell'esecuzione della competenza concorrente) di principi fondamentali e – pertanto – necessariamente uniformi

---

Bologna, 2017). Per un'analisi storica, S. Cassese (a cura di), *Lezioni sul meridionalismo. Nord e Sud nella storia d'Italia*, Bologna, 2016.

9 In argomento si rimanda alla Nota della Comitato di direzione della Rivista PA Persona Amministrazione, *Diseguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, aprile 2021; E. Giardino, *Lo sviluppo delle infrastrutture prioritarie: i ritardi, i limiti e le prospettive di riforma*, in *PA Persona Amministrazione*, 1/2022, 592, spec. 614 ss.; G.P. Manzella, Editoriale, *Il 'tempo' della politica di coesione*, in *Federalismi.it*, maggio 2021; Banca d'Italia, *Il divario Nord-Sud: sviluppo economico e intervento pubblico Presentazione dei risultati di un progetto di ricerca della Banca d'Italia*, Roma, 2022; A. Barone, *Il tempo della perequazione: il Mezzogiorno nel PNRR*, in *PA Persona Amministrazione*, 2/2021, 7 ss.; Id., *La questione meridionale fra storia e diritto: il nodo delle infrastrutture*, in G. Stanco (a cura di), *Le vie del costituzionalismo tra autodeterminazione e diritti dei popoli*, Milano, 2024, 259 ss.; A. Barone - F. Manganaro, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quad. cost.*, 2022, 148 ss.; M.C. Cavallaro, *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: il ruolo delle regioni in tempo di crisi*, in *PA Persona Amministrazione*, 2/2021, 61 ss.; A. Romeo, *Sviluppo economico e disuguagliane territoriali: il divario Nord Sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 2020, 807 ss.; G. Gardini, *Il puzzle delle autonomie*, in *Ist. del federalismo*, 2/2024, 237 ss.; M.A. Cabiddu, *La favola brutta dell'autonomia differenziata*, in *Dem. e dir.*, 1/2023, 39 ss.; P. Lombardi, *Divario territoriale, governo del territorio e innovazione: un approfondimento*, in *Federalismi.it*, 2024. Si segnala altresì, il recente Rapporto (presentato alla Camera dei deputati il 19 febbraio 2026) della Fondazione Sussidiarietà, *Sussidiarietà e...salute*, febbraio 2026.

10 Il riferimento è alla Missione 6 del PNRR, che pone proprio gli strumenti di sanità digitale al centro di un nuovo modello di sviluppo da (ri)pensare per raggiungere un più alto e generalizzato livello di salute per i cittadini (europei ed italiani). Inoltre, si ricorda l'inclusione della salute tra i limiti espliciti all'iniziativa economica privata *ex* art. 41, comma 2, Cost., come novellato dalla l. cost. n. 1/2022.

11 In generale e senza pretesa di esclusione, sulle sfide della digitalizzazione nella funzione amministrativa, L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, 2a ed., Bologna, 2025; R. Cavallo Perin - D.U. Galetta, *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2025; A. von Bogdandy - P.M. Huber - S. Cassese (a cura di), *The Administrative State*, Oxford, 2017; spec. ivi, J.B. Auby, *The Transformation of the Administrative State and Administrative Law*, 609 ss.; M. Simoncini, *Lo "Stato digitale", l'agire provvedimentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 529 ss.; M. Macchia, *Pubblica amministrazione e tecniche algoritmiche*, in *Dpce on line*, 1/2022, 314 ss.;

in tutto il territorio. Inoltre, specificatamente nell'ambito della tutela della salute, sempre l'art. 117 Cost. – al comma 1, lett. m) – riserva alla competenza esclusiva dello Stato la fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni, in ambito sanitario comunemente chiamati LEA[16].

La concreta determinazione dei livelli essenziali in ambito sanitario affonda le sue radici proprio all'indomani della modifica costituzionale del 2001[17], con la l. n. 404/2001 che, tra le altre cose, affida a un successivo decreto del Presidente

---

A.G. Orofino, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008; A.G. Orofino - G. Gallone, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative*: *profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it*, 2020, 1738 ss.; A.G. Orofino - F. Cimbali, *L'uso delle tecniche informatiche nella prestazione di servizi pubblici,* in *Giur. it.,* 2022, 1523 ss.; V. Fanti, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo: prospettive, limiti, pericoli*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2022, 1001 ss.; B. Marchetti, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici e "rule of law"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2024, 49 ss.; S. Foà, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Dir. amm.*, 3/2023, 515 ss.; P. Forte, *Diritto amministrativo e Data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *PA Persona Amministrazione*, 1/2020, 247 ss. Per un'acuta riflessione sui rapporti tra intelligenza artificiale e pubblica amministrazione, A. Barone, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration & Law (Erdal)*, 1/2020, 66 ss.

12 *Ex multis*, R. Cavallo Perin, *L'interesse delle collettività alla tutela della salute*, in *Dir. amm.*, 3/2024, 759 ss.; F. Aperio Bella, *Tecnologie innovative nel settore salute tra scarsità delle risorse e differenziazione: alla ricerca di un equilibrio difficile*, in *Federalismi.it*, 2020; E.M. Menéndez Sebastián - J. Ballina Díaz, *Digital Citizenship: Fighting the Digital Divide*, in *European Review of Digital Administration & Law (Erdal)*, 1/2021, 155 ss.; G. Delle Cave, *Iperconnessioni urbane e sfida della (e nella) gestione dei dati: riflessioni sui "big data" e il contrasto al "digital divide"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2023, 213 ss.; P. Piras, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Dir. econ*., 2/2022, 111 ss.

13 La riflessione sulla dimensione dell'effettività, sempre più ricorrente in dottrina, mira a verificare la concreta corrispondenza – non sempre realizzata – tra il *dover essere* (dell'ordinamento giuridico) e l'*essere concreto* (della realtà). Per un'illustrazione dell'approccio, A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da pare delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021, spec. 73 ss.; G. Corso - M. De Benedetto - N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022; M.A. Sandulli, *Effettività e semplificazioni nel governo del territorio: spunti problematici*, in *Dir. amm*., 3/2003, 507 ss.; Id., *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, 2019; Id., *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, 1/2022, 11 ss.; A. Barone, *Il sindacato sugli atti di pianificazione o programmazione, con particolare riferimento al PNRR*, in *Il Processo*,

del Consiglio, la determinazione specifica dei livelli essenziali in ambito sanitario[18]. I LEA vengono così concretamente fissati nel DPCM del 29 novembre 2001, successivamente sostituito dal DPCM del 12 gennaio 2017 (attualmente in fase di aggiornamento per includervi nuove terapie e *screening*[19]). Come noto, il DPCM individua tre macrocategorie di prestazioni sanitarie "essenziali"[20], ovvero: (i) la prevenzione collettiva e la sanità pubblica[21], (ii) l'assistenza distrettuale[22], e (iii) l'assistenza ospedaliera[23] (ulteriormente specificata a mezzo del DM n.

2/2023, 383 ss.; I.M. Marino, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi «a diritto amministrativo»*, in *Riv. dir. e proc. amm.*, 2007, 76 ss., ora in A. Barone (a cura di), *I.M. Marino. Scritti Giuridici*, Napoli, 2015, 1189 ss.; S. Amorosino, *Miti e realtà: modelli di riforme legislative e trasformazioni urbanistiche effettive*, in *Riv. giur. edil.*, 3/2023, 153 ss.; G.A. Ferro, *Diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e "costi" di accesso alla giustizia nel dialogo tra Giudice nazionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. coop. giur. int.*, 1/2017, 36 ss.; C. Acocella, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali*, Napoli, 2022. Per considerazioni in merito al rapporto tra potere amministrativo e diritti fondamentali, G. Grüner, *Note minime su potere amministrativo e diritti fondamentali*, in F. Grassi - O. Hagi Kassim (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, Roma, 2021, 293 ss. In riferimento alle concrete criticità delle pubbliche amministrazioni e del sistema di giustizia amministrativa, S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1 ss. Lungo la stessa dimensione dell'effettività, specificatamente nell'ambito del diritto alla salute, si muove anche la nota sentenza n. 142/2021, in cui la Corte costituzionale ha affermato che «l'effettività del diritto alla salute è assicurata dal finanziamento e dalla corretta ed *efficace erogazione* della prestazione» (enfasi aggiunta).

14 Precedentemente alla riforma del Titolo V, la Costituzione assegnava la materia dell'«assistenza sanitaria e ospedaliera» alla competenza concorrente delle Regioni. La novella costituzionale avrebbe, quindi, esteso la competenza riconosciuta alle Regioni, *sia* perché la (più vasta) «tutela della salute» appare idonea a comprendere anche ambiti ulteriori rispetto all'assistenza; *sia* perché altre materie riferite alla competenza concorrente pure lambiscono la tutela della salute (*e.g.*, l'alimentazione, la tutela e sicurezza del lavoro, la ricerca scientifica, etc.). Tuttavia stante il quadro teorico, è noto che l'effettivo spazio di operabilità delle Regioni è limitato da vari fattori, ovvero: (i) la norma statale continua a svolgere la sua piena funzione se le Regioni mancano di esercitare le proprie competenze; (ii) lo Stato definisce i principi generali nelle materie di competenza concorrente; (iii) la giurisprudenza costituzionale ha considerato principi generali anche previsioni normative che presentavano un carattere disciplinare avanzato, specialmente quando idonei a tutelare la garanzia dei diritti di uguaglianza; infine, (iv) altre materie – attribuite in modo esclusivo alla competenza dello Stato – concorrono alla definizione di elementi che attengono alla salute (*e.g.*, concorrenza, tutela dell'ambiente, ordinamento civile, coordinamento finanziario, etc.).

15 In argomento, E. Carloni, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004; G. Gardini - C. Tubertini, *L'amministrazione*

70/2015[24], a sua volta integrato dal DM n. 77/2022 che fissa alcuni standard anche in tema di telemedicina[25]).

In ambito sanitario, i LEA, quindi, rappresentano il punto di equilibrio tra le necessità – da una parte – di garantire la tutela della salute in modo uniforme; e – dall'altra – di realizzare il principio autonomistico prefisso dall'art. 5 Cost. e ribadito (finanche, rafforzato) dalla riforma del Titolo V. Al contempo, definendo (*rectius*, circoscrivendo) il "nucleo essenziale" del (fondamentale) diritto alla salute, la definizione dei LEA contribuisce al rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio, che ha assunto progressiva cogenza con l'avanzare del processo di inte-

regionale, Torino, 2021.

16 Sui LEA, senza pretesa di esclusione, C. Colapietro, *L'effettività costituzionale del diritto alla salute nella dimensione multilivello*, in *Riv. dir. comp.*, 5/2024, 14 ss.; V. Antonelli, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza*, in *Federalismi.it*, 2018.

17 Sebbene i livelli essenziali vengono formalmente introdotti in Costituzione in occasione della riforma del Titolo V, l'utilizzo della locuzione «livelli essenziali» nella normativa sanitaria è molto più risalente nel tempo, essendo già rintracciabile nell'art. 3, l. n. 833/1978. Tale norma prevedeva che lo Stato definisse (nei, non più vigenti, Piani sanitari) le prestazioni da garantire a tutti i cittadini. Emergeva in questa accezione la consapevolezza che i livelli di prestazione avrebbero dovuto costituire il contenuto del diritto alla salute. Per numerose e interessanti considerazioni in argomento, R. Manfrellotti, *Livelli essenziali e ragionevolezza della funzione pubblica sanitaria: la prospettiva della legge n. 180 del 1978*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Napoli, 2019, 281 ss. La normativa è stata modificata dal d.lgs. n. 502/1992 per il riordino della disciplina in materia sanitaria, e dal d.lgs. n. 229/1999; C. Cacciavillani, *Linee evolutive del sistema sanitario pubblico*, in G. Corso - M. Immordino (a cura di), *Studi in onore di Filippo Salvia*, Napoli, 2023, 163 ss. La definizione dei livelli essenziali non preclude alle Regioni di ampliare la gamma delle prestazioni garantite; vige però l'onere di doverne assicurare l'integrale copertura finanziaria. In argomento, G. Pignataro, *Autonomia differenziata: tra promessa di federalismo e realtà dei vincoli*, in *PA Persona Amministrazione*, 1/2025, 53 ss.

18 Scelta certamente, opportuna considerato il veloce grado di innovazione che coinvolge il settore e coerente sul piano delle fonti, ove la competenza esclusiva sui livelli essenziali comprende (*ex* art. 117, comma 6, Cost.) che le relative declaratoria, definizione e specificazione sia demandata alla fonte secondaria. Ciò trova, altresì, conferma nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (sent. 15 giugno 2004, n. 3983) e della Corte costituzionale (sentt. nn. 134/2006, 62/2020). Per un'analisi del rapporto tra le fonti, R. Balduzzi, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, 2/2022, 461 ss.

19 In argomento, M. Bartoloni, *Ecco le nuove cure gratis: dagli screening neonatali ai test per i tumori al seno*, in *Il sole 24 ore*, 22 aprile 2025. I nuovi LEA sono stati approvati in Conferenza Stato-Regioni il 23 ottobre 2025.

grazione europea, fino a trovare esplicito riconoscimento costituzionale nel riformato art. 81. Cost[26].

Pertanto nel disegno costituzionale, la differenziazione inter-regionale nelle prestazioni sanitarie è legittima (fisiologica e finanche necessaria per l'equilibrio dei conti pubblici), a patto che essa *non* riguardi il nucleo essenziale del diritto alla salute (che i LEA sinteticamente fissano). Tale nucleo essenziale, infatti, deve (*rectius*, dovrebbe) essere garantito in modo uniforme in tutto il territorio nazionale. I LEA rappresentano, quindi, la formulazione ("concreta" e "sintetica") entro cui il diritto alla salute *ex* art. 32, Cost. si configura come un diritto alle pre-

20 Come noto, è controversa la sovrapponibilità tra *essenzialità* e *minimalità* dei LEA. In argomento, *ex multis*, A. Police, *Federalismo "asimmetrico" e dequotazione dell'eguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2002, 489 ss.; C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008; R. Balduzzi, *Il Servizio sanitario nazionale tra razionalizzazione delle strutture e assestamento normativo (riflessioni sulla legge 30 novembre 1998, n. 419)*, in *Quad. reg.*, 1/1998, 941 ss.; Id., *Livelli essenziali di assistenza vs. livelli minimi*, in G. Barberis - I. Lavanda - G. Rampa - B. Soro (a cura di), *La politica economica tra mercati e regole*, Soveria Mannelli (CZ), 2005.

21 La macrocategoria della prevenzione collettiva e della sanità pubblica comprende tutte le attività di prevenzione rivolte alla collettività ed ai singoli, in particolare: (i) sorveglianza, prevenzione e controllo delle malattie infettive e parassitarie (inclusi i programmi vaccinali); (ii) tutela della salute e della sicurezza degli ambienti aperti e confinati; (iii) sorveglianza, prevenzione e tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; (iv) salute animale e igiene urbana veterinaria; (v) sicurezza alimentare; (vi) tutela della salute dei consumatori; (vii) sorveglianza e prevenzione delle malattie croniche (inclusi la promozione di stili di vita sani ed i programmi organizzati di screening sorveglianza e prevenzione nutrizionale); e (viii) attività medico legali per finalità pubbliche.

22 La macrocategoria dell'assistenza distrettuale include le attività e i servizi sanitari e socio-sanitari diffusi sul territorio, articolati in: (i) assistenza sanitaria di base; (ii) emergenza sanitaria territoriale; (iii) assistenza farmaceutica; (iv) assistenza integrativa; (v) assistenza specialistica ambulatoriale; (vi) assistenza protesica; (vii) assistenza termale; (viii) assistenza sociosanitaria domiciliare e territoriale; e (ix) assistenza sociosanitaria residenziale e semiresidenziale.

23 La macrocategoria dell'assistenza ospedaliera si articola in: (i) pronto soccorso; (ii) ricovero ordinario per acuti; (iii) *day surgery*; (iv) *day hospital*; (v) riabilitazione e lungodegenza post acuzie; (vi) attività trasfusionali; (vii) attività di trapianto di cellule, organi e tessuti; e (viii) centri antiveleni.

24 Decreto Ministeriale 2 aprile 2015 n. 70, recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera.

25 Decreto del Ministro della salute 23 maggio 2022, n. 77, Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale.

26 In argomento, *ex multis* M. Trimarchi, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 623 ss.

stazioni pienamente esigibile in tutto il territorio (*rectius*, tra le varie Regioni). In altre parole, i LEA costituiscono *sia* la dimensione della concreta *effettività* del diritto alla salute, *sia* il "limite-soglia" dell'autonomia regionale in ambito sanitario.

Eppure, nonostante i LEA rappresentino il punto di necessario equilibrio tra l'aspirazione autonomistica e la tutela del diritto alla salute, va constatata l'esistenza di criticità che ne compromettono l'effettività *sia* per la tutela della salute, *sia* per la realizzazione del principio autonomistico; consegnando l'immagine di Regioni *claudicanti*[27], e di uno Stato (almeno, fino a tempi molto recenti) *abdicante*[28].

Occorre constatare tali criticità per poter opportunamente valutare *se* – ed eventualmente, *come* – la digitalizzazione sanitaria (in generale) e la telemedicina (in particolare) vi possano influire.

3. "Misurare" il divario sanitario: il monitoraggio dei LEA

L'esistenza di divari inter-regionali inaccettabili (*i.e.*, che riguardano l'erogazione dei LEA, ovvero del nucleo essenziale del diritto alla salute) è tristemente segnalata dall'attività di misurazione e monitoraggio dei LEA, effettuata dal Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza, istituito presso il Ministero della salute con DM del Ministro della salute del 21 novembre 2005. A tal proposito, sembra utile dare preliminarmente conto di alcune recenti innovazioni apportate alla metodologia di monitoraggio.

Il sistema di monitoraggio dei LEA è basato sulla metodologia individuata dal DM 12 dicembre 2001, emanato dal Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Tale metodologia si basa sul calcolo, in

27 Sulla "crisi" del regionalismo (chiaramente evidente, e ampiamente segnalata in dottrina), *ex multis*, U. Allegretti, *Presente e futuro delle autonomie regionali in Italia e in Europa*, in *Le Regioni*, 2016, 12 ss.; E. Giardino, *La Costituzione "dimenticata". Il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2021, 89 ss.; F. Manganaro, *La Repubblica delle autonomie. Un mosaico da ricomporre*, Napoli, 2023; L.R. Perfetti, *Le Regioni tra poteri e società. Percorsi partecipativi e contestativi possibili*, in *PA Persona Amministrazione*, 1/2025, 17 ss.

28 *Infra*, para. 6.

ogni Regione, di una serie di "indicatori LEA"[29] per la valutazione delle prestazioni riferibili alle tre sopra-menzionate macrocategorie LEA (*i.e.*, (i) prevenzione collettiva e sanità pubblica, (ii) assistenza distrettuale, e (iii) assistenza ospedaliera). La valutazione delle prestazioni regionali viene effettuata sulla base di un sottoinsieme di indicatori (originariamente 34 su 100, di recente aumentato a 88), a ciascuno dei quali viene associato un peso specifico per il calcolo del punteggio complessivo. Ogni indicatore viene collocato in una di cinque categorie, in base alla relativa "distanza" da un valore standard nazionale (ovvero, un *benchmark*, individuato sulla base delle migliori *performance* regionali). Sulla base della categoria in cui l'indicatore è collocato e del peso specifico ad esso associato, si arrivava così a un punteggio finale relativo all'erogazione del livello essenziale.

Fino al 2020, il sistema di monitoraggio e valutazione LEA utilizzava la c.d. Griglia LEA. Per ogni Regione, la Griglia calcolava una media aritmetica dei punteggi ottenuti in tutte le prestazioni LEA. Se la media era superiore (inferiore) a 160, la Regione si qualificava come (in)adempiente nella garanzia dei LEA[30]. Più specificatamente, la Griglia qualificava le Regioni come (in)adempienti sulla base della media aritmetica dei punteggi ottenuti in ciascuna delle macrocategorie di LEA che, pertanto, permetteva l'eventuale "compensazione" di insufficienze in una macrocategoria a fronte di risultati soddisfacenti in un'altra. In tal modo, la qualificazione di adempienza tramite la Griglia non indicava *necessariamente* che, nella Regione, l'erogazione fosse sufficiente *in tutte* le prestazioni LEA; l'adempienza, infatti, indicava "meramente" il raggiungimento di una sufficienza *tra*

29 Individuati nel DM del 12 dicembre 2001, emanato dal Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, e selezionati annualmente (sulla base delle indicazioni politico-programmatorie, dell'analisi di affidabilità da parte di un gruppo di esperti, etc.). Una vota stabiliti (ovvero: confermati, aggiornati o sostituiti), il valore degli indicatori viene calcolato sulla base dei dati inviati, dai direttori generali delle Aziende sanitarie, alle Regioni per la successiva trasmissione al Ministero della salute.

30 Una Regione risultava: adempiente (quando il punteggio complessivo era maggiore o uguale a 160, o compreso fra 140 e 160 con nessun indicatore "critico"); o inadempiente (quando il punteggio era minore di 140, o compreso fra 140 e 160 con almeno un indicatore "critico"). Oltre alla Griglia, si elaborava anche una grafica per ogni Regione (c.d. rosone), che illustrava – visivamente – il punteggio conseguito da ogni indicatore. Gli ultimi rosoni elaborati per ciascuna Regione, relativi all'anno 2019, sono riportati nel documento redatto dal Ministero della salute, *Monitoraggio dei LEA attraverso la cd. Griglia LEA. Metodologia e Risultati dell'anno 2019*, maggio 2021, 72-128.

tutte le prestazioni LEA.

L'ultima Griglia LEA disponibile è quella relativa ai dati del 2019, da cui risultano adempienti 17 Regioni. Nonostante la "compensazione" aritmetica, la Griglia segnala(va) la concentrazione delle inadempienze prevalentemente nel Mezzogiorno (Calabria, Molise e Sardegna), sebbene non esclusivamente, considerata la notabile eccezione della Provincia Autonoma di Bolzano (e la sufficienza solo stentata della Valle d'Aosta)[31].

A partire dal 2020, il sistema della Griglia LEA è stato sostituito con il c.d. Nuovo Sistema di Garanzia (*breviter*, NSG)[32] che supera la compensazione compiuta attraverso la media aritmetica; ovvero impone che le Regioni – per qualificarsi adempienti – adesso raggiungano (almeno) la sufficienza (che corrisponde a un punteggio di 60), in *ciascuna delle tre* macrocategorie di prestazioni LEA[33]. Il confronto dei risultati ottenuti applicando entrambe le metodologie ai dati relativi al 2019[34] conferma che il "nuovo" NSG è in grado di segnalare carenze che venivano invece ignorate (*rectius*, aritmeticamente compensate) dalla "vecchia" Griglia LEA.

Infatti, applicando l'NSG ai già-menzionati dati del 2019 sarebbero risultate inadempienti *ulteriori* Regioni (*i.e.*, la Valle d'Aosta, la Basilicata e la Sicilia), oltre alle quattro già segnalate dalla Griglia LEA; registrando, quindi, un'ulteriore

31 In base alla Griglia LEA, nel 2019, risulta(va)no adempienti (i.e., ottengono un punteggio uguale o superiore a 160) 17 Regioni. Di queste, 10 (Veneto, Toscana, Emilia Romagna, Lombardia, Marche, Umbria, Liguria, Friuli Venezia Giulia, Abruzzo e Lazio) raggiungono un punteggio superiore a 200; mentre le restanti sette Regioni (Puglia, Piemonte, Provincia Autonoma di Trento, Sicilia, Basilicata, Campania e Valle d'Aosta) raggiungono il livello minimo accettabile (i.e., un punteggio compreso tra 140 e 160). Infine, la Provincia Autonoma di Bolzano, il Molise, la Calabria e la Sardegna si classificano come inadempienti, totalizzando punteggi inferiori a 160. *Ibidem*, 30.

32 La metodologia dell'NSG è stata introdotta dal DM del 12 marzo 2019, art. 3, comma 6.

33 Come menzionato, il DM 12 marzo 2019 aumenta anche il numero degli indicatori (ora, 88) che contribuiscono al punteggio finale. Di questi, la maggioranza (73 indicatori, detti anche sottoinsieme *core*) è relativa alle macrocategorie LEA, ovvero prevenzione collettiva e sanità pubblica (16 indicatori); assistenza distrettuale (33); ed assistenza ospedaliera (24). I restanti 15 indicatori (detti di contesto, o sottoinsieme *no-core*) riguardano: la stima del bisogno sanitario (4 indicatori); l'equità sociale (1); e i percorsi diagnostico-terapeutici assistenziali (10).

34 I risultati dell'NSG sui dati del 2019 sono riportati nel documento del Ministero della salute, *Monitoraggio dei LEA attraverso il Nuovo Sistema di Garanzia – Metodologia e risultati dell'anno 2020*, dicembre 2022, 21.

concentrazione delle inadempienze nel Mezzogiorno[35]. Si conferma, quindi (anzi, si acuisce), l'esistenza di un divario sanitario che affligge il Mezzogiorno rispetto al resto del Paese[36]. Inoltre, il divario è non solo *esistente*, ma anche *persistente* come emerge dalla più recente valutazione disponibile, svolta con la metodologia dell'NSG, sui dati relativi all'anno 2023. Essa (continua a) qualifica(re) inadempienti le Regioni (in gran numero, meridionali) già segnalate nel 2019[37].

Al di là del numero (significativo) di inadempienze, appare rilevante considerare anche la profonda *disomogeneità* nei punteggi registrati tra le Regioni adempienti. Ad esempio nella macro-categoria della prevenzione, la Campania totalizza un punteggio appena sufficiente (62), a fronte dei punteggi praticamente pieni (98) del Veneto e della Provincia autonoma di Trento. Analogamente, nella macrocategoria dell'assistenza distrettuale, la "forbice" dei punteggi varia dalla sufficienza della Sardegna (67), al punteggio, di nuovo sostanzialmente pieno, del Veneto (96). Infine, anche nell'assistenza ospedaliera, la Sardegna raggiunge a malapena la sufficienza (60), mentre la Provincia autonoma di Trento registra un voto quasi pieno (97). I dati pertanto rivelano (*rectius*, confermano) che il Mezzogiorno *non solo* è largamente *inadempiente* nel garantire il nucleo essenziale del diritto alla salute, *ma inoltre*, anche quando adempiente, risulta comunque relativamente *insoddisfacente* nel confronto con le Regioni settentrionali[38].

35 La Sardegna che risultava inadempiente nella Griglia, raggiunge, invece, la sufficienza nel NSG. Il miglioramento è attribuibile al maggior numero di indicatori usati per il calcolo; che – tra l'altro – specificatamente includono anche i sopra-menzionati indicatori c.d. di contesto.

36 Dove tra l'altro, l'insufficiente *performance* sul fronte LEA si combina – in uno sciagurato circolo vizioso – con un'inefficiente *performance* sul fronte finanziario, come si evince dall'esistenza di una sostanziale sovrapposizione tra Regioni inadempienti e Regioni sottoposte a Piano di rientro, *infra* para. 5.

37 Nello specifico, l'NSG calcolato sui dati del 2023 classifica inadempienti otto Regioni: Valle d'Aosta, Provincia autonoma di Bolzano, Liguria, Abruzzo, Molise, Basilicata, Calabria e Sicilia. Ministero della salute, *Monitoraggio del LEA attraverso il Nuovo Sistema di Garanzia. Relazione 2023*, maggio 2025, 22.

38 Come cartina di tornasole della mancata e/o insoddisfacente erogazione di LEA, è significativo segnalare che i fondi sanitari integrativi – che coinvolgono circa un quarto della popolazione italiana – funzionano *sempre meno* come strumenti davvero integrativi alle prestazioni LEA, e *sempre più* come meccanismi di compensazione delle difficoltà di accesso all'SSN. Basti considerare che circa due terzi delle risorse erogate dai fondi sanitari nel 2023 ha remunerato prestazioni che rientrano (*rectius*, dovrebbero rientrare) nel perimetro di quelle garantite dall'SSN. In argomento, F. Ferroni - F. Iervolino, *Il welfare aziendale e la salute*, in *Riv. pol. econ.*, 1/2024, 243 ss.

Inoltre, i risultati del monitoraggio dei LEA aiutano a contestualizzare anche il dato che può dirsi emblematico della reale *effettività* del diritto alla salute: quello relativo all'aspettativa di vita[39]. Infatti, contrariamente a quanto spesso comunemente ritenuto, la vita media si accorcia sensibilmente, man mano che si procede da Nord a Sud Italia. Nello specifico, in base ai dati del 2024, l'Istat calcola una speranza di vita media in Italia di 81,4 anni per gli uomini e di 85,5 anni per le donne[40]. Tuttavia, il Nord registra valori sensibilmente migliori (82,1 anni per gli uomini, 86,0 per le donne)[41]; il Centro rivela valori sostanzialmente in linea con le medie nazionali (81,8 anni per gli uomini, 85,7 anni per le donne)[42]; mentre il Mezzogiorno registra valori significativamente più bassi (80,3 anni per gli uomini, 84,6 anni per le donne)[43].

A rendere tali differenze ancora più drammatiche è la circostanza che la divaricazione delle aspettative di vita tra Nord e Sud (originariamente riscontrabile all'indomani dell'unificazione italiana[44]) era stata "chiusa", con successo, negli anni Cinquanta dello scorso secolo. Infatti, la disomogeneità originariamente registrabile nell'aspettativa di vita tra gli Stati pre-unitari era dovuta – da una parte – alle scarse condizioni igienico-sanitarie (che spiegano un'aspettativa di vita generalmente molto bassa, intorno ai 35 anni) e – dall'altra – alle peggiori condizioni di vita delle aree più densamente industrializzate (che infatti fanno registrare

39 Negli studi economici, l'aspettativa di vita ormai si associa abitualmente al "tradizionale" parametro del reddito pro-capite per misurare il benessere di una comunità. La necessità di tale integrazione ha trovato uno dei primi (e più autorevoli) sostenitori nel premio Nobel Amartya Sen, i cui studi insistono sulle ricadute sul benessere *non solo* della povertà (*i.e.*, la possibilità di soddisfare i bisogni materiali), *ma anche* della possibilità di vivere a lungo (*i.e.*, la salute) e di poter scegliere (*i.e.*, l'istruzione). A. Sen, *Resources, values and development* (trad. it., *Risorse, valori e sviluppo*), Oxford, 1984; Id., *Inequality reexamined* (trad. it., *La diseguaglianza: un riesame critico*), Oxford, 1992; Id., *Development as freedom* (trad. it., *Lo sviluppo è libertà*), New York, 1999.

40 Istat, *Statistiche. Report. Indicatori demografici anno 2024*, 31 marzo 2025, 4.

41 Il Trentino-Alto Adige si conferma la Regione italiana con la speranza di vita più alta, sia tra gli uomini (82,7), sia tra le donne (86,7).

42 Le Marche risultano la Regione del Centro dove si vive più a lungo, con un valore della speranza di vita alla nascita di 82,2 anni per gli uomini e di 86,2 per le donne.

43 La Campania, nonostante un considerevole recupero, rimane la Regione italiana con la speranza di vita più bassa, tanto tra gli uomini (79,7), quanto tra le donne (83,8).

44 Sull'analisi dell'aspettativa di vita in epoca pre-unitaria, E. Felice, *Perché il Sud è rimasto indietro*, cit., spec. 47 ss.

aspettative di vita ancora minori a Napoli, Milano, etc.)[45].

In tale contesto, le campagne di vaccinazioni obbligatorie e il miglioramento delle condizioni igienico-sanitarie ha portato significativi risultati in un lasso di tempo piuttosto ristretto; si trattava, in fondo di un risultato "facilmente" raggiungibile attraverso un ruolo di attiva direzione da parte del potere pubblico[46]. Il successo di tali misure è tale che, già negli anni Cinquanta – come si menzionava – l'aspettativa di vita nel Mezzogiorno aveva raggiunto quella del resto del Paese.

Poco dopo, però, il *trend* si inverte e "ricomincia" la divaricazione[47].

Infatti, a partire grossomodo dal 1981, si registra, nuovamente, un lento ma inesorabile peggioramento nell'aspettativa di vita tra Regioni[48], come da ultimo evidenziato nei dati sopra-riportati.

Certamente, il dato relativo all'aspettativa di vita, seppur rilevante, va preso *cum grano salis*, in quanto su di esso incidono *non solo* le prestazioni sanitarie erogate e la relativa qualità, *ma anche* – necessariamente – fattori endogeni all'individuo-paziente (*e.g.*, stili di vita, alimentazione, predisposizioni genetiche, etc.). Epperò, l'aggravamento di tali fattori endogeni di rischio nel Mezzogiorno suggeri-

---

45 Per una dettagliata analisi all'andamento storico dei dati relativi ai divari inter-regionali, anche sanitari, E. Felice, *Divari regionali e intervento pubblico. Per una rilettura dello sviluppo in Italia*, Bologna, 2007.

46 In argomento riecheggiano le suggestive riflessioni sulla governamentalità Foucaultiana, su cui in particolare, M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, 2007. Per recenti riflessioni amministrativistiche a partire dagli insegnamenti del sociologo francese, G. Tropea, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023; G. Tropea - L. Buffoni (a cura di), *Biopolitica e diritto pubblico: un binomio impossibile*, Napoli, 2025; in cui spec. L.R. Perfetti, *Biopolitica e diritto pubblico. Discorso franco e necessario*, 135 ss.

47 L'aggravamento dei divari (non solo sanitari) sostanzialmente coincide con la dismissione della Cassa per il Mezzogiorno, su cui A. Romeo, *Sviluppo economico e disuguagliane territoriali*, cit. In argomento anche, S. Cassese, *Amministrazione speciale e amministrazione ordinaria per lo sviluppo del Mezzogiorno*, in *Riv. giur. Mezz.*, 1/2011, 103 ss.; G. Barone, *Stato e Mezzogiorno (1943-60)*, cit., spec. 387 ss. (in cui l'A. rileva che fino alle crisi petrolifere degli anni Settanta, il tema dello sviluppo economico del Mezzogiorno fu la priorità della classe dirigente); Id., *Mezzogiorno e modernizzazione*, Torino, 1986. Per un'analisi della reale efficacia degli investimenti promossi dalla Cassa nei decenni, E. Felice, *Perché il Sud è rimasto indietro*, cit., spec. 110 ss.; Id., *Divari regionali e intervento pubblico*, cit., 77 ss.; A. Lepore, *Questione meridionale e Cassa per il Mezzogiorno*, in S. Cassese (a cura di), *Lezioni sul meridionalismo*, cit., 233 ss., spec. 245 ss.

48 E. Felice, *Perché il Sud è rimasto indietro*, cit., 126 ss.

sce che essi si accompagnano ad elementi di disagio sociale che finiscono per impattare (*rectius*, peggiorare) la salute degli utenti meridionali.

E d'altronde, l'esistenza di una correlazione tra salute, disagio sociale e aspettativa di vita è il presupposto di una recente modifica apportata al sistema di ripartizione, tra le Regioni, delle risorse finanziarie del Fondo Sanitario Nazionale. In particolare, la quota più cospicua del Fondo (c.d. quota di fabbisogno indistinto) verrà adesso distribuita con un criterio di ripartizione che, seppur basato – come in passato – prevalentemente sulla popolazione pesata per età, vede adesso l'introduzione *anche*: (i) dell'aspettativa di vita, e (ii) di un parametro di disagio sociale[49].

4. Tutela della salute e tendenze accentratrici

I dati relativi alla differenziazione (*rectius*, ai divari) inter-regionali nei livelli di erogazione dei LEA consegnano essenzialmente l'immagine di una sanità italiana disomogenea nella tutela diritto alla salute, finanche "limitatamente" al suo nucleo essenziale. Un'immagine che stride con il disegno costituzionale, specialmente per come innovato dopo la riforma del Titolo V Cost.

Come noto, il novellato Titolo V ha valorizzato (finanche, rafforzato) il principio autonomistico nella distribuzione di competenze tra vari livelli di governo, superando la competenza normativa generale in capo allo Stato a favore,

49 Come noto, il tradizionale criterio di ripartizione inter-regionale delle risorse in ambito sanitario è la spesa storica. Nel 1996 (legge n. 662/1996, art. 1, comma 34), alla spesa storica si affiancano ulteriori criteri di ripartizione (*i.e.*, la popolazione residente; la frequenza dei consumi sanitari per età e genere; i tassi di mortalità; gli indicatori relativi a particolari situazioni territoriali; gli indicatori epidemiologici territoriali) rimasti, però, sostanzialmente inattuati. Da allora i relativi coefficienti di distribuzione hanno subito ulteriori (ri)definizioni, di cui la più significativa è, probabilmente, quella operata dal d.lgs. n. 68/2011 (rivisto dalla l. n. 190/2014), che introduce un criterio di distribuzione inter-regionale delle risorse basato su due elementi, ovvero: (i) un *benchmark* del costo medio standard delle Regioni più virtuose nell'erogazione dei LEA, e (ii) la popolazione regionale, ponderata per età. In questo contesto, la novità a cui si fa riferimento nel testo è quella realizzata dal DM del 30 dicembre 2022 che introduce ulteriori nuovi criteri di ripartizione. Nello specifico, accanto alla già-usata quota capitaria pesata per età, (che rimane il fattore preponderante per l'allocazione delle risorse), il nuovo calcolo di distribuzione è basato su due ulteriori indicatori, volti a catturare la gravità delle condizioni sociali, ovvero: (i) il tasso di mortalità della popolazione al di sotto dei 75 anni; e (ii) un indice composito di deprivazione, a sua volta calcolato considerando, con egual peso, tre sub-indicatori, ovvero (a) l'incidenza della povertà relativa individuale, (b) la bassa scolarizzazione, e (c) la disoccupazione. In base ai nuovi criteri, le risorse saranno adesso distribuite: (i) per il 98,5% secondo il "vecchio" criterio della popolazione pesata per età, (ii) per lo 0,75% in base al tasso di mortalità sotto i 75 anni, e (iii) per un altro 0,75% in base all'indice di deprivazione composito.

invece, delle Regioni. Specificatamente in ambito sanitario, oltre alla – già ricordata – introduzione dei livelli essenziali in Costituzione (e, di poco successiva, definizione per decreto dei LEA sanitari), la valorizzazione del principio autonomistico è rinvenibile nel superamento – avallato dalla Corte costituzionale[50] – della previgente prassi di impiegare atti cc.dd. di indirizzo e coordinamento delle funzioni amministrative regionali per garantire l'uniforme applicazione della disciplina a livello nazionale[51].

E se certamente il novellato Titolo V non modifica radicalmente il modello di SSN, va opportunamente sottolineata l'espansione della capacità regionale di organizzare il proprio sistema sanitario, seppur nel rispetto di regole uniformi (*i.e.*, i principi fondamentali della tutela della salute, di competenza concorrente); elemento per nulla secondario, considerato che l'organizzazione è un aspetto fondamentale del modo in cui un diritto sociale come quello alla salute è concretamente soddisfatto[52].

Proprio l'affidamento della tutela della salute alla competenza concorrente Stato-Regioni intende(va) lasciare a queste ultime la regolazione della disciplina di dettaglio, specialmente di carattere organizzativo[53], dando così giusto riconoscimento – proprio attraverso il principio autonomistico – ai valori del plurali-

---

50 Corte cost., sent n. 329/2002.

51 A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, 3a ed., Torino, 2020, 48, 85.

52 *Ex multis*, V. Ottaviano, *Scritti giuridici*, Milano, 2022, in particolare gli scritti su: *Poteri dell'amministrazione e diritti costituzionali*, 13 ss.; *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, 33 ss.; *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, 53 ss. Si vedano anche, I.M. Marino, *Sulla semplificazione amministrativa, con particolare riferimento all'ordinamento locale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 1283 ss.; M.S. Giannini, *Autonomia (teoria gen. e dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 356 ss.; G. Pastori - D. Sorace, *Compendio dello studio sui temi giuridico-istituzionali*, in F. Fiorelli (a cura di), *Il governo delle città*, Milano, 1975; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; Id., *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986; Id., *Commento all'art 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 1975, spec. 283 ss.; A. Police, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e attribuzioni regionali: la parabola dell'eguaglianza*, in R. Cavallo Perin - A. Police - F. Saitta (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, 67 ss.; G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit. spec. 762 ss.; L.R. Perfetti, *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *PA Persona Amministrazione*, 1/2021, 15 ss.; Id., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 1/2019, 43 ss.

smo istituzionale[54] e al carattere democratico dell'organizzazione[55]; ovvero – parafrasando più autorevoli e celebri parole – "(ri)dando regionalismo alle Regioni"[56]. Pertanto, nell'effettiva portata dell'autonomia organizzativa regionale trova(va) realizzazione il principio autonomistico sancito dalla Costituzione; anzi la disciplina dei profili specifici dell'organizzazione resta(va) l'unico luogo in cui l'autonomia normativa regionale trova(va) ancora spazio[57].

Epperò, non può non rilevarsi che, in ambito sanitario, l'effettiva portata di tale autonomia organizzativa regionale finisce per essere compressa da una legislazione statale che sembra sempre più "travalicare" nel profilo organizzativo che si

---

53 In questo senso, Corte cost., sent. n. 192/2017 («L'organizzazione sanitaria [è una] componente fondamentale della tutela della salute, in quanto la relativa normativa traccia la cornice funzionale ed operativa che garantisce la qualità e l'adeguatezza delle prestazioni erogate [...]. In questa materia la legislazione dello Stato deve esprimersi attraverso norme di principio, sicché sono censurabili le norme statali che non lasciano alcuno spazio di intervento alla Regione non solo per un'ipotetica legiferazione ulteriore, ma persino per una normazione secondaria di mera esecuzione»); sent. n. 383/1998 («organizzazione e diritti sono aspetti peculiari della stessa materia, l'una e gli altri implicando e condizionandosi reciprocamente»; «non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata ai diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non sia condizionato dall'organizzazione»).

54 Sul pluralismo (in particolare, per un'analisi delle «premesse» delle teorie pluraliste della Costituzione), V. Angiolini - M. Magri, *Le insidie del regionalismo "tecnico"*, in *PA Persona Amministrazione*, 1/2025, 1 ss. Si veda anche, R. Dagostino, *Sistema delle autonomie e divari territoriali di cittadinanza*, in *Dir. e soc.*, 3/2023, 455 ss.

55 Come noto, il principio autonomistico è particolarmente valorizzato nel pensiero di Luigi Struzo, L. Sturzo, *La battaglia meridionalista*, cit. Tuttavia, nel dibattito sulla questione meridionale – succintamente riportato *supra* nota 8 – era largamente diffusa la convinzione che il principio autonomistico potesse servire da "strumento" per lo sviluppo della coscienza civile nel Mezzogiorno; così G. Salvemini, *Scritti sulla questione meridionale*, cit., spec. 86 ss. e 105 ss. (in cui l'A. afferma che «il federalismo è l'unica via per la soluzione della questione meridionale»); G. Dorso, *La rivoluzione meridionale*, cit., 274 ss. (per cui la soluzione dei problemi del Mezzogiorno consiste nella concessione di un'ampia autonomia politico-ammnistrativa, con assunzione della responsabilità da parte della classe dirigente).

56 L'ovvio riferimento è a G. Pastori, *Le Regioni senza regionalismo*, in *Il Mulino*, 2/1980, 204 ss.; analogamente anche M. Luciani, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994, 1315 ss. Il sottostante dibattito – invero, mai sopito – è stato recentemente rivitalizzato dalla c.d. Legge Calderoli, l. n. 86/2024, e – soprattutto – dalla relativa pronuncia di illegittimità dalla Corte cost., sent. n. 192/2024. Per un'analisi, G. Gardini, *Il regionalismo differenziato di fronte alla Consulta*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2025, 240 ss.

57 Corte cost., sent. n. 62/2020. Si rimanda anche a V. Fanti, *Al tempo dell'emergenza non si può ritornare all'autoritarismo di Oreste Ranelletti*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020.

intendeva – invece – lasciare alla competenza delle Regioni[58]. In particolare, proprio la definizione dei LEA attraverso standard solleva il dubbio del possibile (probabile?) "sconfinamento" nella disciplina degli aspetti organizzativi[59].

Infatti, nel caso in cui la fissazione dei livelli di assistenza, attraverso norme secondarie, raggiunge(sse) un (elevato?) grado di dettaglio anche organizzativo, si rende(rebbe) problematico il rapporto tra il grado di dettaglio di tale norma secondaria con la potestà concorrente dello Stato di stabilire solo i principi fondamentali della materia. Non a caso, proprio in merito alla fissazione di eventuali standard organizzativi, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha più volte escluso che la definizione dei livelli essenziali (seppur di esclusiva competenza statale) possa riguardare le modalità organizzative, circoscrivendo la determinazione dei livelli essenziali specificatamente agli ambiti delle prestazioni, ovvero dell'attività[60].

Epperò, i decreti di fissazione dei LEA sono emanati sulla base dell'art. 1, comma 169, l. 30 dicembre 2004, n. 311 (*breviter*, comma 169) che stabilisce la

---

58 Sia consentito rinviare a C. Nicolosi, *Telemedicina, PNRR e Piani di rientro sanitari: uniformità versus autonomia nell'organizzazione sanitaria?*, in *Amministrativ@mente*, 3/2024, 1042 ss. In argomento anche, A. Ciafardoni, *Telemedicina e livelli essenziali di assistenza nel prisma dei divari territoriali*, in *Italian papers on federalism*, 2/2025, 162 ss.

59 La Corte costituzionale conferma l'approccio legislativo di procedere tramite standard nella sent. n. 134/2006, in cui ha rifiutato la contestazione che la previsione di specifici standard presenti un carattere eccessivamente di dettaglio; considerandoli, invece, strumentali alla garanzia di maggiore uniformità nel pieno godimento dei diritti, posto che il regolamento che li definisce venga emanato previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni.

60 A questo proposito, si può richiamare Corte cost., sent. n. 88/2003 (in cui una serie di obblighi organizzativi – previsti con decreto ministeriale – vennero giudicati una compressione eccessiva e ingiustificata dell'autonomia organizzativa); sent. n. 371/2008 (in cui la Corte afferma che «...nella giurisprudenza di questa corte la fissazione dei livelli essenziali di assistenza si identifica esclusivamente nella "determinazione degli standard strutturali e qualitativi delle prestazioni, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale", non essendo "pertanto inquadrabili in tale categoria le norme volte ad altri fini, quali, ad esempio [...] la regolamentazione dell'assetto organizzativo e gestorio degli enti preposti all'erogazione delle prestazioni"»); sent. n. 192/2017 (per cui «[l]a competenza statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, in linea di massima, concerne la fissazione del livello strutturale e qualitativo delle prestazioni; solo in circostanze eccezionali, segnatamente quando ricorrano imperiose necessità sociali, può spingersi oltre»); da ultimo, sent. n. 114/2025 (che dichiara illegittima la norma – contenuta nel c.d. decreto liste d'attesa, DL n. 73/2024 – che affidava allo Stato l'approvazione dei piani triennali del fabbisogno del personale sanitario regionale).

fissazione di «standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi» relativi all'erogazione delle prestazioni rientranti nei LEA; una formula, quindi, ampia abbastanza da ricomprendervi – pur non menzionandoli esplicitamente – standard di natura *anche* organizzativa.

E infatti, si rileva che il sopra-menzionato DM n. 70/2015 (di specificazione della macrocategoria LEA dell'assistenza ospedaliera)[61] raggiunge un livello di dettaglio talmente elevato (ad esempio, in riferimento ad alcune disposizioni relative al personale[62] e alla definizione di un nuovo modello per l'assistenza territoriale[63]) da adombrare un possibile "sconfinamento" nell'ambito organizzativo, a detrimento dell'autonomia organizzativa regionale. In tal senso, va segnalato che – in parziale controtendenza con la precedente giurisprudenza costituzionale – le più recenti pronunce della Corte tendono a sacrificare gli spazi di autonomia organizzativa regionale in ambito sanitario, in virtù della necessità di assicurare

61 Decreto Ministeriale 2 aprile 2015 n. 70. Si tratta di un decreto di attuazione della c.d. *spending review* in sanità del 2012, della quale, infatti, il decreto sviluppa gli indirizzi, incluso il controverso parametro della riduzione dei posti letto ospedalieri. Con specifico riferimento alla legittimità di questi ultimi, Corte cost., sent. n. 125/2015, in cui è dichiarato incostituzionale l'obbligo di riduzione dei posti letto ospedalieri (presumibilmente, uno standard strutturale, sebbene la ricorrente ne contestasse la natura organizzativa) nella parte in cui esso era applicabile alle Province autonome.

62 Ad esempio, All. 1, artt. 6.2 («Nei presidi ospedalieri il rapporto percentuale tra il numero del personale del ruolo amministrativo e il numero totale del personale non può superare il valore del 7 per cento»); e 6.4 («Va promossa una completa informatizzazione delle procedure e dei servizi, compresa la gestione dei rapporti con il pazienti e prestatori di assistenza (c.d. caregiver) informali per il monitoraggio e consulenza on-line»).

63 Vale la pena rilevare che le basi giuridiche del decreto non sembrano adeguatamente supportare una (ri)definizione del modello di assistenza territoriale. Vero, infatti, che il comma 169 sancisce che «...sono individuati le tipologie di assistenza e i servizi, relativi alle aree di offerta individuate dal vigente Piano sanitario nazionale». Tuttavia, anche volendo concedere che nessuno degli elementi portanti di tale modello di assistenza sia riferibile alla tutela della salute e che tutti tali elementi siano configurabili come specificazione dei livelli essenziali (e quindi, opportunamente specificati dalla norma secondaria), va rilevata una non perfetta sovrapponibilità tra le previsioni del DM n. 70/2015 e le macro aree di offerta individuate dal Piano sanitario nazionale 1998-2000, vigente al momento dell'entrata in vigore del comma 169. Da allora, tra l'altro è noto che il ruolo di quadro generale di riferimento del Piano sanitario nazionale sia andato attenuandosi e abbia perso cogenza, risultando nell'abbandono del Piano come strumento programmatorio. *Infra*, para. 6.

l'uniformità delle prestazioni nel territorio[64].

E in effetti, più aumenta il grado di specificazione (qualitativa, strutturale, tecnologica e quantitativa) degli standard di definizione dei livelli essenziali, più diventa difficile distinguere – in concreto – i limiti tra la potestà statale concorrente sulla tutela della salute e quella esclusiva sulla determinazione dei livelli essenziali, con la conseguente compressione degli spazi di autonomia organizzativa che il riformato Titolo V intendeva promuovere[65].

Ciò sembra confermato anche dalla previsione di una ulteriore – più recente – base giuridica (in aggiunta al comma 169) per la definizione degli standard dei livelli essenziali: l'art. 1, comma 274, l. 30 dicembre 2021, n. 234 (*breviter*, comma 274) il quale prevede – adesso esplicitamente – la fissazione di standard *anche* organizzativi, (oltre che quantitativi, qualitativi, tecnologici e omogenei) per l'assistenza territoriale. Non a caso, il comma 274 è specificatamente indicato tra le basi giuridiche del recente DM n. 77/2022 per lo sviluppo dell'assistenza territoriale.

---

64 Corte cost., sentt. nn. 125/2015; 192/2017 (pur riconoscendo che «[l]a competenza statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., [...] concerne la fissazione del livello strutturale e qualitativo delle prestazioni; e solo in circostanze eccezionali, segnatamente quando ricorrano imperiose necessità sociali, può spingersi oltre...», specifica, subito dopo, che «la deroga alla competenza legislativa delle Regioni, in favore di quella dello Stato, è ammessa nei limiti necessari ad evitare che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato»). Si veda anche Corte cost., sent. n. 231/2017 (in cui la Corte (ri)conferma che la competenza relativa alla definizione dei livelli essenziali è funzionale alla garanzia dell'eguale godimento delle prestazioni sul territorio nazionale. Nella stessa pronuncia, in presumibile controtendenza rispetto alla precedente decisone n. 125/2015, la Corte questa volta riconduce la fissazione del famigerato standard relativo alla riduzione dei posti letto nell'alveo delle competenze *ex* art. 117, comma 2, lett. m), Cost.; negandone, quindi, l'inquadramento – che pure sembrava stabilito nella sentenza n. 125/2015 – nella potestà concorrente sulla tutela della salute).

65 Corte cost., sent. n. 231/2017 (in cui la Corte ha riconosciuto che quando le disposizioni impugnate incidono simultaneamente su una pluralità di competenze tra loro inestricabilmente connesse, non si riesce a far prevalere una potestà piuttosto che un'altra; l'unico modo di ricomporre tale intreccio è ricorrere all'interpretazione conforme per trovare, ove possibile, un adeguato bilanciamento tra le esigenze unitarie – inclusa la garanzia dei livelli – e le prerogative delle Regioni). Analogamente, A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 55 (in cui l'A. afferma che non è sempre semplice definire quanto delle scelte in materia di organizzazione sia qualificabile come principio fondamentale della materia; stante anche la tendenza del legislatore nazionale a dettare norme puntuali anche in quest'ambito. Inoltre, la l'esigenza di garanzia dell'uguaglianza, in alcuni casi, rischia di avere effetti troppo limitativi dell'autonomia regionale).

Possibilmente, quindi, gli spazi di autonomia organizzativa, in ambito sanitario, delineati dalla riforma del Titolo V, potrebbero essere sopravvissuti limitatamente o solo in parte; a fronte, invece, di una (probabile?) compressione dell'autonomia organizzativa delle Regioni, avallata dalla legislazione statale e dalla recente giurisprudenza costituzionale, con l'obiettivo di promuovere l'uniformità regionale in ambito sanitario.

Obiettivo, però, che i dati evidenziano *non* essere stato raggiunto.

5. Segue, (ulteriori) tendenze accentratrici: Piani di rientro sanitari e (dis)eguaglianze territoriali

In base a quanto sopra esposto, è lecito (perlomeno) sollevare dubbi sull'effettiva portata, in generale, dell'autonomia organizzativa regionale in ambito sanitario. Tuttavia in alcuni casi, non possono residuare incertezze sulla sua effettiva compressione (*rectius*, soppressione). Il riferimento è ai cc.dd. Piani di rientro sanitari, ovvero i programmi di riorganizzazione, formalmente straordinari e di durata triennale, stipulati tra i Ministri della salute e dell'economia e delle finanze con le singole Regioni in deficit[66].

I Piani sanitari hanno l'obiettivo di aumentare l'efficienza tramite la razionalizzazione delle risorse (*rectius*, il taglio della spesa) e – significativamente – la riorganizzazione dei servizi sanitari regionali in disavanzo[67]. Le specifiche caratteristiche di ogni riorganizzazione regionale sono sancite nelle norme contenute negli accordi operativi allegati, il cui grado di dettaglio appare talmente elevato da

66 I Piani di rientro sanitari (ovvero, «i programmi operativi di riorganizzazione, di riqualificazione o di potenziamento del Servizio sanitario regionale, di durata non superiore al triennio») sono stati formalmente introdotti dall'art. 1, comma 180, l. 30 dicembre 2004, n. 311. Tuttavia, si segnala che già l'art. 19-*ter*, d.lgs. n. 502/1992 (introdotto dal d.lgs. n. 229/1999) sanciva la possibile limitazione dell'autonomia regionale in materia sanitaria, prevedendo l'intervento dello Stato allorquando si presentassero disomogeneità qualitative nell'erogazione dei servizi e delle carenze strutturali di tipo finanziario. In argomento, A. Patanè, *I piani di rientro sanitari. Studio sulle questioni costituzionali sottese all'applicazione dell'Accordo tra Stato e Regione per garantire la tutela della salute*, 2a ed., Pisa, 2024.

67 Per quanto applicati a realtà regionali difformi, è possibile rintracciare un contenuto, comune a tutti i Piani di rientro, che stabilisce: (i) la riorganizzazione della rete ospedaliera (e il contenimento della relativa spesa), soprattutto in ordine all'equilibrio tra offerta pubblica e offerta privata accreditata; (ii) il contenimento della spesa farmaceutica, e (iii) la diminuzione della spesa per il personale. *Ibidem*, 62 ss.

sembrare idoneo a (ri)mettere in discussione l'effettivo superamento dei sopramenzionati atti di indirizzo e coordinamento, ritenuti (troppo frettolosamente?) superati dalla riforma del Titolo V[68].

I Piani, infatti, implicano la pressoché totale soppressione dell'autonomia organizzativa delle Regioni ad essi soggette. Tra l'altro, gli effetti dei Piani di rientro non si limitano all'autonomia organizzativa, ma impongono altresì una significativa riduzione anche delle competenze legislative delle Regioni interessate, per cui è previsto l'obbligo di eliminare ogni provvedimento legislativo regionale in contrasto con quanto previsto dal Piano, incluse – senza sorpresa, considerato l'obiettivo di riduzione della spesa – le iniziative volte ad ampliare la portata dei servizi erogati[69].

L'attuale mappa dei Piani di rientro in vigore divide – drammaticamente – l'Italia del Nord (in cui *nessuna* Regione è sottoposta a Piano di rientro), dal Mezzogiorno, in cui praticamente *tutte* le Regioni (con le sole esclusioni della Basilicata e della Sardegna) sono soggette a Piani di rientro. Ad accrescere ulteriormente la gravità del divario, contribuisce anche constatare *sia* che, negli anni, solo un numero ridottissimo di Regioni ha completato con successo il percorso di rientro[70]; *sia* che, sebbene formalmente triennali, i Piani durano, sostanzialmente, *sine die*[71]. Differenziando vistosamente l'autonomia (non solo organizzativa)

68 In argomento, E.S. Castorina, *La riforma del Titolo V della Costituzione: Quadro riassuntivo e aspetti problematici della legge costituzionale 18 ottobre 2001*, in *Annuali seminario giuridico*, 3/2003, 26 ss.

69 La Corte costituzionale si è più volte pronunciata sugli (eventuali?) confini del coordinamento statale in ambiti di competenza legislativa concorrente (tutela della salute e contenimento della spesa pubblica) in presenza di Piani di rientro, sancendo la prevalenza del principio di coordinamento della finanza pubblica (e l'elevato grado di dettaglio dei Piani) sull'autonomia organizzativa regionale dei servizi sanitari. Conseguentemente, la Corte ha precluso, alle Regioni sottoposte a piani di rientro, la possibilità di effettuare spese per erogare prestazioni *extra* rispetto ai livelli essenziali, ovvero incrementare non solo le prestazioni in essi non rientranti, ma anche la popolazione degli utenti che possono usufruire dei livelli essenziali. Si vedano ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 193/ 2007; 217/2020; 104/2013; 190/2022; 142/2021; 166/2020; 134/2023.

70 Specificatamente tre: Liguria (sottoposta a Piano di rientro dal 6 marzo 2007 al 10 arile 2010), Sardegna (dal 31 luglio 2007 al 31 dicembre 2010) e Piemonte (dal 29 luglio 2010 al 21 marzo 2017).

71 Il Lazio dal 28 febbraio 2007, l'Abruzzo dal 6 marzo 2007, la Campania dal 13 marzo 2007, il Molise dal 21 marzo 2007, la Sicilia dal 31 luglio 2007, la Calabria dal 17 dicembre 2009, e la Puglia dal 29 novembre 2010.

del sistema sanitario delle Regioni del Nord da quello delle Regioni del Mezzogiorno per periodi – nella maggior parte dei casi – quasi ventennali, appare chiara la (vistosa) rilevanza (*rectius*, l'inevitabile impatto) dei Piani di rientro nella sopra-riscontrata (p)e(r)sistenza dei divari sanitari.

Specificatamente, appare immediatamente evidente la loro utilità "limitata", in quanto – seppur possano risultare strumentali all'abbassamento del livello di spesa – essi si rivelano inadeguati *sia* a porre le basi per un miglioramento duraturo dello specifico servizio sanitario regionale a cui si applicano (come dimostrato dalla loro durata sostanzialmente *sine die*), *sia* ad assicurare la tutela del nucleo essenziale del diritto della salute. Sembra, infatti, significativo rilevare che ben la metà (quattro su otto)[72] delle sopra-menzionate Regioni inadempienti nel 2023 nell'erogazione di LEA, sia *anche* sottoposta a Piani di rientro. Ciò considerato, non sembra possibile escludere che la prassi dei Piani di rientro possa contribuire ad *aggravare*, piuttosto che a *mitigare*, il divario sanitario tra le Regioni. Sembrerebbe, quindi, opportuno ripensare le caratteristiche dello strumento *non prevalentemente* (*non solo*?) in chiave di riduzione della spesa; *ma anche* di effettiva tutela.

6. L'effettività della tutela e il (mancato) ruolo della programmazione

Come già menzionato, la riforma del Titolo V intende(va) promuovere l'autonomia organizzativa regionale in ambito sanitario, e tramite di essa il principio autonomistico[73]. Quest'ultimo costituisce certamente un principio fondamentale del disegno repubblicano, *non solo* come strumento per l'allocazione delle competenze tra i livelli di governo (con la valorizzazione di quelli sub-statali)[74],

72 Specificatamente, il Molise, l'Abruzzo, la Sicilia e la Calabria.

73 Sulle aspirazioni della riforma del Titolo V più o meno (ir)realizzate, *ex multis*, E. Carloni, *La differenziazione attesa, la differenziazione praticata: spunti su autonomie regionali e digitalizzazione pubblica*, in *Ist. del federalismo*, 2/2023, 299 ss.

74 M.S. Giannini, *Il decentramento nel sistema amministrativo*, in Aa.Vv., *Problemi di amministrazione pubblica*, Bologna, 1958, 155 ss., ora in Id., *Scritti*, Milano, 2004, 154 ss.; F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996; G. Pastori, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1/2002, 85 ss. Per un approfondimento del principio di sussidiarietà orizzontale, B. Giliberti, *L'amministrazione condivisa: co-programmazione e co-progettazione nel Terzo settore tra autonoma iniziativa delle formazioni sociali e poteri delle pubbliche amministrazioni*, Intervento al Convegno nazionale Associazione italiana dei professori di diritto

ma anche (*soprattutto*?) come strumento di tutela dei diritti fondamentali[75].

Ciò considerato, quanto sopra esposto in merito alla progressiva compressione dell'autonomia organizzativa regionale in ambito sanitario – fino alla sua sostanziale soppressione nelle Regioni sottoposte a Piani di rientro – mortifica il disegno costituzionale *non solo* per (l'eccessiva?) "centralizzazione", *ma anche* (*soprattutto*?) perché neanche il "sacrificio" dell'autonomia organizzativa regionale si rivela in grado di garantire i diritti fondamentali; come emerge – in modo emblematico – dalla tendenziale coincidenza tra Regioni sottoposte a Piani di rientro e Regioni inadempienti nell'erogazione del nucleo essenziale del diritto alla salute costituito dai LEA.

In apparente controtendenza rispetto alla sopra-richiamata propensione accentratrice, va segnalata la sostanziale rinuncia all'attività di programmazione dello Stato[76]; invero mai davvero sviluppata (almeno, fino al recente interessamento post-pandemico di stampo unionale), sebbene probabilmente indispensabile a garantire – seppur in un contesto maggiormente "regionalizzato" – il raggiungimento di obiettivi comuni (*rectius*, di tutele fondamentali)[77].

---

amministrativo "Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere", Università degli Studi di Napoli Federico II, 29-30 settembre 2023, ora in *PA Persona Amministrazione*, 1/2024, 417 ss. Per un'analisi del principio di sussidiarietà orizzontale ai tempi della crisi pandemica, A. Barone, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *PA Persona Amministrazione*, 1/2020, 185 ss.; Id., *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it*, aprile 2020.

75 V. Ottaviano, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, cit.; *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*; A. Barone, *L'organizzazione amministrativa per lo sviluppo economico e sociale nel pensiero di Vittorio Ottaviano*, in *Dir. amm.*, 2/2024; 323 ss.; 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.; più di recente, Id., *Le Regioni tra poteri e società*, cit.; A. Barone, *Populismo securitario e sovranismi locali*, in *PA Persona Amministrazione*, 1/2025, 37 ss. Si rimanda anche alla già citata sentenza della Corte cost., n. 383/1998 («organizzazione e diritti sono aspetti peculiari della stessa materia, l'una e gli altri implicando e condizionandosi reciprocamente»; «non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata ai diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non sia condizionato dall'organizzazione»).

76 In argomento, A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 90 (in cui l'A. sottolinea che il legislatore statale tende a lasciare margini di differenziazione più ampi su aspetti strategici e di principio; e a dettare, invece, norme di organizzazione anche puntuale relative a profili più strettamente gestionali).

77 In generale sulla programmazione, I.M. Marino, *Aspetti giuridici della programmazione: programmazione e mete sociali*, in *Dir. e soc.*, 1/1990, 21 ss.; Id., *La programmazione come*

Il tradizionale strumento di programmazione sanitaria era il Piano sanitario nazionale, già disciplinato dalla l. n. 833/1978 che collocava la funzione programmatoria al centro del funzionamento del sistema sanitario[78]. Tuttavia, è nota la sostanziale rinuncia, del legislatore nazionale, alla funzione programmatoria. Basti pensare che la programmazione nazionale non giunse mai a compimento in vigenza della legge n. 833/1978 (e pertanto, neanche le conseguenti programmazioni regionali); circostanza che contribuì alla progressiva crisi di funzionamento del sistema per sfociare, alfine, nelle riforme degli anni Novanta.

Anche nel riformato contesto degli anni Novanta e di ripensamento operato dal d.lgs. n. 502/1992, la programmazione sanitaria ha continuato a collocarsi *formalmente* al centro del sistema sanitario. Tuttavia, *sostanzialmente* si registra un continuato decennio di scarsi successi programmatori, a cui certamente non giovarono *né* la diffusa sfiducia – di stampo neoliberale – nelle virtù delle programmazioni (non solo) economiche[79], *né* la maggiore attenzione alla riduzione

---

«sistema giuridico», in *Dir. e soc.*, 3/1990, 427 ss. (ora entrambi in A. Barone (a cura di), *I.M. Marino. Scritti giuridici*, cit., rispett. 681 ss., 719 ss.); M.S. Giannini, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1983, 629 ss.; Id., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 130 ss.; F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, 130 ss.; V. Spagnuolo Vigorita, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 268 ss.; V. Bachelet, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 904 ss. Più di recente, F. Cimbali, *Il tempo della pianificazione territoriale*, Bari, 2019; M. D'Orsogna, *Pianificazione e programmazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 4298 ss.; R. Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. e soc.*, 4/2012, 648 ss. In particolare sulla programmazione sanitaria, R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2/2020, 307 ss.; N. Rangone, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2007, spec. 103 ss.; R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2020, 192 ss. Sull'influenza dei mutamenti istituzionali sul concetto di programmazione, G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 60 ss.; F.G. Scoca, *Attività amministrativa,* in *Enc. dir.*, Milano, 2002, 79 ss.

78 Nella legislazione del 1978, la sequenza della programmazione partiva da quella economica nazionale (riferita, quindi, *non* unicamente alla sanità). Il Piano sanitario nazionale (da approvare con legge) avrebbe dovuto individuare: le linee generali di indirizzo, le misure precettive necessarie alla sua attuazione, gli strumenti di verifica, i (già allora esistenti) livelli di assistenza, la consistenza del fondo sanitario, le indicazioni per il relativo riparto tra le Regioni, etc. Al Piano sanitario nazionale avrebbero dovuto fare seguito i Piani sanitari regionali contenenti misure attuative.

79 In argomento, si ritengono insuperabili le riflessioni Foucaultiane sulla «fobia di stato» e sulle politiche sociali, M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France 1978-1979*, Milano, 2015.

della spesa pubblica[80]. Si arriva così alla riforma del Titolo V.

Sebbene, come più volte rimarcato, la riforma sottenda una significativa valorizzazione delle competenze regionali, va sottolineato che – specificatamente in ambito sanitario – la novella costituzionale *non* può essere intesa come legittimazione della rinuncia *tout court* dello Stato ad esercitare – magari in modo più "concertato" – la propria funzione programmatoria. In altre parole, la (legittima) programmazione non va assimilata agli atti di indirizzo e coordinamento che invece non trovano più collocazione alla luce del riformato Titolo V. Al di là, infatti, della competenza statale esclusiva per la fissazione dei livelli essenziali, il novellato art. 117 Cost. affida la competenza legislativa, riferita alla tutela della salute, in modo *concorrente* tra Stato e Regioni; da cui non può non derivarsi la continua(ta) legittimità – ed opportunità – dell'attività di programmazione statale, come tra l'altro sembra indicare anche la giurisprudenza costituzionale[81].

Ciò nonostante, è continuata a mancare un'efficace attività di programmazione sanitaria nazionale[82]. In proposito, si segnala lo svuotamento dei precedenti Piani sanitari *sia* di *reale significato*, basti considerare che il più recente Piano

80 Per interessanti riflessioni sul rapporto tra economia e diritto, R. Manfrellotti, *Potere economico e Costituzione materiale*, Intervento al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti "Democrazia, oggi", Università di Modena, 10-11 novembre 2017, ora in *Rivista AIC*, 3/2018, 229 ss., spec. 230 ss.

81 La Corte costituzionale ha riconosciuto come legittima l'adozione, da parte dello Stato, del Piano sanitario nazionale contenente funzioni di governo dell'intero sistema. In merito, la Corte sottolinea la necessità di salvaguardare la natura partecipata del procedimento, attraverso l'intesa da raggiungersi in Conferenza Stato-Regioni. La sent. n. 134/2006 ha, infatti, dichiarato incostituzionale il testo originario del comma 169 nella parte in cui prevedeva l'adozione del regolamento dopo aver, meramente, «sentito» la Conferenza Stato-Regioni, anziché «previa intesa» con la medesima. Poiché il comma 169 sanciva «la medesima procedura» per «l'individuazione delle tipologie di assistenza e i servizi, relativi alle aree di offerta individuate dal vigente Piano sanitario nazionale», si estende, procedendo a "rime obbligate", l'obbligo dell'intesa anche alle parti del regolamento del Ministro della salute riferite all'individuazione delle tipologie di assistenza e dei servizi. Infatti, nell'interpretazione della Corte cost., il sistema delle Conferenze (e più in generale, il principio di leale collaborazione) è uno dei tratti caratterizzanti della riforma del 2001; in proposito, Corte cost., sent. n. 351/2016; 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*, 1-2/2017, 119 ss.

82 Alla quale sembra aver – almeno momentaneamente – sopperito l'Unione europea, nel periodo post-pandemico, con il relativo ripensamento (anche in chiave più digitale) dei sistemi sanitari degli Stati membri e lo stanziamento di ingenti fondi per facilitarne la ripresa e la resilienza.

adottato risale al triennio 2006-2008 (!); *sia* di *reali contenuti*, laddove numerose scelte che erano originariamente formulate nel Piano, sono state "spostate" ad altri momenti di confronto tra i livelli di governo. Così è per i LEA (adesso fissati con decreto governativo, previa intesa Stato Regioni), ma anche per le scelte di finanziamento della politica sanitaria (tra l'altro, spesso reindirizzate all'interno del federalismo fiscale[83]).

Al sostanziale abbandono del Piano sanitario è corrisposta l'adozione di altri strumenti dall'apparente aspirazione programmatoria. Il riferimento è *in primis* ai Patti per la salute che però – certamente – non sono configurabili come strumenti di programmazione, in quanto si rivela(va)no principalmente orientati ad una maggiore efficienza nell'impiego delle risorse[84]. Ad ogni modo, anche questo strumento risulta abbandonato, considerato che il più recente Patto per la salute risale al triennio pre-pandemico 2019-2021 (!).

Rilevante appare, invece, che alla sostanziale rinuncia della funzione programmatoria e all'effettivo abbandono dei principali strumenti[85] che potessero avere una valenza in tal senso, ha fatto da contraltare l'uso dei già citati Piani di rientro sanitari. I Piani di rientro – evidentemente – non possono essere considerati strumenti di programmazione, in quanto essenzialmente diretti al contenimento della spesa e alla razionalizzazione dei costi. Ciò considerato, risulta particolarmente emblematico che i più efficaci (*rectius*, gli unici superstiti) strumenti di ripensamento delle scelte organizzative regionali e dell'impiego delle risorse siano quelli che *non solo* sono prevalentemente diretti al "mero" contenimento dei

83 Come noto, negli anni Novanta, il processo di decentramento sperimentato nella tutela della salute non si è, infatti, limitato all'autonomia amministrativa e funzionale, ma si è spinto oltre, realizzando prime forme di autonomia fiscale. Sono da leggere in tale direzione l'introduzione dell'Irap e dell'addizionale regionale all'Irpef nel 1997, due tributi pensati proprio per finanziare proprio la spesa sanitaria regionale.

84 Fra le finalità del Patto è generalmente ricompreso anche il miglioramento della qualità dei servizi. Ciò nonostante, la sua funzione principale è garantire l'unitarietà del sistema nell'impiego delle risorse economiche per la sostenibilità del servizio. A tal fine lo scopo è realizzare un contenimento della spesa pur nella – per lo meno dichiarata – garanzia del pieno soddisfacimento dei bisogni di salute. A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 137.

85 Sopravvive una serie di piani secondari finalizzati *sia* al coordinamento di attività sanitarie (*e.g.*, piano pandemico, piano nazionale delle cronicità, piano nazionale dei tempi di attesa, etc.), *sia* alla ricerca (*e.g.*, programma nazionale di ricerca sanitaria, programma nazionale valutazione esiti, etc.).

costi, *ma anche* che i dati sul monitoraggio dei LEA rivelano tendenzialmente incapaci di tutelare, in modo sufficiente, il diritto alla salute.

7. La "promessa" della telemedicina (e la sua progressiva integrazione nel sistema sanitario nazionale)

Quanto sopra esposto rivela criticità *sia* nell'effettiva tutela della salute, *sia* nella concreta realizzazione del principio autonomistico che pure si era voluto valorizzare con la riforma del Titolo V[86]. È in questo contesto che la tutela della salute (e dei relativi LEA) si appresta ad essere sempre più ripensata – e finanche, diversamente declinata – dall'avvento delle nuove tecnologie digitali (*e.g.*, la telemedicina, ma anche l'intelligenza artificiale[87]) che promettono importanti miglioramenti in termini di efficienza *sia* nella diagnostica, *sia* nella concreta erogazione delle prestazioni sanitarie[88].

In particolare, la telemedicina spesso si associa ad aspettative (*rectius*, speranze) di riduzione del divario sanitario inter-regionale. Infatti, oltre che per gli auspicati benefici in termini di maggiore efficacia ed efficienza, la telemedicina viene indicata come possibile propulsore della sanità territoriale, in quanto ido-

86 Per un bilancio sulla riforma del Titolo V, G. Falcon, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 2017, 629 ss.

87 Al riguardo, si segnala che la recente l. n. 132/2025 sull'intelligenza artificiale contiene una norma specifica per regolamentarne l'utilizzo in ambito sanitario, con l'obiettivo di favorire lo sviluppo di soluzioni tecnologiche avanzate a supporto della diagnosi precoce, del monitoraggio dei pazienti e dell'efficacia terapeutica (art. 7), fermo restando il principio per cui i sistemi di intelligenza artificiale devono essere di supporto al medico, senza mai sostituirsi alla decisione clinica umana. Sulla c.d. riserva di umanità, G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Milano, 2023. Si segnala anche l'avvio (nell'ambito della Missione 6 del PNRR), da parte di Agenas, della Piattaforma MIA (*i.e.*, Medicina & Intelligenza Artificiale) che si propone di promuovere l'uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario, specialmente nelle aree della: (i) attività diagnostica di base (per fornire suggerimenti su diagnosi, esami da effettuare e indicazioni su percorsi terapeutici iniziali); (ii) gestione della cronicità (per offrire strumenti per il monitoraggio personalizzato dei pazienti con patologie croniche); e (iii) prevenzione e promozione della salute (per visualizzare le campagne di sensibilizzazione attive a livello nazionale e regionale, supportare l'identificazione dei pazienti idonei a programmi di *screening* e vaccinazione, e fornire suggerimenti personalizzati in base ai fattori di rischio individuali). Sull'avvio e il funzionamento della Piattaforma MIA, M. Bartoloni, *L'intelligenza artificiale sbarca negli studi dei medici di famiglia*, in *Il sole 24 ore*, 13 gennaio 2026, 22.

88 In argomento, M. Matassa, *Colmare i divari. Come le nuove tecnologie promettono di rivoluzionare la sanità italiana*, in *Federalismi.it*, aprile 2025; V. Di Capua, *AI and Disease Diagnosis: Legal Aspects*, in *Corti supreme e salute*, 1/2024, 343 ss. Si segnala anche la rubrica Technology Quarter della Rivista The Economist, edizione del 30 marzo 2024, dedicato alla sanità digitale. Più di recente, nella stessa Rivista, *How Labour should save the NHS. Among all its ideas, the most important is to go all-in for digital transformation*, 29 maggio 2025.

nea *sia* a garantire servizi in aree fortemente disagiate (*e.g.*, piccole isole[89]), *sia* a valorizzare la casa del paziente come primo luogo di cura[90]. Significative (sebbene, più incerte nel breve periodo) sono anche le promesse della telemedicina in termini di risparmio per la spesa pubblica[91].

Nello specifico, la telemedicina indica le pratiche mediche "a distanza", ovvero caratterizzate dalla presenza non contestuale medico-paziente, che interagiscono attraverso sistemi di comunicazione digitale[92]. Tale pratica è stata specificatamente riconosciuta, a livello giuridico-ordinamentale, già nel 2014, con le Linee di indirizzo nazionali per lo sviluppo di servizi di telemedicina[93]; e successivamente ulteriormente delineata nelle Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni di telemedicina del 2020[94]. Tuttavia, è certamente l'esperienza pandemica che ha impresso un'accelerazione all'integrazione della telemedicina nel sistema sanitario nazionale, favorita *sia* dalla generale diffusione delle esperienze da remoto, *sia* dagli (ingenti) fondi del PNRR specificatamente destinati alla telemedicina[95].

---

89 F. Saitta, *La tutela della salute nelle isole minori: il punto della situazione*, in *Sanità pubbl. priv.*, 2017, 5 ss.; V. Molaschi, *La tutela della salute nelle periferie: problemi e prospettive di intervento*, in *Nuove autonomie*, 3/2016; 455 ss.

90 *Ex multis*, J.B. Auby, *La digitalizzazione come motore dell'evoluzione dell'organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Ist. del federalismo*, 2/2023, 389 ss.

91 In argomento, si veda, M. Campagna, *Linee guida per la telemedicina: considerazioni alla luce dell'emergenza covid 19*, in *Corti supreme e salute*, 3/2020, 599 ss.; L. Ferraro, *La telemedicina quale nuova (e problematica) frontiera del diritto alla salute*, in *Diritto dell'informazione informatica*, 2022; F. Giglioni, *L'organizzazione territoriale per il presidio del diritto alla salute*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2020; A.M. Sandulli (a cura di), *L'assistenza domiciliare integrata*, Napoli, 2021; A. Pioggia, *Quale sostenibilità per il servizio sanitario italiano?*, in *Dir. amm.*, 3/2024, 721 ss. Per un'analisi divulgativa, The Economist, *Can artificial intelligence make health care more efficient?*, 27 marzo 2024.

92 Sugli aspetti comparati della telemedicina, si veda la sezione monografica della Rivista *European Review of Digital Administration & Law (Erdal)*, 1/2023, a cura di M.B. Andreu Martínez - V. Molaschi - O. Renaudie.

93 Approvate tramite intesa dalla Conferenza Stato-Regioni il 20 febbraio 2014, Rep. Atti n. 16/CSR.

94 Adottate, con Accordo in Conferenza Stato-Regioni del 17 dicembre 2020 Rep. Atti n. 215/CSR.

95 Attività previste dal PNRR Missione 6 (salute) Componente 1 (Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale) e Componente 2 (Innovazione, ricerca e digitalizzazione del Servizio Sanitario).

È proprio su impulso della ripresa e resilienza auspicata (*rectius*, delineata) dal PNRR che, nel 2022, vengono emanati ulteriori decreti che intendono integrare la telemedicina nel sistema sanitario nazionale, ovvero: il già-menzionato DM n. 77/2022 (che introduce standard di telemedicina all'interno del modello dell'assistenza territoriale)[96]; le Linee guida organizzative del modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare (che parimenti include le prestazioni di telemedicina)[97]; e le ulteriori Linee guida per i servizi di telemedicina[98]. Queste ultime, identificano (*rectius*, circoscrivono) le prestazioni di telemedicina da finanziare con le risorse del PNRR, in modo omogeneo a livello nazionale, in termini di: (a) televisita; (b) teleconsulto; (c) telemonitoraggio; e (d) teleassistenza. Queste tele-prestazioni sanitarie sono state, a loro volta, più recentemente oggetto di documenti analitici ad opera dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, (*breviter*, Agenas), sul modello di erogazione specifico per ciascuna tele-prestazione[99].

Inoltre, prosegue il percorso, diretto da Agenas, di predisposizione ed avvio della c.d. Piattaforma (o infrastruttura) nazionale di telemedicina che mira – tra l'altro – a favorire l'implementazione omogenea dei percorsi di telemedicina su

96 Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale.

97 Ministero della Salute, Decreto 29 aprile 2022.

98 Ministero della Salute, Decreto del 21 settembre 2022.

99 I quattro documenti si riferiscono, ciascuno, ad una delle quattro tele-prestazioni sanitarie per come definite dall'Accordo Stato, Regioni e Provincie Autonome del 17 dicembre 2020, Rep. Atti n. 215/CSR; ovvero: (i) teleassistenza, atto professionale-sanitario che si realizza attraverso un'interazione a distanza tra il professionista e il paziente o *caregiver*, con l'obiettivo di sostenere la gestione della condizione di salute, promuovere il benessere e garantire la continuità assistenziale nel contesto domiciliare o di vita; (ii) teleconsulto, atto medico – sincrono a asincrono – in cui il professionista interagisce a distanza con uno o più medici per dialogare, anche tramite una videochiamata, riguardo la situazione clinica di un paziente, basandosi primariamente sulla condivisione di tutti i dati clinici, condivisi per via telematica; (iii) televisita, atto medico in cui il professionista interagisce a distanza in tempo reale con il paziente, anche con il supporto di un *caregiver*, limitata alle attività di controllo di paziente la cui diagnosi sia già stata formulata nel corso di visita in presenza; e (iv) telemonitoraggio e telecontrollo, prestazioni medico-assistenziali svolte secondo una sequenza strutturata in base alle necessità dei pazienti, con la differenza che il telecontrollo monitora l'andamento di una condizione clinica perlopiù stabile, come tipico delle patologie croniche; mentre il telemonitoraggio è destinato a patologie già diagnosticate e a rischio di evoluzione rapida.

tutto il territorio nazionale[100]. In proposito, il 30 settembre 2022 è stato emanato il Decreto del Ministero della salute contenente le Linee di indirizzo per i servizi di telemedicina, ovvero le procedure di selezione delle soluzioni di telemedicina e diffusione sul territorio nazionale e i meccanismi di valutazione delle proposte di fabbisogno regionale. Inoltre, seppur ancora in fase di avvio, la Piattaforma nazionale di telemedicina è stata presentata da Agenas in un evento dedicato, tenutosi il 4 febbraio 2025.

8. Telemedicina e tendenze accentratrici

Si è segnalata la tendenza a un progressivo "sconfinamento" del legislatore nazionale nell'autonomia organizzativa delle Regioni che la riforma del Titolo V intendeva, invece, valorizzare. In tale contesto, l'avvento della telemedicina (ma anche più in generale, della digitalizzazione sanitaria) assottiglia – inevitabilmente – il (già labile) confine tra competenza statale e autonomia regionale – basti pensare alla difficoltà di discernere con precisione gli standard *organizzativi*, dagli standard – in particolare – *tecnologici*[101]. Tanto più che l'inevitabilità dello sconfinamento è ormai sancita, anche giuridicamente, dal sopra-menzionato comma 274 che fornisce l'ulteriore base giuridica (in aggiunta al comma 169) per la fissazione, da parte dello Stato, di standard *anche* esplicitamente organizzativi, ritenuti sempre più indispensabili – anche dalla giurisprudenza costituzionale – ad assicurare uniformità nell'erogazione delle prestazioni sanitarie[102].

---

100 Altri sviluppi specifici hanno riguardato la tutela dei dati personali nelle pratiche di telemedicina. Al riguardo si segnala che il 16 gennaio 2025, il Garante per la protezione dei dati personali ha emesso parere favorevole allo schema di decreto del Ministro della Salute recante la disciplina dei trattamenti di dati personali nell'ambito della Piattaforma nazionale di telemedicina. Attualmente il decreto ha ricevuto il parere positivo anche dall'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, nonché della Conferenza Stato-Regioni.

101 Sulle dinamiche di tipo – tendenzialmente centripeto – derivanti dal processo di digitalizzazione, E. D'Orlando - G. Orsoni, Editoriale, *La digitalizzazione e l'organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Ist. del federalismo*, 2/2023, 279 ss.; P. Forte, *Riflessioni sull'autonomia regionale al tempo della società tecnologica*, in *PA Persona Amministrazione*, 1/2025, 89 ss.

102 Cfr., la previsione dell'art. 3, comma 4 della recente l. 23 settembre 2025, n. 132, che – specificatamente in riferimento all'intelligenza artificiale – sancisce che: «L'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale non deve pregiudicare [...] l'esercizio delle competenze e funzioni delle istituzioni territoriali sulla base dei principi di autonomia e sussidiarietà...».

La tendenza accentratrice è emblematicamente rappresentata dal ruolo affidato ad Agenas, in particolare per la predisposizione, avvio, gestione, monitoraggio e valutazione della Piattaforma nazionale di telemedicina che ha tra i suoi espliciti obiettivi *sia* facilitare la programmazione, il governo e lo sviluppo della sanità digitale; *sia* colmare il divario tra le disparità territoriali[103].

L'avviamento della Piattaforma per la telemedicina è ancora in corso, pertanto sarà – evidentemente – necessario attenderne il concreto funzionamento per poter svolgere considerazioni (più) definitive sull'impatto della telemedicina sul divario sanitario inter-regionale. Ciò nonostante, va segnalato che i documenti provvisori immaginano che la Piattaforma funzioni in modo da poter garantire omogeneità territoriale, senza però ostacolare la capacità – e la possibilità – di differenziazione inter-regionale.

Nello specifico, si intende organizzare la Piattaforma in due componenti diverse: l'infrastruttura centrale, gestita da Agenas in modo da garantire interoperabilità ed uso di standard comuni[104]; e 21 infrastrutture regionali di telemedicina – di cui ciascuna Regione manterrà la rispettiva titolarità – preposte alla concreta erogazione delle tele-prestazioni sanitarie. Rimandando le riflessioni sul concreto raggiungimento dell'auspicato equilibrio tra uniformità e differenziazione (*rectius*, tra centralizzazione ed autonomia organizzativa) al futuro momento in cui la Piattaforma sarà pienamente operativa, sembra comunque possibile svolgere alcune considerazioni sulla "promessa" della telemedicina di *superare* (o perlomeno, *mitigare*) il divario sanitario.

9. Telemedicina e (dis)eguaglianze territoriali

103 Così è riportato nel sito di Agenas, https://www.agenas.gov.it/pnrr/componente-1/telemedicina.

104 È sempre Agenas a coordinare l'integrazione con gli altri ambiti della digitalizzazione sanitaria, specificatamente con: il fascicolo sanitario elettronico, e il c.d. ecosistema dei dati sanitari. Sul fascicolo sanitario elettronico, si rimanda a N. Posteraro, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *Federalismi.it*, novembre 2021. Sulla digitalizzazione dei dati (anche) sanitari, F. Cimbali, *La governance della sanità digitale*, Milano, 2023; R. Dagostino, *La gestione dei dati nell'era digitale: un difficile bilanciamento fra esigenze di sicurezza, trasparenza e solidarietà*, in *PA Persona Amministrazione*, 1/2024, 555 ss.; S. Tranquilli, *Il nuovo citoyen européen nell'epoca del Data governance act*, in *Riv. digital politics*, 2022, 179 ss.

Come menzionato in apertura, l'avvento della telemedicina reca con sé la promessa di superare il divario sanitario inter-regionale. Realizzare tale promessa dipende – evidentemente – dalla possibilità che la tele-erogazione di (almeno alcune) prestazioni LEA possa contribuire ad assicurarne la garanzia, su tutto il territorio nazionale, in modo *integrale* (ovvero, in tutte e tre le tre macro-categorie di LEA, così da rendere *tutte* le Regioni adempienti nella relativa erogazione); e, auspicabilmente, anche in modo *uniforme* (ovvero, "accorciando" le distanze tra Regioni adempienti).

A tale proposito, è utile segnalare alcune caratteristiche dei progetti di tele-erogazione a cui si è data – recentemente – priorità di attuazione, sulla base del d.lgs. n. 29/2024 (recante disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane), a cui ha fatto seguito il Decreto di attuazione del 7 ottobre 2025 (Requisiti delle progettualità in materia di soluzioni di telemedicina per i grandi anziani), che impiega le risorse disponibili nell'ambito del PNRR, Missione 6 (Salute), Componente 1 (Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale), Investimenti 1 (Case della Comunità e presa in carico della persona), 2 (Casa come primo luogo di cura e telemedicina) e 3 (Rafforzamento dell'assistenza sanitaria intermedia e delle sue strutture)[105].

Si segnala che, seppur il titolo del decreto di attuazione faccia generico riferimento alla «telemedicina», la portata applicativa è più limitata *sia* dal punto di vista oggettivo (in quanto riguarda *non* la totalità delle possibili tele-prestazioni sanitarie, ma solo quelle che il paziente riceve *presso il proprio domicilio*, ovvero teleassistenza e telemonitoraggio)[106]; *sia* dal punto di vista soggettivo (in quanto si fa riferimento; alla «persona grande anziana», definita come ultra-ottantenne affetto da almeno una patologia cronica)[107].

Nello specifico, si prevede che Agenas avvii la sperimentazione, della durata massima di 18 mesi, di tele-prestazioni sanitarie[108]. Al tal fine, il Decreto 7 ottobre

105 In riferimento, il 19 febbraio 2025 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il decreto di Ripartizione delle risorse residue relative all'investimento 1.2.3.2. «Servizi di telemedicina» della Missione 6, Component 1, del PNRR.

106 Decreto 7 ottobre 2025, art. 1, comma 1.

107 *Ibidem*; d.lgs. n. 29/2024, art. 9, comma 1.

108 Decreto 7 ottobre 2025, art. 3. I progetti pilota devono coinvolgere dai (minimo) 50.000 ai (massimo) 60.000 «grandi anziani»; raggiungendo così l'obiettivo PNRR M6C1-9 di assistere

2025 suddivide il territorio nazionale in tre macro-aree geografiche: Mezzogiorno (Campania, Puglia, Basilicata, Abruzzo, Molise, Calabria, Sicilia e Sardegna), Nord (Valle d'Aosta, Piemonte, Liguria, Lombardia, Veneto, Friuli Venezia-Giulia e Trentino Alto Adige) e Centro (Toscana, Umbria, Marche, Lazio ed Emilia Romagna)[109] e incarica Agenas di garantire l'avvio di almeno un progetto sperimentale per area, con coinvolgimento diretto delle Regioni[110].

L'erogazione delle tele-prestazioni sanitarie sperimentali potrà essere effettuata, in coordinamento con le Asl, da: enti pubblici, privati accreditati, infermieri di famiglia e comunità, e la rete delle farmacie territoriali[111]. Agenas è incaricata di valutare e selezionare le proposte[112] e di monitorare la qualità e l'efficacia di quelle avviate[113].

Pur tenendo presente che si tratta ancora "solo" dei *primi* (non certo, degli *unici*) progetti specifici di telemedicina a cui si darà avvio, sembra comunque possibile trarre alcune considerazioni dalla priorità che è stata loro attribuita. Non sembra, infatti, irrilevante la scelta di dare inizialmente avvio a sperimentazioni riservate a una fascia specifica (*rectius*, limitata) di popolazione, ovvero: gli ultraottantenni affetti da malattie croniche; scelta che certamente sottende l'auspicio di migliorare le condizioni di trattamento dei pazienti evidentemente più fragili, ma che rinuncia alla possibilità di avviare con maggiore tempestività la tele-erogazione di prestazioni sanitarie in quadri clinici meno complessi che potrebbe – almeno potenzialmente – beneficiare un maggior numero di utenti-pazienti. Basti pensare al vantaggio, quasi immediato, che potrebbe avere l'erogazione di televisite per sopperire ai tempi di attesa – indubbiamente eccessivi – per le visite diagnostiche e gli esami specialistici[114].

---

almeno 300.000 cittadini entro la fine del 2025.

109 Decreto 7 ottobre 2025, art. 2.

110 *Ibidem*, art. 2, comma 5.

111 *Ibidem*, art. 3; d.lgs. n. 29/2024, art. 9, comma 4.

112 *Ibidem*, art. 4.

113 *Ibidem*, art. 5.

114 In proposito, si segala la disponibilità dei dati ufficiali sui tempi di attesa per visite diagnostiche ed esami specialistici, recentemente raccolti nella Piattaforma nazionale delle liste di attesa, istituita dall'art. 1 della l. 29 luglio 2024, n. 107, e resi disponibili attraverso il Portale della trasparenza di Agenas. I dati confermano che i tempi di attesa massimi (stabiliti in base all'urgenza) sono rispettati *solo* per metà delle prestazioni. Tuttavia, va segnalato che i dati disponibili sono (ancora) limitati e presentati solo a livello nazionale. La l. n. 107/2024 prevede,

Ma non solo.

La scelta di dare priorità alle tele-prestazioni erogabili a beneficio delle «persone grandi anziane» potrebbe *non* avere un effetto "neutro" sul già-esistente divario sanitario inter-regionale, considerato che – come evidenziato dai dati sopra-menzionati sull'aspettativa di vita – gli ultraottantenni non sono omogeneamente distribuiti sul territorio nazionale, ma piuttosto vivono maggiormente nelle Regioni che tendenzialmente (già) totalizzano i punteggi più alti nel monitoraggio dei LEA.

Anche tenendo in considerazione la sopra-citata suddivisione geografica, l'esistente disomogeneità anagrafica non sembra poter escludere che le condizioni (più svantaggiate) del Mezzogiorno possano influire sulle caratteristiche (finanche, sulla qualità) delle tele-sperimentazioni a cui si è data priorità di avvio. Così come sembra ragionevole presumere che sull'efficacia delle tele-sperimentazioni possano influire *anche* altre caratteristiche, tendenzialmente di maggior disagio economico-sociale, tipiche dell'utenza del Mezzogiorno, rispetto a quella del resto del Paese[115].

A tal proposito, sembra anche utile segnalare che le Linee guida per i servizi di telemedicina[116] – che costituiscono una delle basi giuridiche di tutti i decreti di progressiva realizzazione delle prestazioni di telemedicina – subordinano l'uso della telemedicina, da parte dei pazienti, ad una «valutazione di eleggibilità» che va oltre il tradizionale giudizio degli aspetti clinici di competenza del medico, per comprendere anche l'ulteriore valutazione (non specificato a giudizio di chi) di

---

inoltre, l'istituzione di un Organismo nazionale di vigilanza sull'erogazione delle prestazioni e sul sistema di gestione delle liste da parte delle Regioni, con la possibilità (in caso di continue irregolarità) di sostituirvisi. Per articoli divulgativi in argomento, M. Bartoloni - B. Gobbi, *Liste d'attesa, ecco la mappa: anche 800 giorni per un esame*, in *Il sole 24 ore*, 15 febbraio 2026, 1 e 3; B. Gobbi, *Liste d'attesa: i poteri sostitutivi sono un'arma ancora spunta*, in *Il sole 24 ore*, 17 febbraio 2026, 19.

115 La maggiore incidenza di disagio nel Mezzogiorno è dimostrata dal sopra-menzionato indice di disagio sociale recentemente introdotto come criterio di ripartizione della quota indistinta del Fondo sanitario nazionale. In tal senso sembra suggerire anche la circostanza che sostanzialmente tutte le Regioni del Mezzogiorno (ad esclusione della Basilicata e della Sardegna) siano attualmente sottoposte a Piani di rientro.

116 Decreto del Ministero della Salute del 21 settembre 2022, Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina - Requisiti funzionali e livelli di servizio.

eleggibilità «tecnologica e culturale», atta a verificare *sia* l'idoneità tecnologica del paziente, *sia* la dotazione tecnologica di cui dispone[117].

Ovvero, si prospetta, in concreto, la possibilità che la telemedicina (o per lo meno le tele-erogazioni sanitarie a cui si sta dando prioritariamente l'avvio) sarà usufruibile esclusivamente dai cittadini provvisti di adeguata idoneità e dotazione tecnologica, elemento che già di per sé presenta taluni profili di criticità in relazione proprio all'esigenza di uniformità, specialmente se si considera – come sembra lecito presumere – che nelle Regioni del Mezzogiorno potrebbe essere collocata la maggior parte degli utenti inidonei.

In altre parole, la valutazione di eleggibilità per l'uso dei servizi di telemedicina rischia, nel suo funzionamento concreto, di andare in direzione opposta all'esigenza di uniformità territoriale nell'erogazione dei LEA (ma in fondo, delle prestazioni sanitarie in generale), inasprendo proprio le diseguaglianze sostanziali da rimuovere *ex* art. 3, comma 2, Cost.; e pertanto, divaricando il (p)e(r)sistente divario nel comparto sanitario. Tali criticità, tra l'altro, risultano ulteriormente aggravate dalla mancata individuazione della figura professionale che, valutando l'idoneità tecnologica, agisce, di fatto, da *gatekeeper* nell'erogazione dei servizi di telemedicina.

Infatti, la disomogeneità inter-regionale (*i.e.*, la pre-esistenza del divario sanitario) tende a favorire *prevalentemente* (*unicamente*?) gli utenti più competenti (in numero presumibilmente minore nel Mezzogiorno) ad usare i servizi di telemedicina e/o trarne maggiore vantaggio per la propria salute. Di fronte alla disomogeneità territoriale di partenza, neanche la (ulteriore?) "mera" fissazione di

117 Linee guida, All. A, Sez. 1 («Affinché un assistito possa usufruire dei servizi di telemedicina [...] quest'ultimo deve risultare eleggibile dal punto di vista clinico, tecnologico, culturale e di autonomia o disponibilità di un caregiver, qualora necessario [...]. [È] necessario valutare se l'assistito è "arruolabile" per questa tipologia di prestazioni. L'eleggibilità clinica è a giudizio insindacabile del medico, che, in base alle condizioni cliniche e sociali del paziente, valuta se proporre al paziente i servizi di telemedicina (ad esempio, una visita di controllo in modalità televisita). Saranno, inoltre, valutate sia l'idoneità che la dotazione tecnologica di cui il paziente dispone (es. smartphone con caratteristiche adeguate all'istallazione di specifiche app per la televisita), e la capacità di utilizzo degli appositi kit per la telemedicina. In quest'ultimo caso può anche essere necessario un sopralluogo per verificare le caratteristiche fisiche, impiantistiche ed igieniche del domicilio del paziente. Contestualmente andranno verificati gli aspetti connessi con la digital literacy del paziente e/o del caregiver al fine di valutare l'appropriatezza dei dispositivi e il grado di autonomia nell'uso»).

standard di telemedicina, uniformi per l'intero territorio nazionale, sembra in grado di bastare – da sola – a realizzare la promessa del *superamento* del divario sanitario, laddove "lasciare indietro" la popolazione meno idonea (presumibilmente, concentrata nel Mezzogiorno) potrebbe risultare – al contrario – in una dilatazione della distanza pre-esistente e, quindi, un ulteriore *peggioramento* del divario.

Ciò considerato, anche *al di là* del caso specifico delle tele-prestazioni prioritarie per i grandi anziani, la valutazione di adeguatezza (potrebbe) esacerba(re) la – fisiologica – tendenza della telemedicina ad essere più agevolmente usufruita da talune fasce di popolazione (*i.e.*, giovani, persone già in possesso di competenze tecnologiche e digitali e quindi presumibilmente più istruite e/o facoltose); in tal modo le pre-esistenti differenze (tecnologiche, culturali e di dotazione), tra gli utenti potrebbero – perversamente – favorire proprio l'ulteriore inasprimento delle diseguaglianze sostanziali, che è lecito presumere ricalcheranno (*rectius*, scaveranno ancora più profondamente) i (p)e(r)sistenti divari regionali.

Pertanto, considerata la pre-esistenza del divario, per mantenere la promessa dell'omogeneità *sostanziale* della tutela della salute potrebbe non essere sufficiente la "mera" fissazione di standard *formalmente* omogenei relativi (anche) all'uso della telemedicina. Piuttosto, di fronte a un servizio il cui utilizzo richiede nuove (*rectius*, più sofisticate) idoneità e dotazioni (tecnologiche, e non solo), la "mera" uniformità formale delle condizioni di prestazione del servizio – fissata, e finanche monitorata e valutata a livello centrale – potrebbe *aumentare* (piuttosto che *diminuire*) il divario sanitario; finendo, quindi, per rivelarsi – in concreto – uno strumento *nuovo* che, però, preserva una sorte *antica*, ovvero: "il triste inganno a cui il Mezzogiorno è troppo abituato, quello delle promesse mai mantenute"[118].

118 Il riferimento è alla celebre frase – riportata anche in apertura – pronunciata da Francesco Saverio Nitti durante la seduta dell'Assemblea costituente del 16 luglio 1946. La trascrizione integrale è consultabile sul portale storico della Camera dei Deputati, specificatamente https://documenti.camera.it/_dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed005/sed005.pdf, 58.

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

Giovanni D'Elia
Dottorando di ricerca in diritto pubblico dell'economia presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa
giovanni.delia@phd.unipi.it

Regolare la rigenerazione rurale: Il caso *Xylella*

Regulating Rural Regeneration: The *Xylella* Case

Sintesi

Il saggio analizza gli strumenti giuridici adottati per fronteggiare la diffusione della Xylella fastidiosa nella regione italiana della Puglia, con particolare riferimento al Piano straordinario di rigenerazione olivicola in "zona infetta". Si sostiene che le misure normative e amministrative introdotte a livello europeo, nazionale e regionale non si limitino alla gestione fitosanitaria dell'emergenza, ma configurino un più ampio processo di ristrutturazione del comparto olivicolo in chiave agroindustriale. Dopo una ricostruzione del quadro teorico relativo all'influenza del neoliberismo e dell'ordoliberalismo sull'evoluzione della Politica Agricola Comune, il contributo evidenzia come il paradigma della competitività e dell'efficienza abbia progressivamente orientato le politiche agricole europee verso modelli di mercato. In tale contesto, l'emergenza Xylella avrebbe funzionato da catalizzatore di trasformazioni già latenti, favorendo l'introduzione di deroghe normative, semplificazioni procedimentali e poteri straordinari in deroga ai vincoli paesaggistici e ambientali. Particolare attenzione è dedicata alle misure di estirpazione, reimpianto con cultivar definite "resistenti" o "tolleranti", riconversione colturale, contratti di filiera e distretto e accorpamento fondiario, che incidono sull'assetto proprietario e sull'organizzazione produttiva. L'analisi critica evidenzia il rischio di effetti ambientali, ecosistemici e sociali negativi, nonché di una progressiva marginalizzazione dei piccoli produttori a vantaggio di operatori professionali e modelli intensivi e superintensivi. Il paesaggio olivicolo tradizionale risulta così oggetto di una trasformazione strutturale, legittimata dall'emergenza fitosanitaria ma funzionale a una nuova politica olivicola orientata alla standardizzazione e all'integrazione nei mercati globali. Il caso pugliese viene quindi pro-

posto come esempio paradigmatico di come il diritto dell'emergenza possa tradursi in strumento di riconfigurazione economica e territoriale, sollevando interrogativi sul bilanciamento tra tutela ambientale, sostenibilità sociale e sviluppo competitivo.

Abstract

This paper analyses the legal instruments adopted to tackle the spread of Xylella fastidiosa in the Italian region of Apulia, with particular reference to the Special Plan for the Regeneration of Olive Groves in "infected area". It has been contended that the regulatory and administrative measures introduced at European, national and regional levels are not confined to the phytosanitary management of the emergency, but rather constitute a more extensive process of restructuring the olive sector along agro-industrial lines. A review of the extant theoretical framework regarding the influence of neoliberalism and ordoliberalism on the evolution of the Common Agricultural Policy is presented in this paper. The review highlights how the paradigm of competitiveness and efficiency has progressively steered European agricultural policies towards market-based models. In this particular context, the Xylella emergency has served as a catalyst for latent transformations, thereby facilitating the introduction of regulatory exemptions, procedural simplifications, and extraordinary powers that operate in derogation from landscape and environmental constraints. It is imperative to note that particular attention is paid to a range of measures, including grubbing-up, replanting with cultivars defined as 'resistant' or 'tolerant', crop conversion, supply chain contracts and land consolidation. These measures have the capacity to affect land ownership structures and production organisation. The critical analysis highlights the risk of negative environmental, ecosystemic and social impacts, as well as the gradual marginalisation of small-scale producers in favour of professional operators and intensive and super-intensive farming models. Consequently, the traditional olive-growing landscape is undergoing a structural transformation, legitimised by the plant health emergency but serving a new olive-growing policy geared towards standardisation and integration into global markets. The case of Apulia is presented as a paradigmatic example of how emergency legislation can become a tool for economic and territorial reconfiguration, raising questions about the ba-

lance between environmental protection, social sustainability and competitive development.

PAROLE CHIAVE: Xylella, Piano di rigenerazione olivicola, reimpianti di olivi, accorpamento fondiario, ambiente, ecosistema.

KEYWORDS: Xylella, Olive Tree Regeneration Plan, olive tree replanting, land consolidation, environment, ecosystem.

INDICE: 1. Introduzione. - 2. Le influenze del neoliberismo e dell'ordoliberalismo sulla PAC. - 2.1. Le radici teoriche: neoliberismo e ordoliberalismo. - 2.2. La svolta degli anni Novanta: dalla Riforma MacSharry alla Riforma Fischler. - 3. La gestione giuridica dell'emergenza Xylella tra vincoli europei e trasformazione strutturale del territorio. - 3.1. Il Piano straordinario per la rigenerazione olivicola: dalla gestione dell'emergenza alla ristrutturazione del settore. - 3.2. Verso una nuova politica olivicola nazionale. - 4. Analisi dell'applicazione delle norme in materia di rigenerazione olivicola in zone infette. - 4.1. Reimpianto di varietà tolleranti in "area infetta". - 4.1.1. Analisi del provvedimento amministrativo di concessione degli aiuti pubblici in materia di reimpianti. - 4.2. I contratti di filiera e di distretto. - 4.3. Ricomposizione fondiaria e trasformazione proprietaria. - 4.4. Le modifiche al Disciplinare DOP "Terra d'Otranto". - 5. Conclusioni.

1. Introduzione[1]

Nell'ottobre del 2013 le autorità locali della Regione Puglia hanno notificato alla Commissione europea, in ottemperanza a quanto stabilito dalla Direttiva 2000/29/CE del Consiglio del 08.05.2000, il rinvenimento del batterio di Xylella Fastidiosa (d'ora in poi solo Xylella oppure XF) nella provincia di Lecce, su alcuni alberi d'ulivo.

Il batterio di XF è stato presto associato al Complesso del disseccamento rapido dell'olivo (CODIRO), noto anche come Olive Quick Decline Syndrome

1 Il presente contributo è parte di una lunga ricerca, ancora in corso, di cui qui si tracciano i caratteri essenziali e di cui si darà maggior conto nelle successive pubblicazioni. L'inquadramento teorico ed i tratti salienti della vicenda sono stati esposti al *«V Diálogos académicos Brasil-España 2025: Derechos humanos, Ciudadanía y sostenibilidad: Desafíos y perspectivas»*, con un intervento intitolato *«Instrumentos jurídicos para la lucha contra la bacteria Xylella fastidiosa en la región italiana de Apulia: replantación de olivos, nuevas formas de propiedad de la tierra y cuestiones de sostenibilidad social y medioambiental»*, tenutosi alla Universidad Complutense de Madrid in data 8 ottobre 2025. Desidero ringraziare i professori Fernando González Botija e Pedro Diaz Peralta per il prezioso supporto alla ricerca e per la impareggiabile ospitalità madrileña. Non sarebbe stato possibile inquadrare correttamente il fenomeno senza l'inestimabile aiuto dottrinale fornito dai professori Luca R. Perfetti e Donato Vese, i quali mi hanno indirizzato verso letture, riflessioni e spunti critici preziosissimi. Infine è doveroso ringraziare il prof. Alberto Lucarelli per i preziosi consigli e la prof.ssa Margherita Ciervo per le importanti revisioni critiche di questo contributo.

(OQDS), che porta alla morte rapida delle piante d'ulivo, per costrizione dei vasi xilematici. In conseguenza dell'emersione della fitopatia, diversi esponenti del mondo scientifico ed imprenditoriale hanno proposto misure di ripristino della capacità produttiva olivicola, ai sensi dell'art. 14 par. 3 lett. e) del Regolamento (UE) n. 702/2014 della Commissione del 25 giugno 2014, puntando su varietà di olivo definite "resistenti o tolleranti" sin dagli esordi della vicenda[2].

Tuttavia, da quel momento, e ancora oggi, il legislatore europeo e nazionale, il regolatore amministrativo nazionale e locale, la dottrina e la giurisprudenza, sia italiana che europea, hanno trattato e studiato il *fenomeno Xylella* e le misure normativo-amministrative adottate, sempre da una prospettiva di diritto fitosanitario.

Ed in effetti così dev'essere. La sostituzione delle piante *infette* è certamente una questione fitosanitaria. Ma emergono alcuni interrogativi in tema di ripristino delle aree soggette alla fitopatia in questione.

Il presente contributo si concentra sull'analisi del programma straordinario di aiuti, limitatamente alla "zona infetta"[3], contenuto principalmente nel Decreto Legge 29 marzo 2019, n. 27, nel Decreto interministeriale n. 2484 del 6 marzo 2020 e negli atti amministrativi consequenziali, con particolare riferimento alle seguenti misure: 1) ripristino della potenzialità produttiva (abbattimento volontario di ulivi definiti "improduttivi", reimpianti e riconversioni tramite cultivar "resistenti", riconversioni verso altre colture); 2) rilancio dell'economia rurale delle aree danneggiate (contratti di filiera e di distretto, diversificazione dell'economia rurale e accorpamento fondiario).

Solo mediante tale analisi è possibile giungere alla conclusione, che qui anticipo, che le misure di *rigenerazione olivicola* nelle aree agricole colpite dal batte-

2 Si rinvia agli atti del Convegno *International Symposium on the European outbreak of Xylella fastidiosa in olive*, Gallipoli, ottobre 2014 citati da R. Bassi et al., *Rapporto Xylella*, *Accademia dei Lincei*, 23 giugno 2016, ove si riporta lo stato dell'arte ad ottobre 2014 ed in cui, in più punti, si fa riferimento alla «*varietà Leccino*», la quale «*sembra tollerare più di altre l'infezione da Xylella. Una misura dovrebbe riguardare il trapianto di questa varietà nelle zone infette*» (pp. 42 ss.).

3 La "zona infetta" è quella indicata all'Allegato III di cui all'articolo 4, paragrafo 2 del Regolamento UE 2020/1201, nelle quali sono applicate le misure di contenimento di cui agli articoli da 13 a 17 del medesimo regolamento.

rio, le quali rientrano nell'ampio concetto di governo del territorio rurale[4], non siano prodotte al fine di risolvere la questione fitosanitaria e "ricostruire" il comparto olivicolo, ma appaiono finalizzate:

1. a generare effetti significativi sul piano ambientale, ecosistemico, paesaggistico e di sostenibilità dell'uso di risorse naturali (approvvigionamento d'acqua, in particolare);

2. a generare un radicale riassestamento dei rapporti giuridici agrari di matrice neoliberale, favorendo una trasformazione del territorio in senso agroindustriale ed estromettendo dalla proprietà o dal possesso delle terre i piccoli produttori, a vantaggio di operatori professionali del mercato e di produzioni standardizzate, il tutto coerentemente con la visione neoliberale dei rapporti giuridici di produzione;

3. infine, a influire negativamente sul mercato, promuovendo un prodotto (olio d'oliva) non più ancorato a metodi di produzione tradizionali, estensivi e tipici di un certo territorio, bensì standardizzati, ma legittimati dall'egida dell'approvazione ministeriale[5].

Detto processo trova piena ispirazione ideologica nelle scuole economiche di Vienna e Chicago e verrà tradotto, nel territorio pugliese, in puntuali istanze promosse dalle rappresentanze di categoria per cui l'olivicoltura pugliese, strutturata in coltivazioni estensive e prettamente a conduzione familiare, sarebbe stata *«un vincolo di tipo tecnico-economico»* e *«un vero e proprio vincolo normativo»*. A

4 Inteso come un'attività di governo, perché *«disegna il modo di essere di una collettività nello spazio»*. Così G.L. Conti, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 5-6. In tema di governo del territorio appare utile richiamare in dottrina anche L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*. Milano: Giuffrè, 2005; G.F. Cartei, *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*. Bologna, Il mulino, 2007; P. Lombardi, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Brescia, 2012; N. Pignatelli, *Il governo del territorio nella giurisprudenza costituzionale: la recessività della materia*, Quaderni del Dipartimento di diritto pubblico / Università di Pisa, Volume 60, 2012; P. Urbani, *Politiche urbanistiche e gestione del territorio: tra esigenze del mercato e coesione sociale*. Torino: Giappichelli, 2015; S. Amorosino, *Governo del territorio: scenari economici ed innovazioni amministrative*. Napoli, Jovene, 2016. Sul concetto specifico di governo del territorio rurale, si rinvia a G. Lombardini et Al., *Aree rurali e governo del territorio: tradizione, evoluzione, innovazione*, 2023.

5 Si rimanda al § 4.4.

tal motivo si riteneva che i progetti di *«ristrutturazione degli oliveti obsoleti»* - riferendosi a quelli secolari e coltivati tradizionalmente con modalità estensive - divenissero un passaggio imprescindibile per la sopravvivenza del comparto e per *«trasformare l'importante dimensione produttiva pugliese in una maggiore capacità di aggredire i mercati internazionali»*[6], secondo una visione utilitaristica degli oliveti secolari, concepiti quali meri mezzi di produzione.

Dette istanze trovano terreno fertile nel quadro istituzionale europeo e geopolitico internazionale[7] e hanno trovato piena e matura applicazione dapprima nei piani strategici regionali[8] e poi nei sistemi giuridici approntati successivamente all'emersione del batterio, che stanno mutando profondamente l'assetto organizzativo della produzione agraria e olearia in uno dei territori dell'Unione, producendo, come s'è anticipato, una serie di effetti deleteri sul piano del paesaggio, della sostenibilità ambientale e sociale, della salute della biosfera e, non ultimo, dell'aumento delle disuguaglianze sociali, in particolare riguardo il regime proprietario dei fondi rustici.

---

6 Centro studi Confagricoltura Puglia Elaborazioni, *L'olivicoltura pugliese – Criticità e sviluppo,* elaborato dall'agronomo Fabio Lazzari, consulente per Aprol e CRSFA "Basile Caramia", con il coordinamento di Umberto Bucci e Carlo Zambelli, 2012, pp. 15 e 18. Documento non più disponibile sul web ma di cui si conserva copia in locale.

7 Per uno sguardo geopolitico alla vicenda della gestione della fitopatia di XF in Puglia si rinvia a M. Ciervo, *Emergenza Xylella in Salento (Puglia): una questione geopolitica*, in *Quaderni del Semestrale di Studi e Ricerche di Geografia*, Numero Speciale, 2023, pp. 17-37

8 Secondo l'Assessorato alle Risorse Agroalimentari della Regione Puglia *«(...) l'olivicoltura pugliese, così come quella italiana nel suo complesso, è caratterizzata da un notevole peso delle aziende di limitata dimensione (sia economica che finanziaria) che portano ad un elevato grado di frammentarietà della struttura produttiva e alla presenza prevalente di sistemi produttivi tradizionali, scarsamente efficienti e poco innovativi. (...) Inoltre, la produttività delle aziende pugliesi è spesso condizionata anche dalla rigidità strutturale connessa con la presenza diffusa di piante secolari, le quali, avendo in molti casi un carattere monumentale, non permettono un esercizio efficiente e redditizio delle attività. (...) le possibilità di sviluppo della filiera olivicola della Puglia sembrano dunque essere legate principalmente alla ristrutturazione dell'apparato produttivo e alla promozione sui mercati esteri. La ristrutturazione degli oliveti obsoleti e l'ammodernamento degli impianti e delle tecniche di coltura e di raccolta sono, infatti, fondamentali per rafforzare la competitività delle aziende olivicole pugliesi, in quanto consentirebbero l'abbattimento dei costi di produzione, l'aumento dell'efficienza e della produttività ed il miglioramento della qualità delle produzioni (...)»*. Tratto da Regione Puglia, *Il contesto socio-economico dell'agricoltura e dei territori rurali della Puglia*, Bari, Assessorato alle risorse agroalimentari, 2013, p. 60.

Al fine di meglio comprendere siffatte dinamiche, è necessario partire da una breve ricostruzione del quadro teorico di fondo per poi, successivamente, richiamare le principali disposizioni normative e amministrative in tema di gestione della fitopatia, con particolare riferimento a quelle in tema di ricostruzione del comparto olivicolo nella regione Puglia, per poi concludere con un'analisi sistematica di dette norme, con l'obiettivo di tentare di dimostrare quanto esposto in premessa.

2. Le influenze del neoliberismo e dell'ordoliberalismo sulla PAC

Con il Trattato di Roma del 1957 vennero poste le basi per l'istituzione di una politica agricola comune tra i sei Paesi fondatori della Comunità economica europea. Gli artt. 38-47 del Trattato (oggi artt. 38-44 TFUE) stabilivano l'inclusione dei prodotti agricoli nel mercato comune, riconoscendo la peculiarità del settore primario, caratterizzato da instabilità dei prezzi, dipendenza dai fattori naturali e volatilità dei redditi[9].

Nel 1962 nacque formalmente la Politica agricola comune (PAC), fondata su un sistema di sostegno dei prezzi e di intervento pubblico volto a garantire sicurezza alimentare, stabilità dei mercati e un reddito equo agli agricoltori[10]. Per oltre trent'anni la PAC si configurò come una politica fortemente interventista, basata su meccanismi di protezione del mercato interno e di incentivazione della produzione.

La tesi qui sostenuta è che, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, le riforme della PAC siano state profondamente influenzate dalla matrice teorica del neoliberismo e, nel contesto europeo, dalla sua declinazione ordoliberale.

2.1. Le radici teoriche: neoliberismo e ordoliberalismo

Il neoliberismo affonda le proprie radici nel pensiero della Scuola austriaca, con autori quali Friedrich A. von Hayek e Ludwig von Mises, e trova ulteriore sviluppo nella Scuola di Chicago con Milton Friedman[11]. Muovendo dai presup-

9 Artt. 38-47 Trattato CEE (oggi artt. 38-44 TFUE).

10 Per una sintesi storica della PAC si rinvia a Á.S. Hernández, *La Política Agrícola Común de la Unión Europea*, en *Revista de Derecho agrario y alimentario*, n. 67, julio-diciembre 2015, pp. 161 ss.

posti del liberalismo classico di Adam Smith[12], tali autori ribadiscono la centralità del mercato quale meccanismo spontaneo di allocazione efficiente delle risorse, esprimendo una marcata diffidenza verso l'intervento statale diretto nell'economia.

Parallelamente, in Germania si sviluppa l'ordoliberalismo della Scuola di Friburgo (promosso da Walter Eucken, Franz Böhm, Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow), che propone un modello di "liberismo ordinato". A differenza del neoliberismo naturalistico, l'ordoliberalismo attribuisce allo Stato un ruolo attivo, tuttavia limitato alla sola costruzione dell'ordine concorrenziale[13].

Come evidenziato da Michel Foucault[14], l'ordoliberalismo non implica l'assenza dello Stato, bensì una sua trasformazione: da soggetto economico a regolatore. Dopo il 1945, l'ordoliberalismo trova espressione nell'«economia sociale di mercato» della Repubblica federale tedesca, formula poi recepita dall'Unione europea. L'art. 3 TUE, nella versione derivante dal Trattato di Lisbona, afferma che l'Unione si fonda su *«un'economia sociale di mercato fortemente competitiva»*[15], mentre l'art. 174 TFUE nel definire il concetto di "ritardo" delle aree geografiche meno favorite, lo ancora al concetto di «sviluppo», inteso in senso prettamente economico[16].

Il contesto successivo al crollo del Muro di Berlino favorisce poi l'affermazione di tali paradigmi. La globalizzazione economica[17] e l'egemonia del modello

---

11 F.A. von Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960; L. von Mises, *Economic Policy*, Free Market Books, Irvington-on-Hudson, New York, 1959; M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, 1962.

12 A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, 1776.

13 W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik. herausgegeben von E. Eucken und K.P. Hensel. Hand-und Lehrbücher aus dem Gebiet der Sozialwissenschaften. Bern*, A. Francke & Tübingen, J. C. B. Mohr, 1952, xix

14 M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Paris, 1978-1979 (ed. it. 2005).

15 Art. 3 TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona (2007).

16 Art. 174 TFUE così come introdotto dal Trattato di Maastricht (1992).

17 In dottrina è stato osservato che *«(...) la globalizzazione economica ha determinato un rapporto di funzionalità invertita tra Stato e mercato, mettendo il primo al servizio del secondo e facendo sì che l'economia capitalistica modificasse in modo sotterraneo e silenzioso il quadro istituzionale (...)»*. Così P. Lombardi, *Il governo del territorio, cit.,* p. 26. Sulle cause della globalizzazione e sulla prevalenza degli interessi economici su altri interessi pubblici si rinvia a I Clark, *Globalizzazione e frammentazione. Le relazioni internazionali nel XX secolo*, Bologna, Il

liberaldemocratico occidentale – teorizzata, tra gli altri, da Francis Fukuyama[18] – contribuiscono alla diffusione di politiche orientate alla liberalizzazione e alla competitività.

2.2. La svolta degli anni Novanta: dalla Riforma MacSharry alla Riforma Fischler

Nel 1992 la Riforma MacSharry segna l'avvio di una profonda trasformazione della PAC: il sostegno dei prezzi viene progressivamente sostituito da pagamenti diretti agli agricoltori[19]. Tale riforma appare in linea con l'obiettivo ordoliberale di lasciare che i prezzi fossero determinati dal mercato, mentre il regolatore pubblico definisce la cornice normativa entro cui le forze di mercato debbono operare. Difatti tra gli obiettivi di questa riforma si annoverano quelli di competitività dell'agricoltura europea.

A tal motivo, nell'ottica del processo di spostamento della materia dello sviluppo rurale all'interno delle forze del mercato, la riforma MacSharry introduce la strategia LEADER (acronimo di *Liasion Èntre Actions de Developpement de l'Economie Rurale*), la cui attuazione ricade sui Gruppi di Azione Locale (GAL)[20], da istituire mediante partenariati pubblico-privati in modo capillare su tutto il territorio dell'Unione, allo scopo di promuovere lo sviluppo rurale attraverso un approccio partecipativo bottom-up. Questa scelta avrebbe comportato, secondo i promotori, un approccio integrato, attraverso il coinvolgimento degli stakeholders locali ed il dialogo tra questi e le comunità locali. Tuttavia, com'è

Mulino, 2001, spec. pp. 45 ss. Sui rapporti tra Stato ed economia mondiale si rinvia a M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2000; ID, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna, Il Mulino, 2002. Sui mutamenti del diritto amministrativo alla luce della globalizzazione economica si rimanda a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

18 F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, The Free Press, New York, 1992.

19 P. DE CASTRO, *Verso una nuova agricoltura europea: quale politica agricola nell'UE allargata?,* Roma, AGRA, 2004, *passim*.

20 I GAL si configurano quali organismi partenariali a composizione mista, incaricati dell'elaborazione e attuazione di strategie di sviluppo locale di tipo partecipativo (CLLD). Essi svolgono funzioni di selezione, gestione e monitoraggio dei progetti finanziati, operando in posizione intermedia tra amministrazioni pubbliche e comunità locali

stato osservato dalla Corte dei Conti europea nel 2010[21] e nel 2022[22], il ruolo dei GAL è stato caratterizzato da scarsa trasparenza, potenziali conflitti di interessi ed elevati costi operativi.

Con Agenda 2000 si consolida la struttura a due pilastri – il primo relativo al reddito agricolo e il secondo allo sviluppo rurale - e si rafforza l'orientamento al mercato[23].

La svolta decisiva si ha con la Riforma Fischler del 2003, introdotta con Regolamento CE n. 1782/2003, la quale si poneva inizialmente come una sem-

21 La Relazione speciale n. 5/2010 della Corte dei conti europea pone numerose criticità in relazione all'efficacia, efficienza e trasparenza dei GAL. In particolare il punto 118 della Relazione (p. 56) specifica che: «*i GAL non hanno preso abbastanza sul serio la necessità di trasparenza, di una documentazione della valutazione dei progetti e delle decisioni di selezione, nonché la necessità di procedure intese a evitare qualsiasi rischio di conflitti di interessi diretti o indiretti. ciò, oltre ad aumentare le probabilità che le decisioni di sovvenzione vengano prese senza tenere in debita considerazione l'efficienza, mette a rischio anche la reputazione dell'ue. È verosimile che le pratiche osservate in alcuni GAL, come le decisioni di sovvenzione prese da poche persone e a favore delle proprie organizzazioni, si rivelino dannose per la governance locale anziché potenziarla*».

22 La relazione speciale n. 10/2022 della Corte dei conti europea evidenzia come il modello dei GAL favorisca il coinvolgimento degli stakeholder territoriali e il rafforzamento della governance multilivello. Tuttavia, emergono rilevanti criticità sotto il profilo dell'efficienza amministrativa e dell'economicità dell'azione. In particolare, i GAL risultano associati a costi di gestione elevati e a procedure complesse e talvolta ridondanti. Si rilevano altresì rischi in termini di conflitti di interesse e limitata trasparenza nei processi decisionali. Sul piano dell'efficacia, la Corte sottolinea la difficoltà di misurare i risultati conseguiti e l'assenza di evidenze solide circa il valore aggiunto rispetto ad altri strumenti di intervento. Ne consegue una valutazione complessivamente prudente circa l'impatto del modello LEADER. In conclusione, pur riconoscendo il contributo dei GAL alla partecipazione locale, la relazione ne mette in dubbio la proporzionalità costi-benefici. Una interessante ricostruzione della natura giuridica dei GAL è contenuta in Tar Umbria, Sez. I, Sent. n. 44/2021, in cui, riconosciuta una natura ibrida dell'ente, anche a ragione della disposizione di cui all'art. 32, par. 2, lett. *a)*, del regolamento UE 1303/2013, il quale stabilisce che nell'organo decisionale dei GAL né le autorità pubbliche, né alcun singolo gruppo di interesse rappresentino più del 49% degli aventi diritto al voto, riconosce che «*(...) la componente pubblica nell'organo decisionale sarà sempre minoritaria. Inoltre, l'art. 34, par. 3, lett. b), del regolamento prevede, per la selezione degli interventi che attuano la strategia, che* almeno il 50% dei voti espressi nelle decisioni di selezione provenga da partner che sono autorità non pubbliche». Pertanto i GAL, laddove riuniti in una «*struttura comune legalmente costituita*, *(...) assumono la configurazione di soggetto collettivo di diritto privato a partecipazione pubblica necessaria e minoritaria*».

23 Una dottrina rilevante definisce questo processo come «*modelo europeo de agricultura*» che tenta di sviluppare simultaneamente le esigenze di competitività, la protezione ambientale, quella del territorio, la semplificazione burocratica, la trasparenza e le politiche sociali. Si v. A.

plice revisione di medio termine, finendo per rappresentare uno snodo fondamentale nell'evoluzione del diritto agrario europeo, segnando il passaggio da un modello di intervento fondato sul sostegno alla produzione a un sistema incentrato sul sostegno al reddito agricolo, svincolato, almeno tendenzialmente, dalle scelte produttive.

Come ha osservato un'autorevole dottrina, la riforma Fischler ha conseguito «*(..) una delle riforme più rilevanti e incisive della PAC nel suo mezzo secolo di storia. Uno degli aspetti centrali di tale riforma, approvata nell'ambito dell'accordo del Consiglio dei ministri dell'Unione Europea tenutosi a Lussemburgo il 26 giugno 2003, riguardava l'abolizione della maggior parte degli aiuti diretti collegati alla produzione agricola (...)*»[24].

Nel sistema previgente, la PAC si caratterizzava per la prevalenza di aiuti accoppiati (*coupled payments*), ossia contributi direttamente collegati alla quantità prodotta o ai fattori produttivi impiegati. Tale impostazione, coerente con la funzione originaria della politica agricola (garantire l'autosufficienza alimentare e stabilizzare i mercati) determinava tuttavia effetti distorsivi rilevanti, incentivando fenomeni di sovrapproduzione e alterando le dinamiche concorrenziali, oltre a risultare sempre meno compatibile con gli impegni assunti dall'Unione europea in sede internazionale, in particolare nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC).

La riforma del 2003 interviene sul primo pilastro introducendo, quale elemento centrale, il principio del disaccoppiamento (*decoupling*). Esso si traduce nella separazione tra il diritto all'aiuto e il livello della produzione: il sostegno pubblico non è più parametrato a ciò che l'agricoltore produce, ma è riconosciuto sotto forma di pagamento unico aziendale, fondato su diritti storici e sulla disponibilità di superfici ammissibili. Sul piano giuridico, ciò comporta una trasformazione della natura dell'aiuto, che cessa di configurarsi come incentivo alla produzione per assumere la funzione di sostegno al reddito, formalmente neutrale rispetto alle scelte imprenditoriali dell'agricoltore e maggiormente orientato al

---

Ballarin Marcial, *¿Un modelo europeo de agricultura?*, *Revista Vida Rural*, 15 de abril de 1999, pp. 8 ss.

24 Così si esprime P.A. Llombart, *Principios jurídicos informadores, orientadores y de aplicación de la política agrícola común europea 2014-2020*, in *Revista de derecho agrario y alimentario*, n. 72/2018, p. 10, (traduzione di chi scrive).

mercato.

Accanto al disaccoppiamento, la riforma introduce il principio della condizionalità (*cross-compliance*), che subordina l'erogazione degli aiuti al rispetto di una serie di obblighi normativi in materia ambientale, sanitaria e di benessere animale[25]. In particolare, gli agricoltori sono tenuti a conformarsi ai criteri di gestione obbligatori (*Statutory Management Requirements*) e a mantenere le terre in buone condizioni agronomiche e ambientali (*Good Agricultural and Environmental Conditions*). Il mancato rispetto di tali prescrizioni comporta la riduzione o l'esclusione dei pagamenti. Ne deriva una significativa riqualificazione giuridica del sostegno pubblico, che viene a essere giustificato non più soltanto in funzione economica, ma anche in relazione al perseguimento di interessi generali, quali la tutela dell'ambiente, la sicurezza alimentare, la gestione sostenibile del territorio e il paesaggio[26].

Il secondo pilastro è strutturato per perseguire anzitutto l'obiettivo della competitività, attraverso il sostegno agli investimenti nelle aziende agricole, alla formazione professionale, all'innovazione e al ricambio generazionale. Un secondo obiettivo concerne la *governance* del territorio, attraverso incentivi per le misure agro-ambientali cui i GAL assumono un ruolo decisivo. Infine, un ultimo obiettivo concerne la diversificazione imprenditoriale, attraverso la promozione di attività economiche non agricole (agriturismo, artigianato locale) e miglioramento dei servizi nelle zone rurali per contrastare lo spopolamento.

---

25 Si pensi alle note Direttive 92/43/CEE ("Habitat") 79/409/CEE ("Uccelli") che divennero parte integrante dei "Criteri di Gestione Obbligatori" (CGO) previsti dalla condizionalità. Gli agricoltori con terreni all'interno della rete Natura 2000 (siti definiti dalla Direttiva Habitat) erano tenuti a rispettare specifici vincoli di conservazione per ottenere i sussidi. La Direttiva Habitat richiedeva la protezione degli habitat prioritari e la creazione di Siti di Interesse Comunitario (SIC) e Zone speciali di conservazione (ZSC). La Riforma Fischler ha fornito, attraverso lo sviluppo rurale (Pillar II), strumenti finanziari per supportare gli agricoltori che adottano pratiche compatibili con questi obiettivi. Per un approfondimento sulle novità introdotte dalla Riforma PAC del 2003 si rinvia a P. De Castro, *Verso una nuova agricoltura europea, cit., passim.*

26 Non si può negare come la Convenzione europea del paesaggio (Firenze, 20 ottobre 2000) abbia influenzato le politiche europee sul tema, tanto che la sensibilità verso i paesaggi rurali è espressa, ad esempio, nel par. 2 dell'art. 110 decies del Regolamento CE n. 1782/2003, nonché nell'allegato IV, dove, tra l'altro, si fa espresso riferimento al «*mantenimento degli elementi caratteristici del paesaggio, se del caso, anche mediante il divieto di estirpazione degli olivi*».

La riforma del 2013 (PAC 2014-2020) si pone nel solco già tracciato dalla riforma Fischler e consolida l'orientamento al mercato: introduce misure *green* e rafforza il secondo pilastro[27]. Tuttavia, parte della dottrina ha evidenziato come tali misure abbiano prodotto benefici ambientali limitati, configurando talvolta fenomeni di *greenwashing*[28].

Inoltre, numerose analisi empiriche hanno mostrato come la distribuzione dei pagamenti diretti abbia favorito le aziende di maggiori dimensioni[29], influenzando processi di concentrazione fondiaria e polarizzazione del settore agricolo[30],

---

27 C. Roederer-Rynning, *The Common Agricultural Policy: A Case of Embedded Liberalism*, *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, 2019.

28 G. Alons, *Environmental policy integration in the EU's common agricultural policy: greening or greenwashing?, Journal of European Public Policy*, 2017, 24(11), 1604–1622, nonché J. Hristov et al., *Impacts of the EU's Common Agricultural Policy "Greening" Reform on Agricultural Development, Biodiversity, and Ecosystem Services*, *Applied Economic perspectives and policy*, 2020, pp. 716-738. Per un'analisi sulla recente direttiva europea sul *greenwashing*, si rinvia a G. Taccogna, *Comunicazione politica: riflessi su democrazia ed amministrazione pubblica*, in *questo numero* di *Questa Rivista*.

29 E' stato spesso evidenziato come la PAC distribuisse, in passato, l'80% delle risorse al 20% delle aziende agricole, con punte del 50% delle risorse all'1% delle agricole in Bulgaria, secondo lo studio di N. Pushkarev, *A CAP for Healthy Living: Mainstreaming Health into the EU Common Agricultural Policy, European Public Health Alliance (EPHA)*, *AIMS Public Health*, 2015 Dec 18;2(4):844-886. Con la PAC del 2013 la redistribuzione delle risorse, seppur corretta, non ha apportato i benefici sperati e anche gli obiettivi ambientali non si sono realizzati, secondo gli studi condotti da M. Espinosa et Al., *EU-Wide Impacts of the 2013 CAP Direct Payments Reform: A Farm-Level Analysis*, *Applied Economic Perspectives and Policy*, 2019, pp. 695-715. Conformemente si veda A. Pawowska and R. Grochowska, *"Green" Transformation of the Common Agricultural Policy and Its Impact on Farm Income Disparities*, *Energies*, 2021, 14, 8242. Nella dottrina italiana si rinvia a A. Frascarelli, *L'evoluzione della Pac e le imprese agricole: sessant'anni di adattamento*, in *Agriregionieuropa*, 2017.

30 Uno studio condotto da TNI e finanziato dalla Commissione europea, dimostra come «*Europe is currently experiencing tremendous and rapid land concentration. According to the EUROSTAT definition of large farms as agricultural holdings of 100 ha and more, large farms made up only 3.1% of all European farms in 2013 yet they controlled half of the total utilised agricultural area (UAA) in the EU-27. Meantime, three quarters of farms, all below 10 hectares, controlled only 11% of the total UAA. This puts the state of land inequality in the EU, with a Gini co-efficient of 0.82, on a par with or even above countries that are noted for their highly skewed land distribution patterns such as Brazil, Colombia and the Philippines*», difatti specificano che in un paese come la Germania, vi erano 316.870 piccole aziende agricole (con meno di 10 ettari), mentre nel 2013 se ne contavano 66.310, con un calo del 79%. L'Italia, seconda in classifica, ha visto un calo del 68%, passando da 2.376.440 piccole aziende agricole a 764.740. La Spagna ha avuto un calo del 48% e la Francia è il paese che ha registrato il calo minore, con il 32%. Si rimanda a S. Kay, *Land grabbing and land concentration in Europe, a joint campaign by TNI*,

contribuendo alla scomparsa di numerose piccole aziende agricole[31].

La riforma attuale (PAC 2023-2027) si inserisce nel quadro dell'Accordo di Parigi del 2015 e del Green Deal europeo. Essa persegue dieci obiettivi strategici di natura economica, ambientale e sociale[32].

Tre sono le principali innovazioni: a) introduzione degli ecoschemi (almeno il 25% dei pagamenti diretti); b) attuazione della strategia Farm to Fork[33]; c) maggiore sussidiarietà mediante i Piani Strategici Nazionali.

Tuttavia, la Corte dei conti europea, nella Relazione speciale n. 20/2024, ha evidenziato criticità rilevanti in termini di efficacia, monitoraggio e redistribu-

---

European Coordination Via Campesina, FIAN International, EHNE Bizkaia, Terra Nuova, Crocevia, FDCL, FIAN Germany, FIAN Belgium, FIAN Austria, FIAN Netherlands, FIAN Sweden, IGO, Ecoruralis, Za Zemiata and Védegylet, Amsterdam, 2016, p. 14.

31 Una relazione di Eurostat del 3 aprile 2023, titolata *EU farms: 5.3 million fewer in 2020 than in 2005*, evidenzia che dal 2005 al 2020 v'è stato un significativo calo di aziende agricole, nell'Europa a 27 stati, pari a circa il 37% (questa ricerca, però, non tiene conto della dimensione). In particolare si stima una perdita di 5,3 milioni di aziende agricole nel periodo in questione. Di questi la metà (2,6 mln) rientra nella categoria delle aziende "miste", ossia di quelle che si occupano di svariate produzioni (es. oliveti, vigneti, foraggi, piccoli allevamenti di bestiame). Tra le aziende "sopravvissute" il 58% è classificato come azienda specializzata, ossia un'azienda agricola attiva in un determinato campo, prevalentemente nelle monoculture. Lo studio evidenzia pure che nel 2020 poco più della metà (52%) della superficie agricola utilizzata dell'UE (SAU) appartiene ad aziende specializzate, segno di un evidente processo di concentrazione fondiaria, presumibilmente con modalità intensive. Lo studio è rinvenibile su https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/ddn-20230403-2

32 Commissione europea, *Key policy objectives CAP 2023-27*, su https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/cap-glance/key-policy-objectives-cap-2023-27_en

33 Gli Ecoschemi sono tipologie di intervento che fanno parte dell'«architettura verde» della Pac, la quale ha alla base la condizionalità rafforzata (prerequisito per accedere al pagamento di base) e che si traduce nelle singole regioni attraverso i pagamenti agroclimaticoambientali (parte del Secondo Pilastro). I cinque ecoschemi riguardano: 1) pagamento per la riduzione dell'antimicrobico resistenza e per il benessere animale; 2) pagamento per l'inerbimento delle colture arboree; 3) pagamento per la salvaguardia di olivi di valore paesaggistico; 4) pagamento per sistemi foraggeri estensivi con avvicendamento; 5) pagamento per misure specifiche per gli impollinatori. La strategia Farm to Fork Strategy si configura come pilastro del Green Deal europeo volto a riorientare il sistema agroalimentare verso modelli sostenibili, intervenendo sull'intera filiera. Essa persegue la riduzione dell'impatto ambientale dell'agricoltura, promuovendo pratiche ecocompatibili, sicurezza alimentare e benessere animale. Sul piano giuridico, introduce obiettivi e standard che condizionano progressivamente le politiche agricole e alimentari dell'Unione. La strategia è contenuta nella Comunicazione della Commissione europea COM(2020) 381 final del 20 maggio 2020.

zione delle risorse economiche[34].

L'evoluzione della PAC mostra il passaggio da una politica interventista a una politica orientata al mercato, coerente con l'impostazione ordoliberale: lo Stato non scompare dall'economia, ma muta funzione, assumendo il ruolo di regolatore dell'ordine concorrenziale.

Permane tuttavia una tensione strutturale tra competitività, sostenibilità ambientale ed equità redistributiva, di cui l'Unione è consapevole[35]. La PAC contemporanea, pur formalmente più attenta agli obiettivi climatici e sociali, continua a operare entro un paradigma strutturale in cui la concorrenza e l'efficienza costituiscono il principio ordinatore fondamentale.

Alla luce del quadro teorico sinora delineato, appare ora utile analizzare un caso empirico piuttosto emblematico, in riferimento alla prevalenza dell'ordine concorrenziale a discapito di altri interessi parimenti meritevoli di protezione, come quello ambientale, della biosfera e della protezione delle sfere giuridiche individuali e sociali.

3. La gestione giuridica dell'emergenza Xylella tra vincoli europei e trasformazione strutturale del territorio

La vicenda della gestione normativa e amministrativa del batterio di Xylella fastidiosa nel territorio pugliese non può essere ricondotta a un mero fenomeno fitosanitario. Essa si configura, piuttosto, come un banco di prova della capacità dell'ordinamento multilivello di governare un'emergenza biologica che incide simultaneamente su interessi costituzionalmente rilevanti: tutela della salute delle piante, salvaguardia del paesaggio[36], libertà di iniziativa economica, assetto proprietario e governo del territorio. In tale contesto, l'intervento normativo non si è

34 Si rinvia alla lettura della Relazione speciale n. 20/2024 della Corte dei conti europea, *Piani della politica agricola comune: Più verdi ma non all'altezza delle ambizioni dell'UE in materia di clima e ambiente*, disponibile su https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2024-20/SR-2024-20_IT.pdf

35 Di recente la Commissione europea ha riconosciuto *«l'impatto devastante degli eventi metereologici estremi e del degrado ambientale»* e che *«(...) l'immagine della PAC ha risentito della percezione di una mancanza di equità nella distribuzione dei pagamenti in alcuni territori»*. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una visione per l'agricoltura e l'alimentazione. Realizzare insieme un settore agricolo e alimentare dell'UE attrattivo per le generazioni future*, COM/2025/75 final del 19.2.2025, punti 1 e 3.1.

limitato a predisporre misure di contenimento, ma ha progressivamente assunto una funzione conformativa al mercato dell'assetto produttivo.

Il primo livello di analisi è rappresentato dal diritto dell'Unione europea, che impone agli Stati membri obblighi puntuali di prevenzione e contrasto agli organismi nocivi. La decisione di esecuzione (UE) 2015/789, pur contemplando – nel settimo considerando – la possibilità di adottare misure di contenimento nelle aree in cui l'eradicazione non fosse più praticabile[37], non attenuava l'obbligo di intervento tempestivo nelle zone delimitate, imponendo misure fitosanitarie, anche di matrice chimica, al fine di contenere la popolazione dell'insetto vettore.

L'inerzia amministrativa, unitamente alla conflittualità locale che ha ostacolato l'esecuzione degli abbattimenti, ha determinato l'avvio della procedura d'infrazione n. 2015/2174 ai sensi dell'art. 258 TFUE[38], culminata nella sentenza della Corte di giustizia europea (CGUE) del 5 settembre 2019 (causa C-443/18), che ha accertato l'inadempimento dello Stato italiano[39]. La pronuncia non si limita a censurare un ritardo operativo, ma riafferma il principio di effettività dell'azione amministrativa quale corollario dell'obbligo di leale cooperazione.

La giurisprudenza amministrativa interna[40] testimonia, peraltro, la tensione tra potere autoritativo, tutela del paesaggio agrario tradizionale e applicazione del principio di precauzione, evidenziando come la misura dell'abbattimento abbia assunto una valenza economica, simbolica e identitaria oltre che fitosanitaria.

Con il Decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 19, il legislatore ha recepito il regolamento (UE) 2016/2031, rafforzando il potere di intervento delle autorità fitosanitarie e tipizzando le misure emergenziali. I successivi Decreti ministeriali (MIPAAF) 24 gennaio 2022 e 13 aprile 2022 hanno completato il quadro, deli-

---

36 A seguito della L. Cost. 11 febbraio 2022, n. 1 la tutela degli ecosistemi (e dunque delle piante) ha trovato una specifica collocazione nell'alveo degli interessi costituzionalmente protetti, insieme al paesaggio. Per un approfondimento in dottrina si rinvia alla nota 76.

37 Decisione di esecuzione (UE) 2015/789, considerando 7.

38 Procedura d'infrazione n. 2015/2174 ex art. 258 TFUE.

39 CGUE, 5 settembre 2019, causa C-443/18. Per una lettura critica della decisione si rinvia a A. Lucarelli, *CGUE 5 settembre 2019, causa C-443/18*, nota a sentenza, *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2020, p. 337.

40 Tar Lazio, ordinanza cautelare n. 1918/2015, confermata in appello da Consiglio di Stato, ordinanza cautelare n. 2418/2015; Tar Lazio, ordinanza n. 393/2016; Tar Lazio, sentenza n. 778/2016; Consiglio di Stato, ordinanza n. 195/2016; Consiglio di Stato, ordinanza n. 478/2016.

neando un sistema improntato al principio di prevenzione e alla centralizzazione tecnica delle decisioni, con un ruolo chiave assunto dalla sfera tecnica, ossia dal Servizio fitosanitario.

Com'è noto, il Servizio Fitosanitario Nazionale (art. 4 comma 1 del D.Lgs. 19/2021) è l'autorità unica di coordinamento e vigilanza a livello nazionale, in materia di protezione delle piante e si articola nel Servizio fitosanitario centrale e nei Servizi fitosanitari regionali, servendosi del Comitato fitosanitario nazionale, il quale è il suo organo deliberativo tecnico (art. 4 comma 2 del D.Lgs. 19/2021). Nella vicenda in esame, in diverse disposizioni amministrative, si evince che il Servizio Fitosanitario, in particolare quello della Regione Puglia, basa le proprie decisioni su *note* del Comitato fitosanitario nazionale, il quale, a sua volta, si basa su *note* del CNR di Bari.

Sul piano delle misure ripristinatorie, alla luce del c.d. "divieto di reimpianto" di varietà suscettibili al batterio, contenuto per ultimo dal Reg. (UE) 2020/1201 ed ereditato dall'art. 5 della Decisione di esecuzione (UE) 2015/789, va evidenziato che nel 2017 La European Food Safety Authority (EFSA) pubblicava uno studio tecnico che sintetizzava le evidenze disponibili fino al 24 marzo 2017 sulla suscettibilità delle varietà di ulivo alla Xylella fastidiosa subsp. pauca (ceppo ST53, quello pugliese). Il rapporto affermava che le analisi indicate mostrano tolleranza della cultivar Leccino alle infezioni da Xylella in termini di sintomi meno gravi rispetto ad altre cultivar. Allo stesso modo anche altri genotipi sembrano esprimere tratti di tolleranza[41]. La EFSA, pertanto, cautamente si esprimeva in termini di tolleranza, non di resistenza[42].

---

41 EFSA Panel on Plant Health, *Scientific opinion on the susceptibility of olive varieties to Xylella fastidiosa ST53,* in *EFSA Journal*, 2017, 15(7). L'aggiornamento del parere, del 23 luglio 2018 e del 28 aprile 2019, conferma quanto espresso nel parere in commento. Si rimanda a Id, *Updated pest categorisation of Xylella fastidiosa*, in *EFSA Journal*, 2018, 16(7) e Id, *Update of the Scientific Opinion on the risks to plant health posed by Xylella fastidiosa in the EU territory,* in *EFSA Journal*, 2019, 17(5).

42 In sintesi, senza entrare in tecnicismi che esulano da questa analisi, va detto che una pianta resistente blocca o limita fortemente l'infezione del patogeno, pertanto questi fatica a sopravvivere all'interno della pianta ospite. Una pianta tollerante, al contrario, si infetta normalmente, dunque il patogeno è presente e si moltiplica, ma la pianta continua a vivere e produrre. In sostanza, la pianta convive con la malattia presentando più o meno evidenti segni ad essa correlati, ma il patogeno si può comunque diffondere ad altre piante attraverso il vettore. Sintesi tratta da K. Politowski & A. Browning, *Tolerance and resistance to plant disease: an*

Sul piano regionale, l'autorizzazione al reimpianto di cultivar definite giuridicamente "resistenti o tolleranti" (Leccino, FS-17[43], e successivamente Lecciana e Leccio del corno[44]), rappresenta dunque un esercizio di discrezionalità tecnico-amministrativa, non neutro sotto il profilo economico-produttivo[45] e politico, in cui emergono due evidenti contraddizioni.

La prima concerne i presupposti della scelta pubblica, posto che sono stati evidenziati tratti di resistenza[46] e di tolleranza, assimilabili alle cultivar ammesse

---

epidemiological study, *Phytopatology*, 68, 1978, pp. 1177-1185. Vi sono tuttavia varie gradazioni di "tolleranza" che dipendono da svariati fattori, per cui si rinvia alla lettura di I. Pagán, F. García-Arenal, *Tolerance to Plant Pathogens: Theory and Experimental Evidence*, in Int J Mol Sci., 2018 Mar 11;19(3):810.

43 Determinazione del Dirigente sezione Osservatorio fitosanitario 4 maggio 2018 n. 274, modificata e rettificata dalla Determinazione del Dirigente sezione Osservatorio Fitosanitario 17 maggio 2018 n. 280. È di rilevante importanza, ai fini della nostra analisi, evidenziare quanto contenuto nei considerando della Determinazione n. 274/2018, in cui si approva il reimpianto delle varietà Leccino e FS-17 sulla base della nota del 14 marzo 2018 ad opera del Comitato Fitosanitario Nazionale, il quale, a sua volta, si basava sulla nota del CNR di Bari del 12 marzo 2018, senza tenere in considerazione – entrambi i soggetti - del rapporto dell'EFSA del 2017 (V. nota 38). Si legge nella determinazione che «*al fine di individuare varietà resistenti o tolleranti a Xylella fastidiosa ai fini dell'impianto nelle zone infette, il CNR con nota del 12/03/2108 ha presentato una sintesi delle diverse attività di ricerca finalizzate all'identificazione di specie immuni, tolleranti e resistenti alla Xylella fastidiosa sottospecie pauca, per: olivo, prunus, vite e agrumi. In particolare per l'olivo (...) ad oggi sono state individuate due varietà di olivo definite resistenti: 'Leccino' e 'FS17', pur precisando che non si hanno ancora a disposizione dati riferiti al lungo periodo sia in termini di tenuta della resistenza nel tempo e sia in termini di produttività (...); le risultanze scientifiche sono state presentate al Comitato Fitosanitario Nazionale che nella seduta del 14 marzo 2018 ha espresso parere favorevole in merito al riconoscimento delle varietà 'Leccino' e 'FS17' tra le varietà resistenti alla Xylella fastidiosa sottospecie pauca*».

44 Determinazione Regione Puglia 3 agosto 2021, n. 75.

45 Una nota del CNR di Bari, a seguito della pubblicazione di D. Boscia et Al., *Resistenza a Xylella fastidiosa in diverse cultivar di olivo,* in *L'informatore Agrario*, vol. XI, 2017, pp. 59-66, dichiarava che la cultivar FS-17 «*(...) è una selezione clonale (...) brevettata dall'Istituto per i Sistemi Agricoli e Forestali del Mediterraneo di Bari (ISAFOM-CNR)*». Tratto da https://www.cnr.it/en/press-release/7411/scoperta-un-altra-cultivar-di-olivo-resistente-alla-xylella (ultima visita, 14 febbraio 2025). Successivamente, con un comunicato stampa del 14 febbraio 2023, l'Università degli studi di Bari "Aldo Moro", a seguito della pubblicazione del saggio di S. Camposeo et Al., *Lecciana, a New Low-Vigour Olive Cultivar Suitable for Super High Density Orchards and for Nutraceutical EVOO Production*, in *Agronomy* 2021, 11, 2154, in cui parla solo di mera tolleranza della cultivar al batterio, dichiarava che è stato richiesto il deposito del brevetto per la varietà Lecciana, la quale è ideale per gli impianti in intensivo. Il

per i reimpianti in zona infetta, anche in cultivar autoctone[47], aspetto non preso in considerazione dal decisore pubblico.

La seconda evidenzia la *«divaricazione tra soggetto formalmente autore del provvedimento finale e soggetto tecnico che nella sostanza ne determina il contenuto»*, il quale si sostituisce, di fatto, alla scelta pubblica[48].

Si potrà obiettare che nelle materie ad altro coefficiente di specializzazione, è necessario avvalersi dell'apporto dei tecnici, difatti le scelte tecniche sono connaturare all'agire politico, ma si può agevolmente constatare che l'attività dell'amministrazione sta tutta nel parametrare il contenuto della norma tecnica elaborata dall'esperto in considerazione degli interessi generali dei consociati, mediante un doveroso bilanciamento che tenga conto degli interessi pubblici costituzionalmente rilevanti. *«Se la politica abdica, non subentra la tecnica, ma un'altra politica dissimulata dietro lo specialismo dei "componenti" e degli "esperti"»*[49].

In effetti, com'è stato osservato, l'apporto dei tecnici talvolta non è *«(...) condizionante, bensì determinante. Ciò che essi sconsigliano è sconsigliabile. Ciò che essi reputano irrealizzabile o pericoloso, non va intrapreso. La soluzione più radicale, consistente nell'affidare il governo agli esperti, si è diffusa in vari settori»*[50].

Le determinazioni tecniche oltretutto, per come si dirà, non sono neutre sul piano giuridico-politico, posto che vi sottendono rilevanti interessi economici

---

comunicato stampa si rinviene su https://www.uniba.it/it/ateneo/rettorato/ufficio-stampa/comunicati-stampa/anno-2023/selezionata-nuova-varieta-per-olio-nutraceutico-made-in-italy (ultima visita, 15 febbraio 2026). Le cultivar "Lecciana" e "Leccio del corno" sono state autorizzate al reimpianto in "zona infetta" con Determinazione del dirigente sezione osservatorio fitosanitario 3 maggio 2024, n. 48.

46 In una importante pubblicazione scientifica è stato dimostrato come la cultivar "Coratina", tipica del territorio pugliese, mostri segni di alta tolleranza, assimilabili alla resistenza, eppure non v'è riferimento alcuno nei provvedimenti amministrativi regionali. Si V. M. Saponari et Al., *Isolation and pathogenicity of Xylella fastidiosa associated to the olive quick decline syndrome in southern Italy*, in *Sci Rep.*, 2017 Dec 18;7(1):17723, spec. p. 8.

47 E' stato dimostrato che cultivar autoctone positive al batterio ma asintomatiche hanno prodotto livello di diffusione dell'infezione del tutto trascurabile. Così S.M. White et. Al., *Estimating the epidemiology of Xylella fastidiosa out-breaks in olives*, in *Plant Pathology*, 69, 2020, pp. 1403–1413

48 *Ivi*, pp. 74-75.

49 Così P. Lombardi, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, *cit.*, p. 36.

50 Così G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 106-110.

che non dovrebbero essere ignorati nella lettura delle scelte pubbliche effettuate nella vicenda in esame.

In questa fase, difatti, l'ordinamento consolida il proprio potere di conformazione delle scelte colturali, incidendo direttamente sulla libertà imprenditoriale agricola, tutelata dall'art. 41 comma 1 Cost.

Libertà peraltro compresse dai sistemi legali dapprima emergenziali[51] e poi sistematizzati nelle norme ordinarie e derogatorie dei principi posti a base dell'Ordinamento che poggiano tuttavia su evidenze scientifiche piuttosto dubbie in tema di diffusione dell'agente patogeno, posto che i monitoraggi effettuati dal Servizio fitosanitario della Regione, sin dagli esordi[52], mostrano una evidente contraddizione tra il fenomeno del disseccamento delle piante specificate e la presenza del batterio di Xylella fastidiosa[53].

---

51 Stato di emergenza indetto con Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile 11 febbraio 2015, n. 225 e cessato nel febbraio del 2016.

52 La prima campagna di monitoraggio avviene negli anni 2013-2014 e riguarda 11.099 piante di cui 7537 piante di olivo, con una percentuale di positività al batterio pari al 3,18%. Nelle successive campagne di monitoraggio si rinvengono i seguenti dati: 2014-2015 (51.409 piante, di cui 48.605 olivi): 8,15%; 2016-2017 (159.109 piante di cui 141.749 olivi): 1%; 2017-2018 (198.768 piante di cui 170.704 olivi): 1,93%; 2018-2019 (68.500 piante di cui 53.465 olivi): 1,57%; 2019-2020 (50.967 piante di cui 40.669 olivi): 2,74%; 2020-2021 (172.006 piante di cui 160.737 olivi): 0,70%; 2021-2022 (225.014 piante di cui 188.009 olivi): 0,06%. Il dato è di rilevante importanza poiché i monitoraggi effettuati dal 2013 ad oggi su 1.119.472 esemplari, hanno riguardato anche l'attuale "zona infetta", oggetto della nostra analisi, restituendo una panoramica piuttosto rappresentativa sia della portata del fenomeno che dell'estensione territoriale, posto che hanno coinvolto quasi tutta la Regione, ad eccezione dell'area indenne, ove non risultano ancora pubblicati i dati massivi dei monitoraggi. Per un'agevole lettura dei dati relativi ai monitoraggi si rinvia alla tabella contenuta in M. Ciervo, & M. Scortichini, *A decade of monitoring surveys for* Xylella fastidiosa subsp. pauca *in olive groves in Apulia (Italy) reveals a low incidence of the bacterium in the demarcated areas*. in *Journal of Phytopathology*, 00, e13272, p. 3.

53 Dai dati dell'ultima campagna di monitoraggio (2024) effettuati in aree delimitate ex art. 4 Reg. UE 2020/1201, emerge che su 119.723 campionamenti totali, solo 1.113 piante risultano positive al batterio (precisamente: ai batteri, sub Pauca, Fastidiosa e Multiplex, nel frattempo rinvenuti in territorio pugliese), ossia lo 0,92%. Ma il dato più rilevante è che ben 1.465 piante risultano negative alla presenza del batterio, ma con sintomi riconducibili alla batteriosi. Restringendo il campo alla specie "Olea europea" (olivo), solo 68 sono risultate positive, ossia lo 0,05%. Il monitoraggio precedente (2023) riporta un dato leggermente più alto, ma tuttavia di scarsa entità, posto che su 62.877 monitoraggi si rinvengono 189 piante di olivo positive al batterio (0,30%). Calcoli effettuati dall'autore sulla base dei risultati dei monitoraggi disponibili

3.1. Il Piano straordinario per la rigenerazione olivicola: dalla gestione dell'emergenza alla ristrutturazione del settore

Le contraddizioni poc'anzi rilevate e la maturità del mutamento di paradigma, ove il diritto emergenziale si sistematizza nell'ordinamento, trovano copertura e sintesi nell'art. 8-quater del D.L. 29 marzo 2019, n. 27 (conv. in L. 21 maggio 2019, n. 44) e nel Decreto interministeriale 6 marzo 2020, n. 2484, che istituiscono il Piano straordinario per la rigenerazione olivicola della Puglia.

Il Piano non si limita a fronteggiare la diffusione del batterio, ma introduce un disegno di riorganizzazione strutturale del comparto, articolato su diverse direttrici: estirpazione, reimpianto con cultivar resistenti/tolleranti, contratti di filiera e distretto, riconversione verso altre colture e ricomposizione fondiaria. L'allocazione di 300 milioni di euro segnala la natura strategica dell'intervento, posto che le decisioni finanziarie condizionano il concreto perseguimento degli interessi agroindustriali nell'alveo del governo del territorio rurale. L'allocazione di risorse economiche pubbliche, nella cornice delineata dal novellato art. 81 Cost., assume *«la funzione di misuratore»* della rilevanza degli interessi in gioco, *«(...) al punto che le scelte politiche che hanno ad oggetto il loro soddisfacimento possano essere correttamente prese solo dopo che sono stati determinati i mezzi economici essenziali per la loro attuazione»*. La finanza pubblica, in altri termini, svolge una funzione conformativa sull'indirizzo politico[54].

Sotto il profilo giuridico, il conseguente Piano regionale assume carattere conformativo dell'assetto proprietario e produttivo. Le misure di sostegno al reimpianto – specie nella loro prima declinazione attuativa (determinazione re-

---

su: http://www.emergenzaxylella.it/portal/portale_gestione_agricoltura/Download/mon_xf

54 Così P. Lombardi, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, *cit.*, pp. 17-18. Detta considerazione assume un valore più pregnante alla luce della Legge Costituzionale n. 1/2012, la quale, modificando l'art. 81 della Costituzione, ha introdotto il principio dell'equilibrio di bilancio. La scelta di allocare o meno risorse pubbliche assume dunque una connotazione fortemente politica, posto il frequente utilizzo della c.d. "clausola di invarianza finanziaria", la quale discrimina tra norme che *possono* essere attuate, perché soggette a copertura finanziaria e quelle che *dovrebbero* essere attuate, in mancanza di essa. Per approfondire in riferimento alle clausole di invarianza finanziaria si rinvia a F. Farri, *Le leggi con clausola di invarianza finanziaria: tra giurisprudenza contabile, giurisprudenza costituzionale e prassi del Quirinale*, in *L-Jus*, Fascicolo n. 2/2021.

gionale n. 377/2020)[55] – tendono ad incentivare l'abbattimento massivo di piante secolari, indipendentemente dal loro stato di salute, modelli intensivi e superintensivi e una profonda trasformazione agraria, ecologica e paesaggistica[56], tanto che in dottrina si è parlato espressamente di *ecocidio*[57].

Sebbene gli atti amministrativi di attuazione del Piano non impongano esplicitamente il sistema intensivo, contengono diversi elementi tecnici ed economici che, di fatto, favoriscono modelli di impianto intensivi rispetto a quelli tradizionali o a bassa densità.

---

55 La quale si basa sulla Deliberazione di Giunta regionale n. 1178/2020, che getta le basi per l'avviso pubblico (c.d. bando regionale) per i reimpianti di olivi in zona infetta.

56 Con DDS n. 86 del 17.02.2021 di approvazione delle graduatorie delle domande di aiuto individuali e collettive ed ammissione all'istruttoria tecnico-amministrativa, si evince che sono stati richiesti complessivamente gli espianti per un totale di 3.829.991 alberi di ulivo e un numero di reimpianti previsti per 4.137.779 piante, su una superficie totale interessata pari a 83.808,35 ettari.

57 Il termine "ecocidio" compare per la prima volta alla *Washington Conference on War and National Responsibility* del febbraio 1970 da parte di Arthur W. Galston, biologo della Yale University. Nel 1971 troviamo una prima definizione in H. Wheeler, voce *"Ecocatastrophe"*, in *Ecocide. And Thoughts Toward Survival*, Fadiman, Clifton y Jean White (a cura di), p. 192, che lo definisce come *«un'ecocatastrofe che si verifica a causa dell'effetto enormemente amplificato di cambiamenti relativamente insignificanti nell'utilizzo delle risorse marginali»* (traduzione da parte dell'autore). Nel 1972, alla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, il primo ministro svedese Olof Palme evoca l'idea di ecocidio come crimine internazionale, accusando di esso il governo statunitense durante il conflitto in Vietnam. R.A. Falk, *Environmental Warfare and Ecocide — Facts, Appraisal, and Proposals*, in *Bulletin of Peace Proposals*, vol. 4, no. 1, 1973, p. 96, lo definisce come *«(...) any of the following acts committed with intent to disrupt or destroy, in whole or in part, a human ecosystem»*. Egli propone la conclusione di una Convenzione sul Crimine di Ecocidio, sul modello della *Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide* dell'ONU del 1948. Le definizioni fornite rappresentano l'architrave dell'art. 8 comma 2 lett. b) n. iv) dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, che ne inserirà i contenuti, senza tuttavia menzionarlo. Oggi resta un concetto dai confini incerti sul piano giuridico. In tal senso si V. L. Cornacchia, *Diritto penale dell'ambiente: diritto penale d'impresa e reati ecologici*, Bologna, Zanichelli, 2024. Sebbene il concetto di *ecocidio* sia controverso nel dibattito giuridico, rappresenta un termine esemplificativo del processo di trasformazione del territorio in senso antropocentrico. In tal senso si rinvia a K. Saito, *Il Capitale nell'Antropocene*, Einaudi, 2024. Difatti il dizionario Treccani lo definisce come *«opera di consapevole distruzione dell'ambiente naturale»* (https://www.treccani.it/vocabolario/ecocidio/). Per un inquadramento sistematico del concetto nella scienza filosofica, si rinvia all'ottimo saggio di H. Neira et Al., *Ecocidio*, *Revista de filosofía*, Santiago, Chile, Volumen 76 (2019) 127-148. In riferimento alla vicenda Xylella, il termine si rinviene in M. Ciervo, *Emergenza Xylella in Salento (Puglia): una questione*

La discrezionalità amministrativa si esercita, dunque, non solo nella scelta delle cultivar, ma nell'indirizzo del modello agronomico. Un chiaro indirizzo di matrice efficientista che si rinviene anche nelle disposizioni in materia di riconversione verso altre colture (art. 7 DM 2484/2020), contratti di filiera e di distretto (art. 16 DM 2484/2020) e diversificazione dell'economia rurale e accorpamento fondiario (art. 17 DM 2484/2020), nelle aree dove la frammentazione della proprietà rappresenta un limite allo sviluppo (art. 17 comma 1 DM 2484/2020).

Particolarmente significative sono due disposizioni di cui al predetto DL 27/2019, che contengono ampie deroghe alle norme, di qualsivoglia natura giuridica, in materia di tutela dell'ambiente, del paesaggio e della salute umana.

Il riferimento è agli articoli 8[58] e 8-ter[59], i quali contengono disposizioni derogatorie ad ogni disposizione vigente[60], comprese quelle ambientali, finalizzate

---

geopolitica, *Quaderni del Semestrale di Studi e Ricerche di Geografia,* Numero Speciale, 2023, p. 19.

58 L'art. 8 del Decreto Legge 29 marzo 2019, n. 27, dopo una serie di modifiche ed abrogazioni, è stato ripreso dall'art. 33 del D.Lgs. 19/2021, che, al comma 1, dispone: *«Al fine di proteggere l'agricoltura, il territorio, le foreste, il paesaggio e i beni culturali dalla diffusione di organismi nocivi per le piante, le misure fitosanitarie ufficiali di protezione delle piante, ivi compresa la distruzione delle piante contaminate, anche monumentali, disposte da provvedimenti o ordinanze fitosanitarie che le regolamentano, sono attuate in deroga a ogni disposizione vigente, comprese quelle di natura vincolistica, nei limiti e secondo i criteri indicati nei medesimi provvedimenti di emergenza fitosanitaria (...)»*.

59 L'art. 8-ter si riferisce agli abbattimenti in "zona infetta": *«1. Al fine di ridurre la massa di inoculo e di contenere la diffusione della batteriosi, per un periodo di sette anni il proprietario, il conduttore o il detentore a qualsiasi titolo di terreni può procedere, previa comunicazione alla regione, all'estirpazione di olivi situati in una zona infetta dalla Xylella fastidiosa, in deroga (...) ad ogni disposizione vigente anche in materia vincolistica nonché in esenzione dai procedimenti di valutazione di impatto ambientale e di valutazione ambientale strategica, di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e dal procedimento di valutazione di incidenza ambientale»*.

60Con particolare riferimento al D.Lgs. Lgt. 27 luglio 1945, n. 475, nel testo sostituito dalla L. 14 febbraio 1951, n. 144, il quale impone il divieto di abbattimento di alberi di olivo e consente esclusivamente l'abbattimento di ulivi improduttivi, ma non di ulivi sani e produttivi (fatta eccezione per i casi, che qui non rilevano, di espianti motivati da ragioni di eccessiva fittezza degli uliveti, di esecuzione di opere di miglioramento fondiario, di costruzione di opere di pubblica utilità o di fabbricati destinati ad uso di abitazione). Il D.Lgs. Lgt. in parola stabilisce infatti che l'abbattimento degli ulivi può essere autorizzato, in deroga, *«quando sia accertata la morte fisiologica della pianta e la permanente improduttività o scarsa produttività dovuta a cause non rimovibili»* (art. 2). Per una prima analisi sistematica della vicenda, si rimanda al Report del gruppo L.A.I.R. (*Law and Agroecology – Ius et Rus*), coordinato dal Prof. Massimo Monteduro, *Emergenza Xylella fastidiosa: perché l'obbligo di estirpazione di tutti gli ulivi non*

alla semplificazione normativa, conformemente al modello ordoliberale, il quale richiede rapidità decisionale e stabilità della decisione, stabilità che difatti *«si sviluppa insieme all'affermarsi di un andamento del tutto emergenziale quando non derogatorio delle decisioni»*[61].

In particolare l'art. 8 (oggi confluito nell'art. 33 del D.Lgs. 19/2021) si riferisce genericamente agli abbattimenti di piante nelle zone in cui vengono adottate misure fitosanitarie obbligatorie[62], mentre l'art. 8-ter (così come modificato dall'art. 19, comma 1, lettera *a)* del DL 202/2024) si configura come norma speciale, valevole solo per quelle indicate come "zone infette", in cui non occorre dimostrare che la pianta da estirpare sia produttiva o meno, verde o meno, ma solo che sia ubicata in "zona infetta", ove si applica una presunzione giuridica di "infettività della pianta", che, però, è contraddetta dai risultati dei monitoraggi, i quali evidenziano una irrisoria suscettibilità della batteriosi[63], nonché si pone come misura fortemente ampliativa rispetto alle disposizioni contenute negli articoli 12 e 16 del Regolamento (UE) 2020/1201[64].

---

infetti (privi di sintomi indicativi di possibile infezione e non sospetti di essere infetti) nel raggio di 100 metri da quelli infetti è una misura contestabile sul piano giuridico e scientifico, Documento di ricerca (versione semplificata per la comunicazione al pubblico), Lecce, 12 novembre 2015.

61 Cosi si esprime L.R. Perfetti, *Diafora della buona fede, aggiornamenti dal diritto dell'economia*, *PA – Persona e Amministrazione,* n. 2/2022, p. 250, il quale rinvia a M. Trimarchi, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, *Dir. Amm.*, 2016, 321; ID., *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, *PA – Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, 189; ID., *L'inesauribilità del potere. Profili critici*, Napoli, ES, 2018; ID., *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Dir. Amm., 2022, 705.

62 A cui, per ragioni di sistematicità, occorre affiancare l'articolo 11 bis della Legge Regionale (Puglia) 29 marzo 2017 n. 4, per cui *«Le misure fitosanitarie obbligatorie in materia di profilassi internazionale di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera q) della Costituzione (...) prescritte per prevenire e contenere la diffusione dell'organismo nocivo Xylella fastidiosa, sono attuate anche in deroga a disposizioni normative e regolamentari vigenti della Regione Puglia, in materia di vincoli forestali, ambientali, idrogeologici e paesaggistici»*.

63 Si rinvia alle note 52 e 53.

64 Il quale dispone che le autorità possono *«(...) decidere di applicare le misure di contenimento di cui agli articoli da 13 a 17, anziché misure di eradicazione, in una zona infetta elencata nell'allegato III»*, ossia nella cd "zona infetta", sulla base del considerando n. 8, per cui, posto che l'eradicazione dell'organismo nocivo specificato non è più possibile, le autorità dovrebbero *«(...) applicare in tali aree misure intese al contenimento, anziché all'eradicazione, dell'organismo nocivo specificato (...) meno rigorose delle misure di eradicazione, ma dovrebbero assicurare un approccio diligente nelle indagini e azioni precauzionali rafforzate nelle rispettive zone cuscinetto e nella*

Tale presunzione, contenuta nell' art. 8-ter comma 1, opera *«al fine di ridurre la massa di inoculo e di contenere la diffusione della batteriosi»* ed in deroga a qualsivoglia disposizione in materia vincolistica (dunque in materia di vincoli paesaggistici ed idrogeologici) e di valutazioni di impatto ambientali (anche strategici, c.d. VIA-VAS)[65].

La modifica apportata nel 2024[66], intesa ad estendere *ad libitum* le facoltà di abbattimento, pone in risalto la visione strategica e di lungo periodo del processo di trasformazione del territorio, destinata a perdurare conformemente alle ulteriori strategie di cui tra poco si dirà.

Alle due disposizioni v'è da aggiungerne una terza, contenuta in meri atti amministrativi regionali, ossia la previsione secondo cui le operazioni di espianto e reimpianto con varietà resistenti, nella "zona infetta", ove rispettose di taluni elementi tipici del paesaggio rurale, non sono soggette ad autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 149 del D.Lgs. 42/2004[67]. Tale disposizione opera una

---

parte esterna delle zone infette, al fine di prevenire la diffusione dell'organismo nocivo specificato nel resto del territorio dell'Unione». Vero è che l'art. 16 del Regolamento in esame prevede la "distruzione delle piante" in "zona infetta", ma solo di quelle *«che sono risultate infette dall'organismo nocivo specificato»* (par. 1), aggiungendo anche che si può *«(...) decidere di limitare la distruzione unicamente ai rami e al fogliame e di sottoporre il relativo legno a trattamenti fitosanitari adeguati conformemente all'articolo 14, paragrafo 1 (...)»* (par. 2).

65 La base normativa principale per la Valutazione Ambientale Strategica (VAS) e la Valutazione d'Impatto Ambientale (VIA) in Italia è il Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (*"Norme in materia ambientale"*), che ha recepito le direttive comunitarie 2001/42/CE (VAS) e 85/337/CEE (VIA). La VAS, disciplinata dalla Parte II, Titolo II del D.Lgs. 152/2006, mira a integrare le considerazioni ambientali nei piani e programmi. La VIA, regolamentata dagli artt. 23-25 del D.Lgs. 152/2006, valuta gli effetti ambientali di specifici progetti. Per un'analisi sistematica della valutazione dell'impatto ambientale e la pianificazione del territorio si rinvia a M. Campolo, *Interessi ambientali e pianificazione del territorio, la valutazione di impatto ambientale*, Napoli, Editoriale scientifica, 1999.

66 Il Decreto Legge 27 dicembre 2024, n. 202 (*"Disposizioni urgenti in materia di termini normativi"*) ha disposto, con l'art. 19, comma 1, lettera a), la modifica dell'art. 8-ter, comma 1 del DL 27/2019, eliminando l'espressione *«per un periodo di sette anni»*. Dunque gli abbattimenti si possono effettuare senza alcun limite temporale.

67 Deroga intanto contenuta nella Deliberazione di Giunta regionale 5 febbraio 2019, n. 200, poi nella Delibera di Giunta Regionale del 11 novembre 2019, n. 2052 con la quale si approva il Protocollo d'intesa con il MIPAAF in materia di *"ricostruzione del paesaggio olivicolo pugliese nelle aree soggette a vincolo paesaggistico, ai sensi della parte III del Codice dei beni culturali e del paesaggio, ricadenti nella zona infetta da Xylella fastidiosa"*, nel quale, all'art. 2 comma 1 lett. b) si conviene che *«nelle operazioni di reimpianto sono salvaguardati tutti i beni diffusi*

compressione procedimentale della tutela paesaggistica[68], introducendo una presunzione di compatibilità che altera l'equilibrio tra interesse produttivo e valore culturale e paesaggistico del territorio, nonché si pone in aperta violazione con quanto disposto dall'art. 183 comma 6 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, il quale dispone che *«[l]e leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe ai princìpi del presente decreto legislativo se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni»*. Di detta disposizione non si è tenuto conto nei provvedimenti in esame e appare superfluo ribadire che né un atto amministrativo né una convenzione possono derogare alle disposizioni normative di rango superiore.

Le disposizioni in esame fanno riferimento alla "ricostituzione" del paesaggio, ma, dall'analisi sistematica delle numerose disposizioni che hanno caratterizzato il fenomeno in esame, ne deriva che la "ricostituzione" o "rigenerazione" non coincidono con il ripristino dell'identità paesaggistica preesistente né nel delicato equilibrio tra esigenze paesaggistico-ambientali e di sviluppo economico, bensì con la sua piena trasformazione funzionale ad interessi agroindustriali. Il paesaggio olivicolo tradizionale, caratterizzato da impianti secolari a bassa densità, viene progressivamente sostituito da assetti razionalizzati e meccanizzabili. Il diritto dell'emergenza si trasforma, così, in diritto della riconversione.

A ciò si aggiunga che le disposizioni in materia di trattamenti fitosanitari *sine die*[69], anche in "zona infetta", al fine di contenere la popolazione dell'insetto vettore del batterio, rafforzano questa traiettoria, libera dall'opera di bilanciamen-

---

caratterizzanti il paesaggio rurale (muretti a secco, lamie, specchie, trulli, cisterne, pozzi, canalizzazioni delle acque piovane, ecc.) in conformità con gli artt. 76, 77, 78 e 83 delle NTA del PPTR» e, al successivo secondo comma si stabilisce che *«laddove il reimpianto non rispetti le suddette condizioni, gli interventi sono sottoposti alla procedura ordinaria di cui all'art. 146 del D.Lgs. 42/2004»*.

68 Sulla tutela paesaggistica e sul relativo procedimento la letteratura è ampia. Per ragioni di brevità si richiamano M.A. Sandulli, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*. Milano, Giuffrè, 2018; G. Famiglietti e N. Pignatelli, *Codice dei beni culturali e del paesaggio: annotato con dottrina, giurisprudenza e formule: aggiornato alla L. 9 agosto 2018 n. 97 di conv. del D. L. 12 luglio 2018 n. 86 (Trasferimento delle funzioni in materia di turismo al Ministero delle politiche agricole e forestali)*, 2. ed., Molfetta, Nel diritto, 2018. S. Amorosino, *Introduzione al diritto del paesaggio*. Roma, Bari, Laterza, 2010; M. Cammelli e C. Barbati., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio: commento al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*. Bologna: Il mulino, 2004. Sul rapporto tra interessi economici e tutela del paesaggio pare opportuno rinviare a S. Amorosino, *Beni naturali energie rinnovabili paesaggio: studi in itinere*, Napoli, Jovene, 2012.

to degli interessi tipica dell'azione amministrativa, stabilizzando poteri eccezionali in un contesto ormai strutturale, rafforzando l'orientamento al mercato dei territori agricoli ed acuendo le già precarie problematiche delle matrici vitali della biosfera, secondo la nota teoria dei Planetary boundaries[70], secondo cui alcuni dei limiti planetari, ossia gli spazi all'interno dei quali la società umana può operare in sicurezza, sono stati già superati in riferimento alla perdita di biodiversità e all'uso del suolo (*land-system change*)[71].

3.2. Verso una nuova politica olivicola nazionale

Le iniziative regionali (Piano d'azione 2024-2026[72]) e nazionali (proposta di Piano Olivicolo Nazionale 2025[73]) confermano che l'emergenza Xylella è divenuta il catalizzatore di una più ampia politica di competitività del settore. Anche la revisione del 2025 del disciplinare DOP «Terra d'Otranto/olio del Salento»[74], di cui si parlerà *infra* (§ 4.4), si inserisce in tale strategia di adeguamento produt-

69 L'art. 14 del Regolamento (UE) 2020/1201 prevede che lo Stato membro applichi adeguati trattamenti fitosanitari in "zone infette", dove le misure di eradicazione non sono più obbligatorie, ma sono ammessi reimpianti di varietà definite "resistenti o tolleranti", ragion per cui i trattamenti contro la popolazione dell'insetto vettore si rendono necessari per ridurre i rischi di inoculo. I trattamenti chimici ammessi ricomprendono principi attivi come Acetamiprid, spinetoram e deltametrina, flupyradifurone (per l'olivo) e Deltametrina (per il mandorlo) e sono obbligatori in determinate aree delimitate, mentre "fortemente consigliati" in "zona infetta Salento" e in area indenne. Tratto da Deliberazione della Giunta regionale 12 dicembre 2022, n. 1866, *Approvazione "Piano d'azione per contrastare la diffusione di Xylella fastidiosa (Well et al.) in Puglia"* biennio 2023-2024, prorogata e integrata con atti regionali successivi.

70 J. Rockström et Al., *A Safe Operating Space for Humanity*, in *Nature*, Vol. 461, 2009, 472; J. Rockström et Al., *Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity*, in *Ecology and Society*, Vol. 14, Issue 2, 2009, 32. La letteratura in materia è sterminata, per brevità si riporta l'ultimo aggiornamento alla teoria, K. Richardson et Al., *Earth beyond six of nine planetary boundaries*, Sci. Adv. 9, eadh2458, 2023. Nella dottrina giuridica italiana e spagnola pare opportuno richiamare, rispettivamente, M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2018 e J.A. Navarro Fernández, *El ordenamiento jurídico de las aguas y la agricultura como campo de batalla*, Editorial Reus, 2017.

71 M. Monteduro, *ivi.*, pp. 24 ss.

72 DGR Puglia n. 1593/2024 e n. 1075/2025.

73 Senato della Repubblica, Disegno di legge n. 1546/2025.

74 Direzione della Promozione della Qualità Agroalimentare del Ministero dell'Agricoltura, della Sovranità alimentare e delle foreste, *Modifica del disciplinare di produzione della denominazione "Terra d'Otranto" registrata come Denominazione di Origine Protetta ai sensi del Regolamento (CE) n. 644/1998 della Commissione del 20 marzo 1998,* 11 novembre 2024.

tivo, posto che amplia l'attribuzione del marchio DOP anche a produzioni di piante coltivate in modalità intensiva, con intensità di 1200 piante per ettaro (art. 2)[75], dimostrando ulteriormente che la problematica fitosanitaria ha funzionato da "leva" per sistemi legali ad essa alieni ma orientati alla competitività e allo sviluppo rurale in chiave neoliberale.

In definitiva, il caso pugliese evidenzia una progressiva traslazione: dall'obbligo europeo di eradicazione alla costruzione di un modello produttivo nuovo; inoltre dimostra come l'emergenza possa fungere da fattore di accelerazione di processi di trasformazione già latenti, sollevando interrogativi sul bilanciamento tra tutela del patrimonio paesaggistico, degli ecosistemi, delle sfere giuridiche soggettive e le esigenze di competitività sistemica.

4. Analisi dell'applicazione delle norme in materia di rigenerazione olivicola in zone infette

L'analisi appena effettuata delle norme e dei provvedimenti in materia di rigenerazione olivicola nella c.d. "zona infetta" ci restituisce una serie di dati su cui sarebbe necessario effettuare un'analisi sistematica, ancorché sintetica. Appare utile soffermarsi su alcuni aspetti della complessa vicenda normativa e amministrativa, che sono accomunati da un sottile filo rosso: il processo derogatorio, semplificativo e di stabilità delle decisioni al fine di perseguire gli obiettivi di competitività sul mercato.

Alla luce di quanto evidenziato nella ricostruzione del quadro giuridico relativo alle evoluzioni della PAC nell'alveo delle influenze neoliberali e ordoliberali (§ 2) e nella ricostruzione delle norme in materia di rigenerazione olivicola (§ 3) salta subito agli occhi quanto il principio dello sviluppo economico si mostri gerarchicamente sovraordinato rispetto ad altri interessi meritevoli di tutela da parte dell'Ordinamento, quali l'interesse alla tutela ambientale, della biodiversità e degli ecosistemi (art. 9 comma 3 Cost.[76]), del paesaggio (art. 9 comma 1 Cost.) o

75 Il precedente disciplinare prevedeva il marchio DOP per olio prodotto da cultivar tradizionali e con un'estensione massima di 400 piante per ettaro.

76 Così come novellato dalla L. Cost. 11 febbraio1/2022. In dottrina si rinvia a R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi Giur. dell'Economia*, 2022, pp. 7-26; M. Del Signore et Al., *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2022, pp. 1 e ss.; F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9*

della protezione della piccola proprietà terriera (art. 44 comma 1 Cost.), nella tutela primaria delle formazioni sociali ove l'individuo svolge la sua personalità (art. 2 Cost.) secondo il metro di misura dell'uguaglianza tra i consociati (art. 3 Cost.). Per di più, nelle pieghe della complessa questione fitosanitaria, emerge una preoccupante commistione tra le determinazioni scientifiche, che hanno avuto un peso determinante nelle decisioni politico-giuridiche in materia, ed interessi economici sottesi alla *scelta* delle cultivar "resistenti o tolleranti" e allo sfruttamento dei brevetti di ben due cultivar sulle quattro ammesse per i reimpianti[77].

Dall'analisi della fitta rete di provvedimenti europei, nazionali e locali in materia, parrebbe evincersi che la fitopatia abbia agito come "innesco" per una visione di ristrutturazione del comparto agricolo pugliese in senso efficientista, coltivata già da lungo tempo e che ha trovato nelle pieghe dell'emergenza Xylella un sicuro sentiero in direzione delle deroghe ad una serie di disposizioni normative, fondate nella tradizione costituzionale, a tutela dei rilevanti interessi pubblici.

Difatti, come s'è visto, nel corso degli ultimi dieci anni si sono avvicendate diverse disposizioni in materia di deroghe "in bianco" a qualsiasi norma in materia vincolistica, di qualsivoglia natura.

Pare opportuno partire da un primo dato sintomatico di quanto espresso in premessa, ossia che il sistema legale così delineato sinora non abbia una mera finalità fitosanitaria e di "ricostruzione" del comparto olivicolo coerente con la risoluzione della problematica, ma una mera finalità di matrice economica, in ottica agroindustiale.

4.1. Reimpianto di varietà tolleranti in "area infetta"

Un primissimo dato che si può ricavare riguarda una certa discrasia tra la normativa di settore in materia di reimpianti in "zona infetta", il principio di pre-

della Costituzione: un approccio in "negativo", in *Diritto dell'economia*, 107, 2022, pp. 15-30. Per quanto concerne il profilo specifico dell'introduzione del richiamo alla sostenibilità nell'art. 9 Cost., analizzandone la valenza nel quadro del contesto geopolitico e sociale della riforma, G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Sull'antropocentrismo e sulla «Natura come il presupposto fondamentale del diritto costituzionale» si rinvia alla piacevole lettura di G. Demuro, *I diritti della Natura*, in *Federalismi.it*, 6, 2022.

77 Si rinvia alla nota 45 in tema di varietà brevettate "FS-17" e "Lecciana".

cauzione[78] e le finalità insite nella complessa normativa in materia di protezione delle piante.

Posto che la finalità è quella, appunto, di proteggere le piante da organismi ad esse nocivi, appare logico affermare che l'obiettivo dovrebbe essere quello di permettere impianti in "zona infetta" solo di specie riconosciute unanimemente dalla scienza (e quindi senza ragionevoli dubbi) come "resistenti", secondo la definizione data poc'anzi.

In caso contrario il principio di precauzione suggerisce di adottare la misura normativa ed amministrativa più cauta al fine di ridurre il rischio.

Difatti non si riesce a comprendere la *ratio* delle disposizioni in esame, posto che dapprima (Decisione di esecuzione (UE) 2015/789) 1) nell'incertezza scientifica (patogenicità del batterio) e 2) nel timore di danni (diffusione del patogeno) 3) si impone la distruzione delle piante; poi (Reg. UE 2020/1201) 1) nell'incertezza scientifica (tolleranza delle piante) e 2) nel timore di danni (diffusione del patogeno) 3) si autorizza l'impianto di varietà tolleranti e notoriamente suscettibili, sebbene di «bassa suscettibilità»[79].

---

78 Secondo la Sentenza n. 428 del 9 giugno 2016 della CGUE, l'applicazione del principio di precauzione prevede l'adozione di misure restrittive quando risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito, a causa della natura non concludente dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno. L'applicazione di detto principio deve avvenire comunque tenendo conto del principio di proporzionalità, il quale esige che l'atto concretamente adottato non debba superare i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e comunque si deve ricorrere alla misura meno gravosa e gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti. Per approfondire si rinvia a S. Zorzetto, *Concepto de riesgo y principio de precaución*, Santiago-Chile, Olejnik, 2018 e R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*. Torino: Giappichelli, 2018 e alla corposa bibliografia contenuta all'interno.

79 Difatti, sorprendentemente, con Determinazione del dirigente sezione osservatorio fitosanitario 3 agosto 2021, n. 75, Reg. (UE) 2020/1201 – Disposizioni per l'applicazione dell'art. 18 del Reg. UE 2020/1201 *"Autorizzazione dell'impianto di piante specificate in zone infette"*, sulla base della nota del CNR di Bari, prot. 5867 del 18 dicembre 2020 è stato autorizzato il reimpianto di varietà suscettibili al batterio, in particolare mandorlo e ciliegio, tenuto conto della loro «bassa suscettibilità». Diversa sorte, com'è noto, hanno avuto le varietà di ulivo, nonostante la loro bassa suscettibilità (Si rinvia alle note 52 e 53). Questa disposizione amministrativa dimostra inconfutabilmente la torsione dei principi di prevenzione, ragionevolezza, buon andamento e imparzialità al cospetto degli interessi economici derivanti dalla sostituzione del patrimonio olivicolo tradizionale e dalla riconversione a varietà che, seppur suscettibili, sono

La deroga prevista dall'art. 18 del Regolamento UE 2020/1201 (e, a cascata, dall'art. 6 del DM 6 marzo 2020, n. 2484 e dai conseguenti atti amministrativi regionali) vale solo per la "zona infetta", ove è possibile impiantare cultivar "resistenti o tolleranti". Ebbene, s'è detto che diversi studi scientifici, unitamente ai dati dei monitoraggi, portino alle conclusioni che diverse cultivar autoctone siano annoverabili tra le varietà "tolleranti" e che le cause prevalenti di disseccamento sarebbero da rinvenirsi in altri fattori[80]. Ciò dimostra ancora una volta sia l'inutilità degli abbattimenti di cultivar autoctone, sia che la scelta pubblica appaia orientata verso una visione agroindustriale del governo del territorio rurale e faccia leva sull'ambiguità giuridico-lessicale.

L'ambiguità di cui si parla, in materia di "resistenza e tolleranza", si evince in numerose disposizioni normative, in cui i due concetti, seppur profondamente distinti sul piano fitopatologico, sono associati ovvero usati impropriamente, riferendosi talvolta al concetto di "resistenza" per evidenze scientifiche che, invece, si riferiscono alla mera "tolleranza"[81].

---

economicamente significative, stanti i dati disponibili. Qui basti richiamare i dati ISTAT relativi all'anno 2025, per cui la Puglia, con una superficie di 18.020 ettari, si conferma la seconda regione in Italia, dopo la Sicilia (32.941 ettari) per la coltivazione del mandorlo. Per quanto riguarda la coltivazione del ciliegio, la Puglia è la prima regione in Italia (18.520 ettari), seguita a gran distanza solo dalla Campania, con 3.079 ettari impegnati a ciliegio. Dati disponibili su https://esploradati.istat.it/databrowser/#/it/dw/dashboards.

80 Un recente studio scientifico ha riscontrato che «*(...) other phytopathogens could be involved in OQDS and that they can induce very similar symptoms to those incited by Xfp. In fact, already from 2013 several studies have indicated various species of fungi associated with a decline of Apulian olive trees (Carlucci et al., 2013, 2015; Nigro et al., 2013). Additionally, it was recently observed that aggressive fungi such as Neofusicoccum mediterraneum and N. stellenboschiana have been very frequently isolated from olive trees that apparently show the typical symptoms of OQDS and in many cases they are also associated with Xfp (Brunetti et al., 2022; Manetti et al., 2023; Scortichini et al., 2023). The very low percentage of Xfp-infected trees that show decline symptoms associated with the occurrence of other phytopathogens frequently found in olive groves of Apulia would also suggest reconsidering the OQDS from a broader epidemiological point of view*». M. Ciervo, & M. Scortichini, *A decade of monitoring surveys for* Xylella fastidiosa, *cit.*, p. 8. Sulle varietà autoctone "tolleranti" si rinvia alle note 46 e 47.

81 Si rimanda all'art. 18 della Decisione di esecuzione 2015/789/UE la quale ammette il reimpianto di varietà definite "tolleranti o resistenti", alla Decisione di Esecuzione 2017/2352/UE del 14 dicembre 2017, il cui considerando 11 stabilisce che si «*dovrebbero privilegiare le piante appartenenti a varietà valutate tolleranti o resistenti all'organismo specificato*» (richiamato dall'art. 3 par. 4), all'art. 8 comma 2 del Decreto MIPAAF n. 4999 del 13 febbraio 2018 che parla di «*varietà (...) resistenti o tolleranti*», all'atto dirigenziale Servizio

Com'è stato notato[82], una pianta tollerante, sebbene possa non mostrare segni di disseccamento e restare produttiva, è comunque suscettibile di trasmettere il batterio. Tra l'altro, sebbene il Comitato fitosanitario Nazionale abbia usato il termine " resistenti" per le cultivar "Leccino" e "FS-17" e questa dicitura sia stata riportata nelle norme in esame, non vi sono evidenze scientifiche a supporto di tale inserimento normativo. Come s'è detto l'EFSA, anche di recente, si è espressa in termini molto più dubitativi, parlando di "tolleranza", così come i saggi scientifici su cui il regolatore pubblico si è basato per le autorizzazioni ai reimpianti.

Pertanto appare evidente una certa torsione del principio di precauzione[83] e un *favor* per delle varietà che lo stesso CNR di Bari, in termini entusiastici, ha definito idonee per la coltivazione in intensivo e, in riferimento a due delle quali (FS-17 e Lecciana) vi sono rilevanti interessi economici in riferimento alle royalties derivanti dalla vendita.

Orbene, sulla base del divieto di reimpianto di varietà specificate (art. 18 Reg. UE 2020/1201) ad eccezione di quelle che si sono dimostrate resistenti o tolleranti (par. 1 lett. b), appare ovvio, alla luce di quanto appena detto, un certo riguardo nei confronti dei soggetti che detengono i diritti di sfruttamento dei brevetti.

Stante il numero rilevante di domande di reimpianto in "zona infetta"[84], le misure comunali di incentivazione ai reimpianti di dette varietà[85], nonché un numero imprecisato di reimpianti operante nell'ambito dell'autonomia privata degli

---

Fitosanitario Regionale della Regione Puglia n. 274 del 04 maggio 2018, di autorizzazione nella zona infetta dell'impianto delle varietà di olivo Leccino e FS-17, considerate *«resistenti»*, all'art. 8 ter del Decreto Legge 29 marzo 2019, n. 27, che usa i termini *«resistenti o tolleranti»*, al citato Protocollo d'intesa con il MIPAAF in materia di ricostruzione del paesaggio olivicolo pugliese in zona infetta (V. nota 62), il quale usa il termine *«resistenti»*, infine all'art. 6 comma 1 del DM n. 2484/2020, il quale parla di *«cultivar che dovessero rivelarsi resistenti o tolleranti all'organismo specificato (...)»*.

82 V. nota 42.

83 Come si esprime R. Titomanlio, *cit.*, pp. 100 ss.

84 V. nota 56.

85 Si V. la Deliberazione di Giunta comunale del Comune di Veglie n. 169/2025 o l'avviso pubblico del Comune di Taurisano per l'assegnazione gratuita di piante di olivo del 11 giugno 2025, in esecuzione della Deliberazione della Giunta Comunale n. 96 del 16/05/2025 e della Determinazione del Settore V n. 329 R.G. del 08/06/2025, entrambi rivolti alla distribuzione gratuita di varietà Leccino, FS17 (Favolosa), Lecciana, Leccio del corno.

olivicoltori e all'interno dell'alveo del mercato, si può presumere una notevole rilevanza dei ricavi economici derivanti dallo sfruttamento dei brevetti[86].

Alla luce di tutto ciò appare preminente l'interesse economico, nelle sue declinazioni privatistiche (sfruttamento dei brevetti) e pubblicistiche (rilancio economico del settore olivicolo in senso efficientista) rispetto ad altri interessi protetti dall'Ordinamento, quale quello ambientale, paesaggistico e della tutela degli equi rapporti sociali di produzione.

4.1.1. Analisi del provvedimento amministrativo di concessione degli aiuti pubblici in materia di reimpianti

Restando in materia di reimpianti, il provvedimento amministrativo di applicazione dell'art. 6 del DM 2484/2020 è la DDS n. 377/2020[87]. Questa determina, comunemente nota come "bando reimpianti", dispone una serie di requisiti tecnici ed economici che riflettono la torsione dei principi di buon andamento ed imparzialità della Pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) posto che si favoriscono modelli di impianto intensivi rispetto a quelli tradizionali o di bassa densità.

Nonostante le finalità del provvedimento siano quelle di "ripristinare" le potenzialità produttive, l'enfasi è tuttavia posta sulla competitività economica del comparto, privilegiando, attraverso due soglie quantitative ed economiche, una densità per ettaro riconducibile nell'alveo degli impianti intensivi.

Difatti, sebbene il contributo per pianta si riduce in base all'aumentare della densità di impianto, il valore massimo di euro per metro quadro aumenta in

86 S. Camposeo et Al., *Lecciana, a New Low-Vigour Olive, cit.,* § 6, in cui riporta che «*A European Community plant variety patent (CPVO n. A201702935) for 'Lecciana' has been submitted in 2017 for and it enjoys a U.S. plant patent since 2019 (US PP no. 30,208 P2). Now it is submitted for registration in Australia, Turkey, Israel, Chile and Morocco. Up until 2020, about 2 million plants have been spread, 40% in Spain, 45% Italy, 15% Portugal and around 1,200 hectares have been planted*». Pertanto, se fino al 2020 sono state vendute circa 2 milioni di cultivar "Lecciana" brevettate e nella Regione Puglia vige il divieto di reimpianto ad eccezione di quattro cultivar, di cui due brevettate, si può agevolmente intuire la rilevanza economica dell'operazione, cui vanno aggiunti i proventi di vendita nel libero mercato nei paesi per cui è stata avviata la procedura di protezione giuridica, citati nell'articolo in questione.

87 Determina del Dirigente sezione gestione sostenibile e tutela delle risorse forestali e naturali 8 settembre 2020, n. 377, la quale si basa sull'atto di indirizzo regionale di cui alla Deliberazione di giunta regionale 31 luglio 2020, n. 1178.

base alla densità di impianto, per arrivare ad un limite di 1,5 euro per metro quadro per il rapporto piante/ettaro superiore a 201 unità[88]. Così, conti alla mano, attraverso detti criteri, il destinatario della misura riceverà un massimale di 15.000 euro ad ettaro per impianti la cui densità di impianto sia superiore alle 201 unità per ettaro e cifre decisamente inferiori per densità minori. L'unico limite posto dal bando è che nel caso in cui il destinatario non dimostri la disponibilità idrica, il numero di piante massimo per ettaro non può superare le 300 unità[89].

Vero è che le domande pervenute[90] mostrano che sono stati richiesti complessivamente espianti per un totale di 3.829.991 alberi di ulivo e un numero di reimpianti previsti per 4.137.779 piante, su una superficie totale interessata pari a 83.808,35 ettari. Questo dato in apparenza può escludere un fenomeno di aumento degli impianti intensivi, ma giova ricordare che la misura relativa agli espianti (art. 4 DM 2484/2020) è indipendente da quella relativa ai reimpianti (art. 6) e che le forze del mercato agiscono molto spesso al di fuori delle dinamiche regolatorie pubbliche, posto che l'eccessiva lentezza delle procedure amministrative (i decreti di saldo dei pagamenti sono arrivati solo a fine 2025[91]), disincentiva coloro che intendono mettere rapidamente a produzione impianti intensivi (che entrano in produzione in soli 3 anni), i quali preferiscono muoversi all'interno della sfera di autonomia, nelle logiche di mercato, liberandosi così dalle norme contenute nei disciplinari, dai controlli regionali e dai meccanismi di transito dal portale SIAN dell'Agenzia per le erogazioni in Agricoltura (AGEA). Infine non va sottaciuto il fenomeno degli incendi boschivi[92], che assume un carattere siste-

88 DDS 377/2020, cit. p. 10.

89 DDS 377/2020, cit. p. 11.

90 V. nota 56.

91 Come si evince dalle determinazioni n. 175 del 29 ottobre 2025, n. 181 del 5 novembre 2025 e n. 237 del 19 dicembre 2025 disponibili su https://www.regione.puglia.it/web/rigenerazione-olivicola/misura-2.b

92 Giuridicamente il concetto di incendio boschivo comprende le aree boscate, cespugliate o arborate, comprese eventuali strutture e infrastrutture antropizzate poste all'interno delle predette aree. Ma comprende altresì terreni coltivati o incolti e pascoli limitrofi a dette aree (art. 2 Legge 21 novembre 2000, n. 353 "Legge-quadro in materia di incendi boschivi"). Secondo l'ultimo rapporto ISPRA, al 15 settembre 2025 risultano 16 regioni con superfici colpite da incendi. Quelle più colpite sono la Sicilia, la Calabria, la Puglia e la Campania, che insieme

mico, con particolare riferimento alle zone dell'Europa meridionale.

Ad ogni modo, ciò che rileva è un certo *favor*, da parte del regolatore pubblico, verso sistemi di produzioni tendenti alla massima efficienza e ad un intenso sfruttamento del suolo agricolo.

4.2. I contratti di filiera e di distretto

In tema di governo del territorio rurale salta subito agli occhi la dinamica della sussidiarietà orizzontale con stakeholders locali le cui finalità appaiono quelle di perseguire esclusivamente gli interessi del mercato. L'art. 16 comma 2 del DM 2484/2020 ha impiegato 5 milioni di euro che sono stati destinati ad un soggetto privato, il Distretto di Qualità Alimentare Jonico Salentino (DAJS), il quale ha attivato tre distinti programmi, uno dei quali, denominato "Rigenerazione sostenibile" e finalizzato alla riconversione colturale, contempla il finanziamento di 75 progetti di riconversione da oliveto ad altre colture, che coinvolgono circa 331 ettari di terreno agricolo. Di questi ben 40 progetti riconvertono gli uliveti in vigneti, mentre le altre riconversioni riguardano frutteti, seminativi e, persino, l'installazione di serre[93]. Alcuni di questi progetti contemplano sistemi di desalinizzazione delle acque di falda, consapevoli dell'emergenza idrica in corso nella Regione Puglia[94].

Anche su tale versante appaiono evidenti due aspetti rilevanti sul piano della nostra analisi. Anzitutto una importante devoluzione del compito, riservato

---

contribuiscono per l'85% alle aree totali bruciate a scala nazionale. Si v. : AA.VV., *Ecosistemi terrestri ed incendi boschivi in Italia: Stagione degli incendi 2025,* ISPRA, 2, 2025, pagg. 1-17.

93 I progetti sono elencati in questo documento: https://dajs.it/wp-content/uploads/2023/05/aziende-e-progetti-2022.pdf (Ultimo accesso, 25 febbraio 2026).

94 Ordinanza del Presidente della Giunta regionale 18 dicembre 2025, n. 586, *"Misure collegate all'Adozione del Piano di emergenza per il superamento della crisi idrica 2025-2026 nel comparto potabile e alla Dichiarazione dello stato di emergenza regionale per rischio da deficit idrico"*. Tale ordinanza impone severi limiti all'uso delle acque. Tuttavia appare una certa contraddizione se parametrata al *Disciplinare di produzione integrata, Sezione Tecniche Agronomiche, 2023*, il quale prevede che *«Negli impianti intensivi, con densità superiori a 300 piante per ettaro, il ricorso all'irrigazione è indispensabile. Le esigenze idriche dell'olivo prevedono un apporto medio che non deve superare i 1.700-2.000 m3/ha in relazione alle caratteristiche pedoclimatiche, alla tecnica colturale ed alle disponibilità idriche»*. Fonte: https://trasparenza.regione.puglia.it/sites/default/files/documento/155_DIR_2023_00023_determina_Allegato%20A_signed.pdf

tradizionalmente al potere pubblico, di governo del territorio, posto che i contratti di filiera e di distretto attribuiscono ampio margine di discrezionalità a soggetti privati nel perseguimento di obiettivi di matrice economica. In secondo luogo appare evidente l'insostenibilità ambientale di detti progetti, i quali richiedono ingenti quantitativi di risorse idriche e trattamenti fitosanitari chimici, anche a ragione del rinvenimento, sul territorio pugliese, del batterio di Xylella fastidiosa sub fastidiosa, notoriamente attribuita alla malattia di Pierce sulla *vitis vinifera*[95].

Infine, dall'elenco dei progetti in esame si evince facilmente come il "comparto di partenza" sia rappresentato esclusivamente da oliveti (stante il rammentato diritto di non specificare se produttivi o meno, in deroga alle disposizioni vigenti), in conformità a quanto evidenziato in premessa circa l'orientamento al mercato di dette misure.

4.3. Ricomposizione fondiaria e trasformazione proprietaria

La base legale del processo di accorpamento fondiario si rinviene nell'art. 17 del DM 2484/2020, il quale non appare direttamente connesso alle finalità fitosanitarie, bensì a mere finalità di accelerazione del rilancio delle attività economiche in aree rurali (comma 1) e di superamento della frammentazione fondiaria come *«limite allo sviluppo»* (comma 1 ultimo periodo), conformemente al processo di polarizzazione dell'attività agricola nel territorio europeo evidenziato da Eurostat[96], per cui pare assistere ad un fenomeno di governo del territorio rurale orientato fortemente al mercato, il quale viene definito *landscape grabbing*[97] da alcuna dottrina geografica.

Vero è che l'art. 44 del testo costituzionale mira ad un *«razionale sfruttamento del suolo»* e alla *«ricostruzione delle unità produttive»*, ma nell'ottica di *«stabilire equi rapporti sociali»*, stabilendo altresì *«obblighi e vincoli alla proprie-*

95 Rinvenuta nel 2024 nel territorio pugliese e dichiarata Pianta specificata sensibile alla Xylella fastidiosa sottospecie fastidiosa dall'Allegato II del Regolamento UE 2020/1201.

96Si rinvia alle note 30 e 31.

97 M. Ciervo, C. Cerreti, *Landscape Grabbing. A New Concept for Geographical Analysis?*, in *Geotema,* Supplemento 2020 – Anno XXIV, pp. 123-130.

tà terriera privata» e *«limiti alla sua estensione»*[98], in ottica redistributiva e di salvaguardia della piccola e media proprietà.

La misura, al contrario, si inserisce in una logica di efficientamento strutturale, favorendo operatori professionalizzati (coltivatori diretti e imprenditori agricoli professionali) mediante il ruolo dei GAL, cui la misura è destinata. Sotto il profilo sistematico, si tratta di un intervento che incide sull'assetto proprietario, orientando il mercato fondiario verso modelli imprenditoriali di scala.

Ulteriore elemento di rilievo è rappresentato dalle agevolazioni fiscali, relativamente all'anno 2023, per i trasferimenti di terreni colpiti da Xylella[99]. L'esenzione da imposte ipotecarie e catastali e la riduzione degli onorari notarili per fondi di modesta estensione incentivano l'accorpamento e la concentrazione della proprietà agricola.

Detta disposizione, attualmente, non è stata prorogata, ma si può leggere come norma-chiave per le possibili strategie regionali volte alla costituzione di partenariati misti pubblico-privato finalizzati ad attribuire ai GAL ampie competenze in materia di incentivazione alla diversificazione dell'economia rurale e all'accorpamento fondiario, per cui è stato emanato un apposito avviso pubblico[100].

Tuttavia, stante quanto espresso dalla Corte dei Conti europea nel 2010 e nel 2022[101], sebbene molti Gruppi d'Azione locali abbiano apportato determinati benefici sui territori di competenza, dispongono talvolta di norme poco tra-

---

98La dottrina classica italiana, nell'interpretare l'art. 44 della Costituzione, rinviene nell'unione tra singolo (agricoltore), comunità (intesa in senso locale e ampio) e potere pubblico la sintesi della *«unione dell'umanità con la terra»*, ritenendo che quando il diritto agisce contrariamente alle logiche naturali, diviene puro sfruttamento e *«causa e fonte di pesi»*. Così G. Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, *Rivista di diritto agrario*, 1952.

99 Art. 15, comma 1-novies del Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 198, valevole solo per l'anno 2023.

100 Deliberazione di Giunta regionale n. 453 del 15 aprile 2024 e successivi atti attuativi (Det. n. 571 del 27 agosto 2024 e Determinazione dell'Autorità di Gestione PSR Puglia 2014-2022 n. 48 del 13 settembre 2024), sulla base di un contributo erogato dal MASAF di 5 milioni di euro, giusta Decisione di Esecuzione della Commissione n. CCI 2014IT06RDRP020 del 17 giugno 2024, al fine di devolvere ai GAL progetti e misure finalizzati ad incentivare l'accorpamento fondiario.

101 Si rinvia alle note 21 e 22.

sparenti in materia di conflitto di interessi e nei processi decisionali[102], nonché comportano spesso elevati costi amministrativi e di gestione.

Dette criticità lasciano presupporre come il processo di accorpamento fondiario, che assume un rilievo pubblicistico in ragione degli interessi pubblici ad esso sottesi, quali quelli richiamati diffusamente in questo contributo, potrebbe essere governato secondo dinamiche prevalentemente privatistiche, connotate da scarsa trasparenza e da conflitti di interesse legati soprattutto agli interessi agroindustriali poc'anzi analizzati.

4.4. Le modifiche al Disciplinare DOP "Terra d'Otranto"

Come anticipato nel § 3.2, nel 2025 il MASAF ha inteso modificare il disciplinare di produzione della denominazione protetta "Terra d'Otranto" effettuando due rilevanti modifiche.

Accanto alle varietà tradizionali, denominate "Cellina di Nardò" e "Ogliarola", per le quali il marchio DOP è presente dal 1998[103], sono state aggiunte le cultivar "Leccino" e "FS-17", che non hanno alcun legame storico o tradizionale con il territorio di riferimento.

Inoltre l'art. 4 del nuovo disciplinare prevede una rilevante modifica alle caratteristiche di coltivazione, consentendo l'estensione del marchio DOP anche agli oliveti intensivi e ad alta intensità di 1200 piante per ettaro.

Sul piano sostanziale, ciò appare una forzatura rispetto alle finalità poste dalla disciplina europea in tema di marchi di qualità, posto che si introducono cultivar aliene rispetto a quelle tradizionali, con tecniche di coltivazione estranee alle identità culturali e ai legami con l'origine geografica dei prodotti[104].

---

102 Sui rilievi effettuati dalla Corte dei Conti europea e sulla natura giuridica dei GAL si rinvia alla nota 22.

103 Il marchio DOP è stato registrato con il Regolamento (CE) n. 644/98 della Commissione del 20 marzo 1998, che completa l'allegato del regolamento (CE) n. 1107/96 della Commissione relativo alla registrazione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine nel quadro della procedura di cui all'articolo 17 del regolamento (CEE) n. 2081/92 del Consiglio.

104 Il Regolamento (UE) 2024/1143 del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 aprile 2024, nel considerando n. 7 specifica che i cittadini e i consumatori dell'Unione chiedono sempre più spesso prodotti di qualità, tradizionali e accessibili, che presentano qualità e caratteristiche specifiche attribuibili sia alla loro origine che al loro modo di produzione, chiedendo caratteristiche specifiche riconoscibili, in particolar modo quelle aventi un legame con

Sul piano giuridico formale va precisato che la base legale dell'approvazione del disciplinare in parola si rinviene nell'art. 24 del Regolamento (UE) n. 2024/1143, il quale disciplina la modifica temporanea del disciplinare di produzione di un prodotto DOP o IGP a seguito dell'imposizione di misure sanitarie o fitosanitarie obbligatorie. Tuttavia il disciplinare in esame, riferendosi ad impianti arborei destinati (presumibilmente) a restare in produzione per anni, probabilmente non assolve alle finalità poste dalla norma di base, ma tende alla stabilizzazione *de facto* del regime giuridico in esso recato, a mezzo di un rinnovo temporaneo *ad libitum*, con ciò mortificando la ratio della disposizione che ne funge da base legale.

Sul piano giuridico sostanziale va precisato che il Ministero dell'Ambiente e della sicurezza energetica, nella consueta relazione sui sussidi ambientalmente dannosi, ha operato una giravolta giuridica, riconoscendo che *«(...) l'agricoltura intensiva è ancora causa di perdita di biodiversità»*, ma, in ragione *«(...) della valorizzazione dei prodotti DOP e IGP la cui certificazione implica elevati standard di qualità e di sostenibilità sia sociale che ambientale»* i sussidi a tale tipologia di coltivazione non debbono considerarsi ambientalmente dannosi, ma *«incerti»*[105].

Appare di difficile comprensione la ragione sottesa a tale modifica se la si interpreta con metodo meramente esegetico. Interpretandola, come s'è tentato di proporre in questo contributo, alla luce dei principi ordoliberali e dei mutamenti

---

l'origine geografica. I cittadini e i consumatori sono sempre più consapevoli delle condizioni di produzione che hanno forgiato la reputazione e l'identità di tali prodotti. Inoltre nel considerando 23 si legge che l'Unione si orienta a metodi di produzione sostenibili, rispettosi dell'ambiente e del clima, precisando che le pratiche di sostenibilità comprese nel disciplinare dovrebbero essere correlate ad almeno uno dei tre principali tipi di sostenibilità: ambientale, sociale ed economica. Appare evidente quanto il disciplinare in questione sia lontano dagli obiettivi posti dal Regolamento in parola, che ne rappresenta la base giuridica.

105 Ministero dell'Ambiente e della sicurezza energetica, *Catalogo dei sussidi ambientalmente dannosi e dei sussidi ambientalmente favorevoli*, *2025 (Dati 2023-2024), ai sensi dell'art. 68 della L. 28 dicembre 2015, n. 221,* disponibile su https://www.mase.gov.it/portale/documents/d/guest/csa_2025_catalogo_v_131125-pdf.
Sull'insostenibilità ecologica degli impianti intensivi si rimanda a F. Belmonte Serrato et al., *El impacto de la agricultura intensiva en el uso turístico de las playas de marina de Cope (Murcia)*, *Cuadernos de Turismo*, nº 27, 2011, pp. 23-38

della PAC nel senso della competitività[106], si evince facilmente la *ratio* della disposizione in parola, carica di significato agroindustriale, in cui è evidente la scelta pubblica di incentivare lo sviluppo di impianti intensivi, cui viene per giunta garantito il mantenimento del marchio DOP per produzioni che nulla hanno a che vedere con la *ratio* ispiratrice del marchio in parola.

5. Conclusioni

Com'è stato osservato nell'introduzione, le misure di rigenerazione olivicola, di riconversione e di riassetto dei rapporti sociali di produzione, nella cosiddetta "zona infetta" mostrano una finalità divergente rispetto a quella dichiarata di "ricostruire" il comparto olivicolo e contribuire alla risoluzione della questione fitosanitaria, nel rispetto e nei limiti dei principi costituzionali a fondamento dell'ordinamento democratico, ma paiono fortemente orientate al mercato.

Le misure in materia di espianti e reimpianti, che si basano su determinate evidenze e ne trascurano altre[107], producono due effetti sul piano della tutela di interessi costituzionalmente rilevanti. Il primo concerne la contrazione della libertà d'iniziativa economica (art. 41 Cost.), in particolare della piccola e media proprietà rurale (art. 44 Cost.). Il secondo riguarda il danno ecosistemico e paesaggistico (art. 9 Cost.) derivante dall'abbattimento di numerosi esemplari di piante secolari, per cui i dati scientifici restituiscono una trascurabile incidenza della fitopatia.

Nello specifico, le disposizioni analizzate, in particolare quelle di cui agli articoli 8-ter e 8-quater del D.L. n. 27/2019, escludono il bilanciamento tra interessi economici e altri interessi pubblici rilevanti in materia di tutela del paesaggio, dell'ambiente, degli ecosistemi, nella *sede naturale* del procedimento amministrativo, in particolare nei procedimenti in tema di impatti ambientali di opere, piani, programmi che possono avere effetti significativi sull'ambiente e sul paesaggio agrario. Ciò impedisce alle amministrazioni multilivello preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute di valutare gli impatti sia delle trasformazioni del territorio sui delicati assetti ecosistemici e sul paesaggio rurale, sia delle misure fitosanitarie obbligatorie (o fortemente consi-

106 Si rimanda supra, § 2.2.
107 Si rinvia alle note 41, 46 e 47.

gliate) in materia di salute pubblica, qualità dei suoli o delle acque sotterranee.

Tutto ciò lascia intendere una volontà politica di *eliminare l'incertezza*, dovuta agli esiti non determinabili a priori del procedimento, al fine di attuare *magnis itineribus* un piano agroindustriale di estese proporzioni.

In tema di governo del territorio, coerentemente con la visione neoliberale dei rapporti giuridici di produzione si è dimostrato come, in totale assenza di un bilanciamento, nel governo multilivello, degli interessi costituzionalmente protetti, la scelta pubblica è stata governata dalla scelta tecnica, in un contesto di centralizzazione decisionale[108], producendo effetti sulla già menzionata ricostruzione agraria, nonché sul governo del fenomeno dell'abbandono dell'agricoltura, che conduce all'abbandono dei terreni agricoli[109]. In tal guisa, le norme in tema di accorpamento fondiario, finalizzate ad un aumento dell'efficienza agricola e della produttività, assolvono la funzione di accentrare la gestione del territorio agrario a vantaggio di sempre meno operatori sul mercato, conformemente agli effetti prodotti dalla PAC a seguito delle riforme degli anni Novanta del secolo scorso. Inoltre le norme in materia di *governance* assicurano la devoluzione di importanti funzioni in materia di governo del territorio a soggettività private (come nel caso dei GAL e dei contratti di filiera e di distretto).

In tema di produzione olearia, va posta in rilievo la forzatura della *ratio* per cui son nati i marchi di qualità europei. Il marchio DOP indica i prodotti le cui caratteristiche dipendono dall'ambiente geografico, dai fattori naturali e dalle tecniche tradizionali che connotano un certo territorio. Si tratta di una sorta di "sigillo di garanzia" che quel prodotto sia associato ad un certo ambito territoriale e

---

108 Come opportunamente osservato in dottrina, *«(...) l'emergenza, sia essa economica, oppure legata alla minaccia terroristica o a eventi naturali, conduce ad un rafforzamento delle prerogative del potere esecutivo a scapito degli altri poteri dello Stato. Tutte le competenze decisionali, infatti, sono attribuite direttamente all'organo politico posto al vertice dell'amministrazione. (...) L'idea secondo cui il governo dell'emergenza economica richieda l'imputazione agli organi politici del potere esecutivo di scelte ampiamente discrezionali permane e appare coerente con criteri di efficiente allocazione delle competenze»*, anche in ragione delle rilevanti risorse economiche stanziate per la *rigenerazione* del territorio. G. Napolitano, *Il nuovo* Stato salvatore: *strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale dir. Amm.*, 2008, *passim*.

109 Per un'analisi sistematica del concetto di "abbandono di terra" sul piano giuridico e per la distinzione tra "abbandono dell'attività agricola" e "abbandono della terra", sia in senso totale che parziale, si rinvia a E. Corbelle Rico, R. Crecente Maseda, *El abandono de tierras: concepto teórico y consecuencias*, in *Revista Galega de Economía*, vol. 17, núm. 2, 2008, part. pp. 2 ss.

ad un certo *immaginario*. La modifica del disciplinare assolve, così, una funzione di incentivo allo sviluppo di impianti intensivi, posto che si garantisce un marchio di qualità anche per impianti e specie arboree che nulla hanno a che vedere con il territorio di riferimento e la tradizionale produzione ad esso associata.

Non è difficile ora osservare come i sistemi legali sopraggiunti a seguito dell'emergere della questione fitosanitaria legata al rinvenimento del batterio di Xylella fastidiosa in uno dei territori dell'Unione abbiano favorito un progetto, latente, di trasformazione del paesaggio e dell'assetto agricolo che passerebbe da rurale ad agroindustriale, basato sulla prevalenza degli interessi economici sulla tutela della biosfera e sui diritti sociali. Tutto ciò dimostra come quella in esame non sia una mera questione fitosanitaria, ma l'applicazione di un modello di governo del territorio flessibile e a geometrie variabili, ove la dialettica democratica, i fondamentali interessi pubblici affidati alle cure del soggetto pubblico e le garanzie del procedimento amministrativo cedono il passo alla ragion di mercato e agli interessi particolaristici.

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

Lia Coluzzi
Dottoranda di ricerca in diritto pubblico presso il Dipartimento di Studi giuridici ed economici dell'Università Sapienza di Roma
lia.coluzzi@uniroma1.it

L'autovincolo nella scelta amministrativa. Premesse allo studio di una ricostruzione della funzione amministrativa come procedura

Self-binding rule in administrative choice. Preliminary observations for a reconstruction of the administrative functions as a procedure

Sintesi

Il presente contributo si prefigge lo scopo di fornire alcuni spunti di riflessione in ordine alla configurazione strutturale della funzione amministrativa, in relazione alle recenti novità legislative, introdotte con il codice dei contratti pubblici. Così, ci si pone il problema di capire se ed in che modo tali novità in materia di autovincolo impattino all'interno del quadro normativo. Allo scopo, l'articolo disamina diacronicamente l'emersione del concetto di autovincolo. Più nel dettaglio, ci si sofferma sull'esame – prima – dell'obbligatorietà e – poi – dell'auto-obbligatorietà del potere amministrativo. Il tema, invero, è stato scarsamente affrontato dalla dottrina in maniera diretta, vieppiù nel contesto successivo all'emanazione della legge generale sul procedimento.
Successivamente, ci si sofferma sull'ammissibilità e l'ambito di rilevanza dell'autovincolo nel contesto attuale, analizzando specificamente le posizioni della dottrina e della giurisprudenza sul punto. La giurisprudenza, in via generica, richiama il principio dell'autovincolo, talora attribuendogli carattere costituzionale, soprattutto per affermare il ruolo della *lex specialis* rispetto alle determinazioni successive. Invece, la dottrina, precedentemente all'emanazione della legge 7 agosto, n. 1990, si era soffermata sull'autolimite della pubblica amministrazione, affermando una valenza dello stesso tendenzialmente obbligatoria e generale. Successivamente, la predeterminazione amministrativa è stata configurata quale anticipo dell'esercizio del potere discrezionale.

Secondo un'altra tesi più recente, il principio del risultato non avrebbe un impatto significativo all'interno del quadro normativo, posto che la c.d. amministrazione di risultato è già pacificamente ammessa dall'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale. Così, l'unico modo per salvare la giuridicità del principio di risultato starebbe nell'autovincolo.

In conclusione, si tenta fornire alcuni spunti originali per la ricostruzione dell'istituto in parola. Sebbene si sia, in generale, d'accordo con l'interpretazione giurisprudenziale sull'autovincolo in voga e sulle considerazioni effettuate dall'ultima dottrina sopra esposta, si sostiene che l'istituto in esame meriti un approfondimento ulteriore. In particolare, si sostiene che il legislatore, con le suddette novità legislative, abbia posto in luce una volta in più alcuni caratteri procedurali della funzione amministrativa. In particolare, si sostiene che l'autovincolo sia un obbligo procedurale della pubblica amministrazione afferente alla configurazione strutturale della funzione amministrativa. Non si ritiene che la funzione amministrativa possa essere esercitata in senso compiuto in assenza di una procedura volta alla propria autoregolazione. Così, si crede che l'effetto preclusivo derivante dall'autovincolo sia immanente alla configurazione strutturale della funzione amministrativa, in particolare sotto un punto di vista procedurale.

Abstract

This article aims to provide a critical analysis of the structural configuration of the administrative function in light of the recent legislative changes introduced by the Public Contracts Code. Specifically, this study examines whether and how these novelties concerning the principle of self-imposed constraint (autovincolo) impact the existing regulatory framework.

To this end, the paper reviews the historical emergence of the concept of self-imposed constraint. More precisely, it focuses on examining the mandatory nature and subsequently the self-binding nature of administrative power. This subject has, in fact, been sparsely addressed directly by legal scholars, particularly in the period following the enactment of the general law on administrative procedure.

Subsequently, the paper addresses the admissibility and scope of relevance of the self-imposed constraint in the current context, specifically analyzing the

positions taken by legal commentary and case law on this issue. Jurisprudence generally invokes the self-imposed constraint principle, sometimes attributing to it a constitutional character, primarily to affirm the binding role of the *lex specialis* on subsequent administrative determinations. On the other hand, legal scholars, prior to the enactment of Law No. 241 of August 7, 1990, had focused on the self-limitation of the Public Administration, asserting its tendentially mandatory and general validity. Later, this administrative predetermination was interpreted as an anticipation of the exercise of discretionary power.

According to a more recent doctrine, the principle of result is argued not to have a significant impact within the regulatory framework, given that the so-called results-oriented administration is already largely accepted through judicial and doctrinal interpretation. Thus, the only way to safeguard the legal relevance of the principle of result is argued to lie in the self-imposed constraint.

In conclusion, the article seeks to offer original perspectives for the re-interpretation of this legal concept. While generally concurring with the prevailing judicial interpretation of the self-imposed constraint and the latest doctrinal considerations outlined above, it is maintained that the mechanism under examination warrants further study. In particular, the paper argues that the legislator, with the aforementioned legislative changes, has once again highlighted certain procedural characteristics of the administrative function. It is contended that the self-imposed constraint constitutes a procedural obligation of the Public Administration pertaining to the structural configuration of the administrative function. The administrative function cannot be fully exercised without a procedure aimed at its own self-regulation. Therefore, the preclusive effect arising from the self-imposed constraint is deemed immanent to the structural configuration of the administrative function, particularly from a procedural standpoint.

PAROLE CHIAVE: autovincolo, preclusione, potere, funzione amministrativa, sindacato sul potere.

KEYWORDS: self-binding rule, preclusion, power, administrative function, judicial review of power.

INDICE: 1. Introduzione – 2. Tema d'indagine – 3. Profili storici – 4. L'autolimazione del potere amministrativo – 5. La funzionalizzazione dell'attività e la conformazione interna del potere – 6. L'autolimite quale canone generale dell'attività amministrativa – 7. Tesi sull'ammissibilità e l'ambito di rilevanza dell'autovincolo nel contesto attuale – 8. Profili ricostruttivi.

1. Introduzione

Il dibattito sull'autovincolo nasce in Germania nella seconda metà del secolo scorso[1]. Da un lato, parte della dottrina tedesca riconduceva tale istituto al principio di uguaglianza, dall'altro lato, ad un'interpretazione sostanziale di detto principio da calarsi concretamente nel rapporto amministrativo[2]. *Mutatis mutandis*, tale dibattito potrebbe essere ricondotto a quello della dottrina costituzionale italiana fra eguaglianza ed imparzialità. Secondo l'impostazione più recente, dunque, l'autolimite deriverebbe dal principio di imparzialità *ex* art. 97 Cost[3].

Diversamente dal dibattito tedesco, però, in Italia il *Selbstbindungen der Verwaltung* non ha costituito oggetto di particolari questioni poste all'attenzione di dottrina e giurisprudenza. In disparte alcuni significativi contributi monografici[4] sul tema, il tema non è stato considerato come meritevole di autonoma discussione, probabilmente anche per l'interpretazione che si è comunemente data ad alcune disposizioni legislative.

Una disposizione in materia, infatti, è contenuta all'interno della legge generale sul procedimento, ma essa viene interpretata per lo più quale circoscritta al settore di riferimento[5]. Ai sensi dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in materia di provvedimenti attributivi di vantaggi economici, è prescritto che le

1 Su tale dibattito e sul tema in generale, cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimite della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1 ss.

2 Per una tradizionale impostazione del problema, si considerino le seguenti opere: G. LEIBOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, München und Berlin, C.H. Beck, 1959, p. 1 ss.; M. WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung, Friheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz*, Berlin, Duncker & Humblot, p. 1 ss. Per una concezione concreta dell'uguaglianza, a cui pare possibile ricondurre l'autovincolo, cfr. H.J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, München und Berlin, C.H. Beck, 1974, p. 1 ss.

3 Aderisce a tale impostazione P.M. VIPIANA, *L'autolimite*, cit., p. 129 ss. In particolare, il riferimento è a A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, p. 1 ss.

4 Cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimite*, cit., p. 1 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997, p. 1 ss.

5 Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., p. 165 ss.

amministrazioni procedenti debbano predeterminare l'attribuzione economica «*nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi*».

Tale interpretazione settoriale della norma, sarebbe confermata, peraltro, da argomenti storici, posto che precedenti interventi del legislatore in materia pure si sono concentrati sulle erogazioni patrimoniali[6].

Tuttavia, il dibattito in esame è tornato di attualità successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici. Infatti, ai sensi dell'art. 1 cod. contratti, è prescritto il c.d. principio del risultato, che, secondo alcuni[7], potrebbe essere interpretato nel senso che la p.a. sia obbligata *in primis* all'affidamento del contratto, interesse che sarebbe sovraordinato agli altri interessi coinvolti nel procedimento.

Il legislatore, ai sensi del co. 4 del predetto articolo[8], impone che il risultato costituisca il criterio prioritario attraverso il quale esercitare il potere discrezionale; inoltre, si statuisce che il risultato orienta l'individuazione della regola del caso concreto. La legge prevede, poi, che il risultato debba essere utilizzato prioritariamente per valutare la responsabilità del personale e per l'attribuzione degli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva, rispettivamente ai sensi delle lettere a) e b) della disposizione in commento.

Altro recente riferimento normativo in materia – probabilmente il più significativo – è quello rappresentato dal co. 3 dell'art. 2 del cod. contratti. In particolare, ivi, il legislatore afferma: «*Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di*

---

6 Cfr., ad esempio, l'art. 1 del decreto legge 30 dicembre 1985, n. 786 e l'art. 9 della legge 1° marzo 1986, n. 64.

7 Cfr. L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e appalti*, 2023, 1 ss.

8 L'art. 1, co. 4, del cod. contratti prescrive: "Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva."

prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.».

Così, da una prima lettura del dato positivo, da un lato, il legislatore ordina che l'azione discrezionale e che l'individuazione della regola del caso concreto siano orientate al risultato. Dall'altro lato, invece, la legge pone un collegamento tra autovincolo e responsabilità, secondo cui il primo costituirebbe parametro di valutazione della seconda.

L'introduzione legislativa delle predette disposizioni, dunque, sembra porre le premesse per una rimeditazione del tema dell'autovincolo. Dopo un lungo silenzio della dottrina e della giurisprudenza in materia, anche per effetto delle recenti novità legislative, si ritiene necessario un ripensamento sulla portata precettiva dell'istituto in esame e sull'inquadramento sistematico delle norme sopraindicate.

2. Tema d'indagine

Così, il presente contributo si prefigge lo scopo di fornire alcuni spunti di riflessione sull'ammissibilità e l'estensione dell'eventuale ambito di rilevanza dell'autovincolo nel contesto attuale, anche alla luce delle recenti modifiche legislative intervenute in materia di contratti pubblici.

Secondo una prima approssimativa definizione, si potrebbe dire che l'autovincolo costituisce un effetto preclusivo all'esercizio del potere amministrativo, che, diversamente dai c.d. eterolimiti, promanerebbe direttamente dall'amministrazione.

La parola αὐτός, dal greco, evidenzia come il destinatario dell'effetto sia lo stesso soggetto capace di determinarlo. Dall'altro lato, il limite o il vincolo indicherebbe l'impossibilità per la p.a. di comportarsi diversamente da quanto essa stessa si è imposta di fare.

Ciò che contraddistinguerebbe, quindi, tale istituto è la corrispondenza fra soggetto che pone il precetto e soggetto tenuto a conformarvisi[9].

Tale peculiare caratteristica del fenomeno autolimitativo, invero, si potrebbe osservare altresì con riferimento a poteri diversi da quello amministrativo[10]. Per esempio, si consideri l'autovincolo legislativo[11]. La dottrina costituzionalistica[12], specie con riferimento alle leggi di incentivazione, ha studiato con attenzione il concetto di autolimite, interrogandosi sulla possibilità se il legislatore del presente possa vincolare quello del futuro.

In disparte tali ipotesi, il presente contributo si pone l'obiettivo di studiare il fenomeno autolimitativo con esclusivo riferimento al caso in cui il soggetto impositore e destinatario del precetto sia la p.a.

Nel procedere al tentativo di definire i tratti peculiari della nozione in esame, poi, si ritiene necessario un approfondimento ulteriore sulla distinzione tra autolimiti ed eterolimiti[13]. Gli eterolimiti, diversamente dagli autolimiti, sarebbero ascrivibili al fenomeno dell'etero-normazione ed, in quanto tali, produrrebbero effetti preclusivi diretti a vincolare soggetti diversi da coloro che li appongono. Così, nell'eterolimite, si avrebbe una discrepanza fra soggetto che pone il precetto e destinatario dello stesso.

---

9 Cfr., sull'autonormazione e l'eteronormazione, C. PINELLI, *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2018, 30 ss.

10 Si richiama, in tal senso, la dottrina dell'autolimitazione dello Stato di Jellinek. Cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, S.E.L., 1912, II ed. (op. orig. 1905), 95 ss., su cui si veda anche SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, S.E.L., 1900, 159 ss.

11 Sul tema, cfr. A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, III, Milano, Giuffrè, 1987, 391 ss. ora in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, Cedam, 2002. Nel dibattito, la questione si è posta, con riferimento alle leggi di incentivazione, sull'esistenza di un divieto per il legislatore del futuro di abrogare retroattivamente la legge di incentivo.

12 Per alcuni contributi recenti, si rinvia a M. LUCIANI, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento Europeo*, in *Eurojus.it*, 2019, 64 ss.; F. RIMOLI, *Leggi a ciclo annuale e vincoli al legislatore futuro: un profilo teorico*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 1 ss.

13 Cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimite*, cit., 29 ss., secondo cui, in taluni casi, la distinzione tra autolimiti ed eterolimiti sfumerebbe. Anzitutto, in determinati casi, sarebbe la legge stessa a prescrivere che l'amministrazione si autolimiti. Poi, in altri casi, l'autolimite potrebbe derivare da un'interpretazione dell'eterolimite. L'A. richiama a tal proposito il caso delle circolari interpretative.

Tradizionalmente, la distinzione in esame, dunque, si spiegherebbe nei termini che seguono: da un lato, l'amministrazione sarebbe soggetta a vincoli "esterni" e per lo più legislativi; dall'altro lato, la p.a. avrebbe la facoltà di porre dei limiti a sé stessa, attraverso i quali nascerebbero nuovi doveri di conformazione per il potere, diversi da quelli "esterni" e già previsti in via costituzionale, legislativa, giurisprudenziale, ecc. ...

A proposito di questa seconda tipologia di limiti, si segnala che non è sempre stata riconosciuta una loro rilevanza "esterna", cioè propriamente obbligatoria e sindacabile da parte del privato[14].

Invero, è su tale punto che, oggi, le varie classificazioni in seno al binomio autolimite/eterolimite tendono a sfumare. A tal proposito, infatti, potrebbero essere infiniti i distinguo[15]. Per esempio, si potrebbe altresì parlare di eterolimite con riferimento ad atti di una pubblica amministrazione che vincolano amministrazioni diverse dalla prima[16].

Invero, come si cercherà di evidenziare meglio più avanti, l'impostazione tradizionale presenta alcuni profili di perplessità. In particolare, si ritiene che, oggi, alcune classificazioni, abbiano un valore più prettamente storico e descrittivo,

---

14 Come si vedrà meglio più avanti – nell'ambito della ricostruzione storica dell'auto-obbligatorietà del potere amministrativo –, in origine, la norma organizzativa veniva considerata unicamente su un piano interno all'amministrazione. Quindi, più che di un obbligo per l'amministrazione di conformarsi ad un precetto da ella auto-imposto, attraverso una norma organizzativa, potrebbe parlarsi di un dovere. Cfr. E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 1 ss.; F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, Giuffrè, 1963, 196 ss. Secondo questo filone, infatti, la norma interna non avrebbe rilevanza rispetto ai terzi, se non nei limitati in casi in cui l'ordinamento generale conferisca ad essa un riconoscimento specifico.

15 Sull'eterogeneità del fenomeno autolimitativo, cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimite*, cit., 29 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 247 ss.

16 Invero, come noto, la dottrina e la giurisprudenza non sono unanimi sulla considerazione unitaria o frammentaria del soggetto pubblica amministrazione. Sulla violazione delle norme di competenza, la giurisprudenza ha affermato, con la sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, che, in forza della norma sui poteri non ancora esercitati, in caso di vizio di incompetenza, non potrebbe essere fatto valere l'art. 21 *octies* della l. n. 241/1990. Orientamenti più recenti, invece, consentirebbero l'applicazione di tale ultima norma. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2022, n. 8846; sez. II, 17 marzo 2022, n. 1933. Per uno studio approfondito in materia e per una considerazione unitaria del soggetto p.a., si veda A. CARBONE, *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2024, 25 ss.

che un significato strettamente tecnico. A fronte di precetti posti dalla legge o dall'amministrazione stessa, infatti, si ritiene che l'effetto risultante a carico dell'amministrazione procedente sarebbe, comunque, conformativo rispetto all'esercizio del potere. Per tale ragione, non si crede che vi sia una particolare differenza tra limiti interni ed esterni per la p.a., quanto al loro carattere obbligatorio. Del pari, in entrambi i casi la conformazione del potere agli eterolimiti e agli autolimiti sarebbe oggetto di pretesa da parte del privato, sindacabile in giudizio[17].

Così, non sarebbe più attuale una distinzione fra norme, comprese quelle poste dall'amministrazione stessa, che vivrebbero unicamente all'interno dell'ordinamento amministrativo e norme idonee a riflettersi anche nell'ordinamento generale. In passato, invece, una forte valorizzazione del principio di legalità, conduceva alla considerazione che una norma organizzativa – ed ascrivibile al fenomeno autolimitativo – avesse efficacia meramente interna[18].

In definitiva, in origine, gli stessi profili di obbligatorietà del potere dell'amministrazione costituivano oggetto di discussione[19], sicché, in termini sto-

17 Peraltro, alcuna dottrina ritiene che l'eccesso di potere non sia diversamente configurabile dalla violazione di legge. In questo senso, cfr. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, 168 ss.

18 A partire dall'elaborazione della teoria della pluralità di ordinamenti giuridici (cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1948, 63 ss.), come noto, si sviluppò un filone in base al quale la norma godrebbe di un ambito di rilevanza limitato all'ampiezza dell'ordinamento da cui scaturisce. Così, secondo varie declinazioni, cfr. E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, cit., p. 1 ss.; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Milano, Giuffrè, 1958, 100 ss.; F. BASSI, *La norma interna*, cit., 196 ss. Si precisa che, secondo questo filone, sarebbe ammissibile, in alcuni casi, la rilevanza nell'ordinamento generale del rapporto interno. Si tratterebbe, in particolare, di quelle ipotesi in cui per la funzionalizzazione dell'ordinamento interno a quello generale, per un rinvio specifico alla norma interna, per la presupposizione della norma interna da parte dell'ordinamento generale, quest'ultimo riconoscerebbe efficacia esterna al rapporto interno. Per ulteriori e più recenti sviluppi di questa impostazione, si richiama A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 133 ss.; ID., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della Istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 95 ss.

19 Sino a quanto affermato da G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 203 ss., infatti, si considerava che la p.a. godesse di libertà assoluta, all'interno di quanto delimitato solo in negativo dalla legge. Per l'impostazione precedente, cfr. O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Luigi Pierro, 1912, 268 ss.

rici, sicuramente è di pregio il passaggio dal riconoscimento di uno spazio di libertà assoluto dell'amministrazione a quello dei c.d. eterolimiti. La considerazione che il potere amministrativo fosse conformato da limiti interni[20] assumerebbe, in tal senso, un valore altrettanto significativo.

Ad oggi, però, non pare più possibile dubitare sull'obbligatorietà dell'esercizio del potere amministrativo, secondo quanto determinato tanto dagli eterolimiti quanto dagli autolimiti[21]. Pertanto, si potrebbe affermare che non risulta una reale differenza tra eterolimiti ed autolimiti in termini di possibilità di un sindacato giurisdizionale circa gli aspetti obbligatori del potere.

La questione che, invece, appare ancora aperta è quella se l'amministrazione abbia o meno un obbligo di autovincolarsi nell'ambito dell'esercizio del potere amministrativo, posto che a detto autovincolo si riconoscerebbe efficacia esterna.

Dunque, è sulla questione se la p.a. abbia un obbligo o una facoltà di emanare un precetto secondo gli autolimiti da essa imposti che ci si intende soffermare[22], dato che non si ritiene che a tale quesito possa ascriversi carattere meramente storico o descrittivo. Infatti, l'interrogativo in parola si porrebbe per l'attuale dato positivo, vieppiù all'esito delle modifiche legislative intervenute di recente nel settore dei contratti pubblici.

---

20 A tal proposito, si richiamano le teorizzazioni intorno al potere discrezionale di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939, 51 ss..; ID., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1965, 94 ss.

21 Sul punto, cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 208 ss.

22 Del resto, su tali aspetti – sebbene non sempre in via esplicita – si sono concentrati i contributi monografici e più recenti sul tema. Per il contesto previgente, si richiama P.M. VIPIANA, *L'autolimite*, cit., 161 ss., secondo cui l'autolimite è stato ascritto all'attività amministrativa in generale, quale suo canone. Perciò, in tale concezione, sarebbe configurabile un obbligo tendenziale di autolimite per la p.a. Si rammenta che tale costruzione è antecedente all'entrata in vigore della legge generale sul procedimento.

Secondo A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 208 ss. e 220 ss., la predeterminazione sarebbe un valore acquisito dalla legislazione italiana e non vi sarebbe più alcun dubbio in ordine alla rilevanza esterna delle norme interne. Secondo l'A., infatti, è per lo più attraverso le norme secondarie che avverrebbero le scelte parziali della p.a. A sostegno di ciò, l'A. richiama non solo quanto diffuso in senso analogo in altri ordinamenti, come quello tedesco e quello francese, ma anche quanto affermato chiaramente dal legislatore italiano, ai sensi degli artt. 12 e 26, co. 1, della l. n. 241/1990. Si segnala che il co. 1 dell'art. 26 cit. è stato poi abrogato dall'art. 53, co. 1, lett. a), del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Sempre nell'ottica di perimetrare il più possibile il tema d'indagine, da ultimo, si segnala che, in senso lato, anche l'affidamento potrebbe essere ricondotto al fenomeno autolimtativo, nella misura in cui l'amministrazione soggiace ad effetti preclusivi da essa stessa derivanti per aver posto in essere comportamenti dotati di peculiari caratteristiche affidanti[23]. Si ritiene, però, che l'affidamento sia solo in senso lato pertinente al tema qui indagato, posto che, nell'ambito dello stesso, gli effetti obbligatori cui è soggetta l'amministrazione si fonderebbero su comportamenti che non integrano l'apposizione di un precetto e che, quindi, sarebbero estranei all'esercizio della funzione[24].

Pertanto, non pare che il fenomeno dell'affidamento sia da affrontare in questa sede e si ribadisce che si cercherà di dare una risposta alla configurabilità di una situazione soggettiva di obbligo o facoltà della p.a. ad autovincolarsi, al netto della rilevanza esterna degli effetti precettivi che deriverebbero dall'autovincolo.

3. Profili storici

Così perimetrato il tema d'indagine, si intende ripercorrere brevemente quali siano stati i passaggi più salienti che hanno condotto all'affermazione del concetto di autovincolo. Nell'ambito di tale *excursus*, si dovrà necessariamente richiamare altresì lo sviluppo della concezione obbligatoria del potere[25], posto che

23 Per la ricostruzione che qui si nega, cfr. G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, Jovene, 2023, 183 ss.

24 Per questa ricostruzione, A. CARBONE, *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità nel diritto amministrativo*, in *Pers. amm.*, 2023, 630 ss. Secondo quest'ultimo A., sarebbero da accogliere alcune critiche di A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, Cedam, 1979, p. 1 ss. alla concezione merusiana della buona fede. In particolare, il riferimento è al rilievo secondo cui la costruzione in F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1979, 82 ss. non terrebbe conto che la struttura del potere impone già all'amministrazione una ponderazione di interessi, nell'ambito di una concezione concreta e non astratta dell'interesse pubblico da perseguire. Così, secondo Carbone, la violazione della buona fede da parte della p.a. costituirebbe il presupposto di una responsabilità da comportamento che si colloca esternamente all'esercizio della funzione. Si richiama, in tal senso, la responsabilità sul piano civilistico per abuso del processo.

25 In generale, sui profili storici, cfr. *ex multis* M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, Sassari, Gallizzi, 1940, II, 137 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, 10 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, Il Mulino, 1986, 40 ss.; G. BERTI, *La parabola della persona dello Stato (e dei suoi organi)*, in *Quad. fiorentini*, 1982-1983, 1000 ss.; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1992, 12 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del*

si considera la stessa la premessa per la ricostruzione degli effetti obbligatori promanati da determinazioni della p.a.

Come noto, originariamente, una concezione esclusivamente politica del potere impediva di concepire alcun carattere obbligatorio che fosse ascrivibile all'esercizio dell'autorità pubblica[26]. In tal senso, alla forza pubblica era riconosciuto unicamente uno stato di supremazia nei confronti della collettività, in nome del quale alla p.a. potevano attribuirsi solamente diritti e facoltà[27], ma non obblighi.

Si ebbe, quindi, un progressivo mutamento dal riconoscimento di una libertà assoluta in capo all'amministrazione ad un'azione amministrativa limitata solo in negativo, secondo la legge. In tale contesto, come anticipato, non era affatto possibile parlare di obblighi dell'amministrazione, bensì cominciarono ad essere ascritte ad una dimensione giuridica unicamente le prerogative ad essa attribuite. Ciò, dunque, pose per la prima volta il problema della legittimazione del potere[28], che tentò di essere risolto attraverso varie soluzioni, le quali diedero origine alla c.d. parabola dello Stato[29].

Una prima soluzione fu quella della personificazione dello Stato[30], da cui conseguì la mistificazione dello Stato-persona, idealmente[31] rappresentante degli interessi dello Stato-comunità. In nome di tale costruzione, poté giustificarsi

---

provvedimento amministrativo. Saggio critico, Padova, Cedam, 2000, 12 ss. Per un contributo recente, cfr. A. CARBONE, *Considerazioni generali sull'organizzazione*, cit., 1 ss.

26 Per uno studio approfondito degli autori pre-orlandiani ed il loro impatto sulla formazione successiva della scienza del diritto amministrativo in Italia, cfr. G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, 1981, Bologna, Il Mulino, 33 ss.

27 A tal proposito, si richiamano V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato*, cit., p. 1 ss.; O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., 409 ss.

Come noto, secondo queste tesi, in via precipua veniva riconosciuta giuridicamente la soggettività pubblica, secondo gli insegnamenti della dottrina tedesca. Cfr. C.F. VON GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971 (op. orig. 1865), 91 ss.; G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 10 ss.; ID., *La dottrina generale dello Stato*, Milano, S.E.L., 1921, II ed. (op. orig. 1905), 680 ss.; P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches verzeichnis*, I-IV, Tübingen, Laupp, 1876-1882.

28 Sul problema della legittimazione, cfr. A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 559 ss.

29 Cfr. G. BERTI, *La parabola della persona dello Stato*, cit., 1000 ss.

30 Per il dogma volontaristico, all'interno del rapporto di diritto pubblico, cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 46 ss.

l'esercizio del pubblico potere. Con il soggettivismo statuale, dunque, si cercò di proteggere l'intangibilità della sfera pubblica anche attraverso la valorizzazione del diritto privato e del dogma della volontà[32].

Da tale ricostruzione, discese, poi, la c.d. teoria organicistica, in base a cui le prerogative dell'amministrazione cominciarono ad essere delimitate anche per la funzionalizzazione delle stesse rispetto agli scopi che lo Stato ed i suoi organi si vedevano attribuiti[33]. Attraverso questa teoria, si alimentò la rarefazione del potere statuale, considerato legittimato in forza della relazione organica intercorrente tra organo ed ente e tra ente e Stato[34].

Una seconda soluzione al problema della giustificabilità del potere pubblico fu trovata nel far dipendere le attribuzioni dell'amministrazione direttamente dalla sua natura istituzionale e dall'ordinamento che da essa discenderebbe[35]. Da ciò, derivò successivamente la convinzione che quanto accadesse su un piano interno ed organizzativo non potesse, nella maggior parte dei casi, essere valido e suscettibile di essere sindacato nell'ambito dell'ordinamento generale[36].

---

31 Come si approfondirà più avanti, nello Stato mono-classe, il concetto di rappresentatività era limitato alla soddisfazione degli interessi della classe borghese dominante. Cfr. C. PINELLI, *Diritto pubblico*, cit., 58 ss.

32 Cfr. D. DONATI, *Atto complesso autorizzazione, approvazione*, in *Arch. giur.*, 1903, ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1966, p. 1 ss.

33 Il riferimento è alla teoria organicistica dello Stato, per effetto della quale la giustificazione dell'esercizio del potere pubblico è insita in una legittimazione prettamente soggettiva. Quindi, gli unici limiti, in tal senso, ascrivibili al potere dipenderebbero dal fatto che si reputa necessaria un'attribuzione legislativa dello stesso. Cfr. A. DE VALLES, *Teoria giuridica e organizzazione dello Stato*, I, *Lo Stato. Gli uffici*, Padova, Cedam, 1931 83 ss.; U. FORTI, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, Jovene, 1948, 50 ss.

34 Questa rarefazione comportò progressivamente la scoperta e la caduta delle impalcature sulle quali si reggeva la c.d. parabola della persona dello Stato. Cfr. G. BERTI, *La parabola della persona dello Stato*, cit., 1007 ss, secondo cui, con la teoria organicistica dello Stato, la parabola suddetta raggiunse la sua massima espansione, posto che la legittimazione del potere si fondava su un concetto di Stato completamente artificiale. Questa nozione di Stato appariva del tutto scollegata dal concetto di rappresentanza del popolo, ma, al contempo, distante dalla figura della classe di governo. Da un lato, tale nozione di Stato serviva per la deresponsabilizzazione del monarca e della classe politica, dall'altro lato, era strumentale per la legittimazione della classe politica e per l'agire degli organi amministrativi. La parabola dello Stato, poi, proseguì attraverso la nozione di ufficio, che sostituisce quella di organo. Cfr. F. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, *Ist. Enc. It.*, 1991, p. 1 ss.

35 Cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 63 ss.

Secondo una terza impostazione[37], invece, la legittimazione del potere poté giustificarsi per la sua derivazione diretta da una norma fondamentale – e costituente – da cui si facevano dipendere tutte le conseguenze successive all'interno dell'ordinamento. Un'altra ricostruzione[38], ancora, identificò la legittimazione del potere nell'equilibrio costituente venutosi a determinare per effetto del gioco fra forze politiche.

Ognuna di queste ricostruzioni sulla legittimazione[39] contribuì, quindi, in parallelo, all'impostazione del problema della limitazione del potere ed, in generale, all'affermazione dell'idea che l'esercizio del potere non potesse superare specifici parametri giuridici. Solo in forza di attribuzioni legislative precisamente perimetrate, infatti, poteva risultare legittimo l'esercizio della forza pubblica.

Dunque, fu con la teorizzazione del rapporto pubblicistico che vennero riconosciute per la prima volta – sebbene in ottica liberale – delle prerogative anche al cittadino. In maniera coerente con il concetto di "giuridicità" tipico dell'epoca liberale[40], però, il cittadino non poteva che far valere il riconoscimento formale delle proprie prerogative, a fronte di una "concessione" da parte dello Stato, senza che ad esse potesse conseguire una tutela sostanziale. Così, non pare

36 A tale filone dottrinale, è possibile ricondurre sia chi ha studiato le norme organizzative (cfr. E. SILVESTRI, *L'attività interna*, cit., 1 ss.; F. BASSI, *La norma interna*, cit., 196 ss.) sia chi si è concentrato sull'ordinamento amministrativo e le norme che da esso deriverebbero, secondo un approccio neo-istituzionistico (cfr. E. GUICCIARDI, *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur.it*, 1951, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, UTET, 1967, 55 ss.; ID., *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1954, 7 ss.: A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, 133 ss.: A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della Istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, 95 ss.).

37 Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000 (op. orig. 1934), 47 ss.

38 C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998 (rist. 1940), 53 ss.

39 Con ciò non si vuole dire che il problema della legittimazione si considera esaurito. Nel contesto attuale, peraltro, è un tema di forte dibattito. Si pensi, per esempio, all'istituto della riserva di amministrazione. Per uno studio sul tema che pone in evidenzia il tema della legittimazione, cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 1ss.

40 Sulle ambiguità della nozione di "giuridicità" in epoca liberale, cfr. *ex multis* M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 40 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 52 ss.

potersi ancora configurare effettivamente una concezione obbligatoria del potere, posto che non si considerava giustiziabile alcuna pretesa sostanziale di fronte alla forza pubblica[41].

Fu solo con la progressiva affermazione del principio di legalità amministrativa[42] e la nascita della giustizia amministrativa, che cominciarono ad essere imputate alla pubblica amministrazione situazioni soggettive di obbligo[43]. Più nel dettaglio, per effetto dell'abolizione del contenzioso amministrativo, e sino al 1889, cioè alla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, l'amministrazione veniva equiparata ad un privato, sicché il giudice non possedeva neanche gli strumenti cognitori per un sindacato sul potere amministrativo. Esso viveva quale facoltà all'interno dell'ordinamento. Da questo punto di vista, come anticipato, non era possibile distinguere il potere amministrativo dall'autonomia negoziale.

Successivamente, in parallelo al progressivo riconoscimento della natura giurisdizionale della neo-istituita sezione del Consiglio di Stato[44], si ebbe una crescente valorizzazione del principio di legalità. In tale ottica, il potere pubblico può considerarsi legittimo – cioè conforme ai limiti che dipendono dalla propria legittimazione – solo in nome di un atto legislativo, dotato di rappresentatività.

In tale fase, si registra una iniziale giuridicizzazione del potere amministrativo[45], perché, sebbene all'inizio unicamente con riferimento alla legislazione,

41 Si è detto, infatti, che la nascita della giustizia amministrativa è una pagina della storia costituzionale italiana. Cfr. C. PINELLI, *Diritto pubblico*, cit., 71 ss.

42 Cfr. G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge,* cit., 203 ss.

43 Per questo passaggio cruciale, dall'insindacabilità del pubblico potere ad una inziale razionalizzazione della tutela nei confronti dell'amministrazione, cfr. F.G. SCOCA, *Sguardo storico sopra i contenuti ed i limiti della tutela nei confronti dell'amministrazione*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1991, 555 ss. Cfr. altresì F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 1 ss.

44 Per il dibattito intorno al riconoscimento di tale natura, cfr. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, S.E.L. 1901, 717 ss.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, V ed., 392 ss.; A. KLITSCHE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 1961, 152 ss.

45 Per questi profili analizzati più approfonditamente, cfr. L. COLUZZI, *La strutturazione delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo. Premesse teoriche di una tutela effettiva*, in *Giustamm.it*, 2023, par. 4 ss.

l'azione amministrativa poteva essere coartata nel suo svolgimento. Si considerava la fonte legislativa l'unica autorizzata a porre dei limiti all'operato amministrativo, posto che solo con essa poteva essere soddisfatto lo *standard* di democraticità e rappresentatività legittimante un effetto preclusivo all'azione del governo. Naturalmente, la concezione della rappresentatività era diversa da quella che si ebbe successivamente, con l'avvento dello Stato costituzionale. All'epoca, si considerava sufficiente che la nozione di democraticità si limitasse ad indicare la rappresentanza della maggioranza[46].

Sulla base di queste premesse – recepite altresì dal formante giurisprudenziale –, la dottrina elaborò le prime teorizzazioni intorno al concetto di discrezionalità[47]. Si ritiene che questa fase abbia un ruolo tutt'altro che marginale con riferimento all'affermazione della nozione di autovincolo. Infatti, nonostante plurimi retaggi perorati da dottrina e giurisprudenza[48], attraverso l'enucleazione di tale nozione, progressivamente, si assiste al riconoscimento sempre più netto di una concezione obbligatoria del potere dell'amministrazione[49].

---

46 Per l'affermazione dello Stato pluriclasse, cfr. M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 49 ss.; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., 18 ss.

47 Come noto, secondo la ricostruzione di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 51 ss., la discrezionalità avrebbe connotati anche politici, nel senso che, con essa, la p.a. esegue una valutazione di opportunità, per effettuare una ponderazione tra contrapposti interessi. Invece, secondo C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, De Luca, 1935, ora in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, II, Milano, Giuffrè, 1972, 474 ss., la discrezionalità sarebbe in sé espressione delle forze materiali, cioè politiche, insite nel tessuto costituzionale. Per ciò, la politicità sarebbe ascrivibile *ex se* alla costruzione normativa del potere, anche amministrativo discrezionale.

Secondo A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, 77 ss., la discrezionalità si risolverebbe nell'imposizione di una regola precettiva, secondo quanto normativamente previsto, da parte della p.a., nell'ambito dello svolgimento delle proprie funzioni. In questo A., dunque, il profilo volontaristico della p.a. non giustificherebbe tanto la possibilità di emanare un atto amministrativo, quanto, di esercitare, nell'ottica della funzionalizzazione dell'attività, una regola che possa incidere sulla realtà effettuale.

48 Cfr. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 203 ss., sulla strumentalizzazione della nozione di "imperatività" del provvedimento per l'affermazione della supremazia del potere pubblico. Cfr. altresì A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e studio dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 393 ss. per uno studio approfondito sul peso del problematico rapporto tra potere legislativo ed esecutivo rispetto alla sindacabilità in giudizio della discrezionalità.

49 Per questi aspetti, cfr. F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, 110 ss.

Nonostante, quindi, il tentativo di non invadere gli spazi dell'amministrazione e dell'esecutivo, il mito della concezione non obbligatoria del potere ha continuato ad essere affermato in via di principio, ma, progressivamente, ha incontrato il suo declino[50], specie per effetto delle varie interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno cercato di riempire il vuoto legislativo sul procedimento amministrativo[51].

Come si vedrà più avanti, infatti, nel contesto previgente alla legge generale sul procedimento, la dottrina, attraverso varie teorizzazioni, valorizzerà il dato costituzionale e lo scarso dato legislativo per definire sempre più efficacemente lo statuo obbligatorio del potere, che deriverebbe dalla configurazione che ne è tratta dello stesso.

In tale frangente, quindi, si giunge alla considerazione che una concezione del potere[52] a cui non siano connaturati anche profili di obbligatorietà non fosse più accettabile. Secondo un'idea moderna di "giuridicità"[53], nel solco di una rot-

---

50 Cfr. A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, cit., 65 ss.

51 Cfr., per esempio, G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3168 ss. L'A. afferma che, tradizionalmente, il concetto di discrezionalità avrebbe assunto il significato di spazio di libertà. Invece, nel contesto in cui egli scrive, la discrezionalità e la doverosità si mescolerebbero. Secondo l'A., in particolare, la giurisprudenza, con il corso del tempo, avrebbe enucleato un *corpus* normativo che limita ed integra l'azione amministrativa.

Cfr., altresì, G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 441 ss., sulla valorizzazione dell'art. 97 Cost., da parte della giurisprudenza acostituzionale, per enucleare lo statuto del potere amministrativo.

52 Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. e comm. Università di Messina,* 1981, 415 ss.

53 Per tale nozione di "giuridicità", da un'accezione dinamica, nel contesto della Costituzione repubblicana, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 415 ss.; ID., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, 51 ss. Invero, di "dinamica giuridica" già parlava G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 779 ss., ma in un'altra accezione, cioè in senso prettamente oggettivo. In tale concezione, dunque, il potere sarebbe una situazione giuridica oggettiva.

Con Romano Tassone, invece, si ebbe il tentativo di recuperare il significato assiologico del soggetto nell'ambito della oggettivizzazione della funzione. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss. Sulla scia di tale impostazione, è da ricondurre altresì la tesi sul potere quale modulo procedurale di accertamento di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Torino,

tura rispetto alle costituzioni liberali, cioè al mero riconoscimento formale delle situazioni soggettive, il potere, quale situazione soggettiva composita, sarebbe caratterizzato anche da tratti obbligatori[54]. Con ciò si vuole evidenziare una prima "fonte" interna degli obblighi destinati alla p.a. stessa, consistente nella configurazione che del potere si dà.

4. L'autolimitazione del potere amministrativo

Nel tentativo di perimetrare, quindi, quale fosse lo spazio libero della p.a., e dell'esecutivo, si riconosceva, in maniera inevitabile, anche quale fosse la conformazione interna ed obbligatoria al potere stesso. Così, può cominciare a parlarsi di autolimitazione del potere amministrativo, dipendente direttamente dalla configurazione dello stesso.

In particolare, l'esercizio della discrezionalità, sebbene risultasse descritto come connotato da alcuni spazi di libertà[55], non poteva avvenire in senso divergente da quanto imposto direttamente dal perseguimento dell'interesse pubblico. E, certamente, tra le libertà dell'amministrazione, pare riconducibile la facoltà di determinarsi secondo criteri e regole dalla stessa definiti.

In tale ottica, per la prima volta, l'autolimitazione verrebbe ad essere ricondotta ad una facoltà della p.a. inerente specificamente al potere della stessa. Tale passaggio, quindi, è di notevole rilievo, perché non si vede più il fenomeno limitativo come esterno all'esercizio del potere dell'amministrazione, ma come qualcosa di connaturato al potere stesso. In tal senso, a partire dalle prime teorie sulla discrezionalità, si può cominciare a parlare di autolimitazione del potere amministrativo come nozione autonoma.

Sebbene, originariamente, l'autolimitazione potesse essere ricostruita quale facoltà dell'amministrazione, comunque era ammesso il sindacato giurisdizionale

---

Giappichelli, 2020 (rist. 2025), 387 ss., come osservato da G. TROPEA, *Potere giuridico e diritti indegradabili*, in *Dir. e proc. amm.*, 2025, 47 ss.

54 Per la concezione del potere quale situazione giuridica soggettiva, cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 149 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 60 ss.

55 Per una ricostruzione comparatistica sulla nascita del concetto di discrezionalità in Italia, Germania e Francia, cfr. F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, cit., 117 ss.

sul mancato rispetto dei limiti derivanti dal perseguimento dell'interesse pubblico. Così, grazie alla figura dell'eccesso di potere, si considerano sindacabili i vizi sull'esercizio della discrezionalità[56].

Come noto, prima, l'eccesso di potere era inquadrato nel più ristretto concetto di sviamento di potere, che aveva a che vedere più specificamente con l'esercizio del potere per scopo diverso da quello attribuito dalla legge. Invece, successivamente, si ebbe un'espansione applicativa dell'eccesso di potere fino a ricomprendervi plurime distorsioni inerenti all'esercizio della funzione[57], al di là dello sviamento in senso stretto.

Anche secondo questa evoluzione, dunque, possono ascriversi nuovi caratteri obbligatori al potere, che dipenderebbero dalla sua configurazione ed, in particolare, dal suo orientamento al perseguimento di un interesse della collettività.

Come anticipato al paragrafo precedente, inoltre, pare potersi ascrivere, al fenomeno autolimitativo lo studio di alcuna dottrina sulle norme organizzative, aventi una mera rilevanza interna. In quanto tali, tali norme non avrebbero potuto essere sindacate dal giudice amministrativo. Pertanto, in tale ottica, si potrebbe parlare per lo più di facoltà dell'amministrazione di autolimitarsi, cui non corrisponde, però, un effetto preclusivo rilevante nell'ambito dell'ordinamento generale.

Anche tali concezioni incentrate sul momento organizzativo, però, cominciarono a scontrarsi con le teorizzazioni sulla discrezionalità e sulla funzione.

Come noto, all'inizio del Novecento si assiste ad una progressiva dilatazione della dimensione prestazionale dell'amministrazione[58]. Quest'ultima si vide sempre più investita di funzione programmatiche e di erogazioni di servizi, pertanto non si considerava più l'attività amministrativa quale produzione di atti. Il privato, corrispondentemente, cominciava ad avvertire l'esigenza di far valere non più solo l'annullamento dell'atto, ma anche di chiedere la produzione di un deter-

56 Per tale passaggio ed il mutamento rispetto all'assetto precedente fondato sullo sviamento di potere, cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 991 ss.

57 Cfr. la ricostruzione di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 991 ss. Per le problematicità inerenti questa figura nel contesto attuale, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 313 ss.

58 Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 2019, 157 ss.

minato effetto[59] alla p.a.

Da ciò, risulta che nell'ambito dell'azione amministrativa non potesse più distinguersi tra profili organizzativi ed attività in senso stretto. Anche l'erogazione di prestazioni e servizi diviene contenuto dell'attività amministrativa, che non può più essere spiegata unicamente attraverso l'organizzazione[60]. Per tale ragione, l'illegittimità del potere amministrativo dovrà valutarsi secondo nuovi parametri di obbligatorietà non più attinenti unicamente all'illegittimità dell'atto.

Il potere amministrativo risulta ora estrinsecarsi attraverso una funzionalizzazione dell'attività che varia al variare degli scopi da perseguire. Così, è ampliata la concezione obbligatoria del potere, dall'interno, anche attraverso le teorizzazioni sulla funzione amministrativa[61]. In tal senso, dalla funzionalizzazione dell'attività dipenderebbe la facoltà della p.a. di porre autolimti.

---

59 Sugli studi volti al superamento dell'insufficienza dei mezzi con cui chiedere tutela all'amministrazione, si richiama A. CARBONE, *Different remedies in the Judicial Review of Administrative Decisions: the Introduction of the azione di adempimento in Italy (from a Comparative Prospective),* in *Eur. Rev. Publ. Law*, 2013, 1225 ss.

60 Cfr. sul punto G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., 780 ss.

61 Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, cit., 1117 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, 108 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam,1968, 1 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., 782 ss.

Sull'importanza del pensiero di Benvenuti nel contesto di riferimento, cfr., L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99 ss. L'A. sottolinea come non sarebbe possibile, nel contesto attuale, condividere la teoria di Benvenuti nella misura in cui all'amministrazione non spetterebbe l'individuazione dell'interesse pubblico, bensì solo la sua concreta attuazione secondo i valori insiti già nel tessuto costituzionale.

Per una diversa ricostruzione, cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 387 ss; ID., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II, *Considerazioni conclusive*, Torino, Giappichelli, 2025, 509 ss.; ID., *A mo' di prime conclusioni. Sulla riflessione su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Pers. amm.*, 2024, 517 ss. secondo cui non sarebbe condivisibile l'affermazione secondo cui la p.a. abbia uno spazio di valutazione in ogni caso già determinato da una regola preesistente. Così, l'A. sostiene che la regola di preferenza discrezionale sia già operativa sul piano procedurale, ma non ancora su quello sostanziale. La regola di preferenza discrezionale, sebbene non ancora definita nel suo contenuto, sarebbe, secondo tale tesi, già operativa nella sua accezione procedurale, pertanto, sarebbero ascrivibili profili obbligatori al potere amministrativo proprio per la connotazione strutturale che ha la funzione amministrativa.

In tale ottica, non risulterebbe più possibile confinare, quindi, gli effetti del fenomeno autolimitativo all'organizzazione amministrativa, perché essi deriverebbero da un'azione amministrativa configurata nei termini di funzione. La funzionalizzazione dell'attività, orientata secondo il fine da perseguire, quindi, implicherebbe la facoltà di darsi una coerenza ed una regolazione interna, che sarebbe, in caso di vizi, sindacabile da parte del cittadino.

Così, in chiave ricostruttiva, potrebbe parlarsi di una facoltà per l'amministrazione di autovincolarsi, dipendente dalla struttura funzionale dell'attività della p.a., che sarebbe suscettibile di produrre effetti esterni e sindacabili da parte del privato.

A tale considerazione, poi, si perverrà altresì per effetto delle ricostruzioni sulla concretizzazione dell'interesse pubblico[62], sul farsi della produzione nell'atto[63] e sulla discrezionalità quale interpretazione della p.a.[64], di cui ci si occuperà al prossimo paragrafo.

5. La funzionalizzazione dell'attività e la conformazione interna del potere

Così ripercorsa l'evoluzione del concetto di autolimite, ed il suo raccordo con la concezione obbligatoria del potere amministrativo, ci si soffermerà in questo paragrafo sulla nozione di autolimite in senso autonomo. In particolarizzare, si analizzerà la riconduzione di detta nozione alla situazione soggettiva del potere.

Come si è detto, si può descrivere una prima autonomizzazione della nozione di autovincolo a partire dal riferimento dello stesso al concetto di discrezionalità. Così, non pare peregrino dire che una prima forma di auto-obbligatorietà del potere amministrativo farebbe capo proprio alle prime teorizzazioni compiute sulla discrezionalità.

Come si è visto, nell'ambito del bilanciamento ponderativo di interessi, l'amministrazione è tenuta al perseguimento dell'interesse per cui è preposta la

62 Cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 241 ss.

63 Cfr. F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 242 ss.; ID., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 137 ss.

64 L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, 185 ss.

norma attributiva del potere. In un primo momento, può dirsi sufficiente ad integrare un fenomeno autolimitativo la vincolatezza che avrebbe la p.a. nel perseguimento dell'interesse pubblico. Si è detto come l'azione della p.a. sarebbe, infatti, obbligata da una fonte interna, cioè l'interesse pubblico, che fungerebbe da criterio orientatore e limitativo per l'amministrazione stessa.

Le elaborazioni sull'eccesso di potere e sulla funzione rafforzarono tale impostazione, sicché l'obbligo per l'amministrazione di esercitare il potere in senso conforme al suo scopo e gli obblighi che dipendono dalla strutturazione stessa della funzione stessa configurerebbero autolimitazioni al potere amministrativo.

Come noto, la funzione amministrativa, cominciò ad essere studiata in maniera autonoma e, progressivamente, ne fu affermata una sua oggettivizzazione. Così, l'autolimitazione comincia a poter essere ascritta all'oggetto della funzione, cioè all'attività. Secondo questa impostazione, l'autolimitazione, dunque, dipenderebbe direttamente dall'oggetto dell'azione amministrativa[65].

Nell'ambito della predetta impostazione, si ascrive anche chi sostenne che l'oggettivizzazione dell'attività dipenda dall'investitura democratico-rappresentativa della p.a. Solo in forza di tale legittimazione democratica, in tale prospettiva, si giustificherebbe la condensazione degli effetti giuridici del potere intorno all'oggetto dello stesso[66].

---

65 Per l'oggettivizzazione della funzione amministrativa, cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 219 ss., secondo cui il potere sarebbe energia attuale da cui dipenderebbe l'effetto giuridico. Si ha, in tal senso, una svalutazione completa del soggetto nell'ambito della produzione.

66 Cfr. l'impostazione di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 108 ss. che, nell'ottica dell'oggettivizzazione della funzione, giustificherebbe la tesi della produzione oggettiva in forza della rappresentatività del potere concernente gli interessi della collettività. Si avrebbe, in tal senso, una legittimazione oggettiva del potere, ma fondata su un "elemento soggettivo" dello stesso, cioè la sua democraticità.

Per uno sviluppo successivo dell'impostazione di Allegretti, cfr. L. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 850 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013., 358 ss.; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., 138 ss., secondo cui gli artt. 1 e 2 della Costituzione imporrebbero all'amministrazione l'adozione di scelte secondo parametri che non dipenderebbero dall'indirizzo politico. L'amministrazione, rappresentante degli interessi del popolo – cui appartiene la sovranità –, secondo tale tesi, non potrebbe che dare attuazione a quanto già determinato dai valori costituzionali. Così, secondo l'A., l'interesse pubblico non spetterebbe alla

Il fenomeno autolimitativo, poi, incontrò uno sviluppo vieppiù maggiore con gli studi sulla procedimentalizzazione dell'attività amministrativa. Si ribadisce che, sebbene la dottrina non abbia sempre fatto riferimento al fenomeno in parola in senso espresso, si considera, comunque, sostenibile una riconduzione dell'affermazione sul piano giuridico del concetto di autovincolo ai vari studi dottrinali sulla configurazione del potere e della funzione.

Un esempio in tal senso è tratto dall'analisi sullo svolgimento del farsi della funzione quale progressiva concretizzazione dell'interesse astratto[67]. Tale caratterizzazione della funzione presupporrebbe una serie di continue definizioni di che cosa sia l'interesse, allo scopo dell'individuazione concreta di quest'ultimo. In tal senso, si può affermare che l'autolimitazione sarebbe una costante del procedimento, volta all'individuazione dell'interesse pubblico concreto.

Altro esempio, poi, è tratto dal raccordo che si ebbe successivamente tra farsi della funzione ed atto amministrativo. Lo svolgimento della funzione quale concretizzazione dell'interesse pubblico, che sfocia nell'adozione del provvedimento, implicherebbe la risoluzione del problema amministrativo attraverso la fissazione di una regola del caso concreto[68]. Sicché, in tale prospettiva, può parlar-

---

p.a., ma alla collettività, unica sovrana, sicché l'amministrazione sarebbe – in ottica servente rispetto alla persona – obbligata a dare attuazione ai valori già positivizzati dalla Costituzione. Secondo questa tesi, l'amministrazione, quale *medium* tra Stato e società, sarebbe chiamata a rappresentare la collettività, esercitando una funzione interpretativa del dato costituzionale.

67 F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 241 ss. secondo cui l'amministratore, come uno storico, dovrebbe filtrare l'indagine e, quindi, i fatti rilevanti ai fini dell'istruttoria. Così, secondo questa tesi, durante il procedimento, si avrebbe una progressiva concretizzazione dell'interesse pubblico. Secondo l'A., l'eccesso di potere andrebbe riferito non solo all'atto, ma anche all'*iter* formativo della decisione. In tal senso, nell'opera, si accoglie la teoria di Benvenuti sulla funzione, ma la si rapporta precisamente alla selezione dei fatti da parte della p.a. nell'ambito dell'attività preparatoria. Invece, secondo Levi, in Benvenuti, l'attività preparatoria, ai fini dell'eccesso di potere, rimane piuttosto indifferenziata. Ciò, secondo Levi, determinerebbe una non esatta individuazione dei parametri giuridici che definiscono il potere ed il suo sindacato.

68 Il riferimento è alla teoria di F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, cit., 242 ss.; ID., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 142 ss. A tale A. si deve la valorizzazione del momento decisionale della p.a. nel suo rapporto con la procedimentalizzazione dell'attività. Con questa tesi, quindi, la funzione si rapporta all'adozione dell'atto. Secondo questa tesi, dunque, la funzione amministrativa avrebbe quale scopo la risoluzione del problema amministrativo, cioè l'individuazione, tra varie alternative, del criterio decisionale più confacente al caso concreto.

si di autovincolo quale momento strumentale alla definizione della vicenda amministrativa.

Tale tesi che rapporta lo svolgimento procedurale della funzione al suo momento finale, cioè la decisione amministrativa, è cruciale perché pone in evidenza come, da un lato, è possibile ricondurre l'autovincolo alla strutturazione del potere stesso, dall'altro, ad un momento puntuale di tale procedura, cioè la fissazione della norma precettiva da cui dipenderà la produzione dell'effetto.

Nell'ottica di un'altra impostazione[69], poi, sarebbe possibile ascrivere l'autovincolo al processo interpretativo-discrezionale che precede la scelta amministrativa. In tale accezione, l'autovincolo sarebbe un mezzo di precomprensione del problema da interpretare e decidere, non potendosi, però, secondo tale tesi, esattamente distinguere questi due momenti.

A latere dell'autovincolo, poi, come già osservato, si porrebbe il problema dell'affidamento. Secondo la tesi qui accolta[70], però, solo *latu sensu* si avrebbe un'autolimitazione, dal momento che si sostiene che tale forma di responsabilità

---

69 Secondo L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 185 ss., il potere discrezionale consisterebbe nell'esercizio di un'attività ermeneutica da parte della p.a. L'A. accoglie gli studi moderni dell'ermeneutica e li applica al fenomeno amministrativo. Secondo questa visione, l'attività amministrativa sarebbe interpretazione e comprensione della realtà storica. Nell'ottica dell'autolimite, P.M. VIPIANA, *L'autolimite*, cit., 280 ss., riconduce tale tesi alla teoria della pre-comprensione. Dunque, è possibile ascrivere la tesi di Benvenuti al fenomeno autolimitativo, perché l'auto-obbligatorietà del potere, in siffatta accezione, sarebbe connaturale all'attività amministrativa stessa.

70 Si accoglie, qui, la tesi di A. CARBONE, *Considerazioni generali su buona fede*, cit., 640 ss., secondo cui la responsabilità da comportamento per violazione della buona fede sarebbe da porsi all'esterno dell'esercizio della funzione. In tal senso, si avrebbe una fattispecie analoga alla responsabilità da comportamento nel processo civilistico. Si pensi all'abuso del processo.

Secondo questa tesi, come accennato sopra (cfr. nt. 24), sarebbero da accogliere le critiche sollevate da una parte della dottrina alla teoria merusiana sull'affidamento. Secondo Carbone, in particolare, coglierebbero nel segno le critiche di A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, cit., p. 1 ss., che ha osservato come la costruzione merusiana non produrrebbe il risultato di un'autonomizzazione del concetto di buona fede rispetto alla descrizione dell'esercizio del potere. Così, allo scopo di conferire uno statuto autonomo alla buona fede all'interno del rapporto amministrativo, Carbone colloca questa responsabilità al di fuori dell'esercizio della funzione. Si tratterebbe, dunque, di situazioni soggettive prettamente sostanziali della p.a., che risiedono su un piano – per così dire – "parallelo" rispetto a quello della funzione. Nell'ambito di quest'ultimo, invece, secondo la tesi in parola, assumerebbe rilievo la pretesa del privato all'esercizio ovvero al mancato esercizio del potere amministrativo.

sia esterna all'esercizio della funzione. Più in particolare, l'effetto affidante ed impeditivo deriverebbe da alcune caratteristiche del comportamento amministrativo, che non avrebbero a che vedere direttamente con l'imposizione di un precetto da parte della p.a.

In disparte, dunque, il problema dell'affidamento, dalle tesi sulla procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, deriverebbe una concezione degli effetti auto-obbligatori della p.a. quali derivanti dalla funzione amministrativa nel suo complesso ovvero da un segmento procedurale di quest'ultima. Su questa seconda prospettiva, ci si soffermerà nel seguente paragrafo.

6. L'autolimite quale canone generale dell'attività amministrativa

Con lo studio della scansione procedimentale, la dottrina ha concentrato le sue attenzioni su alcuni aspetti procedurali, dai quali deriverebbero effetti auto-obbligatori per la p.a. Secondo quanto si vedrà di seguito, in alcuni casi, tali conseguenze sono state ascritte a particolari segmenti del procedimento, in altri casi, all'attività decisionale della p.a. nel suo complesso.

In primo luogo, si pensi a quanto affermato da quella dottrina che riconduce alla prassi effetti auto-preclusivi per la p.a.[71]. Oppure, si pensi alla tesi che farebbe derivare effetti auto-obbligatori dall'attuazione del processo decisionale della p.a., che deve essere leggibile per il giudice[72].

---

71 Cfr. A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, Padova, Cedam, 1979, 124 ss. Secondo l'A., la prassi sarebbe un comportamento ripetuto dell'amministrazione che si trova ad affrontare in maniera reiterata situazioni omogenee tra loro. Secondo questa tesi, con la prassi, si avrebbe un autolimite non formalizzato dell'amministrazione. In ciò starebbe la differenza, secondo l'A., tra prassi e teoria del *Selbstbindung*. Secondo l'A., sia le ordinanze amministrative e gli autolimiti che la prassi autolimiterebbero la p.a., contribuendo alla sua autodisciplina, ma la prassi sarebbe connotata dall'assenza di formalità, diversamente dagli altri istituti che si caratterizzerebbero per il loro formalismo. L'A. afferma, inoltre, che da una prassi può originare un atto formalizzato di autovincolo e viceversa.

L'A., poi, sostiene che la prassi renda meglio accertabile in concreto il rapporto amministrativo. In quest'ottica, la fattispecie astratta che la p.a. deve rispettare sarà integrata dalle autodeterminazioni dell'amministrazione. Così, l'amministrazione, secondo l'A., non sarebbe solo vincolata da limiti negativi, ma anche da limiti positivi da essa stessa posti.

72 Cfr. G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3165 ss. L'A. non affronta direttamente il tema dell'autovincolo, ma evidenzia come l'attività amministrativa si svolga quale processo decisionale, che implicherebbe di per sé l'autolimitazione. Ciò, secondo questa tesi, si avrebbe per due ragioni principali: per consentire il sindacato del

Ancora, si richiama chi ha ritenuto che l'obbligo di motivazione[73] potesse essere adempiuto anche attraverso l'esplicitazione degli autolimiti della p.a. Nell'ambito del contesto previgente alla l. n. 241 cit., si è detto che un obbligo di motivazione fosse configurabile ogni volta che il giudice non potesse dedurre le ragioni sostanziali poste a fondamento della decisione a partire dal provvedimento e dalle risultanze dell'istruttoria. In tal senso, potrebbe essere necessaria l'esplicitazione degli auto-limiti della p.a. in seno alla motivazione, per garantire la sindacabilità del potere amministrativo in giudizio. Quest'ultima, infatti, secondo questa ricostruzione, sarebbe una delle funzioni della motivazione[74]. Inoltre, secondo una diversa interpretazione dottrinale, si è detto[75] che l'effetto auto-obbli-

---

giudice su ciascuna fase del processo decisionale e per assicurare l'imparzialità. Secondo l'A., in generale, l'attività amministrativa dovrebbe oggettivizzarsi e riflettere, complessivamente, tramite la sua trama decisionale, coerenza e razionalità. Per una visione dell'imparzialità che si traduce nella necessità di una scansione procedimentale, tra cui vi sarebbe una fase di autoregolazione, cfr., altresì, G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 437 ss.

73 Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 315 ss., secondo cui, in un contesto antecedente alla l. n. 241 cit., l'obbligo di motivazione non era configurabile in senso generalizzato, ma limitatamente a quei casi in cui un provvedimento non motivato non avrebbe consentito il perseguimento dello scopo cui la motivazione sarebbe preposta. Secondo questa tesi, la motivazione avrebbe lo scopo di rendere sindacabile la scelta amministrativa da parte del cittadino, da parte del giudice e da parte della collettività. Perciò, secondo questa impostazione, ogni volta che una di tali tre funzioni risulterebbe non realizzabile da un provvedimento non motivato, la motivazione sarebbe obbligatoria.

In particolare, si rende evidente, in quest'opera, una matrice comune del pensiero di Romano Tassone sulla forma e la sostanza nel diritto. Secondo questa impostazione, infatti, la configurazione strutturale e l'ambito di rilevanza di un determinato istituto dipenderebbero sempre dalla funzione dello stesso. Cfr. sul punto, altresì, ID., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 1993, 86 ss.; ID., *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, 217 ss.

74 Secondo quanto sostenuto da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti*, cit., p. 1 ss., la motivazione avrebbe un triplice scopo, cioè quello di consentire la difesa del privato, il sindacato diffuso della collettività rispetto alle scelte della p.a., il sindacato giurisdizionale sulla decisione amministrativa.

75 Cfr. S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo: le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, Napoli, ESI, 1987, 20 ss. L'impostazione dell'A. riprende alcuni postulati della dottrina tedesca in materia di c.d. obbligo di ponderazione. Sia in base al settore speciale dell'urbanistica, che in base alla disciplina generale del procedimento amministrativo, osserva l'A., si ha un istituto, in Germania, chiamato "obbligo di

gatorio potrebbe discenderebbe dalla continua ed inesorabile frammentazione della scelta amministrativa, attraverso le c.d. pre-decisioni. Ogni pre-decisione, in tal senso, sarebbe obbligatoria per la fase successiva dell'*iter* decisionale.

Un altro filone dottrinale, poi, si è riferito all'autovincolo in via più esplicita. Si è detto, per esempio, che per "asciugare" il contenuto politico della discrezionalità fosse necessaria una determinazione auto-obbligatoria della p.a., la quale orientasse il contenuto della scelta amministrativa[76]. L'amministrazione, tenuta all'attuazione dell'indirizzo politico, sarebbe obbligata a giustificare le proprie

---

ponderazione", per il quale l'amministrazione avrebbe l'obbligo di ponderare tutti gli interessi che vengono dedotti all'interno del procedimento. Aggiunge l'A. che tale obbligo non solo consisterebbe nella necessità di una valutazione completa degli interessi, ma altresì nella razionalizzazione del processo decisionale, secondo criteri di orientazione logica, anche attraverso l'apporto del privato.

Così, secondo l'A., la discrezionalità dell'amministrazione dovrebbe essere razionalizzata entro schemi rigidi, anche per la leggibilità della decisione da parte del giudice. Tale esaurimento della discrezionalità, però, secondo l'A., non potrebbe mai essere completo. Secondo l'A., quindi, la concretizzazione dell'interesse pubblico si configurerebbe attraverso una serie di scelte parziali e progressive. In tale ottica, il sindacato giurisdizionale sul processo decisionale della p.a., allora, dovrebbe svolgersi nel rispetto di tale frammentarietà, altrimenti si impedirebbe al giudice di vagliare integralmente la decisione amministrativa.

76 Cfr. P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, V, Padova, Cedam, 1970, 161 ss.; ID., *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 585 ss. Secondo l'A., nell'ambito di una progressiva legificazione dei vincoli che l'amministrazione avrebbe nell'esercizio del potere, si avrebbe un *tertium genus* di provvedimenti, a cavallo tra discrezionali e vincolati. Secondo l'A., tale categoria consisterebbe in provvedimenti trasformabili dalla p.a. da discrezionali a vincolati. Tale metamorfosi, però, secondo l'A., non potrebbe essere assoluta, sicché l'amministrazione conserverebbe, comunque, un margine di libertà nella scelta. Secondo l'A., però, tale scelta, allo scopo di non determinare lo sconfinamento del potere pubblico in arbitrio, deve essere razionalizzata, cioè riflettere i criteri di logicità che la orientano. Tali criteri devono essere, secondo l'A., predeterminati dall'amministrazione e resi palesi alla collettività. Secondo l'A., quando il legislatore non ha provveduto o non ha inteso provvedere a limitare la facoltà di scelta tra alternative lecite della p.a. – che consisterebbe, secondo questa tesi, nel contenuto della discrezionalità –, la p.a. stessa dovrebbe procedere ad autolimitarsi. Se la p.a. non procedesse in tal senso, secondo l'A., si avrebbe un *vulnus* all'imparzialità, nonché gravi problematicità intorno al sindacato degli atti amministrativi.

Secondo l'A., in generale, mentre nel diritto privato si ha l'autonomia privata, nel diritto amministrativo, si ha la discrezionalità. Secondo l'A., la causa del negozio privato si differenzia dalla discrezionalità, nella misura in cui quest'ultima, diversamente dalla prima, impone che siano disvelati i profili logici che determinano l'adozione di una determinata decisione. Invece, nel diritto privato i motivi sono giuridicamente irrilevanti.

scelte attraverso l'esplicitazione dei criteri secondo cui si adottano scelte politiche. Solo secondo questo passaggio procedurale, quindi, in tale ottica, si potrebbe rendere giuridica e sindacabile una decisione politica ed insindacabile.

In particolare, nell'ambito di tale ultima concezione, il sindacato sul mancato assolvimento dell'obbligo di predeterminazione – nei casi di cui sopra – configurerebbe un vizio di eccesso di potere. Questo istituto è quello che, nella visione tradizionale dell'autovincolo, viene valorizzato per assicurare effettività alle norme sullo stesso[77].

Secondo la concezione tradizionale dell'autovincolo, l'obbligo della p.a. di autodeterminarsi discenderebbe dal principio costituzionale di imparzialità. La dottrina[78] ha notato come, del resto, il principio in parola è stato fortemente valorizzato in tal senso anche dalla giurisprudenza. Più nel dettaglio, nel nome dell'eguaglianza sostanziale, l'imparzialità non sarebbe traducibile in un mero divieto di discriminazione, ma in tutto ciò che l'esigenza di assicurare parità di trattamento ai cittadini postulerebbe[79].

---

77 Cfr., in questo senso, P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, cit., 161 ss.; A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., 243 ss.; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 435 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3165 ss.; P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, cit., 585 ss.; P.M. VIPIANA, *L'autolimite*, cit., 367 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 220 ss.

78 Cfr. G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 434 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3167 ss.; P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, cit., 585 ss.

79 Invero, questo punto è dibattuto in seno alla dottrina. Da un lato, si avrebbe una concezione più restrittiva della parità di trattamento, che imporrebbe alla p.a. di agire secondo le stesse regole a fronte di fattispecie analoghe. Cfr. P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, cit., 171 ss.; A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., 202 ss.; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 436 ss.

Dall'altro lato, invece, attuare l'imparzialità, significherebbe non solo garantire la medesimezza della regola decisionale a fronte di un'identità di situazioni, ma anche razionalizzazione e coerenza della funzione stessa (in generale, sull'oggettivizzazione della funzione, cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., 108 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 219 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., 782 ss.). Secondo questo orientamento, quindi, la parità di trattamento imporrebbe altresì una scansione procedimentale ben definita ed autoregolamentata. Ciò si avrebbe anche allo scopo di assicurare che nessuna fase del processo decisionale della p.a. venga sottratta al sindacato giurisdizionale sul pubblico potere. Sulla dipendenza dell'autoregolamentazione del potere dall'imparzialità, cfr. F. LEVI, *L'attività*

È dallo stesso principio di imparzialità, poi, che il contributo più significativo in materia di autolimite farebbe dipendere l'esistenza di un "tendenziale" obbligo generalizzato della p.a. di autovincolarsi[80]. L'autolimite configurerebbe, in tale ottica, un canone generale dell'azione amministrativa, che si giustificherebbe, sul piano costituzionale, quale corollario dell'imparzialità. Tuttavia, in definitiva, secondo questa tesi, si riconosce a tale canone il carattere della facoltatività, dal momento che, proprio per assicurare il binomio buon andamento/imparzialità, la p.a., in taluni casi, avrebbe l'obbligo di autolimitarsi, in altri casi, invece, avrebbe un margine di flessibilità.

A tale lavoro, come anticipato, si deve la prima considerazione autonoma del fenomeno autolimitativo in ambito amministrativo. Con ciò, si sottolinea ancora come la riconduzione al fenomeno autolimitativo delle tesi esaminate sin qui sia certamente discutibile, poiché in rari casi la dottrina ha affrontato frontalmente il tema.

In conclusione, si sottolinea come, secondo l'impostazione tradizionale in tema di autovincolo, si assiste ad un'imputazione alla p.a. di un obbligo di auto-determinarsi in casi per lo più limitati e dai contorni non sempre definiti limpidamente. A tale auto-determinazione obbligatoria, comunque, conseguirebbe una sindacabilità in giudizio attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

---

conoscitiva, cit., 437 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3167 ss.; P.M. VIPIANA, *L'autolimite*, cit., 153 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 178 ss.

In generale, sulla differenziazione tra parità di trattamento quale applicazione delle stesse regole decisionali a fattispecie identiche ed imparzialità da cui dipenderebbe anche l'oggettivizzazione della funzione, cfr. G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 442 ss.

80 Cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimite*, cit., 265 ss. Secondo l'A., l'autolimite è connaturale al potere discrezionale della p.a. Secondo l'A., l'interesse pubblico sarebbe un *quid vacuum*, il quale andrebbe riempito di contenuto secondo il fenomeno dell'autolimitazione, per non far sì che l'esercizio del potere sconfini in arbitrio. In questo senso, cfr. già P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, cit., 161 ss.; ID., *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, cit., 585 ss.

Secondo l'A., vi possono essere casi di autolimite obbligatorio ovvero facoltativo. Sia nel caso di autolimite facoltativo che nel caso di autolimite obbligatorio, comunque, il privato potrebbe far valere in giudizio la propria pretesa al rispetto del principio di imparzialità da parte della p.a. In caso di autolimite obbligatorio, però, la mancata apposizione dello stesso determinerebbe l'invalidità del provvedimento. Secondo l'A., negli altri casi, il vizio in parola sarebbe qualificabile quale vizio di eccesso di potere. Secondo questa tesi, dunque, afferma l'A., risulterebbe ampliato il sindacato del g.a. e limitata l'area del merito amministrativo.

7. Tesi sull'ammissibilità e l'ambito di rilevanza dell'autovincolo nel contesto attuale

Ora, venendo al contesto contemporaneo, si cercherà di decifrare l'interrogativo iniziale sulla configurabilità di un obbligo di autovincolo, attraverso l'analisi delle tesi più diffuse nel contesto attuale.

Partendo dal dato positivo, è possibile richiamare il già citato art. 97 della Costituzione. Invero, secondo autorevole dottrina[81] l'art. 97 cit. potrebbe essere invocato non solo alla luce dell'imparzialità, ma anche in relazione al buon andamento. Secondo tale idea, l'autovincolo si porrebbe come attuazione del principio di efficienza amministrativa.

Come già affermato nel paragrafo precedente, però, la dottrina ha principalmente posto in evidenza la derivazione dell'autovincolo dall'imparzialità. Nello specifico, l'autovincolo sarebbe attuazione della parità di trattamento, la quale non si risolverebbe semplicemente nella applicazione della medesima regola decisionale a fronte di situazioni analoghe[82], ma anche nell'autoregolamentazione dell'amministrazione, espressione dell'oggettivizzazione della funzione amministrativa[83].

Dal punto di vista della legislazione ordinaria, si è anticipato come, prima dell'intervento recente del legislatore in materia di contratti pubblici, si avevano

81 Cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimite*, cit. 161 ss. Secondo l'A., nonostante in apparenza l'efficienza sembrerebbe porsi in contrapposizione rispetto all'autolimite, quest'ultimo troverebbe fondamento anche nel buon andamento. Secondo l'A., l'autolimite può costituire un mezzo sia per evitare l'arbitrio dell'amministrazione che per migliorarne l'efficienza. In tal senso, secondo l'A., l'autolimite sarebbe corollario di buon andamento e imparzialità.

82 Cfr. P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione della imparzialità amministrativa*, cit., 171 ss.; A. CARULLO, *La prassi amministrativa*, cit., 202 ss.; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 436 ss.

83 Come si è visto nel paragrafo precedente, secondo tale indirizzo, attuare l'imparzialità, significherebbe non solo garantire la medesimezza della regola decisionale a fronte di un'identità di situazioni, ma anche razionalizzazione e coerenza della funzione stessa. Sull'oggettivizzazione della funzione, cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., 108 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 219 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., 782 ss. Sulla dipendenza dell'autoregolamentazione del potere rispetto all'imparzialità, cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 437 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3167 ss.; P.M. VIPIANA, *L'autolimite*, cit., 153 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 178 ss.

già alcune disposizioni sull'autovincolo, per lo più settoriali. In particolare, il riferimento è al campo delle erogazioni patrimoniali. Quindi, si potrebbero richiamare le disposizioni contenute nel decreto legge 30 dicembre 1985, n. 786[84] e nella legge 1° marzo 1986, n. 64, rispettivamente in materia di promozione e sviluppo dell'imprenditorialità giovanile e di interventi straordinari nel Mezzogiorno.

La dottrina che si è maggiormente occupata del tema segnala, invero, che prima di tali disposizioni esistevano già orientamenti in seno al Consiglio di Stato volti ad assicurare la parità di trattamento, attraverso l'imposizione alla p.a. di obblighi di predeterminazione[85].

Salvo puntuali interventi, comunque, il legislatore non ha dedicato particolare attenzione al fenomeno autolimitativo; così, è stata per lo più l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale a delineare lo statuto dell'autovincolo, tramite la riconduzione di tale fattispecie ad alcuni principi generali o ad altri istituti. Peraltro, come già sottolineato, anche la dottrina che si è occupata più specificamente dell'autolimitazione della p.a., salvo eccezioni, non lo avrebbe affrontato direttamente.

È, quindi, sulla base di tali premesse che, nel contesto attuale, si ritiene necessaria una rimeditazione sulla questione dell'ammissibilità e della rilevanza dell'autovincolo, anche in considerazione della recente esplicitazione legislativa della nozione in parola. In particolare, come si è visto, il nuovo codice dei contratti pubblici prevede il principio di risultato, che esso sia criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale, nonché che vi sia una rilevanza giuridica peculiare per gli autovincoli ai fini della responsabilità amministrativa.

Si ha, quindi, un duplice riferimento a tale nozione: uno implicito in correlazione con il principio di risultato; uno esplicito, con riferimento alla valutazione della colpa grave. Con riguardo al primo profilo, il riferimento è implicito nel senso che il risultato perseguito dalla p.a., esplicandosi nell'individuazione di un criterio di esercizio del potere, costituirebbe una predeterminazione attraverso un autovincolo per la p.a. stessa. Così, il risultato passerebbe da uno stato di astrat-

84 Cfr. artt. 1 della l. n. 786/1985 e 9 della l. n. 64/1986.

85 Cfr. G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione*, cit., 433 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3167 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 165 ss.

tezza ad uno di concretezza. Secondo parte della dottrina, come si vedrà di seguito, tale passaggio dal risultato astratto a quello concreto non costituirebbe alcun parametro di validità del provvedimento amministrativo, perché si parlerebbe a tal proposito solo dell'interesse pubblico concreto[86]. Per tale ragione, la dottrina riportata svaluta la novità ordinamentale che sarebbe apportata dal principio del risultato. Invece, secondo altra parte della dottrina, la rilevanza giuridica del risultato sta proprio nella predeterminazione *ex ante* della pubblica amministrazione[87].

Sotto il secondo profilo, invece, il legislatore conferisce espressamente rilevanza giuridica all'autovincolo ai fini della responsabilità amministrativa. Il legislatore tipizza alcune ipotesi di colpa grave, tra cui anche la violazione degli autovincoli amministrativi. Dunque, guardando al primo riferimento all'autovincolo nel codice dei contratti pubblici sopra riportato, ci si chiede se l'autovincolo assuma il significato di risultato in concreto della p.a. e, quindi, anche di parametro di validità dell'azione amministrativa. Con riguardo al secondo riferimento, invece, ci si chiede se l'autovincolo abbia rilevanza oltre il profilo della responsabilità amministrativa.

In realtà, le disposizioni spiegate sopra sembrano disvelare – più di ogni altro aspetto – non tanto un elemento ulteriore per la validità del provvedimento amministrativo, secondo l'impostazione tradizionale del problema, quanto alcuni profili procedurali della situazione soggettiva di potere, la quale tuttavia non sembra essere particolarmente studiata in tale accezione dalla dottrina[88]. Pertanto, le nuove disposizioni del codice dei contratti pubblici sollecitano una riflessione più generale sul potere amministrativo, posto che non pare dubbio – come evidenziato già dalla dottrina – che l'amministrazione sia vincolata ad un risultato e, quindi, alla regola del caso concreto.

---

86 Cfr. S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 674-675.

87 Cfr. A. Police, *La predeterminazione*, cit., 208 ss.

88 Fanno eccezione a tale considerazione, gli studi di A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 415 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo,* cit., 149 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 60 ss.

Così, il problema deve essere riformulato nei seguenti termini: occorre capire se nell'ambito della funzione amministrativa debbano essere adempiuti alcuni obblighi di carattere procedurale, tra cui quello di individuare espressamente i criteri decisionali, i quali produrrebbero effetti auto-preclusivi. Allo scopo, pare opportuno effettuare un'analisi sui principali indirizzi contemporanei i quali potrebbero contribuire alla risoluzione della questione posta.

Secondo una prima interpretazione[89], la decisione amministrativa sarebbe costituita da una procedura implicante la predeterminazione da parte dell'amministrazione dei criteri di scelta che orientano le fasi procedimentali successive. In tal senso, l'autovincolo si ritiene essere per lo più ricondotto al piano della trasparenza e non a quello della situazione soggettiva di potere. L'esplicitazione dei criteri di scelta, infatti, nell'ambito di tale impostazione, avrebbe il precipuo scopo di pubblicizzare l'*iter* decisionale della p.a. Dunque, non sarebbe posta particolare attenzione, nell'ambito di questa visione, all'autovincolo come mezzo strumentale all'esaurimento del potere discrezionale, nell'ambito del compiuto svolgimento della funzione.

Come si dirà più avanti, infatti, si ritiene che l'autodisciplina della p.a. sia riconducibile alla situazione soggettiva di potere, nel senso che la discrezionalità non potrebbe che esprimersi attraverso una propria autoregolamentazione. Così, nella nostra proposta ricostruttiva, più che di anticipo del potere discrezionale e di scelta parziale[90], si dovrebbe parlare di esaurimento della discrezionalità nel nome dello svolgimento della funzione. La predeterminazione, infatti, non necessariamente si correlerebbe con la chiusura del potere e la sua stabilizzazione, cioè ad un carattere, in generale, preclusivo ascrivibile alla funzione.

---

89 Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 208 ss. Secondo l'A., vigerebbe nell'ordinamento un obbligo generale di predeterminazione. Secondo l'A., i canoni di predeterminazione rappresenterebbero, così, un'espansione della legalità amministrativa. Il problema che segnala l'A., però, è che la predeterminazione è attuata da parte dell'amministrazione attraverso provvedimenti amministrativi, ovvero fonti secondarie. Ciò porrebbe non pochi problemi all'interprete. Secondo l'A., infatti, la cogenza giuridica di tali atti ed il successivo controllo effettuato dal giudice non sarebbero pienamente affermati dalla giurisprudenza.

90 Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 247 ss.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale dominante in materia di autovincolo[91], in secondo luogo, prevarrebbe un'impostazione piuttosto riduttiva rispetto al complessivo significato ascrivibile al quadro normativo in materia. L'autovincolo viene, infatti, qualificato in via giurisprudenziale anche quale principio. In tal senso, è frequente il richiamo sia al buon andamento che all'imparzialità, *ex* art. 97 Cost. Al contempo, sembra che queste statuizioni siano utilizzate in senso esclusivamente strumentale alla valorizzazione della cogenza della *lex specialis* rispetto all'operato successivo della p.a.

Sebbene si condividano in generale, in questa sede, queste affermazioni, si ritiene che l'interpretazione giurisprudenziale in parola non tenga conto di alcuni aspetti che la norma evidenzia e che si considerano idonei a descrivere efficacemente la situazione soggettiva di potere. Solo in via minoritaria, infatti, si riscontrano riferimenti in giurisprudenza circa la funzione dell'autovincolo volta alla consumazione del potere ed all'azzeramento della discrezionalità[92]. L'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria, pertanto, rischierebbe di essere riduttiva, rispetto, ad alcuni caratteri – per così dire – "macroscopici" del potere, inerenti all'esercizio dello stesso nell'ambito della funzione amministrativa. Secondo una differente impostazione[93], da ultimo, l'introduzione del principio del risultato

---

91 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2024, n. 4659; sez. III, 15 febbraio 2022, n. 1120; sez. III, 20 aprile 2021, n. 3180; sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502. Da ascriversi, invece, ad un orientamento maggiormente volto all'utilizzo del meccanismo di autovincolo per l'azzeramento della discrezionalità: T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV *quater*, 28 gennaio 2025, n. 1813: sez. IV, 5 febbraio 2025, n. 2684; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 17 aprile 2023, n. 640; Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321; T.A.R. Trentino Alto-Adige, Trento, 13 aprile 2017, n. 136; Cons. Stato, 24 febbraio 2017, n. 507; sez. III, 3 agosto 2015, n. 3791.

92 Cfr. Cons. Stato n. 1321/2019 ed il commento di S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.,* 2019, p. 1172 ss.

Cfr., altresì, M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, 8 ss. Quest'ultima A. segnala come, in alcuni casi, la giurisprudenza abbia fatto riferimento all'autovincolo quale meccanismo di azzeramento della discrezionalità, *ex* art. 31, co. 3, c.p.a.

93 Secondo S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, cit., 669 ss., il principio del risultato non avrebbe valenza giuridica, ma esclusivamente politica, posto che nessuna disposizione di legge potrebbe cagionare l'effetto, in ambito procedimentale, di una subvalenza di determinati interessi rispetto ad un altro interesse. Nel caso in esame, quest'ultimo interesse sarebbe il risultato (i.e., affidamento del contratto). Invero, la giurisprudenza

nella disciplina dei contratti pubblici non avrebbe una reale portata precettiva. L'unico modo, secondo questa tesi, per salvare la giuridicità del risultato starebbe nella valorizzazione dell'autovincolo, quale corollario del risultato stesso.

Da un punto di vista testuale, invero, si potrebbe sostenere[94] che il principio del risultato imponga alla pubblica amministrazione di perseguire, nell'ambito del bilanciamento dei vari interessi in gioco, in via prioritaria, l'affidamento del contratto. Da un punto di vista, invece, storico-evolutivo e sistematico, la letteratura sull'amministrazione di risultato[95] evidenzierebbe già piuttosto pacificamente che la p.a. sia per definizione orientata al soddisfacimento di uno scopo puntuale, da cogliere nell'effetto di produzione o non produzione del potere. Inoltre, secondo la tesi in parola, se si volesse leggere effettivamente nel principio di risultato la suddetta portata precettiva, si perverrebbe ad esiti non costituzionali, posto che si avrebbe una tirannizzazione predeterminata legislativamente di un interesse rispetto agli altri.

Secondo l'impostazione tradizionale sul risultato, quindi, l'unica via attraverso cui sarebbe possibile preservare il significato giuridico del neonato principio di risultato sarebbe quella dell'autovincolo. L'autovincolo, in tale ottica, sarebbe l'astrazione del risultato, ossia l'obiettivo finalistico della condotta amministrativa. L'autovincolo, poi, secondo questa tesi, dato che porrebbe a carico della p.a. l'obbligo di conformarvisi, configurerebbe un parametro di validità del provvedimento. Oltre a ciò, però, si considera massimamente rilevante, ai fini del presente contributo, un'altra considerazione che si aggiunge alla tesi in esame. In particolare, il riferimento è all'affermazione dell'esistenza un nesso di strumentali-

---

costituzionale ha da tempo affermato che la tirannizzazione dei diritti non sarebbe compatibile con il quadro costituzionale. Da tale affermazione, la dottrina in parola ricava che una disposizione di legge non potrebbe, comunque, predeterminare per l'amministrazione quale sia l'interesse prevalente rispetto agli altri.

94 Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziaamministrativa.it*, par. 4; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2023, 52 ss.; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, cit., 7 ss.

95 Si rinvia ai riferimenti in S. VACCARI, *Principio del risultato*, cit., 673 ss. Secondo questa dottrina, già da tempo, l'azione amministrativa si dovrebbe considerare *ex se* orientata ad un risultato, per effetto di plurime interpretazioni in tal senso in seno alla letteratura scientifica.

tà[96] tra autovincolo ed esaurimento della discrezionalità[97], cioè tra l'autodisciplina dell'amministrazione e l'esercizio del potere.

Nel seguente paragrafo, quindi, si cercherà di analizzare con maggior dettaglio quest'ultimo profilo ed, in generale, quali connotati del potere, a nostro avviso, sarebbero posti in luce dall'istituto dell'autovincolo. Dunque, si tenterà di rispondere all'interrogativo iniziale sulla ammissibilità e la rilevanza dell'autovincolo, attraverso la delineazione di alcuni profili ricostruttivi.

8. Profili ricostruttivi

Come anticipato, si ritiene il recente riferimento legislativo all'autovincolo solleciti la rimeditazione di alcuni tratti peculiari della situazione soggettiva di potere. La dottrina tradizionale, infatti, ha affermato che la predeterminazione sarebbe insita nella c.d. amministrazione di risultato, dal momento che attraverso la prima si compie il passaggio dal risultato astratto a quello concreto. In questo lavoro, invece, si vuole porre l'accento sulla relazione tra la nozione di autovincolo ed il carattere preclusivo ascrivibile alla funzione amministrativa.

Più nel dettaglio, si accoglie quell'interpretazione secondo cui la funzione amministrativa sia caratterizzata da preclusioni, volte, in generale, alla chiusura del potere[98]. Secondo questo filone, lo svolgimento della funzione amministrativa

---

96 Cfr. A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 335 ss. Secondo l'A., l'amministrazione, ponendosi degli autolimiti, determina una regolamentazione del suo potere più restrittiva, capace di incidere sul controllo giurisdizionale.

97 Cfr. già S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, cit., p. 1172 ss. Ivi, si accoglie positivamente quanto affermato dalla giurisprudenza commentata in ordine all'esaurimento della discrezionalità attraverso mezzi sostanziali o processuali, ma non si condivide l'affermazione secondo cui la discrezionalità possa esaurirsi per la rottura del rapporto fiduciario tra p.a. e cittadino. Se così, fosse, infatti, secondo l'A., si avrebbe discrezionalità giudiziaria ed incalcolabilità del diritto.

98 Cfr., con le dovute differenziazioni proprie di ciascuna impostazione, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, 189 ss.; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012, 92 ss.; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, 282 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 149 ss.; S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato*, cit., 1172 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 387 ss.; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, cit., 335 ss.; N. BERTI, *La*

implicherebbe l'esaurimento della vicenda di potere, che non potrebbe essere riesercitato in nome degli effetti preclusivi che da esso derivano. Secondo tale orientamento, quindi, se così non fosse, si negherebbe una tutela effettiva al privato, posto che non si garantirebbe la stabilizzazione inerente alla soddisfazione della pretesa alla produzione o alla non produzione dell'effetto dovuto da parte della p.a.[99]

Secondo l'impostazione qui prospettata, quindi, l'autovincolo non solo starebbe a significare che l'amministrazione procedente debba agire in modo razionale, logico, coerente, consequenziale rispetto ai precetti che ella stessa si pone; si è già visto, in effetti, come, in tal senso, sarebbe piuttosto riduttiva la portata precettiva dei recenti riferimenti legislativi all'autovincolo. Ciò che, invece, sarebbe reso ancora più evidente dal recente intervento riformatore sull'autovincolo è come il carattere preclusivo sia connaturale all'esercizio del potere amministrativo. In particolare, la disposizione sul risultato quale criterio prioritario per l'esercizio discrezionale del potere dimostra che il legislatore presupponga un esaurimento della discrezionalità, da ricondurre ai caratteri tipici della funzione amministrativa. Più in generale, quindi, è posto in evidenza il carattere della preclusività della funzione amministrativa, salvo le considerazioni che verranno fatte di seguito.

La dottrina, invero, ha posto in evidenza come si avrebbero differenti tipi di preclusioni, ascrivibili, da una parte, al potere esercitato come fatto, dall'altra, alla perdurante operatività dell'effetto prodotto dal provvedimento[100]. Nella pri-

---

modifica dei provvedimenti amministrativi, Torino, Giappichelli, 2022, 5 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II, *Considerazioni conclusive*, cit., 509 ss.; ID., *A mo' di prime conclusioni*, cit., 517 ss.

99 Sul carattere dell'esauribilità del potere amministrativo, in tempi recenti, cfr., altresì, C. cost., 26 giugno 2025, n. 88.

100 Sulla differenziazione tra questi due tipi di preclusione, cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, 80 ss. L'A. sottolinea come vi siano due tipi di preclusione. La prima originerebbe dalla perdurante operatività dell'effetto del provvedimento, la cui produzione è spiegata secondo un modello procedurale di accertamento posto in essere dalla p.a. Invece, il secondo tipo di preclusione si avverrebbe per effetto del compimento di un fatto, cioè l'esercizio del potere, da parte della p.a. Per questa seconda categoria di preclusioni, quindi, secondo l'A., è necessaria una prescrizione normativa specifica che legittimi l'effetto preclusivo.

Si avvalgono di ricostruzioni incentrate sulla prima tipologia di preclusione, M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, cit., 92 ss.; A.

ma tipologia di preclusione, l'effetto preclusivo dipende dal verificarsi di un fatto; nella seconda ipotesi, invece, la preclusione discende dalla natura dell'effetto prodotto, cioè dalla situazione effettuale determinata dall'esercizio del potere. Ad esempio, è stato ricondotto al primo tipo di preclusione l'istituto di cui all'art. 10 *bis* della l. n. 241 cit., in quanto trattasi di ipotesi specifica in cui è il fatto dell'esercizio del potere a determinare l'effetto preclusivo[101]. Per la seconda tipologia di preclusione, invece, l'effetto preclusivo contenuto nell'atto resta in piedi fin tanto che ne è rimossa l'operatività, attraverso l'esercizio di un potere di secondo grado o per effetto dell'accertamento giurisdizionale[102].

Come si vedrà a breve, si sostiene che le preclusioni derivanti dalla funzione amministrativa dipendano dalla struttura procedurale della stessa, ma da una situazione effettuale che deriva dall'esercizio della procedura.

Tanto premesso, si ritiene che esclusivamente una configurazione strutturale della funzione amministrativa, volta all'impedimento del riesercizio del potere, sia compatibile con lo statuto costituzionale dello stesso. La funzione, infatti, nella relazione con la pretesa del privato non potrebbe ricevere un sindacato pieno ed effettivo, se si ammettesse la sua reiterazione *sine die*. Si è visto sopra come, in netta contrapposizione con i regimi precedenti, lo Stato costituzional-democratico non tollera un concetto di giuridicità che non implichi anche la piena giustiziabilità delle situazioni soggettive cui la giuridicità stessa si riferisce[103].

Inoltre, il problema della reiterazione e dell'effettività del potere, è intimamente collegato con un'impostazione sulla struttura dello stesso, nei termini di una situazione soggettiva autonoma. Una visione del potere che non lo qualifichi quale situazione soggettiva caratterizzata dalla possibilità di porre una norma pre-

---

CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 387 ss.; N. BERTI, *La modifica*, cit., 94-121; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, II, *Considerazioni conclusive*, cit., 509 ss.; ID., *A mo' di prime conclusioni*, cit., 517 ss. Per la ricostruzione della preclusione del potere, quale derivante dal fatto stesso dell'esercizio del potere, v. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 189 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 149 ss.

101 Cfr. A. CARBONE, *Riesercizio del potere e poteri amministrativi di secondo grado*, in corso di pubblicazione in *Dir. amm.*, 2025.

102 Cfr. A. CARBONE, *Riesercizio del potere e poteri amministrativi di secondo grado*, in corso di pubblicazione in *Dir. amm.*, 2025.

103 Cfr. L. COLUZZI, *La strutturazione delle situazioni giuridiche soggettive*, cit., 2023, par. 5 ss.

cettiva, idonea ad incidere sulla realtà effettuale[104], nel rispetto dell'attribuzione legislativa e dei vincoli che la legge pone a tale imposizione, sarebbe riduttiva di alcuni profili di giuridica rilevanza ascrivibili al potere stesso. Non pare questa la sede per una ricostruzione analitica della situazione soggettiva di potere, ma, in sostanza, si ritiene che, nel solco dell'interpretazione evolutiva dell'obbligatorietà del potere sopra riportata, si debba tener conto del farsi dinamico dello stesso[105]. Altrimenti, si avrebbe un potere visto per lo più o come capacità d'agire o come mera imposizione di un precetto, senza che sia tenuto in adeguata considerazione il profilo dell'imposizione della norma precettiva, secondo l'attribuzione legislativa e secondo i vincoli legislativi che per tale imposizione sono previsti. Quindi, secondo differenti ricostruzioni del potere, verrebbero ad essere svalutati alcuni profili di obbligatorietà dello stesso, concernenti la sua dinamica interna, cioè il movimento che gli è proprio.

Ora, nell'ambito di questo orientamento sulla funzione, in questa sede, si accoglie una particolare accezione, secondo cui, in assenza dell'esaurimento della discrezionalità, il sindacato sul potere non sarebbe pieno[106]. In particolare, non sarebbe sindacabile pienamente la situazione soggettiva di potere, posto che solo una stabilizzazione degli elementi discrezionali della fattispecie normativa del potere potrebbe porre in luce la differenza tra questi e quelli vincolati. Secondo questa tesi, sarebbe per effetto della staticizzazione suddetta, che si garantirebbe a pieno il sindacato su ogni profilo obbligatorio della discrezionalità.

Qui, si ritiene che, per l'esercizio della discrezionalità, oltre al rispetto dei vincoli legislativi, si imponga per la p.a. l'obbligo di fare ricorso a vincoli amministrativi, cioè agli autovincoli. Si sostiene che, in ambito discrezionale, gli effetti della norma precettiva, imposta con l'esercizio del potere, ricevano stabilizzazione per effetto di una previa individuazione dei criteri decisionali della p.a.[107] Più spe-

104 Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 60 ss.

105 Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note,* cit., 415 ss.; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 56 ss.

106 A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 468 ss. Tale staticizzazione dipenderebbe dalla configurazione strutturale della funzione amministrativa quale modulo procedurale di accertamento.

107 Si accoglie, qui, l'impostazione di chi ha sostenuto che l'autovincolo amministrativo violato non possa fungere né come sintomo dell'eccesso di potere, secondo un'impostazione classica del tema, né da parametro di validità del provvedimento amministrativo, come se fosse

cificamente, si opina che la funzione amministrativa sia caratterizzata da effetti preclusivi che non dipenderebbero dal mero fatto che sia stato esercitato il potere. Si ritiene, invece, che le preclusioni derivanti dall'esercizio della funzione derivino dalla natura degli effetti che sono associati a quest'ultima da parte dell'ordinamento. Dunque, si ritiene che l'operatività della tipologia di preclusione a cui si fa riferimento è quella determinata dalla natura dell'effetto. In particolare, si crede che la natura degli effetti in questione sia quella dell'accertamento. Si sostiene che lo scopo dell'istituto in esame sia quello di conferire stabilità all'istruttoria di determinati fatti, i quali sono vagliati dal soggetto a cui all'uopo è imputata la funzione. Così, la preclusione derivante dalla funzione deve essere spiegata in termini procedurali e non sostanziali, in quanto essa non deriva dal mero fatto dell'esercizio del potere.

Secondo la nostra proposta ricostruttiva, dunque, l'autovincolo è una norma procedurale, che è funzionale all'esaurimento della discrezionalità. Nello specifico, si ritiene che l'esaurimento della discrezionalità debba avvenire attraverso l'autovincolo, posto che in assenza di questo sarebbe inadempiuta sul piano procedurale la funzione amministrativa. Il legislatore ha implicitamente affermato ciò quando ha stabilito che il criterio prioritario della discrezionalità è l'orientamento ad un risultato, ma da tale prescrizione, qui, se ne fanno discendere conseguenze sul piano procedurale. Non è questa la sede per rappresentare un'ipotesi ricostruttiva relativa alla differenziazione tra situazioni soggettive del privato a carattere sostanziale e procedurale, ma basterà, qui, accennare che la violazione di obblighi procedurali e sostanziali determina rispettivamente conseguenze diverse, salvo capire quando la prima categoria può assumere la rilevanza della seconda.

Inoltre, risulterebbe poco leggibile, da parte del giudice, il ragionamento insito nella scelta amministrativa, se non fossero esplicitati i criteri decisionali, con evidenti ricadute in materia di sindacato. L'imposizione di una norma precettiva, infatti, che sia avulsa dalla previa determinazione di criteri decisionali, potrebbe apparire, difficilmente sindacabile da parte del g.a. In tal caso, in effetti, mancherebbero gli stessi parametri di valutazione cui ancorare il giudizio sulla

una metanorma. In questo senso, oltre ai riferimenti già citati, cfr. N. BERTI, *La modifica*, cit., 105-121. Secondo Berti, la giustificazione dell'effetto preclusivo del potere va, quindi, ricercata nella configurazione strutturale della funzione, cioè negli aspetti procedurali del potere.

scelta amministrativa, potendosi fare riferimento solo a quelli legislativi.

Nell'ambito della ricostruzione della funzione qui prospettata, può accadere, peraltro, che la regola del caso concreto necessiti di una ridefinizione all'interno del giudizio. Ad esempio, si potrebbe dare questa possibilità in relazione alle allegazioni delle parti all'interno della realtà processuale. A questo punto, meriterebbe un approfondimento il problema della partecipazione del privato nell'ambito dell'autodeterminazione amministrativa. Per un approfondimento maggiore, la trattazione dovrebbe proseguire per ciò che concerne i profili patologici relativi all'accertamento amministrativo derivanti dalla partecipazione del cittadino alla funzione. Tuttavia, ci si dovrà astenere da ciò, perché non pare sufficiente questa sede per affrontare la questione.

Al netto degli ulteriori approfondimenti sopra indicati, è necessario sottolineare come, nell'ambito del giudizio, si potrebbe accertare che alcuni elementi della fattispecie del potere non risultino stabilizzati. Ciò potrebbe accadere nonostante sia avvenuta l'autoregolazione amministrativa, perché la rappresentazione della realtà processuale può aver dato esiti diversi rispetto all'istruttoria. È possibile, quindi, che vadano presi in considerazione elementi ulteriori per la scelta amministrativa. Pertanto, in tali casi, si dovrà procedere all'esaurimento della discrezionalità all'interno del giudizio, allo scopo che venga esaurita la funzione. Si sottolinea, come, anche in tale caso, lo svolgimento della funzione non possa prescindere da un meccanismo di autoregolazione. Anche nell'ambito del giudizio, la discrezionalità deve essere esercitata secondo l'autovincolo, proprio perché tale regola inerisce il carattere procedurale della funzione.

Quindi, è sempre possibile che vi siano elementi che sfuggono alla trama dell'autovincolo e che la funzione rimanga incompiuta. Ciò sembra essere presupposto anche dalla lettera dell'art. 31, co. 3, c.p.a. Secondo un'interpretazione dinamica della separazione dei poteri, tale incompiutezza può essere corretta unicamente dall'amministrazione, perché al giudice non è permesso esercitare la funzione amministrativa. Nonostante il giudice non possa esercitare un sindacato sostitutivo, l'effettività della situazione soggettiva del potere – e quindi anche del suo sindacato – impone che la funzione debba essere pienamente compiuta.

In questo senso, in linea con una concezione pienamente giuridica – cioè obbligatoria – del potere, l'esaurimento della discrezionalità deve avvenire e risul-

ta possibile anche all'interno del giudizio. Tale evenienza – si avverte – non risulta in contraddizione con il divieto di cui all'art. 34, co. 2, c.p.a. Si accoglie, qui, la tesi secondo cui il limite dei poteri non ancora esercitati assume valenza cognitoria[108]. Anche in tale ipotesi, il potere discrezionale deve essere esercitato attraverso un meccanismo di autoregolazione, posto che, sebbene siano assenti specifici limiti legislativi, non è ammissibile che l'esercizio del potere pubblico si svolga senza una proceduralizzazione dello stesso, cioè nell'inadempimento degli obblighi procedurali che dipendono dalla configurazione strutturale della funzione. Si ritiene che le recenti novità legislative abbiano reso palese questo peculiare aspetto del potere amministrativo.

In conclusione, il fatto che l'autovincolo abbia la precipua funzione di precludere contegni successivi all'amministrazione attraverso l'imposizione a sé stessa di criteri che stabilizzino gli effetti della norma precettiva pare coerente, in generale, con le ricostruzioni più recenti ed analitiche del potere. Tali teorizzazioni, infatti, hanno evidenziato, secondo un'interpretazione evolutiva e coerente con il quadro costituzionale, che la funzione amministrativa sia connotata da un carattere preclusivo. In tale maniera, si intende cogliere a pieno i profili di obbligatorietà del potere amministrativo.

Si è visto come, esistono varie concezioni di tale carattere preclusivo. Qui, si accoglie una struttura della funzione amministrativa a cognizione precettiva, secondo cui gli effetti preclusivi in esame dipenderebbero dalla configurazione procedurale della stessa. Conclusivamente, non si ritiene che l'autovincolo abbia valenza generale e sia obbligatorio per l'amministrazione in quanto tale, ma in quanto riconducibile direttamente alla discrezionalità, da un punto di vista procedurale. In particolare, l'autoregolazione della p.a. si ritiene ascrivibile alla funzione amministrativa intesa quale procedura, posto che la prima è strumentale all'esaurimento della discrezionalità. La funzione amministrativa, infatti, per dirsi compiuta deve propendere verso detto obiettivo, sebbene possano residuare alcuni profili da accertare successivamente, come detto sopra. A tal proposito, si accoglie la tesi dell'esaurimento della discrezionalità anche nel giudizio, ma il tema non può essere approfondito in questa sede. Si segnala solo che, all'uopo, si ritie-

108 Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, II, cit., 185 ss.

ne particolarmente efficace l'utilizzo dell'autovincolo, dato che lo si considera come proceduralizzazione dell'esercizio del potere discrezionale.

Dunque, non potrebbe ammettersi che la discrezionalità sia esercitata in assenza di una procedura atta a normarne l'esercizio. Altrimenti, non si avrebbe possibilità di garantire pienamente il sindacato sul potere, nonché si avrebbe la possibilità che il giudice si sostituisca all'amministrazione, dato che la funzione resterebbe incompiuta.

Pertanto, si sostiene che l'autovincolo sia il mezzo necessario per l'attuazione della funzione amministrativa. In questo senso, non si può ritenere esaurita la funzione amministrativa se non attraverso l'autoregolamentazione del potere, la quale garantisce la stabilizzazione della fattispecie normativa dello stesso. Al netto di tali considerazioni, si ritiene possibile – si è visto – che emergano in sede processuale profili ulteriori rispetto all'istruttoria procedimentale. Tali elementi, come si è spiegato, possono ricevere una stabilizzazione nel giudizio, attraverso un ulteriore esaurimento della discrezionalità. Anche in siffatto caso, non pare possibile prescindere dalla procedura che legittima e limita l'esercizio del potere discrezionale, secondo un meccanismo auto-regolatorio.

In generale, si ritiene che l'esaurimento della discrezionalità sia insito alla funzione, perché deve essere garantita una piena staticizzazione della fattispecie normativa del potere. Il potere discrezionale è realizzato attraverso una procedura caratterizzata dall'individuazione di criteri decisionali, volti all'autoregolazione, che consentono, attraverso preclusioni, la stabilizzazione degli effetti precettivi derivanti dalla scelta amministrativa. Se, invece, la funzione amministrativa restasse incompiuta, si avrebbe il rischio di possibili sostituzioni da parte di altri soggetti.

Ida Raimo
Dottoranda di ricerca in Teoria Generale del Processo, Università LUM
i.raimo.phdstudent@lum.it

Lo scorporo dei costi della manodopera: ribasso diretto o indiretto?

The separation of labor costs: direct or indirect reduction?

Sintesi

Il tema dello scorporo dei costi della manodopera e della possibilità di applicare ribassi diretti o indiretti ha suscitato un ampio dibattito. Le modifiche apportate alla relativa disciplina dal d.lgs. n. 36/2023 sembrano, ad un primo sguardo, volte ad individuare un nuovo equilibrio tra la tutela dei lavoratori e promozione della concorrenza tra gli operatori economici, rispetto all'assetto impresso dal d.lgs. n. 50/2016 al tema. Tuttavia, l'ambiguità del testo ha dato adito a diverse interpretazioni. Le incertezze applicative non sono state arginate nemmeno dal recente d.lgs. n. 209/2024. Lo scopo del presente scritto è evidenziare gli orientamenti emersi e richiamare l'attenzione sul ruolo delle stazioni appaltanti, nel disinteresse mostrato dal legislatore sul punto.

Abstract

The issue of separating labor costs and the possibility of applying direct or indirect discounts has sparked extensive debate. The amendments to the relevant legislation introduced by Legislative Decree no. 36/2023 appear, at first glance, to be aimed at establishing a new balance between worker protection and promoting competition among economic operators, compared to the framework established by Legislative Decree no. 50/2016. However, the ambiguity of the text has given rise to various interpretations. The uncertainties in its application have not been addressed even by the recent Legislative Decree no. 209/2024. The purpose of this article is to highlight the emerging trends and draw attention to the role of contracting authorities, given the lack of interest shown by the legislator on this issue.

PAROLE CHIAVE: Costi della manodopera, d.lgs. n. 36/2023, ribasso diretto o indiretto, tutela dei lavoratori, verifica di congruità.

KEYWORDS: Labor costs, Legislative Decree no. 36/2023, direct or indirect discounting, worker protection, adequacy assessment.

INDICE: 1. Il costo della manodopera nel d.lgs. n. 50/2016 e nel d.lgs. n. 36/2023 - 2. Le posizioni del MIT e dell'ANAC - 3. Pronunce giurisprudenziali ed orientamenti contrastanti - 4. Un'analisi comparativa - 5. Un falso problema? - 6. Prospettive future e riflessioni conclusive.

1. Il costo della manodopera nel d.lgs. n. 50/2016 e nel d.lgs. n. 36/2023

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici[1] ha modificato (anche) la disciplina della determinazione dei costi della manodopera[2] da parte della stazione appaltante, degli obblighi di dichiarazione imposti agli operatori economici e della "ribassabilità" di tale voce di costo nell'offerta rispetto all'importo definito dalla stazione appaltante[3].

Già il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, infatti, disciplinava questi profili per la predisposizione della documentazione di gara da parte della stazione appaltante (art. 23, co. 16), per la presentazione dell'offerta da parte dell'operatore economico (art. 95, co. 10, e 97, co. 5, lettera d) e nell'esecuzione del contratto (art. 30, co. 4).

In particolare, l'ultimo periodo del comma 16 dell'art. 23[4], a differenza del precedente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, disponeva che «*Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di*

1 Il 31 marzo 2023 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 31 marzo 2023, n. 36), che è entrato in vigore il 1° aprile 2023; tuttavia, ai sensi dell'art. 229, tale decreto legislativo è diventato operativo solo a partire dal 1° luglio 2023, salvo alcuni istituti che hanno acquistato efficacia dal 1 gennaio 2024.

2 Per "costo della manodopera" si intende quel complesso di oneri economici sostenuti dall'operatore economico per il personale impiegato nell'esecuzione del contratto, comprendente non solo le retribuzioni lorde spettanti ai lavoratori, ma anche tutti gli ulteriori obblighi contributivi, previdenziali e assicurativi previsti dalla normativa vigente e dai contratti collettivi applicabili. Esso rappresenta, insieme agli altri oneri previsti dalla legge, dalla tipologia e specificità dell'appalto, una componente essenziale per la determinazione dell'importo complessivo posto a base di gara.

3 V. S. USAI, *Il responsabile unico del progetto (RUP) nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2024, pag. 152.

4Introdotto dal c.d. Correttivo d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso»[5].

Il comma 10 dell'art. 95 stabiliva, poi, che «*Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, co. 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, co. 5, lettera d)*[6]».

---

5 Tale disposizione ha innovato quanto disciplinato col precedente d.lgs. n. 163/2006 che, con previsione che dai più è stata ritenuta di impossibile applicazione, all'art. 82, co. 3-*bis*, stabiliva, per gli affidamenti al massimo ribasso, anche il c.d. scorporo del costo del personale. Sul punto, v. D. ILARIA e I. MARRONE, *Artt. 94-99*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed., G. Giappichelli, Torino, 2019, pag. 722. In particolare, l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP, oggi ANAC), nel documento di consultazione recante "Prime indicazioni sui bandi tipo" in data 29 settembre 2011, segnalò due principali distorsioni derivanti da questa impostazione: da un lato, che il confronto competitivo si sarebbe limitato a una parte ridotta dei costi, premiando solo chi aveva maggiore produttività, e dall'altro lato, che sarebbero state penalizzate le imprese innovative, che ottimizzavano il lavoro umano tramite riorganizzazione o tecnologie, impedendo loro di riflettere questi vantaggi nei ribassi. Di conseguenza, la norma fu abrogata nel 2011, ma poi riproposta nel 2013 (art. 82, co. 3-*bis*), con gli stessi problemi interpretativi. Con segnalazione n. 2 del 19 marzo 2014, l'AVCP ribadì le criticità, e la giurisprudenza di primo e secondo grado si schierò contro un'interpretazione rigida che escludesse qualsiasi ribasso sul costo della manodopera, ritenendola irragionevole e contraria al principio di libera concorrenza, specie negli appalti ad alta intensità di manodopera. Per un maggiore approfondimento, v. L. CAMERIERO, *Criticità e prospettive sul ribasso dei costi della manodopera nel nuovo codice appalti – nota a sent. TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 8 febbraio 2024, n. 119*, in A. MASSARI (a cura di), *Appalti&Contratti – Rivista mensile di approfondimento sulla contrattualistica pubblica n. 3,* Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2024, pag. 2171.

6 L'ultima parte dell'art. 95, co. 10, del d.lgs. n. 50/2016, risultava ambigua e ha dato luogo a tre principali interpretazioni circa l'estensione e le modalità della verifica di congruità del costo della manodopera indicato nelle offerte. Una prima lettura, più restrittiva, sosteneva che tale verifica dovesse avvenire solo per le offerte da assoggettare alla verifica di anomalia, a norma dell'art. 97 del medesimo Codice. Una seconda interpretazione, intermedia, prevedeva che la verifica dovesse comunque essere effettuata per l'offerta migliore, anche se non assoggettabile alla verifica d'anomala, prima dell'aggiudicazione, sulla base dei parametri sostanziali previsti dall'art. 97. La terza, di portata più ampia, riteneva che la stazione appaltante dovesse verificare i costi della manodopera indicati da tutti i concorrenti, in quanto l'obbligo dichiarativo era generalizzato e la violazione dei minimi salariali poteva comportare l'esclusione dalla gara ai sensi del successivo art. 80, co. 5, lett. a). Quest'ultima interpretazione rafforzava il controllo sostanziale sul rispetto

L'art. 97, co. 5, lettera d), ancora, prevedeva che «*La stazione appaltante [...] esclude l'offerta solo [...] se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: [...] d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, co. 16*».

Infine, ai sensi dell'art. 30, co. 4, «*Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente*».

Pertanto, era già previsto che la quantificazione dei costi della manodopera dovesse essere compiuta sia dalla stazione appaltante in fase di progettazione della gara, per determinare l'importo complessivo a base d'asta, sia dall'operatore economico partecipante alla procedura, che doveva dichiarare nell'offerta i propri costi della manodopera. Inoltre, era evidente che solamente i costi della sicurezza[7]

delle normative lavoristiche e contrattuali, ponendolo come condizione necessaria per la legittima partecipazione alla procedura di gara. In tal senso, D. ILARIA e I. MARRONE, in M. CLARICH (a cura di), 2019, *op. cit*., pag. 724.

7 Nel contesto delle gare d'appalto, si possono distinguere due diverse categorie di oneri di sicurezza. Da un lato ci sono quelli legati ai rischi propri dell'appaltatore, cioè i costi che l'operatore economico sostiene per garantire la sicurezza dei propri lavoratori nello svolgimento dell'attività, a prescindere dal fatto che ci siano o meno interferenze con altri soggetti. Rientrano in questa categoria, ad esempio, le spese per i dispositivi di protezione individuale, la formazione in materia di sicurezza, le visite mediche e le misure operative legate alle specifiche prestazioni previste dal contratto. Si tratta di costi che ogni impresa gestisce autonomamente, e che variano in base all'organizzazione interna e al tipo di offerta presentata. Dall'altro lato ci sono gli oneri di sicurezza derivanti da interferenze, cioè quei rischi che nascono quando più soggetti si trovano a operare nello stesso ambiente, come nel caso della presenza simultanea di appaltatori, committente o altri terzi. In questi casi, la normativa è chiara: è la stazione appaltante a dover valutare questi rischi e indicarne i costi nel bando di gara, attraverso il Documento Unico di Valutazione dei Rischi da Interferenze (DUVRI). Questo documento serve a prevenire i rischi derivanti dalle sovrapposizioni operative e a garantire il coordinamento tra le misure di sicurezza dei vari soggetti coinvolti. I relativi costi devono essere chiaramente specificati e non possono essere soggetti a ribasso d'asta, il che significa che l'offerta economica presentata dai partecipanti dovrà tenerne conto come voce separata e intoccabile. A tal riguardo, v. D. ILARIA e I. MARRONE, *art. 108*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti*

dovessero essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso d'asta, fermo restando l'eventuale controllo dell'anomalia dei costi del personale, prima dell'aggiudicazione, qualora inferiori ai minimi salariali retributivi[8].

Tuttavia, l'assenza di un'espressa previsione della sanzione dell'esclusione per l'omessa dichiarazione dei costi della manodopera aveva generato dibattito[9]. Secondo la giurisprudenza prevalente[10], l'obbligo di dichiarare il costo del personale, previsto dall'art. 95, co. 10, del d.lgs. n. 50/2016 era inderogabile. Tale dichiarazione era considerata elemento essenziale dell'offerta, e la sua mancanza

---

pubblici, III ed., Giappichelli, Torino, 2025, pag. 1030.

8 Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 il meccanismo dello scorporo dei costi del personale, così come contemplato dal d.lgs. n. 163/2006, è stato abbandonato. Nella versione originaria del d.lgs. n. 50/2016, l'art. 95, co. 10, si limitava a prescrivere che l'operatore economico dovesse indicare nell'offerta solo i propri oneri aziendali riferiti alla sicurezza sul lavoro. La verifica della congruità del costo del lavoro veniva pertanto demandata alla fase eventuale di controllo dell'anomalia dell'offerta, ai sensi dell'art. 97, co. 5, lett. d), che considerava anomale le proposte economiche i cui costi del lavoro risultassero inferiori ai minimi tabellari. In sede di revisione del d.lgs. n. 50/2016 (c.d. "correttivo"), il Governo aveva inizialmente ipotizzato di reintrodurre lo scorporo del costo del lavoro (oltre che dei costi per la sicurezza) tramite una modifica all'art. 23, co. 16. Tuttavia, il Consiglio di Stato, nel parere n. 782 del 22 marzo 2017, ha espresso una netta opposizione a tale proposta, sottolineando come la mancata reintroduzione dello scorporo nella prima versione del Codice fosse giustificata da motivazioni di ordine sistemico. In particolare, venivano evidenziati quattro aspetti fondamentali: la tendenziale obsolescenza del criterio del prezzo più basso per l'affidamento dei lavori; l'impossibilità di applicare tale criterio per le lavorazioni ad alta intensità di manodopera; la già vigente obbligatorietà del rispetto dei contratti collettivi nazionali prevista dall'art. 23, co. 16; e, infine, la previsione dell'art. 97, co. 5, lett. d), che già tutela la congruità dei costi del lavoro. Accogliendo le osservazioni del Consiglio di Stato, la versione definitiva del decreto correttivo ha eliminato ogni riferimento allo scorporo del costo del lavoro. Tuttavia, ha introdotto una significativa novità: l'obbligo, per gli operatori economici, di indicare nell'offerta economica i propri costi della manodopera (art. 95, co. 10). Tale obbligo, concepito con finalità di trasparenza e controllo, ha consentito alle stazioni appaltanti di verificarne la congruità in relazione ai minimi salariali determinati con appositi decreti ministeriali, fondati sui valori definiti dalla contrattazione collettiva nazionale, nonché sulle norme previdenziali e assistenziali applicabili nei diversi settori e territori. Tuttavia, erano previste tre eccezioni all'obbligo di indicazione dei costi della manodopera: le forniture prive di posa in opera, i servizi di natura intellettuale e gli appalti di modesto valore (fino a 40.000 euro), affidati ai sensi dell'art. 36, co. 2, lett. a). Tali esclusioni rispondevano alla necessità di mantenere proporzionato il livello di oneri amministrativi rispetto all'entità dell'appalto o alla tipologia della prestazione. Così, D. ILARIA e I. MARRONE, in M. CLARICH (a cura di), 2019, *op. cit.,* pagg. 722-723.

9 Vi erano due orientamenti: uno più formale e teso a tutelare la *par condicio* tra gli operatori economici, nel senso dell'automatica esclusione del concorrente che non abbia indicato espressamente tali costi; ed uno pro-concorrenziale, ritenente l'ammissibilità del soccorso

non era sanabile, nemmeno con il soccorso istruttorio.

L'ANAC, invece, aveva affrontato il tema dell'omessa dichiarazione dei costi della manodopera, distinguendo tra irregolarità formale e irregolarità sostanziale dell'offerta economica. In particolare, l'irregolarità formale si verificava quando l'operatore economico aveva considerato i costi obbligatori senza, tuttavia, indicarli correttamente o separatamente; in tal caso, l'Autorità riteneva ammissibile il soccorso istruttorio per specificare il costo della manodopera, poiché lo stesso non avrebbe alterato la sostanza dell'offerta. Di contro, l'irregolarità sostanziale si verificava quando tali costi non erano stati affatto considerati; di conseguenza, l'integrazione successiva avrebbe configurato un soccorso istruttorio integrativo, da ritenersi vietato in quanto avrebbe alterato la parità di trattamento e la concorrenza[11].

Oggi, l'art. 41, co. 14, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 da una parte, reitera l'obbligo per la stazione appaltante di determinare il prezzo a base di gara nei contratti di lavori e servizi sulla base del costo della manodopera e di esplicitare tale costo nei documenti di gara («*Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13*» [12]). Al contempo, in base al medesimo comma 14 dell'art. 41, «*I costi della*

istruttorio nell'ottica di garantire la verifica, in concreto, della completezza dell'offerta economica.

10 Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 6 febbraio 2018, n. 332 e TAR Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 86; Corte di Giustizia U.E., Sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18 Consiglio di Stato: Sez. V, 4 ottobre 2019, n. 6688; Sez. V, 6 settembre 2022, n. 7743; e Sez. V, 8 aprile 2021, n. 2189.

11 Cfr. delibere ANAC del 2 maggio 2018, nn. 417 e 420.

12 Il nuovo codice ribadisce che la stazione appaltante deve determinare l'importo a base d'asta tenendo conto tra i diversi fattori, quali la natura dell'appalto, le condizioni di mercato o il costo dei materiali secondo eventuali listini di riferimento, anche della stima del costo della manodopera necessaria per eseguire l'appalto, i quali, in linea con il precedente art. 23 del d.lgs. n, 50/2016, vengono calcolati in base alle tabelle aggiornate annualmente dal Ministero del lavoro, sulla scorta dei valori economici stabiliti nei contratti collettivi nazionali di riferimento o, se non disponibili, in quelli del settore merceologico più affine.

Sul punto, si rileva una differenza rispetto alla normativa precedente (art. 23, co. 16, del d.lgs. n. 50/2016), in quanto, in "*mancanza di un contratto collettivo applicabile*", il costo veniva calcolato "*in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione*" (enfasi aggiunta). Attualmente, invece, (art. 41, co. 13, del d.lgs. n. 36/2023) si fa riferimento alla determinazione del costo del lavoro "*in relazione al contrato collettivo del settore*

manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale». Tale norma fa riferimento a due concetti distinti e non sovrapponibili: da un lato, l'importo posto a base di gara, che deve includere anche il c.d. costo della manodopera e, dall'altro, l'importo assoggettato a ribasso, dal quale invece i costi del personale devono essere esclusi[13].

In altre parole, diversamente dalla precedente disciplina del d.lgs. n. 50/2016[14] e in conformità a quanto stabilito dalla legge delega[15], viene espressamente previsto che non solo i costi della sicurezza, ma anche i costi della manodopera devono essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso[16]. Resta, tuttavia, salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo derivi da una più efficiente organizzazione aziendale.

Queste disposizioni paiono in parte contraddittorie.

Da un lato, stando alla sola prima parte dell'art. 41, co. 14, del d.lgs. n. 36/2023, l'importo complessivo posto a base di gara comprende tutti i costi, ma l'ammontare su cui può essere applicato il ribasso non includerebbe quelli relativi alla manodopera (oltre che quelli relativi alla sicurezza), limitando in modo significativo la parte di prezzo su cui gli operatori economici possono formulare il loro

merceologico più affine a quello preso in considerazione" (enfasi aggiunta). È probabile che si tratti di una modifica meramente terminologica.

In tali termini, S. VILLAMENA, *art. 41*, in R. VILLATA e M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, I ed., Pacini, Pisa, 2024, pag. 211.

13 Cfr. T.A.R Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 8 febbraio 2024, n. 119.

14 Un ulteriore elemento innovativo rispetto alla normativa precedente riguarda il metodo di calcolo dei costi del lavoro nel settore dei lavori pubblici: qui, il costo di materiali, attrezzature e lavorazioni viene stabilito sulla base dei prezzi correnti riportati nei prezzari regionali in vigore alla data di approvazione del progetto. Questi prezzari, eventualmente sostituibili da altri adottati dalla stazione appaltante, sono elaborati secondo criteri specificati nell'allegato I.14 del d.lgs. n. 36/2023.

15 La disposizione costituisce attuazione del criterio contenuto nella lettera t) dell'art. 1, co. 1, della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, a tenore del quale le stazioni appaltanti devono prevedere "in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati al ribasso".

16 In questi termini, L. SALVEMINI, *Art. 41*, in M.A. CABIDDU, et al. (a cura di), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici. Commentario ragionato D.lgs. n. 36/2023*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2023, pag. 138.

ribasso[17].

Tuttavia, delle ragioni di questa significativa novità non v'è traccia nella relazione di accompagnamento allo schema del nuovo codice. Probabilmente la *ratio* di questa norma è quella garantire una piena ed effettiva tutela dei lavoratori assicurando al contempo una competizione leale tra gli operatori economici, prevenendo pratiche di ribasso eccessivo a scapito della qualità del lavoro e della sicurezza.

Del resto, questa *ratio* giustifica anche altre norme del d.lgs. n. 36/2023, come l'obbligo stabilito dall'art. 11, secondo cui le stazioni appaltanti devono indicare, nei bandi e negli inviti, il contratto collettivo nazionale applicabile al personale impiegato nell'appalto (obbligo che si estende anche agli affidamenti diretti[18], ad eccezione delle forniture senza posa in opera e dei servizi di tipo intellettuale[19]).

Di conseguenza, la stazione appaltante è chiamata a stimare in modo accurato i costi della manodopera, così da definire una base d'asta che consenta agli operatori economici di formulare offerte sostenibili, in grado di assicurare sia il ri-

17 Questo aspetto risulta particolarmente rilevante negli appalti di servizi. Infatti, mentre negli appalti di lavori il peso del costo del lavoro è generalmente inferiore rispetto a quello dei materiali e delle attrezzature (soprattutto quando sono coinvolti impianti tecnologici di elevato valore), negli appalti di servizi la manodopera rappresenta la componente predominante dei costi, a fronte di una minore incidenza delle attrezzature. Di conseguenza, nei servizi, il margine di ribasso si concentra quasi esclusivamente sulle spese generali e sull'utile d'impresa. Sul punto, v. A.F. MINICHIELLO, *art. 41*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato – d,lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, I ed., Wolters Kluwer, 2023, pag. 271.

18 V. S. BIANCARDI, in *Giuda rapida per gli affidamenti diretti di servizi e forniture dopo il Decreto correttivo (D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209)*, II ed., Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2025, pag. 55. Cfr. in tal senso i pareri del MIT del 26 febbraio 2024, nn. 2301, 2338 e 2398, ma anche TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 17 giugno 2024, n. 958.

19 «*Per servizi di natura intellettuale si intendono quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse. ..va esclusa la natura intellettuale del servizio avente ad oggetto l'esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l'elaborazione di soluzioni personalizzate, diverse, caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma l'esecuzione di meri compiti standardizzati*». In questi termini, V. S. BIANCARDI, in *Giuda rapida per le procedure negoziate sotto soglia negli appalti di servizi e forniture dopo il Decreto correttivo (D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209)*, II ed., Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2025, pag. 55. Cfr. anche Cons. Stato, Sez III, 19 marzo 2020. n. 1974.

spetto delle retribuzioni minime sia un margine di utile per l'impresa.

Si tratta, però, di una stima con un margine di variabilità inevitabile: è un costo medio[20], riferito a un'organizzazione aziendale "*standard*", e non ad una specifica impresa, le cui modalità operative non sono note alla stazione appaltante in fase di predisposizione della gara.

Proprio perché la stima dei costi della manodopera della stazione appaltante riposa su un valore medio, può accadere che un concorrente abbia costi inferiori rispetto a quelli stimati nella documentazione di gara[21]. E tale evenienza è espressamente contemplata dal d.lgs. n. 36/2023: in tal senso, l'art. 41 consente all'operatore economico di dimostrare che un'offerta più bassa derivi da una maggiore efficienza organizzativa, a tutela della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 della Costituzione[22]. In altre parole, la sua offerta sarà sottoposta a una verifica di congruità, simile a quella prevista per le offerte anomale[23]. Questa fa-

---

20 Sul punto, cfr. il comma 13 dell'art. 41 del d.lgs. n. 36/2023.

21 In merito alla questione, secondo un orientamento condivisibile, il costo del lavoro va considerato come un elemento puntuale che non può essere analizzato isolatamente, ma solo all'interno del contesto organizzativo dell'azienda di riferimento. Questo vale soprattutto per le imprese di grandi dimensioni, che sono in grado di compensare eventuali costi del lavoro più elevati con offerte più competitive in termini di qualità e con soluzioni organizzative più efficienti. In quest'ottica, per interpretare correttamente le problematiche in esame, è utile distinguere tra il costo reale, che il datore di lavoro deve effettivamente pagare per ciascun lavoratore, a prescindere dal numero di ore lavorate, e il costo della singola commessa, che, per diverse ragioni, può risultare inferiore alla somma dei costi reali dei singoli lavoratori. Questo accade perché l'impresa, grazie alla propria organizzazione, può ottenere economie di scala che le permettono di proporre un costo del lavoro inferiore rispetto ad altri operatori, anche a parità di ore lavorate. È quindi normale che il costo del lavoro non sia uguale per tutte le imprese partecipanti alla stessa gara. In tal senso, L. CAMERIERO, in A. MASSARI (a cura di), *op. cit.*, pag. 2173.

22 Così A. VERDE, *I costi della manodopera nel nuovo Codice dei contratti. Difficoltà interpretative e questioni aperte sulla loro non ribassabilità*, in MediAppalti, 10 maggio 2024.

23 Difatti, quando l'offerta è anormalmente bassa, la stazione appaltante chiede all'operatore economico un chiarimento sul prezzo offerto o sui costi prospettati, da rendere entro quindici giorni. L'offerta si ritiene giustificata quando l'operatore economico dimostri «*in modo persuasivo*» l'economia del processo di fabbricazione o del metodo di costruzione, le soluzioni tecniche prescelte, le condizioni eccezionalmente favorevoli che l'offerente può vantare (per es. abbondanza di scorte di materiali da impiegare), l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti. La stazione appaltante esclude l'offerta qualora ritenga inadeguata tale giustificazione. In questi termini, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuppichelli, XI ed., 2023, pag. 453.

coltà, però, contraddice la non ribassabilità del costo della manodopera posto a base di gara. Infatti, se tale voce di costo non fosse ribassabile, l'operatore economico non dovrebbe mai essere soggetto a verifica di congruità dell'offerta per un costo del personale inferiore rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante: il costo della manodopera inferiore dovrebbe comportare l'esclusione dell'offerta.

D'altro canto, l'art. 108, co. 9, ha messo fine al dibattito relativo alle conseguenze dell'omessa indicazione dei costi *de quibus*, prevedendo espressamente l'esclusione.

Difatti, l'art. 108, co. 9, del d.lgs. n. 36/2023, a differenza dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, specifica che l'operatore economico deve indicare nell'offerta economica i propri costi della manodopera "a pena di esclusione"[24]. Tuttavia, in giurisprudenza si è posta la questione interpretativa riguardante l'obbligo di indicare i costi del personale anche in assenza di espressa previsione nel bando di gara, nonché la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio in caso di omessa indicazione, problematica che si colloca nel più ampio tema della ammissibilità della eterointegrazione dei bandi di gara[25]. A riguardo si ritiene sufficiente richiamare il condiviso orientamento della giurisprudenza, recepito anche dall'ANAC[26], secondo cui l'omessa indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza aziendale nell'offerta economica può essere sanata tramite soccorso istruttorio solo in casi eccezionali[27], come quando il modello predisposto dalla Stazione appaltante

24 Inoltre, a differenza dell'art. 95, co. 10, del d.lgs. n. 50/2016, non è più prevista una verifica di congruità generalizzata, di tali costi, prima dell'aggiudicazione, quale condizione necessaria e propedeutica alla medesima. Col parere n. 2993 del 6 dicembre 2024, il Servizio Supporto Giuridico del MIT ha infatti chiarito che se l'operatore economico applica il medesimo CCNL e gli stessi costi della manodopera indicati dalla stazione appaltante, non è richiesta alcuna verifica in quanto superflua, salvo che l'offerta tecnica preveda varianti o migliorie che comportino un maggiore impiego di manodopera.

25 In questi termini, D. ILARIA e I. MARRONE, in M. CLARICH (a cura di), 2025, *cit.*, pag. 1030.

26 Cfr. Parere di precontenzioso 19 febbraio 2025, n. 50.

27 Difatti, il TAR Catania, con la sentenza n. 1071/2024, ha rilevato che, in caso di mancato adempimento di tale obbligo dichiarativo, l'esclusione automatica dalla procedura di gara viene meno quando sussista una vera e propria impossibilità oggettiva nel fornire tali indicazioni. In altre parole, il soccorso istruttorio non può essere attivato in presenza di semplici difficoltà operative, ma solo quando vi è una reale impossibilità materiale di adempiere, ad esempio quando la piattaforma di approvvigionamento digitale utilizzata per la gara non consente in modo

non prevede l'inserimento di tali costi e la *lex specialis* non ne richieda espressamente l'indicazione, generando un legittimo dubbio nei concorrenti[28].

L'obiettivo è duplice: da un lato, permettere alla stazione appaltante di valutare la sostenibilità economica dell'offerta; dall'altro, assicurare il rispetto dei minimi salariali previsti dai contratti collettivi, prevenendo situazioni di sfruttamento o lavoro irregolare[29].

Laddove obbliga il concorrente a dichiarare il proprio costo della manodopera, l'art. 108, co. 9, d.lgs. n. 36/2023[30] impone al concorrente di indicare il co-

---

evidente l'inserimento delle informazioni richieste, o quando le stesse FAQ fornite dalla stazione appaltante hanno indotto in errore i partecipanti. In simili circostanze, infatti, in forza dei principi di certezza del diritto, trasparenza e proporzionalità, deve ritenersi consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante attivazione del potere di soccorso istruttorio. Sul punto, D. IMMORDINO, *Omessa dichiarazione dei costi della manodopera o della sicurezza: soccorso istruttorio solo per l'impossibilità oggettiva – nota a sent. TAR Sicilia, Catania, sez. I, 18.3.2024 n. 1071*, in A. MASSARI (a cura di), *Appalti&Contratti – Rivista mensile di approfondimento sulla contrattualistica pubblica n. 4*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2024, pag. 36 e ss.

28 Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 16 febbraio 2024, n. 244, che ha sottolineato che laddove la modulistica predisposta dalla Stazione Appaltante non contenga un apposito spazio per l'indicazione, da parte del concorrente, dei costi della manodopera e della sicurezza, non può essere disposta l'esclusione dell'operatore economico che non abbia ottemperato a tali obblighi dichiarativi, dovendo invece la Stazione Appaltante disporre il soccorso istruttorio. Non può assumere rilievo in senso contrario la circostanza che il modulo sia modificabile, poiché il concorrente incorrerebbe nell'alterarlo nel rischio di esclusione.

29 Sul punto, la relazione illustrativa del Consiglio di Stato si limita ad osservare che «*è stato espressamente inserito 'inciso "a pena di esclusione" per dare maggiore certezza agli operatori giuridici derivanti dalla citata omissione dichiarativa*», dando atto che tale indicazione era già «*presente anche nel decreto legislativo n. 50 del 2016 ed è ormai oggetto di un consolidato orientamento giurisprudenziale diretto a descrivere l'omissione in questione quale causa di esclusione*». Per un maggiore approfondimento, si veda la relazione illustrativa di accompagnamento allo schema del nuovo Codice.

30 Tuttavia, come rilevato dal TAR Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, sent. n. 18510 del 9 dicembre 2023, l'art. 108 del nuovo Codice non definisce i costi della manodopera, lasciando così spazio a due possibili interpretazioni: una più ampia, che includerebbe tutte le voci di costo legate al personale, e una più restrittiva, che considera solo le retribuzioni dei dipendenti direttamente impiegati nella commessa, escludendo il personale di supporto. Di conseguenza, la giurisprudenza ha distinto tra: a) costi diretti della manodopera: relativi ai dipendenti impiegati direttamente nell'esecuzione della commessa, che sono soggetti all'obbligo dichiarativo ai sensi dell'art. 108, co. 9 (sul punto, si veda la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 19 maggio 2025, n. 4250); b) costi indiretti della manodopera: riferiti a personale di supporto o a servizi esterni, non soggetti all'obbligo dichiarativo. Questa distinzione mira a evitare manovre speculative sui salari del personale effettivamente impiegato, garantendo così il principio dell'equa retribuzione (v. S. BIANCARDI, in *Giuda rapida per le procedure negoziate sotto soglia negli*

sto che rifletta le reali condizioni aziendali, considerando il numero di ore previste, le professionalità impiegate, eventuali miglioramenti proposti e ogni altro fattore rilevante. Ciò implica che il costo dichiarato dall'operatore economico differisca dalla stima della stazione appaltante (basata su dati medi), fermo il limite dei minimi retributivi del CCNL di riferimento, pena l'esclusione per incongruità dell'offerta[31].

In sintesi, ad una prima lettura di queste disposizioni, l'art. 41, co. 14, sembra presentare problemi di coordinamento con quanto previsto dal successivo art. 108, co. 9, in quanto, per l'operatore economico, l'obbligo di indicare il costo della manodopera a pena di esclusione nella propria offerta, dovendo essere scorporato dalla base d'asta e non essendo assoggettabile a ribasso, risulta di non immediata comprensione[32], facendo emergere una possibile contraddizione: l'obbligo della stazione appaltante di indicare i costi della manodopera in maniera distinta dal prezzo ribassabile si presta ad essere interpretato nel senso che all'operatore sia vietato applicare il ribasso sui costi della manodopera (analogamente a quanto previsto per i costi per la sicurezza); tuttavia, viene fatto salvo che il concorrente giustifichi un diverso costo della manodopera[33], laddove dimostri una più efficiente organizzazione aziendale[34] (costo della manodopera che l'operatore economico è tenuto a dichiarare separatamente a pena di esclusione). Sicché la norma sembrerebbe ammettere, allo stesso tempo, l'invariabilità dei costi del personale e l'apertura a una giustificazione della loro ribassabilità, basata sull'efficien-

---

appalti di servizi e forniture dopo il Decreto correttivo (D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209), cit., pag. 52). Pertanto, il costo della manodopera da dichiarare in sede di offerta non include i costi relativi al direttore del servizio, al personale impiegato in modo occasionale e non prevedibile nonché le figure che svolgono attività ripetitive su più appalti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786 e Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2023, n. 782).

31 D'altro canto, qualora l'operatore economico benefici di specifiche agevolazioni (ad esempio di tipo contributivo), la Stazione appaltante sarebbe comunque tenuta a riconoscergli l'intero importo previsto per il costo della manodopera. In tal caso, il concorrente, una volta aggiudicatario, otterrebbe un "vantaggio economico non giustificato", derivante dalla differenza tra il costo della manodopera stimato in fase progettuale e quello effettivamente sostenuto.

32 Così, A.F. MINICHIELLO, in L. R. PERFETTI (a cura di), *op. cit.*, pag. 271.

33 In questi termini, S. USAI, *op. cit.*, pag. 152.

34 Sul punto v. Relazione ANAC al bando tipo n. 1/2023.

za organizzativa[35].

Ciò ha generato tra operatori economici e stazioni appaltanti un acceso dibattito interpretativo che, prima il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e l'ANAC, e poi la giurisprudenza, sono stati chiamati a dirimere, giungendo però a soluzioni oscillanti.

In questo quadro, il presente contributo si propone di affrontare il problema interpretativo di queste disposizioni, per determinare se ed eventualmente come i costi della manodopera possano essere assoggettati a ribasso in gara, laddove il concorrente abbia legittime efficienze sotto questo profilo. Si tratta, in definitiva, di valutare se sia ancora opportuno, e con quali modalità, aderire a quell'orientamento secondo cui i costi della manodopera, nella vigenza del d.lgs. n. 36/2023, debbano essere sistematicamente e materialmente scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, analogamente a quanto pacificamente avviene per i costi della sicurezza, oppure se non sia invece più coerente, alla luce dei principi della fiducia e del risultato espressamente recepiti dal legislatore, nonché in un'ottica maggiormente attenta al dettato costituzionale, promuovere una lettura della norma più flessibile, semplificata e meno escludente[36].

2. Le posizioni del MIT e dell'ANAC

Il primo a cimentarsi nello sciogliere il nodo della ribassabilità del costo della manodopera è stato il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che, con il parere del suo ufficio di supporto legale n. 2154 del 19 luglio 2023[37], nel rin-

35 Ai sensi dell'art. 110, co. 4, del Codice, in tale sede non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge e agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente. L'operatore economico, quindi, potrà giustificare l'offerta di un costo del personale inferiore rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante adducendo come motivazione una migliore organizzazione del lavoro o la possibilità di beneficiare di sgravi fiscali o contributivi.

36 V. L. CAMERIERO, in A. MASSARI (a cura di), *op. cit.,* pag. 2170.

37 Col parere del 19 luglio 2023, n. 2154, infatti, il Ministero ha tentato di dare risposta ai quesiti formulati proprio sulle modalità applicative della disposizione in esame. In particolare, era stato richiesto se l'offerta economica dovesse essere costituita solamente dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera e se il costo della manodopera <<*laddove invece ribassato, ovvero indicato dall'operatore economico in misura inferiore all'importo indicato dalla stazione appaltante negli atti di gara, in virtù di una più efficiente organizzazione sindacale, debba considerarsi un importo che si aggiunge all'importo dell'offerta economica come sopra considerata ed oggetto solo di valutazione ai fini della congruità dell'offerta medesima*>>.

viare alle indicazioni interpretative ed applicative di cui al punto 17 del bando tipo ANAC n. 1/2023[38] relativo alle procedure aperte per l'affidamento di servizi e forniture sopra soglia nei settori ordinari, ha chiarito che «*l'offerta economica non va costituita solamente dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera, ma deve includerlo al suo interno; quest'ultimo non può essere considerato un importo aggiuntivo ma fa già parte dell'offerta ed è soggetto a verifica*».

Nel bando tipo, infatti, non è sancito il divieto di ribassare i costi del personale, ma semplicemente l'obbligo di verificare la congruità dei costi presentati ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 36/2023. Invero, nella relazione del bando tipo è specificato che gli operatori economici potrebbero essere chiamati a giustificare l'eventuale ribasso offerto sui predetti costi in sede di verifica dell'anomalia e che le relative giustificazioni potrebbero riguardare anche l'applicazione di un contratto collettivo nazionale diverso rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante. *Ergo*, è una verifica immediata e precedente all'aggiudicazione.

Nello stesso senso si è, poi, espresso nuovamente il MIT col successivo parere n. 2280 dell'8 settembre 2023, ritenendo che i costi della manodopera fossero ribassabili direttamente, ma che questo ribasso rende di per sé potenzialmente anomala l'offerta e, quindi, obbliga la stazione appaltante a verificarne la congruità e l'operatore economico a giustificare che il ribasso complessivo sia imputabile ad una migliore organizzazione produttiva o a benefici di sgravi fiscali o contributivi, come dispone la relazione che accompagna il menzionato bando tipo[39].

Successivamente, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, con la Delibera n. 528 del 15 novembre 2023, ha reso un parere precontenzioso "*in ordine alle corrette modalità di calcolo dell'importo del contratto*".

L'ANAC, ha affermato che «*nonostante la formulazione letterale della prima parte dell'art. 41, co. 14, del d.lgs. 36/2023 induca a ritenere che i costi della manodopera siano scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, la lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle diverse disposizioni del Codice in materia di costi della manodopera, ed in particolare dello stesso art. 41, co. 14, seconda parte, e degli artt. 108, co. 9 e 10, induce a ritenere che il costo della manodopera conti-*

38 Cfr. delibera ANAC del 27 giugno 2023, n. 309 – Bando tipo n. 1.
39 Così S. USAI, *op. cit.*, pagg. 153-154.

nui a costituire una componente dell'importo posto a base di gara».

L'Autorità, quindi, ha sposato apertamente l'interpretazione sistematica, precisando che detto sodalizio «*consente un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera - che costituisce la ratio della previsione dello scorporo dei costi della manodopera, evincibile dal criterio contenuto della lett. t) dell'art. 1, co. 1, della legge delega (L. n. 78/2022) - con la libertà di iniziativa economica*».

A supporto di tale orientamento, l'ANAC ha richiamato il parere del MIT n. 2154/2023 e una precedente pronuncia del Consiglio di Stato[40] che chiariva che la stazione appaltante non può impedire il ribasso su tali oneri, affermando che «*la clausola della lex specialis che imponga il divieto di ribasso sui costi di manodopera, sarebbe in flagrante contrasto* [..] *con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche*" e che *"Il divieto indiscriminato di ribasso sulla manodopera avrebbe i seguenti effetti: a) la standardizzazione dei costi vero l'alto; b) la sostanziale imposizione del ccnl individuato dalla stazione appaltante al fine di determinare l'importo stimato dell'appalto; c) la sostanziale inutilità dell'art. 97 comma 6 sopra citato e cioè l'obbligo per gli operatori economici del rispetto degli oneri inderogabili; d) l'impossibilità, da parte della stazione appaltante, di vagliare l'effettiva congruità in concreto delle offerte presentate dai concorrenti*».

L'Autorità ha sciolto i già rilevati dubbi del bando tipo[41] sostenendo che «*l'art. 41, co. 14, del d.lgs. 36/2023, nella parte in cui stabilisce che i costi della manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, deve essere letto ed interpretato come volto a sancire l'obbligo della Stazione appaltante di quantificare ed indicare separatamente, negli atti di gara, i costi della manodopera che, tuttavia, continuano a far parte dell'importo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dall'operatore per definire l'importo contrattuale*».

---

40 Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2023 n. 5665.

41 Nella relazione al bando tipo n. 1/2023 la stessa Autorità ha specificato che non sono ammesse giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla normativa vigente (art. 110, co. 4, del Codice). L'operatore economico, quindi, ha la possibilità di giustificare l'offerta di un costo del personale inferiore rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante adducendo come motivazione una migliore organizzazione del lavoro o la possibilità di beneficiare di sgravi fiscali o contributivi.

L'ANAC, quindi, non ha parlato più di "riduzione"[42], come nella relazione al bando tipo, ma di vero e proprio "ribasso" applicabile anche alla componente manodopera, sostenendo, che tali costi debbano essere scorporati nel senso di "dichiarati esplicitamente" nel bando/lettera invito ma che debbano essere inclusi nell'importo da assoggettare a ribasso, e, qualora nell'offerta economica l'operatore economico dichiari costi della manodopera inferiori rispetto a quelli previsti dalla Stazione Appaltante, quest'ultima debba provvedere immediatamente alla verifica di congruità degli stessi.

Successivamente, il Supporto giuridico del Servizio Contratti Pubblici del MIT con il parere del 17 aprile 2024 n. 2505, nel richiamare la delibera ANAC, ha fornito un esempio pratico, affermando in modo chiaro e univoco che il ribasso da formulare in offerta debba includere anche l'importo della manodopera, e che la stazione appaltante sia comunque tenuta ad indicare, come parametro, quanti sono i costi stimati della medesima. L'impresa, a sua volta, deve esprimere il ribasso complessivo, indicando al contempo il proprio costo della manodopera rispetto al valore indicato nel bando. Solo nel caso in cui la stazione appaltante dovesse accertare una riduzione del costo offerto dall'operatore economico rispetto a quello indicato nel bando, ciò determinerebbe la verifica di congruità in capo all'offerente.

3. Pronunce giurisprudenziali ed orientamenti contrastanti

La giurisprudenza ha, invece, assunto posizioni meno univoche. Secondo una parte della giurisprudenza[43], la non ribassabilità dei costi della manodopera,

42 «*Eventuali riduzioni del costo della manodopera proposto dall'operatore nell'offerta saranno, poi, oggetto di verifica*», recita la relazione al bando tipo n. 1/2023, pag. 13.

43 Tra gli altri, TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 19 dicembre 2023, n. 3787. In particolare, in quel giudizio, la ricorrente contestava la legittimità degli atti di gara, sostenendo la violazione dell'art. 41, co. 14, del nuovo Codice dei contratti pubblici, secondo cui i costi relativi alla manodopera e alla sicurezza andassero esclusi dall'importo soggetto a ribasso. A suo avviso, invece, il bando avrebbe erroneamente richiesto un ribasso sull'intero importo, includendo anche i costi non ribassabili della manodopera. Il Tribunale, però, non ha accolto tale critica, ritenendo che la *lex specialis* di gara distinguesse chiaramente le varie voci di costo, indicando, da un lato, l'importo sul quale fosse possibile applicare un ribasso (il servizio di mensa scolastica, pari a € 37.112,60), e dall'altro lato, identificando separatamente i costi non soggetti a ribasso, ovvero la sicurezza (€ 1.000,00) e la manodopera (€ 223.566,85). Anche se il ribasso doveva essere espresso in percentuale sull'intero importo complessivo (€ 260.679,45), ciò non significava che i costi non

pur essendo sancita a livello normativo, non implicherebbe, per ciò solo, l'obbligo, per la stazione appaltante, di predisporre la *lex specialis* scorporando tali costi - seppur esposti separatamente negli atti di gara - dalla base d'asta su cui applicare un ribasso unico da parte dell'operatore economico, ammettendo il c.d. "ribasso diretto" (e cioè complessivo). Onde nulla sarebbe mutato rispetto a quanto stabilito nel precedente d.lgs. n. 50/2016.

Secondo un altro orientamento[44], l'obbligo di scorporo dei costi della manodopera dalla base d'asta soggetta a ribasso non deriva solo dalla formulazione

---

ribassabili venissero effettivamente ridotti. La struttura della gara è stata quindi ritenuta conforme alla normativa, poiché il Codice prevedeva che i costi della manodopera fossero sì esclusi dal ribasso, ma non vietava che questi venissero comunque inclusi nell'importo complessivo su cui si applicava la percentuale, a patto che l'operatore economico potesse dimostrare che il risparmio derivasse da una migliore organizzazione aziendale. L'operatore economico aveva commesso un errore nel calcolo del ribasso, applicandolo solo a una parte dell'importo (€ 37.112,60) invece che all'intera somma (€ 260.679,45). Questo errore, tuttavia, è stato prontamente chiarito in sede di riesame, rivelando la reale intenzione negoziale dell'offerente. Il TAR ha rilevato che l'amministrazione aveva omesso l'attivazione del soccorso procedimentale ex art. 101, co. 3, del nuovo Codice, per chiarire le evidenti incongruenze dell'offerta ledendo i principi di buona fede, affidamento e partecipazione. L'offerta economica avrebbe dovuto essere letta nel suo complesso e interpretata in modo da rispettare l'intenzione dell'operatore, specialmente in presenza di errori evidenti e non sostanziali. Il TAR ha, difatti, ritenuto che l'offerta riflettesse comunque la volontà di applicare il ribasso solo alla parte ribassabile dell'appalto e, così, ha annullato l'esclusione dell'operatore economico dalla gara, ordinando la riformulazione della graduatoria. L'importo dell'offerta corretta è stato ritenuto pari a € 224.709,58, dato dalla somma dei costi di manodopera (€ 205.299,70) e della parte ribassata (€ 19.409,88).

44 Cfr. TAR Lombardia, Milano, 11 novembre 2024, n. 3127, laddove la stazione appaltante aveva erroneamente ritenuto anomala l'offerta presentata dal ricorrente, ritenuta in perdita e perciò poco affidabile. In particolare, la stazione appaltante, nel verificare l'offerta economica dell'impresa ricorrente, aveva assunto come base d'asta il valore della commessa al netto dei soli costi di sicurezza, senza sottrarre anche i costi relativi alla manodopera. Al contrario, l'operatore economico aveva formulato la propria offerta economica operando il ribasso su un valore calcolato al netto dei costi di manodopera e sicurezza. Il TAR Lombardia ha condiviso le censure della parte ricorrente, rilevando l'erroneità della valutazione della stazione appaltante e ribadendo il carattere innovativo della disciplina di cui all'art. 41, co. 14, d.lgs. n. 36/2023 rispetto al codice previgente. Ad analoghe conclusioni giunge anche il TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 10 aprile 2025, n. 146. Nello specifico, quest'ultima controversia ha tratto origine da una procedura di affidamento in cui il valore complessivo dell'appalto ammontava a € 592.348,40, di cui € 42.502,00 quale importo a base d'asta soggetto a ribasso e € 549.846,40 quale valore della manodopera, espressamente escluso dal ribasso. Erano pervenute due offerte: una prima con un ribasso del 100% sull'unica parte ribassabile dell'importo, e una seconda con un ribasso del 17,5% sull'intero importo, senza distinguere le componenti economiche. In un primo momento, la

testuale dell'art. 41 del d.lgs. 36/2023, ma anche dalla *ratio* della norma, volta a garantire una piena ed effettiva tutela dei lavoratori, assicurando al contempo una competizione leale tra gli operatori economici.

Invero, secondo questa tesi, l'art. 41, co. 14, del d.lgs. n. 36/2023 avrebbe la duplice finalità di tutela della manodopera, assicurando la congruità dei costi del lavoro, sottraendoli alla competizione economica, e di efficienza procedurale, evitando che ribassi fittizi o apparentemente vantaggiosi inducano automaticamente alla verifica di anomalia, svuotando di significato la funzione selettiva della procedura.

Questa parte della giurisprudenza pratica un'interpretazione letterale e sistematica della norma, secondo cui il ribasso va calcolato esclusivamente sull'importo al netto della manodopera e degli oneri di sicurezza, escludendo approcci che confondano il valore dell'appalto con l'effettiva base d'asta, aderendo così alla tesi della c.d. "riduzione" o "ribasso indiretto" dei costi della manodopera. In tal senso si è espressa anche la Sez. III del Consiglio di Stato[45], sottolinean-

---

commissione di gara aveva attribuito il punteggio più alto alla prima offerta, salvo poi rivedere tale valutazione a seguito di contestazione da parte del secondo offerente, ritenendo che il ribasso dovesse applicarsi sull'intero valore contrattuale. L'aggiudicazione è così stata disposta, a seguito di un ricalcolo, in favore del secondo. Il giudice ha accolto il ricorso dell'operatore non aggiudicatario ed ha affermato che la percentuale di ribasso, in conformità a quanto disposto dalla *lex specialis* di gara, si sarebbe dovuta applicare esclusivamente alla base d'asta, e non automaticamente anche ai costi della manodopera. Difatti, il disciplinare di gara, quando parlava di "non soggetti a ribasso", si riferiva solo all'impossibilità di applicare sui medesimi un ribasso percentuale e non all'impossibilità assoluta di modificarne l'importo, in quanto essi potevano essere oggetto di un ribasso autonomo, espresso in cifre (e non in percentuale come invece previsto per l'importo a base d'asta indicato dalla stazione appaltante al netto della manodopera) e motivato in base all'organizzazione aziendale del singolo operatore. Il giudice ha quindi ritenuto illegittima l'interpretazione della stazione appaltante, che aveva considerato l'offerta dell'operatore economico come un ribasso percentuale sull'intero valore del servizio, compresi i costi della manodopera. Secondo il TAR, questa lettura contrastava con le regole previste nella documentazione di gara, la quale consentiva un ribasso percentuale solo sulla base d'asta al netto della manodopera, mentre i costi della manodopera potevano essere ridotti separatamente e dovevano essere giustificati in sede di verifica dell'anomalia.

45 Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 12 novembre 2024, n. 9084. In quel caso, la Stazione appaltante aveva stabilito nel disciplinare di gara che i costi della manodopera non erano soggetti a ribasso, fissandoli a € 542.943,00, ma ha comunque accettato l'offerta dell'impresa aggiudicataria che indicava una cifra inferiore (€ 330.000,00), cioè un taglio di oltre € 200.000,00. In primo grado, il TAR aveva respinto il ricorso dell'impresa esclusa, accogliendo l'interpretazione secondo cui il

do che, anche se le norme generali possono teoricamente consentire il ribasso, ciò non è possibile quando il disciplinare lo vieta esplicitamente.

Tale prima decisione sull'applicazione dell'art. 41, co. 14, del d.lgs. n. 36/2023, anche se con motivazione succinta, è importante perché ha rafforzato una linea interpretativa più rigida, che dà valore vincolante a quanto stabilito nei bandi di gara, a tutela della chiarezza e parità di trattamento tra i concorrenti.

Successivamente, invece, la Sez. V del Consiglio di Stato[46], si è espressa seguendo un approccio più "sostanzialista", richiamando, da un lato, la tesi ANAC secondo cui il ribasso può essere diretto (*ergo* sull'intero importo comprensivo degli oneri della manodopera) se adeguatamente giustificato in fase di verifica di anomalia, e dall'altro, sembra aver preferito in concreto il modello del ribasso indiretto, nel quale il ribasso sulla manodopera è possibile solo se separatamente espresso e giustificato.

Difatti, il Consiglio di Stato ha prima aderito apparentemente a quanto sostenuto da una parte della giurisprudenza di primo grado[47] sposando la tesi dell'ANAC, ma poi nella trattazione del merito ha aderito anche all'opposto orientamento, ritenendo che, siccome il disciplinare di gara richiamava l'art. 41, co. 14, del Codice nella sua interezza, non poteva essere «*escluso che gli operatori economici potessero indicare un importo della manodopera in ribasso rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante, ma detto ribasso doveva evincersi dal modello C dell'offerta economica, nella parte relativa all'esplicita indicazione del costo della manodopera, che doveva essere compilata separatamente, come del pari doveva essere compilata separatamente la casella relativa agli oneri della sicurezza aziendale (caselle queste che richiamavano al riguardo le previsioni codicistiche), essendo per contro l'importo ribassabile, cui applicare il ribasso unico offerto, rimesso alla stazione appaltante, come già ritenuto da questa sezione in sede di appello cautelare*», facendo riferimento alle tesi del ribasso indiretto[48], che però sosten-

ribasso fosse legittimo sulla base agli artt. 108 e 41 del Codice; poi, il Consiglio di Stato ha ribaltato la decisione, ritenendo che l'offerta con il ribasso doveva essere esclusa perché non conforme alla *lex specialis*.

46 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2014, n. 9354 e Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2014, n. 9255.

47 Cfr. TAR Toscana, Firenze, Sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120.

48 Cfr. TAR Liguria, Sez. I, 14 ottobre 2024, n. 673 e TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 31 ottobre 2024, n. 3000.

gono tesi del tutto opposte.

Con tale cambio di rotta, il ribasso diretto sembrerebbe esser diventato quasi un'eccezione a rischio anomalia, mentre il ribasso indiretto risulterebbe l'unico modo coerente per bilanciare tutela salariale (art. 36 Cost.) e libertà d'impresa (art. 41 Cost.).

Il Consiglio di Stato ha poi equiparato i costi per la manodopera e i costi per la sicurezza, diversamente dall'opposto orientamento[49], sostenendo che «*Indefettibile corollario delle previsioni della lex specialis di gara, come del resto ritenuto dal primo giudice, era che l'importo ribassabile (ovvero l'importo a cui andava applicato il ribasso percentuale offerto dalle imprese concorrenti) era pari alla somma del costo dei lavori e dei costi per la progettazione esecutiva, al netto dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza*». Il Consiglio di Stato ha dunque avallato la decisione della stazione appaltante di aggiudicare «*l'appalto de quo non applicando il ribasso al costo della manodopera, in perfetta sintonia con la voluntas negoziale desumibile dal modello C*»[50].

Pertanto, secondo il Collegio, se l'intenzione di ribassare i costi della manodopera non è chiara, l'offerta può essere interpretata per verificare la reale volontà del dichiarante, nel rispetto dei principi di risultato e fiducia.

Alla luce di ciò, sembrerebbe esservi un equivoco tra "scorporo" e "ribassabilità": lo scorporo dei costi della manodopera non è necessariamente sinonimo di non ribassabilità, ma nemmeno ne consente il ribasso automatico.

In questa prospettiva, il nuovo Codice prevede lo scorporo, ma non lo esplicita come obbligo per la stazione appaltante. Tuttavia, una volta scorporati i costi protetti, non avrebbe più senso consentire il ribasso su di essi, poiché si comprometterebbe la tutela che il legislatore ha inteso garantire.

L'ANAC, poi, è intervenuta nuovamente con la delibera n. 65/2025[51], confermando l'orientamento già espresso in precedenti pronunce (n. 528/2023 e n.

49 Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 6 agosto 2024, n. 15720, secondo cui «*solo questi ultimi sono integralmente predeterminati dall'amministrazione aggiudicatrice in maniera fissa ed immodificabile*».

50 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254 e Id., 19 novembre 2024, n. 9255.

51 Parere precontenzioso n. 65 del 25 febbraio 2025.

358/2024)[52], evidenziando come la lettura sistematica della norma induca a ritenere che i costi della manodopera, benché scorporati e indicati separatamente, siano comunque inclusi nell'importo complessivo a base di gara sul quale si applica il ribasso percentuale unico offerto dall'operatore economico.

Nonostante il nuovo chiarimento dell'ANAC, l'art. 41, co. 14, del nuovo Codice continua a suscitare interpretazioni da parte della giurisprudenza amministrativa. Un esempio è la recente sentenza del TAR Lazio n. 8390 del 30 aprile 2025[53].

Nello specifico, il TAR Lazio, alla luce delle norme e degli orientamenti giurisprudenziali e di prassi, nonché in conformità alle già citate pronunce della Sez. V del Consiglio di stato e di altri TAR, ha ribadito che i costi della manodopera non sono "intoccabili" e che se l'operatore li ribassa, questi non viene automaticamente escluso, ma è solo tenuto a giustificarne la sostenibilità durante la verifica dell'anomalia, dimostrando il rispetto dei minimi salariali e la coerenza con un'organizzazione più efficiente.

Difatti, secondo questo punto di vista, considerare i costi della manodopera totalmente fissi contrasterebbe con l'obbligo di indicarli in offerta con la previsione di verifica dell'anomalia (artt. 108 e 110 del Codice).

Un divieto assoluto di ribasso comprimerebbe la libertà d'impresa, specie nei settori ad alta intensità di manodopera.

4. Un'analisi comparativa

La *querelle* sotto il profilo sostanziale rimane aperta: il ribasso deve essere diretto o indiretto? Il dubbio permane, le diverse pronunce esaminate lasciano intatto un sistema contraddittorio, in quanto, l'interpretazione sistematica della norma, seppur condivisibile, rischia di non avere un adeguato supporto normati-

52 In particolare, la controversia è sorta quando un operatore economico, classificatosi secondo, ha contestato le modalità di calcolo applicate dalla stazione appaltante, sostenendo che nel ribasso offerto avrebbe dovuto essere computato anche quello riferito ai costi della manodopera. Secondo l'istante, tale calcolo avrebbe comportato una rideterminazione della graduatoria a suo favore. L'Autorità ha, invece, ritenuto corretta la valutazione della stazione appaltante, che ha considerato unicamente il ribasso percentuale dichiarato, conformemente a quanto richiesto dalla *lex specialis*, che prevedeva che «*l'offerta economica deve essere espressa come percentuale unica di ribasso rispetto all'importo a base di gara*».

53 Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I-*quater,* 30 aprile 2025, n. 8390.

vo, come dimostrato da diverse sentenze[54].

Alla luce delle significative incertezze ermeneutiche che caratterizzano l'applicazione dell'art. 41, co. 14, del d.lgs. n. 36/2023, si rileva l'urgente necessità di un intervento normativo volto a correggere e chiarire il combinato disposto relativo alla disciplina del ribasso sui costi della manodopera. Le divergenti letture fornite dall'ANAC e dalla giurisprudenza di primo grado, da un lato, e dal Consiglio di Stato, dall'altro, hanno generato un contesto applicativo disomogeneo e foriero di contenziosi.

In particolare, l'ANAC e parte della giurisprudenza di primo grado propongono un'interpretazione di tipo "flessibile", che, tuttavia, rischia di svuotare di significato il principio dello scorporo obbligatorio dei costi della manodopera. Sul versante opposto, il Consiglio di Stato oscilla tra una lettura formalistica, ancorata al dettato codicistico, e un approccio pragmatico, volto a salvaguardare la funzionalità dell'azione amministrativa, senza tuttavia giungere a una definitiva composizione del contrasto.

Il dato normativo presenta, peraltro, una formulazione infelice, che ha contribuito ad alimentare le difficoltà interpretative, dando luogo a prassi applicative difformi tra le stazioni appaltanti e generando incertezza operativa per gli operatori economici. La tensione tra il principio di immodificabilità dei costi della manodopera e le esigenze di competitività delle offerte appare ancora irrisolta, e l'assenza di una chiara delimitazione tra la "base d'asta" e l'"importo soggetto a ribasso" costituisce terreno fertile per un contenzioso destinato a proliferare.

Neanche il recente c.d. "Correttivo al nuovo Codice"[55] è intervenuto in modo incisivo in materia di costi della manodopera, nonostante abbia suscitato aspettative in tal senso. Invero, il legislatore ha scelto di concentrarsi, in modo piuttosto tortuoso, solo su un aspetto collegato: i contratti collettivi.

In particolare:

- modificando l'articolo 11, relativo al principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore, alle inadempienze contributive e ai ritardi nei pagamenti;

---

54 Sul punto, A. STEFANELLI e M. A. PORTALURI, *Whitepaper Focus appalti: costi manodopera*, Bliblus Acca, 18 aprile 2024 pag. 18.

55 Cfr. d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, in modifica del d.lgs. n. 36/2023.

- introducendo l'Allegato I.01, che stabilisce i criteri e le modalità per individuare, all'interno dei bandi, degli inviti e delle decisioni di contrarre, il contratto collettivo nazionale o territoriale da applicare al personale coinvolto in lavori, servizi e forniture nell'ambito degli appalti pubblici e delle concessioni.

Sebbene l'intento di portare ordine nella disciplina dei contratti collettivi sia stato apprezzabile, sia le stazioni appaltanti che gli operatori economici attendevano un'azione più decisa in merito al tema dei costi della manodopera, anche alla luce della consistente giurisprudenza amministrativa, che non ha ancora fornito una definizione univoca e risolutiva della materia[56].

5. Un falso problema?

Eppure, quello del ribasso potrebbe costituire un problema solo apparente, imputabile principalmente alla scarsa chiarezza concettuale tra il ribasso in termini assoluti e quello in termini relativi.

La vera questione non è tanto se i costi della manodopera si possano o meno ribassare, ma è come garantire un equilibrio tra la libertà contrattuale dell'impresa e la protezione dei lavoratori. Che il ribasso sia diretto o indiretto, la sostanza non cambia.

In realtà, si potrebbe affermare che l'ordinamento vigente non consente l'applicazione di ribassi in senso assoluto sui medesimi costi, qualora questi siano inferiori ai livelli retributivi minimi[57] previsti dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro applicato dall'operatore economico. Tuttavia, l'elemento di maggiore criticità risiede nel confronto tra il CCNL ritenuto congruo dalla stazione appaltante e quello effettivamente applicato dall'operatore economico.

In particolare: da un lato, la stazione appaltante è tenuta a determinare *ex ante* i costi della manodopera sulla base del CCNL che ritiene applicabile al settore oggetto dell'appalto, tenendo conto delle tutele normative minime, dei trattamenti economici e normativi e dell'orario contrattuale di lavoro; dall'altro lato, l'operatore economico può legittimamente applicare un diverso CCNL, purché

56 In questi termini, G. ORETO, *Costi della manodopera, le incertezze del correttivo al Codice Appalti*, in lavoripubblici.it, 16 gennaio 2025.

57 Difatti, l'art. 110, co., del Codice specifica che non sono ammesse giustificazioni «*in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge*».

stipulato da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, a condizione che fornisca idonea documentazione atta a dimostrare la conformità alle disposizioni di legge e alle garanzie contrattuali, assicurando le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante.

Questo perché, a differenza del precedente, il nuovo Codice compie un passo in avanti sulla protezione dei lavoratori, restringendo le ipotesi in cui, per la frammentazione dei contratti collettivi nell'ambito del medesimo settore, l'operatore economico opti per un CCNL che non garantisce al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico[58].

Invero, occorre analizzare l'art. 11 del d.lgs. 36/2023 il quale, dando attuazione a quanto previsto dalla legge delega (art. 1, co. 2, lett. h), n. 2), richiede che negli appalti pubblici siano applicati i contratti collettivi nazionali o territoriali pertinenti al settore e all'area geografica di riferimento. La scelta deve cadere su contratti firmati dalle organizzazioni sindacali e datoriali più rappresentative a livello nazionale, tenendo conto dell'attività principale oggetto dell'appalto. Inoltre, deve essere garantita parità di trattamento per i lavoratori in subappalto rispetto a quelli dell'appaltatore, con l'obiettivo di evitare abusi e lavoro irregolare.

La norma, non di facile lettura, va interpretata proprio alla luce della legge delega: essa specifica che, una volta individuato il settore e l'area geografica, il contratto da applicare va selezionato in funzione della connessione con le attività effettivamente svolte dall'impresa, anche se in modo prevalente e non esclusivo.

L'uso del termine "garantire", come evidenziato nella relazione illustrativa, denota l'intenzione di introdurre un obbligo vincolante, non una semplice raccomandazione. È proprio in questa prospettiva che si deve leggere il primo comma dell'art. 11.

Di conseguenza, le stazioni appaltanti devono indicare chiaramente in gara il contratto collettivo di riferimento, selezionato tra quelli cosiddetti "*leader*" (cioè sottoscritti dalle organizzazioni maggiormente rappresentative e attinenti all'attività oggetto dell'appalto). Tuttavia, la norma non impedisce all'operatore economico di applicare un contratto diverso, ma è comunque necessario che tale

58 V. A. MASSARI, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici – D.lgs. 31 marzo 2023, n.36*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2023, pag. 28.

contratto assicuri le stesse tutele economiche e normative previste da quello indicato dalla stazione appaltante[59].

Questa impostazione si discosta da orientamenti giurisprudenziali consolidati, secondo cui gli atti di gara non possono imporre un determinato contratto collettivo, per non violare la libertà d'impresa e i principi della concorrenza. Tali limiti erano riconosciuti soprattutto nella vigenza dell'art. 30, co. 4, del d.lgs. 50/2016. All'epoca, si riteneva che non fosse legittimo escludere un concorrente per aver applicato un contratto diverso, purché astrattamente compatibile con l'appalto[60].

Tuttavia, anche in passato la giurisprudenza[61] ammetteva che l'uso di un contratto del tutto incoerente con l'oggetto dell'appalto potesse rendere l'offerta anomala o non adeguata, ad esempio per via di tutele inferiori ai lavoratori.

L'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023 supera questa ambiguità introducendo un sistema più chiaro: è la stazione appaltante a indicare il contratto applicabile, mentre l'operatore può proporne uno diverso solo se garantisce lo stesso livello di protezione.

Inoltre, lo studio della fattispecie in esame consente di chiarire un ulteriore aspetto rilevante in materia di costo della manodopera, spesso fonte di ambiguità interpretative: il rapporto tra tabelle ministeriali e minimi salariali.

---

59 Così, A. MARRA, *art. 11*, in R. VILLATA e M. RAMAJOLI (a cura di), *op. cit.*, pag. 59.

60 Il combinato disposto degli articoli 95, co. 10, e 97, co. 5, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016 imponeva agli operatori economici di indicare nell'offerta i costi della manodopera, che dovevano rispettare i minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva. Il mancato rispetto di tali minimi comportava l'esclusione automatica dalla gara, anche in assenza di verifica di anomalia. Tuttavia, il riferimento alle tabelle ministeriali contenute nell'art. 23, co. 16, aveva valore solo indicativo: esse rappresentavano costi medi, non vincolanti, e non sempre riflettevano le reali condizioni aziendali. Pertanto, i concorrenti potevano giustificare costi inferiori a tali tabelle mediante analisi dettagliate che dimostrassero la coerenza con l'organizzazione interna e il rispetto delle normative vigenti. Le stazioni appaltanti, quindi, non potevano escludere automaticamente le offerte che si discostavano dai valori medi ministeriali, ma dovevano valutare caso per caso, accertando la congruità dei costi anche in presenza di clausole sociali o nuovi contratti collettivi non ancora recepiti nelle tabelle. In ogni caso, ad esito della verifica di anomalia, la motivazione dell'eventuale esclusione doveva essere puntuale e adeguatamente documentata, mentre quella dell'ammissione poteva essere più sintetica, purché fondata su giustificazioni plausibili e coerenti. In questo senso, D. ILARIA e I. MARRONE, in M. CLARICH (a cura di), 2019, *op. cit.,* pag. 757 e ss.

61 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336.

È necessario operare un distinguo tra il minimo salariale, che ha natura originaria in quanto direttamente desunto dal CCNL di riferimento, e il costo medio orario, che è invece un valore derivato, frutto di elaborazioni statistiche del Ministero, basato su criteri di *id quod plerumque accidit*.

Da ciò consegue che le tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, bensì parametri orientativi per valutare la congruità dell'offerta. Un lieve scostamento da tali valori, non essendo di per sé indicativo di anomalia, non comporta automaticamente l'esclusione dell'operatore economico ex art. 110 d.lgs. n. 36/2023.

Pertanto, le stazioni appaltanti hanno l'onere di procedere, prima dell'aggiudicazione, a una verifica dei costi della manodopera dichiarati, non più rispetto ai soli minimi tabellari, ma con riferimento ai contenuti normativi e retributivi del CCNL applicato, anche se diverso da quello indicato negli atti di gara, purché equivalente.

Tale novità, introdotta dall'art. 102 d.lgs. n. 36/2023, comporta un controllo più rigoroso rispetto a quanto previsto in passato dall'art. 95, co. 10, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto il CCNL presenta maggiore rigidità rispetto alle tabelle ministeriali. Ne consegue che ogni scostamento al ribasso deve essere puntualmente giustificato da elementi di efficienza organizzativa.

Dunque, l'obbligo per la P.A., quale *condicio causam dans* dell'aggiudicazione, di verificare, *ex ante*, che i costi del personale non siano inferiori ai minimi retributivi, a garanzia del rispetto dell'art. 36 Cost., si configura come autonoma rispetto all'eventuale giudizio di anomalia[62].

Secondo la relazione del Consiglio di Stato, questo meccanismo non contrasta con l'art. 39 della Costituzione, perché non si impone l'efficacia generale del contratto collettivo, ma si stabiliscono solo condizioni da rispettare per partecipare alla gara. Allo stesso modo, è ritenuto compatibile con l'art. 41 della Costituzione, poiché la libertà d'impresa non può esercitarsi in contrasto con l'interesse sociale, rappresentato dalla tutela dei lavoratori.

62 V. L. CAMERIERO, in A. MASSARI (a cura di), *op. cit.*, pagg. 2173-2174.

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro, con nota congiunta con il Ministero del Lavoro[63], ha chiarito che le imprese devono applicare contratti *leader* coerenti con il settore, la zona e l'attività prevalente. Se applicano un contratto diverso, devono garantire equivalenza di tutele, che sarà soggetta a verifica.

Nel caso in cui vengano rilevate irregolarità (ad esempio, applicazione di contratti non rappresentativi o non coerenti), l'Ispettorato informerà la stazione appaltante e potrà procedere con il recupero delle somme dovute in termini retributivi e contributivi.

Infine, la norma impone che anche i lavoratori impiegati in subappalto ricevano lo stesso trattamento economico e normativo previsto per i lavoratori diretti dell'appaltatore, assicurando uniformità nelle condizioni di lavoro lungo tutta la filiera[64].

Alla luce di tale analisi sull'art 11 del d.lgs. n. 36/2023, ne consegue che il nodo critico non risiede tanto nella possibilità di operare un ribasso, quanto nella corretta comparazione tra i contratti collettivi applicabili e nella garanzia del rispetto delle condizioni minime inderogabili a tutela dei lavoratori. Tale valutazione, in assenza di parametri univoci, è attualmente rimessa alla discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti e all'interpretazione giurisprudenziale dei giudici amministrativi.

Tuttavia, l'art. 41, co. 14, del d.lgs. n. 36/2023, presentando una formulazione ambigua e lasciando ampi margini di discrezionalità, continua a generare un'applicazione disomogenea, il fiorire di contenziosi e un'interpretazione giurisprudenziale eccessivamente elastica.

Da un lato, le letture flessibili dell'ANAC e parte della giurisprudenza rischiano di disinnescare la norma e, dall'altro lato, il Consiglio di stato, pur proponendo una "ribassabilità temperata", non scioglie il nodo interpretativo.

6. Prospettive future e riflessioni conclusive

In una prospettiva futura, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore, che restituisca certezza e coerenza al sistema, oppure, in alternativa, un'assunzione di responsabilità da parte della giurisprudenza di legit-

63 INL, 19 aprile 2023, nota n. 687.

64 V. B. GILIBERTI, *art. 11*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *op. cit.*, pag. 91 e ss.

timità, chiamata a fornire una lettura autentica e vincolante della norma. La perdurante ambiguità normativa rischia, infatti, di compromettere i principi di trasparenza, *par condicio* e concorrenza, sui quali si fonda il sistema degli appalti pubblici. Le continue modifiche legislative, spesso prive di un disegno organico, sembrano rispondere più a logiche di facciata che a una reale volontà di riforma strutturale. Tale atteggiamento genera un effetto paralizzante per l'intero comparto, perpetuando criticità ormai cronicizzate e introducendo ulteriori elementi di instabilità normativa.

Sicuramente le recenti modifiche normative in tema di contrattazione collettiva, seppur di difficile applicazione pratica, rappresentano un passo avanti sul piano sistemico. Tuttavia, un intervento legislativo più puntuale e incisivo sul comma 14 dell'art. 41 del d.lgs. n. 36/2023 avrebbe potuto garantire una maggiore chiarezza applicativa e un'efficacia normativa più marcata.

Una cosa è certa: fino ad allora, la decisione sul ribasso diretto o indiretto è rimessa alle stazioni appaltanti, perché ad oggi sembrerebbe possibile tanto il ribasso unico sull'importo complessivo che include i costi della manodopera (ribasso diretto), quanto il ribasso sulla sola base d'asta al netto del medesimo, con possibilità di riduzione del separato costo della manodopera (ribasso indiretto). Il tutto dipende da come le stazioni appaltanti predispongono la *lex specialis* di gara.

L'importante è che il ribasso non si traduca in una compressione dei diritti sociali dei lavoratori, in violazione degli articoli 36 e 41 della Costituzione, con pratiche di *dumping* contrattuale ovvero ribassi anomali ottenuti mediante il mancato rispetto degli obblighi retributivi e contributivi. L'interesse pubblico alla tutela del lavoro prevale, in questo contesto, sulla libertà d'impresa, che trova un limite nella dignità del lavoratore e nei principi di correttezza e buona fede contrattuale.

La riduzione dei costi della manodopera, che avvenga disgiuntamente dall'importo ribassabile o con un ribasso unico (purché comunque indicati separatamente), è possibile solo laddove l'operatore economico fornisca adeguata dimostrazione che l'offerta economica complessiva (comprensiva quindi anche del costo del lavoro) sia sostenibile in virtù di fattori di efficienza aziendale. Si

tratta di una deroga in *bonam partem*, che consente di valorizzare modelli organizzativi virtuosi, tecnologie innovative, o economie di scala, purché ciò non determini la violazione dei minimi retributivi e delle condizioni contrattuali inderogabili.

Pertanto, è necessario che i bandi di gara, le lettere invito, i disciplinari, i capitolati e, soprattutto, gli allegati modelli di offerta economica vengano redatti in maniera chiara, precisa ed univoca, evitando ambiguità, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli operatori economici rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione[65], avvalendosi, all'occorrenza, di quel «*dialogo procedimentale*»[66] disciplinato dall'art. 101, co. 3[67], oltre che della necessaria verifica di congruità.

65 Così la Corte di Giustizia dell'UE, 2 giugno 2016, causa C-27/15.

66 Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Il Mulino, 2015, pag. 238.

67 Il "soccorso procedimentale", o "soccorso istruttorio in senso stretto" come definito all'art. 101, co. 3, del nuovo Codice, è un meccanismo che consente alla Stazione Appaltante di richiedere chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o economica dei concorrenti. Questa possibilità, che si ricollega a quanto già previsto dalla giurisprudenza, mira a far emergere la reale volontà del concorrente e a garantire una piena comprensione dell'offerta. L'istituto, ideato per sanare talune irregolarità nelle dichiarazioni dell'operatore economico, non altrimenti risolvibili con la disciplina del soccorso istruttorio *tour court*, ha un'origine puramente giurisprudenziale ed è stato finalmente normato col nuovo Codice. Sul punto, si vedano i pareri del Cons. di Stato, Commissione Speciale, nn. 855 del 21 marzo 2016 e 782 del 22 marzo 2017, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2023, n. 324, Cons. Stato, Sez. V, n. 7870 del 21.08.2023.

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

Sveva Bocchini
Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II*
sveva.bocchini@unina.it

L'amministrazione condivisa degli immobili sottratti alla criminalità organizzata

The shared administration of properties taken from organized crime

Sintesi

Il contributo indaga su come gli strumenti di amministrazione condivisa possano consentire il superamento delle criticità che ancora persistono nella gestione e destinazione dei beni immobili confiscati alla criminalità organizzata nella prospettiva di un riuso sociale del bene.
A fronte di un quadro normativo che non prevede espressamente il coinvolgimento delle comunità territoriali nei processi decisionali, a causa dell'assenza nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice antimafia) di disposizioni specifiche in tal senso, il lavoro riflette su come alcuni istituti, quali la co-programmazione e la co-progettazione, disciplinati dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (c.d. Codice del Terzo settore), e i patti di collaborazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani, previsti da numerosi regolamenti comunali e da alcune leggi regionali, possano innestarsi nella procedura che va dal sequestro all'assegnazione definitiva del bene sottratto alla criminalità organizzata.

Abstract

The contribution investigates how shared administration tools can help overcome the critical issues that still persist in the management and allocation of property confiscated from organized crime with a view to its social reuse.
Given that the regulatory framework does not expressly provide for the involvement of local communities in decision-making processes, due to the absence of specific provisions to this effect in Legislative Decree No. 159 of 6 September 2011 (the so-called Anti-Mafia Code), the paper reflects on how certain insti-

tutions, such as co-planning and co-design, regulated by Legislative Decree No. 117 of 3 July 2017 (the so-called Third Sector Code), and collaboration agreements for the care and regeneration of urban common goods, provided for by numerous municipal regulations and some regional laws, can be incorporated into the procedure from seizure to final allocation of assets confiscated from organized crime.

The aim is to outline a model of administration based on the involvement of citizens, whether individuals or associations, and on civic co-responsibility in the administration and enhancement of these assets, capable of making the social function of confiscation effective and strengthening the trust of local communities in institutions.

PAROLE CHIAVE: criminalità organizzata - confisca - immobili- amministrazione condivisa - co-programmazione - co-progettazione - patti di collaborazione.

KEYWORDS: organized crime - confiscation - real estate - shared administration - co-planning, co-design - collaboration agreements.

INDICE: 1. Introduzione. - 2. La gestione e destinazione dei beni sottratti alla criminalità organizzata nel Codice antimafia. - 3. Gli immobili confiscati come beni comuni: il paradigma dell'amministrazione condivisa. - 3.1. La co-programmazione e la co-progettazione degli interventi nel Codice del Terzo settore. - 3.2. I patti di collaborazione per la cura e la rigenerazione di beni comuni urbani. - 4. Prospettive di integrazione degli strumenti di amministrazione condivisa nei procedimenti di gestione e destinazione degli immobili confiscati. - 5. Conclusioni.

*Lo studio è stato condotto nell'ambito del progetto di ricerca PRIN 2022 PNRR "*Confiscated assets. Application strategies between legal technique and digital innovation for social inclusion and territorial cohesion*" (PI Prof. U. Ronga) finanziato dall'Unione europea – *Next Generation EU*, CUP E53D23021290001, Codice progetto MUR P2022FZFLA

1. Introduzione

La confisca dei beni alla criminalità organizzata, che trae origine dalla l. n. 646 del 1982[1], ha mutato nel tempo la propria fisionomia: da mezzo esclusivo di

1 La l. 13 settembre 1982, n. 646, c.d. legge "Rognoni-La Torre", oltre a prevedere il reato di associazione mafiosa con l'introduzione dell'art. 416-*bis* nel codice penale, ha rafforzato le sanzioni di carattere patrimoniale, stabilendo, per un verso, la confisca obbligatoria nei confronti dei condannati per reati di mafia e generalizzando, per altro verso, il sequestro e la confisca quali misure da irrogare in via preventiva attraverso un procedimento *ad hoc* sulla base del mero presupposto dell'illecita provenienza dei beni. L'emanazione di una misura di prevenzione patrimoniale è stata originariamente subordinata alla previa applicazione di una misura di prevenzione personale basata sulla pericolosità sociale del soggetto appartenente ad un'associazione mafiosa, con il d.l. n. 92/2008, convertito nella l. n. 94/2009, invece, le misure di

repressione e prevenzione dell'attività criminale[2], attraverso la privazione di risorse economiche di presunta provenienza illecita con cui il potere criminale si consolida, a strumento di riaffermazione della legalità attraverso il riuso sociale dei beni confiscati da parte della collettività[3] a partire dalla l. n. 109/1996, che, per la prima volta, ha previsto la loro destinazione a finalità sociali.

L'uso sociale del bene assume, infatti, una forte valenza simbolica di "restituzione alle collettività locali", le quali sopportano il costo più alto dell'emergenza mafiosa, delle risorse economiche acquisite illecitamente dalle organizzazioni criminali, contribuendo a indebolirne il radicamento sociale e a favorire "un più ampio e diffuso consenso dell'opinione pubblica all'intervento repressivo dello Stato per il ripristino della legalità"[4].

---

prevenzione patrimoniale sono state separate da quelle personali, prevedendosi l'applicabilità a prescindere dalla pericolosità sociale del soggetto. Per una panoramica storico-normativa sul sequestro e la confisca dei beni nella disponibilità, diretta o indiretta, di persona sottoposta a indagini per la quale "si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego", cfr. G. Fiandaca, (*voce) Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. pen.*, Torino, 1994, 108 ss.; P.V. Molinari, (*voce*) *Misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 550 ss.; E. Gallo, *(voce) Misure di prevenzione*, in *Enc. giur.*, XX, 1996; B. Lupini, *(voce) Misure di prevenzione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3707 ss.

2 Lo scopo della confisca era originariamente duplice: da un lato, una funzione afflittiva; dall'altro, il ripristino del rispetto delle ordinarie regole della convivenza civile. Entrambe le finalità riservavano un ruolo esclusivo allo Stato nell'esercizio di poteri autoritativi, per lo più di natura giudiziaria, poiché è allo Stato che spettano compiti di sicurezza e di giustizia, cfr. F. Giglioni, *La collaborazione per la legalità: il caso dei beni confiscati alla criminalità organizzata*, in *Etica pubblica*, 2021, 52 ss.

3 Il riuso sociale dei beni confiscati è stato introdotto dalla l. n. 109/1996, approvata su impulso di una petizione popolare firmata da oltre un milione di persone, la quale si proponeva di dare una sistemazione organica e maggiore incisività alla disciplina dei beni confiscati. La visione innovativa della legge fu la previsione del riutilizzo per fini sociali di tali beni – indicando in particolare il Terzo settore come destinatario – con l'obiettivo di riaffermare i principi di legalità nei territori maggiormente contaminati dalla cultura mafiosa. Sull'ispirazione di fondo della l. n. 109/1996 orientata "uso sociale" dei beni confiscati, cfr. G. Lumia, *Creare progettualità: mezzi e strumenti*, in *Dal bene al meglio. Ipotesi per un migliore utilizzo dei beni confiscati alle mafie*, Atti del convegno, Venezia, 15 ottobre 2001; G. Montedoro, *La legge sulla destinazione sociale dei beni confiscati*, in L. Violante (a cura di), *I soldi della mafia. Rapporto '98*, Roma-Bari, 1998, 152 ss.; M. De Benedetto, *Rigenerazione e riuso sociale dei beni confiscati: regole e simboli della legalità*, in F. Di Lascio – F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017, 329.

4 Così Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 34, e Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335.

La rigenerazione sociale che deriva dalla riconversione della funzione dei beni, da strumenti di affermazione di un potere criminale alternativo allo Stato a strumenti di coesione delle comunità verso fini sociali, rappresenta inoltre "un vero antidoto culturale al radicamento mafioso", capace di generare e rafforzare legami sociali e spazi di fiducia collettiva[5].

L'impiego per fini sociali dei beni confiscati ha trovato riconoscimento anche nella recente direttiva (UE) 2024/1260 del 24 aprile 2024[6], la quale, accanto al risarcimento delle vittime di reato, incoraggia l'uso dei beni per scopi di interesse pubblico o sociale. La direttiva, pur lasciando ampio margine agli Stati membri, mostra una crescente attenzione alla dimensione sociale della confisca, promuovendo pratiche di "*community benefit*".

Anche il PNRR, con cui l'Italia ha dato attuazione all'iniziativa eurounitaria denominata *Next Generation EU*, ha previsto una consistente linea di finanziamento per le politiche di recupero sociale del patrimonio sottratto alla criminalità organizzata[7]. Infatti, nell'ambito degli obiettivi di rilievo socio-economico, trova un significativo riconoscimento una misura volta a sostenere gli enti locali nel recupero degli immobili confiscati, sulla base di un'adeguata progettazione per avviare attività di interesse generale.

---

5 Così C. Salati, *Beni confiscati alle mafie come beni comuni. L'amministrazione condivisa quale scenario di rigenerazione*, in *Labsus*, 2019, 6.

6 Direttiva (UE) 2024/1260 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 aprile 2024, sul recupero e la confisca dei beni, in *G.U.U.E.*, L 202, 29 aprile 2024, 1.

7 Nel contesto degli obiettivi di rilievo socio-economico, il PNRR, approvato il 29 aprile 2021 dal Consiglio dei Ministri, che rappresenta il programma di investimenti che l'Italia ha presentato alla Commissione europea nell'ambito del *Next Generation EU,* ha previsto una misura a sostegno degli enti locali per il recupero dei beni confiscati, sulla base di una progettazione idonea ad avviare attività di interesse generale. In particolare, la Missione 5 – Inclusione e coesione – è suddivisa in tre Componenti, di cui la terza, *Interventi speciali per la coesione territoriale*, individua uno specifico intervento (il secondo), rubricato come *Valorizzazione dei beni confiscati alle mafie*, con uno stanziamento pari a 300 milioni di euro, destinato alla realizzazione di 200 progetti nelle otto Regioni del Mezzogiorno. Tale finanziamento è stato integramente definanziato con l'art. 6 del d.l. 2 marzo 2024, n. 19, conv. in l. 29 aprile 2024, n. 56, che ha contestualmente disposto il rifinanziamento con risorse nazionali, prevedendo un piano di erogazione distribuito nel tempo.

Tuttavia, il sistema di gestione e destinazione di questi beni presenta ancora criticità rilevanti[8]. Le difficoltà derivano dalla lunghezza della procedura, tale da determinarne, nelle more dello svolgimento, il deperimento e il degrado dei beni; da una gestione non sempre efficace da parte delle amministrazioni; dalla mancanza di risorse economiche; dalla scarsa preparazione tecnica degli assegnatari, e soprattutto dall'assenza di un coinvolgimento strutturato dei cittadini nel processo decisionale, tale da far emergere i bisogni delle comunità locali, senza il quale il riuso sociale rischia di essere più formale che effettiva restituzione alle collettività territoriali.

A queste problematiche si aggiunge la carenza di trasparenza e di accesso ai dati. L'attuale portale Open Re.G.I.O., gestito dall'ANBSC[9], si limita a fornire informazioni anagrafiche e localizzative, senza offrire elementi sull'effettivo riutilizzo sociale dei beni. Le informazioni più complete sono contenute nella Piattaforma unica delle destinazioni[10], ma l'accesso è riservato a enti accreditati. Tale lacu-

8 V. Corte dei conti, sez. controllo, delib. n. 34/2023/G, 22 marzo 2023, che approva la Relazione sulla gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, ove si evidenzia che i provvedimenti di sequestro e confisca superano costantemente i provvedimenti di riutilizzo. Le cause principali sono individuate nella mancanza di un sistema di raccolta dati affidabile e pienamente consultabile, nella ridotta disponibilità finanziaria dei Comuni e degli ETS, e nella lunghezza dei procedimenti di assegnazione. In dottrina, cfr. F. Ferroni, *I beni confiscati tra criticità gestionali e prospettive di valorizzazione*, in *Nomos,* 2021, 1 ss., che richiama, oltre alla scarsità di risorse, la frammentazione istituzionale e la distanza tra disciplina astratta e prassi effettiva; nonché C. Salati, *Beni confiscati alle mafie come beni comuni. L'amministrazione condivisa*, cit., spec. 9 ss., la quale evidenzia i tempi lunghi dei procedimenti, le difficoltà di gestione da parte dell'ANBSC e le criticità nella fase di assegnazione e riuso.

9 Nel sito dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata sono presenti informazioni relative agli immobili assegnati con la confisca non definitiva, i bandi degli enti locali, gli avvisi delle gare delle aste, le informazioni sui beni soggetti alle procedure di confisca *www.openregio.anbsc.it.*

10 Cfr. ANBSC, *Relazione annuale al Parlamento 2023*, 45 ss. La piattaforma digitale "Copernico", sviluppata dall'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati, è uno strumento gestionale a funzione operativa, riservato a soggetti istituzionali ed enti del Terzo settore accreditati. Tale piattaforma consente la gestione informatica integrata dell'intero ciclo di vita dei beni, dal sequestro alla destinazione finale, migliorando la tracciabilità e la cooperazione tra autorità giudiziaria, amministrazioni pubbliche e ANBSC. Al suo interno è compresa la Piattaforma unica delle destinazioni, dedicata alla raccolta e gestione dei dati relativi alla fase di assegnazione degli immobili confiscati, accessibile soltanto agli enti accreditati (enti territoriali, prefetture, agenzie pubbliche).

na ha spinto associazioni e osservatori civici a sviluppare portali autonomi, come *Confiscati Bene* o i rapporti *RimanDati* di Libera[11], che colmano solo in parte il vuoto informativo, restando iniziative frammentarie.

Obiettivo del lavoro è verificare come gli strumenti di amministrazione condivisa, in particolare la co-programmazione, la co-progettazione e i patti di collaborazione possano essere utilizzati nel procedimento di valorizzazione degli immobili confiscati alla criminalità organizzata, così da rendere effettiva ed efficace la loro restituzione alle comunità locali e riattivare la fiducia nelle istituzioni.

In questa prospettiva, il coinvolgimento dei cittadini nelle decisioni amministrative relative all'uso sociale del bene appare imprescindibile.

La parabola normativa che ha trasformato la confisca da strumento repressivo a strumento di restituzione sociale rimane infatti incompiuta se la gestione e la destinazione dei beni continuano a essere improntate secondo logiche verticali e concessorie, che riducono le comunità a meri beneficiari finali, senza una partecipazione nei processi decisionali.

Il contributo parte da una lettura funzionale della natura dell'immobile confiscato: non solo bene pubblico, ma bene destinato alla collettività locale, che come tale richiede l'utilizzo di istituti di amministrazione condivisa.

È da queste premesse che prende le mosse la presente indagine volta a individuare un modello di amministrazione collaborativa capace di coniugare la funzione di prevenzione della confisca con la sua dimensione costruttiva di rigenerazione sociale e civica.

2. La gestione e destinazione degli immobili sottratti alla criminalità organizzata nel Codice antimafia

Il Codice antimafia prevede una gestione centralizzata e specialistica dei beni sottratti alla criminalità, demandata a un ente pubblico statale *ad hoc,* l'Agenzia nazionale per l'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati (d'ora in avan-

11 Per le esperienze di monitoraggio civico promosse dalla società civile, v. i progetti di Libera, *Confiscati Bene 2.0* (realizzato con OnData e Fondazione TIM), disponibile su: *www.confiscatibene.it* e i rapporti periodici *RimanDati* disponibile su *www.libera.it*, volti a verificare l'effettivo utilizzo sociale degli immobili confiscati e a diffondere strumenti di trasparenza e partecipazione civica.

ti ANBSC)[12], finalizzata alla destinazione "pubblicistica" del bene immobile. Con la sua istituzione, l'intento del legislatore è stato quello di creare un organismo che assicurasse un'unitaria ed efficace amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati, al fine di garantire un rapido riutilizzo degli stessi[13].

Il procedimento si articola in più fasi, che vedono l'ANBSC coinvolta con funzioni differenti. Nella fase del sequestro, il Tribunale affida la gestione dei beni di presunta provenienza illecita a un amministratore giudiziario, mentre l'ANBSC assume un ruolo di supporto e consulenza all'autorità giudiziaria, ma già da questa fase può chiedere all'amministratore giudiziario l'assegnazione temporanea dell'immobile[14]. Con la confisca di primo grado, accertata l'origine illecita del bene[15], l'amministrazione è demandata all'ANBSC, che può disporre l'uso

12 L'ANBSC è stata istituita con d.l. 4 febbraio 2010, n. 4, conv. in l. 31 marzo 2010, n. 50, successivamente trasfuso nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice antimafia). L'Agenzia è un ente con personalità giuridica, dotata di autonomia organizzativa e contabile ed è posta sotto la vigilanza del Ministro dell'interno. La struttura ha sede principale a Roma e sedi secondarie a Reggio Calabria, Palermo, Milano e Napoli. L'Agenzia opera in stretta collaborazione con il Ministero dell'interno, anche attraverso la rete territoriale delle Prefetture, con il Ministero della giustizia e con il coinvolgimento potenziale di tutte le amministrazioni, centrali e locali, in prevalenza dei comuni. Sulle criticità organizzative e funzionali dell'ANBSC, cfr. M. Mazzamuto, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 490 ss.; N. Gullo, *La destinazione dei beni confiscati nel codice antimafia tra tutela e valorizzazione*, in *Dir. econ.*, 2014, 66 ss.

13 Sulle innovazioni introdotte dalla riforma del 2017, che hanno ampliato i compiti dell'ANBSC, prevedendone la partecipazione già nella fase del sequestro, rafforzandone il ruolo propositivo nella destinazione dei beni e consentendo l'assegnazione diretta agli enti del Terzo settore, nonché sul potenziamento organizzativo dell'Agenzia mediante l'incremento dell'organico fino a 200 unità, cfr. N. Gullo, *Il recupero dei beni confiscati tra restyling normativo e opportunità delle politiche di coesione di attuazione del PNRR*, in *Istituzioni del federalismo*, 2020, 77 ss., spec. 83 e 93 ss.

14 Sui presupposti e sulla disciplina del sequestro, nonché sulla facoltà attribuita all'ANBSC di chiedere l'assegnazione temporanea del bene già in fase cautelare cfr. M. Mazzamuto, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati*, cit., 491 ss.; N. Gullo, *Il recupero dei beni confiscati tra restyling normativo e opportunità delle politiche di coesione*, cit., 83 ss.

15 Il Tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati quando la persona nei cui confronti il procedimento è instaurato non riesce a provare la legittima provenienza (art. 24, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159). In questo quadro normativo l'ANBSC assume, dunque, una natura giuridica ibrida: organo ausiliario del giudice in fase cautelare e vera e propria autorità amministrativa con poteri di gestione a seguito della confisca, cui si aggiungono, una volta divenuta definitiva la misura, poteri di destinazione e di monitoraggio sulla stessa. Le criticità derivanti dall'incauta sovrapposizione tra giurisdizione e amministrazione nella destinazione dei beni sono state evidenziate in dottrina, cfr. M. Mazzamuto, *Gestione e destinazione dei beni*

temporaneo fino alla confisca definitiva, con la quale questi beni vengono acquisiti al patrimonio indisponibile dello Stato, liberi da pesi e vincoli, e l'ANBSC ne decide l'allocazione finale per fini istituzionali o sociali[16], salvo che gli stessi non debbano essere venduti per soddisfare le vittime del reato.

La decisione sulla destinazione finale[17] da parte dell'ANBSC è caratterizzata da un ampio margine di discrezionalità, da esercitarsi però entro binari predeterminati dal legislatore, che incidono sulla legittimità del provvedimento.

Il Codice antimafia stabilisce, infatti, diverse destinazioni alternative per gli immobili[18]. In particolare, l'art. 48, co. 3, prevede che gli stessi siano "mantenuti al patrimonio dello Stato con finalità di giustizia, ordine pubblico e protezione civile e, ove idonei, anche per altri usi governativi o pubblici connessi allo svolgimento delle attività istituzionali", oppure "trasferiti per finalità istituzionali o sociali, ovvero per finalità economiche con vincolo di reimpiego dei proventi per finalità sociali, in via prioritaria al patrimonio indisponibile del Comune ove l'immobile è sito". Gli enti territoriali possono sia amministrare direttamente il bene, sia assegnarlo, tramite concessione a titolo gratuito e per finalità sociali, a

sequestrati, cit., 491 ss.; N. Gullo, *La destinazione dei beni confiscati*, cit., spec. 75 ss.

16 Sul carattere pubblicistico del bene confiscato e sull'inquadramento della destinazione "istituzionale o sociale", Cons. Stato, sez. III, 22 ottobre 2020, n. 6387; sull'esigenza di un uso sociale effettivo e non meramente formale, TAR Lazio, sez. I, 11 aprile 2024, n. 8228.

17 La nozione di destinazione, sulla scorta della ricostruzione prevalente in dottrina, può assumere un duplice significato: una prima accezione, di tipo statico, indica la condizione giuridica del bene, contrassegnata dalla preordinazione alla cura di un interesse pubblico o generale, che comporta la sottoposizione del bene al regime pubblicistico previsto dall'ordinamento, come si evince dagli artt. 823, co. 2, 828, co. 2 e 830, co. 2, c.c.; una seconda accezione, di tipo dinamico, richiama invece l'attività con cui l'amministrazione imprime la destinazione pubblica sui beni rientranti nel suo patrimonio, ordinariamente attraverso le procedure amministrative regolate dalle normative di settore. Per un esame delle principali problematiche relative alla destinazione dei beni degli enti pubblici, che può avvenire in alcuni casi anche in assenza di un formale provvedimento di destinazione, cfr. S. Cassarino, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962; M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963; S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969; V. Cerulli Irelli, *(voce) Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 273 ss.; V. Caputi Jambrenghi, (*voce*) *Beni pubblici*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988.

18 Sul punto cfr. S. Villamena, *Confisca di prevenzione e destinazione dei beni*, in *Annuario AIPDA*, 2024, 1 ss. L'A. qualifica il bene confiscato come "bene predestinato" a una funzione pubblica già nella fase antecedente alla destinazione, sottolineandone la natura pubblicistica e la valenza restitutoria.

comunità, associazioni, organizzazioni di volontariato, cooperative sociali, agli enti a mutualità prevalente e senza scopo di lucro.

Infine, con la riforma dell'art. 48[19] del Codice antimafia, introdotta dalla l. n. 161/2017, si prevede la possibilità che gli immobili siano direttamente assegnati dall'ANBSC alle organizzazioni sociali. In tal modo si promuove un impiego sociale indipendente dall'iniziativa degli enti territoriali, potenziando l'apporto attivo del privato sociale, evitando che i beni non assegnati restino in carico all'Agenzia[20].

Seppure l'uso sociale degli immobili sia, dunque, solo una delle modalità alternative di destinazione previste dal legislatore, è la stessa Corte costituzionale[21] a osservare che la restituzione alle collettività territoriali delle risorse economiche acquisite illecitamente dalle organizzazioni criminali rappresenta uno strumento fondamentale per contrastarne l'attività criminale, mirando a indebolirne il radicamento sociale e a favorire un più ampio e diffuso consenso dell'opinione pubblica all'intervento repressivo dello Stato per il ripristino della legalità.

In questa logica, la destinazione sociale si configura come criterio prioritario nell'esercizio del potere discrezionale dell'ANBSC, con la conseguenza che le altre modalità di utilizzo dovrebbero avere carattere residuale, ossia essere subordinate all'impossibilità di un riutilizzo sociale del bene.

---

19 L'art. 48, co. 3 e 3-*bis* (introdotti dalla l. n. 161/2017), consentono ora l'assegnazione a titolo gratuito agli ETS, secondo i criteri fissati dall'Agenzia e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità. Sul punto cfr.. C. Leone, *La sussidiarietà orizzontale nel sistema dei beni confiscati: il ruolo dell'ANBSC e la collaborazione con il terzo settore*, in *Ceridap*, 2025, 108 ss., che evidenzia come i bandi dell'Agenzia abbiano di recente privilegiato l'affidamento diretto, in coerenza con il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.

20 Cfr. ANBSC, Avviso pubblico 2023 per l'assegnazione diretta a titolo gratuito di beni confiscati agli ETS (art. 48, co. 3, lett. *c-bis*, d.lgs. n. 159/2011), relativo a 83 lotti su 14 regioni, con priorità per progetti presentati da enti iscritti al Registro unico nazionale del Terzo settore (RUNTS).

21 Cfr. Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 34, ove si afferma che, seppure la scelta sulla destinazione debba essere effettuata, caso per caso, non essendo prevista dalla legge una gerarchia tra i soggetti elencati dall'art. 48, essa deve comunque ispirarsi al principio della restituzione alle collettività territoriali delle risorse economiche illecitamente sottratte; in tal senso, cfr. anche Corte cost., 19 ottobre 2012, n. 234; Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335. Sul principio della restituzione come criterio ispiratore della destinazione v. anche C. Leone, *op. cit.,* 108 ss.

3. Gli immobili confiscati come beni comuni: il paradigma dell'amministrazione condivisa

La destinazione sociale degli immobili confiscati, come forma di restituzione alla collettività territoriale che ha subito il fenomeno criminoso, fa emergere una nuova dimensione giuridica del bene: non più solo bene di appartenenza dello Stato o dell'ente territoriale assegnatario, ma bene "comune", in quanto volto alla soddisfazione di diritti fondamentali dei membri delle comunità locali colpite dal fenomeno mafioso.

Secondo la prospettiva delineata dalla Commissione Rodotà,[22] è la destinazione funzionale alla tutela dei diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona a fondare l'intrinseca natura "comune" del bene (v., ad esempio, le risorse idriche, i parchi, le foreste, i litorali; i beni culturali e il paesaggio).

22 La Commissione sui beni pubblici presieduta da Stefano Rodotà, nominata con decreto del Ministro della giustizia del 14 giugno 2007, è stata istituita per la riforma di alcune norme del c.c. contenute nella disciplina dei beni pubblici. Nella Relazione i beni comuni vengono definiti come quei beni che «esprimono utilità funzionali all'esercizio di diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona». Hanno poi fatto seguito le note pronunce gemelle delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che hanno rigettato le pretese di imprese ittiche di acquisire la proprietà di valli da pesca della laguna di Venezia, accertandone la natura demaniale e richiamandone la natura comune, funzionale alla realizzazione di diritti fondamentali della collettività quali il diritto all'ambiente: Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665; Cass., sez. un., 16 febbraio 2011, nn. 3811 e 3812; Cass., sez. un., 18 febbraio 2011, nn. 3936-3939. In dottrina, cfr. S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, 331 ss.; Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; Id., *Il benecomunismo e i suoi nemici*, Bari, 2014; A. Lucarelli, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, 2007, 87 ss.; Id., *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; Id., (*voce) Beni comuni*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Milano, 2021, 21 ss.; V. Cerulli Irelli – L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, 1, 3 ss.; S. Staiano, *«Beni comuni». Categoria ideologicamente estenuata*, in *Dir. e soc.*, 2016, 3, 415 ss.; Id. (a cura di), *Acqua. Bene pubblico. Risorsa non riproducibile. Fattore di sviluppo*, Napoli, 2017; E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013; R. Briganti, *Dimensione costituzionale dei beni comuni tra principi, regole e prassi*, in *Nomos*, 2019, 2; Id., *Il diritto all'acqua*, Napoli, 2012. Per una ricostruzione del concetto di bene comune in ambito internazionale, cfr. G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, New Series, vol. 162, n. 3859, 1968, 1243-1248; E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.

Una parte della dottrina[23] sottolinea come la qualifica di bene comune deriva dall'attivazione di pratiche collaborative, che coinvolgano direttamente la società civile, rendendo comune la responsabilità della loro gestione, sicché i beni confiscati assumerebbero natura di beni comuni se e in quanto oggetto di patti di collaborazione o altre forme di amministrazione condivisa.

Nella prospettiva qui adottata, gli immobili confiscati non devono considerarsi beni comuni[24] *ab origine*, come le risorse naturali, i beni culturali o il paesaggio, ma perché una volta sottratti alla criminalità organizzata devono essere funzionalmente destinati alla soddisfazione degli interessi delle comunità locali, quale mezzo di rigenerazione sociale dei territori colpiti dalla criminalità organizzata. Ed è da tale qualificazione dell'immobile che discende la necessità di assicurare tecniche idonee a garantire la partecipazione dei cittadini nelle scelte di utilizzo, gestione e controllo dei beni. In questo senso, il passaggio dall'"uso sociale" alla "codecisione" rappresenta l'elemento qualificante della restituzione alla collettività locale[25] tale da rendere effettiva la natura comune del bene. In altri termini, non è sufficiente la mera destinazione sociale stabilita dall'amministrazione: la natura di bene comune si realizza attraverso la co-decisione e la corresponsabilità con i cittadini attivi.

È in tal contesto che assume rilievo il paradigma dell'amministrazione condivisa, elaborato da Arena[26], quale modello di esercizio della funzione ammini-

---

23 Cfr. G. Arena, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2011, 183; Id., *Cittadini e beni comuni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 652; Id., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parl. e pol. cost.*, 1997, 117-118, 29 ss.; Id., *Da beni pubblici a beni comuni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 662, ove l'A. richiama, tra gli esempi di beni suscettibili di gestione collettiva, anche i beni confiscati di cui all'art. 48, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Più di recente riprende questa impostazione C. Salati, *I beni confiscati alle mafie come beni comuni*, cit., 3.

24 Sulla natura comune dei beni confiscati, cfr. R. Di Maria – F. Romeo, *I beni confiscati alla criminalità come "beni comuni": brevi considerazioni, tra diritto pubblico e privato*, in *Dir. soc.,* 2016, 589 ss., i quali prospettano la qualificazione dei beni confiscati come beni comuni in ragione della loro funzionalizzazione all'"utilità sociale" ex artt. 41-43 Cost.

25 In tema, cfr. da ultimo M. Bombardelli, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 599 ss. Si rinvia inoltre a S. Pellizari, *New Commons e servizi sociali: il modello dell'amministrazione condivisa tra autonomie territoriali, terzo settore e società civile organizzata*, in M. Bombardelli, (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, 249 ss.

26 G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, cit., 29 ss. Le origini di tale impostazione si rinvengono tuttavia già negli

strativa fondato sul coinvolgimento diretto dei cittadini.

Arena ha definito l'amministrazione condivisa come un rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini, in cui questi ultimi escono dal ruolo passivo di amministrati per diventare co-amministratori, soggetti attivi che integrano le risorse di cui sono portatori con quelle di cui è dotata l'amministrazione e si assumono una parte di responsabilità nel perseguimento dell'interesse generale. Attraverso l'amministrazione condivisa la p.a. si serve di cittadini nella costruzione di decisioni[27] che si facciano interpreti dei bisogni della collettività secondo una logica solidale che trova fondamento nell'art. 2 Cost., e che, in coerenza con l'art. 3, co. 2, Cost., contribuisce a rimuovere quegli ostacoli che limitano il pieno sviluppo della persona e alimentano situazioni di diseguaglianza sostanziale[28].

Nella prospettiva del bene confiscato come bene comune, l'amministrazione condivisa[29] si configura come paradigma "necessario" per la gestione e la destinazione degli immobili confiscati: una forma di amministrare in cui i cittadini –

---

scritti di G.B. Benvenuti, *Funzioni amministrative e ordinamento giuridico*, Padova, 1968, 42 ss., ove si sottolinea che la funzione amministrativa non è monopolio esclusivo della pubblica amministrazione, ma una funzione "aperta" al concorso dei cittadini e delle formazioni sociali, in coerenza con il pluralismo dell'ordinamento. In questa prospettiva, il cittadino non è più soltanto titolare di libertà passive (di difesa nei confronti dei poteri pubblici), ma anche di libertà attive, che si traducono in forme di partecipazione diretta e responsabile all'amministrazione, aprendo la strada al modello della "demarchia". In questa prospettiva si colloca G. Pastori, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Torino, 2005, 1752 ss., il quale riprende gli studi di Benvenuti ed elabora la nozione di amministrazione diffusa, intesa come integrazione funzionale dei privati nell'esercizio delle funzioni pubbliche in attuazione dell'art. 118, co. 4, Cost.

27 Sul rilievo organizzativo dell'amministrazione condivisa e sulla necessità di strutture stabili di cooperazione tra enti pubblici e soggetti sociali, cfr. N. Berti, *Profili organizzativi dell'amministrazione condivisa*, in B. Boschetti (a cura di), *L'amministrazione condivisa. Appunti e indicazioni per il futuro prossimo delle politiche pubbliche*, Napoli, 2024, 111 ss.

28 Cfr. D. De Pretis, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. Arena – M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, 31 ss., la quale evidenzia che l'amministrazione condivisa trova fondamento, oltre che nell'art. 118, co. 4, anche negli artt. 2 e 3, co. 2, Cost.: il primo, riconoscendo i diritti inviolabili e i doveri di solidarietà, legittima la partecipazione dei cittadini alla cura dell'interesse generale; il secondo, imponendo alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona, richiede di rendere effettiva tale partecipazione come mezzo per realizzare uguaglianza e inclusione sostanziale.

29 Cfr. G. Arena, *Dai beni pubblici ai beni comuni*, cit., 647.

singoli o associati – condividono con l'amministrazione non l'esercizio della funzione, bensì solo le modalità di svolgimento[30].

Questo modello trova il proprio riconoscimento costituzionale nel principio di sussidiarietà orizzontale, espresso dall'art. 118, ult. co., Cost., che impegna Stato, Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni a favorire le autonome iniziative dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale[31].

Da ultimo, l'amministrazione condivisa ha ricevuto consacrazione nelle recenti sentenze della Corte costituzionale n. 131 del 2020 e 52 del 2021[32], ove, con riferimento agli istituti della co-programmazione e co-progettazione previsti negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017 (v. *infra*), la Corte ha ravvisato espressamente nell'amministrazione condivisa una forma di amministrazione diversa sia da quella tradizionale autoritativa, sia da quella di prestazione o di regolazione della con-

30 Così F. Giglioni, *Forme e strumenti di amministrazione condivisa*, in G. Arena – M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, 78, il quale osserva anche che è possibile sostenere che l'amministrazione condivisa delinei la ricerca di risorse ulteriori con la partecipazione dei cittadini per svolgere al meglio le proprie funzioni. In senso critico cfr. S. Scoca, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 83 ss., che richiama il principio di legalità e sottolinea come soltanto un'esplicita attribuzione normativa di poteri al privato consenta di parlare di vero coesercizio di funzioni, altrimenti riducendosi l'"amministrazione condivisa" a mera collaborazione procedimentale o materiale.

31 P. Duret, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*,, 2000, 95-145; Id., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; Id., *L'"amministrazione della società" e l'emersione del principio della sussidiarietà sociale*, in *Amministrare*, 2018, 219-233; Id., *Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Napoli, 2023.

32 Cfr. Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, e Corte cost., 25 marzo 2021, n. 52. Per i commenti alla prima sentenza si vedano: G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del terzo settore*, in *Giur. cost.*, 2020, 1439 ss.; M. Galdi, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in *Federalismi.it*, 2020, 88 ss.; L. Gori, *Sentenza n. 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in *Riv. impresa sociale*, 2020, nonché i contributi raccolti in A. Fici– L. Gallo – F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020, e in S. Pellizzari – C. Borzaga (a cura di), *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, Trento, 2020. Per un commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 52/2021, si veda V. Ciaccio, *Il valore di sostegno attivo della sussidiarietà orizzontale*, in *www.labsus.org*, 2021; L. Gori, *Un nuovo contributo giurisprudenziale sulla portata del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, u.c. Cost.*, in *Giur. cost*., 2021, 703.

correnza, fondata su un sistema di regole che si basa sulla collaborazione tra pubbliche amministrazioni, cittadini e ETS, quali componenti qualificati della società civile, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

In conclusione, solo riconoscendo l'immobile confiscato come bene comune e adottando il paradigma dell'amministrazione condivisa è possibile realizzare una restituzione autentica alla collettività: non semplice assegnazione dall'alto, ma processo di co-decisione in cui la comunità diviene corresponsabile delle finalità e delle modalità di gestione, trasformando la destinazione stessa in atto di cittadinanza attiva e in momento di ricostruzione della fiducia pubblica.

3.1. La co-programmazione e la co-progettazione degli interventi nel Codice del Terzo settore.

Ai fini del nostro studio, assumono rilievo innanzitutto la co-programmazione e la co-progettazione[33] con gli enti del Terzo settore previsti dall'art. 55 del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore), i quali, come si è visto, sono rico-

33 Si tratta di modelli già sperimentati per l'esercizio di altre funzioni amministrative tradizionali, in cui ai privati – singoli e/o organizzati anche in forma imprenditoriale – è consentito incidere attivamente sui processi decisionali secondo una logica di condivisione, consensualità e sinergia operativa. Emblematico al riguardo è il settore dell'urbanistica, in cui si registra il ricorso a modelli consensuali e co-progettuali per l'attuazione delle politiche del governo del territorio. Come osserva G. Piperata, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urb. e app.*, 2011, 508 ss., l'insieme degli strumenti di pianificazione attuativa e integrata ha dato vita a un fenomeno che può essere denominato «urbanistica per progetti». Con tali istituti non si intende semplicemente esprimere la negoziabilità degli interessi rilevanti per un dato intervento, ma perseguire scopi più ampi di natura sociale e ambientale, beneficiando anche dell'apporto di privati al fine di realizzare programmi e progetti complessi. In tema si vedano anche: F. Pellizari – L. Zanetti, *La programmazione negoziata nell'ambito della pianificazione urbanistica e dei lavori pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 1999, 283 ss.; M. Dugato, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. amm.*, 1999, 511 ss.; A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo*, Napoli, 2000; T. Bonetti, *Urbanistica per progetti: i programmi complessi*, in M.A. Cabiddu (a cura di), *Diritto del governo del territorio,* Torino, 2010, 212 ss.; M. De Donno, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 279 ss.; Id., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, 2015. Sull'evoluzione della co-programmazione, cfr. G. Gotti, *La co-programmazione tra principio di sussidiarietà e trasformazioni dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2024, 4 ss., che ricostruisce la genesi dell'istituto e ne evidenzia il radicamento negli artt. 2, 3 e 118 Cost., nonché i collegamenti con la normativa previgente al Codice del Terzo settore.

nosciuti dalla Corte costituzionale come espressione tipica dell'amministrazione condivisa[34].

Tali istituti prevedono il coinvolgimento nelle decisioni amministrative degli enti del Terzo settore (ETS)[35], le cui caratteristiche sono delineate dal Codice del Terzo settore, che li definisce come formazioni sociali, costituite nelle diverse forme civilistiche, che, per iscriversi al Registro unico nazionale, devono possedere specifici requisiti di legge e assumere uno statuto particolare, con connessi vantaggi e obblighi[36]. Pur con queste limitazioni nell'individuazione dei soggetti "qualificati"[37] con cui interloquire, il CTS istituzionalizza un modo di ammini-

---

34 Sul rapporto generale tra pubblica amministrazione e Terzo settore, v. M. Bombardelli, *Alcune considerazioni di sintesi sul rapporto tra pubblica amministrazione e Terzo settore*, in S. Pellizzari – A. Magliari (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Napoli, 2020, 230 ss.; Id., *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in G. Arena – M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, 2022, 131, nonché B. Giliberti, *L'amministrazione condivisa: co-programmazione e co-progettazione nel Terzo settore*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024.

35 Quanto agli ETS, l'art. 4 del Codice del Terzo settore individua le categorie di enti cui si applica la disciplina del Codice. Ne restano esclusi i soggetti con forma societaria che perseguono prevalentemente finalità lucrative, le pubbliche amministrazioni — pur operando anch'esse per interessi generali, ma secondo regole proprie — e le formazioni politiche e sindacali per il ruolo particolare che la Costituzione riconosce loro. Gli ETS devono quindi essere enti che esercitano, in via esclusiva o principale, una o più attività di interesse generale tra quelle elencate all'art. 5 CTS.

36 La letteratura sugli ETS è ampia. Tra i contributi più significativi si vedano: A. Fici (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2017; A. Mazzullo, *Il nuovo Codice del Terzo settore*, Torino, 2017; Id., *Diritto dell'imprenditoria sociale. Dall'impresa sociale all'impact investing*, Milano, 2019; F. Donati – F. Sanchini (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Milano, 2019; AA.VV., *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai protagonisti*, Bari, 2019; C. Contessa – D. Simeoli – I. Volpe, *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019; P. Consorti – L. Gori – E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2021; M. Gorgoni, *Il Codice del Terzo settore tra luci e ombre*, in Id. (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Pisa, 2021, 9 ss. Sul rapporto fra diritto civile e diritto del Terzo settore, v. M.V. De Giorgi, *Enti del primo libro e del Terzo settore*, Pisa, 2021. Per le implicazioni costituzionali del riconoscimento, cfr. E. Rossi, *Costituzione, pluralismo solidaristico e Terzo settore*, Modena, 2019; F. Sanchini, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Milano, 2020; F. Rigano, *Libertà individuale e rapporti sociali: lo statuto costituzionale del Terzo settore*, in *Diritto costituzionale*, 2021, 137 ss.; D. Caldirola, *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, Napoli, 2021.

37 La Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, ha riconosciuto la legittimità della riserva agli enti del Terzo settore nelle procedure di co-programmazione e co-progettazione, sottolineando che solo tali soggetti garantiscono la comunanza di interessi con l'amministrazione e l'effettiva terzietà dell'azione, mentre l'ammissione generalizzata di qualsiasi operatore privato, con o senza scopo di lucro, finirebbe per includere soggetti privi di quelle caratteristiche di meritevolezza "certificata"

strare orientato al perseguimento di interessi generali aventi a oggetto la realizzazione dei diritti fondamentali della persona, dando a questi istituti una disciplina generale, al di là dei singoli settori in cui l'amministrazione condivisa era stata confinata (v. l. 8 novembre 2000, n. 328, legge quadro sui servizi sociali).

Anche se la co-programmazione e la co-progettazione non sono previste dal Codice antimafia, l'art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore), nell'indicare alla lett. *z)* tra le finalità generali perseguibili dagli ETS la riqualificazione dei beni confiscati alla criminalità organizzata, fornisce un fondamento normativo implicito all'applicabilità delle forme di collaborazione tra pubblica amministrazione ed enti del Terzo settore previste dall'art. 55[38] con riguardo alla gestione e destinazione dei beni confiscati.

Occorre, dunque, verificare la portata di tali strumenti a partire dall'attuale disciplina contenuta nel titolo VII del d.lgs. n. 117/2017, per poi valutarne l'applicabilità in concreto ai procedimenti aventi ad oggetto gli immobili confiscati.

Va, a tal scopo, in primo luogo, evidenziato che i due istituti si collocano su un piano di complementarità necessaria[39]. La co-programmazione, "a monte", è volta infatti all'individuazione dei bisogni, delle priorità e delle risorse; la co-progettazione, "a valle", è diretta alla definizione e realizzazione di specifici interventi sulla base della co-programmazione effettuata. In questo modo, il coinvolgimento degli ETS si sviluppa lungo l'intero ciclo decisionale, che va dalla "presa in

---

richieste dall'ordinamento. La successiva Corte cost., 25 marzo 2021, n. 52, ha ribadito che l'art. 55 CTS costituisce attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118, co. 4, Cost., precisando che gli istituti di co-programmazione e co-progettazione non sono riconducibili agli appalti pubblici, ma rappresentano strumenti collaborativi volti alla realizzazione di interessi generali. Per un commento a tali sentenze v. nota 29.

38 L'art. 55 del Codice del Terzo settore prevede che, in attuazione dei principi di sussidiarietà e cooperazione, di efficienza e di efficacia e economicità, le amministrazioni pubbliche assicurino il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore attraverso forme di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento, nel rispetto dei principi della l. 7 agosto 1990, n. 241, e delle norme che disciplinano specifici procedimenti, in particolare quelli relativi alla programmazione sociale di zona prevista dall'art. 19 della l. 8 novembre 2000, n. 328.

39 L. Gili, *Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urb. e app.*, 2018, 3 ss., ove l'A. sottolinea come co-programmazione e co-progettazione si collochino su un piano di complementarità, dando vita a un ciclo decisionale completo che va dall'individuazione dei bisogni alla realizzazione degli interventi.

carico" dei bisogni sociali da parte dell'amministrazione – chiamata a pianificare le linee di azione atte a soddisfarli – all'ideazione e alla successiva erogazione delle singole prestazioni assistenziali, da svolgersi con l'apporto qualificato degli ETS, garantendo una collaborazione continuativa tra amministrazione e privato sociale.

La norma statale non chiarisce quale sia l'esito finale della co-programmazione; le Linee guida ministeriali sui rapporti collaborativi tra p.a. e ETS[40] lo individuano nell'elaborazione condivisa di un documento istruttorio di sintesi, che costituisce la base per le determinazioni di competenza dell'amministrazione. Rispetto alla partecipazione tradizionale, che interviene su atti già elaborati dall'amministrazione e si limita alla possibilità di presentare osservazioni, la co-programmazione consente un apporto dal basso nella costruzione della decisione, delineando un modello di collaborazione strutturata[41].

Diversamente dalla co-programmazione, la co-progettazione[42] sfocia in un vero e proprio accordo. Le Linee guida ministeriali[43] prevedono infatti espressamente la stipulazione di una convenzione, avente ad oggetto la predisposizione di un progetto e, solo eventualmente, anche la sua realizzazione, attraverso la condivisione di risorse economiche, materiali o immateriali.

---

40 Il d. m. 31 marzo 2021, n. 72, adotta le Linee guida sul rapporto tra P.A. e ETS negli artt. 55–57 CTS, richiamando i principi della l. 7 agosto 1990, n. 241.

41 Cfr. L. Gili, *Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, cit., 3 ss., che attribuisce alla co-programmazione una funzione non meramente consultiva, ma co-decisiva, in quanto consente agli ETS di concorrere alla formazione dell'atto amministrativo già nella sua fase genetica. Diversamente una parte della dottrina conduce l'istituto all'art. 13 della l. n. 241/1990, intravedendo nell'art. 55, co. 2, una delle ipotesi in cui il legislatore ammette la partecipazione del privato ai procedimenti aventi ad oggetto atti generali di pianificazione o programmazione, cfr. M. Tiberii, *Il ruolo degli enti no profit nell'attività pubblica di programmazione e co-progettazione*, in *Amministrativamente*, 2019, 484 ss., il quale sottolinea come la co-programmazione, pur valorizzata dall'art. 55 CTS, si configuri più come partecipazione consultiva ad atti generali che come esercizio co-decisionale.

42 Le origini dell'istituto si rinvengono nell'art. 7 del d.P.C.m. 30 marzo 2001, adottato in attuazione della l. 8 novembre 2000, n. 328 (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*), che per la prima volta ha attribuito alle organizzazioni del Terzo settore un ruolo nella progettazione di interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale.

43 V. d. m. 31 marzo 2021, n. 72.

Quanto alla natura giuridica, non vi è, a mio avviso, dubbio che tali convenzioni debbano essere ricondotte agli accordi pubblicistici, disciplinati dalla l. n. 241/1990, e non a contratti di diritto privato[44]. Depone in tal senso sia l'oggetto della convenzione – vale a dire la modalità di esercizio di un potere di organizzazione di un servizio riservato alla p.a. – sia il richiamo, contenuto nell'art. 55, ai principi della stessa legge n. 241/1990[45].

In questa logica, la co-progettazione si differenzia radicalmente dai contratti pubblici: mentre questi concernono attività di mercato e sono disciplinati dal diritto della concorrenza e dalle regole di evidenza pubblica[46], la co-progettazione configura uno strumento amministrativo autonomo, volto alla realizzazione di finalità solidaristiche e non allo svolgimento di prestazioni economiche.

---

44 Diversamente, in dottrina v. V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. Arena – M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, 21 ss., il quale assimila i patti di collaborazione ad accordi negoziali atipici e, come tali, sottoposti alla giurisdizione del giudice ordinario, a differenza degli accordi pubblicistici disciplinati dall'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241, sottoposti invece alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

45 In dottrina, cfr. F. Giglioni – A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, 239; nonché F. Giglioni, *Forme e strumenti di amministrazione condivisa*, cit., 65 ss., i quali inquadrano la co-progettazione nell'alveo degli accordi ex art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241. Sul punto diffusamente cfr. E. Frediani, *La co-progettazione nei servizi sociali*, Torino, 2017, 200 ss., che qualifica la co-progettazione come accordo procedimentale riconducibile allo schema pubblicistico dell'art. 11, con ampio approfondimento sugli aspetti applicativi. Nello stesso senso cfr. L. Gori, *L'«amministrazione condivisa»: contributo alla ricomposizione del quadro normativo*, in *Studium iuris*, 2022, 842 ss., che valorizza la prospettiva della sussidiarietà orizzontale e conferma la riconduzione della co-progettazione agli accordi ex art. 11.

46 Nelle Linee guida Anac recanti *Indicazioni in materia di affidamenti dei servizi sociali,* approvate con Delib. n. 382 del 21 luglio 2022, si chiarisce che tali indicazioni riguardano esclusivamente gli affidamenti di servizi sociali assoggettati al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ora d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), escludendo espressamente le forme collaborative previste dagli artt. 55–57 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (CTS). In senso opposto, il parere Cons. Stato, 20 agosto 2018, n. 2052, aveva ritenuto che la co-progettazione costituisse un momento selettivo funzionale all'affidamento di servizi, con conseguente attrazione nell'ambito della normativa europea sulla concorrenza. Tale impostazione è stata superata dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, che ha distinto gli affidamenti soggetti al Codice dei contratti pubblici dalle forme collaborative previste dal CTS, fondate sull'art. 118, ult. co., Cost.: v. Corte cost., nn. 131/2020 e 52/2021; Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2020, n. 3195; sez. V, 30 marzo 2021, n. 2643; sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217; TAR Liguria, sez. I, 3 maggio 2024, n. 310.

La piena alternatività tra co-progettazione e disciplina dei contratti pubblici è del resto oggi sancita dall'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice dei contratti pubblici)[47], che esclude espressamente l'applicabilità della disciplina codicistica alle forme di collaborazione tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore previste dal Codice del Terzo settore. Le esigenze di trasparenza e pubblicità, a garanzia della parità di trattamento tra ETS nell'ambito della co-progettazione, sono assicurate dal richiamo ai principi della legge sul procedimento amministrativo. Inoltre, il comma 4 dell'art. 55 del Codice del Terzo settore impone alla p.a. di specificare gli "obiettivi generali e specifici" di ciascun intervento, oltre alla "durata" e alle "caratteristiche essenziali" degli stessi. Infine, l'art. 12 della l. n. 241/1990[48], applicato ai rimborsi e ai contributi riconosciuti agli ETS, estende alla co-progettazione le garanzie proprie delle sovvenzioni; ne consegue l'obbligo per l'amministrazione di predeterminare criteri e modalità di attribuzione, assicurando conformità a trasparenza, pubblicità e parità di trattamento.

In definitiva, la co-progettazione non rappresenta uno strumento di esternalizzazione, ma un metodo di aggregazione di interessi pubblici e privati differenziati, in funzione della gestione di utilità collettive secondo uno schema di partenariato pubblico-sociale pienamente compatibile con l'ordinamento europeo e nazionale. Ciò trova riscontro nel diritto dell'Unione europea[49] che consen-

47 Sulla portata sistematica dell'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici cfr. G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 287 ss., spec. 300, ove si osserva che la norma recepisce i principi affermati dalla Corte cost. n. 131/2020, consacrando l'idea di un'alternatività tra la disciplina della solidarietà e quella della concorrenza. In tal modo il legislatore ha inteso superare definitivamente le incertezze interpretative emerse in passato e sancire il distinto ambito applicativo degli strumenti collaborativi previsti dal Codice del Terzo settore rispetto agli affidamenti soggetti alla disciplina concorrenziale.

48 Quanto ai sostegni economici nella co-progettazione, essi non assumono natura di corrispettivo, ma di contributi pubblici soggetti all'art. 12 della l. 7 agosto 1990, n. 241, che impone la predeterminazione di criteri e modalità in atti generali pubblicati e la rendicontazione analitica dei costi effettivamente sostenuti. In tal senso, cfr. F. Giglioni, *Forme e strumenti di amministrazione condivisa*, cit., 90 ss., che richiama l'obbligo di trasparenza e predeterminazione quale garanzia tipica dell'art. 12; L. Gori, *L'«amministrazione condivisa»: contributo alla ricomposizione del quadro normativo*, cit., 845, che sottolinea la natura di rimborso dei soli costi documentati; nonché TAR Lazio – Latina, 28 marzo 2022, n. 281, che conferma l'applicabilità ai rimborsi della disciplina prevista dall'art. 12 della l. n. 241/1990.

49 V. art. 14 TFUE e Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale, che riconoscono agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità nell'organizzazione dei servizi sociali; nonché artt.

te agli Stati membri, per attività di spiccata valenza sociale, di adottare modelli organizzativi ispirati non alla concorrenza, ma alla solidarietà.

La peculiarità di questi istituti emerge, in ultimo, dalla facoltà, riconosciuta dalle linee guida, degli ETS di proporre un'istanza per l'avvio del procedimento, a conferma ulteriore della natura condivisa, quale espressione nell'autonoma iniziativa dei cittadini singoli o associati prevista dall'art. 118, co. 4, Cost.

3.2. I patti di collaborazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani

Un ulteriore strumento di amministrazione condivisa che assume rilievo per il nostro studio è rappresentato dai patti di collaborazione per la cura dei beni comuni urbani previsti da numerosi regolamenti comunali[50] a partire da quello adottato dal Comune di Bologna nel 2014[51], e, successivamente, da due leggi re-

---

34 e 36 della Carta dei diritti fondamentali UE. In giurisprudenza, Corte giust., 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet* e *Pistre*; Corte giust., 17 giugno 1997, C-70/95, *Sodemare*; Corte giust., 21 settembre 1999, C-57/96, *Albany*, che hanno escluso l'applicazione delle regole di concorrenza a regimi improntati alla solidarietà. In dottrina, S. Giubboni, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004, 1, 75 ss.; L. Gori, *L'«amministrazione condivisa»: contributo alla ricomposizione del quadro normativo*, cit., 837 ss.

50 P. Duret, *Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, cit., spec. 359 ss. e 399 ss., ove i patti di collaborazione sono qualificati come "apice della scala della sussidiarietà" ed espressione di una vera "demarchia presa sul serio", in quanto epifania di una funzione diffusa che consente l'"integrazione funzionale intrinseca dei soggetti privati nell'azione dei pubblici poteri".

51 Il primo e più noto esempio è rappresentato dal *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*, approvato con Delib. Cons. comunale Bologna, 19 maggio 2014. A questo hanno fatto seguito, tra gli altri, il *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, la gestione condivisa e la rigenerazione dei beni comuni urbani*, approvato con Delib. Cons. comunale Torino, 11 gennaio 2016, n. 375; il *Regolamento sulla collaborazione tra cittadine e cittadini e amministrazione per la cura, la gestione condivisa e la rigenerazione dei beni comuni urbani*, approvato con Delib. Cons. comunale Firenze, 30 ottobre 2017, n. 54, nonché il *Regolamento sull'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani*, approvato con Delib. Cons. comunale Napoli, 29 settembre 2016, n. 446. Sull'esperienza bolognese v. anche G. Arena-C. Iaione (a cura di), *L'età della condivisione. La collaborazione fra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Roma, 2015; nonché Id., *Un Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni*, in *Labsus.org*, 2014, che illustra la genesi del prototipo di regolamento poi adottato dal Comune di Bologna e da numerosi altri enti locali.

gionali (l. reg. Lazio n. 10/2019[52] e l. reg. Toscana n. 71/2020)[53]. Pur pensati in origine per la valorizzazione dei beni comuni urbani, i patti di collaborazione si prestano a essere utilizzati anche per l'amministrazione degli immobili confiscati (v. *infra*).

La diffusione e l'elaborazione teorica di questo istituto si devono in gran parte a *Labsus,* Laboratorio per la sussidiarietà, che ne ha promosso l'adozione e ne ha accompagnato la diffusione culturale e pratica. Il riconoscimento a livello normativo, tramite regolamenti comunali e leggi regionali, ha consentito di istituzionalizzare prassi collaborative nate dall'iniziativa dei cittadini per la cura di beni urbani abbandonati o degradati, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

I patti di collaborazione sono accordi tra cittadini e amministrazione finalizzati alla cura o rigenerazione di beni urbani, nei quali si condividono obiettivi, azioni da intraprendere, soggetti coinvolti, obblighi reciproci, vantaggi assicurati dall'amministrazione, durata e modalità di risoluzione delle eventuali controversie.

La peculiarità dell'istituto risiede nella capacità – diversamente dalla co-progettazione – di coinvolgere non solo soggetti "qualificati" come gli ETS, ma i cittadini, singoli o associati, nello svolgimento di attività di interesse generale.

Ciò che caratterizza i patti è la loro ampia flessibilità: possono avere finalità diverse, dalla cura occasionale alla riqualificazione del bene, e restano aperti alla partecipazione di altri componenti della collettività[54] che successivamente ne condividano i fini. Tale flessibilità riflette un modello di legalità "morbida", distinto da quello "rigido" tipico dell'amministrazione autoritativa.

---

52 Si tratta della prima legge – la l. r. Lazio 26 giugno 2019, n. 10, *Promozione dell'amministrazione condivisa dei beni comuni* – che estende alle amministrazioni il modello dell'amministrazione condivisa. Essa svolge una funzione di promozione attiva dell'adozione dei regolamenti comunali, prevedendo varie forme di incentivo per i comuni laziali e offre la cornice giuridica entro la quale le articolazioni territoriali interne ai comuni possono applicare tale modello, anche nel caso in cui il comune non adotti un proprio regolamento.

53 La l. r. Toscana 2 dicembre 2020, n. 71, *Disposizioni in materia di beni comuni*, prevede l'adozione di un regolamento sull'amministrazione condivisa dei beni comuni e si pone anch'essa a sostegno degli enti locali che decidano di adottarlo.

54 In questi casi esistono solo oneri di comunicazione da parte dei sottoscrittori a beneficio dell'amministrazione.

Diversamente dalle convenzioni di co-progettazione, i patti di collaborazione non richiedono un ulteriore atto della p.a., ma hanno efficacia direttamente vincolante.

Dal punto di vista della qualificazione giuridica[55], anche se una parte della dottrina nega la natura pubblicistica dei patti[56], non possono, a mio avviso, esserci dubbi sulla riconduzione agli accordi di natura pubblicistica[57], poiché attraverso gli stessi si regolano vicende che riguardano l'uso a fini pubblici di beni e risorse che riguardano una comunità di soggetti.

---

55 In giurisprudenza, l'unico precedente diretto è rappresentato da TAR Emilia-Romagna, Bologna, ord. 26 marzo 2015, n. 293, riformata da Cons. Stato., sez. V, ord. 26 gennaio 2016, n. 192, relative all'applicazione del Regolamento del Comune di Bologna. Le decisioni, pur senza soffermarsi compiutamente sulla natura giuridica dei patti, segnalano le difficoltà del loro inquadramento sistematico e pongono la questione della tutela dei terzi coinvolti.

56 In dottrina, per la riconduzione dei patti ai contratti di diritto privato – in particolare ai contratti plurilaterali con causa solidale, aperti all'ingresso di nuovi partecipanti e a formazione progressiva, anche sulla base del richiamo contenuto in molti regolamenti agli atti di natura non autoritativa, che evoca l'applicazione dell'art. 1, co 1-*bis*, della l. 7 agosto 1990, n. 241, cfr. L. Casalini, *Commons, commoning and community. I patti di collaborazione*, in *Persona e Mercato*, 2022, 44; R.A. Albanese, *Nel prisma dei beni comuni. Contratto e governo del territorio*, Torino, 2020, 278 ss.; A. Giusti, *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, in R.A. Albanese – E. Michelazzo – A. Quarta (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani: modelli e prospettive*, Atti del convegno di Torino, 27–28 febbraio 2019, Torino, 2020, 19 ss.; C. Iaione, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in G. Arena – C. Iaione (a cura di), *L'età della condivisione. La collaborazione fra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Roma, 2015, 58 ss. Per una più recente presa di posizione nello stesso senso, cfr. V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, cit., 29 ss.

57 In tal senso, cfr. F. Giglioni, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in R.A. Albanese – E. Michelazzo – A. Quarta (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani: modelli e prospettive*, Atti del convegno di Torino, 27–28 febbraio 2019, Torino, 2020, 299; F. Giglioni – A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, 275; A. Nervi, *La gestione dei beni comuni urbani. Modelli normativi*, in R.A. Albanese – E. Michelazzo – A. Quarta (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani: modelli e prospettive*, cit., 39 ss.; G. Calderoli, *Patti di collaborazione? Sì, ma preferibilmente (e, talvolta, necessariamente) con una seconda (e più esterna) cornice giuridica*, in P. Chirulli – C. Iaione (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018, 35 ss. Si veda anche, da ultimo, F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit. 86 ss.; nonché G. Marletta, *La legge sul procedimento e i patti di collaborazione*, cit., 462. In questa linea si colloca anche M.V. Ferroni, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., 9 ss., che, pur riconoscendo il carattere pubblicistico dei patti, non li riconduce agli accordi ex art. 11 della l. 7

Il modello di riferimento più prossimo è quello degli accordi sostitutivi previsti dall'art. 11 della l. n. 241/1990, la cui disciplina può essere applicata in via analogica. Infatti, anche se i patti non sostituiscono un provvedimento tipico, come avviene in caso di attività consensuale, essi rappresentano pur sempre una modalità di perseguimento dell'interesse generale.

Come gli accordi di co-progettazione, i patti costituiscono pertanto un modello ben lontano dalla logica degli appalti pubblici, caratterizzati da logiche di profitto e mercato, ma neppure possono essere assimilati ai contratti di diritto privato con comunione di scopo, che, ai sensi dell'art. 1321 c.c., sono pur sempre accordi volti a costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici di natura patrimoniale.

La riconduzione dei patti agli accordi disciplinati dall'art. 11 della l. n. 241/1990 consente inoltre alla pubblica amministrazione di monitorarne l'attuazione ed eventualmente recedere per sopravvenuti motivi di pubblico interesse[58]. Ciò è pienamente coerente con il paradigma dell'amministrazione condivisa, che non implica un'abdicazione della responsabilità pubblica, ma ne propone una diversa modalità di esercizio, fondata sulla cooperazione con i cittadini.

In definitiva, i patti di collaborazione si affiancano alla co-programmazione e alla co-progettazione, consentendo di attivare la cittadinanza diffusa e di garantire spazi di responsabilità condivisa nella gestione dei beni confiscati. Se gli istituti previsti dal Codice del Terzo settore valorizzano il ruolo qualificato degli ETS in un partenariato strutturato, i patti aprono invece la possibilità di un coinvolgimento diretto di tutti i cittadini, grazie alla loro flessibilità e immediatezza.

---

agosto 1990, n. 241 – i quali presuppongono la sostituzione o integrazione di un provvedimento tipico – ma piuttosto agli accordi di cooperazione ex art. 15 della stessa legge, in quanto strumenti fondati sulla collaborazione tra più soggetti per il perseguimento solidale dell'interesse generale.

58 L'art. 11, co. 4, l. 7 agosto 1990, n. 241 consente alla p.a. di recedere unilateralmente dagli accordi "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse", con obbligo di indennizzo. Applicando tale disciplina ai patti di collaborazione, la p.a. può recedere dall'accordo qualora l'attività non risulti più conforme all'interesse pubblico, previa motivazione e nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. In dottrina, cfr. G. Marletta, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, cit., 448 ss., che richiama l'estensione agli stessi patti delle garanzie e dei rimedi previsti dalla l. n. 241/1990.

4. Prospettive di integrazione degli strumenti di amministrazione condivisa nei procedimenti di gestione e destinazione degli immobili sottratti alla criminalità organizzata.

Occorre a questo punto stabilire quando e quali strumenti di amministrazione condivisa possano essere utilizzati nella gestione e destinazione degli immobili sottratti alla criminalità organizzata.

L'indagine investe l'intero procedimento dal sequestro alla destinazione finale, poiché in ciascuna fase emerge la necessità di coinvolgere i cittadini attivi sia per assicurare la conservazione del bene, sia per garantire che la fruizione risponda realmente alle esigenze delle comunità locali.

Prima della destinazione finale si pone l'esigenza di individuare forme di utilizzo provvisorio idonee a evitare l'abbandono dell'immobile e a garantirne la continuità nell'uso.

Sebbene l'art. 40, co. 3-*ter*, del Codice antimafia preveda la possibilità di concedere in comodato gli immobili sequestrati agli enti territoriali, la misura si è rivelata inefficace a garantire la conservazione dei beni[59].

La temporaneità della misura cautelare e l'incertezza sull'esito finale del procedimento, da un lato, scoraggiano i Comuni o altri enti territoriali dal richiedere l'assegnazione provvisoria, dall'altro, anche quando concessi in comodato a questi ultimi, gli immobili vengono spesso abbandonati, con il rischio di un ritorno alla gestione dell'ANBSC.

Fin dal sequestro emerge pertanto la necessità di un coinvolgimento diretto della collettività attraverso la messa a disposizione di idee e risorse, tali da consentire un utilizzo temporaneo dei beni e garantire, al contempo, un impiego effettivamente aderente ai bisogni delle comunità territoriali[60].

---

59 Cfr. G. Torelli, *I beni confiscati alla criminalità organizzata tra decisione amministrativa e destinazione giudiziale*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 205 ss., osserva come la natura pubblicistica del bene e la stessa efficacia del provvedimento di destinazione siano fortemente condizionate dalle decisioni del giudice penale nella fase cautelare, generando incertezze nella gestione e nei rapporti tra autorità giudiziaria e Agenzia nazionale.

60 Sul punto cfr. F. Giglioni, *La collaborazione per la legalità. Amministrazione condivisa,* 60; M.V. Ferroni, *Il riuso dei beni confiscati alla criminalità organizzata: come rendere formale l'informale*, in M.V. Ferroni – G. Ruocco (a cura di), *La città informale*, Roma, 2021, 100 ss.

È in questa fase intermedia che, a mio avviso, i patti di collaborazione possono svolgere un ruolo decisivo[61]. Essi, infatti, sono strumenti flessibili e temporanei, capaci di consentire un utilizzo immediato del bene da parte della comunità di riferimento. Pur non essendo previsti dal Codice antimafia, i patti permettono di mantenere vivo il legame tra comunità locali e bene, creando un circuito di responsabilizzazione civica che funziona come un ponte tra il vincolo cautelare e la destinazione finale[62].

La loro vocazione appare dunque principalmente connessa alla fase cautelare o comunque precedente la destinazione finale, ma il loro impiego appare utile anche successivamente in fase di destinazione definitiva a fronte di interventi di riqualificazione non complessi[63].

---

61 Si vedano i regolamenti che prevedono espressamente l'applicazione dei patti di collaborazione anche ai beni confiscati: Regolamento del Comune di Bologna per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani (delib. Cons. comunale 19 maggio 2014, n. 19); Regolamento del Comune di Bagheria (delib. Cons. comunale 26 febbraio 2019, n. 11) per l'amministrazione condivisa dei beni confiscati, nonché il Prototipo di Regolamento elaborato da Labsus.

62 Sul rapporto tra patti di collaborazione e beni confiscati v. G. Arena, *Da beni pubblici a beni comuni,* cit., 655 ss., nonché C. Salati, *Beni confiscati alle mafie come beni comuni. L'amministrazione condivisa quale scenario di rigenerazione*, cit., 24 ss., che mette in luce come i patti possano costituire strumenti di rigenerazione partecipata, capaci di convogliare risorse e competenze eterogenee attorno a un obiettivo comune e di trasformare i beni confiscati in luoghi di comunità.

63 Alcune esperienze recenti mostrano l'applicazione dei patti di collaborazione agli immobili confiscati alla criminalità organizzata, come strumento di gestione condivisa fondato sul principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, ult. co. Cost.). Un caso significativo è quello di Villa Celestina a Bologna, bene confiscato e affidato nel 2019 in gestione temporanea all'associazione Libera Bologna tramite un patto di collaborazione con il Comune, volto alla cura dell'area verde, all'apertura al pubblico e alla promozione di attività sociali e culturali. Un secondo esempio è la Biblioteca di condominio Espinasse a Milano, ricavata da un appartamento confiscato e rigenerato attraverso un patto tra Comune, associazioni locali e cittadini, che ha dato vita a uno spazio civico autogestito con funzioni sociali e culturali. In Sicilia, il Comune di Bagheria ha sperimentato un patto di collaborazione per la gestione di Villa Castello, bene confiscato alla mafia e trasformato nel Centro Don Milani, gestito congiuntamente da una rete di associazioni e dal CeSVoP, centro di servizi per il volontariato di Palermo, con funzioni di facilitazione e coordinamento. Questi casi, pur diversi per contesto e scala, mostrano come il patto di collaborazione possa rappresentare una forma innovativa di amministrazione condivisa dei beni confiscati, capace di integrare soggetti pubblici e cittadini attivi nella rigenerazione e destinazione sociale.

Diversamente, gli istituti di co-programmazione e co-progettazione con gli ETS si prestano meglio a essere utilizzati nella fase definitiva, poiché vedono il coinvolgimento di soggetti qualificati, dotati di competenze tecniche e capacità organizzative necessarie per elaborare piani e progetti di valorizzazione stabile del bene e per sostenere processi decisionali articolati, e che presentano al contempo maggiori requisiti di affidabilità e trasparenza, particolarmente rilevanti nelle scelte strategiche e negli interventi complessi, dove il rischio di infiltrazioni mafiose è più elevato.

In merito alla destinazione finale degli immobili[64], il Codice antimafia si limita a prevedere il riuso a fini sociali mediante concessione a titolo gratuito. L'art. 48, co. 3, lett. c), dispone che gli enti territoriali assegnatari possano concedere i beni gratuitamente a comunità giovanili, organizzazioni di volontariato e cooperative sociali; la successiva lett. c-bis) estende tale facoltà anche all'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati (ANBSC).

Se in tal modo si riconosce la rilevanza dei privati nella rigenerazione sociale del bene, ciò nondimeno non può parlarsi di amministrazione condivisa, poiché manca la partecipazione dei cittadini, singoli o associati, nella fase di formazione della scelta amministrativa. In altri termini, la disciplina riconosce alle organizzazioni senza scopo di lucro un ruolo nell'uso sociale, ma non di co-decisione.

È in questo vuoto normativo che possono trovare spazio gli strumenti di co-programmazione e co-progettazione introdotti dal codice del Terzo settore. Anche se il codice antimafia non li richiama espressamente, la loro applicabilità si ricava dalle finalità attribuite agli ETS, tra cui rientra, come visto, la riqualificazione dei beni confiscati (art. 5, co. 1, lett. z)[65]. L'impiego di questi istituti con-

64 Sul piano della destinazione definitiva, v. ancora M.V. Ferroni, *Il riuso dei beni confiscati alla criminalità organizzata*, cit., 103, che collega le forme di comodato e concessione, previste dall'art. 48, co. 3, lett. c) e c-*bis*), del Codice antimafia, al paradigma dell'amministrazione condivisa. L'Autore evidenzia come tali convenzioni, qualificabili alla stregua di accordi ex art. 11 ss. l. n. 241/1990, si collochino nel più ampio quadro degli istituti di co-programmazione e co-progettazione del Codice del Terzo settore, funzionali a garantire stabilità gestionale e restituzione effettiva dei beni alle comunità locali.

65 Cfr. F. Giglioni, *La collaborazione per la legalità: il caso dei beni confiscati alla criminalità organizzata*, cit., spec. 56 ss., il quale osserva che, pur non essendo espressamente richiamati dal Codice antimafia, gli strumenti di cui all'art. 55 d.lgs. n. 117/2017 (co-programmazione, co-

sente di superare la logica dell'affidamento unilaterale, instaurando un processo di decisione condivisa che valorizza competenze tecniche e responsabilità organizzative[66].

La distinzione segna il discrimine tra due modelli: da un lato, il coinvolgimento ampio e generalizzato del privato sociale, quale emerge dall'art. 48, co. 3, lett. c) del Codice antimafia in tema di affidamento gratuito; dall'altro, il coinvolgimento selettivo e qualificato degli ETS, previsto dal Codice del Terzo settore per i procedimenti di co-programmazione e di co-progettazione[67], caratterizzati da forme di co-decisione. Nel primo caso rileva la destinazione del bene a finalità sociali, indipendentemente dalle capacità tecnico-gestionali dell'affidatario; nel secondo, invece, il legislatore richiede la sola partecipazione di soggetti qualificati, gli ETS, dotati di competenze e responsabilità organizzative, idonei a condividere scelte che incidono sul futuro del bene e a garantire la sostenibilità degli interventi programmati.

---

progettazione e accreditamento) possono trovare applicazione anche in materia di beni confiscati, integrando la disciplina speciale di cui all'art. 48.

66 In alcune regioni, in particolare in Lombardia, già si sta affermando un approccio sistematico alla co-programmazione e co-progettazione applicate ai beni confiscati, in linea con gli artt. 55-57 del Codice del Terzo settore. La Delibera G.R. Lombardia n. 1923 del 19 febbraio 2024 ha approvato il Piano strategico di legislatura per i beni confiscati, che individua nella co-progettazione tra enti locali, ANBSC e organizzazioni del Terzo settore lo strumento principale per la definizione condivisa degli interventi di recupero e gestione dei beni. Tale orientamento trova continuità nella Delibera n. 2531 del 26 novembre 2019, modificata dalla Delibera n. 4347 del 22 febbraio 2021, che riconosce il ruolo delle reti sociali nella progettazione degli interventi finanziabili. L'Accordo istituzionale tra Regione Lombardia, ANBSC e ANCI Lombardia del 19 febbraio 2024 e il Protocollo d'intesa del 17 luglio 2025 tra Tribunale di Milano, Prefettura, Regione e ANBSC traducono tali principi in cooperazioni operative, favorendo percorsi di co-programmazione e co-progettazione territoriale per la destinazione sociale dei beni. Si vedano, tra gli esempi più significativi di applicazione concreta, il Protocollo d'intesa per la gestione e il riuso dei beni sequestrati e confiscati, sottoscritto il 16 giugno 2021 tra il Tribunale di Bologna, la Prefettura di Bologna, il Comune di Bologna e la Regione Emilia-Romagna, nonché le esperienze maturate nell'ambito del progetto "Beni confiscati e cittadinanza attiva", promosso dalla Città Metropolitana di Reggio Calabria (2021-2024), che ha sperimentato forme di co-programmazione e co-progettazione con cooperative sociali e associazioni territoriali.

67 Sul punto cfr. F. Giglioni, *op. cit*., spec. 57 ss., il quale evidenzia che l'introduzione dell'art. 48, co. 3, lett. c-*bis*), d.lgs. n. 159/2011 segna una svolta, in quanto consente all'ANBSC di procedere direttamente all'affidamento dei beni agli stessi soggetti sociali già menzionati dal comma precedente. Nella prassi, tuttavia, le linee guida adottate dall'Agenzia hanno richiesto ai partecipanti l'iscrizione al RUNTS, con un effetto restrittivo sulla platea dei possibili destinatari.

Con riferimento agli immobili confiscati emerge poi l'assoluta rilevanza di coinvolgere ETS radicati sul territorio, conoscitori dei bisogni locali, nonché la previsione di criteri di pubblicità e trasparenza, per evitare fenomeni di cooptazione da parte delle organizzazioni criminali e, al contempo, assicurare un pluralismo di esperienze e saperi.

Chiarito il ruolo dei soggetti coinvolti, occorre ora considerare, su un piano oggettivo, la co-programmazione e la co-progettazione, le quali svolgono funzioni diverse e si collocano in momenti distinti del processo decisionale.

La co-programmazione consente di costruire una pianificazione strategica, utile soprattutto quando l'ente territoriale assegnatario dispone di più immobili da destinare, elaborando una visione complessiva ed equilibrata che permetta di soddisfare i diversi bisogni delle comunità locali con il coinvolgimento di più ETS operanti sul territorio. Ciò non esclude che la co-programmazione possa essere attivata anche in presenza di un singolo bene, per valutare come esso si inserisca nelle politiche sociali, culturali o di rigenerazione dell'ente, garantendo comunque la partecipazione qualificata degli ETS.

La co-progettazione interviene invece nella fase operativa per definire nel concreto le modalità di riqualificazione e di gestione del singolo immobile, specificando gli interventi da realizzare, le forme di utilizzo sociale e le modalità di controllo. In questo modo si passa da una logica di policy a una logica attuativa, garantendo coerenza e continuità tra indirizzo e realizzazione.

Tuttavia, il ricorso a tale strumento può essere anticipato già nella fase cautelare, quando la natura complessa degli interventi renda necessario un percorso condiviso con enti qualificati (ETS) radicati nel territorio sin dall'inizio. In questa direzione si collocano, ad esempio, il protocollo del Tribunale di Bologna[68], che ha sperimentato forme di co-progettazione interistituzionale volte a preservare la continuità d'uso dei beni e a predisporne tempestivamente la valo-

68 Per utilizzo già in fase cautelare della co-progettazione si veda il Protocollo d'intesa per la gestione e il riuso dei beni sequestrati e confiscati, sottoscritto il 16 giugno 2021 tra il Tribunale di Bologna, la Prefettura, il Comune e la Regione Emilia-Romagna, che applica già nella fase cautelare strumenti di co-progettazione interistituzionale, coinvolgendo enti territoriali, associazioni del Terzo settore (tra cui Libera, Avviso Pubblico, cooperative sociali) e rappresentanze sindacali, al fine di garantire la continuità d'uso dei beni e prevenire fenomeni di abbandono.

rizzazione sociale anche nella fase cautelare.

Infine, può osservarsi che a seguito dell'introduzione della possibilità di affidamento diretto alle organizzazioni del privato sociale (art. 48, co. 3, lett. c-*bis*), l'Agenzia nazionale non può essere annoverata tra i soggetti legittimati a esperire procedure di co-programmazione o co-progettazione. La co-programmazione, infatti, implica la definizione congiunta di obiettivi generali e priorità di intervento, attività che richiede potestà programmatoria e che deve avvenire a livello locale, in capo agli enti territoriali, per far emergere i bisogni concreti delle comunità. La co-progettazione, a sua volta, riguarda la fase operativa di definizione delle modalità di gestione e valorizzazione dei beni, e, proprio in ragione del legame con i bisogni delle comunità, è preferibile che si svolga a livello locale attraverso il coinvolgimento diretto dei Comuni insieme agli ETS.

Il ruolo dell'Agenzia deve essere piuttosto quello di stimolare indirettamente percorsi collaborativi attraverso i propri bandi. In questo senso la Strategia nazionale per la valorizzazione dei beni confiscati mediante le politiche di coesione (Delibera CIPE n. 53/2018)[69] ha previsto meccanismi premiali a favore degli ETS che presentino progetti corredati dall'adesione di enti territoriali disponibili ad acquisire il bene al patrimonio indisponibile e a sostenerne la valorizzazione. In tal modo non si configura una co-progettazione tra ANBSC e ETS, bensì una forma di selezione incentivata che favorisce l'attivazione di processi di co-progettazione tra enti territoriali ed enti del Terzo settore[70]. Ne risulta un modello nel quale l'ANBSC conserva la propria funzione tipica di assegnazione, ma orienta il riuso dei beni verso forme di amministrazione condivisa radicate nelle esigenze delle collettività territoriali.

---

69 La delib. CIPE n. 53/2018 ha dato avvio alla Strategia nazionale per la valorizzazione dei beni confiscati mediante le politiche di coesione, con l'obiettivo di coordinare risorse europee e nazionali per la riqualificazione del patrimonio confiscato. Un tratto innovativo è stata l'introduzione di criteri premiali nei bandi, volti a favorire progetti costruiti congiuntamente da enti locali ed ETS. Si tratta di un modello che, pur non qualificandosi come "co-progettazione" in senso tecnico-giuridico, orienta verso pratiche collaborative strutturate e anticipa l'applicazione della logica degli artt. 55 ss. CTS al settore dei beni confiscati.

70 Cfr. Protocollo d'intesa Regione Lombardia – ANBSC – ANCI Lombardia, Prefettura Milano, 19 febbraio 2024; Tavolo regionale sui beni confiscati Emilia-Romagna (art. 2, l.r. n. 18/2016). Questi esempi mostrano che l'amministrazione condivisa può riguardare non solo il rapporto con gli ETS, ma anche la cooperazione tra amministrazioni diverse e soggetti privati.

5. Conclusioni

Il *Codice antimafia*, pur avendo consolidato la finalità di destinazione sociale degli immobili confiscati, resta ancorato a una logica prevalentemente concessoria, fondata sull'affidamento gratuito a favore di una platea ampia di soggetti del privato sociale. Tale modello, tuttavia, riduce questi soggetti a meri destinatari del bene, senza un reale coinvolgimento nei processi decisionali.

Occorre invece superare questo approccio, riconoscendo che gli immobili confiscati, in quanto beni da restituire alle comunità colpite dal fenomeno mafioso, sono beni comuni, che richiedono, in quanto tali, forme di amministrazione basate sulla co-decisione con gli attori sociali radicati nel territorio.

Ad oggi manca un riconoscimento normativo espresso degli strumenti giuridici per la gestione e la destinazione condivisa di tali beni. Ne consegue che il coinvolgimento delle comunità territoriali resta affidato a pratiche locali non codificate e frammentate.

Gli istituti dell'amministrazione condivisa – già disciplinati, seppur per altri ambiti, sia a livello locale (patti di collaborazione) sia a livello statale (co-programmazione e co-progettazione) – devono invece costituire il modello di riferimento nei processi di rigenerazione sociale degli immobili confiscati. Come si è visto, questi strumenti si adattano infatti alle diverse fasi del percorso decisionale e alle varie tipologie di intervento, delineando un modello alternativo alla logica concessoria e capace di radicare l'uso dei beni nei bisogni reali delle comunità locali.

In tal modo il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, co. 4, Cost.) non opera soltanto come clausola programmatica, ma come criterio ordinatore dell'intera procedura di destinazione, facendo emergere la dimensione dei beni confiscati come beni comuni.

Ma affinché tale modello trovi piena attuazione, è necessario un quadro nazionale di riferimento che integri nel *Codice antimafia* gli strumenti dell'amministrazione condivisa, rendendoli componenti strutturali di una strategia di lungo periodo volta a consolidare l'efficacia della confisca, rafforzare la fiducia nelle istituzioni e dar vita a un vero e proprio "diritto dei beni comuni confiscati".

Solo tale intervento può assicurare certezza giuridica e stabilità applicativa, trasformando la restituzione sociale in un processo strutturale e verificabile, fondato su responsabilità pubbliche e civiche integrate.

L'effettività di tale forma di amministrare richiede inoltre strumenti di trasparenza sostanziale, indispensabili per consentire un controllo diffuso da parte dei cittadini sulle modalità di rigenerazione dei beni e garantire una rendicontazione pubblica dell'azione amministrativa. L'attuale sistema informativo, imperniato sul portale *Open Re.G.I.O.* e sulla *Piattaforma unica delle destinazioni*, presenta ancora limiti significativi: la frammentarietà dei dati, l'assenza di aggiornamenti costanti e la mancanza di accesso pubblico alle informazioni impediscono una conoscenza completa del ciclo di vita dei beni confiscati e una valutazione condivisa dell'efficacia delle politiche di riuso sociale.

Appare quindi necessario introdurre un sistema informativo unico e interoperabile, che integri le informazioni su sequestro, gestione e destinazione, assicurando un effettivo monitoraggio e una rendicontazione civica continua. In tale prospettiva, la piattaforma *Open Re.G.I.O.* dovrebbe essere potenziata con dati sull'uso sociale dei beni e sui soggetti coinvolti, così da favorire la diffusione di buone pratiche e rendere concreta la trasparenza sostanziale, presupposto di effettività dell'amministrazione condivisa.

In definitiva, la prospettiva di forme collaborative tra amministrazione e cittadini applicata agli immobili confiscati non si limita a proporre nuove tecniche di gestione, ma ridefinisce la funzione amministrativa in chiave cooperativa: un'amministrazione che unisce la tutela della legalità alla costruzione di fiducia e corresponsabilità sociale, segnando il passaggio da una logica di concessione a una logica di condivisione.

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

Chiara Castaldo
Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo e Pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino
chiara.castaldo@unito.it

Profili di diritto pubblico della rinuncia alla proprietà immobiliare

Public law aspects of the relinquishment of real property ownership

Sintesi

Il contributo propone una analisi della rinuncia alla proprietà immobiliare da una prospettiva pubblicistica, muovendo dalla qualificazione della proprietà, alla luce della sua funzione sociale (art. 42, co. 2, Cost.), come situazione giuridica complessa, comprensiva non solo di facoltà e poteri, ma anche di posizioni passive quali obblighi, oneri e doveri, interrogandosi sulla sorte di queste ultime a seguito dell'atto abdicativo unilaterale, tanto in relazione alle responsabilità eventualmente ancora gravanti sul proprietario rinunciante quanto sulla sorte delle obbligazioni per il tempo successivo all'atto di dismissione. In merito, il contributo propone una rilettura critica dell'art. 827 cod. civ., contestando l'interpretazione che postula un acquisto automatico e necessario del bene vacante da parte dello Stato ed aprendo ad alcune considerazioni circa l'ammissibilità *de iure condito* delle *res nullius* immobiliari, con alcuni cenni conclusivi alla rinuncia nel contesto di un procedimento espropriativo viziato da occupazione illegittima.

Abstract

The paper offers an analysis of the relinquishment of real property ownership from a public law perspective. It begins with the qualification of ownership, in light of its social function (Article 42, paragraph 2, of the Constitution), as a complex legal situation encompassing not only rights and powers but also passive positions such as obligations, burdens, and duties. It then examines the fate of these latter elements following a unilateral act of relinquishment, considering both the responsibilities that may still weigh upon the renouncing owner and the

obligations arising after the act of divestment. In this regard, the paper proposes a critical reinterpretation of Article 827 of the Civil Code, challenging the view that assumes an automatic and necessary acquisition of vacant property by the State, and opening the way to some considerations regarding the admissibility, under current law, of res nullius in the field of real estate. The paper concludes with brief remarks on the relinquishment within the context of expropriation proceedings tainted by unlawful occupation.

Parole chiave: rinuncia; proprietà; funzione sociale; obbligazioni propter rem; acquisizione sanante.

Keywords: relinquishment; real property; social function; propter rem obligations; remedial acquisition.

Indice. 1. Per un inquadramento della rinuncia alla proprietà immobiliare. – 2. Rinuncia abdicativa, disponibilità del diritto e funzione sociale della proprietà immobiliare. – 3. Gli effetti della rinuncia abdicativa: la sorte delle posizioni passive inerenti alla *res*. – 4. Acquisto in capo allo Stato (art. 827, cod. civ.) e ammissibilità delle *res nullius* in diritto pubblico. – 5. La rinuncia al bene immobile nel procedimento espropriativo. – 6. Brevi riflessioni conclusive.

1. Per un inquadramento della rinuncia alla proprietà immobiliare

È noto che la rinuncia alla proprietà immobiliare ha animato il dibattito in tempi recenti[1], con attenzione volta a determinarne la validità nell'ordinamento

1 Da ultimi, per la dottrina civilistica: A. Renda, *Derive e approdi in tema di rinuncia alla proprietà immobiliare,* in *Europa e diritto privato*, 2024, 1, 1 ss.; A. Senatore, *L'abdicazione alla proprietà nella giurisprudenza civile e amministrativa*, in *Rass. dir. civ.,* 2022, 1, 191 ss.; F. Piaia, *Il problema della rinunzia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare nella dinamica della comparazione degli interessi: una lettura alternativa,* in *Riv. crit. dir. priv*, 2022, 3, 301 ss.; T. Pellegrini, *Proprietà privata e Stato nel dibattito sulla rinuncia alla proprietà del bene immobile,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 2, 235 ss.; L. Coppo, *Il diritto a non essere proprietario secondo la teoria relazionale della proprietà,* in *A 50 anni dalla "Introduzione alla problematica della proprietà" di Pietro Perlingieri,* a cura di G. Carapezza Figlia, G. Frezza, P. Virgadamo, Napoli, ESI, 2021, 141 ss.; L.A. Caloiaro, *La rinunzia alla proprietà immobiliare tra principio di tipicità e funzione sociale (nota a T.A.R. Piemonte, 28 marzo 2018, n. 368),* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2018, 11, 1550 ss. Più scarna l'attenzione per i profili di diritto amministrativo, per cui si rimanda a: M. Roversi Monaco, *Il Comune, amministratore del patrimonio edilizio inutilizzato,* in *Ric. giur. ed.,* 2016, 5, 541 ss.; E. Marseglia, *La rinuncia abdicativa al vaglio del Consiglio di Stato (a.p. n. 2 e 4, 2020): legalità e tipicità dell'azione amministrativa nella materia dell'espropriazione per pubblica utilità,* in *Riv. giur. ed.,* 2021, 1, 890 ss.; A. Di Cagno, *La rinuncia abdicativa in favore dell'amministrazione nell'ambito delle occupazioni illegittime,* in *Urb. app.,* 2020, 1, 106 ss.; R. Pardolesi, C. Bona, *Espropriazione fallita, trasformazione dell'immobile e rinunzia abdicativa del privato: un intreccio problematico,* in *Studi in onore di*

giuridico vigente[2], prima ancora che a individuarne natura, oggetto, effetti e pubblicità[3].

Questioni, quelle ore ricordate, che si pongono ove si ritenga tale atto un negozio giuridico unilaterale abdicativo[4], ossia di dismissione (ed estinzione[5]) di una situazione giuridica soggettiva dal patrimonio del rinunciante[6], con distinzione rispetto ai negozi aventi natura traslativa, poiché la volontà del rinunziante sarebbe diretta esclusivamente all'effetto abdicativo della situazione giuridica, restandone gli ulteriori effetti solo una conseguenza indiretta, derivante da norme o principi dell'ordinamento[7], senza che sia lasciato spazio ad un atto di accettazione

---

Antonio Gambaro: un giurista di successo, vol. I, Milano, Giuffrè, 2017, 777 ss.; F. Tedeschi, *L'art. 42-bis del Testo unico delle espropriazioni e la possibilità per il privato di rinunciare (implicitamente) al proprio diritto di proprietà sul fondo illegittimamente occupato dall'Amministrazione,* in *Riv. giur. ed.*, 2013, 3, 446 ss.; R. Conti, *Diniego di rinunzia abdicativa,* in *Urb. app.*, 2009, 92 ss.

2 Recentemente Trib. L'Aquila, 17 gennaio 2024, ord. n. 233, ha proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 363-*bis*, cod. proc. civ., la quale si è espressa con la sentenza sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093. Per un commento, antecedente la detta pronuncia, per tutti: E. Damiani, *Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare al vaglio delle Sezioni unite,* cit., 1465 ss. In precedenza, per la giurisprudenza favorevole: Trib. Firenze, sez. II, 15 settembre 2022, n. 2529, in *DeJure;* T.A.R. Lombardia, sez. Milano, sez. IV, 18 dicembre 2020, n. 2553 in *OneLegale*. *Contra,* da ultimo*:* Trib. Perugia, sez. II, 6 maggio 2021, n. 704, in *OneLegale*.

3 Sul punto, i lavori monografici di: C. Bona, *L'abbandono mero degli immobili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017*;* R. Quadri, *La rinunzia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale,* Napoli, ESI, 2018; A. De Mauro, *La rinuncia alla proprietà immobiliare,* Napoli, ESI, 2018; R. Franco, *La rinunzia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2019; L. Follieri, *La proprietà insostenibile: rinuncia alla proprietà immobiliare tra interesse privato e ragioni della collettività,* Napoli, ESI, 2022; R. Grimaldi, *Rinunzia alle situazioni di dominio e variabilità degli interessi,* Napoli, ESI, 2023.

4 Così F. Macioce (voce), *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.,* vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, 940 ss.

5 Così L. Bozzi (voce), *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Nov. dig. it.,* vol. XV, Torino, Utet, 1968, 1150: ad esempio, in caso di rinuncia al credito, il debitore non otterrà il diritto di credito.

6 Così Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 216-2014/C. Per tutti: G. Sicchiero (voce), *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., vol. XVII, Utet, Torino, 2014, 606 ss.

7 Così, a mero titolo esemplificativo, l'accettazione dei chiamati ulteriori in caso di rinuncia all'eredità da parte del primo chiamato non è effetto diretto della rinuncia ma discende dalla delazione legittima o testamentaria. Similmente, in caso di rinuncia ad un bene in comproprietà, l'espansione delle quote degli altri comproprietari è effetto che deriva dal principio di elasticità del

o rifiuto di terzi eventualmente coinvolti[8].

Approfondite riflessioni circa la validità dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare sono state condotte nel contesto delle discipline privatistiche, le quali, riconosciuto un mutato contesto socio-economico[9], hanno affermato la validità di tale estremo atto di disposizione alla luce della disponibilità dello stesso diritto che ne costituisce oggetto[10], ancor più se si considera che è pacificamente ammessa la possibilità di abbandono di beni mobili[11] e risultando, pertanto, le opinioni contrarie in una disparità di trattamento in ragione dell'oggetto del diritto[12]. Ciò, pur non mancando chi abbia ricordato che non di ogni diritto che possa dirsi disponibile sono configurabili i medesimi atti di disposizione[13], ivi inclusa la rinuncia[14]. Agli studi civilistici è da riconoscere, altresì, lo studio dell'incidenza della rinuncia abdicativa alla proprietà sulla sorte delle posizioni giuridiche passive inerenti ai beni immobili e sulle correlative responsabilità, seppur di recente si sia escluso qualsiasi giudizio sulla meritevolezza della causa dell'atto di-

---

dominio. Per la rinuncia alla proprietà immobiliare, il richiamo è all'art. 827, cod. civ., e all'impossibilità di configurare gli immobili quali *res nullius* (v. *infra* § 4). Sul punto: A. De Mauro, *op. cit.*, spec. 65 ss.

8 L. Bozzi (voce), *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., 1143 ss.

9 Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 216-2014/C.

10 Cass., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093. Sul diritto di proprietà come diritto disponibile, per tutti: A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà e possesso,* in *Trattato di diritto privato,* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2017, spec. 565 ss. Con specifico riferimento alla rinuncia: F. Macioce (voce), *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., 942-943; G. Sicchiero (voce), *op. cit.*, 653; M.E. La Torre, *Abbandono e rinunzia liberatoria,* Milano, Giuffrè, 1993, 55-56. La questione sarà oggetto d'approfondimento *infra* (v. § 2).

11 Sulla distinzione tra abbandono e rinuncia, con riferimento alla disciplina tanto dei beni mobili quanto dei beni immobili, per tutti: G. Deiana (voce), *Derelictio,* in *Enc. dir.,* vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, 5 ss. Con specifico riferimento alla proprietà immobiliare: C. Bona, *op. cit.*, 9 ss. e A. De Mauro, *op. cit.*, 12 ss.

12 Così: Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 216-2014/C.

13 Ponendosi la disciplina di ciascun bene giuridico a tutela di plurimi e diversi interessi pubblici e privati: S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto,* Milano, Giuffrè, 1954, spec. 145 ss.

14 Come si legge in F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata,* Napoli, Jovene, 1970, 217 ss., seppur con riferimento alle ipotesi di incommerciabilità e impossibilità giuridica dell'oggetto, piuttosto che di irrinunciabilità. Si v. anche U. La Porta, *La rinunzia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 2, 484. *Contra*: L. Bozzi, *La negozialità degli atti di rinuncia,* Milano, Giuffrè, 2008, 9-10.

spositivo[15], anche ove la rinuncia pura e semplice al diritto sia dettata dall'impossibilità, o dalla mancata volontà del proprietario, di sopportare gli oneri, anche fiscali, di immobili «di scarso valore o praticamente ingestibili»[16].

Nel contesto di tali approdi, pare opportuno – anche in ragione degli effetti dell'atto di rinuncia immobiliare, di estinzione del diritto di proprietà e di preteso acquisto a titolo originario in capo allo Stato (art. 827, cod. civ.) – che lo studio del rapporto tra dismissione della proprietà e posizioni giuridiche passive inerenti ai beni immobili si estenda a considerazioni ed approfondimenti di diritto pubblico[17]. Quest'ultimo costituisce la lente della presente analisi, a partire da alcune considerazioni inerenti al fondamento pubblicistico del riconoscimento del diritto di proprietà e delle sue limitazioni (art. 42, co. 2, Cost.), che porteranno a qualificare la proprietà quale situazione giuridica complessa[18], ricomprendente posizioni giuridiche soggettive attive e passive (§ 2). Fermo restando che è comunemente ritenuto che queste ultime non possono né negare in radice la disponibilità del diritto[19] né costituire oggetto esclusivo della rinuncia abdicativa[20], è op-

15 Su cui in particolare E. Damiani, *La rinuncia alla proprietà immobiliare è abuso del diritto?,* in *Ius civ.*, 2022, 4 ss. e poi Id., *Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare al vaglio delle Sezioni unite,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2024, 6, 1465 ss. (in termini di abuso del diritto); G. Palatiello, *Rinuncia al diritto di proprietà immobiliare. L'eventuale esperimento dell'actio nullitatis,* parere del 14/03/2018-137948-137949, AL 37243/2017 (in termini di mancanza di causa). Il legame è evidente con la qualificazione della rinuncia alla proprietà quale negozio atipico, per cui in giurisprudenza: Trib. Imperia, 23 agosto 2018, n. 2600, in *DeJure*; Trib. Perugia, sez. II, 6 maggio 2021, n. 704, in *DeJure*; Trib. Genova, ord., 1° marzo 2018, in *Nuova giur lig.*, 2019, 1, 8 s. La questione, qui accennata e che fuoriesce dallo scopo del presente scritto, è risolta da Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093 nei seguenti termini: «non può comprendersi tra i possibili margini di intervento del giudice un rilievo di nullità virtuale per contrasto con il precetto dell'art. 42, secondo comma, Cost., o di nullità per illiceità della causa o del motivo».

16 Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 216-2014/C.

17 Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093 non solo lascia aperta la possibilità di riscrivere l'art. 827, cod. civ., ma si sofferma altresì brevemente sulla responsabilità gravante sul proprietario, con considerazioni che consentono le riflessioni di cui ai successivi §§ 3 e 4.

18 P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, Jovene, 1971, 91.

19 *Infra*, § 2.

20 Anche ove l'ordinamento riconosce alcune ipotesi di rinuncia liberatoria (artt. 882, 888, 1070 e 1104, cod. civ.), aventi ad effetto l'estinzione di posizioni giuridiche passive, la liberazione dall'obbligo costituisce pur sempre un effetto e non la causa della fattispecie abdicativa (Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093), permanendo tali posizioni passive indisponibili per il titolare (Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 216-2014/C). Per alcuna precedente

portuna un'analisi dei criteri di imputazione delle stesse nel contesto del diritto pubblico, al fine di verificare in che termini tale negozio giuridico incida sul loro adempimento e di determinarne la sorte sia per il tempo antecedente la rinuncia, ove l'obbligo non risulti adempiuto (§ 3), sia per il tempo successivo al detto negozio giuridico. Quest'ultima questione porterà ad alcune riflessioni in merito al ruolo dello Stato a fronte di rinunce abdicative alla proprietà immobiliare, che non lo qualifichino inevitabilmente come proprietario necessario (art. 827, cod. civ.; § 4).

La riflessione non tralascia di considerare le peculiarità che caratterizzano la rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare nel procedimento espropriativo (§ 5). Ed infatti, l'istituto della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare è stato portato all'attenzione del giudice amministrativo[21], con particolare rilievo della possibilità ch'essa costituisca strumento di acquisto di beni immobili in capo all'amministrazione pubblica a seguito di occupazione illegittima degli stessi[22]. Le riflessioni condotte in tale ambito si soffermano su aspetti che possono definirsi ulteriori[23] rispetto a più generali considerazioni sulla validità dell'atto di rinuncia alla proprietà nel contesto del diritto pubblico, ma che si intersecano con la questione relativa al preteso acquisto in capo allo Stato dei beni immobili vacanti (art. 827, cod. civ.), meritando pertanto alcune considerazioni conclusive.

---

giurisprudenza: Cass. civ., sez. II, 30 ottobre 2018, n. 27634; Cass. civ., sez. II, 3 ottobre 2022, n. 28611. Più in generale, per un inquadramento: M.E. La Torre, *op. cit.*; L. Bigliazzi Geri, *L'abbandono liberatorio,* in *Scritti in onore di Dante Gaeta,* Giuffrè, Milano, 1984.

21 Si vedano, per tutte e fatta salva la più approfondita analisi di cui *infra*: Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2022, ord. nn. 18168, 18167, 18143, 18142; T.A.R. Veneto, sez. I, 14 novembre 2019, n. 1232; T.A.R. Lazio, sez. Roma, sez. I-quater, 5 novembre 2019, n. 12658; T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. V, 3 ottobre 2019, n. 4724; T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. V, 27 maggio 2019, n. 2842; T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. V, 23 gennaio 2019, n. 367; T.A.R. Piemonte, sez. I, 28 marzo 2018, n. 368; T.A.R. Calabria, sez. Reggio Calabria, sez. I, 12 maggio 2017, n. 438; T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, sez. II, 28 dicembre 2016, n. 1778; Cons. giust. amm. Regione Sicilia, 25 maggio 2009, n. 486.

22 Ciò, a partire da Cass. civ., sez. un., 4 marzo 1997, n. 1907. Di contro e da ultime: Cons. St., ad. plen., 20 gennaio 2020, nn. 2, 3 e 4.

23 In particolare, si vedrà, il rapporto che tale atto intesse con la valutazione discrezionale rimessa all'amministrazione nella definizione del provvedimento espropriativo (*infra*, § 5).

2. Rinuncia abdicativa, disponibilità del diritto e funzione sociale della proprietà immobiliare

Varie sono le ragioni che hanno portato, da un lato, ad ammettere[24] e, dall'altro, a negare[25], la validità nell'ordinamento giuridico vigente di un negozio giuridico unilaterale abdicativo della proprietà immobiliare, evidenziando, in quest'ultima prospettiva, la rilevanza delle posizioni giuridiche passive nella configurazione del diritto di proprietà, ancor più ove si possa attribuire al negozio di rinuncia abdicativa l'effetto (sia esso voluto o indiretto[26]) di liberazione del proprietario dagli oneri od obblighi inerenti al bene[27]. Il negozio di dismissione della proprietà, infatti, inciderebbe non solo sulle situazioni giuridiche attive, quanto anche su quelle passive strettamente correlate al bene[28], seppur quest'ultime debbano ritenersi per principio generale indisponibili, perché poste in funzione d'un interesse altrui o pubblico, e, conseguentemente, irrinunciabili *ex se*[29].

---

24 Tra le argomentazioni più frequenti: ove il legislatore ha inteso escludere la rinuncia lo ha espressamente previsto (ad esempio, in tema di rinuncia alle parti comuni: art. 1118, cod. civ.); sussistono specifiche e peculiari ipotesi di rinuncia al diritto di proprietà (artt. 882 e 1104, cod. civ.); v'è espressa norma che richiede la forma scritta *ad substantiam* per gli atti di rinuncia a diritti reali immobiliari, senza ulteriore specificazione (art. 1350, n. 5, cod. civ.). Da ultimi si vedano: N. Scarano, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà (esclusiva) su beni immobili,* in *Contr. e impr.,* 2021, 3, 965 ss.; G. Resta, *Il problema della rinunzia alla proprietà immobiliare nella prospettiva del diritto comparato,* in *Riv. dir. civ.,* 2024, 2, 281 ss.

25 Tra le argomentazioni più frequenti: poiché il legislatore ha inteso disciplinare specifiche ipotesi di rinuncia, deve ritenersi che tali ipotesi siano caratterizzate da tipicità; non è possibile inferire dalle norme sulla trascrizione l'ammissibilità di un atto di rinuncia, che dovrebbe piuttosto trovare una giustificazione in norme sostanziali; l'abbandono e successivo acquisto per occupazione è previsto esclusivamente per i beni mobili (art. 923, cod. civ.); l'acquisto a titolo originario in capo allo Stato costituisce mera norma di chiusura per i casi in cui v'è incertezza sulla titolarità di un determinato bene immobile; non è possibile che un soggetto possa vedersi trasmesso un bene, comportante anche oneri ed obbligazioni, senza il suo consenso. In dottrina, da ultimi, R. Franco, *op. cit.*, 81 ss.; A. De Mauro, *op. cit.*, 192. In giurisprudenza: T.A.R. Piemonte, 28 marzo 2018, n. 368; T.A.R. Puglia, sez. Bari, sez. III, 17 settembre 2008, n. 2131.

26 In tale ultimo senso: Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093. Sulla rinunzia liberatoria, già *supra* nota 20.

27 Il punto è ripreso da quegli autori che si soffermano sullo studio della causa della rinuncia alla proprietà immobiliare, su cui già *supra* nota 15.

28 F. Romano, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale,* Napoli, Morano, 1967, 217.

29 S. Piras, *La rinunzia nel diritto privato,* Napoli, Jovene, 1940, 78, seppur con riferimento specifico agli obblighi. Sull'oggetto della rinuncia, per tutti F. Macioce (voce), *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., 940 ss.

Considerazioni, quelle ora riportate, che spesso sono collocate nel contesto più ampio del fondamento costituzionale della proprietà (art. 42, co. 2, Cost.)[30], ove sempre maggiore attenzione è posta sulla "funzione sociale", intesa come ordine naturale dell'economia, a presidio, da un lato, del diritto di appropriazione privata e, dall'altro, del diritto di tutti a un uso dei beni comune e rispettoso dei diritti costituzionalmente fondati[31] (art. 42, co. 2, Cost.). Trattasi di concetto storicamente, sociologicamente ed economicamente determinato[32], il cui significato è dato da una lettura congiunta delle norme costituzionali[33], con specificazione in norme di rango primario e nel diritto secondario[34]. Queste si pongono a garanzia di plurimi interessi pubblici – tra cui, con primario riferimento ai beni immobili,

30 Operazione che si rinviene in: T. Pellegrini, *op. cit.,* 253 ss.; V. Brizzolari, *Note a margine di un caso emblematico di rinuncia alla proprietà immobiliare,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2021, 3, 631 ss. Sull'art. 42, Cost., senza pretesa alcuna d'esaustività: F. Macario, *Art. 42*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. i, Torino, Utet, 2006, 864 ss.; S. Rodotà, *Art. 42*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, tomo II, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, 1982, 69 ss.; A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, ora in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi,* Cedam, Padova, 1975, 27 ss.; F. Santoro Passarelli, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1972, 2, 960 ss.; Id. (diretto da), *Proprietà privata e funzione sociale*, Cedam, Padova, 1976; e più di recente: F. Marinelli, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall'"avere" all'"essere",* in *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Tamponi, E. Gabrielli, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 3 ss.

31 Sul punto si v. S. Rodotà, *op. cit.,* 90 ss., secondo cui «la proprietà privata risponde alla natura delle cose, in quanto e solo in quanto mira a garantire la libertà e a permettere l'affermazione della persona umana». Trattasi di clausola generale, al pari di quella contenuta all'art. 41, Cost., che non coincide né con l'interesse pubblico, né con l'interesse di singoli individui o gruppi sociali, realizzando piuttosto l'interesse della società nel suo insieme, all'interno del quale i primi trovano legittimazione: M.A. Cabiddu, *La libertà economica e i suoi limiti (art. 41, Cost.)*, in *Codice commentato delle leggi in materia di urbanistica ed edilizia,* a cura di S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Carmen, Torino, Utet, 2013, 55.

32 Sull'evoluzione storica del concetto di proprietà: S. Rodotà, *op. cit.,* 69 ss.; S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto,* cit., spec. 1-100.

33 È il tema della proprietà-funzione, che ricorre in molti scritti riguardanti l'art. 42 della Costituzione, sia di diritto pubblico che di diritto privato, rimandandosi in questa sede agli A. citati *supra* in nota 30.

34 In ossequio ad una riserva di legge che è ritenuta relativa e non assoluta (artt. 41, co. 3, e 42, co. 2, Cost.): S. Rodotà, *op. cit.,* 69 ss. Sulla riserva di legge in generale: S. Fois, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milano, 1963.

l'ordine pubblico[35], l'ordinato assetto del territorio[36], la salute pubblica e l'igiene[37], la sicurezza e la pubblica incolumità[38], e finanche la tutela ambientale[39] – per ciascuno dei quali sono attribuiti all'amministrazione poteri di vario genere, tanto d'intervento diretto in caso di inadempimento del proprietario[40], quanto sanzionatori e ripristinatori[41], e con conseguente identificazione di specifici limiti, obblighi e oneri in capo al titolare del bene[42].

---

35 Definito dall'art. 159, co. 2, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, *Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59,* come «il complesso di beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale». Si rimanda a: G. Caia, *L'ordine e la sicurezza pubblica,* in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale,* a cura di S. Cassese, tomo I, Milano, Giuffrè, 2000, 157 ss.

36 In particolare, il riferimento è alla disciplina edilizia e urbanistica, che trova primaria fonte nel d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia,* oltre che nella legislazione regionale e nelle fonti e negli atti secondari, tra cui gli strumenti urbanistici comunali e regionali.

37 Per cui si rimanda, oltre che alla disciplina contenuta nei Regolamenti locali edilizi e di igiene, al r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, *Testo unico delle leggi sanitarie*, e al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, *Norme in materia ambientale*.

38 In particolare, si v. r.d. 18 giugno 1931, n. 773, *Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*.

39 Si v. il già citato d.lgs. n. 152 del 2006, cit. Sul rapporto tra la tutela ambientale e limiti, oneri ed obblighi gravanti sul proprietario, senza alcuna pretesa d'esaustività e anche oltre il mero scopo di questo scritto: L. Casertano, *Proprietà e ambiente. La soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela,* Giuffrè, Milano, 2008; S. Patti, *La tutela civilista dell'ambiente,* Cedam, Padova, 1979; M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente,* in *Dir. ec.,* 2005, 4, 1 ss.; G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione,* Giuffrè, Milano, 2003; S. Civitarese Matteucci, *Vincoli ambientali, pianificazione urbanistica ed affidamento del privato,* in *Riv. giur. amb.*, 1994, 924 ss.; M. Immordino, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni,* Cedam, Padova, 1991; G. Morbidelli, *Tutela dell'ambiente e normativa urbanistica – Riflessi sul diritto di proprietà,* in *Riv. giur. ed.*, 1988, 2, 125 ss.; D. De Pretis, *Paesaggio, urbanistica e vincoli alla proprietà: la Corte salva due piani territoriali,* in *Regioni*, 1991, 1176 ss.; F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 cost. e doveri di solidarietà ambientale,* in *Dir. ec.,* 2002, 215 ss.

40 Art. 54, co. 4, e art. 50, co. 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*. Sul punto si tornerà *infra*, § 3.

41 Si pensi, a mero titolo esemplificativo, agli artt. 133 e ss., d.lgs. n. 152 del 2006, cit., o all'art. 677, cod. pen.

42 Ne manca ampia analisi in diritto pubblico (per cui tuttavia in termini generali si richiama V. Caputi Jambrenghi (voce), *Proprietà privata (disciplina amministrativa),* in *Dig. disc.*

In tale contesto, si riconosce nella proprietà privata un'attuazione mediata dell'interesse pubblico[43], sino ad individuare nella disposizione costituzionale «un mutamento qualitativo» del «fondamento stesso dell'attribuzione al privato dei poteri proprietari»[44], così che la proprietà come posizione giuridica soggettiva attiva possa dirsi riconosciuta e tutelata dalla Costituzione nei limiti in cui costituisca realizzazione di una "funzione sociale"[45]. Ed infatti, qualsiasi riconoscimento di un diritto soggettivo ha «come fonte la norma che protegge un interesse privato (finalità immediata) per la realizzazione di quell'interesse pubblico (finalità mediata) che sta alla base della protezione stessa, ed è la ragione ultima per cui la protezione è accordata»[46].

L'affermazione evidenzia un rapporto essenziale tra interesse privato e interesse pubblico, il quale, seppur non a valori costanti[47], deve in ogni caso condurre ad un bilanciamento tra l'uno e l'altro[48]. Nel contesto costituzionale, la proprietà s'atteggia a «situazione soggettiva unisostanziale»[49], ossia posizione giuridica complessa[50], espressione di diverse facoltà e poteri, ed anche posizioni passive di

pubbl., Utet, Torino, 1997, 111 ss.), potendosi in questa sede rimandare in diritto privato a: U. Mattei, *La proprietà,* in *Trattato di diritto civile. I diritti reali,* diretto da R. Sacco, vol. I, 2° ed., Torino, Utet, 2015, 350 ss.

43 S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto,* cit., 145 ss.

44 S. Rodotà, *op. cit.,* 112.

45 Così G. Alpa, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di "conformazione"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, 599 ss. In giurisprudenza, con specifico riferimento alla rinuncia alla proprietà immobiliare: T.A.R. Piemonte, sez. I, 28 marzo 2018, n. 368.

46 S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto,* cit., 1.

47 *Ibidem*.

48 Corte cost., 28 luglio 1983, n. 252.

49 In questi termini F. Romano (voce), *Obbligo (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 503, che si dimostra critico verso l'assolutizzazione del dibattito inerente ai diritti soggettivi che ha caratterizzato il XIX secolo, con conseguente marginalizzazione dello studio della fattispecie dell'obbligo all'interno delle categorie dei diritti reali.

50 Si v. P. Perlingieri, *op. cit.*, 49 ss., 69 ss., 89 ss. Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, pur riconoscendo la rilevanza delle responsabilità connesse alla proprietà immobiliare, tende piuttosto a qualificare quest'ultima quale diritto. All'uopo richiama Corte cost., 28 luglio 1983, n. 252.

dovere (vincoli, oneri, obblighi)[51], quasi «stessa faccia della stessa medaglia»[52], senza possibilità di assolutizzazione delle une o delle altre[53]. Al legislatore è rimessa l'individuazione di posizioni giuridiche passive (doveri, oneri, obblighi) correlate alla posizione giuridica attiva (di diritto o libertà)[54], seppur non possa spingersi sino a configurare un generale dovere di restare proprietario[55], altrimenti negandosi in radice ogni bilanciamento tra interessi[56]. Ciò, ancor più ove si consideri che lo stesso riconoscimento costituzionale di una libertà o diritto (art. 42, Cost.) – anche ove opportunamente limitato in ragione di interessi pubblici o gene-

51 F. Romano, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale,* cit., 217, al di là della qualificazione giuridica di ciascuna di queste. Sulla distinzione tra dovere, onere reale, obbligo e obbligazione *propter rem*, oltre al citato A., per tutti: V. Frosini, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo,* vol. IV, Milano, Giuffrè, 1963, 207 ss.; V. Durante (voce), *Onere,* in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, Treccani, 1990, 1 ss.; V. Frosini (voce), *Dovere*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Torino, Utet, 1960, 302 ss.; R. Guastini (voce), *Dovere giuridico*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, Treccani, 1989, 1 ss.; F. Romano (voce), *Obbligo (nozione generale)*, cit., 500 ss.; A. Palermo (voce), *Onere,* in *Noviss. dig. it.,* vol. XI, Torino, Utet, 1965, 915 ss.; O.T. Scozzafava (voce), *Onere*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 99 ss.; W. Cesarini Sforza, *Il concetto di obbligo nella teoria generale del diritto*, in *Temi rom.*, vol. I, 1964, 497 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 1984.

52 F. Romano (voce), *Obbligo (nozione generale)*, cit., 503.

53 Si argomenta da Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, spec. pt. 19. Ad analoghe conclusioni giunge V. Caputi Jambrenghi, (voce), *Proprietà privata (disciplina amministrativa*, cit., 111 ss.*),* seppur nel raffronto con la proprietà pubblica.

54 Sulla qualificazione della proprietà come libertà o diritto, che fuoriesce dall'ambito del presente scritto, si citano per tutti: P. Rescigno (voce), *Proprietà (dir. priv.),* in *Enc. dir.,* vol. XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 254 ss.; M. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata,* in *Pol. dir.,* 1971, 443 ss.; F. Mengoni, *Proprietà e libertà,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 ss.; P. Barcellona (voce), *Proprietà (tutela costituzionale),* in *Dig. disc. priv.,* Utet, Torino, 1997. Sulla distinzione, per tutti: P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali,* Bologna, Il Mulino, 1984; F. Ruffini, *Diritti di libertà,* 2° ed., Firenze, La Nuova Italia, 1946; P. Virga, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1947; G. Lombardi (voce), *Libertà (dir. cost.),* in *Noviss. dig. it.,* vol. IX, Torino, Utet, 1963, 845 ss.; G. Amato (voce), *Libertà (dir. cost.),* in *Enc. dir.,* vol. XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 272 ss.

55 Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, pt. 10.

56 Da un lato l'interesse privato a godere e disporre del bene (art. 823, cod. civ.) e, dall'altro, gli interessi pubblici già più *supra* ricordati: per una analisi teorica generale S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto,* cit., 1 ss. Sul bilanciamento più in generale, anche nel rapporto tra diritti (così che nessun diritto si faccia tiranno: Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, pt. 9): R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 1-55 e A. Morrone (voce), *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. II,

rali – contiene *in nuce* la libertà negativa[57].

Da un lato, non si potrebbe essere indotti fino all'estremo di ritenere il diritto di proprietà un *officium*[58], una «funzione pubblica», tanto da «costringere il rinunciante a rimanere titolare della proprietà», quasi «gestore nell'interesse collettivo»[59], poiché le facoltà di godere e disporre della proprietà risulterebbero altrimenti annullate, con negazione di qualsiasi utilità anche patrimoniale per il proprietario, e per estensione della stessa posizione giuridica attiva. Dall'altro, s'ammettono scelte legislative che vincolino indissolubilmente ad un esercizio conformato del diritto, anche al fine di «diluire nel tempo l'abbandono degl'immobili»[60], ponendosi le stesse in funzione d'un interesse altrui o pubbli-

---

Milano, Giuffrè, 2008, 185 ss.

57 Si richiamano per analogia la libertà di associazione (art. 18, Cost.: per tutti P. Barile (voce), *Associazione (diritto di),* in *Enc. dir.,* vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 837 ss.); il diritto alla salute (art. 32, Cost.) e la correlativa possibilità di rinunciare alle cure, seppur vi siano trattamenti sanitari obbligatori (da ultimo F. Bertolini, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire,* in *Rivista AIC,* 2019, 4, 314 ss.); la libertà di religione (art. 7, Cost.: per tutti C. Cardia (voce), *Religione (libertà di),* in *Enc. dir.,* Agg., vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, 914 ss.). Vi sarebbe tuttavia un'opportuna distinzione tra la libertà di non esercitare un diritto e la possibilità di rinuncia al diritto, tenuto conto che sussistono diritti che si ritengono irrinunciabili: L. Olivero, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria,* Torino, Giappichelli, 2008.

58 L. Katz, *Ownership and offices: the building blocks of the legal order,* in *UTLJ,* 2020, 287 ss. *Contra*: Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093. Sull'ufficio, sia consentito il breve rimando a: F. Macioce (voce), *Ufficio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.,* vol. XVL, Milano, Giuffrè, 1992, 641 ss.; V. Frosini, *Osservazioni sulla struttura giuridica dell'officio,* in *Riv. dir. civ.*, 1964, 141 ss.; V. Frosini (voce), *Officio,* in *Noviss. dig. it.,* vol. XI, Torino, Utet, 1965, 773 ss.; S. Foderaro (voce), *Ufficio (diritto amministrativo),* in *Noviss. dig. it.,* vol. XIX, Torino, Utet, 1973, 1052 ss. Ricorda P. Perlingieri, *op. cit.*, 49 ss., 69 ss., 89 ss., che taluni hanno definito la proprietà uno *status,* seppur l'A. sia critico verso tale impostazione. Sul punto anche: F. Fracchia, *Questioni (ancora) controverse in tema di espropriazione. Il danno da occupazione senza titolo: profili di giurisdizione e determinazione del quantum, considerando categorie, paradigma e fisionomia della proprietà,* in *Dir. proc. amm.,* 2022, 3, 565 ss., par. 8, e precedentemente F. Fracchia, M. Occhiena, *I beni privati e il potere pubblico nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. Della Cananea e M. Dugato, Napoli, ESI, 2006, 1 ss., che ivi richiamava Salv. Romano, *Sulla nozione di proprietà,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1960, 1, 337 ss.

59 Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093.

60 Così Corte cost., 28 aprile 1994, n. 166, richiamata da Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, pt. 10. Sull'abbandono di immobili, *infra* § 4.

co, che s'è già detto indisponibile per il titolare del diritto reale[61].

Così, esclusi i due estremi, dal peculiare punto di vista del diritto pubblico v'è da definire se la permanenza del diritto condizioni la sussistenza e l'adempimento della posizione doverosa[62], richiedendosi ai fini della rinuncia che «la situazione giuridica sia nella piena disponibilità del soggetto e che questa non si riverberi direttamente nella sfera di un altro soggetto, attenendo unicamente a interessi esclusivi del disponente»[63].

L'analisi deve farsi più attenta in relazione alla sorte delle posizioni giuridiche passive all'esito del negozio unilaterale abdicativo e alla possibilità che quest'ultimo incida sull'adempimento delle prime da parte del proprietario rinunciante o di altro soggetto: ciò, sia per quanto riguarda le obbligazioni inadempiute prima della rinuncia, verificandosi se la natura di queste ultime – genericamente definite *propter rem,* perché inerenti ad un bene immobile – possa incidere o meno sull'identificazione del soggetto passivo e sui profili di responsabilità eventualmente gravanti sul proprietario rinunciante (§ 3); sia per il tempo successivo all'atto dispositivo, con riferimento alla necessità che sia individuato un soggetto proprietario anche per disposizione di legge (art. 827, cod. civ.), con considerazioni che si estendono all'ammissibilità di beni immobili *nullius* nell'ordinamento (§ 4). Si dimostrerà che la realizzazione degli interessi pubblici sottesi all'allocazione dei beni (art. 42, co. 2, Cost.) non pare influenzata dall'atto dispositivo rinunciativo (§ 3), né dipende esclusivamente dalla necessaria individuazione di un soggetto proprietario (§ 4)[64].

---

61 S. Piras, *op. cit.*, 78, seppur con riferimento specifico agli obblighi. Sull'oggetto della rinuncia, per tutti F. Macioce (voce), *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., 940 ss.

62 L. Bozzi (voce), *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., 1143.

63 G. Sciancalepore, *Situazioni giuridiche disponibili e rinunzia. Le esperienze italiana, francese e spagnola,* Torino, Giappichelli, 2008*,* 318. Si pensi ad un immobile che, a seguito di eventi calamitosi, subisca delle lesioni della sicurezza pubblica, cui fa seguito una rinuncia della proprietà da parte del suo titolare.

64 R. Franco, *op. cit.*, 91-93. Si dirà, peraltro, che obbligati all'adempimento di taluni doveri, obblighi e oneri sono anche soggetti che hanno la mera disponibilità materiale dell'immobile, rimandandosi per lo più al diritto privato l'individuazione di strumenti in grado di ripartire i costi derivanti dall'adempimento di tali posizioni passive con il proprietario rinunciante: T.A.R. Sicilia, sez. Palermo, sez. II, 7 novembre 2023, n. 3268.

3. Gli effetti della rinuncia abdicativa: la sorte delle posizioni passive inerenti alla res

S'è detto che, ove si consideri la proprietà una posizione giuridica complessa[65] – espressione di diverse facoltà e poteri, ed anche posizioni passive di dovere (vincoli, oneri, obblighi) – è opportuno verificare se la permanenza del diritto condizioni la sussistenza e l'adempimento della posizione doverosa[66], ossia se sussista un collegamento necessario ed inscindibile tra il diritto e le correlate posizioni passive che possa influire sulla validità ed efficacia dell'atto rinunciativo.

Collegamento che solo apparentemente può ritenersi esistente, poiché le posizioni giuridiche passive inerenti ai beni immobili sono imputate a vario titolo a differenti soggetti, non necessariamente proprietari[67], in ragione di altro criterio, che spesso è di "custodia"[68], e che potrebbe essere altresì di "disponibilità ma-

65 Si v. P. Perlingieri, *op. cit.*, 49 ss., 69 ss., 89 ss., che più volte ribadisce la natura indubbiamente complessa della situazione giuridica proprietaria. Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, pur riconoscendo la rilevanza delle responsabilità connesse alla proprietà immobiliare, tende piuttosto a qualificare quest'ultima quale diritto, senza ulteriori specificazioni. All'uopo richiama Corte cost., 28 luglio 1983, n. 252.

66 L. Bozzi (voce), *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., 1143.

67 O comunque titolari di un diritto reale: così per l'adempimento dell'obbligazione tributaria: art. 1, co. 743, l. 27 dicembre 2019, n. 160, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022*, che, ad ogni modo, si esclude dall'analisi per la peculiarità della *ratio* ad essa sottesa. Si v. anche art. 30, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, *Nuovo codice della strada,* il quale tuttavia significativamente fa salva la disciplina delle ordinanze contingibili e urgenti, su cui *infra*.

68 Si pensi all'art. 2051, cod. civ., che prescinde dalla sussistenza o meno di un diritto di proprietà in capo al responsabile del danno. In giurisprudenza, da ultime: Trib. Foggia, sez. I, 12 luglio 2024, n. 1918, in *DeJure*; Cass. civ., sez. III, 5 luglio 2024, n. 18471; Trib. Terni, sez. I, 2 ottobre 2023, n. 682, in *DeJure;* Cass. civ., sez. III, 26 aprile 2023, n. 10983; Trib. Torino, sez. IV, 25 ottobre 2022, n. 4108, in *DeJure*. Per tutti, sulla responsabilità da custodia: G. Alpa, *Responsabilità per rischio da cose in custodia,* in *Nuova giur civ. comm.,* 1992, 1, 88 ss.; V. Geri, *La responsabilità civile da cose in custodia, animali e rovina di edificio,* 2° ed., Milano, Giuffrè, 1974, 167 ss.; P.G. Monateri, *La responsabilità civile,* in *Trattato di diritto civile, Le fonti delle obbligazioni,* diretto da R. Sacco, vol. III, Torino, Utet, 1998, 1048 ss. Da ultimi: L. Baciucco, *Rassegna giurisprudenziale sulla responsabilità del custode,* in *Resp. civ. prev.*, 2025, 36 ss.; V. Villanova, *La responsabilità per il danno cagionato da cose in custodia,* in *Resp. civ. prev.,* 2022, 760 ss.

teriale"[69] o finanche di mero "interesse" all'utilizzo[70].

Si ponga all'uopo attenzione a quei doveri strettamente connessi a un interesse pubblico di sicurezza e ordinato assetto del territorio, ed in particolare, a un generico dovere di manutenzione, che presenta plurime sfaccettature nel contesto della disciplina urbanistica ed edilizia[71]. Ove l'inadempimento di tale dovere determini un pericolo attuale per l'incolumità pubblica (contingibilità ed urgenza), sussiste un potere di ordinanza[72], che individua quale suo destinatario il soggetto

---

69 Da ultime: Cons. St., sez. V, 14 novembre 2023, n. 9761; Cons. St., sez. II, 22 gennaio 2020, n. 536; Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2018, n. 6951. Sul punto, ed in relazione alle ordinanze contingibili e urgenti, si tornerà *infra* nel presente paragrafo. Si pensi, oltre ai casi che si diranno, anche ad alcuni ordini di manutenzione relativi ai beni di dichiarato interesse culturale che sono indirizzati indifferentemente al proprietario, possessore o detentore (es. art. 154, co. 2, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*).

70 Si pensi a quei poteri dell'amministrazione pubblica volti a consentire lo sfruttamento di terre incolte ed abbandonate e che possono portare alla concessione di terreni di proprietà privata ad associazioni di contadini o altri enti: così l'art. 1, d. lgs. luogotenenziale 19 ottobre 1944, n. 279, *Concessione ai contadini di terre incolte*. Per la normativa attualmente vigente: art. 4, l. 4 agosto 1978, n. 440, *Norme per l'utilizzazione delle terre incolte, abbandonate o insufficientemente coltivate.* Per tutti: S. Pugliatti, *L'occupazione e l'amministrazione coattiva delle terre incolte,* in *Rivista di diritto agrario*, 1936, 175 ss.; G. Romano, *Tendenze e prospettive della legislazione sulle terre incolte,* in *Giur. agr. it.*, 1977, 199; A. Moschella (voce), *Terre incolte (concessione di),* in *Noviss. dig. it.,* vol. XIX, Torino, Utet, 1973; C. Lessona, *Decadenza dalla concessione di terre incolte,* in *Riv. dir. agr.,* 1953, 1, 51 ss.; C. Vitta, *Principi fondamentali sulla concessione di terre incolte ai contadini,* in *Riv. dir. agr.*, 1952, 1, 8 ss.; G. Landi, *Concessioni di terre incolte ai contadini,* Milano, Giuffrè, 1947. Da ultimo A. Crosetti, *Terre incolte e abbandonate: un percorso difficile tra Stato, Regioni, Comuni,* in *Il Piemonte delle Autonomie,* 2025. Si pensi altresì agli usi temporanei di cui all'art. 23-ter, d.p.r. n. 380 del 2001, cit., per cui si rimanda *infra* alla nota 106.

71 Il dovere di manutenzione, inteso – oltre le strette maglie dell' art. 30, d.lgs. n. 285 del 1992, cit. – come dovere di conservare l'immobile in buono stato, eseguendo tutti quegli interventi che si rendano necessari per ragioni di sicurezza e per evitare che l'immobile causi pericolo o danno a terzi, è legato altresì al rispetto del decoro e dell'identità urbana e si inserisce in un contesto di pianificazione urbanistica più complesso: G. Alpa, M. Bessone, A. Fusaro, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, Seam, 2001.

72 Art. 54, co. 4, e art. 50, co. 5, d.lgs. n. 267 del 2000, cit. Sul potere di ordinanza, per tutti: F. Bartolomei (voce), *Ordinanza (dir. amm.),* in *Enc dir.,* vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 970 ss.; G.U. Rescigno (voce), *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza (dir. cost. e amm.),* in *Noviss. dig. it.,* vol. XII, Torino, Utet, 1965, 90 ss.; L. Galateria, *I provvedimenti amministrativi di urgenza,* Milano, Giuffrè, 1953, spec. 79 ss.; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza,* Milano, Giuffrè, 1990.

che più ha potere d'intervento sul bene[73]. A nulla rileva, per il potere pubblico, la sussistenza o meno di un soggetto che vanti un diritto di proprietà piena (art. 832, cod. civ.), ritenendosi piuttosto opportuno che le attività connesse alla realizzazione dell'interesse pubblico siano eseguite da chi può trarne, anche indirettamente, un vantaggio, o comunque da chi abbia disponibilità del bene[74], con irrilevanza della disciplina civilistica relativa al riparto degli oneri economici tra i soggetti coinvolti[75]. Ove si possa scindere la posizione attiva di diritto reale e le posizioni passive aventi ad oggetto beni immobili, l'affermazione dell'inerenza delle obbligazioni a tali beni non vale a trasformare queste ultime da posizioni giuridiche personali a reali, anche ove il soggetto obbligato sia identificato nel *dominus*[76]: la titolarità del diritto reale non è infatti causa dell'obbligazione – così che all'estinguersi della prima debba ritenersi estinta l'obbligazione[77] – quanto piuttosto criterio *ex lege* di individuazione del soggetto obbligato[78] in ragione di plurimi interessi pubblici che possano venire in rilievo[79]. Così, ad esempio, per gli

73 Da ultimo T.A.R. Umbria, sez. I, 30 settembre 2024, n. 657.

74 Si argomenta da T. Pellegrini, *op. cit.,* 257 ss. In giurisprudenza, seppur con riferimento a misure di messa in sicurezza di emergenza per inquinamento: Cass. civ., sez. un. 1° febbraio 2023, n. 3077. L'affermazione è senza dubbio valida ove il riferimento sia alle ordinanze contingibili e urgenti di cui all'art. 54, co. 4, e art. 50, co. 5, d.lgs. n. 267 del 2000, cit. Per i casi in cui il diritto individua il diritto di proprietà come titolo per l'attribuzione delle posizioni giuridiche passive, si veda già *supra* la nota 67.

75 T.A.R. Sicilia, sez. Palermo, sez. II, 7 novembre 2023, n. 3268.

76 A titolo esemplificativo, è considerata a tutti gli effetti ipotesi di posizione giuridica passiva reale la fattispecie di cui all'art. 253, co. 1, d.lgs. n. 152 del 2006, cit.

77 Sul punto, con specifico riferimento alle obbligazioni *propter rem*: L. Bigliazzi Geri, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., 129 ss.

78 Così sembra potersi argomentare da L. Bigliazzi Geri, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., 1 ss. *Contra*, pare far coincidere l'individuazione del soggetto e la causa dell'obbligazione G. Balbi, *Le obbligazioni propter rem,* Torino, Giappichelli, 1950, 34 e 154 ss.

79 Ed infatti la giurisprudenza, pur affermando «l'ambulatorietà delle obbligazioni in questione, legate all'oggetto delle prestazioni, ovvero alla *res*», giustifica l'affermazione richiamando l'interesse pubblico sotteso alle convenzioni urbanistiche, che parrebbe piuttosto legittimare delle obbligazioni *ex lege* in capo anche ai successivi acquirenti senza necessità di scomodare la categoria; ciò, ancor più ove si legga (quasi per inciso) che tale interesse «può essere riferito a tutte le obbligazioni che nascono in forza della convenzione e che nel tempo subiscono novazioni oggettive o soggettive *purché, appunto, previste nella convenzione*» (corsivo aggiunto). Si tratta, peraltro, di casi in cui le stesse convenzioni urbanistiche prevedono testualmente il subentro di successivi acquirenti nel soggetto attuatore. Il riferimento testuale è a: Cons. St., sez. IV, 16 maggio 2025, n. 4221.

oneri consortili[80], ma anche – in via argomentativa – per gli oneri di urbanizzazione[81]. Anche per altre ipotesi – il riferimento è agli ordini di demolizione di fabbricato abusivo[82] – la soggezione di qualsiasi proprietario del bene (anche acquirente successivo ed estraneo all'abuso) agli obblighi che ne conseguono è piuttosto effetto della natura ripristinatoria della misura e permanente dell'illecito – prima ancora di una asserita ambulatorietà – così che l'obbligo non possa che essere imputato al titolare della situazione di diritto idonea a porre fine alla violazione[83].

---

80 Ad onor del vero, giurisprudenza recente esclude che il pagamento degli oneri consortili costituisca adempimento di una obbligazione *propter rem:* da ultime Cass. civ., sez. I, 21 dicembre 2023, n. 35749; Cass. civ., 25 gennaio 2021, n. 1468; Cass. civ., sez. I, 7 aprile 2023, n. 9533; Cass. civ., 22 settembre 2016, n. 18560; Cass. civ., 27 maggio 2019, n. 14440; Cass. civ., sez. II, 4 dicembre 2007, n. 25289; Cass. civ., sez. II, 11 marzo 2010, n. 5888; Cass. civ., sez. II, 6 novembre 2012, n. 19104. Ma *contra:* Cass. civ., sez. II, 6 maggio 2005, n. 9401.

81 Ne affermano la natura di obbligazioni *proter rem,* ma negano che queste gravino sui successivi acquirenti: Cass. civ., sez. I, 2 aprile 2024, n. 8635; Cass. civ., sez. II, 28 giugno 2013, n. 16401; Cass. civ., 15 maggio 2007, n. 11196; Cass. civ., 27 agosto 2002, n. 12571. *Contra:* Cons. St., sez. IV, 30 dicembre 2024, n. 10495; Cons. St. sez. VI, 9 gennaio 2019, n. 199. Ma sul punto le argomentazioni non ineriscono veramente alla natura reale dell'obbligazione, su cui già *supra* la nota 79. Si considerino anche gli oneri di bonifica (artt. 242 e 340, d.lgs. n. 152 del 2006, cit.), da considerarsi personali anche in virtù del principio "chi inquina paga", con l'unica eccezione dell'onere reale trascritto di cui all'art. 253, d.lgs. n. 152 del 2006, cit., su cui tra tante: Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2018, n. 502; Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3544; Cass. civ., sez. II, 13 settembre 2023, n. 26402; Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2020, n. 5372; Cons. St., sez. IV, 19 settembre 2025, n. 7396.

82 Da ultime, per tutte: Cass. civ., sez. un., 25 aprile 2025, n. 10933; Corte Cost., 3 ottobre 2024, n. 160. S'afferma peraltro che le ordinanze di demolizione devono essere notificate al proprietario "purché" la disponibilità anche materiale del bene ricada nella sua sfera giuridica: Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2024, n. 8063; Cons. St., sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7775; T.A.R. Lazio, sez. Roma, sez. II, 25 ottobre 2024, n. 18651; T.A.R. Lazio, sez. Roma, sez. II, 13 giugno 2023, n. 10063; T.A.R. Lazio, sez. Roma, sez. I-quater, 26 maggio 2014, n. 5579; Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3391; T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. II, 20 gennaio 2025, n. 497 (per un caso di proprietario spossessato per occupazione abusiva).

83 Seppur con riferimento alla diversa ipotesi di lottizzazione abusiva, afferma T.A.R. Sicilia, sez. Catania, sez. II, 7 ottobre 2024, n. 3283: «è consolidata l'opinione che ritiene la natura permanente dell'illecito con la conseguenza che tale tipologia di illecito urbanistico-edilizio è soggettivamente trasferibile *propter rem* e sanzionabile in capo a tutti coloro che siano divenuti titolari dei terreni abusivamente lottizzati e che abbiano goduto di costruzioni eseguite *sine titulo* su tali terreni, così concorrendo attivamente alla prosecuzione della fattispecie (...) e all'aggravamento progressivo della lesione ai beni giuridici tutelati dalle menzionate norme».

Si consideri peraltro che, anche ove non si intendesse spingersi a tanto – e ove dunque si affermasse la natura reale o *propter rem*[84] di dette obbligazioni, con individuazione del debitore in ragione (o a causa) della sussistenza di un diritto reale sul bene –, dovrebbe in ogni caso correttamente distinguersi «la titolarità dell'onere o dell'*obligatio* [...], affermata "successione" nel debito *rimasto inattuato* e responsabilità per inadempimento»[85]. Se, a seguito di rinuncia, le questioni riguardanti l'adempimento delle prestazioni maturate successivamente a tale atto di disposizione paiono risolte a mezzo dell'attribuzione del diritto reale ad altro soggetto, lo Stato – secondo una lettura che merita in ogni caso approfondimento (art. 827, cod. civ.; v. *infra*, § 4) –, alla medesima conclusione non può giungersi ove il riferimento sia ad obbligazioni «la cui esecuzione sia tuttora possibile, ed è da escludere per le conseguenze derivanti (*ex* art. 1218 in rel. art. 1223 ss.) da tale inadempimento, delle quali risponde esclusivamente l'alienante»[86] e, per estensione, il rinunciante. L'inerenza della posizione giuridica passiva ad un bene immobile non consente di ritenere che, essendo l'adempimento «in funzione del diritto reale, soltanto il titolare di questo deve attuarlo, anzi è soltanto esso in grado di attuarlo», con esclusione della pretesa nei confronti del precedente titolare del diritto reale[87].

Così, l'inerenza dell'obbligazione al bene immobile diviene mero criterio di individuazione del soggetto preposto all'esecuzione e adempimento della prestazione, anche al di là della titolarità di un diritto reale, senza che ciò legittimi una deroga ai principi generali che governano l'adempimento del rapporto obbligatorio. Venendo meno con l'atto di rinuncia uno dei presupposti di legge per l'imputazione dell'obbligazione, il soggetto è senza dubbio liberato *pro futuro* dalla stessa ed il rapporto continua *ex lege* (prima ancora che per sua ambulatorietà) con successivi proprietari – lo Stato, nella lettura comune dell'art. 827, cod. civ.

84 Il punto non pare messo in dubbio dalla recente Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, seppur la decisione non abbia direttamente ad oggetto la qualificazione delle stesse. Né sono note in dottrina opinioni contrarie alla natura "reale" delle obbligazioni e degli oneri aventi ad oggetto l'immobile.

85 L. Bigliazzi Geri, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., 121.

86 *Ibidem*.

87 Così la lettura che L. Bigliazzi Geri, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., 124, dà di G. Balbi, *op. cit*.

–, ma ciò non consente la liberazione per il tempo in cui tale presupposto è sussistito[88]. L'estinzione del diritto di proprietà non comporta la dismissione in capo al proprietario del dovere di adempiere a ogni obbligo od obbligazione sorti precedentemente all'atto di dismissione, in considerazione del potere da questo allora detenuto sulla cosa[89], né il successivo titolare del bene potrebbe altrimenti ritenersi gravato dell'adempimento, se questo è diventato esigibile prima dell'atto di rinuncia, salvo diverso accordo o previsione di legge[90]. Ciò, ferma restando la necessità che la prestazione sia ancora materialmente esigibile in capo al proprietario rinunciante, ossia richiedendosi ch'esso mantenga un potere di fatto di intervento sul bene[91].

4. Acquisto in capo Stato (art. 827, cod. civ.) e ammissibilità delle res nullius in diritto pubblico

Secondo una interpretazione consolidata[92], al negozio di rinuncia corrisponde, oltre ad un effetto "liberatorio" *pro futuro* per il disponente (v. § 3) [93], un'attribuzione del diritto reale (e delle correlative posizioni giuridiche passive) a titolo originario, e non derivativo[94], ad altro soggetto, lo Stato (art. 827, cod. civ.)[95]. S'esclude, infatti, in diritto privato, la possibilità che un bene immobile

88 L. Bigliazzi Geri, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., 137.

89 G. Sciancalepore, *op, cit.,* 318. A quanto ora argomentato s'aggiunge il permanere della responsabilità del proprietario rinunciante «per i danni a cui questi abbia dato causa con il fatto proprio omissivo, cioè con l'omissione, in passato, dei necessari ed ineludibili interventi di manutenzione e messa in sicurezza del proprio immobile. Tale illecito – in quanto omissivo – presenta, infatti, natura permanente e cessa solo con il compimento dell'attività doverosa (...) e, dunque, non viene meno per effetto della mera dismissione del bene»: G. Palatiello, *op. cit*.

90 Ne è un esempio la ripartizione delle spese condominiali in caso di alienazione di immobile facente parte di un condominio: art. 63, disp. att., cod. civ. (su cui da ultima Cass. civ., sez. II, 28 aprile 2021, ord. 11199). Oltre ai casi già *supra* ricordati di rinuncia liberatoria.

91 Discorre di possibilità di ottemperare direttamente all'obbligo, seppur in riferimento a fattispecie distinte da quella della rinuncia al diritto dominicale: Cass. civ., sez. un., 25 aprile 2025, n. 10933.

92 A partire dalla Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro III: della proprietà, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1943, art. 398.

93 Da non intendersi dunque nel senso proprio di "rinuncia liberatoria", su cui già *supra* nota 20. Si argomenta da G. Palatiello, *op. cit.,* e Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093.

94 Cass. civ., 11 marzo 1995, n. 2862, in *Giust. civ*., 1995, 1, 2077, in ragione della natura meramente abdicativa del negozio.

possa costituire *res nullius*[96], a dispetto di alcune voci contrarie formatesi sotto il previgente codice unitario (cod. 1865)[97]. Plurime sono le ragioni che, superando la mera considerazione dello Stato sovrano in un'accezione di stampo feudale[98], variano dalla necessità di garantire la certezza dei traffici giuridici[99] e l'ordine pubblico – inteso come l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale[100] – all'opportunità di individuare un soggetto su cui far gravare doveri, oneri e obblighi aventi ad oggetto beni immobili.

---

95 S'è già avuto modo di sottolineare che Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093 pare lasciare aperta la possibilità di una rilettura e riscrittura dell'art. 827, cod. civ. Si consideri, peraltro, che l'attribuzione dei beni allo Stato, pur consentendo di individuare un titolare in grado di farsi carico delle posizioni giuridiche passive e responsabilità inerenti all'immobile, finisce per far gravare oneri e obblighi sulla collettività, contro, qualsiasi interesse pubblico alla riduzione della spesa pubblica (art. 81, Cost.): T. Pellegrini, *op. cit.,* 257 ss.

96 Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 216-2014/C. Sulle *res nullius,* in relazione ai beni immobili e alla impossibilità di acquisto per occupazione, senza pretesa alcuna d'esaustività: L. Barassi, *La proprietà nel nuovo codice civile,* Milano, Giuffrè, 1941, 398 ss.; U. Mattei, *op. cit.,* 188 ss. A. Tabet, E. Ottolenghi, G. Scaliti, *La proprietà,* 2° ed., Torino, Utet, 1981, 793 ss.; R. Martini (voce), *Occupazione,* in *Dig. disc. civ.,* Torino, Utet, 1995; A. Trabucchi (voce), *Occupazione (dir. priv.),* in *Enc. dir.,* vol. XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 616 ss.

97 C. Bona, *op. cit.*, spec. 33 ss.; T. Pellegrini, *op. cit.,* 253 ss. In giurisprudenza: T.A.R. Puglia, sez. Bari, sez. III, 17 settembre 2008, n. 2131; T.A.R. Puglia, sez. Bari, sez. III, 22 settembre 2008, n. 2176.

98 F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile,* 9° ed., Napoli, Jovene, 1966, 59. Sulla contemporanea accezione di sovranità: G. Berti (voce), *Sovranità,* in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, 1068 ss.; L. Carlassare, *Sovranità popolare e stato di diritto*, in *Valori e principi del regime repubblicano,* vol. I: *Sovranità popolare e democrazia*, a cura di S. Labriola, Roma-Bari, Laterza, 2006, 179 ss.; M.S. Giannini (voce), *Sovranità (diritto vigente),* in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 224 ss. La sovranità come fondamento dell'art. 827, cod. civ., è invece richiamata da Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, seppur intesa come «sintesi dei valori essenziali della comunità che presentano precipuo rilievo costituzionale, quali, nella specie in materia di governo del territorio, quelli paesaggistici, ambientali, archeologici e di prevenzione dei rischi geologici, idrogeologici e sismici, e, prima ancora, in materia di "sicurezza", quelli collegati alla tutela dell'interesse generale alla incolumità delle persone» e pertanto in certo qual senso richiamando piuttosto le altre ragioni ricordate nel testo.

99 A. Trabucchi, *op. cit.*, 616 ss. Si consideri, in merito, che prima dell'emanazione dell'attuale codice civile, l'art. 7, co. 4, l. 1° marzo 1886, n. 3682 disponeva che «I beni dei quali non si potessero conoscere i possessori, saranno provvisoriamente intestati al Demanio dello Stato». La norma, seppur dettata in ambito catastale (ossia ai meri fini di imposizione fiscale), può essere indicativa dell'obiettivo dell'ordinamento, non di individuazione di un titolare quanto piuttosto di risoluzione di uno stato di incertezza: T. Pellegrini, *op. cit.,* 253.

La soluzione non pare obbligata, ancor più ove si consideri che, alla luce dei soggetti obbligati per il diritto pubblico (§ 3), l'adempimento delle posizioni giuridiche passive (doveri, oneri, obblighi) non postula necessariamente un inscindibile legame tra queste e le posizioni giuridiche attive (diritto reale)[101]: seppur l'ordinamento, talvolta e per scelta di politica legislativa, individui il soggetto obbligato all'adempimento dell'onere, obbligo o dovere in ragione di un titolo proprietario[102], tali posizioni giuridiche passive sono in primo luogo correlate ad un potere sul bene[103] anche distinto da quello corrispondente all'esercizio di un diritto reale di proprietà. Anche «le disposizioni in tema di responsabilità per fatti illeciti che fanno riferimento alla proprietà guardano ad essa come ragione di disponibilità della cosa che comporti il potere – dovere di intervento sulla stessa»[104].

Così, l'ordinamento pubblico s'afferma indifferente, per la realizzazione dell'interesse pubblico, verso la sussistenza di una relazione tra soggetto e oggetto qualificata in termini di diritto reale[105], non tollerando l'abbandono dell'immobi-

---

100 Definizione già esplicitata *supra* in nota 35. Esclude che ad esso possa essere ricondotta una volontà dell'ordinamento di impedire l'acquisto dell'immobile per occupazione: T. Pellegrini, *op. cit.,* 255. L'argomentazione dunque verrà accantonata nel presente scritto, soffermandosi piuttosto sull'interesse pubblico all'adempimento delle posizioni passive inerenti alla gestione, conservazione e valorizzazione del bene immobile.

101 Ricorda L. Bozzi (voce), *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., 1143, che il collegamento tra diritto e dovere può rendere inammissibile la rinuncia, in quanto la permanenza del diritto condiziona la sussistenza e l'adempimento del dovere.

102 Si richiamano le ipotesi già *supra* ricordate in nota 67.

103 F. Romano, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale,* cit., 223 ss.

104 Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, da verificare nel momento in cui si è verificato il danno. La sentenza richiama Cass. civ., 7 agosto 2013, n. 18855, che precisava che l'obbligo di risarcire il danno, ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., non è un'obbligazione *propter rem*, che si trasferisce dal venditore al compratore insieme alla proprietà dell'immobile da cui il danno stesso proviene.

105 Ricorda L. Bozzi (voce), *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., 1142 che è assente in radice un interesse dell'ordinamento a che il diritto reale permanga o meno della sfera giuridica di un determinato soggetto, forse potendosi spingere fino a ritenere che sia indifferente per l'ordinamento la sua stessa sussistenza, in presenza di altri criteri di collegamento tra soggetto e oggetto che consentano la realizzazione dell'interesse pubblico. Oltre alla giurisprudenza di cui sopra alla nota 21 si argomenta da: T.A.R. Lombardia, sez. Milano, sez. IV, 5 agosto 2021, n. 1889; T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. V, 7 ottobre 2020, n. 4313; T.A.R. Sicilia, sez. Palermo, sez. II, 7 novembre 2023, n. 3268; T.A.R. Liguria, sez. Genova, sez. I, 19 aprile 2013, n. 702; T.A.R. Campania, sez. Napoli, sez. V, 13 marzo 2023, n. 1638; T.A.R. Campania, sez. Salerno,

le[106] – piuttosto che una sua configurazione quale *res nullius*[107] –, poiché solo il primo inciderebbe sulla possibilità di individuare un soggetto alla cui cura può essere affidato il bene immobile, anche oltre gli schemi del diritto reale. Non si nega pertanto l'utilità o necessità di una norma di chiusura[108] – l'art. 827, cod. civ., per l'appunto – ma questa non vincola l'interprete (ed ancor meno il legislatore)[109] all'attribuzione di un diritto reale allo Stato, il cui interesse in tale contesto non è tanto un interesse all'acquisto[110], ma un riconoscimento che il bene abbandonato o vacante è parte del tessuto territoriale, anche paesaggistico, ambien-

sez. III, 7 febbraio 2024, n. 369; T.A.R. Campania, sez. Salerno, sez. III, 20 dicembre 2023, n. 3007; T.A.R. Calabria, sez. Catanzaro, 2 agosto 2022, n. 1446.

106 *Contra,* seppur in diritto civile: G. Orlando, *Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare,* in *Dir. ec.,* 2021, 1, 233 ss. Il tema è comune agli scritti di rigenerazione urbana: F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani: contributo al diritto delle città,* Bologna, Il Mulino, 2017; A. Giusti, *La rigenerazione urbana,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; P. Chirulli, C. Iaione, *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana,* Napoli, Jovene, 2018: M. Roversi Monaco, *op. cit.,* 541 ss.; F. Di Lascio, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città?,* in *Riv. giur. ed.,* 2018, 2, 135 ss.; A. Giusti, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze,* in *Dir. amm.*, 2021, 2, 439 ss. Da ultimo: G. Torelli, *Le ultime frontiere del recupero e della valorizzazione del patrimonio urbano: gli usi temporanei,* in *Dir. amm.*, 2021, 2, 475 ss. Sulle previsioni sanzionatorie contro l'abbandono di beni mobili *infra* nota 107. Nella giurisprudenza costituzionale si vedano Corte cost., 28 aprile 1994, n. 166 (che ha escluso la contrarietà all'art. 42 Cost. in ragione dell'adeguato bilanciamento fra la tutela della proprietà e il perseguimento di interessi generali, con riguardo a scelte legislative volte a «diluire nel tempo l'abbandono degl'immobili» in particolari zone) e Corte cost., 29 dicembre 1995, n. 529 (che, di contro, ha dichiarato l'illegittimità, sulla base dello stesso parametro, di disposizioni che, vietando gli interventi edilizi di manutenzione degli immobili, ne provocassero «un progressivo abbandono e perimento»).

107 Così ritenendosi la rinuncia atto estintivo della situazione giuridica che ne è oggetto. Peraltro, alcune considerazioni in tal senso si rinvengono anche in diritto privato: T. Pellegrini, *op. cit.,* 257 ss.; R. Franco, *op. cit.*, 103-110; L. Barassi, *op. cit.*, 398 ss.; R. Pardolesi, C. Bona, *op. cit.*, 784, ma anche P. Perlingieri, *op. cit.*, 90, ove ritiene possibile «la costituzione di diritti reali limitati senza che esista il diritto fondamentale di proprietà». Si consideri peraltro che l'ordinamento sanziona espressamente alcune ipotesi di abbandono di beni mobili, al fine di tutela di un interesse pubblico, seppur questo non sfoci in nessun caso in una negazione della possibilità ch'essi si configurino quali *res nullius*. Le ipotesi (art. 727, cod. pen.; art. 255, co. 1, d.lgs. n. 152 del 2006, cit.) potrebbero essere addotte per confermare che nel contesto del diritto pubblico non v'è alcuna necessità di configurare un diritto di proprietà sull'immobile perché sia garantita la realizzazione dell'interesse pubblico (su cui già *supra*, § 3).

108 Così in P. Perlingieri, *op. cit.*, 105-110. Talvolta, la norma in commento è intesa come norma di chiusura al fine di evitare la sussistenza di beni immobili senza titolari, affermandosi che

tale e culturale – quasi identitario (art. 9, Cost.)[111] – rendendosi necessaria una sua gestione, a qualsiasi titolo, nel rispetto – se non in funzione[112] – di tali interessi pubblici.

Si consideri, in particolare, che la norma che ha inteso attribuire allo Stato quei «beni immobili che non sono in proprietà di alcuno» (art. 827, cod. civ.) [113], non evocando una "appartenenza" (intesa come «titolarità che fa riferimento all'attualità della situazione soggettiva finale»), quanto piuttosto una "spettanza", si riferisce ad una «potenzialità della situazione soggettiva, cioè all'esistenza

altrimenti dovrebbe essere consentito l'acquisto per occupazione degli stessi (da ultimi: E. Marseglia, *op. cit.,* 890 ss.; V. Brizzolari, *op. cit.*, 631 ss.); quest'ultima, tuttavia, dovrebbe essere negata per interpretazione letterale (art. 923, cod. civ.), potendosi rimandare agli ordinari strumenti di acquisto della proprietà immobiliare a titolo originario (l'usucapione: art. 1158, cod. civ.) e individuandosi un dovere di gestione in capo allo Stato, seppur non in quanto proprietario (come si cerca di argomentare).

109 Di certo in tal senso in Cass civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, con aperture, ad avviso di chi scrive, anche *de iure condito.*

110 Come pare confermato da alcune pronunce in tema di acquisizione sanante, su cui si tornerà (§ 5).

111 Il tema è trasversale al diritto amministrativo e non è qui la sede per ripercorrerlo in ciascun ambito. Sia però consentito il rinvio a: *supra* nota 39, per il rapporto con l'urbanistica e la tutela del territorio; sui beni culturali e sull'ambiente M.S. Giannini, *I beni culturali,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1976, 1, 36 ss. e Id, *"Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1972, 15 ss. e di quest'ultimo A. in particolare la riflessione più generale sulla proprietà nel contesto del diritto pubblico che si rinviene in *Basi costituzionali della proprietà privata,* cit., 443 ss. Per una rilettura recente di tale A.: L. Casini, *"L'incanto del concetto di proprietà": Giannini, i beni e le cose,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2025, 4, 1217 ss.

112 Il punto si pone in relazione con l'individuazione del regime applicabile a tali beni se ritenuti in appartenenza dello Stato. Ed infatti, il riferimento dell'art. 827, cod. civ., al «patrimonio dello Stato» suscita l'ulteriore questione del titolo di eventuale appartenenza del bene alla sfera giuridica pubblica: o s'afferma l'applicazione dei regimi di cui all'art. 822, co. 2, cod. civ., e all'art. 826, co. 2, cod. civ. ove il bene immobile possa essere ricondotto a tali categorie (P. Perlingieri, *op. cit.*, 105-110, seppur *contra*, Cass. civ., 14 aprile 1966, n. 942); o s'intende la norma in deroga alla ordinaria classificazione di cui agli artt. 822 e ss., cod. civ.

113 Si consideri che, in ossequio ad un principio di sussidiarietà (art. 118, Cost.), potrebbe risultare opportuna una modifica del pari di quella proposta per l'art. 586, cod. civ. (disegno di legge n. 409, XIX legislatura, *Disposizioni in materia di devoluzione dell'eredità ai comuni e modifica degli articoli 565 e 586 del codice civile*). Per alcune Regioni a statuto speciale, è previsto l'acquisto al loro patrimonio: in particolare, il rimando è all'art. 67, ult. co., dello Statuto del Trentino-Alto Adige («I beni immobili situati nella regione che non sono proprietà di alcuno spettano al patrimonio della Regione»); all'art. 34 dello Statuto della Sicilia («I beni immobili, che si trovano nella Regione e che non sono in proprietà di alcuno, spettano al patrimonio della Regione»); all'art. 14, co. 3, dello Statuto della Sardegna («I beni immobili situati nella Regione,

di un titolo idoneo all'acquisto di quella titolarità definitiva che è appunto l'appartenenza»[114]. Così, lo Stato assume un ruolo sussidiario[115], con possibilità d'acquisto del bene di cui il proprietario intende spogliarsi[116] – senza che la scelta incida, per le ragioni già sopra esposte (§§ 2 e 3), sulla validità dell'atto di rinuncia[117]. L'autorità pubblica, notificata della rinuncia[118], potrebbe (e dovrebbe) soccorrere ad una incapacità del mercato di gestione ed allocazione di beni – spesso ad esternalità negative[119] – con opportunità di procedure pubbliche volte in primo luogo all'allocazione del bene, ma anche all'incentivazione all'assunzione delle

---

che non sono di proprietà di alcuno, spettano al patrimonio della Regione»).

114 P. Perlingieri, *op. cit.*, 105-110 distingue la "appartenenza" dalla "spettanza", con considerazioni che ben potrebbero adattarsi a quanto illustrato nel testo, seppur concluda per una inesattezza dell'espressione dell'art. 827, cod. civ. «se riferita alla fase successiva alla vacanza (poiché si ha, qui, "appartenenza")». Sull'ammissibilità di un acquisto per occupazione di un fondo vacante (implicitamente riconoscendone la natura di *res nullius*): F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile,* cit., spec. 59 ss.

115 Così è anche in ipotesi similare, di successione dello Stato nell'eredità vacante (art. 586, cod. civ.), ove è confermato da plurimi indici, quali ad esempio la necessità – secondo taluna dottrina – di un provvedimento giudiziale di accertamento della vacanza dell'eredità; la possibilità che precedenti chiamati revochino la rinuncia all'eredità, seppur il codice discorra di successione "di diritto" dello Stato nel *de cuius*; ed altri. Da ultimo, sulla successione dello Stato: M. Tescaro, *Fiscus post omnes. La posizione subalterna dello Stato erede nella dinamica della successione mortis causa,* Milano, Giuffrè, 2022. Per un accostamento tra l'art. 586, cod. civ. e l'art. 827, cod. civ.: L. Bozzi (voce), *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., 1140; V. Brizzolari, *op. cit.*, 631 ss.

116 La rinuncia alla proprietà è, infatti, spesso effettuata allo scopo di liberarsi di beni economicamente onerosi (ad esempio, terreni soggetti a dissesto-idrogeologico o inquinati, edifici inutilizzabili e diroccati) e verso i quali si può avere un disinteresse dovuto altresì a estrema lontananza, difficoltà di sfruttamento e posizionamento in contesti di abbandono dei c.d. comuni fantasma. Sui beni negativi, per tutti: B.R. Huber, *Negative-Value Property,* in *Wash. Un. L.R.,* 2021, 1464; D. Chilstein, *Les biens à valeur vènale nègative,* in *Revue trimestrale droit civil,* 2006, 663 ss. La questione dei beni negativi torna in relazione alla tutela dell'ambiente e alla gestione dei rifiuti e dei siti inquinati, richiamandosi Cons. St., ad. plen., 26 gennaio 2021, n. 3, e in dottrina da ultimi, A. Sola, *Oneri di bonifica e ruolo del proprietario incolpevole: applicazione del principio "chi inquina paga",* in *Dir. giur. agr. alim. amb.,* 2021, 1, 1 ss.; G. Mattioli, *L'ordine di rimozione e smaltimento dei rifiuti abbandonati: legittimati passivi e strumenti d'imposizione. Alcune riflessioni a margine delle recenti pronunce giurisprudenziali in materia di rimozione e smaltimento di rifiuti,* in *Ambientediritto.it*, 2022, 2, 1 ss.

117 Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, che non nega che l'acquisto in capo allo Stato possa non essere automatico ma procedimentalizzato, postulando in tal caso una fase valutativa della convenienza dell'acquisizione dell'immobile al patrimonio pubblico che rimane estranea alla validità della fattispecie della rinuncia alla proprietà immobiliare.

responsabilità connesse alla realizzazione – seppur in via mediata – dell'interesse pubblico (art. 12, l. n. 241 del 1990)[120].

Ciò, peraltro, dovendosi ricordare che non sono sconosciute ipotesi in cui agli enti pubblici è riservata una funzione di «redistribuzione diffusa» degli assetti relativi a specifici beni giuridici anche immobili, anche «attuata senza ricorrere all'istituto dell'espropriazione e alla creazione di nuovi diritti dominicali»[121], in conseguenza del mero abbandono del bene, come fattispecie connotata da elevato disvalore nell'ordinamento[122] – e pertanto in un momento antecedente alla rinuncia al diritto reale; il riferimento è all'assegnazione di terre incolte[123] – ove peraltro si prescinde dalla volontà del proprietario di abdicare al diritto di pro-

118 G. Palatiello, *op. cit*. La notifica del negozio non è ritenuta necessaria in diritto civile (per tutti: L. Bozzi (voce), *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., 1140 ss., con conferma che si rinviene in Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093), ma ben potrebbe esserlo in diritto pubblico, ove si consideri l'incidenza ch'essa ha sull'interesse pubblico.

119 T. Pellegrini, *op. cit.,* 235 ss. effettua un paragone con la gestione dei rifiuti (beni mobili), seppur escluda chiaramente la possibilità e opportunità di una estensione della relativa disciplina.

120 Trattandosi di immobili non in proprietà dello Stato e per lo più ad esternalità negative, la relativa procedimentalizzazione potrebbe limitarsi a richiedere manifestazioni d'interesse, con predeterminazione dei criteri di valutazione delle stesse e con riconoscimento eventuale di un vantaggio economico a incentivo per l'assunzione delle posizioni giuridiche passive correlate alla disponibilità del bene vacante in capo all'assegnatario. Sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici: G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumenti di azione amministrativa,* Milano, Giuffrè, 1967; A. Amorth, *I contributi pecuniari concessi dallo Stato ad enti pubblici e privati,* in *Studi Urbinati,* 1931, 97 ss.; E. Croci, G. Pericu (voce), *Sovvenzioni (dir. amm.),* in *Enc. dir.,* vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 243 ss. Da ultima: M. Mattalia, *L'incentivazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, 339 ss. L'ipotesi ora configurata troverebbe un parallelo in diritto privato, ove il riferimento è in particolare alla vendita inversa, su cui per tutti: A. Luminoso, *La compravendita,* Torino, Giappichelli, 2014, 120; P. Cataldo, *Il contratto di vendita inversa,* in *Contratti,* 2016, 6, 612 ss.; Consiglio Nazionale del Notariato, studio 122-2018/T. In particolare, anche: C. Favilli, *Circolazione di siti contaminati e tutela dell'acquirente incolpevole,* in *Resp. civ. prev.*, 2019, 6, 1836 ss.

121 A. Quarta, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni,* Napoli, ESI, 2016, 148, che richiama tre esempi: la riforma agraria, il diritto alla casa e gli interventi a tutela dei lavoratori che hanno caratterizzato la legislazione speciale degli anni Settanta.

122 Sul punto art. 1, co. 7, disegno di legge n. 164 (XVIII legislatura), *Disposizioni per l'arresto del consumo di suolo, di riuso del suolo edificato e per la tutela del paesaggio*. Per un commento: G. Torelli, *op. cit.*, 475 ss.

123 Art. 4, l. n. 440 del 1978, cit. Sul punto più diffusamente *supra* la nota 70. Sulle discipline previgenti: A. Quarta, *op. cit.*, 147 ss.; A. Carrozza, *L'assegnazione di terre,* in *Manuale di diritto agrario italiano*, a cura di N. Irti, Torino, Utet, 1978, 360 ss.

prietà, seppur l'uso correlativamente attribuito con provvedimento dell'amministrazione abbia carattere temporaneo – ed altresì alle misure per l'acquisizione e la riqualificazione di immobili abbandonati o degradati, sia per prevenire il dissesto idrogeologico sia per evitare situazioni di pericolo (art. 5, l. 6 ottobre 2017, n 158).

S'argomenta così per l'ammissibilità delle *res nullius* immobiliari e la norma (art. 827, cod. civ.) può intendersi in tale contesto attributiva di un potere d'individuazione di un soggetto, interessato alla gestione e custodia degli stessi[124], che possa assumersi le responsabilità e gli obblighi ad essi connessi[125], fermo restando che non vi sarebbe pregiudizio per l'interesse pubblico sotteso alle obbligazioni imposte per legge ove non vi sia totale abbandono dell'immobile, e riconoscendosi pertanto un dovere di gestione gravante in via residuale sullo Stato (art. 827, cod. civ.). non in quanto titolare di un diritto reale ma in ragione della sua peculiare posizione ordinamentale e dei fini ch'esso persegue[126]. Ove s'intendesse escludere tale responsabilità pubblica, resterebbe la possibilità, *de iure condendo,* di differire gli effetti dell'atto di rinuncia al momento di individuazione del successivo proprietario o gestore.

5. La rinuncia al bene immobile nel procedimento espropriativo

L'analisi proposta ha inteso evidenziare la validità e i limiti di efficacia della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare nel nostro ordinamento, con particolare attenzione per taluni profili di diritto pubblico, dovendosi in conclusione ricordare che la questione s'è posta avanti al giudice amministrativo per la prima

124 L'art. 1, comma 260, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ha rimesso ad un decreto del Ministro della giustizia la determinazione dei criteri per l'acquisizione dei dati e delle informazioni rilevanti per individuare i beni giacenti o vacanti da devolvere allo Stato, potendosi peraltro suggerire l'opportunità di disciplinare idonee procedure per l'individuazione non tanto dei beni immobili vacanti quanto piuttosto dei beni abbandonati.

125 Lettura che si forza da: T.A.R. Campania, sez. Salerno, sez. III, 7 febbraio 2024, n. 369; T.A.R. Campania, sez. Salerno, sez. III, 21 dicembre 2023, n. 2007; T.A.R. Liguria, sez. I, 19 aprile 2013, n. 702.

126 In tal senso potrebbe essere intesa l'affermazione di Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093 secondo cui «l'acquisizione al patrimonio pubblico dei beni immobili che non sono proprietà di alcuno si spiega, quindi, come espressione della sovranità dello Stato, evolutivamente intesa non quale principio soggettivo di autorità, ma come sintesi dei valori essenziali della comunità che presentano precipuo rilievo costituzionale».

volta all'interno del procedimento espropriativo, in presenza di un'occupazione illegittima da parte della pubblica amministrazione cui sia seguita una domanda di risarcimento del danno patito da parte del proprietario.

Non pare questa la sede per soffermarsi sull'occupazione acquisitiva e usurpativa di beni immobili – ossia su quei casi in cui si realizza una trasformazione irreversibile del fondo a seguito di un'occupazione di fatto da parte della pubblica amministrazione, prescindendo da una legittima dichiarazione di pubblica utilità o da un legittimo decreto d'espropriazione[127] – rilevando piuttosto come la richiesta di risarcimento dei danni da parte del proprietario per un importo pari al valore venale del bene irreversibilmente occupato e trasformato sia stata talora intesa come implicita rinuncia abdicativa alla proprietà sul bene: ciò, in ragione di una affermata impossibilità o inopportunità di ottenere la restituzione in forma specifica nonché incompatibilità della richiesta di risarcimento del danno al valore venale con la permanenza del diritto di proprietà in capo al ricorrente leso[128].

---

127 In dottrina, per tutti: L. Azzena, *L'espropriazione per pubblica utilità e i provvedimenti ablatori*, Torino, Giappichelli, 2021; E. Giardina, *L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico nella recente giurisprudenza*, in *Giorn. dir. amm*., 2021, 669 ss.; M. Conticelli (voce), *L'acquisizione sanante*, in *Dig. disc. pubbl*., Agg. VII, Torino, Utet, 2017, 1 ss.; E. Follieri, *La disciplina amministrativa dell'occupazione del suolo senza seguire le regole ordinarie dell'espropriazione, con particolare riferimento all'art. 42-bis t.u.e.p.u.,* in *Riv. giur. ed.,* 2013, 2, 193 ss.; E. Zampetti, *Acquisizione sanante e principi costituzionali,* in *Dir. amm.,* 2011, 569 ss.; G. Festa, D. Siclari, *L'esercizio del potere di esproprio e il diritto – quasi – inviolabile della proprietà privata,* 101 ss. e S. Florio, *L'espropriazione in sanatoria e la cessione volontaria*, 140 ss., entrambi in *Proprietà e diritti reali*, a cura di R. Clarizia, Torino, Utet, 2016; M. Morelli, M. Borghi, *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della pubblica amministrazione. Espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativi*, Milano, Giuffrè, 2012; F.G. Scoca, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati,* in *Dir. amm.*, 2006, 3, 519 ss.; A. Gambaro (voce), *Occupazione acquisitiva,* in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000, 854 ss.; F. Volpe, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, Cedam, 1996; D. Sorace (voce), *Espropriazione per pubblica utilità,* in *Dig. disc. pubbl.,* vol. VI, Torino, Utet, 1991, 178 ss. Da ultimi: F. Fracchia, *Questioni (ancora) controverse in tema di espropriazione*, cit., 565 ss. Senza pretesa d'esaustività, in giurisprudenza, in particolare: Cass. civ., sez. un. 16 febbraio 1983, n. 1464; Cass. civ., sez. un. 10 giugno 1988, n. 394; Cass. civ., sez. un., 25 novembre 1992, n. 12546; Cass. civ., sez. un. 4 marzo 1997, n. 1907; Cass. civ., 16 luglio 1997, n. 1615; Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735; Corte Cost., 8 ottobre 2010, n. 293; Corte Cost., 30 maggio 2015, n. 71. Da ultime: Cons. St., ad. plen. 18 febbraio 2020, nn. 2, 3, 4 e 5.

128 A partire da: Cass. civ., sez. un. 4 marzo 1997, n. 1907; Cass. civ., 18 aprile 1987, n. 3872.

A partire da tale "riqualificazione" della domanda di risarcimento del danno, in termini di rinuncia abdicativa al bene definitivamente trasformato[129], s'è talvolta attribuito a quest'ultima l'effetto indiretto dell'acquisto del bene in capo all'amministrazione procedente[130]; talaltra, s'è negata tanto la validità della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare – richiamando le argomentazioni già sollevate in punto di diritto civile[131] – quanto la possibilità che questa determini, nel procedimento espropriativo e anche in via indiretta, l'acquisto in capo all'amministrazione pubblica, per previsione generale (art. 827, cod. civ.), nonché adducendosi considerazioni inerenti alla natura del procedimento e alla pubblicità degli interessi coinvolti[132].

Nessuna contestazione può essere mossa a chi affermi che, in presenza di un'occupazione illegittima da parte della pubblica amministrazione, l'acquisizione del bene non possa discendere dalla mera trasformazione di fatto dell'immobi-

---

129 Ipotesi peraltro negata in radice da Cons. St., ad. plen. 20 gennaio 2020, nn. 2, 3 e 4, sia per ragioni di carattere processuale – inerenti ai limiti posti al giudice per la riqualificazione della domanda attorea – sia per ragioni di carattere formale – richiedendo qualsiasi atto di disposizione di un diritto reale immobiliare la forma scritta *ad substantiam* (art. 1350, cod. civ.).

130 L'affermazione è in particolare indotta dalle questioni poco *sopra* accennate nel testo, ed in particolare da una presunta incompatibilità della richiesta di risarcimento del danno al valore venale con la permanenza del diritto di proprietà in capo al ricorrente. Di contro, s'afferma che la rinuncia alla proprietà, quantunque di fatto imposta dalla condotta illegittima della pubblica amministrazione, costituisce atto abdicativo, e non traslativo, e pertanto non vi sarebbe contraddittorietà nel fatto di accordare al privato un risarcimento del danno commisurato al valore venale del bene, pur in mancanza di acquisto della proprietà del bene in capo all'amministrazione (Cass. civ., sez. I, 18 febbraio 2000 n. 1814; Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2000, n. 1172).

131 T. Pellegrini, *op. cit.,* 235 ss.

132 Oltre alle sentenze già supra citate in nota 127: Cass. civ., sez. un., 18 febbraio 2000, n. 18149; Cass. civ., 28 marzo 2001, n. 4451; Cass. civ., sez. un. 6 maggio 2003, n. 6853; Cons. St., 30 novembre 2010, 8363; Cons. giust. amm. Regione Sicilia, 10 novembre 2010, n. 1410; Cons. giust. amm. Regione Sicilia, 18 febbraio 2009, n. 51; Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 676; Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2012, n. 1514; Cass. civ., 7 marzo 2017, n. 5686; Cons. St., 9 febbraio 2016, n. 2; Cons. St., 20 aprile 2018, n. 2396; Cons. St., 24 maggio 2018, n. 3105; Cons. St., sez. IV, 30 luglio 2019, ord. n. 5391; Cons. St., sez. V, 27 maggio 2019, n. 2842. In particolare, viene in rilievo nella recente giurisprudenza l'art. 42-*bis*, d.p.r. n. 327 del 2001, cit., su cui si è espressa altresì Corte Cost., 30 aprile 2025, n. 71, concludendo per la non fondatezza della questione.

le da parte dell'amministrazione[133]: all'uopo, si rende piuttosto necessaria un'ulteriore valutazione dell'interesse pubblico all'acquisizione del bene[134], tanto a tutela della posizione giuridica soggettiva del destinatario del provvedimento[135], quanto al fine di una corretta e completa valutazione dell'interesse pubblico – che è causa del provvedimento e oggetto della protezione posta dalle norme violate[136] – all'acquisizione o demolizione dell'opera seppur già realizzata (art. 42-bis, d.p.r. n. 327 del 2001, cit.)[137].

Così, l'acquisto del bene in capo all'amministrazione procedente può darsi esclusivamente in esito all'esercizio del potere di acquisizione sanante (art. 42-bis, d.p.r. n. 327 del 2001, cit.), eventualmente residuando la possibilità di agire in giudizio contro il silenzio serbato (artt. 31 e 117, d.lgs. n. 104 del 2010), e s'esclude che all'uopo possa soccorrere una rinuncia abdicativa alla proprietà del bene, trattandosi di atto unilaterale che prescinde da qualsiasi valutazione dell'interesse pubblico[138] – il quale, peraltro, in tutta evidenza, non è nella sfera di disponibilità del privato proprietario[139]. L'affermazione è conseguenza di una distinzione sostanziale tra l'interesse che legittima l'acquisto di un bene in capo all'amministra-

133 In particolare: Corte EDU, 20 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*; Corte EDU, 15 e 29 luglio 2004, *Scordino c. Italia;* Corte EDU, 19 maggio 2005, *Acciardi c. Italia;* Corte EDU, 15 luglio 2005, *Carletta c. Italia;* Corte EDU, 12 gennaio 2006, *Sciarrotta c. Italia;* Corte EDU, 13 gennaio 2006, *Serrao c. Italia;* Corte EDU, 15 febbraio 2006, *Dominici c. Italia;* Corte EDU, 20 aprile 2006, *Sciselo c. Italia;* Corte EDU, 23 maggio 2006, *Cerro s.a.s. c. Italia;* Corte EDU, 21 dicembre 2006, *De Angelis c. Italia;* Corte EDU, 6 marzo 2007, *Scordino c. Italia*; Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Pasculli c. Italia*.

134 F. Fracchia, *Questioni (ancora) controverse in tema di espropriazione*, cit., 565 ss., al par. 2, così s'esprime: «laddove *ab initio* mancasse un legame teleologico con l'interesse pubblico».

135 Riconoscono Cons. St., ad. plen. 20 gennaio 2020, nn. 2, 3 e 4, che l'occupazione illegittima ha carattere di illecito permanente, con incidenza sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno e sulla esperibilità delle azioni a tutela della proprietà.

136 R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato,* Torino, Giappichelli, 2003, 91. Ricorda M. Conticelli, *op. cit.*, 13, che il procedimento di acquisizione sanante è procedimento avente autonomo fondamento rispetto «alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione contra ius».

137 Ricorda in particolare Cons. St., ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 4, che anche la restituzione previa rimessione allo stato pristino dell'immobile illegittimamente occupato costituisce espressione di una specifica volontà provvedimentale e non mero adempimento dell'obbligo di natura civilistica conseguente alla lesione del diritto di proprietà. *Contra*: Cons. St., ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2.

138 Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2021, n. 4790, che ne afferma il mancato rispetto del principio di legalità, sostanzialmente ponendosi «sulla falsariga della c.d. occupazione acquisitiva».

zione pubblica – il quale deve essere oggetto di apposita valutazione da parte di quest'ultima[140] – e l'interesse che giustifica il potere/dovere dello Stato di gestione di beni vacanti o abbandonati (art. 827, cod. civ.), quale conseguenza della sua posizione ordinamentale e dei fini ch'esso persegue[141] (§ 4).

Non è così negata, nel contesto dei giudizi per occupazione illegittima, la validità di un negozio formale di rinuncia[142], ma è escluso l'effetto di acquisto automatico a titolo originario del bene illegittimamente occupato e trasformato in capo all'amministrazione procedente, per le ragioni sopra esposte nonché per contrasto con altre norme di rango primario (art. 827, cod. civ.), ove il riferimento è in primo luogo allo "Stato"[143] – e non a qualsiasi diversa amministrazione procedente – ed ancor più ad una "spettanza" – e non titolarità –, con le conse-

---

139 Sul punto: F. Fracchia, *Questioni (ancora) controverse in tema di espropriazione*, cit., 565 ss., par. 7. Sulla rinuncia in diritto pubblico, per l'appunto connessa a questioni di disponibilità dell'interesse pubblico e dell'interesse legittimo: C. Fadda, *Sulla teoria delle rinunzie nel diritto pubblico,* in *Riv. dir. pubbl.,* 1909, 1, 23 ss.; C. Ferrari (voce), *Rinunzia (dir. amm.),* in *Enc. giur.,* vol. XXVII, Roma, Treccani 1991, 1 ss.; L. Formentin (voce), *Rinuncia nel diritto amministrativo,* in *Dig. disc. pubbl.,* vol. XIII, Torino, Utet, 1997; G. Treves, *Il problema della rinuncia nel diritto amministrativo,* in *Studi in onore di Guido Zanobini,* vol. II, Milano, Giuffrè, 1964, ora in *Scritti giuridici,* Milano, Giuffrè, 1982, 375 ss.; N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003.

140 Per il procedimento espropriativo il riferimento è all'art. 42-bis, d.p.r. n. 327 del 2001, cit., ma più in generale si considerino gli interessi sottesi alla qualificazione di un bene come bene pubblico (sia esso del patrimonio indisponibile o del demanio) e finanche come bene patrimoniale disponibile. Questione, che è qui solo accennata ma per la quale si rimanda senza pretesa d'esaustività alcuna: G. Colombini, *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale,* Napoli, EDI, 2009; E. Guicciardi, *Il demanio,* Padova, Cedam, 1989; G. Palma, *Il regime giuridico della proprietà pubblica,* Torino, Utet, 1983; G. Resta, *Beni pubblici,* in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca,* a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 1946, 71 ss; G. Zanobini, *Il concetto di proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità,* F.lli Bocca, Torino, 1923; V. Cerulli Irelli (voce), *Beni pubblici,* in *Dig. disc. pubbl.,* vol. II, Torino, Utet, 1987, 273 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici,* Napoli, ESI, 1979.

141 Si richiama nuovamente Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093.

142 Resta infatti ferma, alla luce di quanto sinora argomentato e di Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, la validità di un negozio formale di rinuncia al bene immobile, validità che non può negarsi nemmeno nel procedimento espropriativo.

143 La norma è infatti addotta da Cons. St., ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 4 come ulteriore argomentazione per escludere che la riqualificazione della domanda di risarcimento del danno possa provocare l'acquisto del bene in capo all'amministrazione procedente.

guenze già sopra argomentate (§ 4).

Negato l'acquisto immediato a titolo originario in capo all'amministrazione procedente e finanche allo Stato, la questione pare porsi in termini di coordinamento tra ipotesi distinte di competenza[144]: l'una dello Stato (art. 827, cod. civ.), di allocazione del bene rinunciato, e l'altra dell'amministrazione, «competente alla realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità» e perciò «competente all'emanazione degli atti del procedimento espropriativo» (art. 6, co. 1, d.lgs. n. 327 del 2001, cit.)[145]. Competenze distinte, perché poste in funzione di diversi interessi, eppure aventi ad oggetto il medesimo bene, e che possono così trovare composizione in istituti di diritto positivo ormai consolidati (artt. 14 e ss., l. n. 241 del 1990, cit.)[146]; ciò, salvo che si consideri il procedimento di acquisizione sanante come *lex specialis*, con individuazione di una competenza in deroga rispetto a quella attribuita in via generale allo Stato (art. 827, cod. civ.) per l'acquisizione di beni immobili, per il caso in cui essi non siano tanto "vacanti" quanto illegittimamente occupati[147].

---

144 Non di rivendicazione di proprietà, come ricordato dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., 29 dicembre 2008, n. 443; Corte Cost., 22 luglio 2005, n. 302; Corte Cost., 4 maggio 2005, n. 177; Corte Cost., 22 giugno 2004, n. 179; Corte Cost., 9 luglio 1993, n. 309; Corte Cost., 17 marzo 2010, n. 102), perché si tratterebbe di beni immobili non ancora acquisiti né allo Stato (secondo la lettura sopra fornita dell'art. 827, cod. civ., stanti i margini ricavabili dalla recente Cass. civ., sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093) né all'amministrazione procedente (come sinora evidenziato nel presente paragrafo).

145 La valutazione ai sensi dell'art. 42-bis, d.lgs. n. 327 del 2001, cit. è considerata doverosa per l'amministrazione, con possibilità di ricorso ex art. 117, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Codice del processo amministrativo*: Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5841; Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4696; Cons. St., ad. plen. 20 gennaio 2020, nn. 2, 3 e 4.

146 L'istituto è infatti «originariamente concepit(o) come uno strumento di composizione e di raccordo degli interessi pubblici nell'amministrazione policentrica»: così A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio,* in *Dir. amm.,* 2017, 4, 699 ss., che in particolare richiama G. Marongiu, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale,* in *L'amministrazione della società complessa: in ricorso di V. Bachelet,* a cura di G. Amato e G. Marongiu, Bologna, Il Mulino, 1982, 143 ss.; F.G. Scoca, *Analisi giuridica della conferenza di servizi,* in *Dir. amm.*, 1999, 259 ss.; G. Pastori, *Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico,* in *Le Regioni*, 1993, 1564 ss. Più diffusamente sulla conferenza di servizi, senza pretesa d'esaustività, oltre agli A. ora citati, D. D'Orsogna, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità,* Torino, Giappichelli, 2002; S. Civitarese Matteucci (voce), *Conferenza di servizi,* in *Enc. dir.,* Annali, II, Milano, Giuffrè, 2009, 271 ss.

6. Brevi riflessioni conclusive

A fronte d'una recente affermazione della validità della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare, alcune riflessioni si sono rese opportune da una prospettiva pubblicistica al fine di verificare l'incidenza di tale estremo atto di disposizione sulla sorte delle posizioni giuridiche passive inerenti ai beni immobili e sulle correlative responsabilità, approfondendo il ruolo dello Stato in relazione ai beni immobili vacanti (art. 827, cod. civ.).

È di tutta evidenza l'opportunità di una analisi che muova dallo stesso fondamento del riconoscimento del diritto di proprietà e delle sue limitazioni e che ha portato ad una sua qualificazione in termini di situazione giuridica complessa, conformata in ragione di una sua dimensione sociale (art. 42, co. 2, Cost.) ed espressione di diverse facoltà, poteri, ma anche posizioni passive di dovere (vincoli, oneri, obblighi) – a garanzia di plurimi interessi pubblici, tra cui l'ordine pubblico, l'ordinato assetto del territorio, la sicurezza e la pubblica incolumità, ed altri –, senza che l'affermazione per ciò solo consenta di configurare un generale dovere di restare proprietario.

Seppur l'atto rinunciativo non possa fungere da strumento per eludere le posizioni passive precedentemente sorte ma non adempiute, con esigibilità dell'adempimento e conseguente responsabilità in capo al rinunciante, l'inerenza delle stesse al bene immobile non costituirebbe un limite alla disponibilità del diritto, bensì un criterio di imputazione delle stesse – e delle connesse responsabilità – per cui si è cercato di argomentare che prescinda dalla titolarità formale, rilevando in diritto pubblico che le attività strumentali alla realizzazione dell'interesse pubblico siano eseguite da chi può trarne, anche indirettamente, un vantaggio o comunque da chi abbia disponibilità del bene.

---

147 Il provvedimento di acquisizione sanante avrà eccezionalmente effetto non di provvedimento ablatorio (avendo il proprietario già rinunciato) ma di mero "acquisto" del bene al patrimonio dell'amministrazione procedente (art. 42-bis, d.lgs. n. 327 del 2001, cit.). *Contra*: Cons. St., ad. plen. 20 gennaio 2020, n. 4, che afferma che «l'operatività dell'istituto postula, sul piano logico giuridico, che la formale titolarità della proprietà risulti ancora in capo al privato (e non sia venuta meno, in tesi, con l'eventuale rinuncia implicita nella proposizione della domanda risarcitoria)».

Ne conseguirebbe la possibilità di affermare una indifferenza, dell'ordinamento pubblico, verso la sussistenza di una relazione tra soggetto e oggetto qualificata in termini di diritto reale, non tollerandosi piuttosto l'abbandono dell'immobile – quest'ultimo concretamente incidendo sulla possibilità di individuare un soggetto alla cui cura può essere affidato il bene immobile – e verificandosi l'utilità di una norma di chiusura (art. 827, cod. civ.) che non ontologicamente deve determinare un acquisto a titolo originario del bene in capo allo Stato.

In particolare, con argomentazioni che possono rinvenirsi anche in relazione all'esercizio del potere di acquisizione sanante (art. 42-bis, d.p.r. n. 327 del 2001, cit.), s'è evidenziata una distinzione sostanziale tra l'interesse che legittima l'acquisto di un bene in capo all'amministrazione pubblica e l'interesse che legittima il ruolo residuale dello Stato nella gestione di beni vacanti o abbandonati (art. 827, cod. civ.), suggerendosi una lettura di quest'ultima disposizione che ne definisca il ruolo non quale proprietario necessario, quanto piuttosto in qualità di titolare di un potere/dovere di gestione e allocazione del bene immobile , poiché quest'ultimo costituisce, prima d'ogni altra cosa, e prima ancora che oggetto di un diritto reale, parte del tessuto territoriale, anche paesaggistico, ambientale e culturale – quasi identitario (art. 9, Cost.).

Allo Stato sarebbe richiesto un intervento nella gestione del bene di cui il proprietario intende spogliarsi, con possibilità d'acquisto dello stesso – ove ritenuta in funzione di un interesse generale e pubblico (artt. 822 e 826, cod. civ.) o dell'ente (art. 828, cod. civ.) – o di sua riallocazione sul mercato, secondo strumenti già consolidati di diritto pubblico (art. 12, l. n. 241 del 1990) e non diversamente da altre ipotesi di diritto positivo poste in funzione di redistribuzione diffusa di assenti relativi a specifici beni giuridici (art. 4, l. n. 440 del 1978, cit.).

Federica Castellano
Dottoranda di dritto dell'economia presso l'Università di Pisa
federica.castellano@phd.unipi.it

Il bilanciamento tra tutela dell' ambiente e del paesaggio alla prova della transizione energetica

Environmental and Landscape Protection in the Energy Transition

Sintesi

L'articolo esamina il conflitto fra tutela paesaggistica e diffusione delle fonti di energia rinnovabile (FER) nel contesto nazionale, evidenziando come sulla spinta delle direttive europee RED siano state adottate normative semplificatorie delle procedure autorizzative alla produzione di tali impianti, con effetti negativi sulla tutela dei beni paesaggistici e culturali. La giurisprudenza amministrativa ribadisce l'importanza della motivazione della decisione, ma tende a privilegiare l'interesse energetico attraverso la massima diffusione delle FER e la loro configurazione a interesse pubblico prevalente. Si sottolinea la necessità di una nozione di «paesaggio sostenibile» come strumento per bilanciare tutela ambientale (nella sua veste industriale) e salvaguardia paesaggistico-culturale, evitando che la transizione energetica diventi un mero pretesto per riproporre mere logiche di profitto.

Abstract

The article examines the conflict between landscape protection and the expansion of renewable energy sources (RES) in the national context, highlighting how the European RED directives have driven the adoption of simplified regulations for authorization procedures, with negative consequences for the protection of landscape and cultural assets. Administrative case law reaffirms the importance of providing adequate reasoning in decisions, yet tends to prioritize energy interests by promoting the widest possible diffusion of RES and framing them as a prevai-

ling public interest. The article emphasizes the need for a notion of «sustainable landscape» as a tool to balance environmental protection (in its industrial dimension) with landscape and cultural preservation, thereby preventing the energy transition from becoming a pretext for reproducing manufacture logics.

PAROLE CHIAVE: ambiente – paesaggio – transizione ecologica – energie rinnovabili

KEYWORDS: environment – landscape – ecological transition – renewable energy

INDICE: 1. Introduzione. – 2. I profili di differenziazione tra «ambiente» e «paesaggio». – 3. Da una concezione «separatista» dei concetti di ambiente e paesaggio a un'«endiadi unitaria». – 4. L'evoluzione normativa in materia di FER: principio di massima diffusione e interesse pubblico prevalente. – 5. Il ruolo della motivazione nella giurisprudenza amministrativa tra prevalenza dell'interesse energetico e ridimensionamento della tutela paesaggistica. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

L'esigenza di trovare una specificità della tutela paesaggistica si lega alle misure di transizione ecologica di stampo europeo (in particolare, RED I- II - III) adottate per la promozione di impianti di energia rinnovabile[1]. Tali disposizioni, pur assolvendo il compito estremamente significativo (e pienamente condivisibile) di invertire le tendenze industriali di uso dei fossili attraverso la massima diffusione degli impianti FER a tutela dell'ambiente, possono tuttavia determinare una compressione dei vincoli di tutela paesaggistica a vantaggio delle attività economiche riconducibili al mercato "*green*"[2].

1* Il presente contributo è il frutto della riflessione maturata al Convegno «*I Novellati Artt. 9 e 41 della Costituzione. L'Ambiente nel delicato equilibrio tra mercato, amministrazione e giustizia penale*», tenutosi all'Università di Pisa, il 24-25 novembre 2023, e poi approfondita alla luce delle nuove evoluzioni in materia. Una diversa versione del presente scritto è stata destinata alla pubblicazione negli Atti di quest'ultimo Convegno.

V. MARTINELLI, *From RED II to RED III: Renewable Acceleration Areas as a new challenge for urban and territorial planning*, in *TeMA: Territorio Mobilità e Ambiente*, *18*(3), 2025, p. 571 e ss., osserva l'evoluzione del quadro globale della transizione energetica su spinta delle principali direttive europee. La direttiva RED III (2023/2413) introduce obiettivi più ambiziosi in materia di energie rinnovabili rispetto alla RED II e prevede l'istituzione delle Renewable Acceleration Areas (RAAs), finalizzate ad accelerare le procedure di autorizzazione degli impianti. Ciò attribuisce un ruolo più rilevante alla pianificazione urbana e territoriale, che deve integrare criteri energetici, ambientali e infrastrutturali nelle decisioni relative alla localizzazione degli impianti.

2 Sul tema si rinvia subito ai contributi di P. CARPENTIERI, *Il concetto giuridico di "paesaggio" tra governo del territorio e ambiente*, Prolusione in occasione dell'inaugurazione dell'A.A. 2023-2024 SPISA Università di Bologna, 5 aprile 2024; M. ROVERSI MONACO, *Transizione energetica e paesaggio*, in M. BERTIN, S. PISCIELLA, R. REVELLINI, D.

La frammentaria normativa nazionale in materia di sviluppo delle fonti rinnovabili fa sì che non si giunga a un effettivo bilanciamento tra ambiente e paesaggio; al contrario, al fine di porre un freno all'emergenza climatica, essa produce come effetto immediato l'installazione di parchi eolici e pannelli fotovoltaici anche all'interno o in prossimità di aree sottoposte a tutela paesaggistica o culturale[3] ai sensi del d.lgs. 42/2004.

Inoltre, la disorganica e poco chiara disciplina in materia di diffusione degli impianti FER non incide unicamente sul profilo estetico-paesaggistico, ma determina altresì ricadute negative di carattere ambientale. In particolare, rilevano il consumo di nuovo suolo, la conversione di aree agricole, nonché la protezione delle biodiversità. Si configura, pertanto, un evidente paradosso normativo, in quanto disposizioni poste formalmente a presidio di interessi ambientali finiscono, di fatto, per incidere negativamente su alcuni dei valori che intendono proteggere.

RUGGERI, C. SEMENZIN, L. ZARDO, E. ZATTA (a cura di), *Verso la neutralità climatica: progettare una transizione sostenibile ed equa*, vol. 1, Conegliano, Anteferma Ed., 2024, pp. 228-231; C. FELIZIANI, *Patrimonio culturale ed esercizio della funzione amministrativa in tempo di recessione ecologica. Riflessioni intorno al rapporto pubblico-privato*, in C. FELIZIANI (a cura di), *Innovazione e Inclusione per la Valorizzazione Del Patrimonio Culturale e Lo Sviluppo Delle Aree Interne. Riflessioni Preliminari*, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 85-104; M. MONTINI, *La sfida della transizione energetica e l'emergere dei conflitti intra-ambientali: quali possibili soluzioni*?, in *Quaderni AISDUE* (sez. Atti di Convegno), 17 febbraio 2023, 1, pp. 256-275; F. SCALIA, *L'energia da fonti rinnovabili nella prospettiva della dimensione ambientale, economica e sociale dello sviluppo sostenibile*, in *Democrazia e Diritti Sociali*, 1, 2025, pp. 223-259. Per una ricostruzione del tema maggiormente incentrata sui profili procedimentali e sugli strumenti di semplificazione amministrativa nella diffusione degli impianti FER cfr. S. AMOROSINO, *"Nobiltà" (dei proclami politici) e "miseria" (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, p. 497; G. LA ROSA, *La procedura abilitativa semplificata per impianti FER: dalle esigenze di semplificazione ai dubbi applicativi*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto*, 3, 2023, pp. 1-23; L. PERGOLIZZI, *Concessione di incentivi agli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili e governo del territorio (Nota a TAR Lazio, Roma, Sez. III stralcio, 14 dicembre 2020, n. 13462)*, in *Riv. Quad. di Diritto dell'Ambiente*, 2, 2021, pp 408-432.

3 Cfr. B. BALDINI, *Transizione energetica, ambiente e tutela del patrimonio culturale: un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici: XLIV*, 2, 2023, pp. 417-442; G.Armao, *Energia da fonti rinnovabili e tutela del patrimonio culturale e del paesaggio: il caso dell'agrivoltaico*, in *Amministrativ@mente-Rivista di ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*, 1, 2025, pp 1-40.

Come si avrà modo di constatare nel corso dei successivi paragrafi, si è molto discusso di come nel tempo i contorni fra ambiente e paesaggio siano sempre più sfumati, fino ad arrivare al testo unico sulle energie rinnovabili[4] che, qualificando tali opere come attività di interesse pubblico prevalente, evidenzia un marcato *favor* legislativo per la «*massima diffusione delle FER in funzione della tutela ambientale*»[5], talvolta a discapito delle esigenze di salvaguardia paesaggistica.

In questo contesto si inserisce anche la riforma costituzionale introdotta con la legge costituzionale n. 1 del 2022, che ha modificato gli artt. 9 e 41 Cost., intervenendo espressamente sul tema della tutela ambientale. In particolare, l'art. 9 Cost. è stato integrato con il riferimento alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi nell'interesse delle future generazioni, mentre l'art. 41 Cost. ha previsto che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente. L'intervento riformatore ha certamente il merito di aver esplicitato nel testo costituzionale la rilevanza della tutela ambientale, già ampiamente riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale; tuttavia, sotto il profilo sistematico, esso non sembra aver introdotto elementi realmente innovativi rispetto all'assetto precedentemente delineato dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza[6]. La nozione di ambiente è stata infatti inserita per la prima volta nell'art. 9 Cost., senza che ne venissero chiariti in modo puntuale i contenuti o precisati i rapporti con la tutela del paesaggio, già prevista nello stesso

4 Decreto Legislativo 25 novembre 2024, n. 190. Si rinvia al seguente link per la consultazione del testo: *https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2024/12/12/24G00205/sg*.

5 *Ex multis* Cons. St., Sez. IV, 29.12.2023, n. 11320.

6 Si vedano i primi contributi alla modifica costituzionale di R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi Giur. dell'Economia*, 2022, pp. 7-26; M. DEL SIGNORE, A. MARRA, M. RAMAIOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2022, pp. 1 e ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Diritto dell'economia*, 107, 2022, pp. 15-30. Per quanto concerne il profilo specifico dell'introduzione del richiamo alla sostenibilità nell'art. 9 Cost., analizzandone la valenza nel quadro del contesto geopolitico e sociale della riforma, cfr. G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Sembra opportuno citare anche l'interessante considerazione di I. Nicotra, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, 2021. Per approfondire i profili etici e filosofici della revisione costituzionale cfr. G. DEMURO, *I diritti della Natura*, in *Federalismi.it*, 6, 2022.

articolo. Ne deriva che la questione del coordinamento tra le due nozioni rimane, almeno in parte, irrisolta. Analogamente, la modifica dell'art. 41 Cost., pur rafforzando il riferimento alla tutela ambientale quale limite all'iniziativa economica, sembra ricollegarsi a una concezione dell'ambiente prevalentemente intesa come interesse antagonista rispetto allo sviluppo economico[7]. In tal senso, la riforma ha perso l'occasione di introdurre espressamente il principio dello sviluppo sostenibile, che avrebbe potuto offrire una chiave interpretativa più equilibrata nel bilanciamento tra tutela ambientale, interessi economici e salvaguardia del paesaggio.

Volendo circoscrivere l'indagine esclusivamente agli effetti che le recenti direttive europee riflettono sulla normativa nazionale in merito allo sviluppo delle energie rinnovabili vediamo che l'esito che sembra profilarsi è quello di una progressiva tendenza all'equiparazione tra le nozioni di ambiente e paesaggio, con il rischio di attenuare la specificità della tutela paesaggistica di fronte a nuove opere finalizzate alla transizione energetica. In altri termini, concepire ambiente e paesaggio quali concetti convergenti si traduce in una compressione della tutela paesaggistica ogniqualvolta, nelle attività di bilanciamento fra valori, la sua tutela entri in effettivo conflitto con interventi di transizione ecologia[8].

Emergono, quindi, preoccupazioni circa la possibilità che, in nome della lotta al cambiamento climatico, possano proliferare estese superfici di pannelli fotovoltaici o dei c.d. parchi eolici, con il rischio di alterare in modo irreversibile il volto di paesaggi appenninici che finora hanno resistito ai processi di intensa trasformazione territoriale[9].

---

7 G. LEMME, *Articolo 41 Cost. e sviluppo sostenibile: contrasto o concordanza?*, in *Gazzetta ambiente*, 2007, pp. 85-91.

8 Pare utile richiamare a tal proposito la giurisprudenza che ha discusso la questione, contrapponendo gli interessi paesaggistici alle finalità di interesse pubblico volte alla riduzione delle emissioni di gas serra conformemente al Protocollo di Kyoto. Si veda: Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2005, n. 971; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 4 febbraio 2005, n. 150. Per una visione d'insieme su questi temi si rinvia a M. SANTINI, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urb.e app.*, 3, 2020, pp. 302 ss.; P. CARPENTIERI, *Semplificazione e tutela del paesaggio*, in *Rivista Giuridica dell'Urbanistica*, 2009, pp. 1-14, ID., *Semplificazione e tutela del paesaggio*, *Regime dei vincoli e Convenzione europea*, in G. F. CARTEI (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, Il Mulino 2007, pp. 135 e ss.

9 A tal proposito si veda P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *GiustiziaInsieme.it*, 2021. Si veda anche F. L. MAGGIO, *Transizione energetica, paesaggio e*

In questo contesto, la chiave interpretativa risiede nella necessità di recuperare la specificità della tutela paesaggistica, riconoscendo il valore pubblico della conservazione degli spazi non antropizzati e ricollocando su un piano di effettivo equilibrio la tutela ambientale e la salvaguardia del patrimonio paesaggistico-culturale.

2. I profili di differenziazione tra «ambiente» e «paesaggio»

Facendo un passo indietro veniamo alle radici che stanno alla base della distinzione tra ambiente e paesaggio[10]. La tutela del paesaggio è ancorata nello *jus*, in una tradizione culturale antecedente al contesto giuridico, distinguendosi in modo sostanziale dalla base concettuale che informa il diritto ambientale contemporaneo[11].

Il paesaggio nasce nell'ambito delle scienze umane, mantenendo un nucleo intrinseco di natura estetica. Difatti, dall'analisi delle principali esperienze internazionali[12] (tedesca, francese, anglosassone), è possibile ricostruire una corrente di pensiero che, sin dal XVIII sec., lega la sensibilità «ambientale» a un concetto, in senso lato, «romantico»[13]. Non a caso, l'emergere del bisogno di tutela, nella storia recente, è strettamente correlato a una percezione estetica delle bellezze paesaggistiche[14], accentuatosi con la concentrazione in tali meraviglie di forme di turismo di massa. Non appariva, allo stesso tempo, casuale che l'articolo 9 della

---

ambiente, tra competenze statali e regionali. Considerazioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 2464/2022, in *Amministr@tivamente*, 4, 2022, pp. 396 e ss.

10 L. R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, p. 19, il quale reputa che l'ambiente "nella sua unitarietà trasloca nella topografia giurisprudenziale dalla casella del "bene materiale" a quella del "diritto soggettivo" la cui lesione è percepibile per via della menomazione della salubrità di un corpo (umano o di parte della natura)". ID., *Contributo ad una formulazione delle nozioni di paesaggio come simbolo e di ambiente come sistema ed alla critica delle nozioni tradizionali di cosa e bene in senso giuridico*, in G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI (a cura di), *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente. Precauzione -responsabilità - assicurazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 43.

11 E. TURRI, *Antropologia del paesaggio*, Milano, Ed. di comunità, 1974.

12 L. SCAZZOSI (a cura di), *Politiche e culture del paesaggio (esperienze internazionali a confronto)*, Roma, Gangemi Ed., 1999.

13 Cfr. R. ASSUNTO, *Il paesaggio e l'estetica: arte, critica e filosofia*, Napoli, Giannini Ed., 1973 e M.S. GIANNINI, "*Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, p. 15 e ss.

Cost. anteriforma, facesse riferimento alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della nazione, senza menzionare esplicitamente l'ambiente[15]. La logica sottostante agli strumenti di tutela così concepiti sembrerebbe essere quella di rispondere alla necessità di conservare un patrimonio estetico-identitario, soggetto molto spesso ai pericoli di dispersione e distruzione.

Del tutto diversa è, invece, l'origine del concetto giuridico di ambiente e della sua tutela. La politica europea in materia ambientale nasce da un approccio quantitativo-scientifico, incentrato sul calcolo dei limiti relativi alla crescita della popolazione nell'ecosistema terrestre e sulla sopravvivenza della specie umana[16]. Tale approccio, proprio delle scienze matematiche, è inoltre racchiuso nella nozione di inquinamento[17], attualmente disciplinata nel Decreto legislativo n. 152 del 2006, lettera *i-ter*) dell'art. 5.

Non si può, infatti, trascurare che il diritto ambientale europeo ha avuto origine con la standardizzazione dei costi ambientali internalizzati nella produzione, seguendo il principio «*chi inquina paga*»[18], con il fine di garantire la concorrenza e il corretto funzionamento del mercato comune. Attualmente, il principio generale espresso dall'art. 11 del TFUE, il quale stabilisce che «*Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile*», trova conferma nell'art. 37 della Carta dei diritti

---

14 Per approfondire sul tema si rinvia a M. GRISOLIA, *Bellezze naturali*, in *Enciclopedia del diritto*, 5, Milano, 1959 e G. PASINI, *La tutela delle bellezze naturali. Contributo ad una ricerca sistematica*, Bologna, Morano Ed., 1967.

15 F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi Fondamentali*, Bologna, Zanichelli-Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1975, p. 434; A. M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. Giur. Ed*., 1967, p. 70.

16 Cfr. J. RANDERS, *2052. Scenari globali per i prossimi quarant'anni*, in *Edizioni Ambiente*, 2013 e N. GEORGESCU-ROEGEN, *The Entropy Law and the Economic Process*, Boston, Harvard Univesity Press, 1971.

17 Per una ricostruzione esaustiva si vedano F. FONDERICO, *Ambiente*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffré, 2006; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2005 e A. CROSETTI, R. FERRARA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, Laterza, 2002.

18 Per una ricostruzione accurata si vedano E. GALLO, *L'evoluzione sociale e giuridica del concetto di danno ambientale*, in «Amministrare», 2, 2010, p. 267 e G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb*., 1, 2020.

fondamentali[19].

Dunque, si può affermare che la profondità del significato della distinzione può essere esplicitata attraverso una sostanziale diversità di orientamento di pensiero: un punto di vista soggettivo e qualitativo, tipico delle scienze dello spirito, caratterizza il paesaggio; mentre una prospettiva oggettiva e quantitativa, proprio delle scienze esatte e della tecnica, contraddistingue l'ambiente-ecologia[20]. Tuttavia, come evidenziato dalla Convenzione europea del paesaggio del 2000[21], la comprensione del paesaggio richiede l'integrazione di tutti i diversi saperi e punti di vista che concorrono alla sintesi di fattori naturali e umani, nonché delle loro interrelazioni[22]. Come si evince, inoltre, dall'art. 131 del Codice di settore che, in aderenza al testo appena richiamato, contribuisce a definire la nozione complessa e polisemica di paesaggio[23].

3. Da una concezione «separatista» dei concetti di ambiente e paesaggio a un'«endiadi unitaria»

Negli ultimi decenni del secolo scorso, la Corte costituzionale, dopo aver rimarcato la «*primarietà del valore estetico-culturale*»[24] *ex* art. 9 Cost. come limi-

19 Secondo cui «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

20 In proposito si veda K. R. POPPER, *I tre mondi. Corpi, opinioni e oggetti del pensiero*, Bologna, Il Mulino, 2012.

21 Ratificata dall'Italia con la legge 9 gennaio 2006, n. 14, impone, come è noto, agli Stati parte della convenzione (art. 5, lett. *a*), di «*riconoscere giuridicamente il* paesaggio *in quanto componente essenziale del contesto di vita delle popolazioni, espressione della diversità del loro comune patrimonio culturale e naturale e fondamento della loro identità*» e definisce il paesaggio (art 1, lett. *a*) «come *una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni*».

22 D. M. TRAINA, *Il ventennale della convenzione europea sul paesaggio: un primo bilancio del suo stato di attuazione*, in *Federalismi.it*, 30, 2020.

23 Tale nozione è stata quindi tradotta e recepita dall'art. 131, commi 1 e 2, del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42 del 2004: 1. «*Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni*». 2. «*Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali*».

24 Sent. Corte cost. 1° aprile 1985, n. 94; 21 dicembre 1985, n. 359; 27 giugno 1986, n. 151; 22 luglio 1987, n. 183; 28 luglio 1995, n. 417; 23 luglio 1997, n. 262; 25 ottobre 2000, n. 437.

te alle competenze regionali in materia urbanistica, ha introdotto una nozione unitaria di ambiente inclusiva anche del paesaggio. Come si evince in un significativo passaggio della Corte l'idea è di creare «*un'endiadi unitaria*»[25]. Infatti, nella nota pronuncia n. 85 del 1998 si riconosce che «*la tutela del bene culturale è nel testo costituzionale contemplata insieme a quella del paesaggio e dell'ambiente come espressione di principio fondamentale unitario dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo*»[26]. La Consulta[27], inoltre, ha esteso ulteriormente la nozione di paesaggio comprendendo «*ogni elemento naturale ed umano attinente alla forma esteriore del territorio*»[28], fino a dichiarare che la sua tutela va interpretata nel senso ampio di quella ecologica, identificandola con la conservazione dell'ambiente. Successivamente, la giurisprudenza si è orientata verso una sostanziale unitarietà delle nozioni di ambiente e paesaggio «*improntata a globalità e integralità*»[29].

Tuttavia, nonostante questo orientamento volto a valorizzare l'unitarietà delle due nozioni[30], in diversi contenziosi relativi ai conflitti di competenza tra Stato e Regioni la Corte costituzionale ha, in alcune pronunce[31], riconosciuto l'esistenza di distinzioni significative tra i concetti di ambiente e di paesaggio.

Nel tentativo di comprendere se vi è una visione frammentata o unitaria della questione a livello sovranazionale è importante ricordare la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, chiamata ad esprimersi in merito alla distinzione giuridica tra ambiente e paesaggio nella sentenza del 6 marzo 2014[32].

---

25 Cfr. Corte Cost., 29 dicembre 1982, n. 239; 27 luglio 2000, n. 378 e 26 novembre 2002, n. 478 che richiama la precedente.

26 Si rinvia alla sentenza della Corte costituzionale del 1998, n. 85.

27 Si vedano altre pronunce coeve: Sent. 27 luglio 2000, n. 378; Sent. n. 39 e n. 153 del 1986 e n. 529 del 1995.

28 Corte costituzionale, sentenze 3 ottobre 1990, n. 430 e 11 luglio 1989, n. 391.

29 Si veda la sentenza della Corte costituzionale, 20 febbraio 1995 n. 46 che a sua volta richiama la legge Galasso del 1985 e le precedenti sentenze 359 del 1985, 67 del 1992, 269 del 1993.

30 Così come affermato nella sentenza della Corte costituzionale n. 478 del 26 novembre 2002, che a sua volta opera un rinvio alle sentenze n. 85 del 1998 e n. 378 del 2000.

31 Per una ricostruzione accurata sembra opportuno richiamare le sentenze della Corte costituzionale n. 359 del 1985, n. 151 del 1986, n. 183 del 1987, n. 417 del 1995, n. 262 del 23 luglio 1997.

32 Per una disamina critica dell'ordinanza di remissione del Tar Sicilia, *supra* citata, cfr. P. CARPENTIERI, *Paesaggio e Corti europee,* in *Giust.Amm.it*, 2013, *in margine a Tar Sicilia,*

Questa pronuncia, originata da una domanda pregiudiziale presentata dal TAR Sicilia[33], aveva ad oggetto un'ordinanza-ingiunzione di rimessione in pristino dello stato dei luoghi. La Corte di giustizia ha respinto la prospettazione del remittente[34] secondo la quale la nozione di "ambiente", rilevante ai fini del diritto europeo, includerebbe anche quella di "paesaggio". Si è, infatti, dichiarata incompetente sulla possibile violazione dell'art. 167, comma 4, lett. a), del decreto legislativo n. 42 del 2004 con l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e con il principio di proporzionalità, sottolineando che l'Unione ha una propria specifica competenza in materia ambientale, mentre la tutela paesaggistica è da considerarsi sostanzialmente estranea al campo di operatività del diritto dell'Unione. Infatti, «*né le disposizioni dei Trattati UE e FUE richiamati dal giudice del rinvio, né la normativa relativa alla Convenzione di Aarhus, né le direttive 2003/4 e 2011/92 impongono agli Stati membri obblighi specifici di tutela del paesaggio*», al contrario di quanto è espressamente previsto dal diritto italiano. La Corte di giustizia, in occasione della medesima pronuncia, ha precisato che l'Europa attraverso le direttive richiamate fissa obiettivi strumentali solo percentuali[35], lasciando alla discrezionalità degli Stati la possibilità di adottare le misure stimate più congrue secondo le caratteristiche del proprio paese.

In virtù del quadro delineato nel contesto nazionale e europeo, risulta evidente la delicatezza del potenziale conflitto di interessi che potrebbe insorgere e che porta a riconoscere con un certo grado di realismo la diversità degli interessi sottesi rispettivamente alla tutela dell'ambiente e del paesaggio; i quali devono essere attentamente ponderati specialmente laddove si adottino decisioni urgenti in un contesto pressante di emergenza climatica[36].

Palermo, Sezione I, ordinanza 10 aprile 2013, n. 802.

33 Per ragioni di completezza si rinvia al testo completo della controversia, Sentenza della Corte (Decima Sezione) del 6 marzo 2014, causa C-206/13.

34 Si veda Tar Sicilia, Palermo, Sezione I, ordinanza 10 aprile 2013, n. 802.

35 A titolo esemplificativo si richiama la Decisione (UE) 2015/1814 del Parlamento e del Consiglio Europeo relativa agli obiettivi dell'UE per il 2030 in termini di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra del 40% rispetto al livello registrato nel 1990, con la prospettiva di raggiungere la carbon *neutrality* entro il 2050. Si vedano anche il Regolamento (UE) 2019/631; la Direttiva (UE) 2019/904 e il Regolamento (UE) 2017/1369.

36 G. TULUMELLO, *Interesse paesaggistico e interesse ambientale: due interessi in conflitto?*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio- Atti del Convegno*, W. Cortese (a cura di), Lampedusa,

4. L'evoluzione normativa in materia di FER: principio di massima diffusione e interesse pubblico prevalente

Con la crisi energetica iniziata nel 2022, l'Unione Europea ha adottato un approccio fortemente interventista nei confronti degli ordinamenti nazionali in materia di transizione energetica, anche se negli ultimi giorni assistiamo ad una battuta d'arresto per l'annunciata sospensione del *Green Deal* da parte del governo americano[37]. In verità, il conflitto russo-ucraino ha solo accelerato il processo di semplificazione delle procedure amministrative legate alla pianificazione e autorizzazione degli impianti FER, il quale era già iniziato a partire dall'Accordo di Parigi per contrastare il consumo eccessivo delle tradizionali materie prime, che oltre a scarseggiare sono altamente dannose per il futuro del pianeta.

Al fine di mettere un freno all'emergenza climatica quanto a quella energetica è stato necessario disciplinare sia dove collocare gli impianti rinnovabili all'interno del territorio italiano sia rivisitare le procedure di autorizzazione e controllo relative all'istallazione di questi ultimi alla luce di una accelerazione delle tempistiche. Tale fenomeno sul piano nazionale se da un lato ha contribuito al progressivo avvicinamento degli obiettivi europei di efficientamento energetico, dall'altro ha comportato una continua e crescente tensione fra la tutela ambientale e la disciplina in materia di protezione di beni culturali e paesaggistici (art. 9 Cost.), sacrificando quest'ultima a favore della prima. A tal proposito occorre precisare che andava già in questa direzione il d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, che all'art. 12 qualificava gli interventi per la realizzazione degli impianti di fonti

---

21-23 giugno 2007, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 87 e ss.

37 L'annuncio della sospensione del Green Deal statunitense e del conseguente recesso dagli impegni assunti con l'Accordo di Parigi rappresenta un elemento di potenziale regressione nella governance climatica globale, in grado di generare ricadute negative sia sulle politiche ambientali sia sugli assetti della finanza sostenibile, incidendo sulla fiducia degli operatori e scoraggiando investimenti in tecnologie a basse emissioni. Tale scenario conferma le criticità già rilevate in relazione all'approccio dell'economia neoclassica, ancora prevalente nell'elaborazione delle politiche pubbliche, il quale – fondato su schemi di analisi costi-benefici di matrice conservatrice – si dimostra inadeguato a fornire risposte efficaci alla crisi climatica, poiché tende a minimizzare tanto i costi derivanti dagli shock ambientali quanto i benefici sistemici connessi ad interventi strutturali di matrice pubblica. Si veda A. ROVENTINI, *L'emergenza climatica e la transizione verde. Cambiare l'economia politica per trasformare l'economia*, in *il Mulino*, 2021, 4, p. 136 ss.

rinnovabili come «*opere di pubblica utilità indifferibili ed urgenti*»[38], consentendone persino la collocazione in zone classificate agricole dai piani urbanistici vigenti e spianando la strada all'espropriazione di tali aree. Si ricordi poi, come il d. lgs. n. 28 del 2011 attuativo della RED I (Dir. 2009/28/CE da cui sono discesi l'obbligo di recepimento e gli obiettivi FER entro il 2020), dava avvio ad una nuova procedura abilitativa semplificata, c.d. P.A.S per opere di energia rinnovabile moderata, con la possibilità di evitare i controlli paesaggistici qualora il progetto non ricadesse in una area classificata come protetta. Tale disciplina è stata, inoltre, oggetto di aggiornamento nel d. l. n. 77 del 2021, il quale all'art. 30 prevedeva la soppressione del potere del MIBACT di bloccare i procedimenti di autorizzazione paesaggistica tramite il rinvio al Consiglio dei ministri, limitando così i controlli paesaggistici al parere obbligatorio, ma non vincolante, da parte del Ministero della cultura in sede di conferenza servizi. Un punto di svolta viene segnato dalla disciplina semplificatoria introdotta con il d.lgs. n. 199 del 2021 (attuativa della RED II), con la quale il legislatore nazionale ha dato un'ulteriore spinta alla diffusione degli impianti FER. Si prevede che le Regioni e le province individuino le specifiche «aree idonee» all'interno dei loro territori con propria legge regionale entro 180 giorni dall'entrata in vigore di un decreto interministeriale attuativo. Sul punto non mancano perplessità: si apre la necessità di bilanciare in sede legislativa, e non amministrativa, gli interessi che insistono sul territorio. Infine, con la direttiva n. 2413 del 2023 (RED III), l'UE prevede che entro maggio 2025 gli Stati membri completino la mappatura delle aree idonee, e che entro febbraio 2026 siano designate le «zone di accelerazione», caratterizzate da un regime autorizzativo semplificato e da una presunzione di assenza di impatti ambientali significativi. Tale direttiva riconosce il carattere di «interesse pubblico prevalente»[39] degli impianti FER e l'introduzione delle zone di accelerazione, nelle quali

38 Tale previsione era già contenuta nell'art. 1, comma 4, della legge 9 gennaio 1991, n. 10, recante «Norme per l'attuazione del Piano energetico nazionale in materia di uso razionale dell'energia, di risparmio energetico e di sviluppo delle fonti rinnovabili di energia».

39 Sula nozione di interesse pubblico prevalente si veda anche il Consiglio di Stato, sentenza n. 2983 del 12 aprile 2021. Da ultimo le sentenze della Corte cost. n. 77 del 2022 e n. 216 e n. 121, nelle quali ribadisce la necessità di garantire la «*massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabili, onde contrastare il riscaldamento globale e i cambiamenti climatici*». In linea con numerosi precedenti giurisprudenziali della Corte cost., si veda: la sentenza n. 286 del 2019,

si presume l'assenza di impatti ambientali negativi con conseguente esenzione dalla V.I.A, che sembra segnare il definitivo tramonto della tutela paesaggistica. Da ultimo, in ossequio al PNIEC e alla Direttiva RED III, l'Italia ha adottato il d. lgs. n. 190 del 30 dicembre 2024, c.d. Testo Unico delle FER. Tale decreto è il frutto di un complesso lavoro di sintesi che, seppure indiscutibilmente contenga elementi semplificatori positivi – tra questi la maggiore semplificazione delle procedure autorizzative (Autorizzazione unica, P.A.S, Comunicazione di inizio lavori) –, non convince del tutto poiché permangono forti perplessità relative al perimetro «incerto» delle competenze tra Stato, Regioni e Comuni in materia di autorizzazioni. Nello specifico, sembra sia sfuggita la possibilità di sistematizzare in una disciplina chiara e ordinata la nuova normativa con quella previgente relativa alle «aree idonee», che avrebbe rappresentato un utile cartina tornasole per fissare limiti chiari alla costruzione di impianti FER, prevedendo, ad esempio, un espresso divieto laddove venga richiesta l'autorizzazione per progetti all'interno delle aree sottoposte a tutela a norma del d.lgs. 42/2004, in quanto beni culturali o paesaggistici.

5. Il ruolo della motivazione nella giurisprudenza amministrativa tra prevalenza dell'interesse energetico e ridimensionamento della tutela paesaggistica

Negli ultimi anni la giurisprudenza amministrativa è stata frequentemente chiamata a pronunciarsi sul rapporto tra lo sviluppo delle fonti di energia rinnovabile e la tutela del paesaggio. In una fase iniziale, il giudice amministrativo sembrava mostrare una particolare sensibilità verso il rispetto dei vincoli derivanti dall'autorizzazione paesaggistica, orientamento con tutta probabilità influenzato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. Quest'ultima, infatti, pur riconoscendo che la promozione delle FER «*risponda a obblighi sovranazionali e riveste un interesse pubblico primario*», ha più volte precisato che tale interesse «*non può comunque prevalere in modo assoluto sui valori costituzionalmente protetti,*

in senso analogo, *ex multis*, le sentenze n. 221, n. 216 e n. 77 del 2022, n. 177 del 2021, n. 106 del 2020, n. 69 del 2018, n. 13 del 2014 e n. 44 del 2011) «nel comune intento "*di ridurre le emissioni di gas ad effetto serra*" la sentenza n. 275 del 2012; nello stesso senso, sentenze n. 46 del 2021, n. 237 del 2020, n. 148 del 2019 e n. 85 del 2012.

quali il paesaggio e l'ambiente (art. 9 e 117, comma 2, lett. s, Cost.)»[40]. Tuttavia, negli ultimi anni sembra emergere un'evoluzione interpretativa diversa nella giurisprudenza amministrativa, la quale tende a valorizzare il principio della massima diffusione delle fonti rinnovabili, rafforzata, inoltre, dalla riforma dell'art. 9 della Costituzione, che sembra porre sul medesimo piano valoriale la tutela del paesaggio e quella dell'ambiente nella sua dimensione, altresì, industriale e produttiva[41].

A tal proposito, il Consiglio di Stato, in pronunce recenti (Cons. Stato del 2 aprile 2025, n. 2808), ha chiarito che il bilanciamento tra esigenze energetiche e tutela paesaggistica deve fondarsi su ragioni motivate e non generiche. Il giudice precisa che il diniego dell'autorizzazione, nel caso di specie relativo all'installazione di impianti fotovoltaici in area vincolata, può fondarsi esclusivamente su valutazioni concernenti le modalità di installazione degli stessi. Nella sentenza viene evidenziato come la normativa sopravvenuta abbia introdotto significative semplificazioni finalizzate a promuovere la diffusione delle fonti rinnovabili nel quadro di un necessario bilanciamento tra l'interesse pubblico alla tutela del paesaggio e quello, parimenti rilevante, all'incremento della produzione energetica da fonti alternative. In tale prospettiva, il giudice amministrativo ha ritenuto non più sostenibile l'applicazione di categorie estetiche tradizionali ai pannelli fotovoltaici, poiché ciò condurrebbe inevitabilmente a considerarli intrusioni visive, introducendo così una prospettiva sistemica nel bilanciamento degli interessi.

Analoga attenzione al ruolo della motivazione emerge nella giurisprudenza amministrativa di primo grado. Il TAR Molise, nella sentenza n. 161/2023, ha annullato il provvedimento che imponeva la procedura di V.I.A di un progetto per la realizzazione di un impianto fotovoltaico sulla base del «*consumo di suolo*», ritenendo detta motivazione eccessivamente generica e, se generalizzata, idonea a sottoporre a V.I.A qualunque impianto FER, in contrasto con i principi di pro-

40 come afferma con sentenza delle Sezioni Unite n. 2731/2017 secondo cui il raggiungimento degli obiettivi internazionali di decarbonizzazione deve avvenire «nel rispetto delle tutele costituzionalmente garantite», richiamando in particolare l'art. 4 del D.lgs. 387/2003, e di fatto ritenendo che la diffusione delle FER non possa essere letta come un principio assoluto e insuscettibile di contemperamento.

41 Cfr. P. CARPENTIERI, *Ambiente in genere. Il giudice amministrativo e il cambiamento climatico*, in *Lex Ambiente*, articolo online, 2024.

porzionalità e ragionevolezza. Secondo il T.A.R. Molise «*un ipotetico riconoscimento, per contro, della bontà di simili motivazioni meramente astratte porterebbe alla ineludibile quanto insostenibile conclusione di reputare sempre e comunque necessario l'assoggettamento a V.I.A di qualsiasi progetto di localizzazione di impianto per la produzione di energia da F.E.R., che non potrebbe mai mancare di determinare, come ogni altro insediamento, un qualche consumo di suolo*».

Un ultimo esempio interessante, che oltrepassa il ruolo della motivazione e rende emblematica l'erosione della tutela paesaggistica, è rappresentato dal caso della provincia di Viterbo. La Giunta regionale del Lazio, con delibera n. 171/2023, aveva stabilito che in ogni provincia potevano essere avviati nuovi impianti FER fino alla soglia del 50% del totale regionale; in considerazione della presenza del 78% di impianti installati nella sola provincia di Viterbo. Tale disposizione, di fatto, introduceva una moratoria preventiva per i progetti non prioritari o non ubicati in aree già dichiarate idonee. Il TAR Lazio, con la sentenza n. 6969 dell'8 aprile 2025, ha accolto il ricorso avverso la decisione della Giunta regionale del Lazio, annullando il divieto di diffusione delle FER al 50% in ogni provincia e ribadendo quanto previsto dall'art. 20, comma 6, del d.lgs. n. 199/2021, secondo cui nessuna moratoria può essere disposta «*nelle more dell'individuazione delle aree idonee*». Il provvedimento, difatti, sottolinea che la disciplina regionale imponeva un blocco generalizzato ai procedimenti per impianti non prioritari, contrastando nettamente con il principio di massima diffusione delle FER sancito dal legislatore nazionale e comunitario. Questo episodio conferma come, nella prassi decisionale, la tutela paesaggistica venga spesso sacrificata sull'altare della semplificazione e accelerazione delle FER, a scapito di un adeguato bilanciamento degli interessi che insistono sul territorio.

In sintesi, sebbene la giurisprudenza amministrativa continui a ribadire che il punto nodale resta la motivazione del provvedimento amministrativo, il quale «*deve essere non solo puntuale e contestuale, ma anche idonea a dimostrare l'effettivo svolgimento di un bilanciamento concreto tra interessi costituzionalmente rilevanti*»[42], nella prassi più recente si osserva una crescente compressione della tute-

42 In tal senso, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo il diniego opposto dalla Soprintendenza all'installazione di un parco eolico motivato soltanto con il rischio di «effetto selva» derivante dalla vicinanza di un impianto analogo (Cons. Stato, sez. VII, 15 dicembre 2022,

la paesaggistica a vantaggio della diffusione delle fonti rinnovabili. Il principio della «massima diffusione» delle FER si sta trasformando, di fatto, in una regola tendenzialmente prevalente, che impone alla tutela paesaggistica un ruolo sempre più marginale o meramente oppositivo. Si assiste a una «funzionalizzazione emergenziale del paesaggio»[43], che viene progressivamente ricondotto a variabile di calcolo energetico e non più riconosciuto come valore autonomo e intrinsecamente indisponibile. Nei procedimenti autorizzativi, la motivazione delle decisioni sembra spesso orientata a dimostrare la compatibilità dell'intervento più che a svolgere un effettivo bilanciamento tra interessi, mentre le valutazioni paesaggistiche vengono sovente percepite come ostative alla tutela ambientale, anche quando strettamente legate a beni vincolati per la loro peculiare natura culturale o paesaggistica. Il progressivo orientamento verso una logica funzionale e produttivistica rischia di alterare profondamente l'equilibrio costituzionale tra la dimensione ambientale, intesa prevalentemente in chiave industriale, e la tutela del paesaggio. Quest'ultimo, infatti, viene ridotto a mero «vincolo tecnico» da superare, perdendo così la sua valenza identitaria, storica e culturale, nonché la funzione di presidio degli interessi ambientali che lo caratterizzano, quali la limitazione del consumo di suolo.

6. Conclusioni

A questo punto l'ulteriore fondamentale dimensione nella quale la nozione di tutela paesaggistica va oggi osservata è quella dello sviluppo sostenibile[44], soprattutto nel momento in cui l'esigenza di preservare il paesaggio esistente si confronta con la pianificazione di attività tese al progresso tecnologico ed economico.

---

n. 10664), affermando che «*la motivazione deve basarsi su una valutazione puntuale del progetto e del contesto*». Non è sufficiente, ad esempio, invocare genericamente l'«impatto paesaggistico» senza valutare l'intervento nella sua specificità progettuale o senza considerare soluzioni alternative.

43 F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Diritto dell'economia*, 107, 2022, pp. 15-30.

44 G. SEVERINI, U. BARELLI, *Gli atti fondamentali dell'Unione europea su "transizione ecologica" e "ripresa e resilienza": prime osservazioni*, in «Giustizia amministrativa», 22 aprile 2021. F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 433 e ss. e C. VIDETTA, *Cultura e sviluppo sostenibile. Alla ricerca del IV pilastro*, Torino, Giappichelli, 2018.

Lo sforzo, non banale, da operare consiste nell'identificazione di una valenza giuridica propria della nozione di «paesaggio sostenibile»[45]. Occorre fare una premessa: si ritiene consolidata l'affermazione secondo cui la fruizione delle bellezze naturali e del territorio costituisce parte integrante della storia, della memoria e della civiltà, circostanza che, in conformità all'art. 3, comma 2, Cost., giustifica l'intervento della Repubblica volto a rimuovere ogni ostacolo di natura economica e sociale che possa limitarne la piena fruizione[46]. Da ciò emergono due elementi significativi, il valore culturale del paesaggio come modalità di sviluppo completo della persona umana che porta con sé la necessità di conservazione del patrimonio esistente affinché le generazioni future abbiano la possibilità di fruirne[47], e la progettazione sostenibile del paesaggio, in modo da garantire una crescita economica che minimizzi l'impatto sul territorio, andando ad esempio a costruire le FER su suolo già urbanizzato, come i *brownfield* [48]. Nel prisma della sostenibilità, l'oggetto della tutela paesaggistica dovrebbe identificarsi nella conservazione dell'esistente e di tutto ciò che ha un valore storico-tradizionale, in ragione del progressivo esaurimento delle risorse planetarie[49]. Calata in quest'ottica, la nozione giuridica di paesaggio sostenibile[50] riveste un carattere peculiare quale difesa della memoria storica di un tempo che, se non adeguatamente salvaguardata, ri-

45 G. F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, Giappichelli, 2013; S. VALAGUZZA, *Sustainable development in public contracts. An Example of strategic regulation*, Napoli, Ed. scientifica, 2016.

46 E. BOSCOLO, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urb. app.*, 2008, p. 797.

47 F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, *op. cit.*; *Id.*, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2010, p. 13; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Ed. scientifica, 2008, p. 425 e ss.

48 M. PASSALACQUA, B. POZZO, *Diritto e rigenerazione dei brownfields. Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, Torino, Giappichelli, 2019.

49 S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento. La battaglia dell'ambiente contro il degrado civile*, Torino, Einaudi, 2015, p. 242.

50 Da contrapporsi alla nozione di paesaggio industriale, si v. P. CARPENTIERI, *Ambiente in genere. Il giudice amministrativo e il cambiamento climatico*, in *Lex Ambiente*, articolo online, 2024.

schierebbe di essere annullata dalle esigenze del progresso[51]. A tal proposito è interessante ricordare la convenzione di Faro, la quale aggiunge un importante tassello affermando che la nozione di paesaggio non può apprezzarsi solo in riferimento ad un tradizionale canone estetico[52], ma va definita considerando il «*territorio che una comunità sente nel tempo come espressivo di senso e rispetto e al quale ha sviluppato un rapporto identitario*»[53].

Alla luce della disamina svolta appare chiaro che lo scolorimento della nozione di paesaggio in quella di ambiente porta con sé il serio rischio che nel processo di transizione ecologica prevalga il principio di massima diffusione delle FER in nome della tutela ambientale (di natura industriale), senza prestare adeguata attenzione a tutti gli aspetti in gioco. In tal senso è utile sottolineare il potenziale conflitto fra gli interessi pubblici sottesi – al paesaggio e all'ambiente – che induce a riconoscere la diversa configurazione dei valori da considerare. In altri termini, la finalità da perseguire dovrebbe consistere nel prevenire che gli interessi di matrice industriale, correlati alla crescita e allo sviluppo economico[54], assumano una prevalenza assoluta, tale da svuotare di contenuto la transizione ecologica e ridurla ad una mera operazione di *greenwashing*.

---

51 M. SANTINI, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urbanistica e Appalti*, 3, 2020, p. 302 e ss.

52 G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *La ratifica della Convenzione di Faro sul valore del patrimonio culturale per la società: politically correct vs. tutela dei beni culturali?*, in *Federalismi.it*, 8, 2021.

53 *E. BOSCOLO, Le nozioni di paesaggio. la tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari, in Giust. amm.it, 5, 2016, cit., p. 15.*

54 G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021, p. 5 e ss; Cfr. M. CECCHETTI, *Le politiche ambientali tra diritto sovranazionale e diritto interno*, in *Federalismi.it*, 7, 2020, e F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 433 e ss.

Sezione IV

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

Luca R Perfetti
professore ordinario di diritto amministrativo
lucaraffaello.perfetti@unipegaso.it

Lo Stato parallelo

Brevi considerazioni su P. Thiel, *The straussian moment*, trad. it., Macerata, *Liber libri*, 2025.

Sintesi

La recensione al libro di Thiel è l'occasione per comprendere la teorizzazione sottostante all'evoluzione delle culture politiche e delle pratiche istituzionali degli ultraconservatori nordamericani e riconoscere i tratti di uno Stato parallelo in grado di conformare strutture istituzionali, prassi legislative e politiche di quelli nazionali contemporanei, indicando il possibile còmpito dei giuristi rispetto a questi nuovi problemi del diritto pubblico contemporaneo.

Abstract

The review of Theil's work serves as a vantage point for elucidating the underlying theory behind the evolution of ultra-conservative political cultures and institutional practices in North America. The analysis identifies the features of a 'parallel state' that conditions contemporary national institutional frameworks, legislative praxis, and policymaking. Furthermore, it outlines the prospective task of jurists in relation to these novel issues emerging in contemporary public law.

Parole chiave: Stato – Conflitto – Neoliberismo

Keywords: State – Conflict – Neoliberism

Indice: 1. Il diritto pubblico del conflitto. – 2. Il momento straussiano. – 3. La costruzione dello Stato parallelo. – 4. Anticorpi.

1. Il diritto pubblico del conflitto.

Il volume di Peter Thiel ([1]) presenta alcuni profili di sicuro interesse per il

1 Sarà utile sia tenuto presente anche, dello stesso autore, P. Thiel, B. Masters, *Zero to one: Notes on startups, or how to build the future*, Crown Business, New York, 2014. Ai fini delle nostre riflessioni sono particolarmente rilevanti le osservazioni che si leggono al capitolo 8, *Secrets*, poiché indicano strategie di controllo sociale largamente superiori a quelle di cui dispongono gli

diritto pubblico – per quanto, al momento, non sembra aver adeguatamente attratto l'attenzione dei giuristi italiani ([2]) o stranieri ([3]).

Conseguentemente, conviene anticipare le ragioni di interesse e dare – brevemente – conto dei contenuti del volume, che non possono presumersi noti.

Riducendo la questione all'essenziale, il libro è rappresentativo della strategia ([4]) dell'*élite* imprenditoriale nordamericana (che concentra potere tecnologico e finanziario straordinari), diretta a mantenere la sua supremazia globale ([5]); in questa prospettiva, si sente il bisogno di elaborare una filosofia politica – per quanto campionaria o approssimativa sia – e legittimare culturalmente un disegno di potere (esigenza cui la socialdemocrazia ed il liberalismo stesso hanno sostanzialmente rinunziato da tempo, limitandosi alla difesa dello *status quo*) ([6]); i

---

Stati.

2 Sono, invece, disponibili alcune profonde riflessioni di non giuristi e non si possono trascurare; in particolare, A. Venanzoni, *Tecnodestra. I nuovi paradigmi del potere*, Signs Publishing, Milano 2025 (allo stesso autore si deve l'introduzione all'edizione italiana del volume che qui si recensisce) e A. Aresu, *Geopolitica dell'intelligenza artificiale*, Feltrinelli, Milano 2024.

3 Ha, invece, còlto il rilievo del volume per il diritto pubblico lo studioso argentino E. P. Tigani, *Libertarismo tecnológico y poder: Peter Thiel y los nuevos magnates como arquitectos del Estado paralelo*, disponibile (per quel che mi consta, solamente) in rete alla pagina *(PDF) Libertarismo tecnológico y poder: Peter Thiel y los nuevos magnates como arquitectos del Estado paralelo*.

4 Per un quadro d'insieme, almeno, J. Soni, *The founders: The story of Paypal and the entrepreneurs who shaped Silicon Valley*, Simon and Schuster, New York, 2022.

5 È rilevante da vari punti di vista e non solo quanto al concetto di supremazia globale e, comunque, anche in relazione ad esso è necessario riferirsi a M. Chafkin, *The Contrarian. Peter Thiel and Silicon Valley's Pursuit of Power*, Bloomsbury Publishing, New York, 2021

6 Da questo punto di vista, sembra utile rinviare alla lettura del breve libro di R. Hofstadter, *Social Darwinism in American Thought, 1860-1915*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1944 (che notoriamente critica il capitalismo nordamericano per aver edificato una società basata sulla feroce competizione tra cittadini e – rilevante ai nostri fini – spiegato le ragioni per le quali una classe dirigente costituita sulla realizzazione fattuale – imprenditoriale, realizzativa – ha determinato una radicale svalutazione della figura dell'intellettuale, indicato come figura inutile, nullafacente, critica, lenta – come il pensiero che produce –, sostanzialmente oppositiva al progresso sociale). Efficienza, semplificazione, privatizzazione, cultura del risultato, riduzione (o eliminazione) dei controlli, enfasi del risultato, coltivate dalle socialdemocrazie europee anche in funzione di controllo dell'elefantiasi burocratica del *welfare*, hanno allontanato intellettuali (salvo corifei interessati a ruoli pubblici, consigli di autorità o istituzioni, o anche solo presenza nel sistema della comunicazione – e, quindi, altro da intellettuali) e dirigenza politica (quanto ciò non è derivato dall'affermazione di quest'ultima attraverso tattiche di breve momento o, forse peggio, dall'indisponibilità a fare i conti con le responsabilità della sinistra europea rispetto ai

tratti essenziali dell'impianto sono dati dal travolgimento del liberalismo, dello Stato-di-diritto, della teoria dei diritti, dell'eguaglianza, a favore di un (supposto) realismo, in ragione del quale i rapporti sociali ed internazionali sono guidati dalla violenza e la civiltà occidentale (evidentemente identificata con il capitale neoliberale, giacché si fatica a riconoscere cosa si intenda con "civiltà occidentale" una volta che la si sia amputata di diritti, eguaglianza, Stato-di-diritto, libertà) necessita di difendersi con il conflitto; in questo senso (per quanto il tema sia più implicito che teorizzato nel volume), il ruolo dello Stato diviene, per un lato, quello di essere strumento del capitale neoliberale e delle sue capacità tecnologiche in funzione difensiva della loro supremazia, giacché – dall'altro – ciò che deve assicurare ai consociati non sono affatto libertà, diritti ed eguaglianza – fantasie che avrebbero oscurato per quasi in secolo il còmpito dei governanti – ma sicurezza ([7]) – essendo più che evidente come, in un contesto di diseguaglianza sociale inaudito da quasi un secolo, "sicurezza" contenga necessariamente controllo sociale, gestione dell'informazione e repressione del dissenso. Il còmpito pubblico essenziale, quindi, è quello della garanzia della sicurezza sia all'interno che all'esterno dei confini statali, con il risultato di generare conflitti – militari o economici (basterebbe evocare le politiche doganali) o più spesso entrambi (militari con funzione economica), verso altre nazioni e repressivi, polizieschi e spionistici rispetto al dissenso interno, ai migranti presenti nel territorio, alle fasce di popolazione travolte dalle diseguaglianze nei confronti della cui emarginazione (e disperazione) si dovrebbe agire con il controllo militare o poliziesco in funzione di garanzia della sicurezza e non in termini di sviluppo ed emancipazione.

Il pregio delle opinioni espresse, sia pure intessute di una rassegna di filosofia politica e giuridica non sempre accurata e per certi versi più implicite che teorizzate (ma, per certo, praticate ampiamente dai governanti occidentali negli ultimi anni), è quello della chiarezza dell'intento.

---

modi della globalizzazione ed all'innesco delle diseguaglianze oggi evidenti). In generale, le idee del (solo) rilievo della realizzazione e quella dell'inutilità della riflessione critica, sono ben presenti in una sinistra europea che non assorbe né produce pensiero, confinata nella strategia difensiva delle categorie ereditate ed in una rituale *politesse* di modi che definisce gruppi sociali e politici sostanzialmente autoreferenziali e mal sopporta la critica radicale.

7 Si legga, però, anche J. Taplin, *The End of Reality: How four billionaires are selling out our future*, 2023, Random House, New York, 2023.

La concentrazione di potere tecnologico e finanziario, che è conseguita alla globalizzazione, è senza precedenti. Tuttavia, la supremazia (ossessione del capitale nordamericano) ([8]) è messa in discussione dalla crescita dei concorrenti. Poiché la supremazia economica e quella tecnologica sono a rischio, non resta che utilizzare pienamente quella militare.

D'altro canto, la stessa concentrazione di potere tecnologico e finanziario si accompagna a diseguaglianze sociali che sembrano appartenere ad epoche passate, sicché il controllo sociale e la repressione ne conseguono.

Lo Stato è uno dei dispositivi di cui s'ha bisogno.

Non certo uno Stato dominato dalle garanzie, dalle procedure, dalla rigidità del sistema delle fonti, dalle tutele dello Stato-di-diritto; tantomeno che si ponga obiettivi come eguaglianza e democrazia; o che, peggio, sia funzionale al godimento dei diritti.

È tutto eccezioni, deroghe, decisioni caso per caso, smantellamento dello Stato-di-diritto. Non può che essere orientato ad assicurare la sicurezza interna con ogni mezzo, poliziesco, spionistico, tecnologico; e quella esterna con il conflitto militare o commerciale.

Democrazia, diritti, eguaglianza, liberalismo, Stato-di-diritto, non sono che pensieri deboli, inadeguati, da sostituire con un potere securitario e funzionale alla conservazione della supremazia del capitale neoliberale occidentale.

Quello che abbiamo innanzi, nella realtà e non nella teorizzazione di Thiel (che è più risalente, più ideologica, più confusa), è il diritto pubblico del conflitto, della funzionalizzazione dello Stato a quello parallelo della concentrazione di capitale neoliberale e tecnologia che, utilizzando le tecniche sperimentate nella globalizzazione e quelle, nuove, della dipendenza tecnologica, del possesso del debito pubblico, della destrutturazione (tecnologica) della società, del controllo (tecnologico) della capacità militare ed amministrativa pubbliche, è in grado di fissare le priorità dei Governi, indicare obiettivi e strumenti, determinarne la rovina, condizionarne la percezione sociale.

Ovviamente, volendo andare al cuore del tema, le mie affermazioni posso-

8 Da questo punto di vista, D. Rushkoff, *Survival of the richest: Escape fantasies of the tech billionaires*, WW Norton & Company, New York, 2022.

no esser ritenute eccessive. È capitato a quelle espresse già nel primo volume di questa *Rivista*, ove osservavo che la violenza è carattere permanente del diritto pubblico se il potere non sia rigorosamente funzionalizzato (solo) a diritti ed eguaglianza; tuttavia, solo pochi anni dopo, nella stagione pandemica, pensieri non troppo dissimili sono stati espressi – con termini meno taglienti – da molti tra gli interpreti. L'eccesso (ammesso che lo sia), consente di portare le categorie al limite e sperimentarne la realtà, l'effetto sui diritti delle persone e lo sviluppo della società (per continuare a citare espressioni costituzionali, antiquate ed avversarie per il pensiero neoliberale). Se di eccesso peccano queste pagine, è un peccato del quale non credo di pentirmi.

2. Il momento straussiano

S'è detto che il libro di Thiel non è stato fatto oggetto di attenzione adeguata; non resta, quindi, che darne brevemente conto.

2.1. Con due piccole avvertenze. Anzitutto, non sembra utile indulgere nella critica circa la strumentalità dei riferimenti o i fraintendimenti; Thiel utilizza ([9]) brandelli di pensiero occidentale, per la porzione che seleziona ai suoi fini. Poiché sono proprio questi ultimi che interessano, non sembra utile indulgere sulle manipolazioni cui sottopone Kojève o Schmitt – per quanto la tentazione sia forte, trattandosi di scrittori con i quali mi confronto da molto tempo. La critica colta – o, peggio, saccente – non è di nessuna utilità, giacché il problema non è la qualità intellettuale del contributo; piuttosto, interessa (nel merito) il suo contenuto e (nel metodo) la pretesa di proporlo come prodotto, appunto, intellettuale.

La seconda: è ovvio che Thiel non è soltanto uno studioso, essendo – notoriamente – uno dei più influenti imprenditori della Silicon Valley, con un ruolo ispiratore assai noto rispetto alla presidenza statunitense, sicché si faticherà a dimenticare che Palantir Technologies o Anduril Industries sono creature della stessa persona ([10]). La questione non va sottaciuta perché (dichiaratamente) que-

9 Sembra utile rinviare alle letture del nostro autore, dettagliatamente indicate in https://recommentions.com/peter-thiel/books/ , per coglierne l'ispirazione complessiva.

10 In questa prospettiva non si deve dimenticare di considerare quanto scrive Alexander Karp – CEO di Palantir – nel breve libro A. C. Karp, N. W. Zamiska, *The Technological Republic: Hard Power, Soft Belief, and the Future of the West*, The Bodley Head, London, 2025. Si tratta di

ste imprese di straordinario successo imprenditoriale mostrano – quanto alla loro missione ed azione – una coerenza straordinaria con quanto sostenuto nelle pagine di *The Straussian Moment*. Il libro, quindi, è un manifesto (pretesamente) intellettuale ed un programma (politico, sociale ed imprenditoriale).

2.2. Pur senza considerarlo in quanto tale, è chiaro che il libro di Thiel si presenta come antitesi del pensiero debole ([11]). Il punto di partenza sono le polveri, il sangue, l'acciaio ritorto delle torri gemelle l'11 settembre 2001. Momento simbolico eretto a paradigma per dichiarare l'obsolescenza della "*razionalità degli Stati-nazione*" ([12]), dell'opinione pubblica, della diplomazia, della deterrenza.

Per conseguenza, un nuovo patto sociale è richiesto, richiedendo "*più sicurezza a discapito della libertà*" ([13]), giacché – lo sprezzo per la civiltà occidentale che Thiel vorrebbe, invece, difendere, purché nella versione riplasmata dalle sue propensioni securitarie, è evidente in ogni pagina – "*da un giorno all'altro, la mania fondamentalista dei diritti civili* (..), *basata sulla inviolabilità assoluta dei diritti individuali, è divenuta un anacronismo improponibile*" ([14]). La risposta doveva essere securitaria, repressiva; andava dispiegata la forza militare nordamericana – e, tuttavia, essa appariva antiquata ed inadatta a procurare controllo sociale e sicurezza, essendo improntata al "vecchio" equilibrio fondato sulla deterrenza.

---

una perorazione senza sfumature contro la perdita della centralità dell'Occidente non per via della sua (invero assente) debolezza tecnologica, quanto per una sorta di infiacchimento morale, strategico e culturale, sicché si assegna al potenziale dell'innovazione una missione collettiva, che consiste sostanzialmente nella sicurezza nazionale e nella supremazia nell'ordine internazionale.

Nemici di questa missione – che, si badi bene, spetta alle imprese sicché informino di essa gli Stati – come per Thiel, sono i valori democratici perché svuotati della loro forza morale a vantaggio dell'individualismo, della decadenza innescata dal consumismo e dalla centralità del *comfort*. La tecnologia, quindi, non deve essere neutrale, e le spetta, invece, di affermare il proprio ruolo quanto alla sicurezza dell'Occidente, all'intelligence ed alla difesa militare.

Su Karp, è utile la lettura del recente M. Steinberger, *The Philosopher in the Valley: Alex Karp, Palantir, and the Rise of the Surveillance State*, Avid Reader Press Simon & Schuster, New York, 2026.

11 Non mette conto, in questa sede, di discuterne ed i principali contenuti di questo filone di pensiero possono presumersi noti. Solo per scrupolo, si potrà rinviare alla raccolta G. Vattimo, P. A. Rovati (eds.), *Il pensiero debole*, Milano, Feltrinelli, 2009.

12 P. Thiel, *The straussian moment* (trad. it.), Macerata, Liber libri, 2025, 5.

13 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 6

14 P. Thiel, *op. loc. ult. cit.*

Il tema che Thiel vuole porre a fondamento del suo ragionamento, quindi, è "*il dibattito politico del xx secolo sul contenimento della violenza*" ([15]) – assumendo, per tutto il suo ragionamento, che quest'ultima sia il dato ineludibile del vivere sociale e, curiosamente, trascurando chi, nel Novecento, ha affrontato la questione con maggiore acutezza ([16]).

2.3. Il punto cardinale del ragionamento risiede nella critica al pensiero occidentale degli ultimi secoli, per avere rinunziato alla centralità delle questioni più profonde dell'umanità, a vantaggio di strutture di pensiero e sociali del tutto formali. Torna il totem dell'11 settembre. Per gli attentatori queste questioni erano del tutto centrali. Le differenze enfatizzate.

Le "*questioni di moralità e di condotta non hanno bisogno di essere rimandate*" ([17]), come farebbero i filosofi occidentali. Si tratterebbe di tornare allo spirito di Urbano II, più volte evocato nel volume ([18]), alla crociata, perché "*oggi, la mera autoconservazione costringe tutti noi a guardare il mondo in modo nuovo a pensare pensieri nuovi e strani, e quindi a risvegliarci da quel lunghissimo e proficuo periodo di torpore e amnesia intellettuale che viene chiamato in modo così fuorviante illuminismo*" ([19]). Torpore che deriverebbe dall'avere eliminate le questioni divisive, che generano conflitto, dal perimetro della riflessione e pratica politiche: "*la questione della natura umana è stata abbandonata perché troppo pericolosa da discutere*".

2.4. Il volume trascura la spiegazione della nascita dello Stato contemporaneo come strumento per razionalizzare il conflitto e la violenza ([20]), rendere procedurale, controllabile, indipendente dalle questioni religiose il potere dello Stato

15 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 7.

16 Non sembra casuale che Thiel ignori platealmente Benjamin e tutto il dibattito relativo alla questione della relazione tra forza (e potere) pubblico e violenza. Non potendo entrare nel merito in questa sede, mi sia consentito rinviare ai riferimenti che ho fornito (e, se si ritiene, al ragionamento proposto) in L. R. Perfetti, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *questa Rivista*, I (2017), 3 – 43.

17 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 25.

18 Emblematico, P. Thiel, *op. ult. cit.*, 30.

19 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 26.

20 C. Schmitt, *Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, Dunker und Humbolt, 1950 (trad. it., Milano, Adelphi, 1991).

([21]). Preferisce tornare a Schmitt lungo la via della contrapposizione amico-nemico come *proprium* della politica nello Stato ([22]) – abbandonando l'idea dello Stato come monopolista della violenza sotto la legge per sottrarla alla contrapposizione ideologica o di valore.

La proposta, quindi, è "*tornare alla tradizione*", giacché "*non ci sarà mai un accordo sulle cose più importanti*", sicché la politica nello Stato non può che essere "*campo di battaglia*" tra "*amici e nemici*" ([23]), senza perdere tempo a disegnare procedure, bilanciamenti, garanzie o, peggio, garantire diritti. Per sfuggire a "*momenti di suprema auto-illusione*", occorre semplicemente ammettere che l'umanità – perché "*umanità decaduta*" ([24]) – è sostanzialmente malvagia, che la guerra è la modalità di relazione tra Stati, che ciò che occorre assicurare è la sicurezza.

Per questo occorrerebbe – cosa che urta drammaticamente la sensibilità dell'uomo di fede – collegare politica e religione e ridare spessore, attraverso la seconda, allo scontro di civiltà ([25]).

Si supererà, così, l'errore dell' "*abbandono della tradizione più antica*" ([26]), il cui vuoto è stato riempito dal relativismo di Locke e dalla pratica del capitalismo ([27]).

2.5. Poiché l'illuminismo è un progetto intriso di auto-illusione ed il ritorno alla tradizione reso impossibile dall'eccessiva violenza dello scontro, occorre trovare un percorso che conduca alla verità sulla natura umana e che possa "*in linea di principio essere conosciuta dall'umanità*" ([28]); per quanto questa verità meriti di restare nella dimensione esoterica, i suoi nodi emergono nelle relazioni tra

---

21 Resta, per me, fondamentale, G. Duso, *L'Europa e la fine della sovranità*, in *Quaderni fiorentini*, XXXI (2002), 109-139.

22 P. Thiel, *op. ult. cit.*, da 27.

23 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 27.

24 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 29.

25 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 29.

26 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 17.

27 *Ivi*. Thiel critica apertamente il relativismo morale di Locke da 18, sostenendo che la supposta inconoscibilità della natura umana porta "*al liberalismo classico e all'affermazione di molti dei diversi diritti che appartengono a quell'inconoscibile*" (22) soggetto, tra i quali annovera – criticamente – la libertà religiosa e di parola.

28 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 39.

città ed umanità, tra fondazione ed origini, religione e miglior forma di governo.

Thiel è alla ricerca di una nuova arché ([29]), di un fondazionismo ([30]) che tralasci le questioni sul funzionamento del Governo per enfatizzare la legittimazione che viene dall'origine – con l'ovvio deprezzamento della democrazia, della quale si ignora la fisiologia conflittuale ([31]).

Il suo riferimento è Strauss. La formulazione esoterica. L'indicazione di una via mediana tra assolutismo e relativismo, lasciando il contenuto all'allusione. Non ci sono limiti assegnabili quanto alla condotta con il nemico in caso di guerra, così come nei confronti dell'oppositore o sovversivo entro i confini. Dipenderà dalle circostanze. Quel che è chiaro è che nel sistema istituzionale "*ci sono più ambiti di quelli enumerati dal sistema legale o giuridico convenzionale*" ([32]); l'azione è possibile. Ed è primariamente un'azione di spionaggio, di *intelligence*, impossibile senza la sospensione di alcune regole dello Stato-di-diritto – che quindi meritano di essere sospese ([33]). I critici *liberal* lo troveranno inammissibile, incompatibile con garanzie e controlli, con la democrazia rappresentativa (per come "*descritta nei libri di testo del liceo*"), "*ma se il liberalismo americano è decisamente incompleto, allora la sua critica non è così decisiva*" ([34]). La questione, esauriti la democrazia ed il capitalismo classici, sarà quella del cesarismo e dell'alternativa tra consegnare il potere a chi saprà fare il necessario o condannarsi all'inazione ([35]).

2.6. Il tema della centralità della questione circa la natura umana viene ripreso attraverso l'opera di René Girard, muovendo dalla ripresa delle biologia aristotelica. Il paradigma dell'apprendimento attraverso l'imitazione conduce verso un'idea della ragione umana come "*gigantesca macchina per imitare*" ([36]). La co-

29 Su fondazionismo e archè, per tutti, D. Di Cesare, *Democrazia e anarchia. Il potere nella* polis, Torino, Einaudi, 2024, *passim*.

30 Sulla questione, M. Abensour, *L'an-archie entre métapolitique et politique*, in *Les Cahiers philosophiques de Strasbourg*, XIV, 2002, 109; ma anche Id., *«Démocratie sauvage» et «principe d'anarchie»*, in *Revue européenne des sciences sociales*, XXXI, 1993, 225 e soprattutto, N. Loraux, *L'invention d'Athènes*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1981

31 Per la quale vale la pena di rinviare a C. Castoriadis, *Thucydide, la force et le droit. Ce qui fait la Grèce. III. Séminaires 1984-1985. La création humaine IV*, Paris, Seuil, 2011.

32 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 44.

33 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 45.

34 P. Thiel, *op. loc. ult. cit.*

35 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 46.

36 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 48.

noscenza umana è mimesi, non solo come attività rappresentativa, potendosi estendere alla dimensione acquisitiva o del desiderio (emulativo), con il conseguente innesco della violenza (appropriativa, invidiosa). Raccoglie da Girard, ma si tratta di una costruzione diffusa nel pensiero contemporaneo – soprattutto sul versante post-focaultiano ([37]). La violenza originaria non sarebbe risolta da un – ipotetico, immaginifico, irrealistico, inconsistente – contratto sociale, ma la guerra di tutti contro tutti trova soluzione in quella di tutti contro uno, nel capro espiatorio, nella fondazione altrettanto mitica della ritualizzazione della violenza attraverso il rito che rende colpevole l'incolpevole, che insedia la ritualizzazione della violenza al centro della fondazione della società e che, tuttavia, le consegna una fondazione sacrale ([38]) e non razionale.

Coniugare violenza e razionalità del comando dello Stato è possibile, quindi, attraverso la sacralizzazione della violenza (il sacrificio, *sacrum facere*, coprire di senso rituale un atto che, di per sé, è negazione della vita e della libertà, della realizzazione di sé e del bene degli altri – la sottrazione alla vita, carne macellata, diviene sacra per curare un bisogno, nella specie quello di ritualizzare la violenza e monopolizzarla in capo all'autorità). La finzione del sacrificio rituale, riparativo, è da tempo svelata. Non regge. E, tuttavia, nella sintesi che Thiel propone rispetto al pensiero di altri, continua ad assolvere il còmpito di distinguere la violenza legittima del potere e quella, illegittima, della sua sovversione ([39]), per evitare che la distruzione dei mito sia anche eliminazione del limite alla violenza. In altri termini, si continua a pensare alla costruzione del soggetto attraverso il potere ([40]) per

37 Non essendo questa la sede per discuterne, sia consentito rinviare alla rassegna ed opinioni recentemente proposte in L. R. Perfetti, *Biopolitica e diritto pubblico. Discorso franco e necessario*, in G. Tropea, L. Buffoni, *Biopolitica e diritto pubblico: un binomio impossibile?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025, 135 – 185.

38 Ovvio il rinvio a E. Cassirer, *The Mith of the State*, Yale, Yale University Press, 1946, al quale mi sono spesso riferito in passato.

39 Su queste questioni, resta per me imprescindibile W. Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt* (1920), in R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser (a cura di), *Walter Benjamin Gesammelte Schriften*, vol. II.1, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1999, 179 – sul quale resta necessario J. Derrida, *Force de loi. Le Fondement Mystique de L'Autorité*, (trad. it.) Torino, Bollati Boringhieri, 2003; se si vuole, su questi temi, si potrà esaminare L. R. Perfetti, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.

40 Almeno, J. P. Butler, *The psychic life of power: theories in subjection*, (trad. it.) Roma, Melteni, 2005, anche per l'indicazione – non estranea a Foucault (M. Foucault, *Il soggetto e il*

limitarlo – giacché desacralizzato sarebbe illimitato e, quindi, illimitatamente violento, perché il "*disfacimento della cultura arcaica implica che il mondo moderno contenga una forza apocalittica*" ([41]).

La cultura liberal negherebbe la storia di violenza, esorcizzata da una supposta naturale bontà; quella conservatrice, negherebbe il futuro di violenza, pensando di governarlo attraverso lo Stato nazionale o altre istituzioni, ignorando ch'esse sulla violenza sono fondate. Il concorrere di violenza incontrollata e globalizzazione, presenta il conto dei supposti fallimenti di questi sguardi, prospettando, appunto, la violenza apocalittica – di cui sarebbe espressione il terrorismo ([42]).

2.7. La conclusione del ragionamento manca. Resta la necessità di tornare a costruire la politica e lo Stato sulle questioni fondamentali dell'umano, ma quanto a queste sappiamo solo che sia la tradizione che il pensiero moderno sono inadeguati. Non resta che decidere le questioni critiche caso per caso, consapevoli che il destino del mondo potrebbe essere sia la violenza illimitata che la pace del regno di Dio ([43]).

3. La costruzione dello Stato parallelo

Come s'è anticipato, non importa sottolineare mancanze o contraddizioni. L'importanza del volume di Thiel non risiede nella ricostruzione (per largo tratto manchevole) o nella proposta (per lo più assente).

3.1. Il primo profilo di rilievo è ideologico.

Thiel – e con lui alcuni dei più significativi *venture capitalist* nordamericani – comprende con chiarezza che la concentrazione di potere finanziario e tecnologico di cui dispone un ristretto numero di persone costituisce il vero potere globale. Secondo il rapporto Oxfam 2025 ([44]) i dodici individui più ricchi del pia-

---

potere, in H.L. Dreyfus, P. Rabinow, *La ricerca di Michel Foucault. Analitica della verità e storia del presente*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1989, 249) – del paradosso del potere che crea il soggetto, che agisce dall'esterno sul soggetto e che, insieme, diviene parte dell'identità del soggetto, in quanto soggetto al potere.

41 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 52.

42 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 53.

43 P. Thiel, *op. ult. cit.*, 53.

44 Oxfam, *Nel baratro della disuguaglianza, come uscirne e prendersi cura della democrazia*, che può leggersi alla pagina Annual Report 2025 | Oxfam.

neta controllano una ricchezza superiore a quella della metà più povera della popolazione (circa 4 miliardi di persone). L'analisi del World Inequality Lab ([45]) indica che lo 0,001% della popolazione (circa 60.000 persone) detiene una ricchezza pari a tre volte quella della metà più povera della popolazione mondiale. Queste proporzioni rendono evidente, senza indulgere in argomentazioni pur non disagevoli, che un ristrettissimo numero di persone dispone di strumenti (tecnologici), conoscenze, ricchezza che, sopravanzando di gran lunga quella degli Stati nazionali, è in grado di conformarne le decisioni.

Si tratta di uno Stato parallelo, privo di confini e regole. Tuttavia, lo sforzo di Theil dimostra che non è possibile candidarsi a reggere sorti collettive senza una cultura di riferimento, un sistema di pensiero, almeno un sottoprodotto come un'ideologia. Il punto è rimarchevole. Anche perché le culture politiche e giuridiche che si sono formate con lo Stato contemporaneo – dalla fine del XIX secolo – mostrano una complessiva inadeguatezza ad affrontare le questioni del contemporaneo e dell'immediato futuro ed un atteggiamento conservativo che si limita ad evocare categorie del passato; se non un generico *bon ton* linguistico, idoneo più a connotare l'appartenenza ad un gruppo sociale che a fornire soluzioni ai problemi che la vita presenta. Il rifiuto degli intellettuali e la semplice ripetizione di formule tradizionali connotano un'inadeguatezza evidenti.

Thiel dimostra che le impostazioni ultraconservatrici, che sentono il bisogno di negare diritti e Stato-di-diritto, affermano la priorità del conflitto interno ed esterno, non sono preoccupate del cesarismo giacché sono in grado di piegarlo ai propri interessi, ritengono che sicurezza e controllo sociale siano necessari alla conservazione della società, sentono il bisogno di una cultura di riferimento. Magari approssimativa, risultato dell'estrazione di campioni di pensiero più che sistema, indefinita negli approdi assai più che nelle – riconoscibilissime – pratiche. Ma l'ambizione al disporre di un sistema di conoscenza, di una cultura di riferimento, di un quadro di valori e di idee, è consustanziale al candidarsi a guidare i processi sociali. La rinunzia, fatta di appartenenza, sofisticazione del linguaggio, vuoto del pensiero, non è se non sconfitta storica certa.

---

45 WIL, *World Inequality report 2026*, disponibile alla pagina https://wid.world/document/world-inequality-report-2026/

3.2. I tratti dello Stato parallelo sono molto chiari.

La violenza è strutturalmente l'abisso su cui l'autorità si edifica. La sua negazione, attraverso la costruzione di sistemi formali (istituzionali, di fonti normative, di riconoscimento dei diritti, di procedure e bilanciamenti), sarebbe destinata al fallimento. La sua affermazione non è strumento di critica delle strutture di comando statale – come per le grandi riflessioni del Novecento alle quali io stesso spesso mi riferisco per costruire un possibile diritto pubblico dei diritti personali e del pluralismo che funzionalizzano lo Stato piuttosto che consegnargli la garanzia di diritti, libertà, eguaglianza; piuttosto, è la constatazione del bisogno di rimedi, di modi per gestirla.

Rimedi fatti di *intelligence*, controllo sociale, utilizzazione della tecnologia come strumento di prevenzione del dissenso, del contrasto, della dialettica; la pace sociale è assicurata dalla repressione più che dall'eguaglianza e dai diritti – che contraddicono la concentrazione di ricchezza e conoscenza su cui lo Stato parallelo si fonda. La diseguaglianza è il terreno perfetto per la gestione tecnologica della moltitudine, la sua separazione in gruppi, la profilazione.

Una volta riconosciuto questo punto di partenza, il formalismo dello Stato-di-diritto mostra tutta la sua impotenza; spazzati via diritti e garanzie a favore del controllo sociale e della repressione, non se ne avverte il bisogno nemmeno sul quadro generale. Ecco la scelta caso per caso ([46]). Che è tipica del diritto neoliberale. Le fonti normative proliferano; la legge dispone circa la singola operazione economica per assicurare la sua stabilità; più frequentemente ancora è delegificata e rinviata ad un'autorità governativa – raramente indipendente – le cui decisioni sostituiscono o derogano la legge; la deroga, disposta per via legislativa, è la regola; il controllo giurisdizionale è escluso o limitato; anche attraverso la previsione di poteri amministrativi che si innescano a fronte di clausole generalissime, inconoscibili *ex ante* ed insindacabili *ex post*.

Le ragioni sono note ([47]) e la rassegna agevole da fare ([48]).

Sul versante della relazione tra sistemi (l'evocazione dell'Occidente *versus*

46 "*Non esiste una formula per rispondere alla domanda critica su cosa costituisca caso limite, che deve essere deciso in ogni specifico caso*"; cfr., P. Thiel, *op. ult. cit.*, 58.

47 Per una loro sintetica indicazione, sia consentito – anche solo per i riferimenti a più importanti contributi – rinviare a L. R. Perfetti, *Le Regioni tra poteri e società: Percorsi partecipativi e contestativi possibili*, in *questa Rivista*, vol. XVI (2025), 17 – 37.

resto del mondo è costante nel volume di Theil), è chiaro che il metodo sarà il conflitto, commerciale o bellico. Del resto, è evidente che tecnologie e finanza nel sistema occidentale conservano un primato planetario, presidiato da misure securitarie tipiche del diritto pubblico del conflitto (come le misure *golden power*) la cui ragione esplicita è la conservazione della supremazia. Tuttavia, proprio questa supremazia, che fonda lo Stato parallelo, è messa in discussione dalla crescita di altri sistemi economici e tecnologici (come quello cinese). La supremazia indiscussa, invece, è quella militare, sicché occorrerà utilizzarla – in conflitti settoriali – per garantire un primato messo in discussione.

Sul piano interno, lo Stato nazionale che lo Stato parallelo desidera somiglia fin troppo allo Stato-di-polizia ottocentesco; sul piano internazionale, non si può non cogliere la profonda similitudine con lo Stato coloniale.

Non comprendere la profondità di questi processi ed il rilievo di questi sistemi di idee è una grave mancanza da parte degli intellettuali.

4. Anticorpi

La reazione più scontata a questo modo di ragionare (che è divenuto modo di agire con l'attuale amministrazione nordamericana, dalle politiche dei dazi al colonialismo energetico in Venezuela, dall'uso delle tecnologie prodotta dalle aziende di Thiel nel genocidio di Gaza all'azione dell'ICE nelle strade del Minnesota), è quella di riaffermare diritti, garanzie, Stato-costituzionale-di-diritto.

Troppo poco. Se lo Stato contemporaneo fosse la struttura sociale in grado di assicurare i diritti delle persone, la pienezza del loro sviluppo ([49]), eguaglianza e libertà, un trasferimento e concentrazione di ricchezza delle dimensioni di quelle che ho indicato sopra, occorso nel breve volgere di un quarto di secolo, non sarebbero neppure immaginabili.

È, invece, evidente la soggezione degli Stati nazionali al potere dello Stato parallelo. Strutturale, perché quelle concentrazioni finanziarie posseggono il de-

48 La si può leggere, tra l'altro, in L. R. Perfetti, *Biopolitica e diritto pubblico. Discorso franco e necessario*, cit.

49 Ho chiaramente in mente D. de Rougemont, *Politique de la Personne. Problèmes, doctrines et tactique de la révolution personnaliste*, Paris, Je Sers, 1934 e E. Mounier, *Le personnalisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950 (trad. it. Milano, Garzanti, 1952.)

bito pubblico in misura significativa; strutturale, perché le tecnologie degli Stati nazionali sono provvedute dalle imprese dello Stato parallelo; strutturale, perché la capacità di delocalizzare investimenti, imprese, posti di lavoro, conoscenze tecnologiche ed industriali sono di tali dimensioni da poter far fallire non solo lo Stato nazionale (attraverso il debito) ma la stessa società (attraverso la desertificazione industriale, lavorativa, di conoscenza). Inoltre, la concentrazione di tecnologie e ricchezza è di tali dimensioni da consentire di condizionare l'intero sistema di circolazione delle informazioni e formazione delle opinioni.

Ne sono già derivate, infatti, politiche degli Stati nazionali del tutto congruenti – dal sostegno a conflitti bellici locali all'utilizzazione delle tecnologie come strumenti di controllo sociale, dalle leggi repressive del dissenso a quelle limitative della libertà commerciale verso Paesi diversi dal sistema del capitale neoliberale occidentale.

Lo Stato nazionale è soggetto al dominio dello Stato parallelo.

Non resta, quindi, che pensare ad un bilanciamento – strutturalmente più debole al momento presente, ma crescente all'incrementarsi delle diseguaglianze – che si colloca sul lato della società.

Nella "forma repubblicana", immodificabile ex art. 139 Costituzione, si collocano contropoteri importanti. Riconosciuti (e, quindi, trattenuti nel perimetro della sovranità popolare senza alcuna delega alla rappresentanza politica nei corpi dello Stato) sono i diritti fondamentali ed il pluralismo sociale; agire i propri diritti ed il pluralismo per la creazione di soggettività sociale oppositivi rispetto alle politiche autoritarie degli Stati nazionali, funzionali agli interessi di quello parallelo, sembrano l'unica strada percorribile.

Del resto, libertà, eguaglianza, pienezza dello sviluppo della persona umana, non sono diritti che possono riposare solo sulla carta dei testi normativi; sono azioni costanti di cambiamento, ricerca, conflitto, che si reggono sul coraggioso pretendere la verità del proprio essere, nel pluralistico riconoscimento delle differenze, nella ricerca di un ordine giusto e plurale, mai dato una volta per tutte. Diverso dall'educata ripetizione dell'ovvio, che si tiene lontana dalle domande che emergono dal cambiamento, limitandosi alla deprecazione affabile dell'azione repressiva e guerresca del capitale neoliberale, attendendosi che la giustizia venga solo da ciò che è scritto nelle Costituzioni e dalle buone maniere istituzionali. I

diritti non sono garantiti dallo Stato, ma dalla pretesa fondata nella sovranità delle persone, anche (e soprattutto) in conflitto con lo Stato – tanto più in quanto ormai funzionale non alla persona ma allo Stato parallelo.

Reinhold Jaretzky
Autor und Produzent
info@zauberbergfilm.de

Rezension *„Kulturpolitik gegen den Strich | Cultural Policy against the Grain“* (Reinhold Jaretzky)

Kulturpolitik ist ein Feld, auf dem staatliche Repräsentanten wortreich von kultureller Teilhabe schwärmen, von fernen Leuchtturm-Projekten träumen und sich dabei zu nichts verpflichten. Man wuchert mit edlen Absichten und knausert mit den Finanzmitteln. In die Niederungen einer praktischen Kulturpolitik dringen diese Appelle oft nicht vor.

„Kulturpolitik gegen den Strich“ ist ein Sammelband, der es ernst meint mit den Chancen und Möglichkeiten von Kulturpolitik, die hier theoretisch, konzeptionell und empirisch von einer Gruppe deutscher und internationaler Experten ausgeleuchtet wird. Der Anlass dieser Publikation ist die Würdigung von Matthias Theodor Vogt, eines in Rom geborenen Kulturtheoretikers, Musikers, Librettisten und Schauspielers, dem unter anderem das historische Verdienst zukommt, das Sächsische Kulturraumgesetz im wiedergegründeten Freistaat Sachsen entwickelt und erfolgreich umgesetzt zu haben. Als Gründungsdirektor des „Instituts für kulturelle Infrastruktur Sachsen“ wählte Vogt Görlitz, weil in dieser geteilten deutsch-polnischen Stadt das Zusammenwachsen Mitteleuropas laborhaft studiert und erlebt werden könne, ein idealer Ort auch für den Studiengang „Kultur und Management“, den er hier, später unter der UNESCO-Schirmherrschaft, etablierte.

Als philosophischen Unterbau der von ihm entwickelten kulturpolitischen Programmatik nennt Vogt die Entwicklung der Resilienz-Fähigkeit von Bürgern und Kommunen sowie die „Stärkung der bürgerlichen Agora-Kompetenz“. Gelungene Kulturpolitik ermögliche die Herstellung von Öffentlichkeit und die Unterstützung eines gesellschaftlichen Zusammenhaltes, die der „Agoraphobie“ westlicher Gesellschaften entgegenstehe. Für die finanzielle Realisierung einer solchen kulturellen Offensive fand Vogt eine Formel, die die Verteilung der Kulturmittel an die Steuerkraftmesszahl und die Schlüsselzuweisungen des kommu-

nalen Finanzausgleichs mit dem Ziel koppelt, die divergierende Finanzkraft der lokalen Einheiten abzubilden und zu kompensieren.

Neben solchen praktischen Betrachtungen gestattet sich der Band den Luxus, das weite Feld der Kulturpolitik sowohl geographisch wie historisch auszuschreiten. Gregor Vogt-Spira beschreibt, wie Augustus nach den Bürgerkriegen eine Art frühe, strategische Kulturpolitik etablierte, um Rom mithilfe eines positives Selbstbildes der Gesellschaft zu stabilisieren. Der Kaiser nutzte Kultur einerseits strukturell durch eine umfassende Umgestaltung des städtischen Raums (Bauprogramme, Theater, Tempel, Thermen, öffentliche Parks), zugleich auch programmatisch, indem er vorhandene moralische Krisendiskurse („Verfall der Sitten", Abwendung von den Göttern) aufgriff und in ein praktisches Reformprogramm verwandelte. Das Theater wurde als zentrales Massenmedium etabliert, es entstanden neue steinerne Großtheater mit streng geregelter Sitzordnung, in denen Augustus den Kontakt zur Bürgerschaft sichtbar zur Schau stelle.

Der römische Komponist Luca Lombardi meldet sich in diesem Buch als ein kreativer Akteur zu Wort, der in seinem philosophisch-literarischen, intertextuell vernetzten Essay nachdenkt, wie unter existenziell prekären Bedingungen im Bewusstsein von Krieg, Leid, und Schuld, „Freude" konstruiert werden kann. An Beispielen politischer oder zeitdiagnostischer Musik (Schönberg, Schostakowitsch, Britten, Nono, Stravinsky u.a.) zeigt er, dass Kunst zwar selten „die Welt bessert", aber als Zeugnis und seismographische Verdichtung von Erfahrung von Bedeutung sein kann. Entscheidend bleibe der künstlerische Wert, wo hingegen die politische oder ethische Botschaft ein möglicher „Mehrwert", aber kein Ersatz für ästhetische Qualität sein darf. Der von Kriegen und Rechtsruck begleitenden Resignation stellt Lombardi Zitate von Brecht, Camus, Kierkegaard und Nietzsche gegenüber. „Verzweifelt und lebendig" nennt er die so gewonnene illusionslose Hoffnung, die gerade im Bewusstsein der Aussichtslosigkeit Sinn und Freude konstruiert.

Daß Kultur nicht nur in Ballungszentren sondern auch in ländlichen Lebensräumen ihren Platz haben soll, fordert Stefan Garsztecki in seinem Aufsatz über den Begriff „Provinz". Provinz sei keine geografische oder administrative Kategorie sondern eine mentale Zuschreibung. Garsztecki zeigt, daß der Begriff

im 19. Jahrhundert mit der Industrialisierung seine heutige Bedeutung erhielt: Provinz als Gegenbild zur Metropole, mal idyllisch-romantisch, mal hinterwäldlerisch abgewertet. Diese Ambivalenz setzt sich im provinziellen Alltagsleben fort: es leidet real unter einer unterentwickelten Infrastruktur und dem Gefühl, von den urbanen Eliten vergessen zu sein, ist aber zugleich potenziell ein Labor für neue Formen von Gemeinschaft und „gutem Leben". Provinz solle nicht nur als Problem- oder Defizitraum betrachtet, sondern in ihrer Eigenlogik und ihrem Potenzial wahrgenommen werden. Vor allem aber solle man sich vergegenwärtigen, wie sehr die Zuschreibung „Provinz" selbst ein Produkt von Wahrnehmung und Deutung ist.

Kazuo Fujino untersucht in seinem kritischen Bericht, wie internationale Konzepte kultureller Vielfalt und kultureller Rechte mit der japanischen Kulturpolitik kollidieren. Japan übernehme den Begriff „kulturelle Vielfalt" zwar formal, bleibe aber in einer hierarchischen, zentralstaatlichen Top-down-Logik und blende die Lage seiner historischen Minderheiten (Ainu, Ryūkyū/Okinawa etc.) faktisch aus. Die UNESCO-Grundideen würden technokratisch entkernt, indem die staatlichen Akteure den Fokus auf die Förderung bestimmter Kunst- und Kultursparten legten und Menschenrechts- und Teilhabefragen zu einem Förderprogramm für ohnehin priorisierte Kulturgenres umdefinierten.

Dieser originelle Sammelband stößt immer neue überraschende Fenster in den kulturpolitischen Kosmos auf. Luigi Ferrara prüft, ob das Sächsische Kulturraumgesetz Vorbild für die italienische Gesetzgebung sein könne. Róża Zuzanna Różańska berichtet über künstlerisches Mäzenatentum im Barockzeitalter. Susanne Vill sieht in der Kulturarbeit eine Möglichkeit, der Altersarmut zu begegnen.

Polyperspektivisch trägt hier ein Chor von Autoren Gedanken zusammen, die ein anregendes Konvolut für kulturpolitisches Handeln ergeben. Matthias Theodor Vogt darf sich freuen, sein Lebenswerk auf diesen mehr als 400 Seiten gewürdigt zu sehen.

A Review of 'Kulturpolitik gegen den Strich | Cultural Policy against the Grain (Reinhold Jaretzky)

The field of cultural policy is characterised by a discrepancy between the grandiloquent rhetoric of government representatives, who enthusiastically discuss cultural participation and envision ambitious flagship projects on the one hand, and their lack of commitment to concrete action on the other. Such lofty aspirations are not always accompanied by commensurate fiscal provisions. Consequently, these appeals frequently encounter challenges in permeating the lower echelons of practical cultural policy.

"Kulturpolitik gegen den Strich" is an anthology that adopts a rigorous approach to the potential and possibilities of cultural policy. The volume examines this topic from theoretical, conceptual, and empirical perspectives, with contributions from a group of German and international experts.

This publication is occasioned by the tribute to Matthias Theodor Vogt, a Rome-born cultural theorist, musician, librettist and actor, who, inter alia, is historically meritorious for having developed and successfully implemented the Saxon Cultural Area Act in the re-established Free State of Saxony. Vogt, in his capacity as the founding director of the 'Institute for Cultural Infrastructure Saxony', elected Görlitz as the optimal location for the establishment of the 'Culture and Management' degree programme, later operating under the auspices of UNESCO. The rationale for this decision stemmed from the unique characteristics of Görlitz, a city divided between Germany and Poland, which offered a distinctive environment for the study and experience of the growing together of Central Europe.

Vogt (2023) cites the development of resilience among citizens and local authorities, as well as the 'strengthening of civic agora competence', as the philosophical basis for the cultural policy programme that he developed. He argues that successful cultural policy enables the creation of a public sphere and supports social cohesion, which counteracts the 'agoraphobia' of Western societies. In order to obtain the necessary financial resources to undertake such a cultural

offensive, Vogt developed a formula that establishes a link between the distribution of cultural funds and the tax revenue index, as well as the key allocations of municipal financial equalisation. The objective of this approach was to ensure that the diverging financial strength of local units was both reflected and compensated for.

In addition to such pragmatic considerations, the publication indulges in a comprehensive exploration of the expansive domain of cultural policy, adopting a dual approach that encompasses both geographical and historical dimensions. Gregor Vogt-Spira elucidates how Augustus, in the aftermath of the civil wars, initiated a sort of early strategic cultural policy to stabilise Rome by fostering a positive societal self-image. The emperor utilised culture in a structural sense through the implementation of a comprehensive redesign of urban space (construction programmes, theatres, temples, thermal baths, public parks), and also in a programmatic sense by adopting prevailing moral crisis discourses ('moral decline,' turning away from the gods) and transforming them into a practical reform programme. The theatre was established as a central mass medium, and new large stone theatres with strictly regulated seating arrangements were constructed, in which Augustus visibly demonstrated his connection with the citizenry.

In this book, the Roman composer Luca Lombardi articulates his perspective as a creative actor. In his philosophical-literary, intertextually networked essay, he reflects on the construction of 'joy' under existentially precarious conditions in the consciousness of war, suffering, and guilt. Employing examples of political or contemporary music (Schönberg, Shostakovich, Britten, Nono, Stravinsky, etc.), he demonstrates that art seldom 'improves the world' yet can be significant as a testimony and seismographic condensation of experience. The notion of artistic value remains a pivotal factor in determining the worth of a work, whereas the inclusion of a political or ethical message may serve as a supplementary enhancement, however, it cannot supersede the fundamental significance of aesthetic quality. Lombardi juxtaposes the themes of resignation inherent in warfare and the ideological shift to the right by employing quotations from renowned figures such as Brecht, Camus, Kierkegaard, and Nietzsche. The author characterizes the disillusioned hope thus gained as 'desperate and alive,' which

establishes a sense of meaning and joy precisely within the context of hopelessness.

In his essay on the concept of 'province', Stefan Garsztecki puts forward the notion that culture should be present not only in urban centres but also in rural areas. He posits that 'province' is not a geographical or administrative category, but rather a mental attribution. Garsztecki goes on to demonstrate that the term acquired its contemporary meaning during the 19th century in the context of industrialisation. The province has often been seen as the antithesis of the metropolis. On occasion, it has been depicted in an idyllic and romantic manner, but at other times it has been disparaged as a backward place. This ambivalence towards the province continues to manifest itself in everyday life. On the one hand, the province suffers from an underdeveloped infrastructure and a sense of being forgotten by the urban elites. On the other hand, however, the province has the potential to become a laboratory for new forms of community and what might be termed 'good living'. It is imperative to move away from the dominant discourse that perceives provinces as merely a problem or deficit area. Instead, there is a pressing need to comprehend the inherent logic and potential of provinces within their own distinct framework. Above all, it is crucial to recognise the profound role that perception and interpretation play in the attribution of the term 'province' itself.

In his critical report, Kazuo Fujino examines the discrepancy between international concepts of cultural diversity and cultural rights, and Japanese cultural policy. Despite the formal adoption of the term "cultural diversity" by Japan, the hierarchical, centralised, top-down logic of its cultural policy effectively ignores the situation of its historical minorities, namely the Ainu, Ryūkyū/Okinawa, etc. It is evident that the fundamental tenets of UNESCO are undergoing a technocratic erosion by state actors who are prioritising the promotion of specific arts and cultural sectors. This is accompanied by a redefinition of human rights and participation issues, which are being redefined as a support programme for cultural genres that are already entrenched within the existing paradigm.

This pioneering anthology unveils hitherto unexplored and astonishing perspectives on the cultural and political spheres. Luigi Ferrara undertakes a me-

ticulous examination of the potential of the Saxon Cultural Area Act to serve as a paradigm for Italian legislation. Róża Zuzanna Różańska elucidates the intricacies of artistic patronage during the Baroque period. Susanne Vill conceptualises cultural work as a strategy to address the issue of poverty in old age.

A polyphonic chorus of authors has been convened in order to create a compendium of ideas that will serve as a catalyst for action in the realm of cultural policy. Matthias Theodor Vogt's life's work has been honoured in this volume of over 400 pages, for which he can justifiably feel a great deal of satisfaction.

Dieter Bingen et al. (Hrsg.): *Kulturpolitik gegen den Strich. Festschrift für Matthias Theodor Vogt zum 65. Geburtstag, herausgegeben von seinen Kollegen und Schülern* (Volume I, German version) , ISBN 978-3-96100-249-8 (online), *Cultural Policy against the Grain 流れに逆らう文化政策. liber amicorum for Matthias Theodor Vogt in honour of his 65th birthday, edited by his colleagues and students* (Volume II, English version), Universitätsverlag Chemnitz. Chemnitz, Tokyo, Napoli, Roma, Leipzig 2025 (online).

Volume I (German version): ISBN 978-3-96100-249-8, https://doi.org/10.51382/978-3-96100-249-8, download https://monarch.qucosa.de/api/qucosa%3A96265/attachment/ATT-0/ and https://kultur.org/wordpress/wp-content/uploads/Kulturpolitik-gegen-den-Strich_Festschrift-Vogt-65-komplett_2025-10-24k.pdf. Single papers at https://kultur.org/publikationen/festschrift/inhaltsverzeichnis/

Volume II (English version): ISBN 978-3-96100-250-4, https://doi.org/10.51382/978-3-96100-250-4, https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:bsz:ch1-qucosa2-962673, download at https://monarch.qucosa.de/api/qucosa%3A96267/attachment/ATT-0/ and https://kultur.org/wordpress/wp-content/uploads/Cultural-Policy-against-the-Grain_Festschrift-Vogt-65-complete_2025-10-24k.pdf. Single papers at https://kultur.org/publikationen/cultural-policy/table-of-contents/

Biagio Gianluca Di Mauro
Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi di Enna "Kore"
biagiogianluca.dimauro@unikore.it

Resoconto Convegno

«V incontro giovani studiosi - Persona e Amministrazione. Itinerari di diritto amministrativo»

Rivista P.A. Persona e Amministrazione
Università Pegaso,
piazza Santi Apostoli, Roma

Il 16 gennaio 2026, presso la sede romana dell'Università Pegaso in piazza Santi Apostoli, si è svolto il Convegno «V incontro giovani studiosi - Persona e Amministrazione. Itinerari di diritto amministrativo», promosso dalla Rivista *P.A. Persona e Amministrazione*. L'iniziativa, ormai divenuta un appuntamento stabile nel percorso scientifico della Rivista, continua a rappresentare un momento privilegiato per valorizzare e valutare le ricerche dei giovani studiosi.

Nel corso degli anni, il Convegno ha conosciuto una crescita significativa, fondata non solo sul confronto di idee, ma anche sul dialogo tra generazioni. Tale evoluzione testimonia, da un lato, l'emergere di un pluralismo sempre più ricco di approcci e sensibilità; dall'altro, il consolidarsi di una comunità scientifica capace di rinnovarsi e ampliarsi, ponendo basi solide per il futuro della disciplina.

L'approdo alla quinta edizione conferma il radicamento dell'impegno formativo dei maestri che collaborano con la Rivista e, al contempo, la maturazione di un gruppo di giovani ricercatori sempre più coeso, partecipe e rigoroso, arricchito da nuove presenze e prospettive. A questo nucleo si è affiancata la partecipazione di un uditorio composto da numerosi altri giovani studiosi, la cui presenza testimonia l'interesse crescente per i temi affrontati e consolida una comunità scientifica realmente intergenerazionale.

In continuità con le precedenti edizioni, l'incontro ha ospitato le relazioni di giovani studiosi di diritto amministrativo, offrendo un'occasione preziosa per

proseguire, in un clima aperto e plurale, il dialogo scientifico con i membri della Rivista.

In discontinuità rispetto al passato, il Convegno ha adottato un *format* rinnovato: ai più giovani è stato affidato il compito di presentare studi e ricerche in corso, mentre i colleghi più *senior* hanno coordinato i panel, sotto l'attenta guida dei *discussant*, sempre disponibili ad ascoltare, suggerire e stimolare un confronto critico e costruttivo.

La giornata si è aperta con i saluti istituzionali della Direttrice del dipartimento di giurisprudenza della sede romana dell'Università Pegaso, Valeria Confortini, che ha espresso vivo apprezzamento per l'iniziativa e per la rilevanza dei temi affrontati, e del Direttore scientifico della Rivista, Luca R. Perfetti. Quest'ultimo, manifestando piena soddisfazione per il progetto e per l'impegno di quanti lo hanno reso possibile, ha ufficialmente dato avvio ai lavori.

L'incontro si è articolato in cinque panel tematici e si è sviluppato lungo i contenuti che seguono.

Il primo panel, dedicato al tema della "organizzazione amministrativa" e coordinato da Raffaella Dagostino, ha accolto le relazioni di Alice De Nuccio, Biagio Gianluca Di Mauro ed Ermelinda Palmeri.

La prima relazione, presentata da Alice De Nuccio, si è incentrata sulla nascita, nel mondo anglosassone ed americano, dei filoni *Behavioral Law and Economics, Neurolaw e Law and Emotions*, derivanti dall'incontro tra scienze cognitive, economia comportamentale e diritto. L'intervento ha evidenziato come tali approcci abbiano progressivamente influenzato anche la dottrina amministrativistica italiana, dapprima attraverso l'interesse per il *nudging* e più recentemente tramite l'attenzione al ruolo cognitivo dei funzionari amministrativi. L'attenzione è stata poi concentrata su quattro questioni chiave: la novità della "psicologizzazione" dell'amministrazione, il rapporto attuale tra scienze cognitive e organizzazione amministrativa, le potenzialità di questo approccio e i rischi di un'eccessiva interdisciplinarità.

La seconda relazione, affidata a Biagio Gianluca Di Mauro, ha offerto una lettura critica del rapporto tra devoluzione delle competenze e tutela dei diritti in materia di istruzione, muovendo dalla sentenza n. 192/2024 della Corte costitu-

zionale e dal DDL S. 1623 sui LEP attualmente in discussione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato. È emersa la natura paradigmatica dell'istruzione, sospesa tra l'esigenza di uniformità nazionale e le spinte regionali: da un lato un nucleo incomprimibile di competenze statali, dall'altro funzioni specifiche potenzialmente trasferibili, purché compatibili con i LEP e con i principi di solidarietà ed eguaglianza 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, la relazione ha provato a verificare ciò che è effettivamente differenziabile nella materia latu sensu intesa, evidenziando le molte ombre e le poche luci. La prospettiva adottata è stata 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 in materia.

La terza relazione, tenuta da Ermelinda Palmeri, ha evidenziato come le REMS, introdotte dalla legge 81/2014 per accogliere autori di reato con patologie psichiatriche, rappresentino un avanzamento rispetto al precedente modello custodiale, pur presentando ancora significative lacune normative e organizzative. L'intervento ha sottolineato come il trasferimento delle competenze al Ministero della Salute abbia accentuato il peso sul Servizio sanitario nazionale, rendendo necessario un intervento legislativo organico. Alla luce dei rilievi della sentenza n. 22/2022 della Corte costituzionale, è stata sostenuta l'urgenza di rafforzare il coordinamento istituzionale e potenziare le strutture territoriali, così da garantire insieme la cura dei soggetti coinvolti e la tutela della collettività.

Il secondo panel, incentrato sul tema della "attività amministrativa" e coordinato da Alessandra Amore, ha ospitato le relazioni di Lia Coluzzi e Carmen Romano.

La prima relazione, presentata da Lia Coluzzi, ha offerto una riflessione critica sulla struttura della funzione amministrativa alla luce delle recenti innovazioni in tema di autovincolo introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici. Dopo aver ricostruito diacronicamente la formazione del concetto e il passaggio dalla libertà all'obbligatorietà del potere, l'analisi si è concentrata sull'ammissibilità e sulla portata attuale dell'autovincolo, attraverso il confronto con le principali

posizioni dottrinali e giurisprudenziali. L'intervento ha infine chiarito il significato dell'istituto, mettendo in evidenza il nesso tra autovincolo, effetto preclusivo del potere ed esaurimento della discrezionalità, collocandolo nel più ampio quadro evolutivo della funzione amministrativa delineato dalla dottrina amministrativistica.

La seconda relazione, affidata a Carmen Romano, ha indagato se la categoria degli accordi "necessitati", ricavabile dagli artt. 1, comma 2-bis, e 11 della legge n. 241/1990, possa costituire uno strumento giuridico idoneo a esprimere un rinnovato paradigma di amministrazione condivisa, fondato sulla cooperazione sinergica tra pubblico e privato. L'intervento ha evidenziato come tale modello, lungi dall'essere una formula evocativa, delinei una forma di azione amministrativa in cui autoritatività e consensualità si integrano, mostrando una possibile autonomia concettuale e contribuendo all'evoluzione delle tradizionali classificazioni dell'agire amministrativo.

Il terzo panel, dedicato al tema "Governo del territorio e ambiente" e coordinato da Viviana Di Capua, ha accolto le relazioni di Giovanni D'Elia, Cosimo Gravili e Giovanna Titta.

La prima relazione, affidata a Giovanni D'Elia, ha evidenziato come la legge n. 131/2025 abbia introdotto formalmente il paradigma dello sviluppo economico sostenibile nella disciplina delle aree montane, pur orientandosi prevalentemente verso interventi di sfruttamento piuttosto che di tutela. L'intervento ha offerto una lettura critica del dibattito giuridico e ne ha rilevato un'importante frattura: mentre lo sviluppo sostenibile è assunto come principio solido a livello istituzionale, la sua effettiva capacità di conciliare crescita economica e protezione ambientale appare incerta. In questa cornice teorica, l'intervento ha poi sottolineato come, tra i vari casi, quello dei finanziamenti alle attività produttive invernali ed estive nella Provincia autonoma di Trento rappresenti plasticamente tale tensione, sollevando interrogativi sulla coerenza tra obiettivi economici e salvaguardia ecosistemica della montagna.

La seconda relazione, presentata da Cosimo Gravili, ha avuto ad oggetto il ruolo dei servizi ecosistemici nei procedimenti ambientali, ricostruendone il fondamento nel Codice dell'Ambiente e proponendone l'integrazione nelle bonifi-

che dei siti contaminati per orientarle a un autentico recupero ecologico, sostenibile anche sul piano economico e coerente con la tutela intergenerazionale. Nella relazione, è stato sottolineato che il riconoscimento del recupero dei siti inquinati come servizio pubblico essenziale non emenda il quadro normativo dal mostrare rilevanti criticità. Infatti, la nozione di ripristino resta ancorata alla sola riutilizzabilità urbanistica, senza considerare il ripristino delle funzioni ecologiche, mentre costi elevati e tempi lunghi inducono spesso a interventi di semplice contenimento. In questo contesto, l'intervento ha dunque sostenuto la necessità di un approccio più integrato e realmente ecosistemico nelle politiche di bonifica.

La terza relazione, affidata a Giovanna Titta, ha esaminato il contributo che le tecnologie emergenti, incluse quelle di intelligenza artificiale, possono offrire alla riduzione dei divari territoriali attraverso la pianificazione urbanistica. Dopo una ricognizione delle disuguaglianze sociali, culturali e territoriali – con particolare attenzione alla "questione meridionale" – l'analisi si è concentrata sul quadro normativo che disciplina le strategie digitali adottate dalle amministrazioni pubbliche. Sono stati quindi messi a confronto due profili opposti: l'accentuazione delle diseguaglianze prodotta dal progresso tecnologico e, per converso, le potenzialità degli strumenti digitali nel favorire una maggiore equità territoriale. In conclusione, la relazione ha attenzionato il modello delle *Smart Cities*, che è presentato come esempio paradigmatico della capacità delle tecnologie digitali di adattarsi alle specificità dei contesti locali e di contribuire al superamento dei divari esistenti.

Il quarto panel, dedicato al tema degli "Interessi strategici" e coordinato da Costanza Nicolosi, ha accolto le relazioni di Francesco Dimichina e Andrea Gemmi.

La prima relazione, affidata a Francesco Dimichina, ha mostrato come il *multistakeholderism* rappresenti oggi la chiave di lettura unificante del diritto delle crisi, spostando l'attenzione dalla tradizionale relazione creditore-debitore alla pluralità di interessi coinvolti, secondo un orientamento ormai riconosciuto anche dalla Cassazione. Tale prospettiva risulta idonea a interpretare coerentemente anche le regole del diritto bancario delle crisi, trovando conferma nella logica sottesa alla BRRD, che mira a minimizzare l'incisione sui diritti fondamentali potenzialmente compromessi. In conclusione, la relazione ha evidenziato il fatto

che l'approccio multistakeholder si propone come criterio ermeneutico capace di offrire soluzioni convincenti alle principali questioni applicative emergenti.

La seconda relazione, presentata da Andrea Gemmi, ha evidenziato come l'evoluzione normativa della Golden Power abbia trasformato il ruolo dello Stato nell'economia digitale, ampliandone l'ambito dalle infrastrutture strategiche alle tecnologie critiche a carattere trasversale. Il potere speciale ha assunto così una funzione non più solo difensiva, ma anche di regolazione della circolazione tecnologica, incidendo su licenze, know-how e trasferimenti di competenze. Nella relazione è stato sostenuto come questa estensione, inserita nella competizione globale per l'innovazione, sollevi interrogativi sulla legittimità di un uso della Golden Power orientato alla sicurezza tecnologica e, al contempo, alla competitività industriale, con il rischio di trasformarla in uno strumento di politica economica più che di mera tutela nazionale.

Il quinto panel, dedicato al tema della "Tutela" e coordinato da Donato Vese, ha accolto gli interventi di Antonio Niccolò Carchivi, Alessia Mininni e Paola Mancini.

La prima relazione, presentata da Antonio Niccolò Carchivi, ha analizzato il sistema di tutela giurisdizionale predisposto dall'ordinamento italiano in relazione alle sanzioni irrogate dalle autorità amministrative indipendenti, focalizzandosi sul versante dei limiti al sindacato giurisdizionale previsti dal legislatore o avvertiti dalla giurisprudenza. In tale contesto, è stata proposta, sulla scorta dell'interpretazione del diritto positivo, una nuova ricostruzione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo su tali sanzioni.

La seconda relazione, affidata ad Alessia Mininni, ha esaminato la recente questione sottoposta alla Corte costituzionale circa la possibilità per la Pubblica amministrazione di annullare d'ufficio un provvedimento oltre il termine perentorio previsto dall'art. 21-nonies, in presenza di interessi pubblici "sensibili". Pur godendo questi ultimi di una disciplina derogatoria nel procedimento di primo grado, tale regime non può estendersi al potere di secondo grado, dove assume rilievo preminente la tutela dell'affidamento legittimo dei destinatari del provvedimento ampliativo. Tale impostazione risulta ulteriormente confermata dalla legge n. 182/2025, che ha ridotto a sei mesi il termine per l'annullamento d'ufficio,

rafforzando la centralità dell'affidamento privato nel bilanciamento legislativo.

La terza relazione, affidata a Paola Mancini, ha offerto un'analisi approfondita della riforma della responsabilità erariale introdotta dalla legge n. 1/2026, mettendo in luce come alcune misure concepite per accelerare l'azione amministrativa rischino, in realtà, di produrre effetti opposti. L'estensione di nuove forme, seppur indirette, di scudo erariale a dipendenti pubblici e amministratori politici determina infatti una potenziale deresponsabilizzazione, con il rischio di favorire decisioni superficiali e prive di adeguata ponderazione. L'intervento ha dunque riflettuto sulle ricadute sistemiche di uno spostamento del baricentro del rischio dall'amministratore al dipendente, che potrebbe compromettere i principi fondamentali di buon andamento, responsabilità e correttezza dell'azione amministrativa.

Al termine del quinto e conclusivo panel, si è aperta la sessione finale dell'incontro, alla quale hanno preso parte i componenti della Rivista. Tale momento ha costituito un'occasione di sintesi e di confronto particolarmente feconda, orientata a valorizzare i contributi offerti dai giovani studiosi nel corso della giornata.

Nello spirito di confronto aperto che da sempre caratterizza la Rivista, i *discussant* hanno sviluppato un confronto articolato tanto sui profili metodologici quanto sui contenuti sostanziali delle relazioni. Complessivamente, essi hanno apprezzato l'attenzione metodologica e la capacità di leggere le recenti riforme alla luce dei principi ordinamentali, evidenziando come tali contributi offrano spunti utili anche per il dibattito dottrinale più maturo. In questo senso è stata espressa grande soddisfazione per la qualità delle relazioni e per la profondità delle analisi proposte. Inoltre, è stato sottolineato come il confronto intergenerazionale rappresenti un elemento essenziale per il progresso della disciplina e come i giovani studiosi abbiano dimostrato non solo competenza tecnica, ma anche la capacità di cogliere le trasformazioni in atto del diritto amministrativo.

La giornata si è così chiusa con un invito a proseguire nella ricerca, nella discussione e nella costruzione condivisa di un diritto amministrativo capace, attraverso le iniziative della Rivista, di interpretare il tempo ci occupa.

10.2.2026

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

Andrea Carbone
Associato di Diritto amministrativo e pubblico presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

Riflessioni introduttive su metodo e potere giuridico nel diritto pubblico

Legal Methods and Legal Power in Public Law: An Introduction

Sintesi

Il presente saggio costituisce una prima sistemazione della Lezione su metodo e potere giuridico nel diritto pubblico tenuta il 10 marzo 2025 presso la Scuola di dottorato in Istituzioni e politiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, e ripetuta il 12 marzo 2025 al Dottorato di ricerca in Diritto pubblico del Dipartimento di Studi giuridici ed Economici della Sapienza Università di Roma[*].

Abstract

This essay offers an initial reworking of the lecture on legal methods and legal power in public law delivered on 10 March 2025 at the Doctoral School in Institutions and Policies of the Università Cattolica del Sacro Cuore in Milan, and presented again on 12 March 2025 in the Ph.D. Program in Public Law of the Department of Legal and Economic Studies at Sapienza University of Rome.

Parole chiave: diritto pubblico; diritto amministrativo; metodo giuridico; potere amministrativo; funzione.

Keywords: public law; administrative law; legal methods; administrative power; administrative function.

Indice: 1. Profili introduttivi. – 2. Scienza e metodo giuridico. – 3. Ipotesi ricostruttiva. Metodo giuridico e rilievo assiologico del dato normativo. – 4. Verifica dell'ipotesi ricostruttiva. Metodo giuridico e diritto pubblico. –5. *(segue)* I termini problematici

**** L'A. coglie l'occasione per ringraziare la prof.ssa Barbara Boschetti e il dott. Nicola Berti dell'ospitalità presso l'Università Cattolica e del fecondo dialogo instauratosi in quella sede e negli sviluppi successivi.

attuali di riferimento e la loro possibile riconduzione a sistema. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Profili introduttivi

Il tema del metodo attiene ad una di quelle problematiche che, nel suo perenne stato di non soluzione, è sempre presente sullo sfondo del dibattito del giurista in genere, e del giuspubblicista in particolare, per riproporsi, periodicamente, in maniera più definita e compiuta.

Ciò appare naturale se sol si considera che il problema del metodo racchiude, in sé, la questione stessa della scientificità del diritto e, quindi, del ruolo e dell'identità del giurista[1].

Nello specifico, la problematica in esame è stata comunemente considerata in una duplice valenza, sovente ricondotta ad una sostanziale commistione, dell'*individuazione* del metodo e della sua *applicazione* (dell'oggetto, cioè, della conoscenza, a cui l'applicazione del metodo stesso si riferisce)[2]. Cosicché, nel trattare del metodo giuridico, ciò che viene in rilievo risulta essere, essenzialmente, l'*oggetto del diritto* e la *modalità dello studio giuridico*.

Le presenti riflessioni sono volte a fornire considerazioni di carattere generale, e con esse un'ipotesi di lavoro, inerenti a tali profili. Rispetto al relativo inquadramento, si tenterà, poi, di verificare la sua specifica declinazione nell'ambito del diritto pubblico.

2. Scienza e metodo giuridico

La tesi tradizionale della negazione della scientificità del diritto prende le mosse, è noto, dalla critica radicale di Kirchmann, che, partendo da una considerazione del metodo proprio delle scienze sperimentali, sostenne l'impossibilità di uno studio scientifico del diritto in ragione della mutevolezza del dato di riferimento, della soggettività dell'operatore nell'analisi del dato in questione, nonché della possibile contingenza e arbitrarietà del dato stesso[3].

1 Su tutti, S. Rodotà, *Un metodo tra i metodi?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 274.

2 La commistione tra metodo in senso proprio e sua applicazione è oggetto di comune rilievo da parte degli studiosi: cfr. N. Bobbio, *Metodo*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 602 ss.

3 J.H. von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, 1848. Per una sintesi della questione, tra

Il tentativo di superamento di siffatta critica ha portato, è altrettanto noto, ad una considerazione del metodo che, per non lasciare la via positivista, ha ricercato la sottrazione dal contingente e dal mutevole ponendo a presupposto dell'analisi giuridica la positività del dato formale normativo, che dunque, per tale via, appunto nella propria formalità consentiva di superare la variabilità del dato storico. In questo modo, sconfessato il ruolo del giurista quale ideatore di sistemi scollegati alla realtà positiva, non si è d'altro canto negata la sua qualificazione di scienziato, scadendosi in una considerazione dello stesso quale mero esegeta delle disposizioni normative. Il giurista sarebbe, invece, colui che elabora un modello idoneo a descrivere in categorie generali asettiche, di carattere dogmatico, il complesso del giuridico, cioè il *sistema* giuridico, ponendo, dette categorie, in correlazione col dato normativo positivo[4]. Il diritto può assumere, così, la dignità di scienza; corrispondentemente, il metodo giuridico avrebbe, quale sua propria

gli altri, G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna, 1970, p. 189 ss.; D. Valitutti, *La bella addormentata. La scienza del diritto e il 'problema' della sua autonomia*, Napoli, 2024, p. 109 ss.

4 È la ricostruzione pandettistica tedesca, che, lo si ricorda per inciso, riconducendo la visione storica savigniana del diritto a sistematica dei concetti, può affermare, per tale via, come detto nel testo, la scientificità del diritto: B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, I, Torino, 1925 (op. orig 1862), pp. 74-75. Di qui, il passaggio alla successiva adozione della medesima impostazione da parte della scienza giuspubblicistica tedesca, prima con C.F. von Gerber, *Sui diritti pubblici*; Id., *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, entrambe in *Diritto pubblico*, Milano, 1971 (opp. origg. 1852 e 1865), attraverso una concezione organicistica progressivamente maggiormente statualista; e poi, in termini più compiuti, e rappresentativi dell'inglobamento della società nello Stato persona, con P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I-IV, Tübingen, 1876-1882. A ciò segue, in via generale, la successiva impostazione di G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912 (seconda ediz. orig. 1905); Id., *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921 (seconda ediz. orig. 1905); Id., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949 (terza parte dell'*Allgemeine Staatslehre*, ediz. orig. pubbl. postuma), con il suo tentativo di ricomprensione della realtà sociale nel giuridico attraverso la tesi dell'autolimitazione (su cui cfr. anche *infra*, n. 38); e, nell'ambito del diritto amministrativo, la sistematizzazione di O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I-II, Leipzig, 1895-1896, volta a fondare una dogmatica propriamente di diritto amministrativo (in ciò influenzato anche dall'esperienza francese). Per una sintesi, fra gli altri, M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, p. 13 ss.; Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, 2001, p. 3 ss.; M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania*, II, Milano, 2014 (op. orig. 1992), pp. 465 ss. e 563 ss.; W. Wilhelm, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974 (op. orig. 1958), p. 3 ss.; K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966 (op. orig. 1960), p. 3 ss.

caratteristica, quella di interpretazione della realtà normativa alla luce delle categorie giuridiche, così da fornire una compiuta elaborazione del sistema.

Nell'ambito del nostro diritto pubblico, l'impostazione appena descritta si ritrova in V.E. Orlando e nella Sua Scuola[5].

Tale visione del metodo nel diritto pubblico, tradizionalmente definita 'pura', è stata però oggetto di rilievi, anch'essi ben noti. La critica generale del metodo giuridico, inteso nel senso rappresentato, è infatti quella per cui esso non consentirebbe un corretto riferimento alla realtà storico-sociale, in quanto non terrebbe adeguatamente in conto l'essenza storica e politica del fenomeno sociale, la quale non potrebbe non influenzare la stessa fenomenologia giuridica. La realtà è differente e mutevole, e ciò non permetterebbe una soluzione *sistematica* del

---

5 Il manifesto metodologico di V.E. Orlando è, non serve ricordarlo, contenuto ne *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Prolusione ai corsi di diritto amministrativo e costituzionale letta nella R. Università di Palermo l'8 gennaio 1889, pubbl. in *Arch. giur.*, 1889 (che rielabora e coordina le considerazioni espresse nelle precedenti prolusioni *Ordine giuridico e ordine politico*, letta nell'Università di Modena il 4 dicembre 1885 e *Necessità di una ricostruzione giuridica del diritto costituzionale*, letta nell'Università di Messina il 12 dicembre 1886), seguita poi da *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, in *Pubbl. Fac. giur. R. Univ. Modena*, 1925, entrambi ora in *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, pp. 3 ss. e 23 ss. Si veda anche la *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1897, p. V ss.; nonché *Introduzione all'edizione italiana. Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, in G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 1 ss.; e *Introduzione. Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, in G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., pp. III ss. e XVI ss. (nelle quali, specificamente, nell'ancorarsi alla tradizione germanica del diritto pubblico, si insistette sull'importanza di Jellinek come idoneo a fornire una impostazione vicina alla mentalità 'latina' della stessa scienza germanica).

È considerazione comune che, da parte di Orlando, si sia avuta un'indicazione metodologica essenzialmente di massima (cfr. lo stesso V.E. ORLANDO, *Nota*, cit., p. 28), idonea ad espungere dalle ricostruzioni di diritto pubblico i profili eccessivamente politologo-filosofici e un'analisi strettamente esegetica (si veda anche di seguito, nel testo e in nota), la quale avrebbe condotto ad assumere una sistemazione che, rapportandosi con la scienza germanica dell'epoca (in particolare, come ricordato, Gerber, Laband, G. Jellinek e O. Mayer), si è posta in chiave post-pandettistica, con il riferimento ad una dogmatica essenzialmente derivante da quella elaborata dalla dottrina privatistica: sul punto, cfr., in particolare, M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940, ora in *Quaderni fiorentini*, Milano, 1973, 2, p. 239 ss.; ID., *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 11 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 21 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, p. 48 ss.

giuridico che presupponga un sistema già dato e da scoprire[6], ma ne porterebbe in evidenza essenzialmente il suo stato *problematico*[7].

Ora, a fronte di tale sintetica rappresentazione dei termini generali del problema, è possibile prendere le mosse per cercare di pervenire all'ipotesi ricostruttiva che in questa sede si vuole portare avanti.

Si consideri, innanzitutto, che quella che viene definita visione 'pura' del metodo non implicava, invero, comunque un'estraneazione dalle altre scienze[8]; piuttosto, di queste se ne sarebbero accolti i canoni, nei limiti della loro rilevanza

6 Sul punto, si veda in particolare S. Cassese, *Cultura e politica*, cit., *passim*, spec. p. 161 ss.

7 Per una rappresentazione esaustiva della tensione tra i due profili, cfr. M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica del diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 347 ss.; Id., *Il confronto tra pensiero sistematico e pensiero problematico*, in F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico*, Napoli, 2023, p. 97 ss., a cui si rimanda per i relativi riferimenti. Sul punto, si veda ampiamente quanto si dirà *infra*.

8 È nota la problematica concernente il rapporto fra la Scuola orlandiana e le altre scienze. Da un lato, infatti, è lo stesso Orlando a specificare che non vuole circondare il diritto da "una specie di muraglia della China" che escluda la comunicazione con altri elementi di differenti ordini scientifici, ma solo tenere distinti e autonomi ordini scientifici diversi (V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., pp. 19-20; cfr. la nota successiva). Dall'altro, la comunicazione con le altre discipline scientifiche tende a non mettere comunque in discussione le fondamenta della struttura del sistema giuridico, come è possibile rinvenire nella critica generale al realismo, e ad una generale tendenza di sostanziale riconduzione al positivismo dello stesso istituzionismo di Santi Romano (in sé rinvenibile anche nello stesso A.): cfr. V.E. Orlando, *Ancora sul metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 39 ss.; Id., *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, in Santi Romano, *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. V ss.; Id., *Lo Stato e la realtà*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, ora con il titolo *Sul concetto di Stato* in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 199 ss.; Id., *Stato e diritto*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1926, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 243 ss.; Id., *Leone Duguit e la scuola del realismo giuridico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 73 ss.; U. Forti, *Il realismo nel diritto pubblico (a proposito di un libro recente)*, Camerino, 1903, ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, p. 23 ss.; Id., *Le dottrine "realiste" di Hauriou*, orig. ined. 1913, ora in *Studi*, I, cit., p. 147 ss. Si veda pure G. Capograssi, *Il problema di V.E. Orlando*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1952-53, ora in *Opere*, V, Milano, 1959, p. 359 ss.

Impostata in questo senso, l'apertura verso la realtà storico-sociale e le altre scienze, pur potendosi in sé declinare in vario modo, è stata allora giudicata caratterizzarsi in maniera eminentemente riduzionistica: cfr. in particolare M.S. Giannini, *Recensione a V.E. Orlando, Principi di diritto amministrativo, Firenze, Barbera, 1952*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 147 ss., ed ivi la nota critica all'impostazione di Orlando, che il diritto amministrativo, negli anni '50 del secolo scorso, potesse ricostruirsi ancora sul modello precedente, sostanzialmente immutato, di stampo liberale; S. Cassese, *Cultura e politica*, cit., p. 161 ss.; Id., *Tre maestri del diritto pubblico*, Napoli, 2012, p. 11 ss.; si veda pure F. Benvenuti, *Pubblica amministrazione e diritto*

in ordine al relativo profilo giuridico. In effetti, va in proposito sottolineato che l'esigenza espressa da Orlando è in sé un'esigenza di *tecnicità* del diritto pubblico, giacché questo, al tempo della *Prolusione*, era essenzialmente spiegato o nei vaghi riferimenti alla filosofia e alla scienza politica o quale mera esegesi di norme[9]. Tale esigenza di tecnicità, va del pari evidenziato, è propria di qualsiasi scienza, nel passaggio dal suo momento *empirico* a quello appunto *tecnico*[10].

Il rilievo appena effettuato, tuttavia, non necessariamente supera la generale critica al metodo, come si è detto essere stata formulata. Il problema, in questo

---

amministrativo, in *Jus*, 1957, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1571 ss., che ne rimarca comunque gli aspetti positivi, in ordine al concreto sviluppo degli istituti giuridici attraverso l'elaborazione di teoria generale.

Secondo altra parte della dottrina, invece, lungi dal potersi concludere nel senso indicato, è possibile ricavare dalla lettura di Orlando che la considerazione delle altre scienze e del dato storico sociale sarebbe sempre stata presente ai fini della ricostruzione del sistema, e che l'unico limite che davvero si poneva era quello di non accedere ad un discorso che non fosse in senso proprio 'giuridico': M. Mazzamuto, *Orlando uno e trino versus Orlando dimenticato o immaginario*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, 2020, p. 309 ss.; Id., *Il confronto con la dottrina classica*, in F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico*, cit., p. 40 ss.

Sul punto, si veda anche quanto in generale considerato da M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 67 ss.; G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, p. 3 ss.; A. Moliterni, *Vittorio Emanuele Orlando e le vicende del metodo nella scienza del diritto amministrativo*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, cit., p. 141 ss.; Id., *Il problema del metodo e il diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2020, p. 479 ss.

9 La critica di Orlando si appuntava, infatti, sul non aver tenuto distinto l'ordine filosofico e quello esegetico da quello della scienza giuridica (V.E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., p. 20; cfr. la nota precedente): "col pretesto di usufruire il necessario contributo di altre discipline si è imbastita una scienza di diritto pubblico come si farebbe per un mosaico, ravvicinando pezzetti di filosofia con pezzetti di storia di politica, di economia, ecc.; e, tanto per giustificare il nome di diritto che a questa scienza si affliggeva, si è data una parte preponderante al contenuto esegetico, cioè all'ultima e meno nobile manifestazione della scienza giuridica". È stato peraltro successivamente rilevato che, in realtà, pur non essendo infondata la critica di Orlando, vi erano stati giuristi pre-orlandiani che avevano comunque proceduto ad una prima sistemazione della materia, e che progressivamente ci si veniva smarcando dagli elementi estranei al giuridico; ciò che mancava era però in ogni caso una Scuola unitaria in questo senso, idonea ad assumere carattere nazionale (e che, come tale, si ponesse in correlazione con la costruzione del nuovo Stato unitario): cfr., in vario modo, M.S. Giannini, *Profili storici*, cit., p. 234 ss.; S. Cassese, *Cultura e politica*, cit., p. 9 ss.; A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., p. 26 ss.

10 Sul punto, si veda F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939, p. 20 e p. 22 ss.

senso, sono infatti i *termini* in cui tale tecnicità verrebbe a trovare svolgimento.

In effetti, se può dirsi che il metodo orlandiano non implichi, in sé considerato, un'estraneazione dal dato storico-sociale e dalle altre scienze, neppure sembra potersi negare che la sua applicazione abbia comunque portato con sé una certa asetticità nella considerazione di tali realtà al fine della ricostruzione del sistema giuridico[11]. Ciò è dato riscontrare, in particolare, se poniamo i rilievi formulati in corrispondenza con un'ottica normativista tradizionale, di stampo formalista, ove la tecnicità è oggetto di rilevanza giuridica nei limiti in cui il relativo fenomeno è contemplato dalla disposizione normativa; per cui, rispetto a detto quadro ricostruttivo, si assisterebbe, di fatto, ad una concezione riduzionistica della realtà sociale al modello giuridico. Nella prospettiva indicata, la ricostruzione del sistema è così risultata poco permeabile al possibile mutamento di declinazione rispetto alla struttura dogmatica adottata.

La critica di asetticità, mossa dai critici del metodo 'puro' del diritto, coglie allora nel segno nel momento in cui si assume una pre-esistenza del sistema già dato e spiegabile attraverso categorie giuridiche del tutto asettiche, inidonee a co-

11 Si veda quanto considerato subito sopra, alle note precedenti. Come spiegato, infatti, una totale chiusura di Orlando alla realtà storico-sociale non era invero dato riscontrare, né ciò viene messo, in via generale, in discussione. In questo senso, allora, chi ha considerato la purezza del metodo giuridico quale indice di una generale asetticità rispetto al dato storico-sociale tende a ritenere che l'applicazione del metodo in questione non sia stata poi coerente con sé stessa, o quantomeno non sia stata in sé rigida, riferendo tali circostanze alla genericità delle stesse indicazioni metodologiche orlandiane, di cui si è detto: in questo senso, S. Cassese, *Cultura e politica*, cit., p. 161 ss., il quale afferma come si possa individuare una 'destra' e una 'sinistra' orlandiana, a seconda del grado di purezza del metodo a cui si faccia riferimento; A. Sandulli, *La disapplicazione del metodo giuridico orlandiano da parte di Vittorio Emanuele Orlando*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, cit., p. 299 ss., che ritiene che lo stesso Orlando non sia stato un purista dei criteri da lui enunciati. Secondo coloro che, invece, non ritengono che il metodo orlandiano comporti, in sé, una mancata considerazione del dato sociale ai fini della ricostruzione sistematica del giuridico, ma solo la necessità di utilizzare strumenti giuridici, vi sarebbe piuttosto, in questo senso, la dimostrazione della bontà della propria tesi: M. Mazzamuto, *Orlando uno e trino*, *loc. ult. cit.* Ora, rispetto alla prospettiva descritta, come detto di seguito nel testo, a noi pare che, se da un lato l'insegnamento di Orlando non comportava in sé un'assenza di riferimento alle altre discipline scientifiche ai fini della ricostruzione del sistema giuridico, ma solo rappresentava un richiamo alla necessaria tecnicità del diritto come scienza, neppure può negarsi che la relativa applicazione in concreto, da parte degli esponenti di quel periodo storico, si sia dimostrata inidonea a rinnovare la declinazione delle categorie giuridiche di riferimento, nel mutato contesto storico-sociale.

gliere la totalità dell'esperienza giuridica, o, quantomeno, il suo mutamento. In tale prospettiva, infatti, il dato problematico rischia un'estraneazione dalla metodologia giuridica rispetto al dato sistematico.

La medesima critica, tuttavia, va pure avvertito, non potrebbe essere seguita anche nelle estreme conseguenze che il relativo ragionamento potrebbe in ipotesi comportare. Nel momento in cui si denunciano i limiti del metodo giuridico, infatti, il rischio è quello di assistere ad una completa inversione di prospettiva, che conduce, tutt'al contrario, a rinunciare a qualsiasi sistematicità della ricostruzione del diritto, e quindi, a ben vedere, a negare la stessa possibilità di applicazione del metodo scientifico al diritto[12]. La *pluralità di metodi*, in sé, potrebbe portare, cioè, ad una scelta metodologica che può presentarsi discutibile sia sotto il profilo concettuale generale, in quanto idonea a tradire una completa indifferenza metodologica[13], sia in riferimento al singolo caso applicativo concreto, incorrendo nell'obiezione di pretestarsi, in via potenziale, a mutare il metodo di riferimento in relazione all'oggetto preso in esame, a propria convenienza[14]. L'unità di metodo sarebbe quindi, in altri termini, ciò che garantirebbe l'autonomia della scienza[15].

---

12 È l'obiezione posta da A. Orsi Battaglini, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discutendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1523 ss., pp. 1525-1526, alle considerazioni in proposito effettuate da S. Cassese, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 789 ss., a sua volta in dialogo con A. Orsi Battaglini, *In limine*, corsivo di presentazione del primo numero della rivista *Dir. pubbl.*, 1995, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 1513 ss. Secondo quest'ultimo A., infatti, pur non negando Cassese la necessità che l'apertura alle altre scienze sia comunque funzionale a pervenire ad una ricostruzione sistematica (in questo senso anche in *Cultura e politica*, cit., p. 188 ss.), il rischio sarebbe quello che, per la via descritta, il risultato non venga in concreto effettivamente perseguito, pervenendosi ad una pluralità metodologica che negherebbe, in sé, l'autonomia della scienza giuridica, e quindi lo stesso presupposto per la ricostruzione di un sistema propriamente giuridico.

13 Si veda, in senso critico, S. Rodotà, *Un metodo*, cit., p. 275. Per tale via, si incorrerebbe in nient'altro, a ben vedere, che in un anarchismo metodologico, quale quello proposto da P.K. Feyerabend, *Contro il metodo*, Milano, 2024 (op. ediz. orig. 1975, ediz. def. 2010), p. 45 ss. (su cui, per un confronto critico, cfr. tra gli altri quanto riportato in I. Lakatos, P.K. Feyerabend, *Sull'orlo della scienza. Pro e contro il metodo*, a cura di M. Motterlini, Milano, 1995).

14 Cfr. A. Orsi Battaglini, *Il puro folle*, cit., p. 1526, sia pure come ipotesi patologica, da considerare possibile ma in concreto tendenzialmente da escludere.

15 Sul punto, si noti come del resto lo stesso M.S. Giannini, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, in *Jus*, 1957, ora in *Scritti*, IV, Milano, 2004, p. 117 ss., pp. 126-127, pur

3. Ipotesi ricostruttiva. Metodo giuridico e rilievo assiologico del dato normativo

Rispetto all'insoddisfazione a cui si perviene di fronte all'alternativa appena prospettata, è possibile, a nostro avviso, proporre un tentativo ricostruttivo differente, ove l'unitarietà del metodo si coniuga con un'apertura ad una dimensione plurale del referente attraverso il quale avviene la sua declinazione[16]. In questo modo, sarebbe possibile recuperare le varietà prospettiche proposte negli studi giuridici senza rinunciare ad una loro riconducibilità, sotto un profilo prescrittivo, ad una matrice comune, che, in quanto tale, segnerebbe anche i limiti di validità dei differenti approcci alla considerazione del diritto[17].

In proposito, si prenda in considerazione quanto segue.

In via del tutto generale, lo studio del diritto ha a suo oggetto ciò che può essere definito come *materia giuridica*[18]. Questa, nella visione tradizionale a cui si è fatto riferimento, viene ricondotta al complesso di norme, che viene ad essere inteso, nella sua parimenti tradizionale declinazione, come complesso di regole asetticamente espresse. Lo studio giuridico concernerebbe allora, in questo senso, la conoscenza della materia giuridica al fine di inquadrare a sistema l'assetto del dover essere nell'ambito dell'organizzazione sociale, e quindi di definire il sistema giuridico siccome delineato in una particolare esperienza sociale, che per la via indicata assume tuttavia rilievo essenzialmente normativo-formalistico. Il metodo

---

affermando la necessità che i giuristi operino, se del caso, anche come sociologi, riteneva che non fosse pensabile un ritorno alla commistione dei metodi e al sincretismo, quale esisteva prima della pandettistica, concludendo nel senso che la scienza giuridica non si occupa del fenomeno quale è, ma del fenomeno sociale quale è disciplinato dalla norma, ciò che assicurerebbe l'autonomia dei due ordini scientifici.

16 L'unitarietà del metodo non si pone, infatti, in contrasto con la pluralità della sua dimensione applicativa, per cui, al variare del dato di riferimento (da intendersi non in chiave esclusivamente normativo-formalistica, come detto subito di seguito, nel testo) varia anche la sua applicazione, ma non il metodo in sé considerato: sul punto, si veda quanto considerato da U. Scarpelli, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 553 ss., spec. p. 554 ss.

17 Si può rispondere, in questo modo, alle considerazioni formulate in senso corrispondente da L. Benvenuti, *Metodo giuridico, autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 661 ss.; Id., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 46 ss.; M. Trimarchi, *A margine di un dibattito recente sul metodo nel diritto amministrativo*, in corso di pubbl. su *Dir. e proc. amm.*

18 F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., p. 22 ss.

giuridico avrebbe, a sua volta, come caratteristica quella di interpretazione della realtà alla luce delle categorie giuridiche, così da fornire una compiuta elaborazione del sistema.

Tale rappresentazione si pone in continuità con la nozione di scientificità a cui precedentemente si è fatto riferimento, di stampo eminentemente tradizionale e positivista. Rispetto ad essa, va tuttavia considerata la sua inattualità quale termine da prendere a paragone. Sotto il profilo del rapporto tra soggetto e oggetto della conoscenza, la meccanica quantistica ha infatti da tempo dimostrato la relazione che interviene tra osservatore e dato oggetto dell'osservazione, tale da non potersi predicare, di quest'ultimo, una consistenza ontologica disgiunta dal primo[19]. Sul versante più propriamente epistemologico, poi, si è riconosciuto che la verità scientifica è comunque un costrutto, tale per cui la forza attrattiva delle relative proposizioni sarebbe quella che deriva unicamente dalla loro capacità di attirare su di sé un consenso razionale, ed esse sono sempre suscettibili di essere falsificate, in quanto è la stessa possibilità di falsificazione che le rende scientificamente valide[20].

Il medesimo rapporto tra giurista e norma, del resto, non si presenta più nella chiave di lettura del sillogismo tradizionale, in quanto, anche a non voler sposare fino in fondo le moderne dottrine ermeneutiche[21], non si è rimasti estranei alla considerazione del rimando di senso da esse espresso, per cui, in via generale, si ritiene non potersi delineare una contrapposizione netta fra realtà e norma, e si presuppone una concezione del giuridico comunque in continuità con l'intera esperienza del reale, pur potendosi declinare, tale relazione, in termini molto differenti tra loro[22].

---

19 Per una sintesi, C. Rovelli, *La realtà non è come appare. La struttura elementare delle cose*, Milano, 2014, p. 97 ss.; Id., *Helgoland*, Milano, 2020, p. 21 ss.

20 K. Popper, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 2010 (op. orig. 1934), p. 66 ss.; I. Lakatos, *La falsificazione e la metodologia dei programmi di ricerca scientifica*, in *La metodologia dei programmi di ricerca scientifica*, Milano, 1996 (saggio orig. 1970), p. 19 ss.

21 H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, Firenze-Milano, 2019 (op. orig. 1960), p. 527 ss., nella loro rivalutazione ontologica del corrispondente circolo ermeneutico di cui a W. Dilthey, *La nascita dell'ermeneutica*, Genova, 2013 (op. orig. 1900), p. 11 ss.

22 Così, si ritiene ormai pacifico che, per addivenire alla sussunzione, sia necessaria una costruzione giuridica del caso attraverso la selezione dei fatti che si assumono rilevanti e una parallela concretizzazione della norma, e che tali attività siano in rapporto di reciproca interazione

Nella prospettiva descritta, dunque, non soltanto la scienza giuridica può ricevere a pieno titolo l'attribuzione di scienza, senza incorrere nelle tradizionali obiezioni ad essa mosse[23]; ma, per la medesima via indicata, è possibile pervenire a tale risultato senza per questo dover accedere ad una declinazione del dato tecnico che necessiti una generale asetticità del sistema a cui si fa riferimento, tale da scadere in un normativismo di stampo formalista.

L'oggetto del diritto, la materia giuridica, può essere infatti ricondotto alla complessiva esperienza sociale riguardata sotto il prisma del dover essere giuridico[24]. La realtà che si prende in considerazione è però, in questo senso intesa, l'intera realtà assiologica in cui si risolve l'esperienza giuridica[25]. In tale prospettiva, il dato problematico assume rilievo preminente, ma non si pone in contrasto con la possibilità di una sistemazione[26]: ciò che rileva è che l'ipotesi ricostruttiva

---

e oscillazione tra loro: cfr. M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, p. 432, per cui anche nella prospettiva del cognitivismo attuale, come quella a cui l'A. aderisce, si riconosce comunque che tra precetto legislativo e sua applicazione intercorre un gioco continuo di rimandi. In generale, sulle implicazioni nella problematica dell'interpretazione in ordine alle questioni di cui si sta discorrendo, sia consentito rinviare a quanto da noi rappresentato in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, rist. 2025, p. 417 ss., ed ivi i relativi, e più approfonditi, riferimenti.

23 Sul punto, A. Romano Tassone, *Scienze giuridiche e realtà*, in *Scienza e realtà*, Napoli, 1997, ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 2024, p. 1129 ss. Si veda pure A. Travi, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 865 ss.

24 In questo senso, e nei termini che seguono, si può considerare in proposito l'insegnamento di G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937, ora in *Opere*, II, Milano, 1959, p. 401 ss.; R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 15 ss. Sul punto, si veda V. Cerulli Irelli, *Riflessioni introduttive sul metodo giuridico*, in F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico*, cit., p. 13 ss.

25 A. Romano Tassone, *Pluralità di metodi ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 1133 ss.; Id., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 1147 ss.; Id., *Scienze giuridiche e realtà*, cit., p. 1125 ss.

26 Secondo una prospettiva che, del resto, è in generale accolta in dottrina: su tutti, L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 34 ss.; Id., *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 321 ss., spec. p. 331 ss., il quale rileva come la contrapposizione radicale tra pensiero problematico e pensiero sistematico è espressione di una concezione riduttiva della dogmatica giuridica, che si fonda sull'equivoco che la sua funzione sarebbe quella di fondare metodicamente nell'unità del sistema conoscenze già acquisite. Si veda pure, in proposito, S. Rodotà, *Un metodo*, cit., pp. 275-276, secondo cui il

debba essere verificata alla luce degli schemi assio-pratici che caratterizzano l'intera fenomenologia di rilevanza del dato storico, sociale e politico, proprio dell'ordinamento; non vi è, cioè, una griglia di rilevanza predefinita[27].

Ora, se si conviene con tale rappresentazione, a noi pare che il contrasto fra dato giuridico e dato extra-giuridico, improntato sul rilievo assiologico dell'ordinamento, possa essere ricondotto ad unità dalla ricomprensione del secondo nella realtà normativa, non nei termini riduzionistici a cui si è in precedenza fatto riferimento, ma nella considerazione che il valore normativo assume una dimensione più ampia, e può declinarsi in maniera differente in ragione del valore assiologico che lo permane.

In tale prospettiva, le categorie giuridiche, intese come ordine sistematico di concetti giuridici idonei a spiegare, sotto il profilo del diritto, una realtà sociale, non esprimono un dato interno di validità che non sia altro che la loro reciproca coerenza. Sotto un profilo generale, è possibile quindi ipotizzare differenti sistematiche, tutte asetticamente valide (tutte ipoteticamente idonee a spiegare l'esperienza giuridica di una realtà sociale). Tuttavia, la considerazione del dato assiologico, che muove dal substrato storico-sociale dell'ordinamento, rende l'applicazione di una particolare declinazione di categorie quella maggiormente idonea a spiegare la realtà giuridica.

---

sistema non è una "gabbia totalizzante", ma può rispondere, invece, al bisogno di consentire l'esposizione e l'ordinamento del materiale problematico disponibile; aggiungendosi che "anzi, la consapevolezza di questa non necessaria incompatibilità [fra sistema e problema] può far evitare un rischio che talvolta il pensar per problemi mette in evidenza, il perdersi della ricerca in mille frammenti, permettendo invece la continua considerazione della totalità, e l'analisi delle relazioni che si stabiliscono all'interno di questa". In generale, sulla negazione della contrapposizione tra sistema e problema cfr. pure, nell'ambito della nostra dottrina, F. Modugno, *Sistema giuridico*, in L. Mengoni, F. Modugno, F. Rimoli, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, p. 34 ss.: G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1 ss.; L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica*, cit., p. 46 ss.; M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica*, cit., p. 379 ss.; Id., *Il confronto*, cit., p. 105 ss.; più complessa la posizione di N. Irti, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2002, ora in *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 5 ss., spec. p. 15 ss., che conclude nel senso che il tenore del dato normativo potrebbe mettere comunque l'interprete di fronte all'impossibilità della sua riconduzione a sistema. Nelle opere citate si vedano anche i più compiuti e approfonditi riferimenti in ordine alla problematica in questione.

27 A. Romano Tassone, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, *loc. ult. cit.* Si veda pure L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico*, cit., p. 338 ss.

Tale correlazione esprimerebbe la validità del risultato nell'applicazione del metodo, che per tale via tiene conto del dato problematico dei valori dell'ordinamento rispetto ad uno schema di riferimento che risulterebbe altrimenti del tutto formale. In questo senso, quindi, il dato normativo positivo, se considerato dal punto di vista formale, può al limite escludere alcune delle proposte ricostruttive sistematiche, che con esso si pongono in contrasto; ma non è idoneo a fornire, in sé, l'assetto strutturale del sistema. Solo la dimensione assiologica, che al dato normativo stesso deve essere riferita, permetterebbe di conseguire tale risultato.

4. Verifica dell'ipotesi ricostruttiva. Metodo giuridico e diritto pubblico

L'ipotesi ricostruttiva formulata nel paragrafo precedente consente dunque di pervenire ad una risposta, di ordine generale, in merito alle questioni tradizionalmente sottese al problema del metodo, quali la pluralità o l'unitarietà del metodo, e il rapporto fra la scienza giuridica e le altre scienze, siccome ripercorse nella trattazione che si è effettuata. Sotto il primo profilo, infatti, l'unità del metodo non nega una pluralità di approcci, che dipendono, essenzialmente, dalla differente consistenza del dato di riferimento, non solo nella sua matrice logico-formale (l'insieme delle disposizioni normative di riferimento), ma nel rilievo assiologico che la matrice stessa assume (il rilievo assiologico che è possibile ricavare dal dato normativo). Lo stesso è da dirsi per la relazione con le altre scienze, le quali, per la via indicata, contribuiscono non soltanto a dare un contenuto di senso alle disposizioni di riferimento, ma arricchiscono il quadro assiologico sotteso alla relativa normativa; concorrendo, in tal modo, alla complessiva ricostruzione del sistema (in termini dunque non soltanto logici, ma anche assiologici), e alla stessa ricomposizione a sistema del quadro problematico che da esse, nel loro rapporto con la realtà storico-sociale, eventualmente scaturisce.

Le considerazioni effettuate devono essere, a questo punto, oggetto di un tentativo di verificazione, che può trovare svolgimento nella stessa applicazione del metodo nel diritto pubblico.

A tal proposito, si può partire, in particolare, dalla considerazione per cui lo studio del diritto amministrativo può definirsi, in via generale, come lo studio dei rapporti P.A./cittadini nella cura concreta degli interessi generali a cui la stessa

organizzazione amministrativa è deputata da parte dell'ordinamento[28]. In questo senso, se non si rimane ancorati ad una visione normativistica di stampo formalistico, può dirsi che tutti i profili a tali rapporti inerenti, quali organizzazione, esercizio della funzione, discrezionalità nelle scelte, rapporti formali e informali Amministrazione/amministrati, efficienza dell'azione, responsabilità, ecc., possono essere ascritti alla considerazione che si ha del potere, in quanto appunto non limitata ad una sua visione normativa di stampo formalistico.

Ciò che viene in rilievo, quale referente specifico della materia oggetto di operazione epistemologica, è dunque la considerazione del potere giuridico nel diritto pubblico.

Storicamente, può ricordarsi, la considerazione del potere nell'ambito della dogmatica pandettistica corrispondeva, essenzialmente, alla scissione fra la predeterminazione normativa del diritto soggettivo nei suoi rapporti esterni, e la sua inerenza alla sfera interna del diritto stesso, come relativo alla volontà del suo esercizio. Il potere, in quest'ultimo senso, non rilevava giuridicamente all'interno di un rapporto, il cui ruolo era riservato al diritto soggettivo in sé considerato. Come conseguenza, mancava la giuridicizzazione dell'esplicazione del potere, la quale veniva corrispondentemente a coincidere con la libertà propria dell'esercizio del diritto[29].

Tale ricostruzione può essere ricondotta concettualmente, nei suoi massimi termini, ad una visione *prettamente statica* del diritto, ove il concetto di situazione giuridica è mutuato su quello proprio del diritto assoluto – meglio, su ciò che, in una prospettiva dinamica, corrisponderebbe ad una situazione giuridica *finale*[30] – e ove lo stesso concetto di rapporto giuridico è la considerazione che dà la legge dei limiti di un diritto sull'altro, per il resto lasciando il loro esercizio al libero movimento delle sfere soggettive. In tale contesto, si arriva, nelle impostazioni più estreme, a negare la natura di diritto al credito, in ragione della sua essen-

28 Per tutti, V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 2 ss.

29 In proposito, si veda in particolare G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 12 ss., ed ivi i relativi riferimenti. Sul punto, sia consentito rinviare a quanto da noi sostenuto in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 4 ss. e 36 ss.

30 Cioè la situazione che è regolata quale costituita, modificata o estinta da un potere: cfr. *Potere*, I, cit., p. 134 ss. Si veda *infra*, nel testo.

ziale inattività[31]. A sua volta, il potere giuridico, per come attualmente inteso – non cioè quale generale espressione della volontà, come detto, ma quale specifica incisione effettuale su una situazione giuridica (nel senso della sua costituzione, modificazione o estinzione) – assume un rilievo parimenti statico, per cui non viene in sé soggettivizzato in un rapporto, ma, nella sua effettualità, può essere considerato proprio della stessa situazione finale quale potenzialmente incisa dal mutamento giuridico, pur non ancora operativo (è, questo, il concetto del c.d. diritto *latente*[32]).

La visione appena rappresentata può essere contrapposta, sotto un profilo altrettanto concettuale, ad una visione *dinamica* del diritto. In quest'ultima prospettiva, tutt'al contrario della precedente, il concetto di situazione giuridica soggettiva è in sé assegnato a quella situazione che può essere potenzialmente inserita in un rapporto quale, essenzialmente, di pretesa-obbligo o non pretesa-facoltà[33].

---

31 Si vedano ad es. D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, c. 36 ss.; G. Sperduti, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 71 ss., p. 95. Sul punto, per un approfondimento e una maggiore contestualizzazione, oltre che per più specifici riferimenti, cfr. *Potere*, I, cit., p. 178 ss.

32 Si veda l'impostazione in tal senso di Alfr. Rocco, *La sentenza civile. Studi*, Torino, 1906, p. 96 ss.; N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1924, p. 31; a tale prospettiva può essere ricondotta anche la prima elaborazione di F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 25 ss. e 54-55. Secondo la teoria appena menzionata, il mutamento giuridico preesisterebbe come diritto alla manifestazione di volontà del soggetto con cui si produrrebbe l'effetto, la quale servirebbe solo a rendere attuale l'obbligo, già esistente allo stato latente, cosicché la stessa manifestazione non rappresenterebbe che l'esercizio di quel diritto. La critica, che tradizionalmente viene formulata a tale impostazione, per cui non potrebbe anticiparsi l'attualità dell'interesse tutelato al rapporto tra diritto e obbligo che sorgerebbe con l'esercizio del potere (cfr. G. Auletta, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. it. dir. comm.*, 1939, I, p. 560 ss.; G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 183; Id., *Principii di diritto processuale civile*, I, *Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist. 1923), p. 185, in nota), rappresenta una precipua manifestazione della tendenziale contrapposizione tra una visione statica e una visione dinamica del diritto, nei termini da noi espressi.

33 L'impostazione rappresentata è derivata dalla scomposizione tecnica dei piani delle differenti relazioni che possono porsi nell'ambito della realtà giuridica, effettuata da parte di W.N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969 (op. orig. articoli del 1913 e 1917), p. 3 ss., il quale, attraverso la distinzione del piano dei concetti deontici e quello dei concetti anankastici, ha potuto superare la monoliticità dogmatica propria altrimenti del concetto di diritto soggettivo. Per tale via, e corretta qualche discrasia della stessa distinzione hohfeldiana, è stato possibile dunque sostenere che la situazione giuridica individua una figura di qualificazione deontica rispetto ad un comportamento che è causa di un effetto giuridico: si veda, in particolare,

La definizione in questo senso di situazione giuridica delinea così situazioni atomistiche, di teoria generale, rispetto alle quali il diritto positivo fa riferimento dando loro rilevanza autonoma o composita fra loro. In tale quadro, e attraverso tale scomposizione, anche i diritti assoluti partecipano del medesimo carattere relazionale[34]. Di conseguenza, si fa strada un concetto di situazione finale quale solo descrittivo, in sé strumentale a definire una situazione, intesa nel senso rappresentato, che sia potenzialmente destinataria degli effetti del potere[35]; il medesimo concetto non va a costituire, invece, una tipologia di situazione giuridica, idonea ad ascrivere a sé, nei termini della potenzialità dell'incisione, anche la stessa dinamica del potere (attraverso il concetto di diritto latente). Il potere giuridico, in tale contesto, è in grado allora di inscriversi – ed anzi viene necessariamente ad inscriversi – in un rapporto, corrispondendo ad una situazione soggettiva, di facoltà od obbligo di un atto precettivo[36].

Ora, sotto un profilo generale di asettica ricostruzione del giuridico (profilo che possiamo considerare *interno* al sistema), entrambe le ricostruzioni sono valide. Non lo sono, però, con riferimento all'intera considerazione storico-sociale dell'ordinamento (il profilo, cioè, *esterno* del sistema, anch'esso giuridicamente rilevante).

L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 143 ss. e 300 ss., il quale, nello specifico, considera situazioni giuridiche corrispondenti a modalità deontiche (obbligo, divieto o facoltà) che si collegano, sul piano contenutistico, ad un determinato comportamento che fa capo al soggetto; a queste si contrappongono le situazioni di aspettativa (positiva, negativa o mancanza di aspettativa). Rispetto a ciò, e individuato più specificamente il concetto di *pretesa* quale figura di qualificazione deontica che fronteggia un obbligo, il quale a sua volta può essere positivo o negativo, si può pervenire alla distinzione fra il piano della qualificazione deontica, che presenta una facoltà o un obbligo (positivo o negativo) in capo ad un soggetto, a fronte del quale si può configurare una non pretesa o una pretesa (positiva o negativa) in capo ad altri soggetti; e il piano contenutistico del comportamento collegato alla stessa figura deontica, che consistere in un atto materiale o un atto precettivo. In tale quadro, il potere è la modalità deontica di un atto precettivo, a fronte del quale può configurarsi una corrispondente pretesa in capo ad un altro soggetto: cfr. ampiamente *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 57 ss., 66 ss. e 175 ss.; nonché subito di seguito, nel testo.

34 Cfr. ancora *Potere*, I, cit., p. 175 ss.

35 Come appunto da noi considerata in *Potere*, I, cit., p. 134 ss.

36 Cfr. sempre *Potere*, I, cit., pp. 57 ss. e 66 ss., nonché quanto detto subito sopra, in nota.

La visione statica del diritto appartiene, infatti, ad un momento storico in cui il Parlamento è visto come espressione della società civile come contrapposta allo Stato, rappresentato dal Sovrano e dai suoi Ministri. La staticità può essere assunta in ragione di una previsione normativa di stampo legislativo, proveniente dal Parlamento, che si eleva a regolare i rapporti tra tutti i soggetti del diritto. In questo senso, tutti i soggetti (pubblici e privati) sono sullo stesso piano rispetto alla legge, a loro esterna. A sua volta, ciò che va garantito nello Stato del primo Ottocento è la libertà nell'esercizio delle proprie facoltà, non lo svolgimento di relazioni P.A./cittadini giuridicamente regolate. La dogmatica di tipo statico si adatta dunque a tale rappresentazione dell'esperienza sociale, che costituisce il dato assiologico dell'ordinamento, idoneo ad esprimere giuridica rilevanza nella sistemazione dell'esperienza giuridica, influendo, in questo senso, sulla stessa interpretazione del dato normativo.

La situazione viene tuttavia a mutare quando la visione dello Stato appena rappresentata viene meno, a seguito dell'evoluzione tardo-ottocentesca dello Stato liberale, che porta ad inglobare il Parlamento nello Stato, e a pervenire, per tale via, ad una riconsiderazione dello Stato stesso, il quale, sia in chiave di tendenza accentratrice e autoritaria, sia nella considerazione dello sviluppo dello Stato parlamentare tendenzialmente pluriclasse, diviene esso stesso produttore della norma a cui è soggetto[37]. In tale contesto, risulta allora necessario ricercare un diverso fondamento della giuridicità dell'attribuzione del potere[38].

---

37 Sul punto, si vedano, in particolare, P. Costa, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, 1986, p. 9 ss.; M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, cit., p. 3 ss.; A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato ed organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986, pp. 10 ss. e 193 ss.; G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 21 ss., ed ivi i relativi riferimenti alla giuspubblicistica tedesca (tra cui in particolare Gerber, Laband, G. Jellinek, su cui cfr. *supra*, in nota) e italiana dell'epoca. Si veda poi anche quanto da noi riportato in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 4 ss., n. 8; *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Ferderalismi.it*, 17/2024, p. 26 ss., ed ivi più approfonditi riferimenti.

38 Si veda ancora *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 4 ss., nn. 8-9; *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, *loc. ult. cit.*

In particolare, si può ricordare come, una volta entrato in crisi il meccanismo della giuridicità basato sulla norma esterna bilatera, per i motivi descritti nel testo, e in disparte i tentativi di mantenere intatta quella logica attraverso la concezione dell'autolimitazione statuale (la soluzione approntata da G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., p. 10 ss.; Id., *La dottrina*

L'applicabilità di quelle categorie teoriche, di stampo statico, pur possibile sotto un profilo logico, entra quindi in crisi sotto un profilo assiologico. La ricostruzione normativa assume così una chiave dinamica, corrispondente ad una concatenazione di obblighi, e, sotto il versante soggettivo, alla riconduzione dei rapporti al paradigma pretesa-obbligo/non pretesa-facoltà. Questo è il modo, non serve ricordarlo, a cui storicamente si è risposto – sia pure attraverso il filtro, funzionalmente e strutturalmente ambiguo, dell'interesse legittimo – all'esigenza di giuridicizzazione del potere pubblico.

La rappresentazione appena effettuata ha dimostrato, dunque, l'esigenza di rapportare le categorie giuridiche, e il sistema giuridico su di esse costruito, con il dato storico-sociale concreto, per potersi pervenire ad una compiuta scelta di valore in ordine al sistema giuridico che, sotto il profilo assiologico, è idoneo a tro-

---

generale dello Stato, cit., p. 302 ss., spec. pp. 346 ss. e 373 ss., che, per rimanere nell'ambito della personalità statuale e della norma come regolativa del rapporto bilaterale, ricorre appunto alla teoria dell'autolimitazione dello Stato, che scaturisce dalla distinzione tra dottrina sociale dello Stato e dottrina giuridica dello Stato) si sia dovuto fare riferimento, come pure detto nel testo, ad un diverso fondamento per giustificare la giuridicità del potere pubblico. In questo quadro, salvo il ricorso all'istituzionismo (Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, seconda ed., prima ed. 1918), rimanendosi al contrario in una chiave di lettura normativistica, è stata in particolare la teorizzazione gradualistica kelseniana (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, op. orig. 1934, p. 50 ss.) che ha potuto fornire una giustificazione della giuridicità che prescindesse dal tradizionale riferimento al rapporto giuridico intersoggettivo: in quest'ottica, si assiste, infatti, al superamento della concezione dell'autolimitazione jellinekiana dello Stato attraverso la riconduzione del relativo momento alla potenzialità effettuale della norma fondamentale; attraverso, cioè, la sua considerazione quale limite intrinseco al momento genetico del diritto, assunto in termini di ipoteticità della norma. In un'ulteriore ricostruzione, del pari di stampo normativista, che si rinviene in C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998 (rist. 1940), spec. p. 53 ss., la giuridicità è stata fatta invece derivare dal fatto normativo della costituzione in senso materiale, quale insieme di forze, di rapporti e di situazioni che scaturiscono dal conflitto di interessi che porta all'affermazione del gruppo di potere e alla posizione di questo come Stato: in questo senso, la costituzione in senso materiale non è un antecedente sociale logicamente precedente all'instaurazione dello Stato, ma è essa stessa norma che si pone quale porsi dello Stato, ricomprensiva dei fini e quindi dei limiti riconducibili al rapporto di forze affermatesi; si supera così il problema del rapporto tra realtà giuridica e realtà sociale, che in Jellinek aveva portato all'elaborazione del concetto di autolimitazione, assumendo che il limite del potere è insito nel suo stesso fondamento, giacché, se la giuridicità del potere deriva intrinsecamente dalla costituzione in senso materiale, ne consegue che la sua dimensione normativa è permeata della stessa politicità che caratterizza quest'ultima. Sul punto, si veda anche quanto si dirà *infra*, nel testo e in nota.

vare riscontro in quella medesima realtà storico-sociale. Quest'ultimo aspetto non è dunque estraneo al profilo normativo, ma è ad esso ricondotto attraverso la scelta di valore che in esso si trova espressa. Risulta così possibile, da un lato, evitare di assumere la rilevanza della realtà extra-giuridica nei soli termini riduzionistici propri dei singoli enunciati delle disposizioni di riferimento; e, dall'altro, impedire che la medesima rilevanza possa condurre al di fuori dell'espressione di un metodo epistemologico che, per come in questa sede declinato, nella sua unità è idoneo a rappresentare l'individuazione della relativa scienza.

La ricostruzione svolta tiene anche conto del rapporto tra il dato problematico, che dal rapporto tra profilo logico e profilo assiologico di riferimento scaturisce, e il dato sistematico, rispetto al quale ci si viene a rapportare. Si tenga presente, in effetti, che la stessa distinzione, da noi rappresentata, tra modello giuridico statico e modello giuridico dinamico, se può avere piena cittadinanza sotto il profilo logico-teorico, solo tendenzialmente esprime la relativa contrapposizione storica; nel senso che storicamente, come è ovvio, non vi è stata una netta contrapposizione dell'una con l'altra visione, ma il progressivo passaggio dall'una all'altra, non esente da sovrapposizioni e stratificazioni. È sotto tale profilo tendenziale che la contrapposizione è risultata dunque evidente, e può essere ricomposta nei termini sistematici considerati.

Un esempio può essere idoneo a dimostrare quanto sin qui rappresentato. Si consideri infatti come, nel momento in cui, in una visione ormai (tendenzialmente) dinamica del diritto, è stata riproposta una tesi statica del potere (è la tesi di Piras[39]), questa non solo non sia stata condivisa, ma di fatto non sia stata in sé compresa, nella sua effettiva valenza teorica, dalla maggioranza degli operatori[40].

39 Secondo l'impostazione di A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I-II, Milano, 1962, infatti, il potere corrisponderebbe ad una modalità optativa di avvalersi di un effetto già prodotto ma non operativo, nel senso che la modificazione della realtà giuridica non deriverebbe dall'esercizio del potere sostanziale, ma risulterebbe già avvenuta sul piano sostanziale al verificarsi del fatto normativamente previsto, di cui il titolare può decidere se valersi o meno. Siamo, quindi, all'interno di una rappresentazione del potere nel senso che noi abbiamo definito prettamente statico. Sul punto, si rimanda ampiamente all'analisi di tale tesi da noi effettuata in *Potere*, I, cit., p. 143 ss.

40 La considerazione della tesi di Piras è infatti avvenuta solitamente in relazione alla problematica generale dell'accertamento giurisdizionale dell'intero rapporto P.A./cittadino, tralasciando, tuttavia, il declinarsi del potere, e quindi del relativo rapporto, che, nella tesi dell'illustre A., era a fondamento dell'accertamento stesso (ciò, va detto, anche in ragione del fatto

Essa è risultata dunque confutata non sotto il profilo logico (ché, anzi, in sé è di una coerenza estrema, quantomeno nei suoi assunti generali), ma sotto quello assiologico.

5. *(segue)* I termini problematici attuali di riferimento e la loro possibile riconduzione a sistema

La concezione metodologica di cui si è dato riscontro consente un'ulteriore specificazione, in ordine all'attuale considerazione della realtà giuridica di riferimento.

In proposito, si tenga presente come la visione dinamica del diritto, in sé considerata, conferisca valore specifico ai rapporti pretesa-obbligo, ma non specifichi i possibili piani di rilevanza di quei rapporti. Il dato assiologico è ridotto al dato normativo sostanziale, che detti rapporti regola. Tutti i rapporti, in questo senso, sono uguali tra loro, nei termini del normativamente regolato[41].

La considerazione non è senza rilievo. Se si accetta la visione in esame, non risulta infatti possibile alcuna distinzione, che non attenga a criteri meramente quantitativi, fra potere pubblico e potere privato. Andrebbe negata, cioè, una contrapposizione, di stampo qualitativo, tra modello di azione pubblicistica e

---

che nella successiva voce M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 255, sembra considerarsi l'accertamento del rapporto senza tuttavia farsi riferimento alla particolare concezione del potere assunta nel volume monografico). Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., pp. 153-154, n. 271, e 155-156, ed ivi i relativi riferimenti.

41 Tale impostazione trova riscontro, nell'ambito del diritto amministrativo, da parte della Scuola fiorentina, e in particolare si rinviene in L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 617 ss.; Id., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, secondo il quale l'interesse legittimo sarebbe riconducibile ad un diritto di credito, in rapporto al corrispondente obbligo della P.A., a ciò che è normativamente regolato; più nello specifico alla *possibilità normativa del risultato favorevole*, corrispondente a certezza dell'utilità finale nel caso di poteri vincolati, e alla *chance* legale di ottenerla nel caso di poteri discrezionali. Il fondamento assiologico della tesi si esplica così nel senso che, definendo, l'impostazione descritta, una mancanza di funzionalizzazione del potere all'interesse pubblico, che è ridotto a ciò che è normativizzato nella regola, sarebbe possibile la piena espressione di un rapporto cittadino-PA. di stampo partitario, che si assume caratterizzare il nostro attuale assetto ordinamentale: cfr. anche C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, p. 176 ss.

modello di azione privatistica, e quindi, in sé, allo stesso rilievo di una funzione amministrativa. Verrebbe meno, tra l'altro, il valore del concetto di discrezionalità amministrativa, quale differente rispetto a quello di autonomia proprio di qualsiasi operatore di diritto comune.

Tale rappresentazione costituisce sicuramente un'alternativa ricostruttiva logicamente valida, ma non è, necessariamente, anche l'unica assiologicamente possibile nel quadro attuale di riferimento. Invero, che il dato normativo non possa essere pervaso da una carica assiologica differente è circostanza che deve essere semmai dimostrata, ma non può essere assunta come in sé esistente, pena l'incorrere nell'obiezione di metodo che si è mossa all'inizio del nostro lavoro.

Si noti, in proposito, che il passaggio da un'impostazione prettamente statica del giuridico, ad un'impostazione essenzialmente dinamica, pur determinata da un diverso referente assiologico corrispondente alla complessiva visione sociopratica dell'ordinamento, comporta, in sé, solo un cambiamento di dogmatica; ma, una volta che questo è avvenuto, l'impostazione in questione rischia di porsi nella medesima chiave asettica della visione precedente. Non si deve dimenticare, cioè, nel momento in cui si assume una diversa ricostruzione su base assiologica, che questa è suscettibile di specificazioni e mutamenti, che devono essere tenuti in conto, in ragione del medesimo criterio metodologico che all'ordine assiologico fa riferimento. Altrimenti, si rischia di ripetere l'errore di asetticità proprio della visione precedente sul metodo giuridico, solo declinata rispetto al nuovo dato storico; si sta, cioè, presupponendo un metodo giuridico che, pur fondato su un dato assiologico differente, rimane impermeabile al mutamento del dato assiologico stesso.

Si deve mantenere, dunque, una considerazione e declinazione del metodo che consenta al dato assiologico di pervadere l'ordinamento.

Ora, nell'ipotesi specifica della concezione del potere amministrativo, è possibile proporre una diversa ricostruzione rispetto a quella appena rappresentata, la quale, sotto un profilo tecnico, conferisca rilevanza ai differenti piani propri del modello di produzione del potere.

Si può assumere, infatti, che l'ordinamento attribuisca uno specifico valore al dato assiologico di determinazione del fine di esercizio del potere, ricavandolo dal dato normativo della previsione di una particolare modalità di svolgimento

dell'attività ad esso correlata, quale coincidente con uno specifico modello procedurale, deputato alla previa verifica, con particolari modalità, della possibilità di esercizio del potere stesso[42]. In tale prospettiva, il dato assiologico non è confinato ad una visione predeterminata del dato normativo, ma, pur non potendo prescindere da esso, conforma la ricostruzione del sistema giuridico all'influenza dell'uno sull'altro.

In particolare, nella visione in esame, che possiamo definire dinamico-procedurale, si conferisce rilievo, appunto, alla previsione normativa di una modalità di esercizio del potere, quale quello amministrativo, che dalla disciplina generale della l. n. 241/1990 può dirsi strutturata nei termini di un *processo di accertamento*. La relativa procedura è infatti strutturata, dalla normativa in questione, quale rivolta alla verifica della sussistenza, in contraddittorio fra le parti, dei fatti normativamente rilevanti ai fini della decisione in ordine all'esercizio del potere, decisione che deve essere a sua volta motivata in ordine alle risultanze dello stesso processo di verificazione effettuato[43].

---

42 È l'impostazione da noi perseguita in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 439 ss.; e da ultimo anche in *Potere e situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in A. Carbone (a cura di), *Potere e diritto amministrativo*, Pisa, 2026, p. 13 ss. (e *in questa rivista)*. Si veda subito di seguito, nel testo e in nota.

43 Cfr. *Potere*, I, cit., p. 450 ss.

Nei termini descritti, viene cioè prevista, dalla l. n. 241/1990, una procedura all'interno della quale assume rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti, che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori, regolamentata dagli artt. 6 ss. Tale attività si esplica nel contraddittorio delle parti, siccome disciplinato dagli artt. 7, 9, 10 e 10 *bis* (concernenti la comunicazione di avvio del procedimento, l'intervento nel procedimento, la presentazione di memorie e documenti e accesso agli atti del provvedimento, la comunicazione dei motivi ostati dell'istanza, ecc.); e proprio il contraddittorio è ciò che risulta idoneo a qualificare in senso processuale una determinata procedura (E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; Id., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1067 ss.; Id., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; Id., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss.), ancorché, nel procedimento amministrativo, esso si esplichi su un profilo limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicazione tra le parti), e più sviluppato sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente: cfr., su tale distinzione M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 69 ss.).

Su queste premesse, lo svolgimento dell'azione amministrativa viene ad essere inquadrato all'interno di un modello processuale corrispondente, che consente di rapportare l'attività stessa

Tale rappresentazione, alla luce del dato assiologico ad essa correlato, consentirebbe, a sua volta, di assegnare alla determinazione del fine da perseguire (la scelta discrezionale) un particolare valore, oltreché sostanziale, anche procedurale, tale per cui, sotto il profilo procedurale stesso, senza quindi intaccare la relativa dimensione sostanziale, anche l'attività afferente alla determinazione della regola discrezionale sarebbe ascritta all'accertamento.

La ricostruzione prospettata avviene concependo l'operatività della scelta discrezionale quale scissa in due piani di rilevanza, sostanziale e procedurale (profilo *tecnico*). In questo senso, la mancanza di definizione della scelta nella dimensione prettamente sostanziale non corrisponderebbe ad una sua inoperatività in quella procedurale, in ragione del suo rapporto con l'accertamento, su cui si struttura il modulo di esercizio del relativo potere[44].

Si ritiene, cioè, che, sulla base del rilievo, conferito dall'ordinamento, ad un modello processuale di accertamento per l'esercizio del potere, si debba scindere la rilevanza della regola di preferenza discrezionale demanda alla scelta amministrativa, la quale andrebbe reputata già effettuale sul piano di rilevanza procedurale (come tale, rendendosi rapportabile all'accertamento), ancorché la stessa non abbia ancora ricevuto definizione nel suo contenuto, e non possa quindi reputarsi operativa sul piano di rilevanza prettamente sostanziale[45]. Si mantiene quindi,

alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di avvio del procedimento attraverso la proposizione o auto-proposizione della domanda, per i poteri su istanza di parte o ufficiosi); rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verificazione della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In presenza di detti caratteri, l'attività può quindi essere unitariamente considerata, in senso procedurale, quale ascritta ad una verificazione in relazione ad una proposta di decisione che trova la sua esplicazione nell'ambito di un corrispondente processo: cfr. subito di seguito, nel testo e in nota.

44 Si veda in proposito *Potere*, I, cit., pp. 395 ss. e 439 ss.; II, *Considerazioni conclusive*, 2025, p. 503 ss.; *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 35 ss.

45 Nello specifico, nel momento in cui il valore riferito, da parte dell'ordinamento, è alla rilevanza normativa di una procedura fondata sull'accertamento (scelta di valore procedurale), la stessa attribuzione di una partecipazione alla determinazione del valore da attuare, attraverso il conferimento di un potere discrezionale (scelta di valore sostanziale, che corrisponde alla necessità

per tale via, intatto il valore sostanziale della discrezionalità quale regola la cui definizione viene ad essere demandata alla P.A., ma si conferisce anche rilievo alla consistenza procedurale dell'attività, quale processo di accertamento; ciò, come appena spiegato, attraverso la considerazione della scelta discrezionale non ancora effettuata come proceduralmente riferibile all'accertamento, tale per cui la relativa regola si considera, sotto il profilo normativo, già operativa sul piano procedurale, ancorché non lo sia su quello sostanziale[46].

---

di creazione di una regola di preferenza discrezionale per il caso concreto, demandata alla P.A.), deve essere considerata necessariamente insieme alla prima, andando a costituire, entrambe, due piani di rilevanza del medesimo rapporto. Il risultato, a cui per tale via si perviene, è quello per cui, nei termini specificati, il modello procedimentale deve reputarsi idoneo ad *ascrivere proceduralmente all'accertamento*, che detta struttura connota, anche l'attività, differente, che caratterizza la scelta in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza discrezionale, *pur mantenendone inalterata la connotazione sostanziale*. Il modello di accertamento, costituendo, cioè, una scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, di conferimento di rilievo giuridico, in generale, all'attività di correlazione tra fatto e diritto, fa sì che, per tale ragione, il modello stesso si deve reputare in sé idoneo a ricomprendere, sotto il profilo normativo della funzione, laddove suffragato dai caratteri strutturali corrispondenti alla sostanza processuale del procedimento decisorio, anche attività di valutazione che dall'accertamento tecnicamente esulerebbero, senza per questo obliterarne la relativa essenza sostanziale. Ciò appunto in ragione della compresenza, *accanto al valore sostanziale di definizione della scelta in ordine alla definizione della regola di preferenza, che in sé rimane intatto, di quello procedurale proprio del modello strutturale della determinazione stessa*. Il procedimento, in questi termini, non assumerebbe quindi comunque carattere determinativo, anche in presenza di una scelta discrezionale, ma rimarrebbe ancorato alla propria struttura normativa di accertamento, in ragione della scelta di valore ad essa sottesa.

La conseguenza, a cui si perviene accedendosi a tale ricostruzione, è così quella per cui, da un lato, *su un piano sostanziale*, la scelta discrezionale dell'Amministrazione comporta la definizione di una norma di preferenza del caso concreto precedentemente non esistente; dall'altro, *sul piano procedurale*, la regola in questione si deve invece considerare già normativamente esistente nel suo profilo di rilevanza, risultando in questo modo idonea, come tale, a porsi come referente dell'accertamento (e a consentire così, per tale via, la convivenza tra discrezionalità e accertamento). In tale prospettiva, *vengono dunque a delinearsi due piani di rilevanza, sostanziale e procedurale*, afferenti a due dimensioni della medesima situazione giuridica. Rispetto ad essi, *si viene a scindere l'operatività della regola di preferenza discrezionale*, che risulta distinta *sul piano sostanziale* e *su quello procedurale*, sussistendo comunque nel secondo, anche senza esserlo nel primo.

Sotto il profilo della correlazione tra discrezionalità amministrativa e situazioni giuridiche, ciò comporta che, *sul piano procedurale*, la scelta discrezionale partecipa già della struttura della fattispecie della situazione di potere, ancorché risulti non ancora definita. Poiché, cioè, la regola di preferenza discrezionale, che eventualmente connota il potere amministrativo, deve considerarsi

Il modello descritto si fonda così sulla presupposizione che l'espressione, sul piano normativo, di un modello procedurale di accertamento per l'esercizio del potere, corrisponda ad un dato assiologico idoneo ad incentrare la rilevanza dei rapporti giuridici sulla modalità, più che sul contenuto, della loro esplicazione (profilo *assiologico*). La ricostruzione effettuata sarebbe infatti ricavabile, come detto, dal momento assiologico espresso dal dato positivo corrispondente alla normativa generale del procedimento amministrativo, che struttura quest'ultimo appunto nelle forme di un modello processuale di accertamento.

Per la via indicata, sarebbe quindi possibile discostarsi dall'alternativa precedentemente esposta, di carattere dinamico ma prettamente sostanzialistico, ed assumere invece un'ipotesi ricostruttiva avente rilievo, come detto, dinamico-procedurale. Con la conseguenza, fra l'altro, di fornire le basi per una generale distinzione tra potere pubblico (che risponde ad un modello procedurale di accertamento) e potere privato (che risponde ad un modello prettamente sostanzialisti-

già operativa sul piano procedurale, ancorché non lo sia sul piano sostanziale, la situazione giuridica di potere viene di conseguenza a configurarsi, in ogni caso, quale *obbligo di adozione di un atto precettivo*, sussistente se sussistono gli elementi, vincolati e discrezionali, della relativa fattispecie; o come *obbligo di non adozione dell'atto*, in caso di loro insussistenza.

Si vedano in proposito, ampiamente, *opp. loc. ult. citt.*

46 La scissione dell'operatività sui due piani di rilevanza indicati rappresenta, dunque, il meccanismo *tecnico*, attraverso il quale è possibile ottenere il risultato spiegato. La circostanza che la regola di preferenza, afferente al profilo teleologico del potere, non risulti normativamente definita sul piano sostanziale, non preclude, infatti, ad una sua considerazione già effettuale, per come operativa sul piano procedurale, in ragione della componente normativa riferibile al piano procedurale stesso. L'indefinizione contenutistica, relativa al contenuto della regola, passa così, sul solo piano della rilevanza procedurale, dal profilo di definizione della regola stessa a quello di verificazione rispetto ad una regola assunta come già definita. Tale fenomeno di operatività della situazione effettuale, si aggiunge, è del tutto conosciuto nel nostro ordinamento, ed è proprio dell'ottica processuale generale, ove l'operatività di un fatto, pur già effettuale su un piano sostanziale, potrebbe non occorrere su quello procedurale se non a seguito dell'esercizio di un particolare potere processuale: è questo, nello specifico, il fenomeno riconducibile all'eccezione in senso stretto (cioè non rilevabile d'ufficio dal giudice), la quale è appunto un potere processuale volto, attraverso la richiesta di applicazione dell'effetto giuridico corrispondente a determinati fatti allegati, ad attribuire rilevanza a detti fatti, già produttivi di effetti giuridici nella realtà sostanziale, anche sul piano processuale, ai fini dell'operatività del relativo effetto. Rispetto a tale evenienza, cambia il contenuto dell'effetto, e risulta invertito il rapporto di operatività tra i due piani, ma il presupposto logico è il medesimo, ma il presupposto logico è il medesimo, cioè che il piano di rilevanza processuale sia scisso da quello sostanziale, da ciò facendosi derivare le relative conseguenze. Cfr. ancora quanto detto in *opp. locc. ult. citt.*

co), mantenendo con essa intatto il rilievo concettualmente autonomo della discrezionalità amministrativa[47].

Ora, in termini teorici asettici, entrambe le ricostruzioni rappresentate (dinamico-sostanziale e dinamico-procedurale) si equivalgono (vi è comunque coerenza interna del dato logico). Né il dato positivo formale, in sé considerato, è idoneo a fornire un'indicazione sul punto: ci si potrebbe limitare a considerare, infatti, la sostanza procedurale dell'attività come una particolare modalità con cui il potere si deve esprimere, in sé non rilevante in maniera differente da qualsiasi requisito previsto dalle norme formali sulla produzione di un determinato atto.

Viene allora in rilievo, come detto, il profilo assiologico, che consente di pervenire alla ricostruzione maggiormente corrispondente all'esperienza storico-sociale del diritto nel quadro attuale.

Ovviamente, non è questa la sede per procedere all'indagine appena indicata, che concerne in sé non il metodo, ma il *merito* della sua applicazione. Sia sufficiente da parte nostra rilevare, sotto tale profilo, che della declinazione che abbiamo definito dinamico-procedurale del dato assiologico ci pare vi sia riscontro nell'attuale quadro normativo, giurisprudenziale, e dello stesso sentire sociale, pur non nascondendosi possibili punti di discrasia (com'era, del resto, nel rapporto fra visione statica e visione dinamica del diritto)[48].

Ai fini del presente scritto, piuttosto, ciò che va evidenziato è che l'applicazione del metodo giuridico, in chiave non formale, ma specificata nei termini spiegati, permette di ricercare la validità assiologica della ricostruzione del sistema nell'uno o nell'altro senso, senza rinnegare l'unitarietà del metodo nella scienza giuridica e l'ancoraggio del suo oggetto di studio ad un rilievo di carattere norma-

47 Non è questa ovviamente la sede per la considerazione delle conseguenze che l'impostazione descritta, in ordine ad una considerazione procedurale della discrezionalità amministrativa, viene a comportare. Ci si limita ad evidenziare come, per tale via, si conferisce una base teorica alla tesi per cui la scelta discrezionale, pur rimanendo non sostituibile da parte del giudice, in ragione del valore sostanziale ad essa sotteso, possa essere esaurita in giudizio da parte della P.A., con mezzi processuali: ciò appunto in forza della connotazione procedurale della discrezionalità, e della consistenza processuale di entrambe le procedure (giurisdizionale e amministrativa). Si veda quanto da noi rappresentato in *opp. locc. ult. citt.*

48 Si vedano ampiamente *Potere e situazioni soggettive*, I, cit.; II-1 e II-2, 2022-2023, ora in II, rist. 2025, cit., ed ivi anche le *Considerazioni conclusive*, cit. Cfr. pure *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 13 ss.

tivo[49]. In questo modo, l'applicazione del metodo, orientato nel senso e nei termini decritti, è idonea a far emergere, attraverso il profilo assiologico del referente normativo, l'elemento problematico dell'ordinamento, così consentendo la ricostruzione del sistema senza che una crisi della costruzione precedente, o comunque del rapporto tra costruzioni alternative, sconfini in un ambito di rilevanza in sé extra-giuridico[50].

6. Considerazioni conclusive

---

49 Sul punto, si può ulteriormente specificare, riprendendo quanto rappresentato *supra*, alla n. 38, che se la ricostruzione dinamico-sostanzialistica del potere ben può giustificarsi in qualsiasi visione normativistica della realtà giuridica, quella dinamico-procedurale è destinata a ricevere riscontro, in particolare, ponendosi in rapporto con una concezione mortatiana dell'ordinamento, in quanto specificamente idonea, quest'ultima, a dare rilevanza al profilo assiologico di riferimento, senza per tale via discostarsi dal paradigma normativista.

50 In chiusura del ragionamento, ci siano consentite alcune specificazioni ulteriori, in ordine alla ricostruzione dinamico-procedurale da noi proposta, sia sotto un profilo più propriamente epistemologico, sia, sulla base di quest'ultimo, di paragone contenutistico con le scienze fisiche.

Ora, nella nostra impostazione, come detto, l'applicazione del metodo nel senso proposto consente di fornire il fondamento assiologico all'operatività giuridica della regola discrezionale in rapporto ad un modello di produzione normativamente improntato ad un modulo processuale di accertamento. La circostanza che la regola discrezionale di riferimento, per tale via, sia considerata, sotto un profilo tecnico, già operativa sul piano procedurale, senza che lo sia su quello prettamente sostanziale, connota, a sua volta, la definizione del concetto di accertamento, che si pone, per così dire, in una chiave di lettura *quantistica*, conforme cioè, in via di principio e per approssimazione, al corrispondente modello fisico, in generale attualmente accolto. Vi è, in altri termini, una definizione dell'accertamento che non considera come ontologicamente esistente la realtà a cui si rapporta (la misurazione può, in questo senso, definire ciò che è misurato), ma riconosce (*Potere*, I, cit., p. 427 ss.) che la distinzione fra integrazione della norma che ricade nell'interpretazione e integrazione della norma che ricade nella discrezionalità non è in sé ontologicamente definibile in positivo (in questo senso, si noti come un modello di considerazione quantistica della discrezionalità sia stato proposto anche, sia pure con differenti intenti, e con riferimento al problema del creazionismo giudiziale, da R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, p. 15 ss.). Per tale via, senza negarsi la distinzione fra le due categorie indicate (interpretazione e discrezionalità), ma anzi espressamente ribadendola, si viene però a declinare la stessa su altre basi, non cioè ontologiche, ma relative all'operatività della norma, se solo sul piano procedurale o anche su quello sostanziale, la cui scelta è demandata all'ordinamento sulla base dei riferimenti propri del medesimo piano normativo. Continuando il paragone con l'universo fisico, pur nella inevitabile approssimazione che ciò comporta, si può allora ritenere che: la visione statica dell'ordinamento coinciderebbe con la ricostruzione della fisica classica newtoniana, rapportata ad un universo statico; quella dinamico-sostanziale corrisponderebbe invece alla medesima ricostruzione classica, ma rapportata ad un universo in espansione; quella dinamico-procedurale, infine, considererebbe un modello

È stato ricordato, all'inizio della nostra analisi, come il problema del metodo sia essenzialmente sempre presente sullo sfondo del discorso scientifico di diritto pubblico, venendo, periodicamente, in maggiore e più diretto rilievo. Ciò, naturalmente, deve essere posto in correlazione con quanto avviene nel concreto svolgimento della scienza pubblicistica e dei suoi studi, nell'ambito di un determinato periodo storico.

Nel quadro attuale degli studi di diritto pubblico, ci sembra si stia assistendo, ormai da quasi un decennio, ad una proliferazione della settorializzazione negli scritti e negli studi di diritto amministrativo, presumibilmente anche in ragione di specifiche contingenze (la pandemia del 2020 e le sue conseguenze, con l'approvazione, in particolare, del PNRR) che ne hanno amplificato la portata.

Il pericolo, in tale contesto, è quello di una ricerca che, persa nel particolare, rischi di non rapportare l'apporto problematico, che pur opportunamente dai corrispondenti referenti è possibile trarre, ad una visione sistematica generale.

Nello specifico, la mancanza di riconduzione a sistema si palesa, ci sembra, sotto i seguenti profili.

In primo luogo, mancando un'accettabile visione sistematica complessiva delle riflessioni su parti settoriali, si perde la centralità del rapporto intorno al potere su cui, come si è avvertito, in tutte le possibili dimensioni rilevanti, ruota (dovrebbe ruotare) la scienza del diritto pubblico.

Inoltre, come ulteriore conseguenza, anche le questioni concernenti tale generale profilo finiscono per essere relegate ad un ambito specifico della scienza amministrativa. Lo studio del fenomeno dei rapporti inerenti al potere è infatti troppo spesso inteso come riservato al solo aspetto che assume rilevanza in ordine della tutela, quello, cioè, della giustizia amministrativa (tradendo peraltro, per tale via, il retaggio risalente delle posizioni dei privati solo indirettamente protette in quanto solo processualmente rilevanti).

Nella maniera descritta, si disconosce così il profilo di raccordo sistematico della ricostruzione pubblicistica, e, a ben vedere, la stessa possibilità di un pensie-

---

espansivo dell'universo, nell'ottica, però, propria della teoria dei quanti.

Il paragone effettuato, ad ogni modo, è qui proposto solo ai fini di fornire una prima impressione in proposito, e necessita di una più consona riflessione, che potrebbe essere svolta in futuro.

ro metodologico sistematico. Il superamento dei rilievi in questione dovrebbe quindi passare per il recupero, in chiave appunto sostanziale, della centralità della tematica indicata, a cui gli studi settoriali, come detto, devono apportare profili di possibile rilevanza, contribuendo per tale via alla loro riconduzione a sistema. Mentre, la parte effettivamente processuale, della tutela giurisdizionale, deve essere unicamente quella a tali profili corrispondente, avente, come tale, rilievo solo successivo e strumentale, e perciò ponendosi, attraverso gli strumenti del diritto processuale generale, a completamento di un profilo già risolto sul piano sostanziale.

Il problema viene a porsi, dunque, in termini essenzialmente di metodo. Tale essendo lo stato degli studi amministrativi[51], non è allora un caso che la scienza giuspubblicistica abbia negli ultimi tempi iniziato a reinterrogarsi, in maniera più profonda e diffusa, sul ruolo del metodo nel diritto pubblico, con una serie di scritti ed iniziative[52].

---

51 Non serve ricordare l'ammonimento di G. Capograssi, *Il problema di V.E. Orlando*, cit., p. 362, per cui "ogni volta che si fa questione di metodo, è segno che vi è sempre qualcosa di più profondo, che nel profondo c'è una vera questione di sostanza".

52 Si veda da ultimo, in particolare, oltre ai già citt. F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico*, che raccoglie gli atti del convegno sul tema tenutosi all'Università degli Studi Roma Tre il 1° marzo 2022, e F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, che raccoglie gli atti del convegno sul tema tenutosi all'Università di Trento il 12-13 dicembre 2019, alla serie di iniziative promosse dal prof. Enrico Follieri sul metodo nel diritto amministrativo, con gli incontri svoltisi (sinora) tra il 2024 e il 2025 a Lucera, Verona, Palermo e Firenze, le cui relazioni sono state diffusamente pubblicata nella rivista *Dir. e proc. amm.*: E. Follieri, *Relazione introduttiva* al convegno di Lucera, 2024, p. 281 ss.; D. Schefold, *Il metodo del diritto amministrativo. Aspetti tedeschi*, 2024, p. 313 ss.; J. Martin, *Il metodo del diritto amministrativo in Francia*, 2024, p. 327 ss.; H.M. Motzfeldt, *Digitalizzazione – uno studio dei fattori propulsivi del diritto amministrativo danese*, 2024, p. 355 ss.; P. Duret, *Saluti introduttivi* al convegno di Verona, 2025, p. 1 ss.; C.E. Gallo, *I principi del processo amministrativo tra codificazione e attuazione*, 2025, p. 5 ss.; S. Moro, *Intervento programmato al Convegno "Sul metodo nel diritto amministrativo: la ricerca dei principi del procedimento e del processo nel diritto vivente, fra dottrina e giurisprudenza"*, 2025, p. 17 ss.; G. Sala, *Sul metodo nel diritto amministrativo: la ricerca dei principi del procedimento e del processo nel di ritto vivente, fra dottrina e giurisprudenza. Introduzione al secondo incontro per la discussione di oggetto e metodo del diritto amministrativo*, 2025, p. 245 ss.; V. Domenichelli, *Le "sfide" del diritto per principi*, p. 267 ss.; M.C. Cavallaro, *Il metodo nel diritto amministrativo e il confronto con gli altri saperi*, 2025, p. 829 ss.; M. Trimarchi, *A margine di un dibattito recente sul metodo nel diritto amministrativo*, cit.

Nel quadro delineato, le considerazioni qui esposte corrispondono ad un tentativo di fornire un contributo, nel senso che si è rappresentato, al dibattito attuale. Tentativo che, se scoraggia un approccio formalista ed eccessivamente chiuso in sé stesso, non per questo rinuncia all'aspirazione ad un modello sistematico che derivi dall'applicazione di un metodo scientifico di carattere giuridico, ove il suo ruolo venga considerato tenendo in conto tutte le possibili declinazioni che allo stesso fanno (devono fare) riferimento.

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics
Volume XVII
n. 2/2025