



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

*Facoltà di Giurisprudenza*

*Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale*

---

# ***LIBER AMICORUM*** **PER GUIDO GRECO**

*a cura di*

**FRANCO GAETANO SCOCA, MARIO PILADE CHITI,  
DIANA-URANIA GALETTA**



**G. Giappichelli Editore**



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

*Facoltà di Giurisprudenza*

*Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale*

---

Studi di diritto pubblico

119

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

# *LIBER AMICORUM* PER GUIDO GRECO

*a cura di*

FRANCO GAETANO SCOCA, MARIO PILADE CHITI,  
DIANA-URANIA GALETTA



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0952-8

ISBN/EAN 979-12-211-8043-5 (ebook)

*Il volume è stato pubblicato grazie al contributo ricevuto sui fondi della Dotazione 2024 del Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano.*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## INDICE

|                                                                                                                                                                                            | <i>pag.</i> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| Curriculum vitae <i>di Guido Greco</i>                                                                                                                                                     | XIII        |
| <i>Elenco pubblicazioni Prof. Guido Greco</i>                                                                                                                                              | XVII        |
| <br>ANCORA SU ESECUZIONE DEL CONTRATTO PUBBLICO<br>E POTERI DELL'AMMINISTRAZIONE                                                                                                           | <br>1       |
| <i>Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi</i>                                                                                                                                       |             |
| <br>LA SCIA (E I MODELLI COMUNICATIVI): IL CONTROLLO<br>'COLLABORATIVO' E LE FORME DELLA TUTELA                                                                                            | <br>73      |
| <i>Emanuele Boscolo</i>                                                                                                                                                                    |             |
| <br>IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E LA<br>"AMMINISTRAZIONE DIFENSIVA": GLI EFFETTI DERIVANTI<br>DAL "PRINCIPIO DELLA FIDUCIA", E DALLA DISCIPLINA<br>DEL "CONFLITTO DI INTERESSI" | <br>85      |
| <i>Gabriele Bottino</i>                                                                                                                                                                    |             |
| <br>GLI ACCORDI RELATIVI ALL'ESERCIZIO DI POTERI<br>AMMINISTRATIVI NELLA RIFLESSIONE DI GUIDO GRECO                                                                                        | <br>101     |
| <i>Eugenio Bruti Liberati</i>                                                                                                                                                              |             |

|                                                                                                                                                                               | <i>pag.</i> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| <i>IUS SCRIPTUM</i> , DOTTRINA E GIURISPRUDENZA<br><i>Chiara Cacciavillani</i>                                                                                                | 115         |
| PRINCIPIO DI RISULTATO E PROCEDURE DI<br>AFFIDAMENTO DELLE CONCESSIONI AMMINISTRATIVE<br><i>Maurizio Cafagno</i>                                                              | 137         |
| DATI PERSONALI E FINI PUBBLICI: DUBBI<br>DI COMPATIBILITÀ EUROPEA DEL CODICE PRIVACY<br><i>Gherardo Carullo</i>                                                               | 171         |
| INTELLIGENZA ARTIFICIALE TRA SERVIZIO PUBBLICO<br>LOCALE, SERVIZI D'INTERESSE ECONOMICO GENERALE<br>E AUTORGANIZZAZIONE DI CITTADINI E UTENTI<br><i>Roberto Cavallo Perin</i> | 185         |
| CONCORRENZA E REGOLAZIONE NEL TRASPORTO<br>FERROVIARIO: UN CASO RIUSCITO<br>DI “ <i>REGULATION BY LITIGATION</i> ”?<br><i>Paola Chirulli</i>                                  | 195         |
| <i>AGAINST ADMINISTRATIVE LAW</i> . RAGIONI, ARGOMENTI<br>E IMPLICAZIONI DI UN DIBATTITO STATUNITENSE<br><i>Edoardo Chiti</i>                                                 | 209         |
| LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA<br>PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA INTERSEZIONE<br>DEL DIRITTO NAZIONALE E DEL DIRITTO EUROPEO<br><i>Mario Pilade Chiti</i>                     | 225         |

*pag.*

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| CULTURA IMMATERIALE E SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE | 247 |
|------------------------------------------------|-----|

*Alessandro Crosetti*

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| L'ATTO AMMINISTRATIVO: CONCETTO E DIFFUSIONE | 279 |
|----------------------------------------------|-----|

*Giacinto della Cananea*

|                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| QUESTIONI VECCHIE E NUOVE SULLA RESPONSABILITÀ<br>DEI CONSORZI AMMINISTRATIVI E DEGLI ENTI LOCALI<br>CONSORZIATI | 307 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Vittorio Domenichelli*

|                                                                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LA VALUTAZIONE DI IMPATTO AMBIENTALE<br>FRA PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E DNSH<br>( <i>DO NO SIGNIFICANT HARM</i> ): SPUNTI DI RIFLESSIONE | 315 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Rosario Ferrara*

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| REDAZIONE DELL'ATTO E NULLITÀ PROCESSUALE.<br>ABNORMI APPLICAZIONI DEL PRINCIPIO DI SINTETICITÀ | 331 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Fabio Francario*

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| NOTE SULL'INTERESSE LEGITTIMO, LE PRETESE PARTECIPATIVE E L'ART. 21- <i>OCTIES</i> DELLA LEGGE N. 241/1990 | 341 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Federico Gaffuri*

|                                                                                                                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| IL CRITERIO DI "EQUIVALENZA VERTICALE" IN CASO DI<br>APPLICAZIONE E INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO<br>NAZIONALE DA PARTE DELLE ISTITUZIONI UE NEL<br>CONTESTO DELL'UNIONE BANCARIA (SPUNTI DI<br>RIFLESSIONE, IN OMAGGIO AL MAESTRO) | 369 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Diana-Urania Galetta*



|                                                                                                                                                                            | <i>pag.</i> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| PER UNA LETTURA ATTUATIVA DEI PRINCIPI<br>DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI                                                                                                | 385         |
| <i>Carlo Emanuele Gallo</i>                                                                                                                                                |             |
| VALUTAZIONI RISERVATE NELLA POTESTÀ SANZIONATO-<br>RIA DELLA AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA<br>E DEL MERCATO: <i>IN DUBIO CONTRA REUM?</i>                             | 399         |
| <i>Francesco Goisis</i>                                                                                                                                                    |             |
| LA CONCESSIONE DI BENI DEMANIALI: VERIFICA DELLA<br>SUA ATTUALITÀ E INFLUENZA DELL'ORDINAMENTO<br>EURO-UNITARIO PER LA SUA INTERPRETAZIONE                                 | 417         |
| <i>Marcella Gola</i>                                                                                                                                                       |             |
| MUOVENDO DAL PENSIERO DI GUIDO GRECO, BREVI RI-<br>FLESSIONI SUL RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE<br>DELLA REGIONE SICILIANA: NOVITÀ O CONFERME?                        | 433         |
| <i>Maria Immordino</i>                                                                                                                                                     |             |
| GLI ACCORDI TRA LE AMMINISTRAZIONI E LE "VARIANTI"<br>INTRODOTTE DAL LEGISLATORE IN SEDE DI PROGRAM-<br>MAZIONE. I CONTRATTI DI FIUME E LA TUTELA DELLE<br>RISORSE IDRICHE | 463         |
| <i>Carmela Leone</i>                                                                                                                                                       |             |
| I COLLEGI CONSULTIVI TECNICI                                                                                                                                               | 499         |
| <i>Andrea Maltoni</i>                                                                                                                                                      |             |

*pag.*

|                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| NOTE SULL'USO DEL DEMANIO MARITTIMO<br>PER FINI TURISTICO-BALNEARI | 517 |
|--------------------------------------------------------------------|-----|

*Francesco Manganaro*

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| INTELLIGENZA ARTIFICIALE, POTERI PUBBLICI E <i>RULE OF LAW</i> | 529 |
|----------------------------------------------------------------|-----|

*Barbara Marchetti*

|                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| L'OSCILLAZIONE DEL PENDOLO TRA DIRITTO PUBBLICO<br>E DIRITTO PRIVATO: GUIDO GRECO UN GARANTE DELLA<br>TRADIZIONE GIUSPUBBLICISTICA | 545 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Marco Mazzamuto*

|                                                    |     |
|----------------------------------------------------|-----|
| LA BANCA CENTRALE EUROPEA DI FRONTE ALL'INFLAZIONE | 559 |
|----------------------------------------------------|-----|

*Fabio Merusi*

|                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LA DISCIPLINA EDILIZIA È EFFETTIVAMENTE MATERIA<br>DI LEGISLAZIONE CONCORRENTE? | 573 |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Giorgio Pagliari*

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| POTERE DISCREZIONALE E CONTRATTO DELL'AMMINI-<br>STRAZIONE PUBBLICA ALLA LUCE<br>DEL PRINCIPIO DEL RISULTATO | 585 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Luca Raffaello Perfetti*

|                                                                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| DIRITTO INTERNAZIONALE O DIRITTO EUROUNITARIO?<br>NOTE IN MARGINE ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIU-<br>STIZIA DELLA UNIONE EUROPEA 21 DICEMBRE 2023<br>C-333/2021 | 597 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Eugenio Picozza*

|                                                                                                                                                               | <i>pag.</i> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| L'ACCESSO AGLI ATTI <i>SENZA</i> ISTANZA. RIFLESSIONI A PRIMA LETTURA SULLA NUOVA DISCIPLINA (SOSTANZIALE E PROCESSUALE) IN MATERIA DI ACCESSO AGLI ATTI GARA | 611         |
| <i>Paolo Provenzano</i>                                                                                                                                       |             |
| LA BUONA FEDE "DIGITALE" NEI CONTRATTI PUBBLICI                                                                                                               | 627         |
| <i>Gabriella M. Racca</i>                                                                                                                                     |             |
| CONSIDERAZIONI BREVI (E NON BENEVOLE) SUL DECRETO INGIUNTIVO PREVISTO DALL'ART. 118 DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO                                    | 641         |
| <i>Salvatore Raimondi</i>                                                                                                                                     |             |
| VALUTAZIONI TECNICHE ANTITRUST E SINDACATO GIURISDIZIONALE. RILEGGENDO GUIDO GRECO                                                                            | 645         |
| <i>Margherita Ramajoli</i>                                                                                                                                    |             |
| ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO, IMPRESA PUBBLICA E AFFIDAMENTO <i>IN HOUSE</i>                                                                                 | 657         |
| <i>Mauro Renna</i>                                                                                                                                            |             |
| IL MUTAMENTO DI DESTINAZIONE D'USO DEGLI IMMOBILI NEGLI ULTIMI QUARANT'ANNI                                                                                   | 671         |
| <i>Alberto Roccella</i>                                                                                                                                       |             |
| QUANDO IL GIUDICE AMMINISTRATIVO VA DI FRETTA                                                                                                                 | 685         |
| <i>Fabio Saitta</i>                                                                                                                                           |             |

*pag.*

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| PROFILI CRITICI DELLA TUTELA RISARCITORIA<br>NEI CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE                  | 705 |
| <i>Maria Alessandra Sandulli</i>                                                                           |     |
| LE DISARMONIE DEL SISTEMA GIURISDIZIONALE                                                                  | 719 |
| <i>Franco Gaetano Scoca</i>                                                                                |     |
| TERMINE MASSIMO DI CONCLUSIONE<br>DEL PROCEDIMENTO E TUTELA CONTRO IL SILENZIO<br>INADEMPIMENTO DELLA P.A. | 769 |
| <i>Marco Sica</i>                                                                                          |     |
| EFFETTI VINCOLANTI DELLA DIRETTIVA HABITAT<br>ATTRAVERSO IL GIUDIZIO AVVERSO IL SILENZIO<br>INADEMPIMENTO  | 787 |
| <i>Renata Spagnuolo Vigorita</i>                                                                           |     |
| LA PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO QUALE FONTE<br>DI LEGITTIMAZIONE DEL POTERE AMMINISTRATIVO               | 795 |
| <i>Mario R. Spasiano</i>                                                                                   |     |
| RILEGGENDO L'“ACCERTAMENTO AUTONOMO<br>DEL RAPPORTO” DI GUIDO GRECO                                        | 813 |
| <i>Aldo Travi</i>                                                                                          |     |
| LA MOTIVAZIONE “RAFFORZATA” DELLA GESTIONE<br>IN HOUSE                                                     | 823 |
| <i>Francesca Trimarchi Banfi</i>                                                                           |     |

|                                                                                                                           | <i>pag.</i> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| LA TUTELA DELLA BIODIVERSITÀ E IL PERSEGUIMENTO DI<br>ALTRI INTERESSI PUBBLICI SECONDO UNA PROSPETTIVA<br>DI COMPOSIZIONE | 839         |
| <i>Wladimiro Troise Mangoni</i>                                                                                           |             |
| LA COMPLESSITÀ DISCIPLINARE DEL LINGUAGGIO<br>DEI CONTRATTI PUBBLICI                                                      | 851         |
| <i>Sara Valaguzza</i>                                                                                                     |             |
| SPUNTI INTRODUTTIVI ALLA SISTEMATICA DEI PRINCIPI<br>E DELLE REGOLE DEI CONTRATTI PUBBLICI                                | 865         |
| <i>Francesco Vetrò</i>                                                                                                    |             |
| STATO DI DIRITTO E DIRITTO AMMINISTRATIVO<br>EUROPEO: IL CONTRIBUTO DEL CONSIGLIO D'EUROPA                                | 889         |
| <i>Jacques Ziller</i>                                                                                                     |             |

## *CURRICULUM VITAE DI GUIDO GRECO*

Dopo aver conseguito nel 1970, con il massimo dei voti e la lode, la laurea in Giurisprudenza discutendo una tesi in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino, sotto la guida del Prof. Elio Casetta, Guido Greco ha iniziato nel 1974 a collaborare, in qualità di assistente ordinario, con la cattedra del Prof. Antonio Amorth, di cui diverrà negli anni uno dei più illustri ed autorevoli allievi.

Ed è proprio a partire dal 1974 che comincia il pluriquarantennale rapporto, intervallato da un breve periodo in cui ha insegnato presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca (1996-2002), che lega Guido Greco all'Università degli Studi di Milano, nella quale è stato titolare, prima in qualità di professore incaricato e poi in qualità di professore ordinario, della cattedra di "Diritto Amministrativo". Ruolo che ha svolto, segnatamente, dal 1976 al 1996 presso la Facoltà di Scienze Politiche e, successivamente, dal 2002 al 2017 presso la facoltà di Giurisprudenza.

Sempre presso la Statale di Milano Egli è stato inoltre: dal 1988 al 1992, Direttore dell'Istituto di Giuridico della Facoltà di Scienze Politiche; dal 2013 al 2017 Coordinatore della Sezione di Diritto Amministrativo del Dipartimento di Diritto pubblico nazionale e sovranazionale; e, nell'A.A. 2016-2017, Coordinatore del Corso di perfezionamento e specializzazione in Diritto amministrativo.

Dal 1984 al 2015, Guido Greco è stato anche titolare dell'insegnamento di diritto amministrativo presso l'Accademia della Guardia di Finanza di Bergamo, ove ha tenuto la Prolusione ufficiale per gli anni accademici 1993-1994 e 2002-2003 e dalla quale ha ricevuto nel 2015 l'attestato di benemerenzza.

Nel biennio 2010-2011 è stato Coordinatore del progetto di ricerca PRIN sul Sistema della Giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa, con la partecipazione dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano Bicocca e dell'Università degli Studi di Trento.

L'impegno accademico istituzionale è stato costantemente affiancato dalla partecipazione, in qualità di relatore, a innumerevoli convegni, lezioni e seminari di diritto amministrativo organizzati da giuristi e pratici del diritto, tra i quali meritano in particolare di essere in questa sede ricordate: le ben due partecipazioni al celebre Convegno di Studi Amministrativi di Varenna, ove ha tenuto una relazione sia nell'edizione del 2001, sia in quella del 2011; e la partecipazione al prestigioso Convegno di Studi

in occasione del 150° anniversario della istituzione della Corte dei Conti, tenutosi a Roma l'11 dicembre 2012.

In virtù della sua conclamata autorevolezza, nel biennio 1992/1993, Guido Greco è stato incaricato dal Ministero della Funzione Pubblica di presiedere la Commissione per la riforma dei contratti della pubblica amministrazione e, successivamente, è stato eletto Presidente dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA). Incarico, quest'ultimo, che ha svolto nel triennio 2010/2013.

Da un punto di vista scientifico, molteplici sono le tematiche, sia di carattere processuale, sia di carattere sostanziale, che Guido Greco ha approfondito nel corso della sua lunga carriera. In particolare, Egli è considerato, e non solo entro i confini nazionali, uno dei pionieri del diritto amministrativo europeo, materia che ha contribuito per certi versi a plasmare sia tramite importanti e "avveniristici" scritti (si veda, tra i tanti, *Profili di diritto pubblico italo-comunitario*, Milano, 1989), sia fondando nel 1991, insieme a Mario P. Chiti, la "*Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*". Rivista di fascia A, di cui continua ad essere il Direttore responsabile e che, secondo un autorevole Presidente del Consiglio di Stato, ha svolto un "*ruolo determinante nell'evoluzione dei rapporti fra diritto europeo e diritto amministrativo nazionale*" (A. Pajno), forgiando intere generazioni di studiosi che negli anni hanno coltivato detto filone scientifico.

Attualmente, Egli è, inoltre, componente del Consiglio di direzione della Rivista "*Diritto amministrativo*", (Giuffrè, Milano), della "*Rivista giuridica di Urbanistica*" (Maggioli, Rimini) e della Rivista "*Diritto dell'Economia*" (Mucchi editore, Modena).

In passato, è stato, altresì, co-direttore del *Trattato di diritto amministrativo europeo* (I edizione, Giuffrè, Milano, 1997, II edizione 2007).

La vasta produzione scientifica di Guido Greco, che si compone di oltre centosettanta scritti tra cui sette monografie (v. bibliografia allegata), ha, come si diceva, indagato diversi temi ed istituti di diritto amministrativo e, più in generale, del diritto pubblico, tra i quali, oltre all'influenza del diritto dell'Unione europea e della C.E.D.U. sul diritto nazionale, le azioni esperibili innanzi al Giudice amministrativo, le fonti, la natura e le forme di tutela dell'interesse legittimo, i contratti dell'amministrazione e gli accordi amministrativi. Il complesso di tali studi è poi sfociato nel manuale di diritto amministrativo (*Argomenti di diritto amministrativo, Lezioni*, ult. ed., Giuffrè, Milano, 2021), ove Guido Greco ha coordinato anche i contributi di qualificati studiosi, accomunati dall'essere tutti di scuola milanese (Università degli Studi di Milano).

In ogni sua opera, quale che ne sia la forma (monografia, articolo, nota), Guido Greco ha sempre offerto, sulla base di studi approfonditi, un contributo originale alla scienza del diritto amministrativo; spesso tracciando strade nuove per la soluzione di problemi complessi, sia teorici sia pratici.

Tra i suoi scritti, alcuni dei quali rappresentano delle vere e proprie pietre miliari della scienza amministrativistica, meritano, in particolare, di essere menzionati la monografia del 1980 dal titolo "*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio*

*amministrativo*”, nella quale si teorizzò la necessità di accordare una tutela soddisfattiva anche per gli interessi legittimi pretensivi, evidenziando l’esigenza, che può dirsi ormai acquisita, di spostare il *focus* nel giudizio amministrativo dall’atto (oggetto di impugnazione) al rapporto (dal quale esso origina). L’idea di “una azione e di un giudizio diretti all’accertamento autonomo del rapporto amministrativo”; l’esigenza di “accertare la fondatezza della pretesa di diritto sostanziale del ricorrente”, hanno anticipato di decenni la riforma del processo amministrativo, e sono state integralmente recepite dal legislatore.

L’indagine sulla natura e la consistenza dell’interesse legittimo, ossia di una delle nozioni fondamentali del diritto amministrativo, ha condotto alla chiarificazione della situazione giuridica soggettiva, e alla sua definizione nei termini più idonei a garantire la sua realizzazione sul piano sostanziale e la sua tutela sul piano processuale, in particolare per ciò che attiene alla tutela risarcitoria.

Nell’articolo dal titolo “*La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell’Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*”, venne elaborata un’innovativa teoria sulla forma di tutela da accordare, nelle ipotesi di Segnalazione certificata di inizio attività, al c.d. terzo controinteressato, che venne poi fatta propria dal massimo consesso della Giustizia amministrativa (Ad. Plen. n. 15/2011). Del resto, sono risultati numerosi i casi in cui le proposte ricostruttive dell’Autore sono state poi accolte dalla giurisprudenza o dal legislatore.

L’opera scientifica complessiva di Guido Greco, per la vastità degli argomenti indagati, per la profondità dell’indagine e per il valore dei risultati raggiunti, lo colloca tra i vertici dei teorici del suo tempo.

A Guido Greco deve, inoltre, essere riconosciuto il merito di avere avuto negli anni la capacità di formare e introdurre nel mondo della ricerca, coordinandone le attività, indirizzandoli negli studi e suggerendo temi di ricerca, diversi professori (di I e di II fascia) e ricercatori che hanno svolto e continuano a svolgere la propria attività in varie Università italiane.

In linea con la sua figura e il suo impegno scientifico e accademico è, infine, l’attività forense che da sempre ha rappresentato per Guido Greco uno strumento, da un lato, di conoscenza di problematiche che necessitano di essere approfondite da un punto di vista scientifico, dall’altro, per “testare” sul campo le ricostruzioni teoriche elaborate.

In qualità di avvocato, Guido Greco ha conseguito nel 2012 il premio Sandulli. Premio che viene conferito annualmente dalla Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti ad avvocati che si siano particolarmente contraddistinti nel settore della giustizia amministrativa.





## ELENCO PUBBLICAZIONI PROF. GUIDO GRECO

1. *“La tutela degli interessi legittimi avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione nelle recenti leggi di giustizia amministrativa”*, in *La Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, Città di Castello (Perugia), 1973, ottobre, fasc. 10.
2. *“L'esecuzione delle sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro nel quadro della gestione finanziaria dello Stato”*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle Finanze*, Milano, 1976, p. 216.
3. *“Dalla lotta all'inquinamento alla tutela pubblica dell'ambiente”*, in *Amministrare*, Milano, 1977, p. 389.
4. *“Aspetti pubblicistici e privatistici della c.d. licenza obbligatoria di brevetto (apunti per uno studio)”*, in *Rivista di diritto industriale*, Milano, 1977, p. 5.
5. *“Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici fra privati”*, monografia, Milano, 1977.
6. *“Carenza di potere come preteso vizio di legittimità del provvedimento amministrativo: un caso di indebita commistione di teoriche eterogenee sul riparto di giurisdizioni”*, in *Rivista di diritto industriale*, Milano, 1977, p. 347.
7. *“Silenzio della pubblica amministrazione e problemi di effettività della tutela degli interessi legittimi”*, in *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1979, p. 397 e in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, vol. II, Milano, 1980, p. 971.
8. *“Le Camere di Commercio: territorio e rapporti con gli enti locali, nei progetti di riforma”*, in *Le Camere di Commercio fra Stato e Regioni – prospettive di riforma nei recenti disegni di legge*, a cura di R. Gianolio, Milano, 1979, p. 271.
9. *“L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo”*, monografia, Milano, 1980.
10. *“Ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale: alternative e differenze oggettive delle pronunzie”*, in *Rivista di Giustizia Amministrativa della Lombardia*, 1980, 2-3, p. 358.
11. *“Diritto soggettivo o interesse legittimo delle Regioni a statuto ordinario rispetto alla determinazione e alla ripartizione annuale del fondo comune?”* in *Giurisprudenza italiana*, Torino, 1981, III.
12. *“Ancora sull'esecuzione delle sentenze di condanna della Pubblica Amministrazione al pagamento di somme di denaro”*, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, 1981, I.
13. *“L'illecito degrado dell'ambiente ed il problema del risarcimento dei danni subiti*

- dagli enti pubblici (titolari di potestà e non di diritto su quel bene”, in *Impresa, Ambiente e Pubblica Amministrazione*, 1981, p. 453 e in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982, p. 273.
14. “Sul termine di determinazione e di pagamento dell’indennità di occupazione d’urgenza”, in *Le Regioni*, 1982, p. 486.
  15. “Sulla potestà legislativa de Friuli-Venezia Giulia in materia di ordinamento del personale delle Camere di commercio”, in *Le Regioni*, 1982, p. 664.
  16. “Ricorso straordinario e potere di scelta giurisdizionale dell’amministrazione resistente”, in *Le Regioni*, 1982, p. 1156.
  17. “Circolari ministeriali in materia di segnaletica stradale e loro efficacia nei confronti degli enti proprietari di strade” in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1982, p. 1033.
  18. “La questione dei limiti di pignorabilità dei crediti e del denaro degli enti pubblici al vaglio della Corte costituzionale”, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, 1982, I.
  19. “Silenzio della Pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo”, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, 1983, III.
  20. “Responsabilità civile della pubblica amministrazione nell’urbanistica (con particolare riferimento alla lesione degli interessi legittimi dinamici)”, in *Diritto e Società*, Padova, 1983, p. 555.
  21. “Latte” voce, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1983.
  22. “Revisione dei prezzi e giurisdizione – Problemi veri e falsi”, in *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 1985, p. 98.
  23. “Mancato rilascio di licenze o concessioni edilizie consentite dal piano di lottizzazione e risarcimento dei danni”, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1985, p. 21.
  24. “I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e privato”, monografia, Milano, 1986.
  25. “Il regime amministrativo dei beni culturali nelle proposte di riforma”, in *Il regime tributario e amministrativo dei beni culturali*, a cura di G. Falsitta, Roma-Milano, 1986, p. 175.
  26. “La destinazione d’uso degli immobili e il relativo mutamento (artt. 7, primo comma, 8 e 25, ultimo comma)”, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1986, p. 133.
  27. “Danno ambientale e tutela giurisdizionale”, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 1987, p. 523 e in *Sanità pubblica*, 1988, p. 345.
  28. “Carni” voce, in *Enciclopedia giuridica*, V, Roma, 1988.
  29. “Alimenti e bevande – Diritto Amministrativo”, in *Enciclopedia giuridica*, I, Roma, 1988.
  30. “Normativa comunitaria e ordinamento nazionale”, in *Il diritto dell’economia*, Milano, 1989, 371.
  31. “Profili di diritto pubblico italo-comunitario”, in *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Milano, 1989, p. 3.
  32. “Argomenti di diritto amministrativo”, monografia, Milano, 1990.

33. "L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici", in *Gli appalti dei lavori pubblici*, Milano, 1990, p. 11.
34. "Art. 56", in *Le autonomie locali (Legge 8 giugno 1990, n. 142)*, a cura di V. Italia e M. Bassani, vol. II, Milano, 1990, 731.
35. "Art. 27", in *Le autonomie locali (Legge 8 giugno 1990, n. 142)*, a cura di V. Italia e M. Bassani, vol. II, Milano, 1990, 379.
36. "Il mutamento di destinazione d'uso al vaglio della Corte costituzionale", in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1991, p. 195.
37. "Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, p. 33.
38. "Art. 14", in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990 n. 241)*, a cura di V. Italia e M. Bassani, Milano, 1991, p. 273.
39. "Art. 15", in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990 n. 241)*, a cura di V. Italia e M. Bassani, Milano, 1991, p. 282.
40. "Accordi di programma e procedimento amministrativo", in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Modena, 1992, p. 773.
41. "Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione: un'ulteriore fonte (combinata) di obblighi e di poteri amministrativi per gli Stati membri?", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, p. 1315.
42. "Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo", in *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 1992, p. 481.
43. "Stupefacenti – Diritto Amministrativo", voce, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1993.
44. "Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1993, p. 85.
45. "Le fonti comunitarie", in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1993, p. 137.
46. "La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti", in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1993, p. 1393.
47. "Legge regionale contrastante con una norma (di legge attuativa) di direttiva comunitaria: quale il giudice competente?", in *Le Regioni*, 1993, p. 572.
48. "Disciplina dei limiti di esposizione delle persone ai campi elettromagnetici creati dagli elettrodotti", in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1994, p. 11.
49. "Sovvenzioni e contributi pubblici nel settore del turismo: aspetti procedurali e gestionali. Relazione al convegno sul turismo (Postano, 5 giugno 1993)", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 801.
50. "Propulsione all'inaugurazione dell'anno accademico 1993/1994 dell'Accademia della Guardia di Finanza", in *La rivista della Guardia di Finanza*, 1994.
51. "La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle S.p.A. a capitale pubblico", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 1252.

52. “L'accordo GATT sulle forniture e il memorandum d'intesa con gli U.S.A. su forniture, lavori e servizi – sintesi di relazioni ai diversi convegni sull'argomento”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 1427.
53. “Contratti «misti» e appalti comunitari”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 1262.
54. “Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, p. 1062.
55. “Gli appalti pubblici di servizi”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, p. 1285.
56. “L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 797.
57. *Il turismo nel quadro del diritto amministrativo*, in *Atti del Convegno – Turismo: Industria strategica del nuovo millennio – L'evoluzione del quadro giuridico*, Milano, 1996, p. 20.
58. “Le agenzie comunitarie: aspetti procedurali e giurisdizionali della tutela degli interessati”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 27.
59. “Il sistema comunitario degli appalti pubblici”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, 1333.
60. “Programmi pluriennali di attuazione”, in *Estratto dal Digesto*, IV ed., vol. XII Pubblico, Torino, 1997, p. 48.
61. “La procedura di conciliazione prevista dalla direttiva 92/13”, in *Quaderni del Consiglio di Stato, Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, 1997, p. 71.
62. “Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio”, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. Mastragostino, Padova, 1998, p. 7.
63. “Le fonti comunitarie e gli accordi internazionali” e “La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti”, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, II ed., Bologna, 1998, pp. 143 e 1671.
64. “Incidenza del Diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani”, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 1998, p. 555.
65. “Trasporti terrestri e relativo servizio pubblico”, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 1998, p. 1243.
66. “Minori garanzie minori diritti e libertà del cittadino”, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, diretto da S. Sfrecola, 1998, p. 224.
67. “Organismo di diritto pubblico: atto rimo”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 733.

68. “Rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale”, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 1998, p. 399.
69. “Uso e destinazione d’uso, tra precetti conformativi della proprietà e jus utendi”, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1999, p. 115.
70. “Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 184.
71. “Riserva relativa di legge e criteri (impliciti) desunti dalla normativa comunitaria: il caso del numero chiuso alla facoltà di medicina”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 867.
72. “Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto”, in *Diritto Amministrativo*, 1999, p. 381 e ora pubblicato negli *Scritti in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002, p. 637.
73. “Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi alla dottrina”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 1126.
74. “La direttiva «Habitat» nel sistema delle aree protette”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 1207.
75. “Modelli arbitrali e potestà amministrative”, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 157.
76. “Sovvenzioni e tutela dell’affidamento”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, p. 375.
77. “Nuove prospettive per la risoluzione delle controversie con la p.a.”, in *Quaderni del Consiglio di Stato, Sovvenzionalità europea: posizioni soggettive e normazione*, Torino, 2000, p. 101.
78. “Argomenti di diritto amministrativo”, *monografia*, Milano, 2000.
79. “La convenzione europea dei diritti dell’uomo e il diritto amministrativo in Italia”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 25.
80. “Stato e regioni nel quadro della partecipazione italiana al sistema comunitario”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 287.
81. “Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 839.
82. “Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 993.
83. “Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara”, nota, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 1461.
84. “Il regime degli accordi pubblicistici”, in *Il diritto dell’economia*, 2001, p. 561.
85. “Le fonti comunitarie e gli accordi internazionali”, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Sco-  
ca, Bologna, 2001, p. 149.

86. “*La responsabilità civile dell’amministrazione e dei suoi agenti*”, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2001, p. 1727.
87. “*Ambito oggettivo della legge quadro*”, in *L’appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, p. 73 ss.
88. “*L’articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*”, in *Diritto processuale amministrativo*, 2002, p. 1.
89. “*Accordi e contratti della pubblica amministrazione, tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*”, in *Diritto amministrativo*, 2002, p. 413.
90. “*Attività consensuale dell’Amministrazione e ruolo del cittadino*”, in *Il diritto dell’economia*, 2002, p. 457.
91. “*L’attività amministrativa per accordi*” in *Rivista della Guardia di Finanza* 2003, p. 449.
92. “*Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell’ordinamento nazionale)*”, in *Diritto amministrativo*, 2003, p. 277.
93. “*Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*” (volume incluso nella collana “Sistema del diritto amministrativo italiano”, a cura di F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli), *monografia*, Torino, 2003.
94. “*Le recenti innovazioni sul project financing*”, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, Milano, 2003, p. 143.
95. “*Giudizio sull’atto, giudizio sul rapporto*” in *Trasformazioni dell’amministrazione e nuova giurisdizione*, a cura di M. Andreis, Milano, 2004, p. 35.
96. “*Ambito oggettivo della legge quadro*”, in *L’appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004, p. 73 ss.
97. “*Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale*”, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, p. 145 ss.
98. “*La responsabilità civile dell’Amministrazione e dei suoi agenti*”, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, p. 895 ss.
99. “*Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 61 ss.
100. “*Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 223 ss.
101. “*Profili di diritto amministrativo e ruolo della Commissione nel progetto di costituzione europea (note a prima lettura)*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 3-4, 2005, p. 1113 ss.
102. “*Gli studi di Antonio Amorth sull’attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*”, in *Il Pensiero giuridico di Antonio Amorth. Nel quadro dell’evoluzione*

- del diritto pubblico ed amministrativo. Atti del Convegno di Studi*, a cura di V. Gasparini Casari, Milano, 2005, p. 95 ss.
103. “*Ampliamento dei poteri cognitori e decisorio del giudice amministrativo nella L. 241/1990 e successive modifiche*”, in *Quaderni de Il Foro Amministrativo – T.A.R. n. 2, Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2006, p. 73 ss.
104. “*Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1945 ss.
105. “*Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*”, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, p. 884 ss.
106. “*Inoppugnabilità e disapplicazione dell’atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 513 ss.
107. “*L’azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*”, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Saggi ordinati in sistema, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, p. 69 ss.
108. “*Relazione di sintesi*”, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Bologna, 2007, p. 161 ss.
109. “*L’incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*”, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, parte generale, tomo II, II ed., Milano, 2007, p. 933 ss.
110. “*La trasmissione dell’antigiuridicità (dell’atto amministrativo illegittimo)*”, in *Diritto processuale amministrativo*, 2007, p. 326 ss.
111. “*L’influence du droit communautaire sur le droit administratif*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 849 ss.
112. “*I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*”, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, parte generale, tomo II, II ed., Milano, 2007, p. 827 ss.
113. “*Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 505 ss.
114. “*La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 1029 ss.
115. “*Argomenti di diritto amministrativo*”, monografia, Milano, 2008.
116. “*Accordi amministrativi e principio di legalità*”, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, Varenna, 2008, p. 429 ss.
117. “*Superprimato del diritto europeo: le direttive sui mezzi di ricorso vincolano tutti*,



- ma non la Commissione e la Corte di giustizia*", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 431 ss.
118. "La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?", in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, p. 480 ss.
  119. "Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 820 ss.
  120. "Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 705 ss.
  121. "Argomenti di diritto amministrativo", parte generale, *I lineamenti essenziali del sistema*", monografia, Milano, 2010.
  122. "L'influence du droit communautaire sur le droit administratif italien" in *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, 2010, p. 175 ss.
  123. "Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel D.Lgs. 53/2010", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 729 ss.
  124. "Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?", in *Giustizia amministrativa*, 2010.
  125. "Violazione della disciplina di affidamento degli appalti e sorte del contratto" in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa, Quaderni della Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, a cura di G. Greco, Milano, 2010.
  126. "La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?", in *Giustizia amministrativa*, 2011 e in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, p. 359 ss.
  127. "Il Sistema italiano e l'ordinamento europeo (i rapporti fra i diversi livelli di governo)", in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M.R. Spasiano, Napoli, 2012.
  128. "Conclusioni del convegno", in *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa, Quaderni della Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, a cura di G. Greco, Milano, 2012.
  129. "Introduzione al convegno", in *Annuario 2011. L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti, Atti del Convegno annuale Bari 2011*, Napoli, 2012.
  130. "Argomenti di diritto amministrativo", vol. I, Parte Generale, Lezioni, II ed., monografia, Milano, 2013.
  131. "Argomenti di diritto amministrativo", vol. II, Parte Speciale, Letture, IV ed., Milano, 2013.
  132. "Ancora sulla SCIA: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90)", in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, fasc. 2.

133. “*A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*”, in *Verfassung und Verwaltung in Europa*, Auflage, 2014, p. 372 ss. e in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, n. 1, p. 1 ss.
134. “*Il contenzioso sugli appalti pubblici e la riforma del DL 90/2014 (brevi note)*”, in *Giustizia amministrativa*, n. 7/2014.
135. “*Ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*”, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, tomo I, a cura di Villata, Bertolissi, Domenichelli, Sala, Padova, 2014, p. 205 ss.
136. “*Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*”, in *Diritto amministrativo*, fasc. 3, 2014.
137. “*Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*” in *Diritto amministrativo*, fasc. 3, 2014, p. 585 ss.
138. “*La direttiva in materia di «concessioni»*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 5, 2015, p. 1095 ss.
139. “*Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*”, in *Diritto e Società*, fasc. 2, 2016.
140. “*Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 3-4, 2016, p. 971 ss.
141. “*Potere e situazioni giuridiche soggettive*”, in *Diritto pubblico*, 2016, p. 97 ss., numero speciale in memoria di Andrea Orsi Battaglini.
142. “*L'inesauribilità del diritto europeo a rilevanza amministrativa*”, in *Il diritto che cambia – Liber amicorum Mario Pilade Chiti*, a cura di G. della Cananea e C. Franchini, Napoli, 2016, p. 97 ss.
143. “*L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 5, 2016, p. 999 ss.
144. “*Nicola Bassi*” (conclusioni), all'incontro di studi “*Riflessioni sul pensiero scientifico di Nicola Bassi*”, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2, 2017.
145. “*Interesse strumentale e interesse finale*”, Relazione al Convegno di Catania in data 22 settembre 2017.
146. “*Argomenti di diritto amministrativo*”, vol. I, Lezioni, III ed., Milano, 2017.
147. “*SCIA e tutela del terzo al vaglio della Corte costituzionale: è troppo auspicare un ritorno al passato (o quasi)?*”, in *Giustizia amministrativa*, 2018.
148. “*Concessioni di lavori e concessioni di servizi (appunti in tema di regime e di inquadramento)*”, in *La professione del giurista, Scritti in onore di Luigi Manzi*, 2018, p. 391 ss.
149. “Presentazione de *Il provvedimento amministrativo* (R. Villata-M. Ramajoli) e de *L'interesse legittimo* (F.G. Scoca)”, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 2, 2018, p. 763 ss.
150. “*Le concessioni di lavori e di servizi (dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016)*”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 3-4, 2018, p. 505 ss.

151. *“Certezza del diritto e giurisprudenza creativa (a proposito della c.d. autonomia procedurale degli stati membri dell’u.e.)”*, in *Scritti in onore di Enrico Follieri*, in *Diritto e processo amministrativo*, Napoli, 2018.
152. *“Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6 ter dell’art. 19 L. 241/90)”*, in *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Napoli, 2018.
153. Atti del Convegno *“Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento”*, Milano, 2018.
154. Presentazione al Manuale *“Diritto del patrimonio culturale”*, in *Aedon* on line 1, 2019.
155. *“Argomenti di diritto amministrativo”*, vol. II, Letture, V ed., Milano, 2019.
156. *“Conclusioni”* al Convegno *“Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento”*, in *Collana dell’Osservatorio “Giordano dell’Amore” sui rapporti tra diritto ed economia*, Milano, 2019.
157. *“Monismo e dualismo nel sistema di giustizia amministrativa: l’influenza del diritto dell’Unione Europea”*, Relazione al Convegno *“Monismo e dualismo del sistema di giustizia amministrativa”*, Padova, 6 maggio 2019, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, vol. 1.
158. *“Stato ed Enti locali nel contesto della partecipazione italiana alla UE”*, intervento al Convegno *“Autonomie regionali e locali trapassato, presente e futuro”*. Convegno in memoria del Prof. Luciano Vandelli, Bologna, 15-16 novembre 2019, pubblicato nel numero speciale on line 2019 Istituzioni del Federalismo.
159. *“Brevi note sulla distinzione tra provvedimento e mero atto amministrativo”*, in *Studi in onore del Prof. Fabio Roversi Monaco*, Bologna, 2020.
160. *“Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)”*, in *Giustizia amministrativa*, 1, 2020.
161. *“Processo Amministrativo e principio di effettività della tutela (brevi note)”*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. I, Napoli, 2019.
162. *“Coronavirus e appalti (a proposito dell’art. 125 c.p.a.)”*, in *Studi in onore di Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020.
163. *“Argomenti di diritto amministrativo”*, Parte I, Lezioni, IV ed., Milano, 2021.
164. *“L’illecito anticoncorrenziale, il sindacato del Giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili”*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2021 *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, 2022.
165. *“Antonio Amorth: Maestro e gentiluomo”*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2021.
166. *“Concessioni affidate alle società in house: una contradictio in adjecto”*, in *Giustizia insieme*, 2021.
167. *“Diritto e giurisprudenza”*, Relazione al Convegno *“Cittadino e amministrazione”*, Università Cattolica del sacro Cuore, Milano, 2 dicembre 2022.
168. *“Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell’Unione europea)”*, in *Scritti in onore di Salvatore Raimondi*, 2022.

169. “Discrezionalità tecnica, margini di opinabilità delle valutazioni e sanzioni amministrative”, AIPDA, ottobre 2022, in *Scritti in onore di Carlo Emanuele Gallo*, 2022.
170. “Gli appalti pubblici delle Amministrazioni UE e la proposta di riforma ReNEUAL”, contributo al Convegno “Quo vadis ius publicum Europaeum”, 2022.
171. “Giudicato nazionale, contrasto col diritto UE e autotutela amministrativa”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 4, 2022.
172. “Sanatoria della scia in materia edilizia”, in *Scritti in onore di Filippo Salvia*, 2022.
173. “Diritto e giurisprudenza”, Relazione al Convegno “Cittadino e amministrazione”, 2 dicembre 2022, in *Ius-online*, 1, 2023.
174. “Il caso dell'utilizzo del Fondo Interbancario di tutela dei depositi (FITD)”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2023.
175. “L'eccesso di potere giurisdizionale del Giudice amministrativo”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2023.
176. “Intangibilità o meno del giudicato nazionale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2023.
177. “Gli appalti pubblici delle amministrazioni UE e la proposta di riforma Reneual”, in *Quo Vadis Ius Publicum Europaeum? Liber Amicorum in onore del Professor Jacques Ziller*, Napoli, 2024.
178. “La “depubblicizzazione” delle concessioni di lavori e di servizi (all'esito di scelte normative altalenanti)”, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3, 2023.



## ANCORA SU ESECUZIONE DEL CONTRATTO PUBBLICO E POTERI DELL'AMMINISTRAZIONE

*Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi*

SOMMARIO: 1. Guido Greco e la disciplina dei poteri amministrativi nell'esecuzione del contratto. Gli accordi *ex lege* n. 241/1990 e le direttive europee. – 2. L'autonomia della pubblica Amministrazione. Posizioni dottrinali. – 3. La teoria del risultato e l'esercizio dei poteri pubblici in casi determinati dalla legge. – 4. Concretizzazione del pubblico interesse e concorrenza. La revisione dei prezzi contrattuali (cenni). – 5. Le direttive UE del Parlamento e del Consiglio (nn. 23, 24 e 25 del 26 febbraio 2014) sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sui servizi e sulle procedure speciali di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. Conseguenze sulle tutele giurisdizionali. – 6. Posizione dottrinale contraria alla doppia fase del procedimento. Conseguenze sulle tutele giurisdizionali. – 7. Primi spunti ricostruttivi. Non si tratta di diritto privato speciale. – 8. Esecuzione e esercizio di poteri dell'Amministrazione sui rapporti contrattuali. Discrezionalità. – 9. Considerazioni sull'art. 108 del codice 2016, n. 50. La ricostruzione del prof. Greco. – 10. La tassatività delle cause di esclusione e la fluidità del contenuto dei bandi di gara. Esercizio di funzioni sociali. La revisione prezzi: unicità del rapporto contenzioso. – 11. Gli organi amministrativi disciplinati dal codice e la loro rilevanza. Il RUP, i soggetti aggregatori, i tavoli tecnici. – 12. *Segue*: la Cabina di regia e il CIPESS. – 13. *Segue*: struttura tecnica di missione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. – 14. *Segue*: il Consiglio superiore dei lavori pubblici e le infrastrutture strategiche. L'osservatorio e il tavolo tecnico del Consiglio superiore. I commissari straordinari del ministro. – 15. Controlli e garanzie di legittimità nella governance: l'ANAC. – 15.1. Le SOA sotto controllo stretto dell'ANAC. – 16. Il peso dell'interesse pubblico e il risultato derivante dall'aggiudicazione. – 17. Il Collegio consultivo tecnico. – 18. La disciplina delle concessioni di lavori e servizi: spunti introduttivi. – 19. Le prospettive aperte dalla dottrina di Guido Greco sulle concessioni. – 20. Spunti sull'assenza di riferimenti espressi al potere di revoca nella disciplina sulle concessioni. – 21. Discrezionalità dell'Amministrazione nella fase dell'affidamento e dell'esecuzione della concessione: il caso delle clausole sociali (nel precedente e nel nuovo codice). – 22. Discrezionalità dell'Amministrazione nella fase esecutiva della concessione. – 23. Sulla regolazione pubblicistica del P.P.P. e della concessione. – 24. Sui limiti della prospettiva privatistica dell'intera fase esecutiva della concessione. – 25. Requisiti essenziali e caratteristiche ineludibili del modello atipico di P.P.P. e della concessione. Sul ruolo "residuale" dell'art. 12 c.c. – 26. Modifica, revisione, risoluzione e recesso tra specialità della disciplina e disciplina speciale. – 27. Risoluzione e recesso. Contratto pubblico tra forma e sostanza.

1. *Guido Greco e la disciplina dei poteri amministrativi nell'esecuzione del contratto. Gli accordi ex lege n. 241/90 e le direttive europee.*

Sul tema della disciplina degli interventi del pubblico potere nell'organizzazione e nell'attuazione in concreto degli obblighi contrattuali dell'aggiudicatario di una gara ad evidenza pubblica bandita per conferire l'affidamento di un appalto di lavori, servizi o forniture o di una concessione il professor Guido Greco, emerito di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Milano, cui è dedicato questo scritto, ha offerto contributi numerosi quanto fondamentali<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il più recente, G. GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea)*, in AA.VV., *Liber amicorum per Salvatore Raimondi*, Napoli, 2022, p. 165; i precedenti sono ID., *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Napoli, 2020, p. 2637; ID., *Concessioni di lavori e servizi (parte generale)*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, vol. V, Milano, 2019, p. 3 ss. e 17 ss.; ID., *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla direttiva 2024/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, fasc. 3-4, p. 505 ss.; ID., *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione*, *ivi.*, 2016, fasc. 3-4, p. 971 ss.; ID., *La direttiva in materia di "concessioni"*, *ivi.*, 2015, fasc. 5, p. 1095 ss.; ID., *Ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, tomo I, Padova, 2014, p. 205 ss.; ID., *Il contenzioso sugli appalti pubblici e la riforma del d.l. 90/2014 (brevi note)*, in *Giust. amm.*, 7/2014; ID., *Conclusioni del Convegno*, in G. GRECO (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa, Quaderni della Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano, 2012; ID., *Violazione della disciplina di affidamento degli appalti e sorte del contratto*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa, Quaderni della Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano, 2010; ID., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 729 ss.; ID., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte dl contratto ed effetti collaterali indotti*, *ivi.*, 2008, p. 1029 ss.; ID., *Relazione di sintesi*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, p. 161 ss.; ID., *Gli studi di Antonio Amorth sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *Il pensiero giuridico di Antonio Amorth. Nel quadro dell'evoluzione del diritto pubblico ed amministrativo, Atti del Convegno di studi*, a cura di V. Gasparini Casari, Milano, 2005, p. 95 ss.; ID., *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 223 ss.; ID., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratti*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2003; ID., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione, tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Diritto amministrativo*, 2003, p. 277; ID., *Appalti di lavori affidati da s.p.a. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 1062 ss.; ID., *L'accorto GATT sulle forniture e il memorandum*

Il nuovo codice dei contratti pubblici prevede espressamente all'art. 12, in rubrica "Rinvio esterno", "Per quanto non espressamente previsto nel codice: a) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241; b) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile".

Ciò che già viveva da tempo nella prassi normativa e soprattutto giurisprudenziale.

La formula normativa è identica a quella del precedente codice (art. 30, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016), con l'eccezione della sola pretermissione "e negli atti attuativi", che è parsa opportuna in quanto il riferimento a tali atti è già presente nell'espressione "altre attività amministrative" ed è da questa norma che prende lo spunto la ricerca (pubblicata nel 2022) del prof. Guido Greco.

Subito un suo riferimento – in nota n. 6 – a precedenti giurisprudenziali della Consulta che suscitano in realtà interesse sul piano esegetico<sup>2</sup>.

In particolare è stata ritenuta da parte della Corte costituzionale la necessità di distinguere due fasi, avendo riguardo all'*ordinaria* articolazione delle procedure di gara<sup>3</sup>.

---

*d'intesa con gli USA su forniture, lavori e servizi – sintesi di relazioni ai diversi Convegni sull'argomento, ivi, 1994, p. 1427 ss.; ID., L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici, in Gli appalti dei lavori pubblici, Milano, 1990, p. 11 ss.; ID., I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica, Milano, 1986.*

<sup>2</sup> Ma prima ancora l'A. osserva che l'impostazione sistematica "dei c.d. contratti ad evidenza pubblica, si basa ... sulla netta separazione fra fase di affidamento del contratto (assoggettata al regime pubblicistico) e fase di esecuzione (assoggettata al diritto privato, salve eccezioni tassativamente previste dalla legge)". Ciò, si osserva di seguito *sub* nota 5, "vale anche nel contesto comunitario e del diritto dell'Unione europea. Tant'è che la Corte di giustizia non ha esitato a stigmatizzare il sistema austriaco degli appalti pubblici, che non prevedeva, nella fase di affidamento, decisioni di tipo provvedimentale (cfr. Sez. VI, 28 novembre 1999, in causa C-81/98, Alcatel, punti 47 e 48)".

Sul tema cfr. anche le osservazioni di M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Austria infelix e giurisdizione di annullamento*, in *Riv. dir. pubbl. comunit. e comp.*, n. 2/2000.

<sup>3</sup> "Con riferimento alla fase della procedura amministrativa di evidenza pubblica, l'ambito materiale prevalente è quello della tutela della concorrenza. In particolare, nello specifico settore degli appalti pubblici vengono in rilievo norme che si qualificano per la finalità perseguita di assicurare la concorrenza 'per' il mercato (sentenze n. 186 del 2010, n. 282 e n. 160 del 2009; n. 322 del 2008; n. 431 e 401 del 2007).

In relazione alla fase negoziale, che ha inizio con la stipulazione del contratto, questa Corte ha più volte precisato (da ultimo ... sentenza n. 160 del 2009) come l'Amministrazione si



In schema:

– nella fase dell'evidenza pubblica è dominante il principio di concorrenza tutelato dall'Amministrazione;

– la fase negoziale vede l'Amministrazione in posizione di *tendenziale parità* con la controparte privata ed agisce in forza della propria autonomia negoziale: “ne consegue – conclude la Consulta – che la disciplina della predetta fase deve essere ascritta prevalentemente all'ambito materiale dell'ordinamento civile”.

E motiva: “Sussiste, infatti, l'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina dei momenti di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto.

Ciò, però, non significa – si è puntualizzato, in particolare, con la sentenza n. 401/2007 – che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva”.

Ora, prescindendo dalla figura dei *poteri pubblici residui*, di natura *organizzativa*, nell'applicazione del principio di eguaglianza l'*uniformità di trattamento nell'intero territorio nazionale*, quanto ai momenti della *conclusione* e dell'*esecuzione* dei contratti di appalto, riceverebbe una disciplina che sarebbe garantita prevalentemente dal riferimento all'ambito materiale del diritto civile.

Vien fatto di osservare, tuttavia, che la conclusione della Consulta, così come espressa, non sembra poggiare su basi abbastanza solide: se la fase negoziale presenta una *tendenziale* – dunque non predicabile come pienamente efficace – *parità* con la controparte e se sussiste un'evidente esigenza di uniformità di disciplina della – attuabile ed attuata – fase contrattuale di esecuzione dell'aggiudicazione che, allo stato, si vuole garantita da norme di diritto comune, non si vede perché il giudice amministrativo non sia in grado di offrire, almeno nella stessa misura del giudice dei rapporti contrattuali interprivati, uniformità di trattamento in favore dei privati contraenti del contratto pubblico in tutto il territorio nazionale.

D'altra parte, il ricorso all'autonomia di diritto privato dell'Amministrazione per giustificare la presenza nel contratto di appalto pubblico e di conces-

---

ponga in una posizione di *tendenziale parità* con la controparte ed agisca nell'esercizio non di poteri amministrativi, bensì della *propria autonomia negoziale*” (Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 43; Id., 18 febbraio 2011, n. 53).

sione in condizione di *tendenziale* parità con l'appaltatore e con il concessionario non sembra predicabile *ex ante*, ma eventualmente soltanto al termine della disamina dei poteri esercitati dall'Amministrazione senza discrezionalità nell'*an* in base a norme di legge di diversa "provenienza" che tipizzano scelte e comportamenti della stazione appaltante non diversi da quelli propri di ogni esercizio di potere amministrativo attribuito da norme di legge oppure realizzato in base a norme di legge: seguendo il percorso metodologico tracciato si perverrà agevolmente nella sfera del potere amministrativo.

## 2. *L'autonomia della pubblica Amministrazione. Posizioni dottrinali.*

Sta di fatto che l'autonomia – che, in realtà, è esercitabile pienamente dagli uffici amministrativi nell'ambito dell'esercizio del pubblico potere conferito per legge – è valore attribuito dall'ordinamento anche alla funzione amministrativa.

L'autonomia dell'Amministrazione nel diritto pubblico è oggetto di un noto studio di Alberto Romano (in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, p. 30), dove soggetto e istituzione si collocano nei concetti di norma di azione e di norma di relazione.

Riferita all'Amministrazione l'autonomia è *funzionale*, pertanto la disposizione dell'interesse non è libera e non può forgiare, come nell'autonomia privata, cause atipiche.

Inoltre, l'autonomia elevata "a predicato soggettivo dell'Amministrazione pubblica, di ogni Amministrazione, e con l'estensione non solo all'autonomia normativa, ma all'autonomia operante nel produrre effetti giuridici puntuali e specifici, a mezzo del provvedimento" costituisce un'impostazione teorica di grande rilievo per la (ri)costruzione dell'ordinamento amministrativo.

"In questo, soprattutto, si supera la scissione tra momento soggettivo e momento oggettivo dell'autonomia, tra riconoscimento del soggetto in sé e capacità riconosciuta al soggetto di darsi un ordinamento oggettivo; momenti, questi, che sono ricomposti insieme nell'ordine delle fonti e delle norme, primarie e secondarie, nell'unità dell'ordinamento. In esso primeggia l'idea che il diritto è unitario e così soggetto e oggetto non sono termini diversi o contrapposti"<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. Alb. ROMANO, A. CIOFFI, *Giovanni Miele e il diritto contemporaneo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2022.

Cfr. sul tema V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Libertà e Autorità. Dottrine sulle libertà diritti delle future generazioni*, vol. II, Napoli, 2023, pp. 391-397.

Va riportato il passo di Alb. Romano e A. Cioffi sul percorso del potere: “precisamente, la norma attribuisce il potere per una causa, l’interesse pubblico specifico; questo interesse è poi modellato dagli elementi del potere, definiti dalla norma, in termini di oggetto, soggetto e fine. Il fine ultimo emerge dalla definizione causale del potere. Il cosiddetto fattore causale del potere affiora già dall’indicazione di tutti i suoi elementi, per come sono riflessi nel provvedimento e, soprattutto, nei suoi presupposti di esercizio, nel modo in cui la norma li dispone in struttura, inclinandoli verso un fine specifico. Questa operazione non è affatto eccezionale, è solo un definire l’autonomia dell’Amministrazione rispetto al suo fine e al suo oggetto, nell’ordinamento generale”<sup>5</sup>.

Né l’uniformità di trattamento nel territorio nazionale sembra poter costituire qualificazione esclusiva del regime civilistico dell’esecuzione contrattuale, in grado di giustificare l’estromissione dall’esecuzione di quanto sia risultato nella fase di evidenza pubblica del potere amministrativo, sia pure correttamente conciliato, relativamente alla previsione del suo esercizio, con esigenze di riconoscimento e tutela dei diritti del contraente privato che esegue le prestazioni convenute nel contratto di appalto o attua la convenzione che sorregge la concessione ottenuta dall’Amministrazione in sede di affidamento di lavori, servizi o forniture pubbliche.

Non appare ben costruita, dunque, la base giustificativa dell’introduzione di altra giurisdizione nelle vicende che hanno condotto al risultato vantaggioso nel quadro della funzione amministrativa che sarà successivamente esercitata con il bando di gara e si concluderà con il collaudo dell’opera, del servizio o della fornitura.

Si tratta di un risultato programmato ben prima dell’avvio della fase di evidenza pubblica in esclusiva funzione organizzativa dello Stato o di qualsiasi ente pubblico e, per giunta, senza possibilità di aprire alle imprese la partecipazione alla formulazione del programma di opere, servizi o forniture pubbliche previsto – secondo l’ordinamento di settore – in tutta unilateralità sostanziale dal soggetto o dall’organo pubblico interessato.

La dottrina è sempre stata attenta alle conseguenze della separazione delle due fasi, accentuata dalle prese di posizione della Corte di cassazione che mai è stata incline ad accordare qualsiasi spazio al potere amministrativo nella gestione del contratto pubblico: la prima retta dalle norme di diritto amministrativo fino alla sottoscrizione del contratto di appalto o della convenzione

---

<sup>5</sup> Cfr., *amplius*, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Libertà e autorità*, cit., pp. 396-397.

accessiva alla concessione di lavori, servizi o forniture; la seconda da quelle del codice civile per la disciplina delle vicende contrattuali.

Sono stati individuati anche casi di c.d. diritto privato speciale e poteri pubblicistici sull'esecuzione del contratto<sup>6</sup>.

Conviene Greco che *nell'applicazione pratica* della dicotomia *si registrano varie deroghe a tale criterio di distinzione* e – riservata l'indagine sui poteri amministrativi previsti nella fase di esecuzione del contratto – fa riferimento all'esercizio del potere, modellato in giurisprudenza come diritto civile potestativo, anche nella fase che immediatamente *precede la stipulazione vera e propria del contratto*.

Se, infatti, la stazione appaltante pronuncia la *decadenza dell'aggiudicazione*, adottata nello spazio tra quest'ultima e la stipula del contratto, essa esercita, secondo il giudice della nomofilachia, un potere di natura civilistica in quanto questo integra o un "atto dichiarativo dell'intervenuta risoluzione per inadempimento di un accordo concluso mediante esecuzione anticipata, ovvero, in difetto di quest'ultima, come recesso dalle trattative dirette alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione, rimanendo comunque espressione di un potere di natura privatistica"<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. S. RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1970, pp. 28 e 40, citato da G. GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea)*, cit., pp. 165-169: *jus variandi*, recesso *ad nutum* dell'Amministrazione, nonché *collaudo*, nel primo caso; *risoluzione d'ufficio* e *esecuzione d'ufficio* del contratto di appalto, quanto al secondo caso. Questi ultimi considerati da Raimondi *casi eccezionali*; mentre nel primo caso è presente *tutta l'impronta di poteri pubblicistici*, ivi compresi quelli di *autotutela nei confronti dell'aggiudicazione* (con effetti differenti sul contratto in corso, come vedremo).

<sup>7</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2018, n. 24411 e, in pedissequa applicazione, TAR Sardegna, Cagliari, Sez. II, 15 gennaio 2021, n. 15.

Per la verità, non si comprende, almeno immediatamente, la ragione dommatica dell'incurSIONe del diritto privato in un rapporto non ancora contrattuale: le due ipotesi definitorie formulate dalle Sezioni Unite non consistendo in altro che nel riferimento ad altrettante fattispecie civilistiche la cui compatibilità con lo stato del rapporto giuridico tra stazione appaltante e aggiudicatario non appare adeguatamente dimostrata a fronte di un generale potere di autotutela che – con tutte le cautele e limitazioni espresse dall'ordinamento sempre più chiaramente e giustificate dal prevalente valore della certezza del diritto nei rapporti giuridici – caratterizza tuttora l'esercizio della funzione amministrativa, consentendo di raggiungere la protezione dell'interesse pubblico coinvolto nell'appalto o nella concessione anche mediante l'esercizio di un *potere terribile*, simmetrico al *terribile diritto*, quello di proprietà, la cui definizione si deve a Stefano Rodotà. Nella specie, gli istituti del *recesso* per motivi di pubblico interesse e della risoluzione del rapporto contrattuale di appalto o di concessione (cfr. *infra*, par. 27).

In realtà, la cura con la quale nel nuovo codice – d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 – è stato trattato l'argomento della qualificazione e della disciplina del contratto per evitarne la crisi conferma che questo aspetto del rapporto di appalto (o di concessione) è accolto anche dalla suprema Corte come proprio dell'organo di giustizia nell'Amministrazione che deve cercare, dall'interno, il raggiungimento del risultato di interesse pubblico da parte dell'Amministrazione, nella legittimità della sua condotta.

Sembra, dunque, che il giudice amministrativo possa intervenire in quella che si potrebbe definire la sorte giuridica del contratto di appalto – o di concessione – in crisi, intercorso tra un soggetto di amministrazione e un organismo privato, impresa societaria o individuale, associazione temporanea di imprese, consorzio di imprese, ecc.

### *3. La teoria del risultato e l'esercizio dei poteri pubblici in casi determinati dalla legge.*

Il problema dell'effettività, nell'esclusivo interesse pubblico, del risultato dell'attività dedotta in una pubblica gara è comune a tutti i contratti con l'Amministrazione.

L'aggiudicatario nutre la ragionevole speranza/certezza di ottenere, mediante la conclusione del contratto, l'affidamento del lavoro, servizio o fornitura – oppure la concessione con gli stessi oggetti – anche, ove occorra, tramite una pronuncia giurisdizionale (o giustiziale) tempestiva e adeguata; o, prima dell'aggiudicazione, la possibilità di reagire subito, in sede anche cautelare, all'illegittima pretermissione della propria offerta dalla gara; o alla posizione postergata in graduatoria della sua offerta rispetto ad un'altra palesemente meno conveniente per l'Amministrazione; o, infine, all'esclusione dalla gara per difetto di requisiti di legge, da documentare come *conditiones sine quibus non*.

Ora, le interrelazioni tra mercato comunitario e mercati dei singoli Stati inducono ad evitare ogni differenziazione in materia di regime della tutela che si rapporti al valore del contratto e finiscono per vincolare gli Stati membri ad adottare norme processuali ormai del tutto equiparate a quelle che si applicano direttamente nel regime del diritto europeo.

Il nostro tema può essere presentato riferendo due opinioni autorevoli.

Amorth sostiene che “tra una locazione di un appartamento di proprietà di una p.A. e un contratto di forniture o di appalto che si concluda per assicurare

la realizzazione o il buon funzionamento di un pubblico servizio, s'intuisce una differenza che giustifica la ricerca del criterio di distinzione"<sup>8</sup>.

Ma, secondo Ledda, quando l'Amministrazione "dismette la corona, scegliendo di utilizzare il contratto, essa si pone su di un piano paritario con il concorrente privato, a nulla rilevando che la volontà di addivenire al negozio e le sue clausole siano contenute in un precedente atto provvedimentale: la trasposizione (o doppiaggio) di tali clausole nel contratto indurrebbe, infatti, ad individuare nel negozio la fonte esclusiva di diritti e obblighi tra le parti"<sup>9</sup>.

Senonché emergono nel rapporto convenzionale che condiziona l'affidamento notevoli elementi che alterano quello che dovrebbe essere un sinallagma contrattuale paritario per giustificare la devoluzione all'a.g.o. delle relative controversie derivanti dalla fase esecutiva, quando in diritto positivo si dispone unicamente che il rapporto contrattuale sia regolato dal diritto civile: infatti, come ha rilevato Alberto Romano, la funzione pubblica si esercita anche applicando norme del diritto civile.

Il primo elemento può dirsi *storico*: il giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez. IV) si è avvalso, anche in materia di contratti pubblici, di quell'interpretazione adeguatrice del vizio di eccesso di potere, progressivamente ancorata a parametri di legalità (non formale ma) sostanziale; siffatto ancoraggio, insieme al sindacato forte sulla discrezionalità tecnica ed al giudizio di ottemperanza, con i poteri persino di provvedere nel merito anche senza nomina di un commissario, gli hanno consentito di diventare giudice del fatto e, quanto alle fattispecie vincolate per legge, anche pienamente competente in ordine alla *pretesa sostanziale* del ricorrente (ricorso contro il silenzio) senza entrare necessariamente nel merito.

Del resto, come osserva Alberto Romano, "il Consiglio di Stato, anche prima del 1923, giudicava talvolta di diritti soggettivi; e giudicava nell'esercizio di una vera e propria funzione giurisdizionale i cui antecedenti storici vanno rintracciati nella sua giurisdizione estesa al merito"<sup>10</sup>.

Oltre a questa impostazione di fondo, potrebbero meritare attenzione i casi nei quali, nonostante l'intervenuta contrattualizzazione del rapporto tra aggiudicatario e concessionario, da un lato, e, dall'altro, la stazione appaltante o

---

<sup>8</sup> A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 455, spec. p. 486.

<sup>9</sup> F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965.

<sup>10</sup> Alb. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1947*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 417.

concedente, l'ordinamento riconosce *de plano* la giurisdizione amministrativa per le controversie insorte dopo l'episodio.

Viene in considerazione, nell'ordine proprio del procedimento, la necessità di sindacare, su ricorso dell'interessato destinatario della prima posizione nella graduatoria composta dalla commissione giudicatrice ed approvata dall'Amministrazione, il motivato diniego, da parte della stazione appaltante, eventualmente dietro segnalazione dell'Autorità nazionale anticorruzione, come vedremo *infra*, anche dopo l'aggiudicazione, dell'approvazione del testo del contratto.

Questo può accadere per “gravi motivi di interesse pubblico” ma, di fronte ad una motivazione da parte della stazione appaltante a tal punto *lata*, il giudice amministrativo ha subito postulato la necessità di una motivazione congrua e approfondita, spingendosi fino alla verifica della sussistenza, nella fattispecie sottoposta alla sua cognizione, dei presupposti per l'esercizio di quello specifico potere.

Proprio con il corredo di una concettualizzazione sul potere nella valutazione della legittimità dell'aggiudicazione o del testo contrattuale predisposto dagli uffici competenti, la stazione appaltante, ben prima dell'entrata in vigore delle norme che proteggono l'interesse pubblico dedotto nella fattispecie contrattuale mediante la certazione dell'*anomalia* dell'offerta, respingeva – sulla base di considerazioni sistematiche – fuori del perimetro del pubblico interesse l'ipotesi contrattuale in via di completa mutazione nell'effettività conseguente alla posizione del concorrente primo graduato, nei confronti del quale, però, era stata pronunciata un'aggiudicazione illegittima; o, più tardi, un testo contrattuale – predisposto dall'ufficio amministrativo competente, talvolta del tutto patologicamente con la collaborazione in punto di fatto dell'aggiudicatario – recante clausole realmente lesive dell'interesse pubblico (si pensi soltanto alla convenzione sottesa alla concessione di costruzione e gestione del ponte autostradale Morandi a Genova<sup>11</sup>).

---

<sup>11</sup> Ivi si prevede che in ipotesi di risoluzione del contratto da parte del committente, anche se per gravissime inadempienze agli obblighi propri dell'affidatario o del concessionario, quest'ultimo abbia diritto agli utili non più da lui conseguibili fino al termine previsto per la concessione! Data la sua assurdità, la convenzione fu protetta mediante il suo inserimento in una legge-provvedimento.

4. *Concretizzazione del pubblico interesse e concorrenza. La revisione dei prezzi contrattuali (cenni).*

La pacifica affermazione della giurisdizione amministrativa sulla spettanza (*an*) in favore dell'affidatario della revisione dei prezzi convenuti nel contratto – ce ne occuperemo *infra* al par. 10 – conferma che non v'è alcun ostacolo di principio alla configurabilità di quella stessa giurisdizione – nonostante la presenza nella fattispecie di diritti soggettivi che si intendono tutelare a norma di legge – relativamente alle possibili controversie concernenti l'esecuzione dell'opera, del servizio, della fornitura o della concessione di lavori e di servizi pubblici.

Il momento esecutivo che segue all'aggiudicazione costituisce ad un tempo il fulcro della fattispecie contrattuale e la concretizzazione dell'interesse pubblico che il soggetto pubblico deve attuare dopo aver espletato una gara ad evidenza pubblica a tutela del principio di concorrenza, principio che un'apposita autorità amministrativa nazionale, componente – ad un tempo – di un organo generale europeo che ha sede a Bruxelles, tutela con poteri anche sanzionatori al termine di una istruttoria – svolta con la garanzia del contraddittorio – che deve essere anch'essa trasparente perché la sanzione conclusiva irrogata agli operatori protagonisti dell'illecito contrattuale può esser impugnata, anche per la sola riduzione della sua entità, unicamente dinanzi al giudice amministrativo.

Si tratta di controversie che riguardano *l'esercizio*, durante la fase esecutiva contrattuale, *del pubblico potere* dell'Amministrazione<sup>12</sup>.

5. *Le direttive UE del Parlamento e del Consiglio (nn. 23, 24 e 25 del 26 febbraio 2014) sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sui servizi e sulle procedure speciali di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. Conseguenze sulle tutele giurisdizionali.*

L'avvento di una direttiva comunitaria che, con riferimento all'appalto per *pubblici servizi*, sembrava dettare discipline comuni anche agli appalti di lavori

---

<sup>12</sup> Cfr. A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 4/2010, p. 879, nonché Corte cost. 12 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191, *ivi*, *sub* nota 22.



e di forniture – come osserva Greco – ha coinciso con l’affermazione nel nostro ordinamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su tutti i rapporti concernenti i servizi pubblici, ad eccezione di quelli di utenza.

Secondo le norme di cui al codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, in *G.U.* 7 luglio 2010, n. 156), cioè agli artt. 7, comma 5<sup>13</sup>, 133 e 34, n. 1, lett. c), restano devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie:

lett. e), n. 1) “relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”;

lett. e), n. 2) ed anche, ciò che riveste particolare rilievo in sede di inquadramento sistematico del rapporto tra contratto “pubblico” e potere amministrativo, le controversie “relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell’ipotesi di cui all’articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell’adeguamento dei prezzi ai sensi dell’articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto”<sup>14</sup>;

3) relative al risarcimento da danno ingiusto; anche mediante risarcimento in forma specifica (art. 34, n. 1, lett. c) ai sensi dell’art. 2058 c.c. (“Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga

---

<sup>13</sup> “Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall’articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi”.

<sup>14</sup> Sul potere di determinare l’*an* della spettanza all’affidatario-concessionario della revisione dei prezzi nel contratto di appalto cfr. A. ANGIULI, *Contratto, ult. cit.*

Segnala l’A.: sulla revisione prezzi cfr. Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2008, n. 29422.

Sull’obbligo dell’Amministrazione di pronunciarsi espressamente mediante un provvedimento autoritario (*recte*, unilaterale) espresso di riconoscimento del compenso revisionale, cfr. Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2009, n. 4463.

Con ciò il giudice nomofilattico ha riconosciuto che sul rapporto contrattuale in via di principio paritario (in realtà, *faux paritaire*) incidono precisi poteri amministrativi attribuiti da norme di legge in favore della stazione appaltante.

solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”).

Il rinvio esplicito del c.p.a. ad una norma civilistica contribuisce a dimostrare, anzitutto in diritto positivo, che non vi sono questioni di principio che impediscano l'accesso del potere dell'Amministrazione interessata all'esecuzione positiva dell'accordo contrattuale, in mancanza della quale sarà il giudice amministrativo ad inserirsi in quel rapporto, in una disciplina sui diritti, tuttavia caratterizzata già in origine, dalla presenza di un preminente interesse pubblico.

Ma la quadruplicata previsione della pronuncia sull'inefficacia del contratto riservata alla competenza del giudice amministrativo secondo l'art. 121 del c.p.a. introduce nella fattispecie contrattuale un potere analiticamente attribuito in quattro casi diversi di inefficacia, commettendo al giudice amministrativo la giurisdizione sul contratto inefficace.

“Il giudice che annulla l'aggiudicazione o gli affidamenti senza bando di cui al comma 2 dell'articolo 120 dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi”:

- se non risulta pubblicato il bando o l'avviso e nondimeno è avvenuta l'aggiudicazione;

- se l'aggiudicazione “è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti”;

- se prima della stipula del contratto non sia stato rispettato il *termine* di 30 giorni dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione (clausola *stand still*), se con ciò il ricorrente – che altrimenti avrebbe verosimilmente vinto la gara – non ha potuto chiedere la sospensione dell'esecutività dell'aggiudicazione;

- se, dopo la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione, il contratto sia stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione.

Inoltre, “Il giudice precisa, in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante o dell'ente concedente e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o se essa opera in via retroattiva”.

Qui la discrezionalità del Giudice è, ad un tempo, tecnica, in quanto l'atto scaturisce da una valutazione di convenienza che è il frutto di analisi economiche e di analisi dell'accettabilità delle strutture già realizzate dal gestore, quan-

to alla realizzazione dell'opera dedotta nel rapporto; e pura, in quanto anche la semplice gravità dell'episodio di violazione dei canoni dell'evidenza pubblica e/o dell'articolazione delle clausole contrattuali può implicare l'esclusione dell'affidatario dal rapporto con l'Amministrazione qualunque sia lo stato di realizzazione dell'opera.

Il comma 3 prevede l'ingresso delle "esigenze imperative connesse a un interesse generale", ma, avverte il legislatore, "gli interessi economici sono presi in considerazione come esigenze imperative solo quando l'inefficacia del contratto condurrebbe a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara".

Una volta riconosciuta dall'Amministrazione o dal giudice amministrativo la sussistenza di esigenze imperative, si ottiene il risultato che il contratto resta efficace, ma ciò implica l'applicazione di alcune sanzioni (nei confronti della stazione appaltante: dallo 0,5% al 5% del valore del contratto-prezzo di aggiudicazione) che si vogliono "effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione" (art. 123, comma 2 del codice 2023).

Tutto ciò, chiarendosi che l'eventuale condanna al risarcimento dei danni in nulla riveste la natura giuridica della sanzione.

Il criterio, presente nell'ordinamento europeo, dell'unificazione della procedura quando la coppia di interessi in gioco resti invariata, per un verso quello dell'esecuzione del lavoro (con la connessa riscossione del prezzo contrattuale alle scadenze che legittimamente sono state concordate da parte dell'affidatario), per altro verso il rapido, efficace ed effettivo conseguimento del fine (il risultato) dell'iniziativa pubblica – che aveva preso le mosse dalla programmazione triennale delle opere necessarie al soggetto pubblico per raggiungere il buon andamento della pubblica gestione amministrativa (art. 97, comma 2, Cost.) –, induce ad approfondire le ragioni della pubblicità dell'interesse alla corretta esecuzione contrattuale; esso rappresenta l'evoluzione (né potrebbe essere diversamente) di quell'interesse già individuato in sede di programmazione delle opere, da realizzare entro un termine determinato, sia pure ordinatorio, talvolta anni prima della gara e responsabilmente collegato ad un'apposita previsione di spesa (l'impegno) attualizzata a carico della finanza statale, regionale o locale.

Il quadro sistematico si arricchì con il contributo del giudice ordinario del-

la legittimità (Cass., Sez. Un., ord. 10 febbraio 2010, n. 2906<sup>15</sup>): definito in dottrina un significativo *revirement*, il giudicato delle Sezioni Unite ammette la “riconducibilità nell’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo della domanda di annullamento dell’aggiudicazione” e di quella volta alla reintegrazione in forma specifica del *diritto sorto dall’annullamento della gara* riconoscendo l’innegabile vincolo di strumentalità dal quale le due domande sono avvinte<sup>16</sup>.

#### 6. *Posizione dottrinale contraria alla doppia fase del procedimento. Conseguenze sulle tutele giurisdizionali.*

Più in generale, non mancano in dottrina posizioni contrarie alla costruzione bifasica della procedura di appalto pubblico.

La prima, dominata dal principio di concorrenza e di risultato, affidata alla giurisdizione amministrativa per ogni contrasto fonte di ricorso sull’evidenza pubblica, fino alla formalizzazione dell’aggiudicazione.

La seconda, viceversa, affidata al giudice ordinario in relazione ai contrasti insorti nel corso della fase esecutiva dell’appalto aggiudicato con la motivazione della presenza di diritti soggettivi e dell’assenza di poteri pubblici idonei a richiamare il giudice amministrativo.

Visto che l’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del c.p.a. devolve in giurisdizione esclusiva *tutte* le questioni sorte a proposito della fase di evidenza pubblica (fino all’aggiudicazione) e, viceversa, nella fase di esecuzione, soltanto quelle enumerate nel n. 2 del medesimo comma 1, lett. e) dell’art. 133, casi di riconosciuto esercizio del potere, per il rimanente affermandosi la giurisdizione ordinaria, non può negarsi che la fase “privatistica dell’esecuzione del contratto si caratterizza per un pregnante rilievo dell’interesse pubblico che si insinua nella trama dei rapporti tra Amministrazione e impresa”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> In *Urb. e app.*, n. 4/2010, con nota di C. LAMBERTI, *Il punto di vista amministrativistico*, p. 431.

<sup>16</sup> Cfr. su ciò A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 905.

<sup>17</sup> Cfr., da ultimo, S. LICCIARDELLO, *La struttura bifasica dei contatti pubblici*, in F. MANGANO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023). Documento Gruppo di lavoro AIPDA*, Messina, 2024, p. 58.

Considera l’A. che l’innegabile presenza di “momenti” pubblicistici nella fase esecutiva “ha assunto negli ultimi decenni crescente rilevanza anche nella disciplina positiva dei contratti

Questo perché è proprio nella seconda fase che si concretizza “il risultato programmato dall’Amministrazione ... che per l’impresa costituisce un obbligo contrattuale, incombendo su quest’ultima la effettiva realizzazione (*cum effectu*) del programma pubblico”.

Secondo l’A., i poteri ritenuti negoziali propri della fase esecutiva possono considerarsi anche paritetici, “ma nella consapevolezza ... che la previsione dei relativi effetti o, se l’effetto non operi *ex lege*, l’esercizio delle facoltà attribuite dalla legge all’Amministrazione, sono pur sempre retti da considerazioni inerenti ad interessi pubblici e alla particolare natura del contraente (pubblico) che tali poteri esercita e tali interessi cura”<sup>18</sup>.

Rileva, a nostro avviso, la già visitata situazione dell’autonomia pubblica,

---

pubblici, fino a trovare sistemazione in un corpo di disposizioni tendenzialmente organico, inserito nel titolo V della parte II del codice di cui al d.lgs. n. 50/2016 (artt. 100 ss.) e oggi contenuto nella parte VI del libro II del nuovo codice adottato con d.lgs. n. 36/2023, intitolata appunto ‘Dell’esecuzione’ (artt. 113 ss.), nonché nel titolo III della parte II del libro IV dello stesso d.lgs. n. 36/2023 con specifico riferimento alle concessioni (artt. 188 ss.). Tale disciplina contempla svariati atti espressione di potere amministrativo.

A titolo solo esemplificativo, sono considerati espressione di poteri autoritativi (e non negoziali) – al di là dell’ambiguo *nomen juris* talvolta utilizzato dal legislatore – l’autorizzazione al subappalto (art. 105, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, ora art. 119, commi 4 e 16 d.lgs. n. 36/2023), la sospensione dell’esecuzione disposta dal RUP (art. 107, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, ora art. 121, comma 2, d.lgs. n. 36/2023), alcune ipotesi di risoluzione (art. 108, commi 1 e 2, d.lgs. n. 50/2016, ora art. 122 d.lgs. n. 36/2023) concretanti ipotesi speciali di autotutela, facoltativa o eccezionalmente doverosa, comprese quelle previste in tema di concessioni (art. 176, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, ora art. 190 d.lgs. n. 36/2023).

Il che, in punto di giurisdizione, determinerebbe la riemersione del criterio ordinario di riparto fondato sulla consistenza della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, che in queste ipotesi avrà natura di interesse legittimo e condurrà, pertanto, alla giurisdizione generale di legittimità”.

<sup>18</sup> Richiama l’A. (pp. 62-63) la speciale procedimentalizzazione che, secondo il codice, precede il provvedimento di risoluzione del contratto, il (doveroso) recesso dal contratto in seguito a interdittiva antimafia che è l’atto ricognitivo che constata la verifica di una condizione risolutiva, richiamando Cons. Stato, Ad. plen., n. 23/2020.

Infine, l’accesso documentale è ammesso senz’altro nella fase esecutiva a vantaggio del concorrente deluso “le cui ragioni concorrenziali risulterebbero frustrate ‘a posteriori’ ove fosse preclusa ai concorrenti la possibilità di verificare, tramite le forme di accesso previste dall’ordinamento, la corretta *esecuzione della commessa* da parte dell’aggiudicatario (Cons. Stato, Ad. plen., n. 10/2020)”.

Conclude Licciardello che “si restituisce così alla procedura quella unitarietà anzitutto nel risultato da realizzare che la costruzione bifasica ha fatto recedere”.

che non avrebbe ragione di esistere se non fosse ben chiaro che, a differenza di quella privata, quella pubblica non può considerarsi libera nel fine della propria attività bensì, proprio al contrario, vincolata nel fine alle scelte già tipicizzate che riguardano il tipo di appalto da conferire, il suo oggetto e il risultato che si attende dall'episodio condensato nel bando di gara, di attuazione della programmazione triennale dei lavori e dei servizi pubblici.

Ed è per questo motivo, di fondo, che anche la fase esecutiva si caratterizza per una condotta pubblica tendenzialmente paritaria fin quando l'esecuzione da parte dell'affidatario incontra l'approvazione dei presidi tecnici previsti ed incrementati dal codice per il miglior risultato: il direttore dei lavori, il RUP, l'ANAC, la Cabina di regia, il Collegio consultivo tecnico, le frequenti strutture di controllo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, gli organi e gli uffici del Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Nel caso, viceversa, di violazione delle norme proprie della fase esecutiva, anzitutto, dunque, delle clausole contrattuali, non il committente, ma una serie di organismi pubblici possono/devono intervenire per porre rimedio, affrontando le variabili scelte che il codice prevede per tenere salvo, nel contraddittorio con l'affidatario non fedele, il pubblico interesse dell'ottenimento del risultato, unico vero scopo di tutta l'attività posta in essere dai vari organi e uffici amministrativi competenti ad intervenire nella situazione patologica tratteggiata.

È questo fine che può, almeno in parte, spiegare la pletora di uffici preposti alla salvezza del risultato, le loro sovrapposizioni (la cautela non basta mai! ...), i loro provvedimenti unilaterali assunti doverosamente nei confronti dell'affidatario non in regola con le norme di legge e di contratto che egli avrebbe dovuto, invece, rispettare.

Proprio dalla considerazione dell'ampio potere d'intervento sulle vicende contrattuali che il codice riserva all'Amministrazione, all'intervento di organi o uffici dell'Amministrazione che devono garantire la linea del risultato di pubblico interesse, deve riconoscersi l'inesistenza nel diritto positivo, sin dai principi codificati, di un'attività bifasica: la prima fase permeata di esercizio di potere, anzitutto quello di bando (quanto al suo contenuto che deve consentire di identificare subito il risultato cui l'iniziativa tende), quello delle valutazioni dei requisiti dei candidati, delle rispettive offerte, ecc.; e la seconda fase caratterizzata dall'applicazione del diritto civile nei rapporti contrattuali instaurati all'atto dell'aggiudicazione, laddove una notevole organizzazione amministrativa contro le deviazioni dalla linea del risultato dei comportamenti privati contrattualizzati è riconoscibile nel nuovo codice con i connotati del-

l'esercizio di poteri amministrativi legittimamente attribuiti all'Amministrazione in misura non inferiore a quelli propri della c.d. prima fase.

Si raggiunge in tal modo l'unitarietà del fenomeno contratto pubblico di appalto o di concessione, valore da proteggere anche perché previsto nelle direttive europee e nell'analisi critica di una realtà che vede l'Amministrazione parimenti collocata per legge nei rapporti, tanto in quelli che si concludono con l'aggiudicazione, quanto in quelli dell'esecuzione, veicolo del risultato che la legge vuole sia sempre raggiunto dalla pubblica Amministrazione, alla luce dei principi evidenziati nell'esordio del codice.

Ma più in generale, come osserva Giorgio Berti, "la legge non agisce nello stesso modo su tutte le attività amministrative": in particolare, "il legislatore vuole che i fini che l'Amministrazione si propone siano raggiunti e la garanzia che esso conferisce all'Amministrazione è appunto nel senso che tali fini siano veramente raggiunti. Tutti i soggetti le cui attività ricadano sotto tale tipo di garanzia sono amministrazione pubblica. Ciò che interessa al legislatore non è dunque quale soggetto in particolare abbia capacità o attitudine a muoversi per raggiungere tali scopi, ma quale attività rivesta tanta importanza per lo Stato (società) da meritare la garanzia che essa si compia. La disciplina delle competenze farebbe parte di meccanismi di cui tale garanzia si vale. Tutto il resto non sarebbe che un insieme o un seguito di immagini per rappresentare tale garanzia. Questo sarebbe un altro modo, in certo senso rovesciato rispetto a quello tradizionale, per dire che la presa del legislatore sull'Amministrazione è di segno positivo (garanzia *ut*) e non di segno negativo come per i soggetti comuni (garanzia *ne*)".

Del resto, la lettura dell'art. 97, comma 2 della Carta costituzionale dimostra che la legge deve dare forma organizzativa ai pubblici uffici in modo che per loro merito la società possa sempre veder raggiunti i fini che la stessa Amministrazione si prefigge in concreto e sempre nell'interesse generale.

La garanzia *ut* del raggiungimento dei fini insita nella norma suddetta, come derivante dall'organizzazione secondo legge dei pubblici uffici amministrativi, è bilanciata con l'obbligo imposto dalla stessa legge all'Amministrazione di raggiungere il fine del buon andamento in ordine alle attese legittime della società nella quale e per la quale essa opera senza introdurre discriminazioni tra i componenti di questa, dunque coltivando l'impugnabilità delle sue scelte provvedimentali tipiche a favore dei cittadini.

Quanto al rapporto tra potere politico e diritto privato, l'A. ne rileva la mobilità del confine perché esso "rimane nelle mani e quindi nella disponibilità del 'pubblico' e del politico"; le privatizzazioni degli enti dell'economia non sono altro che "evoluzioni controllate, aggiustamenti della forza del pubblico di

fronte al diverso disporsi delle forze economiche verso quell'alleanza di base che vuole il pubblico sempre in posizione di dominio per garantire e ottenere il rispetto delle libertà di ciascuno".

Quel che più rileva è la concezione del contratto pubblico che, nella teoria di Berti, si profila in senso accentuatamente pubblicistico.

"In realtà, il potere politico si è valso del diritto privato come disciplina di rapporti che esso stesso metteva in essere, quando per gli aspetti trattati e per i fini perseguiti non poteva valersi del meno disponibile (all'apparenza) diritto pubblico".

E più da vicino: "far funzionare aziende o stringere rapporti con imprese per la fornitura di servizi o la costruzione di opere pubbliche vuol dire impegnare i soggetti estranei all'Amministrazione non solo sotto il profilo dell'esecuzione di ordini o atti comunque imperativi, ma anche dal punto di vista delle responsabilità: e perché vi sia vera responsabilità, occorre che l'obbligazione venga assunta *anche* secondo il diritto che regola in via esclusiva la responsabilità, e cioè il diritto privato. Tutto ciò dimostra che il 'privato' è stato sottomesso al 'pubblico'".

Sintetizza Berti: "dovremmo allora concludere che tutto ciò che ci viene presentato come misto, come frutto di associazione tra autorità ed impresa, tra potere politico e mercato, non è altro che una serie di adattamenti del potere *tout court*, di una nuova alleanza tra politica ufficiale e 'politica' delle imprese, da cui scaturisce alla fine un'indolore, anestetizzata e però reale riduzione degli spazi di libertà"<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. G. BERTI, *Vecchia amministrazione e nuove opinioni*, in AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, 1991, pagine che fanno parte "di un più ampio lavoro che ha per oggetto l'Amministrazione e il diritto amministrativo".

Osserva l'A. che una parte dei fini previsti per l'agire amministrativo "spetta indubbiamente ancora al legislatore politico: se garantisce la libertà dell'Amministrazione in rapporto alle finalità che essa persegue, il legislatore coopera in tal modo alla definizione delle finalità stesse. Se si garantisce un risultato, si può e si deve allo stesso tempo definire i termini della garanzia e perciò il legislatore incide in questa definizione e nessuno potrebbe toglierli questa prerogativa.

Il legislatore però viene dopo che l'Amministrazione abbia fatto la sua parte: si tenga conto che la Costituzione riconosce l'esistenza dell'Amministrazione come fatto o realtà a se stante, quasi come un dato naturale dell'ordinamento. Verrebbe da fare un confronto con il trattamento costituzionale delle libertà personali. Il legislatore interviene su cose che già esistono ed hanno una vita che non dipende da attribuzione o da riconoscimenti abilitanti. L'esistenza dell'Amministrazione è data come alcunché di a priori. Si tratta solo di determinare le regole di garanzia del suo funzionamento, ed ecco allora l'art. 97".



Questa dottrina è appena successiva alla legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo e non risente dei compromessi successivi della privatizzazione del lavoro pubblico: del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, c.d. decreto Cassese, che, salvo il potere di organizzazione secondo criteri ampi recati dal decreto, nel *razionalizzare l'organizzazione delle Amministrazioni pubbliche* rivede la *disciplina in materia di pubblico impiego*, introducendo il concetto di gestione delle risorse umane (anglismo ormai diffuso ovunque, tuttavia non felice perché gli uomini erano *risorse* durante i lunghi secoli dello schiavismo dell'impero romano e – ancor prima – degli Stati americani del sud – e anche altrove ben più tardi –; ma ormai risorse sono quelle naturali, quelle economiche, quelle culturali con valore patrimoniale per una nazione, ed altro, mai le persone) e fissa il principio della devoluzione al giudice del lavoro di *tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro* dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (con la nota eccezione di quelle “in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche Amministrazioni ...” – art. 63, d.lgs. n. 165/2001).

Vengono, tuttavia, escluse le categorie dei dipendenti il cui trattamento economico non dipende dai CCNL bensì da leggi apposite (docenti universitari, magistrati dipendenti delle prefetture, forze armate e polizia di sicurezza, dipendenti di ambasciate italiane) che restano in rapporto giurisdizionale con la giustizia amministrativa.

Di contro, nel 1992 l'organizzazione di tutti i ministeri è stata migliorata con leggi rispettive ed è stata prevista, con il d.l. 5 dicembre 1991, n. 386 (conv. in legge n. 35/1992), la trasformazione degli enti di partecipazione statale – enti pubblici economici – in società di gestione, attivando una fase preparatoria dell'abrogazione dell'intero settore delle partecipazioni statali con il suo Ministero e di conseguenza il riordino di IRI, ENI, ENEL, IMI, BNL e INAIL con d.l. 23 aprile 1993, n. 18 (conv. con modif. in legge n. 202/1993).

I due esempi con le loro datazioni sembrano ispirati dalle teorie di Berti, quando, pur rinunciando al monopolio pubblico sul pubblico impiego, introducono larghe eccezioni che dimostrano la presenza dell'interesse pubblico all'integrale organizzazione pubblica; e quando il legislatore sopprime il Ministero delle partecipazioni statali (durato certamente troppo, anche alla luce dell'ordinamento CE) ripiega, però, la sua attenzione per il pubblico interesse sull'aggiornamento della disciplina delle principali strutture dell'economia pubblica, in entrambi i casi riaffermando la validità della radice di interesse pubblico nei rapporti amministrativi e negli interventi nell'economia.

Non si può dar torto a chi sostiene che stringere rapporti con imprese per la fornitura di servizi o la costruzione di opere pubbliche vuol dire impegnare soggetti estranei all'Amministrazione, non solo sotto il profilo dell'*esecuzione di ordini o atti comunque imperativi*, ma anche dal punto di vista della responsabilità: e (solo) perché vi sia una responsabilità *occorre che l'obbligazione* – dell'esecutore – *venga assunta anche* secondo il diritto che regola in via esclusiva la responsabilità e cioè il diritto privato.

*Tutto ciò dimostra* – conclude Berti – *che il privato è stato sottomesso al pubblico.*

### *7. Primi spunti ricostruttivi. Non si tratta di diritto privato speciale.*

Per un primo spunto ricostruttivo può forse ritenersi che nel contratto si fondano in uno solo i due interessi (pubblico e privato per il mercato) e che dalla fusione nasca un interesse ormai unitario, che comprende la posizione dell'aspirante affidatario ad ottenere il contratto, interesse sorto in un momento precedente, cioè nella partecipazione alla gara ad evidenza pubblica, in condizione di *par condicio* rispetto agli altri operatori partecipanti.

A ben vedere, ogni momento del procedimento è in sé unitario nel sinalgma e va dall'aggiudicazione al collaudo favorevole con il saldo del compenso ancora dovuto all'appaltatore; e la disciplina del contratto amministrativo dei tipi di appalto è talmente derogatoria rispetto alle disposizioni del codice civile da dover anche dubitare in via di principio che essa possa ascriversi ad una categoria di *diritto privato speciale*.

La fondamentale differenza tra il contratto di cui ci occupiamo e quello di diritto comune non è soltanto nella specificità degli obiettivi del primo, perché anche in una contrattazione interprivata sbilanciata in favore del committente, che sia il soggetto più forte dei due, potrebbe forse rintracciarsi una situazione finalistica analoga a quella del contratto amministrativo, nell'interesse dell'impresa che ha proposto ad altra impresa l'esecuzione di un contratto di appalto di lavori di interesse privato (anche qui con una frequente programmazione anticipata dei contratti da porre in essere per ottenere risultati aziendali prefissati e finanziati ben prima della ricerca dell'accordo contrattuale).

Si tratta, invece, della circostanza, questa sì dirimente, a nostro avviso sommerso, quanto chiarissima, che il contratto amministrativo presenta una sua storia connotata da previsioni e prescrizioni predeterminate, non decise dalle parti, anzi sottratte totalmente alla loro autonomia, anche per la parte pubbli-

ca: le ormai celebri *clausole esorbitanti* del diritto comune, assenti nel contratto *inter partes* e risalenti alla legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F sui lavori pubblici (art. 340 del Capo III Esecuzione dei contratti: “1. L’Amministrazione è in diritto di rescindere il contratto, quando l’appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza, e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate. 2. In questi casi l’appaltatore avrà ragione soltanto al pagamento dei lavori eseguiti regolarmente, e sarà passibile del danno che provenisse all’Amministrazione dalla stipulazione di un nuovo contratto, o dalla esecuzione d’ufficio”), nonché alla legge del 1923 (art. 13 che richiede il parere del Consiglio di Stato “prima di rescindere o variare un contratto per causa in esso prevista”) e nel regolamento (1924) di contabilità dello Stato<sup>20</sup>.

Un riferimento alla disciplina del *contrat administratif* francese è di sicuro interesse, tuttavia la giurisdizione del *Conseil d’État* in quell’ordinamento coincide con qualsiasi rapporto giuridico contenzioso che investa un organo o un soggetto *administratif*, ricoprendo il giudice amministrativo francese il ruolo di giudice dell’Amministrazione, non dell’esercizio della funzione pubblica dell’Amministrazione<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> La ricostruzione di A. Angiuli prende le mosse dalla programmazione triennale, passando alla deliberazione a contrattare che può assumersi sol perché c’è l’impegno di spesa per quell’opera, servizio o fornitura, impegno assunto per ogni anno nella programmazione triennale degli appalti a concludersi.

Scelto il contraente, la regolamentazione pubblica “prosegue anche durante l’esecuzione del rapporto contrattuale (necessaria presenza del direttore dei lavori e suo ruolo; regime di perentorietà degli ordini di servizio dal medesimo adottati, dai quali scaturiscono obblighi di servizio per (il RUP e gli altri) i funzionari pubblici addetti all’esecuzione del contratto, la cui inosservanza prefigura fattispecie di danno erariale; regime della consegna e della sospensione dei lavori, della determinazione degli interessi, del collaudo, della c.d. rescissione per condanna penale o grave inadempimento, ex artt. 135 e 136 cod. contratti e del recesso *ad libitum* dell’Amministrazione, ai sensi dell’art. 134 cod. contratti)” (cfr. d.lgs. n. 163/2006).

Del resto, secondo F. MERUSI (*Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, n. 4/2004), “l’applicazione del diritto privato alla pubblica Amministrazione, coniugata con il principio di legalità, non produce negozi giuridici privatistici, né vale ad affrancare l’attività corrispondente dalle regole tipicizzate, da quelle ispirate al buon andamento ed imparzialità e da quelle comunitarie”.

<sup>21</sup> Come osserva A. Angiuli, un’analisi stringente di A. MASSERA (*L’attività contrattuale*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, vol. IV, *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, 2007, p. 185, spec. pp. 170-185) svela la dispari condizione dell’Amministrazione che nei confronti dell’appaltatore agisce in piena *supremazia*, salvo che il giudice amministrativo ne riformi la decisione dopo averla annullata.

Tuttavia, il giudice amministrativo francese è addirittura definito “giudice del contratto di diritto pubblico e della sua esecuzione”<sup>22</sup>.

Trova conferma, dunque, dagli spunti di ricerca che precedono, il tema di una fusione di interessi tra loro diversi del tutto originale, propria del contratto amministrativo: che l’aggiudicatario si ponga al lavoro subito dopo il contratto per eseguire l’opera, presti il servizio pubblico, esegua la fornitura è interesse della stazione appaltante; questo ha origine congiunta con quello dell’affidatario che intenda ricevere il giusto e previsto compenso per il suo lavoro svolto secondo i contenuti propri del bando e del contratto, anche superando eventuali contestazioni del responsabile unico del procedimento, andando a pretendere – se necessario – in sede contenziosa amministrativa la revisione dei prezzi del contratto sottoscritto nei limiti del dovuto, attuando gli ordini di servizio del RUP o, in aggiunta, sfidandolo con l’annotazione di una riserva sull’illegittimità dell’ordine emesso fuori del perimetro del pubblico interesse secondo il soggetto attuatore.

Si vede bene che, durante l’esecuzione del contratto, vengono esercitati poteri pubblici della stessa natura giuridica, anzitutto della stessa provenienza, ciò che risponde alla riserva relativa di legge cui fa riferimento l’art. 97, comma 2 della Costituzione in ordine all’organizzazione dei pubblici uffici e, per consenso diffuso in dottrina e in giurisprudenza, anche in ordine all’attività per il compimento della quale essi sono stati *organizzati*.

Anche le esigenze proprie dei mercati sui quali va ad incidere un provvedimento come quello dell’approvazione del contratto d’appalto di opera pubblica dopo l’aggiudicazione della gara postulano un *quando* ristretto al massimo del periodo di incertezza derivante dall’iniziativa processuale svolta contro il testo del contratto (*in thesi* contenente clausole in contrasto con il progetto e le previsioni dedotte in gara dall’Amministrazione) dinanzi ad un giudice che finirebbe per essere, senza adeguato motivo, diverso da quello sotto il cui controllo la prima parte del rapporto, cioè la gara ad evidenza pubblica, ha trovato attuazione con successo dell’ente e del privato nella stessa misura.

Può riferirsi, ad es., della rilevanza della scelta legislativa di riservare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tanto le controversie previste nell’art. 133, lett. e), nn. 1 e 2, quanto quelle disciplinate alla lett. p).

La prima fattispecie (art. 133, lett. e), n. 1) estende la “giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”; la seconda (n. 2) è relativa alle

---

<sup>22</sup> Cfr. su ciò A. ANGIULI, *op. cit.*, pp. 910-912.

controversie concernenti il “divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture”, quelle “relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell’ipotesi di cui all’articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163” (adeguamento prezzi), nonché quelle “relative ai provvedimenti applicativi dell’adeguamento dei prezzi ai sensi dell’articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto”.

Ancora, sotto il Titolo V, “Riti abbreviati relativi a speciali controversie”, l’art. 121 del c.p.a. riporta, con la rubrica “Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni”, norme fondamentali introdotte dall’art. 229, comma 2 del vigente codice degli appalti pubblici, modificato parzialmente nei *casus* disciplinati<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> “1. Il giudice che annulla l’aggiudicazione o gli affidamenti senza bando di cui al comma 2 dell’articolo 120 dichiara l’inefficacia del contratto nei seguenti casi:

a) se l’aggiudicazione è avvenuta senza pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea o nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022;

b) se l’aggiudicazione è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l’omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea o nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022;

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall’articolo 18 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022, qualora tale violazione abbia impedito al ricorrente di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell’aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento;

d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l’aggiudicazione, ai sensi dell’articolo 18, comma 4, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell’aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento.

2. Il giudice precisa, in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante o dell’ente concedente e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o se essa opera in via retroattiva.

3. Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga

Un episodio di intervento legislativo esemplare, ritenuto, nella sua dimensione di utilità sociale evidente, assai rilevante per il principio che con esso si afferma, della riserva alla giurisdizione amministrativa esclusiva di tutte le controversie comunque riconducibili all'azione complessiva di gestione del ciclo dei rifiuti (di qualsiasi specie) da parte dell'operatore privato legato contrattualmente all'Amministrazione quando "non consistano in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio" (cfr. Corte cost. 5 febbraio 2010, n. 35<sup>24</sup>) che sono devoluti alla cognizione del giudice amministrativo, si riscontra nell'art. 4, d.l. 23 maggio 2008, n. 90, conv. in legge 14 luglio 2008, n. 123.

La norma è stata abrogata e sostituita da testo sostanzialmente analogo dall'art. 133, lett. p), seconda parte, del c.p.a., che ha devoluto "le controver-

---

che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici sono presi in considerazione come esigenze imperative solo quando l'inefficacia del contratto condurrebbe a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.

4. A cura della segreteria, le sentenze che provvedono in applicazione del comma 3 sono trasmesse alla Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le politiche europee.

5. Quando, nonostante le violazioni, il contratto è considerato efficace o l'inefficacia è temporalmente limitata, si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123.

6. La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non si applica quando la stazione appaltante o l'ente concedente ha seguito la seguente procedura:

a) con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento ha dichiarato che la procedura senza pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana è consentita dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022;

b) rispettivamente per i contratti di rilevanza europea e per quelli sotto soglia, ha pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea oppure nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 86 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;

c) il contratto non è stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b)".

<sup>24</sup> In *Foro amm. CdS*, 2010, p. 272.

sie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica Amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati".

Ciò perché si riconosce il rispetto della condizione formulata dalla Consulta il cui mancato avverarsi consente al giudice amministrativo di conoscere di condotte amministrative bensì materiali ma sempre riconducibili all'intervenuta attribuzione di potere.

Del resto, è ormai comune opinione che la legge può attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione dei diritti soggettivi, purché non per blocchi – da spaccettare – di materie (es., trasporti, salute, istruzione), ma per fattispecie determinate, com'è per i numerosi aspetti della gestione contrattuale del pubblico interesse.

È a questo punto della ricerca che potrebbe forse avvertirsi la sostenibilità della tesi per la quale "i comportamenti connessi al retrostante potere amministrativo costituiscono il tessuto connettivo dell'intero rapporto contrattuale, soprattutto nella sua fase di esecuzione"<sup>25</sup>.

In realtà, non avrebbe giustificazione la partecipazione paritaria alla gara di colui che risulterà aggiudicatario dell'opera, del servizio o della fornitura in una condizione giuridicamente identica rispetto a quella di tutti gli altri concorrenti, soprattutto con riferimento al giudice, che è quello amministrativo, competente per l'eventuale contestazione dell'intervenuta aggiudicazione, o del bando di gara, o dell'esclusione dalla gara del proprio progetto, se, poco dopo, in senso contrario, in sede di esecuzione, dopo l'approvazione e la sottoscrizione del contratto, la tutela prevista e le posizioni garantite da ciascuno Stato membro dell'Unione in favore dei rispettivi operatori che avevano par-

---

<sup>25</sup> È l'immagine offerta da A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, cit., pp. 914-915: "anche se si ritenga di poter dubitare della natura, provvedimento o direttamente autorizzativa, dell'ordine perentorio impartito dal direttore dei lavori o dal responsabile del procedimento, o della decisione amministrativa sulle riserve sollevate dall'impresa nel corso o al termine dei lavori, o della proposta del R.U.P. di risoluzione contrattuale per inadempimento grave, o della denuncia all'Autorità di vigilanza nel caso di risoluzione (c.d. rescissione) contrattuale per grave inadempimento o nel caso di rinuncia o rifiuto dell'impresa aggiudicataria a sottoscrivere il contratto, o della decisione di incameramento della cauzione, non si potrebbe comunque disconoscere che queste ed altre fattispecie riscontrabili nella c.d. fase di esecuzione del contratto costituiscano comportamenti attivi (cui potrebbero aggiungersi quelli inattivi) osservati da agenti della stazione appaltante temporaneamente inseriti nell'apparato organizzativo della p.A. tramite provvedimenti amministrativi e chiaramente ricollegabili, almeno sul piano funzionale, a norme attributive di poteri".

tecipato con generale successo alla competizione concorrenziale siano fondamentalmente diverse tra loro, sparse tra giudice ordinario e giudice amministrativo, nonostante la prevalenza delle ragioni dell'unicità del rapporto tra gli interessi in gioco e la conseguente giurisdizione naturale affidata al giudice amministrativo.

#### 8. *Esecuzione e esercizio di poteri dell'Amministrazione sui rapporti contrattuali. Discrezionalità.*

Sembra opportuno soffermarsi brevemente sui principali aspetti della disciplina dell'esecuzione del contratto che mostrano evidenti segni di esercizio del potere della stazione appaltante e della stessa Amministrazione nel cui interesse immediato l'affidatario e il concessionario operano.

Si può considerare in argomento che:

1) la triplice obbligazione che l'operatore economico deve necessariamente contrarre, oggi disciplinata dalla norma di cui all'art. 102 del codice dei contratti pubblici, è presente tanto nella fase dell'evidenza pubblica, quanto, com'è ovvio, in quella dell'esecuzione del contratto.

Il primo "impegno" è quello di garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato: a questo proposito si noti, per un verso, la differenza tra questa previsione normativa tipica dell'appalto pubblico, che va alla ricerca presso l'impresa contraente di prestazioni a valenza sociale che nulla hanno a che vedere con l'episodio consensuale, ma che costituiscono esercizio di apprezamento unilaterale dell'interesse all'effettività dell'occupazione operaia, come scopo sociale "accessorio" ma condizionante un'attività contrattuale che tende al risultato della realizzazione dell'opera, servizio o fornitura pubblica; e, per altro verso, lo schema dell'appalto *jure privatorum* che non consente al committente di introdursi unilateralmente nella disciplina dell'occupazione operaia dell'impresa affidataria dell'opera, servizio o fornitura.

A fronte dell'inarrestabile incremento di incidenti sul lavoro, spesso mortali, la legge n. 56/2024, nel convertire il d.l. n. 19/2024, ha opportunamente elencato 29 casi di trasgressione da parte del datore di lavoro delle norme di cautela e di sicurezza del lavoro; le trasgressioni sono contestate all'impresa e ai lavoratori autonomi che abbiano dipendenti. Va registrato inoltre un incremento dell'organizzazione ispettiva del lavoro.

L'attribuzione di una patente a punti per ciascun datore di lavoro consente di decurtare crediti a seguito di ogni incidente registrato e fatto oggetto di sen-



tenza passata in giudicato o di contravvenzione *ex lege* n. 689/1981.

Ridotto il numero di crediti nella patente, che inizialmente presenta 30 punti, a meno di 15, l'attività imprenditoriale è sottoposta ad una sanzione economica pari al 10% del valore delle opere in corso e non inferiore ad euro 6.000.

Resta altresì chiarito che dal 24 ottobre 2024 le imprese o gli imprenditori autonomi possono operare nei cantieri temporanei o mobili di cui all'art. 89, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 81/2008 se nella patente in loro possesso siano presenti almeno 15 crediti.

Va anche considerato che con il decreto coesione, d.l. 7 maggio 2024, n. 60 (conv. con modif. dalla legge 4 luglio 2024, n. 95), sono state modificate alcune norme sulla c.d. congruità della manodopera negli appalti, al fine di rendere effettivo e preventivo il controllo sulla regolarità del lavoro in appalto e subappalto, oltre a configurare nuove sanzioni economiche di natura amministrativa.

I lavori edili (d.lgs. n. 81/2008, t.u. della sicurezza sul lavoro) negli appalti pubblici registrano una verifica di congruità della manodopera che concerne qualsiasi lavori pubblico affidato all'impresa.

C'è anche una verifica *ex post*: essa va richiesta con l'ultimo stato di avanzamento dei lavori; la verifica, a seguito di una denuncia di nuovo lavoro, va richiesta alla cassa edile. Questa trasmette all'impresa affidataria e al committente pubblico una pec con richiesta di verifica di congruità del personale.

Ancor maggior interesse deve ascriversi alla conclusione dei lavori di modifica e integrazione della norme del codice vigente.

C'è una Commissione tecnica di nomina ministeriale che studia eventuali modifiche della disciplina del CCT. Ed è a buon punto il lavoro della Commissione che effettua la prevista revisione delle norme del codice nel termine di legge.

Il secondo "impegno" prevede la garanzia offerta da tutti i partecipanti alla gara in ordine alla corretta applicazione del CCNL e del contratto aziendale territoriale, di settore, mediante il rispetto di precise modalità indicate dalla norma di cui all'art. 102, comma 1, lett. b) del codice, con particolare riferimento all'estensione degli obblighi derivanti dal CCNL ai dipendenti delle imprese subappaltatrici.

Il terzo "impegno" è quello della garanzia delle pari opportunità di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

In quanto "impegni", le tre obbligazioni contratte con la stazione appaltante vincolano l'affidatario al loro rispetto durante la fase di esecuzione del contratto e sono oggetto di diversi controlli che il codice riordina nel segno dell'efficacia sull'attività dell'affidatario che deve operare nel contratto.

2) Il sopraggiungere, a contratto in corso di esecuzione, di un'interdittiva prefettizia antimafia (cfr. d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), che consiste nell'accertamento dell'incapacità originaria dell'affidatario ad essere parte contrattuale dell'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2016, n. 23468), abilita la stazione appaltante all'esercizio del potere di recesso (art. 123 del codice), fattispecie (regolata dagli artt. 88, comma 4-ter e 92, comma 4 del codice antimafia) del tutto estranea, com'è evidente, rispetto a quella propria del diritto civile ai sensi dell'art. 11, comma 2, d.P.R. n. 252/1998.

3) Le modifiche sostanziali del contratto nel corso dell'esecuzione ne comportano comunque una crisi e generalmente richiedono una nuova gara salvo che "la struttura del contratto ... e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate": la casistica della conferma del contratto modificato è ampia e di un certo interesse.

Le disposizioni contenute nell'art. 120, in rubrica "Modifica dei contratti in corso di esecuzione", regolano anzitutto il caso di modifiche che non importino la suddetta conseguenza distruttiva del rapporto.

Nel seguito di norme perspicue sul tema si incontra la definizione giuridica di modifica sostanziale, così considerata quando risultino alterate considerevolmente la struttura del contratto, o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa:

– è sostanziale se la modifica *introduce condizioni* che, se fossero state presenti dall'inizio della procedura, avrebbero indotto una scelta diversa da quella effettuata per l'ammissione dei candidati; oppure avrebbero potuto *attirare* ulteriori partecipanti alla procedura, in omaggio al principio di concorrenza e di coerenza e proporzionalità dell'azione dell'Amministrazione in vista del bene giuridico della massima partecipazione alle gare ad evidenza pubblica.

Quel che in questa norma manca è l'individuazione dell'origine della modifica, la sua causa.

Si può trattare di una consapevolezza sopravvenuta per una disattenzione di un organo amministrativo nell'approvazione di un progetto in realtà bisognevole, sul piano oggettivo, di necessaria modifica e/o completamento; o di una scelta discrezionale, suggerita dalla progressione dei lavori, concernente la maggiore utilità nel pubblico interesse che dalla modifica voluta dalla stazione appaltate sarebbe derivata.

Deve riconoscersi che una modifica contrattuale irrefutabile può derivare legittimamente dall'applicazione del principio, *sub* art. 9, di conservazione dell'equilibrio contrattuale, sicché se vicende di mercato del tutto imprevedibili o casi di forza maggiore abbiano sbilanciato l'equilibrio del contratto con-

tro o a favore del contraente privato, il riequilibrio dovuto può implicare una modifica sostanziale dovuta.

Tuttavia, le modifiche sinora considerate non sono compatibili con il contratto in essere qualora comportino un maggior costo di oltre il 50%.

– Questa limitazione di indole economica non trova applicazione se le modifiche siano state previste in clausole chiare dei documenti iniziali di gara, anche con l’offerta di opzione da parte dell’affidatario.

– Se sia sopravvenuta la necessità – sul piano oggettivo – di lavori, servizi o forniture supplementari non previsti nel bando, ove l’ipotesi di avvalersi di un nuovo contraente risulti impraticabile per motivi economici o tecnici se, in particolare, essa comporti per la stazione appaltante un maggior costo di oltre il 50%.

4) La norma induce ad osservare che i limiti posti dalla legge alla discrezionalità dell’Amministrazione al momento della decisione sul *se* proseguire nel lavoro, servizio o fornitura con l’affidatario in carica o indire una nuova gara escludono qualsiasi utile comparazione con la disciplina civilistica delle *variazioni concordati al progetto* (art. 1659 c.c.) e delle *variazioni necessarie al progetto* (art. 1660 c.c.)<sup>26</sup>.

Nel primo caso, infatti, nessuna variazione può apportare l’appaltatore “alle modalità convenute dell’opera se il committente non le ha autorizzate ... per iscritto”.

Anche in caso di autorizzazione delle modificazioni, “se il prezzo dell’intera opera è stato determinato globalmente”, l’appaltatore “non ha diritto a compenso per le variazioni o per le aggiunte, salvo diversa pattuizione” (art. 1659 c.c.).

Nel secondo caso, “se per l’esecuzione dell’opera a regola d’arte è necessario apportare variazioni al progetto e le parti non si accordano, *spetta al giu-*

---

<sup>26</sup> Ancor più opportuno è leggere le norme del codice civile su di un particolare contratto, quello di appalto, che impegnano il Capo VII (artt. 1655-1677) del Titolo III (“Dei singoli contratti”) del Libro III (“Delle obbligazioni”):

– art. 1655 c.c.: “L’appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”;

– art. 1656 c.c.: il subappalto è rimesso al previo accordo tra le parti;

– art. 1657 c.c.: la determinazione del corrispettivo è atto concorde delle parti, in mancanza “è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi”, in ulteriore mancanza “è determinata dal giudice”;

– art. 1658 c.c.: “La materia necessaria a compiere l’opera deve essere fornita dall’appaltatore, se non è diversamente stabilito dalla convenzione o dagli usi”.

*dice* di determinare le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo. Se l'importo delle variazioni supera il sesto del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore può recedere dal contratto e può ottenere, secondo le circostanze, un'equa indennità. Se le variazioni sono di notevole entità, il committente può recedere dal contratto ed è tenuto a corrispondere un equo indennizzo" (art. 1660 c.c.).

Nessuna norma in favore della conservazione del contratto, anzi.

"Il committente può apportare variazioni al progetto, purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto.

L'appaltatore ha diritto al compenso per i maggiori lavori eseguiti, anche se il prezzo dell'opera era stato determinato globalmente.

La disposizione del comma precedente non si applica quando le variazioni, pur essendo contenute nei limiti suddetti, importano notevoli modificazioni della *natura dell'opera* o dei *quantitativi nelle singole categorie di lavori* previste nel contratto per l'esecuzione dell'opera medesima" (art. 1661 c.c.).

Nessuna modificazione è ammissibile oltre un "notevole" limite quantitativo o qualitativo.

Pur di non rischiare sul punto dell'utilità del contratto, si ostacola, nei rapporti interpretati, una sua modifica di natura o di quantità.

### 9. Considerazioni sull'art. 108 del codice 2016, n. 50. La ricostruzione del prof. Greco.

La norma di cui all'art. 176 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50<sup>27</sup>, con l'art. 108 conferiva all'Amministrazione il *potere* di disporre dell'assetto contrattuale in tutti i casi nei quali fosse esercitabile l'autotutela amministrativa, l'annullamento d'ufficio, la revoca e anche la decadenza (almeno nei casi del comma 1, lett. a) e b) dell'art. 108, concernenti le vicende relative all'esecuzione dell'appalto).

Altrimenti si sarebbe dovuto sostenere che la "risoluzione" prevista dall'art. 108 potesse estendersi a tutti i possibili casi in cui l'Amministrazione avesse inteso sciogliersi dal contratto per vizi, scoperti tardivamente, inerenti alla fase dell'evidenza pubblica fino all'aggiudicazione.

Eppure in questo senso panpubblicistico, come osserva Greco, si era espresso Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5500: in caso di annullamento giuri-

---

<sup>27</sup> Com'è noto, in parte integrato (anche l'art. 108) con d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

sdizionale dell'aggiudicazione non seguito da una pronuncia sulla sorte del contratto, l'Amministrazione non può restare inerte, essendo tenuta a valutare se, alla luce dei motivi accolti, permangano le condizioni per continuare col contratto ancora vigente oppure se non risponda meglio al pubblico interesse recedere, indicando nuova gara *ex art.* 108, comma 1 del codice n. 50/2016.

Senonché proprio l'art. 108, comma 1 non attribuiva punto all'Amministrazione il potere (generale) di stabilire, con effetti caducanti, se permanessero o no le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale, tra le quali non era prevista quella dello scioglimento unilaterale del contratto per qualsiasi motivo di annullamento dell'aggiudicazione.

Ammettere, ad esempio, il potere della stazione appaltante che, avendo illegittimamente aggiudicato mediante l'attività di una Commissione priva di requisiti di legge, potesse risolvere con atto amministrativo il contratto a seguito dell'accertamento a lavoro in corso che quel collegio non rispondeva all'interesse pubblico equivarrebbe ad attribuirle il potere di risolvere, sempre in via amministrativa, il vincolo contrattuale per un ripensamento sulla sua rispondenza al pubblico interesse: in quest'ipotesi si sarebbe verificata la violazione delle norme di cui alle lett. c) e d) dell'art. 108, che solo in casi particolari e non in generale consentivano la caducazione del contratto per vizi dell'aggiudicazione.

In generale, dunque, l'Amministrazione non poteva sciogliersi unilateralmente dal contratto sol per aver autoannullato l'aggiudicazione.

In realtà, il vincolo contrattuale prevale nel diritto europeo: dopo la firma del contratto, all'Amministrazione non è consentito rinunciare all'appalto o annullare la procedura di aggiudicazione senza che i candidati ricevano il risarcimento del danno al loro diritto di restare nella procedura (art. 114, par. 1, regolamento UE Euratom 25 ottobre 2012, n. 966)<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. G. GRECO, *Poteri amministrativi e esecuzione del contratto*, cit., pp. 170-172.

Osserva l'A. che le tre direttive UE prevedono l'annullamento del contratto e della procedura di aggiudicazione in caso di superamento dei limiti della commessa allo scopo di tutelare la concorrenza. Tutte e tre le direttive hanno la stessa norma (*art. 43, par. 4, lett. a, direttiva 2014/23/UE; analogo disposto nell'art. 72, par. 4, lett. a, direttiva 2014/24/UE e nell'art. 89, par. 4, lett. a, direttiva 2014/25/UE*).

Aggiunge opportunamente l'A. che "tutte e tre le norme ... hanno la premura di indicare che la 'risoluzione' è operata 'alle condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile'. Così ribadendo l'autonomia procedurale degli Stati membri anche a questo proposito, nonché l'autonomia in ordine al 'regime' dell'istituto che spetta agli Stati membri determinare.

Sotto quest'ultimo aspetto, dunque, non pare vi sia un'interferenza diretta della normativa dell'Unione sulla tematica della natura pubblica o privata degli atti emessi dall'Amministra-

Solo se nel contratto fossero state consensualmente introdotte specifiche clausole risolutive espresse, la pubblica Amministrazione avrebbe potuto sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale: in tal caso, entrati nella sfera del consenso, si sarebbe trattato di diritti potestativi del soggetto pubblico insiti nel contratto, sia pure esercitabili solo in combinazione con l'esercizio del potere di autoannullamento.

Se, infine, l'Amministrazione avesse voluto tentare il recesso, implicante un risarcimento *ex art.* 108 del codice 2016, non le sarebbe restato che ricorrere al giudice amministrativo perché, con azione di accertamento, si pronunciasse sulla sorte del contratto, secondo un'opzione rara, ma tuttora, almeno in astratto, valida (Cass., Sez. Un., 8 agosto 2012, n. 14260 e, più nello specifico, Id., 14 maggio 2015, n. 9861).

Come osserva il prof. Greco, la direttiva 2014/23/UE estende alle concessioni (art. 46 e 47, direttiva 2014/23/UE) le direttive sui mezzi di ricorso (89/665/CEE e 92/13/CEE).

Ciò, presupponendo una distinzione tra affidamento di una concessione e stipula della convenzione (contratto), “comporta altresì che la caducazione del primo non implichi necessariamente il travolgimento del secondo: così imponendo alle concessioni il modello dei contratti ad evidenza pubblica e, comunque, lo stesso modello dei contratti d'appalto e non quello degli accordi amministrativi, in sé e per sé impugnabili e annullabili dal giudice amministrativo”.

C'è “medesima disciplina prevista per l'impugnazione dell'aggiudicazione e per gli effetti del relativo annullamento sul contratto (art. 119, c. 1 lett. a, artt. 120-125, art. 133, lett. e, n. 1, c.p.a.)”.

Le concessioni non possono rientrare tra gli accordi amministrativi (Cass. Sez. Un., ord. 8 luglio 2019, n. 18267), per scelta del diritto europeo.

Sicché, se si consideri la pregnanza dell'ordinamento unieuropeo, l'istituto stesso della concessione contrattuale rientrerebbe correttamente “nell'ampio *genus* dei contratti di diritto privato dell'Amministrazione (e in tal caso) occorrerebbe pur sempre tener presenti i numerosi aspetti pubblicistici che tale figura presenta tuttora in fase di esecuzione. Si tratterebbe di altrettanti poteri amministrativi che, anche se non si reputino idonei a distinguere la concessio-

---

zione in sede di esecuzione di un contratto di concessione o di appalto. Del resto è osservazione diffusa che il diritto dell'Unione è indifferente alla qualificazione pubblicistica o privatistica dei singoli istituti, accolta dagli Stati membri, una volta che il precetto comunitario sia comunque rispettato”.

ne dai contratti di diritto privato dell'Amministrazione, costituiscono certo altrettante eccezioni (sia pur numerose) rispetto al modello in sé considerato.

Il che conferma che *il tema dei poteri pubblicistici in sede di esecuzione del contratto risulta ancora attuale*, pur a distanza di oltre cinquant'anni dallo scritto di Salvatore Raimondi. Esso, peraltro, si è arricchito di nuove problematiche, per così dire 'pregiudiziali', che riguardano addirittura l'ambito di riferimento dei contratti da considerare"<sup>29</sup>.

10. *La tassatività delle cause di esclusione e la fluidità del contenuto dei bandi di gara. Esercizio di funzioni sociali. La revisione prezzi: unicità del rapporto contenzioso.*

Norme del codice vigente che regolano poteri dell'Amministrazione e della stazione appaltante e che non possono non riferirsi alla fattispecie contrattuale in quanto spiegano i loro effetti sui contratti a definirsi nel loro rispetto sono, ad esempio, presenti nell'art. 10 (in rubrica "Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione").

Nel comma terzo le stazioni appaltanti incontrano il potere di "introdurre requisiti speciali" – richiesti ai concorrenti – tanto "di carattere economico-finanziario" quanto "tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese".

La fluidità del contenuto del potere di bando attribuisce all'Amministrazione un potere conseguente che ribalta gli oggetti del suo esercizio anche nei confronti di chi andrà a contrarre con i suoi uffici competenti le prestazioni contro compenso: avendo vinto la gara di evidenza pubblica l'affidatario esegue il contenuto del provvedimento di aggiudicazione, tradotto fedelmente anzitutto da quello del bando di gara che, se ha legittimamente riservato una gara, motivando la scelta, alla partecipazione delle microimprese, escludendo anche quelle piccole e medie, è perché in quel caso si sarebbe avuta un'aggiudicazione di prestazioni soggettivamente riservate ed un contratto conseguenziale che quelle prestazioni traduce in obbligazioni dell'affidatario.

---

<sup>29</sup> Cfr. G. GRECO, *Poteri amministrativi e esecuzione del contratto*, cit., p. 192.

Dunque, un episodio di riserva di autonomia amministrativa trasfonde nel contratto tutto il contenuto della specifica serie di prestazioni eseguibili da una microimpresa, che possono coincidere con quelle che più frequentemente entrano nella prassi contrattuale, per le medie e grandi imprese cui può chiersi un lavoro ampio ed eseguibile perché dispongono di una dimensione aziendale adeguata.

Questo potere di aprire il mercato alle aziende minori, vera ricchezza dell'economia nazionale, finisce per disegnare una situazione negoziale di immediata rilevanza sociale ed economica nel pubblico interesse che si attua mediante le realizzazioni di lavori, servizi o forniture dalle dimensioni adeguate a quelle delle imprese ammesse al concorso – ovviamente per affidamenti sottosoglia – non meno che attraverso un'attività amministrativa che coglie l'occasione del contratto pubblico per utilizzarlo anche alla luce dell'art. 97, comma 2, Cost.: sviluppo e imparzialità mediante la formulazione di un bando dal contenuto socio-economico in favore di categorie di operatori che altrimenti rimarrebbero indietro.

Nell'ambiente giuridico del contratto pubblico s'incontra l'esercizio sociale del potere di bando: clausole che si riferiscono ad interessi delle future generazioni, clausole per la salute e la sicurezza pubblica, "verdi", in zone speciali, richieste all'affidatario di contributo specifico per migliorare il risultato del procedimento.

Di rilievo deve ritenersi la riserva di giurisdizione amministrativa operata dal codice su diritti – come quello connesso alla revisione del prezzo contrattuale – che saranno assegnati in favore dell'affidatario se l'Amministrazione ne abbia *accertato* la spettanza ed il cui riconoscimento (*an*) si traduca in un provvedimento amministrativo unilaterale, come ha chiarito Cass., Sez. Un., civ., 17 aprile 2009, n. 9152.

Il codice, all'art. 60, nulla dispone in ordine alla giurisdizione nel caso di conflitto di interessi tra affidatario che pretende e stazione appaltante che nega la presenza delle condizioni oggettive che – a titolo di revisione dei prezzi convenuti – determinano una variazione del costo dell'opera, servizio o fornitura superiore al 5% dell'importo complessivo previsto e operano nella misura dell'80% della variazione stessa.

Deve ritenersi, pertanto, significativo il duplice intervento del giudice amministrativo per l'*an* e per il *quantum* che si deve al codice del processo amministrativo (art. 133, lett. e) che sancisce la sua giurisdizione per una questione che presenta unicità di interesse e di oggetto.

E non può dirsi che si tratti di una fattispecie eccezionale, in quanto la giurisdizione amministrativa esclusiva in materia, prevista ormai nel c.p.a., sulla base iniziale del citato d.lgs. n. 80/1998 e oggi completata con il nuovo codice,



trova concreta applicazione anche nella seconda fase del provvedimento di revisione dei prezzi dell'appalto o della concessione, quella della determinazione del *quantum*, intrisa di diritti soggettivi in ordine ai quali la stazione appaltante dispone, negando o riconoscendo le richieste – o parte di esse – del gestore.

Dunque, l'esercizio di un potere amministrativo sull'episodio contrattuale della pretesa dell'affidatario concessionario di ottenere la revisione del prezzo per eventi imprevedibili che ne abbiano modificato – in ragione dell'aumento dei costi contrattuali – la rispondenza al sinallagma come era all'origine del rapporto contrattuale e conseguente giurisdizione amministrativa, come è pacifico, ha meritato l'esplicita riconsiderazione del legislatore anche alla luce delle direttive comunitarie e del valore dell'unicità indissolubile di un rapporto contenzioso che ha una sola origine (l'istanza privata di revisione dei prezzi contrattuali) ed un solo termine, pagamento o rifiuto delle somme revisionali, commisurate, peraltro, agli indici Istat.

#### 11. *Gli organi amministrativi disciplinati dal codice e la loro rilevanza. Il RUP, i soggetti aggregatori, i tavoli tecnici.*

Un esame sintetico dell'imponente serie di organi di consulenza, controllo, gestione e giustizia introdotta nel codice dei contratti pubblici vigente può forse opportunamente aiutare a costruire i presupposti dell'analisi concernente la natura giuridica di un contratto di appalto (e, come vedremo, della concessione e relativa convenzione).

Con l'entrata in vigore del codice, la figura del responsabile unico del progetto (cui è dedicato largo spazio all'art. 15, nel Titolo II della parte I sui principi), che deve identificarsi in un dirigente pubblico, assume maggior rilievo pur nella collaborazione con il direttore dei lavori: entrambi funzionari dotati di poteri specifici da esercitarsi in modalità perentoria nei confronti dell'affidatario che, per avventura, non rispetti obblighi di prestazione di qualsiasi rilievo nel corso dell'esecuzione del contratto.

Il RUP è nominato "nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare mediante un contratto" dalla stazione appaltante o dall'ente concedente "per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al codice".

La sua nomina è, per questo motivo, indicata nel bando o nell'avviso di indizione di gara o, in mancanza, nell'*invito a presentare un'offerta* o, infine, nel *provvedimento di affidamento diretto*.

Si tratta di un funzionario con mansioni dirigenziali tecniche che esegue il compito di assicurare il risultato dell'intervento pubblico fino al suo traguardo del collaudo definitivo, svolgendo *tutte le attività indicate* in ben nove articoli a lui dedicati nell'allegato 1.2 della parte III del codice *o che siano comunque necessarie*: un vero e proprio arbitro operativo e dotato di competenze per interventi correttivi o sanzionatori in relazione alla conduzione dell'affidamento ed in particolare dotato, nei riguardi dell'affidatario, di ampia discrezionalità nei suoi interventi sull'*an, quomodo, quando* e, ovviamente, *quid*.

Quanto alle gare per acquisti di servizi e forniture il codice prevede una pluralità di tavoli tecnici di varia struttura e dotazione di competenza.

L'art. 6 dell'allegato I.5 disciplina le priorità del programma triennale degli acquisiti di forniture e servizi, programma che è corredato da elenchi e aggiornamenti annuali utili alle stazioni appaltanti inserite nell'AUSA, cioè nell'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, gestita dall'ANAC per un massimo di 35 soggetti, come Consip e una centrale di committenza per ogni regione.

In realtà, il soggetto aggregatore è una centrale di committenza qualificata e abilitata all'approvvigionamento di lavori, beni e servizi per conto dei soggetti che devono avvalersene.

Si tende, come abbiamo accennato, alla centralizzazione degli acquisti, individuando alcune categorie di spesa di rilievo particolare nell'economia dei contratti pubblici.

L'elenco comprende operazioni superiori a 1 milione di euro rientranti nelle previsioni delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti e deve essere comunicato ogni anno entro ottobre al *tavolo tecnico dei soggetti aggregatori*, che costituiscono lo strumento per la centralizzazione degli acquisiti di alcune materie prime di rilievo, come previsto dalla norma che li ha istituiti, l'art. 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, (conv. legge 23 giugno 2014, n. 89)<sup>30</sup>.

La norma di cui all'allegato I.14 detta rilevanti criteri sulla determinazione dei *prezzi* delle materie oggetto di appalto pubblico, offrendo alle Regioni una posizione di rilievo a proposito della loro determinazione.

Proprio per *consentire un efficace e organizzato sistema di formazione del prezziario*, le Regioni dovrebbero dotarsi di un *modello organizzativo*: semplificazione, promozione dell'efficienza e imparzialità, compito delicato in quanto

---

<sup>30</sup> La funzione del soggetto aggregatore presuppone quella di centrale di committenza, ma nel contempo la supera, costituendo la prima una forma evoluta della seconda, in quanto si tratta di centrale di committenza qualificata ed abilitata all'approvvigionamento di lavori, beni e servizi per conto dei soggetti che se ne avvalgono (cfr. determinazione ANAC n. 3/2015).

il prezzario regionale coinvolge *interessi pubblici e privati fra loro potenzialmente confliggenti* (art. 6).

Presso il MIT è costituito un *tavolo di coordinamento*<sup>31</sup> con varie funzioni concernenti i movimenti dei prezzi delle materie più rilevanti in relazione agli appalti pubblici.

Essendo le Regioni titolari di un proprio prezzario, il coordinamento ministeriale è anzitutto svolto nei confronti dei diversi approdi dell'attività regionale.

Sempre il MIT ospita un *tavolo tecnico di consultazione* ricco di figure delle istituzioni dello sviluppo tecnico che annovera: due dipendenti ministeriali, di cui uno coordinatore dell'attività del tavolo, quattro componenti di nomina della conferenza regionale, uno di ITACA, uno dell'ANCI, uno dei provveditori interregionali per le opere pubbliche, uno dell'Autorità di sistema portuale, dell'ANAC, dell'Istat, dell'Unioncamere, della RFI, di ANAS s.p.a., della rete delle professioni tecniche, delle categorie sindacali e cinque degli operatori economici.

Questo rilevante collegio che rispecchia una realtà istituzionale, come abbiamo osservato, di ampio spettro (art. 6, all. I.14): deve tentare un confronto tra le parti per farne sortire il miglioramento e l'omogeneizzazione dell'attività di rilevazione dei prezzi e dei costi, delle modalità di campionamento, proporre modifiche alla lista dei materiali dei prodotti da tenere sotto monitoraggio e avvalersi del monitoraggio del tavolo tecnico di consultazione.

Un terzo tavolo tecnico, denominato *di coordinamento e monitoraggio*, è istituito presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici (art. 3, all. II.15)<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Con cinque rappresentanti delle Regioni, un rappresentante di ITACA e cinque del MIT.

Può osservarsi preliminarmente che ITACA è dal 1996 struttura regionale della conferenza delle regioni e province autonome come istituto per l'innovazione e la trasparenza degli appalti e della compatibilità ambientale. L'ampio spettro di competenze, soprattutto in tema di appalti, prevede anche un ruolo determinante in urbanistica almeno dal 2001, data di entrata in vigore del protocollo ITACA, contenente le valutazioni per l'edilizia sostenibile.

Tra le funzioni del tavolo di coordinamento: prendere le mosse per ogni valutazione dai prezzari regionali; individuare subito dopo i prodotti più rilevanti per il monitoraggio dei prezzi effettuato su base regionale; pubblicazione di analisi concernenti variazioni eccezionali di materiali rilevanti; istituire un metodo informativo di *transcodifica, classificazione e cooperazione* applicativa fino all'*interazione diretta con i metodi e strumenti di modellazione informativa (bim)*; condivisione della metodologia di rilevazione.

<sup>32</sup> Anch'esso raccoglie una quantità di rappresentanti di istituzioni: due del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di cui un coordinatore, due della conferenza delle regioni e province autonome, uno dei provveditorati regionali per le opere pubbliche del MIT, due rappresentanti di laboratorio designati dalle associazioni di categoria, uno dell'Autorità di sistema por-

Riunendosi almeno tre volte l'anno, deve fornire supporto per l'applicazione dei criteri fissati dal codice per la determinazione dei prezzi per gli accertamenti di laboratorio per le verifiche tecniche.

L'intensificarsi dei tavoli tecnici sembra voler confermare l'intento del legislatore di non risparmiare sulla realizzazione di una vera e propria barriera attiva, a tutela dell'interesse pubblico in ogni fase del complesso procedimento che porta dalla programmazione triennale alla realizzazione dell'opera pubblica, del servizio o della fornitura pubblica.

I tre tavoli qui richiamati sono interessati, ancor prima che al risultato, alla rapidità dell'azione amministrativa, al fine del contenimento di tutti i costi che caratterizzano le diverse fasi del contratto pubblico di appalto o di concessione.

## 12. Segue: *la Cabina di regia e il CIPESS*.

Rileva anche la conferma nel codice della *Cabina di regia* (e della relativa segreteria particolare) presso il presidente del Consiglio dei ministri (art. 221 nella parte II, "Della governance", del Libro V), che offre per il contratto pubblico un notevole rilievo alle garanzie collocate dall'ordinamento al vertice dell'organizzazione amministrativa, è definita *sede istituzionale* per il coordinamento, nell'attuazione del codice, delle proposte della sua modifica, da esplicitare entro il settimo mese dall'efficacia del codice, dal 31 luglio 2023, per il compito di indirizzo delle stazioni appaltanti, all'uopo allestendo un *helpdesk*, ed entro il tredicesimo mese una relazione sulle attività dell'*helpdesk* che si completa con una relazione di controllo anche avvalendosi dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

A quest'ultima autorità la Cabina segnala, per gli interventi di sua competenza, sulla base delle informazioni ricevute, eventuali violazioni specifiche o problemi sistemici, con informazioni sulle cause più frequenti di non concreta applicazione, anche nella fase dell'esecuzione contrattuale, o di incertezza giuridica, compresi possibili problemi strutturali i cui aspetti principali sono da comunicare alla Commissione europea, essendo la Cabina la struttura nazionale di riferimento per la cooperazione con la Commissione, tenuta allo scambio di qualsiasi informazione utile sull'applicazione delle norme del codice.

La Cabina di regia si avvale di un organismo tecnico-politico, il CIPESS (comitato interministeriale per la programmazione economica – CIPE – one-

---

tuale, dell'ENAC, dell'Istat, dell'ANCE, dell'Unioncamere, di RFI, dell'ANAS s.p.a., della rete delle professioni tecniche; oltre ad eventuali esperti invitati a partecipare senza compenso.

rato anche di gestire, sin dal primo sottoprogramma, lo *sviluppo sostenibile*), che elabora specifiche politiche per servizi e forniture, predisponendo un piano nazionale dei servizi strategici per il Paese ad alto contenuto innovativo e di investimento in tecnologia, anche attraverso consultazioni periodiche con operatori economici, il cui risultato conferisce, con l'approvazione della Cabina, agli uffici dell'Unione.

Espleta anche il compito di effettuare la previsione delle modalità di attuazione di progetti specifici, collaborando con le centrali di committenza cui può affidare i compiti suddetti: ciò caratterizza questo organo che dunque controlla dal vertice organizzativo della *governance* dell'attività contrattuale pubblica il rispetto delle norme vigenti e lega la sua esperienza a procedimenti previsti nei rapporti formali e tipicizzati con la Commissione<sup>33</sup>.

### 13. Segue: *struttura tecnica di missione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*.

Della *governance* fa parte anche una *struttura tecnica di missione* del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che trova fonte nel d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, con compiti di promozione di tutte le infrastrutture e che rappresenta anch'essa un organismo di vigilanza che, coinvolgendo le Regioni interessate, esercita i suoi poteri improntando le scelte al principio di leale collaborazione con tutti gli enti territoriali.

Vi partecipano dirigenti e dipendenti in servizio nel Ministero, ma anche professionisti esperti, assunti a t.d. mediante provvedimento – un decreto – ministeriale.

La struttura così composta svolge anche le funzioni del nucleo di valutazione e verifica degli investimenti pubblici<sup>34</sup>.

I sette compiti ad essa assegnati dalla norma di cui all'art. 223 consistono nella promozione e nella ricezione di proposte degli enti aggiudicatori con il metodo dell'intesa-quadro che induce ad un congiunto coordinamento.

La struttura supporta il CIPESS e coordina le iniziative per l'attuazione de-

---

<sup>33</sup> Sui procedimenti composti, come quello appena descritto, cfr. G. MASTRODONATO, *Procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Bari, 2008; *amplius*, ID., *Profili procedurali della nuova amministrazione condivisa in Europa*, Bari, 2018.

<sup>34</sup> Non può tacersi una perplessità a proposito dell'inquadramento in dipendenza funzionale del nucleo di valutazione e verifica degli investimenti pubblici che sono principalmente quelli del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti: controllore di se stesso.

gli interventi diretti alla realizzazione o alla manutenzione delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale come qualificate con delibera governativa su proposta dei ministri competenti e sentite le Regioni interessate, oppure su proposta delle Regioni direttamente al Governo sentiti i ministri competenti.

14. Segue: *il Consiglio superiore dei lavori pubblici e le infrastrutture strategiche. L'osservatorio e il tavolo tecnico del Consiglio superiore. I commissari straordinari del ministro.*

Il Consiglio superiore dei lavori pubblici, organo che opera con indipendenza di giudizio e di valutazione (art. 46, comma 1) ed è dotato di piena autonomia funzionale e organizzativa, costituisce un comitato speciale per l'esame dei progetti delle *infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale*, avendo cura dei beni archeologici eventualmente presenti negli interventi e coinvolgendo in particolare la competente Soprintendenza mediante un'apposita conferenza di servizi disciplinata dall'art. 38, comma 3<sup>35</sup>.

Il ruolo del Consiglio superiore non viene meno nel nuovo codice perché i progetti statali o quelli di altri enti cui lo Stato attribuisca un finanziamento minimo del 50% del loro costo di realizzazione devono essere approvati dal Consiglio per legittimare la loro devoluzione nella gara pubblica.

Anche un osservatorio che consente un prezioso monitoraggio, quando necessario, rende l'esercizio del potere del Consiglio superiore assai rilevante nel quadro della programmazione come in quello dell'esecuzione del contratto di appalto pubblico.

All'interno del medesimo ambiente organizzativo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, un ulteriore organo di controllo-gestione viene previsto dalla stessa norma "per agevolare, sin dall'inizio della fase istruttoria, la realizzazione di infrastrutture e insediamenti prioritari: il ministro delle infrastrut-

---

<sup>35</sup> L'art. 39 ricalca l'istituto del "dissenso qualificato" che provenga, con riferimento a questi appalti – di spiccato rilievo economico-sociale, con ricadute innegabilmente cospicue sulla ricchezza nazionale – che sono stati dedotti in gara, dalle autorità preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, della tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini: organi che possono proporre opposizione (art. 14-*quinquies*, comma 1, legge n. 241/1990) al Presidente del Consiglio dei ministri se abbiano espresso un motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza.

Per le amministrazioni statali, l'opposizione deve essere proposta dal ministro competente.

ture e dei trasporti, sentiti i ministri competenti, nonché i presidenti delle Regioni o Province autonome interessate, propone al presidente del Consiglio dei ministri la nomina di commissari straordinari, i quali seguono l'andamento delle opere e provvedono alle opportune azioni di indirizzo e supporto”.

Essi hanno il compito di promuovere “attività di prevenzione dell’insorgenza dei conflitti e dei contenziosi, anche con riferimento alle esigenze delle comunità locali, nonché le occorrenti intese tra i soggetti pubblici e privati interessati.

Nell’espletamento delle suddette attività, e nel caso di particolare complessità delle stesse, il commissario straordinario può essere affiancato da un sub-commissario, nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei presidenti delle Regioni o Province autonome territorialmente coinvolte, con oneri a carico delle Regioni o Province autonome proponenti”.

È da rilevare che i commissari straordinari, istituiti per interventi complessi quando ritenuto necessario dal ministro e in rapporto al rilievo economico dell’infrastruttura, agiscono anche in deroga alle norme, non ai principi, del codice degli appalti (art. 9, d.l. n. 76/2020).

Centrali sono – come abbiamo visto – i nuovi poteri del RUP e del direttore dei lavori, l’istituzione di una struttura tecnica di missione (art. 223), i commissari straordinari del MIT, i due tavoli tecnici del MIT, il tavolo tecnico del Consiglio superiore dei lavori pubblici, il comitato speciale costituito al suo interno, l’osservatorio e la banca dati gestiti anche con il monitoraggio dell’ANAC, i poteri dell’ANAC, i soggetti aggregatori, la conferma della Cabina di regia e della segreteria tecnica, entrambe presso la presidenza del Consiglio dei ministri, che riguardano anche l’attività dell’ufficio centrale presso la ragioneria generale e che risultano strumentali all’attività del CIPESS.

### 15. *Controlli e garanzie di legittimità nella governance: l’ANAC.*

Rilievo specifico nel settore dei controlli e delle garanzie di legittimità nella *governance* assume nel codice l’Autorità nazionale anticorruzione disciplinata soprattutto nella parte II (*Della governance*) del Libro V (*Del contenzioso e dell’autorità nazionale anticorruzione*), dopo che nella parte I (*Del contenzioso*), con l’art. 220, il codice ha disciplinato i *pareri di precontenzioso* e il perimetro della *legittimazione ad agire dell’ANAC*.

Quest’ultima autorità, definita nell’art. 222, è dotata – a nostro avviso – di potere non minore che in precedenza (art. 213, d.lgs. n. 50/2016; artt. 6 e 8,

d.lgs. n. 163/2006) ed esprime i pareri – che l’art. 220 del codice definisce di *precontenzioso* – chiesti dalla stazione appaltante, dal concedente e da una o più delle altre parti *su questioni insorte durante lo svolgimento* delle procedure di gara, operando in un sistema, prettamente pubblicistico, alquanto complesso.

L’*operatore economico* che abbia chiesto il parere o che abbia aderito alla richiesta di altri soggetti “lo può impugnare per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia”.

Trattasi di evidenza dell’unitarietà del rapporto tra Stato banditore e aggiudicatario o concessionario, che possono adire il giudice amministrativo anche nella fase esecutiva contro l’intervento consultivo di ANAC.

Dal canto suo, “se la stazione appaltante o l’ente concedente non intende conformarsi al parere, comunica, con un provvedimento adottato entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all’ANAC, che può ricorrere in giudizio contro i bandi, gli altri atti generali e i provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto emessi da qualsiasi stazione appaltante” qualora intenda lamentare la violazione delle norme sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Inoltre, se l’ANAC ritenga la presenza di gravi violazioni del codice emette, entro sessanta giorni dal ricevimento della notizia, un **parere motivato** nel quale articola specificamente e d’iniziativa i vizi di legittimità riscontrati.

Discrezionalmente è determinato dalla stessa Autorità il termine massimo, che decorre dall’adozione o dalla pubblicazione dell’atto contenente la violazione, entro il quale il suo parere può essere emesso.

Se la stazione appaltante che lo riceve non vi si conformi entro trenta giorni, l’Autorità può ricorrere entro i successivi trenta giorni innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell’art. 120 c.p.a., di cui all’allegato 1 del codice.

Ai fini di ciò che intendiamo sostenere, deve osservarsi che, utilizzando questi poteri penetranti – ne vedremo ancora di altri *infra* – e di certo contrapposti ad un esercizio incontrollato dei poteri della stazione appaltante o ad una pretesa inaccoglibile dell’affidatario, l’ANAC (a mente del comma 4 dell’art. 220) esercita, con proprio regolamento, il potere di individuare i casi e le tipologie di *provvedimenti, anche relativi alla fase esecutiva*, con esplicito riferimento ai quali esercita tutti i poteri cui abbiamo fatto cenno.

L’amplissimo, se così si può definire, rilievo delle attribuzioni riservate dall’ordinamento all’Autorità per evitare pregiudizi all’interesse pubblico anche nella fase contrattuale non ha bisogno di commenti: l’impronta rigorosamente pubblicistica che le leggi coniano per il contratto pubblico non sembra favorire una prospettiva di ingresso del giudice ordinario sull’esercizio del potere amministrativo attribuite dalla legge.



Si realizzerebbe, in tale ipotesi di scuola, un'evidente invasione nella competenza di un organo amministrativo dotato per legge di poteri di vigilanza e garanzia anche sul comportamento dell'affidatario o del concessionario durante l'esecuzione del contratto (e non venendo in questione il diritto alla tutela della *privacy*, che trova protezione presso un'apposita autorità amministrativa, i cui provvedimenti sono ricorribili dinanzi al giudice ordinario, a differenza dell'impugnativa degli atti di tutte le altre autorità amministrative indipendenti senza ulteriori eccezioni).

### 15.1. *Le SOA sotto controllo stretto dell'ANAC.*

Tra i rapporti giuridici presenti nella fase esecutiva dell'appalto e della concessione gestiti dall'ANAC rileva in modo particolare quello tra le imprese concorrenti e le SOA, società organismi di attestazione, che accertano e certificano la presenza nelle imprese esecutrici di lavori pubblici degli elementi di qualificazione necessari per partecipare alle gare ad evidenza pubblica per lavori, servizi e forniture.

La loro funzione è, dunque, di rilievo perché senza l'attestazione SOA l'impresa mai potrebbe ricevere un incarico esecutivo pubblico.

Ma va considerato che le SOA non possono operare senza l'autorizzazione dell'ANAC, il che offre una, se pur limitata, conferma che anche la fase contrattuale appare dominata dall'Autorità nazionale anticorruzione.

In particolare, il riferimento all'"autorizzazione degli organismi di attestazione" è disciplinato dal codice (parte II, all. II.12), che all'art. 5 si occupa dei "Requisiti generali e di indipendenza delle SOA" e all'art. 12 della "Vigilanza dell'ANAC" mediante ispezioni senza preavviso su "istanza di un operatore economico ovvero di una SOA o di una stazione appaltante o ente concedente".

Esaurito l'accertamento dei fatti, che segue senza alcuna partecipazione, istruttoria segreta, e *sentita l'impresa* sottoposta a verifica, l'ANAC provvede entro 60 gg. ad indicare alla SOA le eventuali condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto stipulato, ovvero a *chiedere* alla SOA di sospendere o annullare l'attestazione.

Se la SOA trasgredisca, l'ANAC, *ove non ostino ragioni di urgenza*, provvede d'ufficio a sospendere o annullare l'attestazione dandone tempestiva comunicazione alla SOA e all'impresa interessata.

L'ANAC verifica a campione le attestazioni SOA.

La norma di cui all'art. 13 prevede che l'ANAC irroghi sanzioni per le SOA: oltre a quelle pecuniarie, "in caso di violazioni commesse, secondo valu-

tazione da parte dell'ANAC, con dolo o colpa grave", la sospensione sino a 120 gg. nei tre casi di più violazioni descritti dall'art. 13, comma 1 (mancata comunicazione, difetto di documentazione e omissione di risposta ad una richiesta di chiarimenti dell'ANAC).

Violazioni successive alla sospensione complessiva di 120 gg. possono comportare la decadenza della SOA <sup>36</sup>.

In altri sei casi tipicizzati è prevista direttamente la decadenza dell'autorizzazione.

L'iniziativa dei procedimenti di sanzione economica o di decadenza spetta, dunque, all'ANAC, che può disporre *tutte le audizioni e le acquisizioni documentali necessarie*, nel rispetto del contraddittorio, con termini da osservare per le comunicazioni.

Le imprese coinvolte nella sospensione della SOA dovranno indicare sollecitamente un'altra SOA.

Nel caso di decadenza dell'autorizzazione, la sostituzione deve avere luogo entro i 30 gg. successivi alla comunicazione ricevuta; nei successivi 45 gg., l'ANAC, se l'impresa non abbia provveduto, designa d'ufficio una nuova SOA secondo criteri oggettivi e determinati.

In caso di sospensione o decadenza dell'autorizzazione, l'ANAC non concede il nullaosta ad operazioni che comportino il trasferimento aziendale tra SOA.

Il potere dell'ANAC, dunque, si conferma assai ampio: il codice le affida compiti fondamentali il cui favorevole espletamento costituisce *conditio sine qua non* per l'intera esecuzione dell'accordo contrattuale.

---

<sup>36</sup> Risultano sanzioni dell'ANAC fino ad un massimo di €. 50.000 per le seguenti condotte delle SOA: a) trasmissione di informazioni, dati o atti non veritieri, compresi quelli forniti alla SOA dall'impresa; b) violazione delle norme sui procedimenti concernenti le SOA; c) mancato rispetto delle condizioni previste dall'art. 12, comma 1 (le SOA operino secondo procedure presentate in sede di richiesta di autorizzazione e approvate dall'ANAC stessa; si sottraggano a qualsiasi conflitto di interesse; rispettino la forma delle attestazioni; applichino le tariffe previste in tabella; svolgano la propria attività conformemente a quanto previsto dall'art. 11); d) invio di comunicazioni o documentazione inesatte o non veritiere; e) inadempimento all'art. 17, comma 3; f) inadempimento all'art. 21, comma 7; g) inadempimento agli obblighi di inserimento nel casellario informatico stabiliti dall'ANAC ex art. 222, comma 10.

Qualora l'ANAC *valuti* le violazioni come commesse per dolo o colpa grave, si applica la sanzione della sospensione della SOA, che può arrivare sino ad un anno per recidiva.

## 16. *Il peso dell'interesse pubblico e il risultato derivante dall'aggiudicazione.*

Resta da rilevare che, tra i controlli, le valutazioni politiche, i nuovi principi di leale collaborazione, il Libro V (*Del contenzioso e dell'Autorità nazionale anticorruzione*), nel Titolo I (*I ricorsi giurisdizionali*), introduce modifiche al codice del processo amministrativo (art. 209), sostituendo l'art. 120 c.p.a., abbreviando a trenta giorni il termine per il ricorso al TAR competente contro le conclusioni delle procedure di affidamento e di concessione, compresi la progettazione e i provvedimenti dell'ANAC.

Quindici sono i giorni previsti per il deposito della sentenza; la fase cautelare è intersecata dall'ipotesi della cauzione addebitata al ricorrente che ottenga, eccezionalmente, la sospensione degli atti e dei relativi lavori fonte del danno dedotto in giudizio.

Si tratta di restrizioni all'esercizio della funzione giurisdizionale del TAR e del Consiglio di Stato e del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana che, applicando una previsione già in vigore nella disciplina del giudizio amministrativo (art. 125 c.p.a.), la rendono spesso denegatoria dell'istanza di giustizia amministrativa in nome del preminente interesse nazionale, spostando l'oggetto del contendere sul risarcimento del danno per equivalente, non in forma specifica.

Questa, può osservarsi, è una delle principali conseguenze del peso dell'interesse pubblico alla rapida e perfetta (dopo tutti i controlli previsti ...) realizzazione di opere o servizi o forniture o attività tipica dei concessionari pubblici cui l'ordinamento non fornisce una disciplina tecnica per il successo economico dell'iniziativa voluta nella sua autodeterminazione dal soggetto amministrativo all'atto della loro programmazione.

Assai di più le norme del codice rispondono con evidenza al fine espresso nell'ordinamento di settore di realizzare, mediante l'esecuzione del progetto approvato dall'Amministrazione, un'attività, tutta rivolta con esclusivo orientamento verso l'immediato consenso, al successivo sviluppo del rapporto della libertà con l'autorità.

Infatti, opere, servizi, forniture, concessioni rappresentano l'uscita dello Stato dagli archivi e dai compiti quotidiani per la realizzazione di un *quid* richiesto dalla società, da gruppi di cittadini.

È il più evidente e subito percepibile effetto della c.d. spesa pubblica di investimento che presuppone sviluppo sociale nella libertà (più strade necessarie, adeguatamente mantenute, ospedali, scuole, verde urbano, trasporti urbani anche di diversamente abili, ecc.) e sviluppo positivo della concezione che i

cittadini coltivano nei confronti della *loro* Autorità che, come deve, si occupa del *loro* bisogno di sviluppo: li *serve*.

Può, dunque, ritenersi che nel processo finalmente reale di riforma *in fieri*, che da qualche anno interessa l'organizzazione e l'azione amministrativa, reso necessario per ottenere i risultati prefigurati nel *Next Generation EU* e nel PNRR, si configurino anche le tre misure subito adottate dal Governo: d.l. 16 luglio 2020, n. 76 sulla *semplificazione*; d.l. 31 maggio 2021, n. 77 sul PNRR (c.d. decreto *governance* e, ancora, semplificazioni); d.l. 16 giugno 2022, n. 68 ("Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo delle infrastrutture, dei trasporti e della mobilità sostenibile, nonché in materia di grandi eventi e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili")<sup>37</sup>.

Le leggi appena citate recano misure speciali in favore di una realizzazione degli interventi sollecita e puntuale – quelli, intende la norma di piano, di carattere strutturale non episodico – volti allo sviluppo dell'economia e del sociale.

Tre le direttrici principali:

- a) rimozione del fenomeno della c.d. paura della firma;
- b) introduzione di meccanismi procedurali sostitutivi di quelli vigenti e di misure di semplificazione;
- c) previsione di rimedi intesi a favorire la de-giurisdizionalizzazione dei contenziosi e a scongiurare che le misure cautelari chieste al giudice amministrativo incidano negativamente sulle stipulazioni dei contratti pubblici.

Sulla prima direttrice si consideri che con il piano nazionale complementare rispetto al PNRR è prevalso in generale nell'ordinamento delle garanzie di risultato il valore della realizzazione rapida degli interventi previsti, valore che si concretizza attraverso nuove misure strutturali per curare l'incremento della ricchezza nazionale con più facilità (si prevede – in principio – la prevalenza del fare sul fare legittimamente): ne costituiscono esempi la rimozione della paura che assale la *soi-disant* burocrazia difensiva. Qui si incontrano l'assai discussa abrogazione della previsione dell'art. 323 c.p. concernente il reato di abuso d'ufficio, con legge 9 agosto 2024, n. 114, promulgata al limite della scadenza dei trenta gironi e pubblicata in *G.U.* n. 187 del successivo 10 ago-

---

<sup>37</sup> Non è questa la sede per affrontare il tema complesso della semplificazione amministrativa che, negli interventi legislativi più recenti, sembra avviato nella direzione di regolamentazioni specifiche e speciali in settori ritenuti strategici verso obiettivi politico-amministrativi del governo.

sto, tra molte perplessità<sup>38</sup>. Su tutt'altro piano, l'introduzione di rimedi volti a favorire la de-giurisdizionalizzazione dei conflitti e a deflazionare i ricorsi al giudice amministrativo, vale a dire ciò che abitualmente ritarda la stipula e l'esecuzione dei contratti.

### 17. *Il Collegio consultivo tecnico.*

Tralasciate le ulteriori disposizioni che modificano il c.p.a. con il rito speciale e a termini abbreviati, rito concepito per favorire la realizzabilità delle opere passate al vaglio delle diverse istanze di *governance* e di controllo competenti, si incontrano, nel Titolo II ("I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale"), l'accordo bonario per i lavori (art. 210), per i servizi e per le forniture (art. 211), la transazione (art. 212), l'arbitrato (artt. 213-214), il Collegio consultivo tecnico (artt. 215-219), infine il parere precontenzioso e la legittimazione ad agire dell'ANAC (art. 220).

È, infatti, in questo contesto che il Collegio consultivo tecnico si afferma come organismo di de-giurisdizionalizzazione – la cui costituzione, ad iniziativa della stazione appaltante, è obbligatoria per i lavori oltre soglia e oltre un milione di euro per servizi e forniture –, di natura giuridica esclusivamente pubblica (nonostante l'eventuale partecipazione minoritaria anche di un privato di fiducia dell'affidatario) concepito al fine di garantire l'interesse generale alla realizzazione tempestiva delle opere e, per quanto concerne la situazione attuale, al conseguimento dei finanziamenti previsti nel PNRR a seconda dello sviluppo delle opere e delle attività previste nel piano.

La reintroduzione e riqualificazione del Collegio consultivo tecnico (artt. 215-2019) quale struttura di garanzia consultiva ed eventualmente giustiziale dei rapporti che trovano origine nei contratti pubblici rappresenta una delle scelte più rilevanti del legislatore del codice.

---

<sup>38</sup> La c.d. *legge Nordio* reca *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*. A fronte della dialettica suscitata – anche immotivatamente in sede europea – il legislatore ha riformulato, sostituendolo integralmente, l'art. 346-bis c.p. – *Traffico di influenze illecite* – (art. 1, comma 1, lett. e), legge n. 114/2024, cit.) nonché il reato di peculato per distrazione, introdotto dall'art. 9 del d.l. 4 luglio 2024, n. 92, conv. in legge 8 agosto 2024, n. 112 – *Misure urgenti in materia penitenziaria, di giustizia civile e penale e di personale del Ministero della Giustizia* – intendendo con le suddette garanzie penali reprimere comportamenti collaterali all'abuso d'ufficio e sostituire quest'ultima fattispecie con le due nuove e più incisive formule normative del traffico illecito di influenze e del peculato per distrazione.

Previsto in parte come una sorta di ADR, collocato com'è stato dall'art. 207 del d.lgs. n. 50/2016 tra i "rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale", il Collegio consultivo tecnico ha subito l'abrogazione poco più di un anno dopo (art. 121, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), a seguito di un'implicita ma chiara qualificazione di inutilità. È stato nuovamente introdotto nell'ordinamento di settore proprio dei contratti pubblici con il d.l. 18 aprile 2019, n. 21 (decreto sblocca cantieri), all'art. 1, comma 11, disponendosene l'efficacia sino all'entrata in vigore del regolamento previsto dall'art. 216, comma 27-*octies* del codice dei contratti pubblici n. 50/2016 con il d.l. "semplificazioni" del 16 luglio 2020, n. 76.

L'art. 1, comma 11 è stato, a sua volta, abrogato e sostituito da una nuova disciplina fino al 30 giugno 2021, in attesa di linee guida del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibile, pervenute con d.m. 17 gennaio 2022, n. 12.

Il nuovo codice, in attuazione della delega di cui alla legge n. 78/2022, ha confermato l'obbligatorietà dell'istituzione del Collegio per tutti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: per i lavori sopra soglia eurounitaria, e, quanto ai servizi e forniture, per importi da un minimo di un milione di euro.

Il testo non è lontano da quello del d.l. n. 76/2020.

Nella logica dell'Amministrazione di risultato, il Collegio consultivo tecnico, formato da tre o cinque – per i casi più complessi – componenti nominati dalla stazione appaltante (architetti, ingegneri, giuristi ed economisti esperti del settore)<sup>39</sup>, sembra voler coniugare la de-giurisdizionalizzazione dei conflitti, rimessa alla libera disponibilità delle parti, con la forma di un organismo di marca prettamente pubblicistica, concepito al fine di garantire l'interesse generale alla realizzazione tempestiva delle opere e al conseguimento dei relativi finanziamenti europei.

Infatti, il Collegio rende pareri obbligatori sulla sospensione dell'esecuzione dell'opera o del servizio e risolve rapidamente le controversie, le dispute tecni-

---

<sup>39</sup> Secondo l'allegato V.2, art. 1, comma 2: "I componenti del Collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini uno o due componenti, individuati anche tra il proprio personale dipendente ovvero tra persone a esse legate da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa in possesso dei requisiti previsti dal comma 1, e che il terzo o il quinto componente, con funzioni di presidente, sia scelto dai componenti di nomina di parte. Nel caso in cui le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente entro il termine indicato al comma 1 dell'articolo 2, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle Regioni, dalle Province autonome di Trento e di Bolzano o dalle Città metropolitane per le opere di rispettivo interesse".

che suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto, attraverso sue "determinazioni" (art. 6, comma 1) (funzione di *dispute avoidance* tipica dei *dispute review boards*) e di risoluzione delle controversie sorte (funzione di *dispute adjudication* riferibile ai *dispute adjudication boards*)<sup>40</sup>.

Deve essere istituito dalla stazione appaltante che nomina i propri rappresentanti non oltre 10 gg. dalla data di avvio contrattuale dell'esecuzione dell'affidamento.

Entro 15 gg. dall'accettazione dell'incarico da parte del Presidente, deve intervenire l'insediamento del Collegio, consentendosi in quell'occasione una dichiarazione di non voler attribuire alle sue pronunce il valore di lodo contrattuale *ex art.* 808 c.p.c.; in mancanza, il Collegio fungerà da arbitro irrituale e non può più dare pareri attinenti ad aspetti che si possano collegare a risvolti oggetto di contenzioso.

Il Collegio non è giudice, né un Collegio arbitrale paragonabile a tutti quelli fin qui noti, né può scambiarsi per un'istituzione giustiziale, almeno per quattro buone ragioni:

– La prima:

a) il Collegio interviene con pareri obbligatori e/o con lodo che conclude un processo arbitrale irrituale per *prevenire* ogni controversia in giudizio, salvo le impugnazioni civilistiche del lodo conclusivo.

Viceversa, quando non avvia la sua attività d'ufficio (vigilanza), ma interviene sul rapporto contrattuale, la sua decisione sarà impugnabile dinanzi al giudice amministrativo;

b) la giustizia amministrativa giustiziale si pronuncia su di un ricorso proposto in via amministrativa all'organismo competente, anche da una parte privata contro un organo o un soggetto amministrativo.

Così anche le ADR che, peraltro raramente, si formano tuttora per decidere una controversia contro una pubblica Amministrazione (e, in tal caso, con riserva del successivo intervento eventuale del giudice amministrativo).

– La seconda:

a) il Collegio nasce con lo scopo di prevenire i conflitti, ma come arbitro

---

<sup>40</sup> Cfr. su questo tema una recente elaborazione critica nella monografia di P. OTRANTO, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle adr di diritto pubblico. L'esperienza dei dispute boards e del collegio consultivo tecnico*, Napoli, 2023.

Prima ancora cfr. C. VOLPE, *Il collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, in *giustizia-amministrativa.it*, 17 novembre 2020.

irrituale deve perseguire la finalità del Collegio, che è quella di collaborare nel raggiungimento del risultato<sup>41</sup>, abolendosi in tal guisa le attese imposte, di necessità, dalla giustizia togata.

Deve, infatti, pronunciarsi entro 15 giorni (saranno 20, 30 – data la natura ordinatoria/sollecitatoria del termine – ma non oltre, tranne che per questioni molto complicate o di estremo rilievo), senza creare ingiustizie, ma, a parità o quasi parità di condizioni, deve preferire la parte che si è difesa impegnandosi a consegnare l'opera in un tempo minore rispetto all'altro concorrente portatore di un'offerta equivalente o anche assai lievemente migliore formulata, tuttavia, da chi ha trascurato ogni impegno per una conclusione rapida dell'esecuzione contrattuale.

La misura da rispettare in questo caso è questione delicata, ma l'evoluzione della giurisprudenza del Collegio saprà enucleare dalle prassi i necessari criteri da osservare tra offerta migliore e offerta che comporta le stesse garanzie della prima<sup>42</sup>;

b) l'organismo giustiziale dà ragione e deve rendere ragione a chi – a suo motivato avviso – merita giustizia.

– La terza:

a) La struttura stessa del Collegio consultivo tecnico esclude esplicitamente la terzietà dei suoi componenti;

b) la giustizia giustiziale procede, nelle sue varie figure, nel rispetto assoluto della **terzietà** dei componenti l'organo decisorio, nella sua intera composizione e nei confronti delle parti e anche dei soli interessi dedotti o deducibili nel giudizio<sup>43</sup>.

– La quarta:

a) Il Collegio non può essere avvicinato alla funzione di mediazione per effetto della costante prevalenza nella sua attività dell'obbligo di risultato;

b) Nulla di ciò nelle varie figure della giustizia giustiziale, che, oltre al ri-

---

<sup>41</sup> Cfr. art. 215, comma 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36: “Per prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti, ciascuna parte può chiedere la costituzione di un collegio consultivo tecnico”.

<sup>42</sup> Cfr. art. 215, comma 2, d.lgs. n. 36/2023: “Se la pronuncia assume valore di lodo contrattuale, l'attività di mediazione e conciliazione è comunque finalizzata alla scelta della migliore soluzione per la *celere* esecuzione dell'opera *a regola d'arte*” (adelante, Pedro, con juicio, si puedes).

<sup>43</sup> Le sorprendenti regole sulla costituzione del Collegio sono riportate essenzialmente nell'allegato V.2, art. 1, comma 2; sul quale cfr. *supra*, p. 47, *sub* nota 39.



spetto del principio del contraddittorio – per la verità imposto dalla legge anche al Collegio in funzione di arbitro irrituale –, tendono alla pacificazione delle parti mediante una pronuncia concordata o, in mancanza, decidono secondo diritto la controversia.

Se la stazione appaltante intenda risolvere il contratto con l'appaltatore che non procede nel lavoro, deve acquisire il preventivo *parere obbligatorio* del Collegio *anche in ordine alla possibilità che gravi motivi tecnici ed economici rendano preferibile (... si direbbe spesso oborto collo) la prosecuzione con il medesimo soggetto*. Per giunta la norma di cui all'art. 216 affida al Collegio quattro criteri alternativi per pervenire alla soluzione della controversia mediante il suo parere.

Quanto alla funzione arbitrale irrituale, emerge che “i tratti di un istituto di diritto comune (che, in questo caso, ha le proprie origini nell'esperienza della contrattualistica internazionale) risultano trasformati per effetto di principi e di norme che reggono l'azione delle pubbliche Amministrazioni”, con un crescendo di concettualizzazioni e di definizioni.

“Tale processo di contaminazione tra regole nazionali e sovranazionali, tra legge e contratto, tra modelli privatistici e pubblicistici, tra rimedi espressione di funzione giustiziale e sistemi di ADR su base negoziale, dà luogo ad un organismo attributario, al contempo, di compiti di consulenza e di risoluzione dei conflitti, in grado di operare durante l'esecuzione del contratto, che ibrida i tratti della mediazione e della conciliazione con quelli dell'arbitrato irrituale, al fine di pervenire ad una soluzione non necessariamente conforme a diritto, ma comunque orientata verso l'interesse generale”<sup>44</sup>.

Di notevole significazione per ragioni diverse sono le previsioni contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 215: “Il Collegio consultivo tecnico esprime pareri o, in assenza di una espressa volontà contraria, adotta determinazioni aventi natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del codice di procedura civile. Se la pronuncia assume valore di lodo contrattuale, l'attività di mediazione e conciliazione è comunque finalizzata alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte” (comma 2).

La scelta dovrebbe dunque avere, come abbiamo visto, una duplice finaliz-

---

<sup>44</sup> Cfr. P. OTRANTO, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*, cit., pp. 397-398. Successivamente cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Collegio consultivo tecnico e funzione amministrativa giustiziale*, in AA.VV., *L'attuazione del principio del risultato e della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici. Il modello del collegio consultivo tecnico. E-book della tavola rotonda del 3 ottobre 2023*, Deloitte Legal, 2024.

zazione: la prima consiste nel risultato di celere esecuzione dell'opera, la seconda quello del rispetto della *regola d'arte*.

Nel comma 3 si profilano due conseguenze ed uno *scudo*: "L'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. L'osservanza delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa".

Il trascurare, da parte del soggetto-agente, pareri o lodi del Collegio provoca danno erariale perché gravemente si inadempie agli obblighi contrattuali.

Il danno è presunto *juris tantum* dalla norma e sarà accertato se non mancherà l'iniziativa della stazione appaltante, il RUP, l'ANAC e la schiera numerosa di organismi di tutela della migliore attuazione del pubblico interesse nell'episodio contrattuale.

Viceversa, l'*osservanza delle determinazioni* del Collegio esime da eventuale responsabilità contabile chiunque si trovi ad applicarle, salva l'ipotesi della condotta dolosa.

## 18. *La disciplina delle concessioni di lavori e servizi: spunti introduttivi.*

Da ultimo ci occupiamo brevemente della disciplina delle concessioni di lavori e servizi (l'esempio più frequente è quello del *project financing*) che – avverte Greco – non possono essere assimilate agli accordi amministrativi di cui alla legge n. 241/1990, ma devono seguire la sorte procedimentale dei contratti, come prevedono da tempo le direttive europee.

La concessione di lavori o della gestione di servizi implica, com'è noto, anche nella disciplina del codice n. 36/2023, il trasferimento del rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi (art. 177).

La norma di cui all'art. 177 precisa: "per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto"; quanto al *lato dell'offerta*, il rischio è che la fornitura di lavoro o di servizi *non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto*.

Il rischio operativo *deriva da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti*.

Il principio di diritto che sostiene le concessioni cui si accenna prevede che l'*assetto di interessi dedotto nel contratto* deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, convenienza economica e, insieme, sostenibilità finanziaria.

Ma se il calcolo dei ricavi operato dal concessionario si riveli inadeguato, non per mero errore tecnico ma per fatto sopravvenuto, che abbia provocato la crisi della previsione economica, è ammesso un intervento pubblico di sostegno: un contributo finanziario, una prestazione di garanzia o una cessione di beni immobili; tuttavia il valore del contributo – in qualsiasi forma esso si caratterizzi – non può superare il limite percentuale espresso nelle decisioni di Eurostat, nel senso che, se fosse superiore, non potrebbe essere inserito tra i debiti fuori bilancio.

È rilevante osservare che al comma 6 il codice dispone: “Non si applicano le disposizioni sulla concessione, ma quelle sugli appalti, se l’ente concedente attraverso clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale sollevi l’operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l’operatore economico deve sostenere in relazione all’esecuzione del contratto”.

Segue una norma, anch’essa orientata alla cura dei probabili interessi del concessionario.

Infatti, se questi, per motivi imputabili al concedente o per forza maggiore, risulti indotto ad una *cessazione anticipata* della concessione, avrà diritto ad un indennizzo (secondo le previsioni della convenzione di concessione ormai qualificata come “contratto di concessione”), ma tale modello convenzionale *non esclude che il contratto si configuri come concessione*.

Sono evidenti le maglie larghe, indossando le quali il concedente può valutare con pieni poteri discrezionali (discrezionalità tecnica?) la legittimità del “sollevio” dell’operatore economico da perdite e quasi trasformarlo in un suo impiegato ben retribuito, al quale può anche convenire farsi *licenziare* anticipatamente perché l’indennizzo sarà comunque congruo (da leggere sin d’ora l’ultimo articolo sull’argomento, in tema di durata della concessione – art. 178).

Potere pubblico più esteso è arduo ricercare nel codice.

La concessione ha per legge (art. 178) una durata limitata, rimessa tuttavia all’ente concedente, che ha il compito di precisarla e renderla nota all’interessato.

La gestione della concessione si conferma densa di autoritarietà, tuttavia forse non sempre bene orientata: sono escluse proroghe del periodo di gestione che si rivela di durata ampia o breve già nella convenzione di affidamento, a seconda dell’importo degli investimenti previsti e convenzionati con l’affidamento, a seconda dell’importo degli investimenti previsti o in corso di realizzazione dal concessionario, in modo che sia garantita in favore di questi la possibilità di un ammortamento adeguato.

Di particolare severità è l’esclusione da qualsiasi proroga di durata delle

concessioni aggiudicate senza gara: è superfluo osservare che la scelta normativa si spiega in quanto l'assenza di gara rappresenta già un'eccezione rispetto ai principi e alle norme dell'ordinamento di settore.

La norma di chiusura (comma 5), che regola la durata, contiene una delle frequenti riserve di esercizio del potere a favore di questa o quella istituzione pubblica sui rapporti contrattuali, durante l'esecuzione del "contratto di concessione".

Infatti, scaduta, ad esempio, una concessione autostradale – spunta, in questa norma sulla durata, la disciplina *spinosa* del servizio autostradale –, è necessario (in un tempo stretto) procedere alla selezione del nuovo concessionario, ma siffatto lasso di tempo non può essere breve, né, evidentemente, può esprimere un *tempo strettamente necessario*, se la norma prevede, non una *prorogatio* dell'uscente concessionario, ma una *nuova gestione* delle tratte autostradali investite dalla scadenza, nuova e autorevole perché affidata questa volta al vertice governativo dotato della discrezionalità massima in materia, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti<sup>45</sup>.

Questi, "in relazione alla specificità della tratta autostradale (beninteso, per garantire adeguati standard di sicurezza e viabilità), valuta il modello più idoneo per la gestione transitoria, anche in relazione alle condizioni economiche".

La legge non vuole porre limiti ... sarà il Ministro a poter rendere più o meno transitoria per motivi tecnici ed economici la gestione, pur scaduta, del concessionario in proroga.

Concessione permeata di maggior funzione pubblica, sopravvivente al previsto suo temine finale per l'esercizio di un potere formalmente legittimo, attribuito tuttavia con un'estensione di discrezionalità emergente dalle singole valutazioni complesse previste dalla norma che suscita perplessità e che non è dato riscontrare facilmente altrove nell'esperienza dell'organizzazione e dell'attività amministrativa: ma il settore autostradale tuttora presenta un *non-modello* unico, ampiamente derogabile per esigenze identificabili nella costosa realizzazione dell'*opus* a spese prevalenti (60%) del concessionario, la sua manutenzione che dovrebbe essere continua e che è dunque oggettivamente molto onerosa.

È, per giunta, rischioso cambiare *partner* perdendo l'affidamento reciproco che il luttuoso caso del crollo del ponte Morandi a Genova ha messo in grave

---

<sup>45</sup> Su ciò e in particolare sulla somma di istituzioni del controllo speciale del rapporto di concessione autostradale, sempre in crisi, sia consentito un rinvio a V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Le autostrade italiane, ancora oscurità nel rapporto pubblico-privato*, in D. GRANARA (a cura di), *Le autostrade. La linea dritta e le linee del diritto. Atti del convegno di Camogli (Genova), 20 e 21 maggio 2022*, Torino, 2023, p. 283 ss.

crisi, senza che sia tuttora mutato il concessionario (!) e sia stata previamente bandita una nuova gara.

Questo adempimento, elementare nell'Unione europea, esula ormai – nel caso concreto – dalla sfera di potere del concedente, data la clausola *notturna* inserita nella legge di conversione del d.l. 8 aprile 2018, n. 89, che aggiunge un emendamento (art. 9-*bis*) secondo il quale la concessione già attribuita ad ASPI (ex Società autostrade s.p.a.) viene prolungata senza condizioni ed i pedaggi aumentati in misura del 70% dell'inflazione reale, senza neppure un richiamo all'osservanza dei doveri di qualità del servizio, né una previsione di adeguato controllo della qualità e dell'effettività degli investimenti denunciati dal concessionario.

Ma la clausola più rilevante è nell'art. 9-*bis*, in rubrica *recesso e risoluzione della convenzione*, che dispone che “nel rispetto del principio di affidamento alla concessionaria debba essere corrisposto un indennizzo/risarcimento, calcolato con le medesime modalità stabilite dal precedente art. 9 per le ipotesi di recesso, revoca, risoluzione”, anche nel caso di grave inadempimento del concessionario e/o comunque cessazione anticipata del rapporto di convenzione pur indotto da atti e/o fatti estranei alla volontà del concedente, “anche di natura straordinaria e imprevedibile, ivi inclusi mutamenti sostanziali del quadro legislativo o regolatorio”.

Potere di dare, anziché potere di regolare, dando quello che si dà a tutti i concessionari: esigendo particolare cura nella manutenzione ordinaria e straordinaria soprattutto delle opere d'arte (ponti, raccordi, ecc.), nell'intesa che all'inadempienza, almeno quella grave, che pone in forse l'incolumità degli utenti, faccia seguito senza dubbio e ad ogni costo la risoluzione per inadempimento con il risarcimento del danno da mancata manutenzione prodotto alla finanza pubblica in caso di crollo, come nel tristissimo evento del crollo del ponte autostradale di Genova.

### 19. *Le prospettive aperte dalla dottrina di Guido Greco sulle concessioni.*

Se si voglia tentare di “tirare le fila” dell'analisi sin qui condotta per verificare l'ipotesi della ricostruzione in termini pubblicistici della “concessione” per la realizzazione e gestione di lavori e servizi e del relativo rapporto, con riferimento, alla stregua del codice 2016, alle fattispecie tipiche ivi previste ed attualmente alle molteplici “operazioni economiche” sussunte nella fattispecie di partenariato pubblico privato delineata dall'art. 174 del codice n. 36/2023, muovendo dagli approdi della preziosa riflessione del prof. Guido Greco, rap-

presentati in termini problematici, epperò “aperti” ad ulteriori speculazioni, appare necessario, o per lo meno opportuno, non trascurare il quadro sistematico complessivo in cui si inseriscono le modifiche disciplinari intervenute, allo scopo di testarne l’impatto in termini ordinamentali.

Il prof. Greco, rapportando la sua indagine al codice n. 50/2016, allora vigente, ha ritenuto di preservare motivatamente significato e valenza dell’impostazione disciplinare di stampo pubblicistico della concessione di lavori e di servizi, riconducendone i tratti distintivi sostanziali agli accordi ad oggetto pubblicistico<sup>46</sup>; tuttavia pervenendo, in uno studio successivo<sup>47</sup> – ma nell’ambito di un quadro interpretativo e giurisprudenziale mutato e tuttora estremamente incerto – ad ipotizzare una distinzione nella disciplina del rapporto concessorio derivante da contratto o convenzione di concessione rispetto a quella dell’esecuzione dei contratti pubblici di appalto.

Quest’ultima disciplina – osserva l’A. – ha carattere ormai eminentemente privatistico, in considerazione dell’assetto generale del diritto positivo interno, modellato sulle direttive dell’UE, ispirato alla tutela della concorrenza ed all’equiordinazione delle parti nella fattispecie contrattuale, con tipicità dei poteri (privatistici) conferiti alle Amministrazioni (alle stazioni appaltanti) ed esclusione del potere generale di autotutela durante la fase di esecuzione del contratto (in particolare, del potere di annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione dopo la stipulazione), essendo espressamente previsti dal codice un potere di recesso (art. 109, cod. 2016) e poteri di risoluzione per inadempimento dell’appaltatore (art. 108), considerati nell’interpretazione invalsa *forma di autotutela contrattuale della p.A. che incide sul diritto soggettivo privato*.

Diversamente, per il rapporto concessorio, la previsione di un potere “di revoca della concessione per motivi di pubblico interesse” (art. 176, comma 4, cod. 2016), costituente applicazione alle concessioni del generale potere di revoca – *jus poenitendi* – contemplato dall’art. 21-*quinquies*, legge n. 241/1990, s.m.i., nonché considerazioni sistematiche, incentrate sui profili evolutivi della disciplina di settore, volti ad estendere il potere di revoca dalle sole concessioni di lavori pubblici in *project financing* (art. 158, cod. 2006, n. 163) a tutte le concessioni di lavori e servizi (art. 176, comma 4, cod. 2016, n. 50), assumo-

---

<sup>46</sup> Cfr. G. GRECO, *Le concessioni di lavori e servizi (dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, cit.

<sup>47</sup> Cfr. G. GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell’Unione europea)*, cit.

no la valenza di indice di “un rapporto concessorio connotato da poteri pubblicistici anche in fase di esecuzione”<sup>48</sup>.

20. *Spunti sull'assenza di riferimenti espressi al potere di revoca nella disciplina sulle concessioni.*

Sembra arduo, tuttavia, fondare un sillogismo che approdi alla conclusione di segno opposto muovendo dal ruolo decisivo di una premessa maggiore costituita dalla previsione espressa, nel codice n. 50/2016, sia dei poteri di autotutela (il cui esercizio “resta(va) fermo”) che del potere di revoca d'ufficio della concessione per motivi di pubblico interesse e dalla mancata inserzione in norme *ad hoc*, nel codice del 2023, di tali poteri quale premessa minore.

Invero, una “lettura” in chiave esclusivamente privatistica della disciplina a presidio dell'esecuzione del “contratto di concessione”, per giunta nell'ordinamento attuale da ritenersi automaticamente estesa a qualunque contratto di partenariato pubblico-privato (PPP), non sembra trovare ragionevole fondamento nella sostituzione mera, da parte del legislatore, del potere di revoca con il potere di recesso o diritto potestativo al recesso o alla risoluzione del contratto di concessione.

Ciò perché, tra l'altro, tali istituti giuridici erano già contemplati nel codice 2016, attraverso discipline speciali, allora come attualmente, non sovrapponibili agli istituti civilistici del recesso e della risoluzione<sup>49</sup>.

Conclusioni di questo genere appaiono non convincenti se si consideri che – come, del resto, è emerso *supra* – l'assetto disciplinare complessivo prefigurato per la concessione già nel codice 2016 ed in quello vigente presenta una caratterizzazione pubblicistica forte e pregnante – si direbbe, ancor più accentuata nel codice ultimo – che si estrinseca attraverso attività valutative da parte della p.A., o ente concedente, espressione di discrezionalità amministrativa o tecnica, che attraversano in modo trasversale e osmotico sia la fase dell'affidamento (e quella ancora precedente della programmazione) delle esigenze pubbliche suscettibili di essere soddisfatte mediante P.P.P., che quella dell'ese-

---

<sup>48</sup> G. GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea)*, cit., pp. 189-193.

<sup>49</sup> Così, invece, parte della dottrina: cfr., ad es., A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni*, Intervento svolto al Convegno indetto dalla Società italiana degli avvocati amministrativisti e tenutosi presso il TAR Calabria, Catanzaro il 13 luglio 2023.

cuzione del contratto di partenariato pubblico-privato, spingendosi fino alle fattispecie di modifica, revisione, recesso, risoluzione, mediante un percorso, tracciato e scandito da norme e principi giuridici, del tutto funzionalizzato, senza soluzione di continuità, alla realizzazione dell'obiettivo di interesse pubblico.

In tale contesto, non può attribuirsi, almeno non necessariamente, un significato che determini una sorta di "inversione di sistema", alla presenza/assenza di un aspetto specifico di disciplina.

*21. Discrezionalità dell'Amministrazione nella fase dell'affidamento e dell'esecuzione della concessione: il caso delle clausole sociali (nel precedente e nel nuovo codice).*

Così, ad esempio, alla stregua del codice dei contratti d.lgs. n. 50/2016, si attribuiva rilevanza giuridica alle c.d. clausole sociali sia nella fase ed in funzione degli "affidamenti" dei contratti di concessione e degli appalti di lavori e di servizi ("per gli affidamenti" – art. 50, comma 1, d.lgs. cit.) attraverso l'obbligo di inserimento di specifiche clausole sociali nei "bandi di gara", negli avvisi o negli "inviti" (*ivi*); sia in sede di esecuzione, attraverso una normativa di principio che presiedeva allo svolgimento delle attività di entrambe le fasi in funzione di garanzia della qualità delle prestazioni nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, non disgiunti da quelli di più immediata delineazione eurounitaria (libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità).

L'identità della disciplina di principio delle norme di base, per gli appalti e per le concessioni e la sua applicabilità tanto alla fase dell'affidamento quanto a quella dell'esecuzione dell'appalto e della concessione potevano assumere peculiari connotazioni contenutistiche attraverso l'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante – espressamente previsto dall'art. 30, comma 1, secondo periodo – di subordinare il principio di economicità – sia pur nei limiti consentiti dall'ordinamento – "ai criteri previsti nel bando ed ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico"<sup>50</sup>.

In ogni caso, nell'esecuzione delle concessioni, gli operatori economici erano tenuti a rispettare "gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro

---

<sup>50</sup> Art. 30, comma 1, cod. contratti pubblici n. 50/2016.



stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali (...)”<sup>51</sup>.

Il che costituisce ben più di un indizio dell'intrinseca esistenza e persistenza di poteri amministrativi che, nel rispetto degli obblighi sanciti dalle fonti sovranazionali e nazionali conferenti ed applicabili, potevano unilateralmente modulare e conformare, in relazione alla peculiarità della situazione di fatto, prescrizioni e previsioni atte a realizzare in modo più idoneo anche i diversi interessi pubblici, sia di natura sociale che preordinati volta a volta a tutelare salute, ambiente, patrimonio culturale (materiale ed immateriale, beni culturali e paesaggio), purché pertinenti e proporzionate.

Il che val quanto dire che: in conformità alle esigenze imposte dal c.d. interesse pubblico concreto, censite, rilevate e valutate prima dell'affidamento, ma eventualmente rivalutate *in itinere* anche nel corso dell'esecuzione della concessione per la determinazione dell'assetto concreto delle c.d. clausole sociali, nonché di quelle preordinate alla tutela di interessi pubblici assistiti da qualificazione in sede costituzionale, la p.A. (o, più in generale, l'ente concedente) era titolare di veri e propri poteri amministrativi unilaterali e funzionalizzati, ancorché esercitabili nel rispetto dei parametri della legittimità, come qualificati ed estesi alla stregua di norme e principi di diritto europeo e nazionale e dei criteri d'azione propri dell'attività amministrativa.

Né sembra potersi ritenere che la trasposizione nel contratto (di concessione, o nel diverso modulo *lato sensu* “convenzionale” imposto o prescelto per la disciplina di forme e modalità esecutive del “rapporto” di concessione) di tali criteri funzionali, inseriti nel bando, ne determini – per una sorta di mutazione genetica – la modificazione della natura giuridica: discrezionalità e funzionalizzazione del potere della p.A. ne caratterizzano le manifestazioni atte ad incidere anche sull'interesse economico dell'appaltatore o del concessionario, pur se contenute entro i limiti fissati dalle norme di diritto positivo e dalla specificità della fattispecie concreta.

E non si comprende come si possa separare nettamente la “fase” dell'aggiudicazione da quella dell'esecuzione del contratto pubblico se, per scelta del legislatore, nel codice vigente questioni e problemi che attengono alla fase esecutiva sono affrontati e impostati attraverso strumenti comunque riguardanti la fase dell'aggiudicazione<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Art. 30, comma 3, d.lgs. cit.

<sup>52</sup> Cfr. E. CARUSO, *La disciplina sulle clausole sociali nel d.lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, in F. MANGANARO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023). Documento Gruppo di lavoro AIPDA*, p. 107 ss., spec. pp. 113-114.

Appare evidente che, se contenuto necessario degli “atti di gara” siano anche specifiche clausole sociali volte ad assicurare la parità di trattamento dei lavoratori del subappaltatore e il contrasto al lavoro irregolare (art. 57, comma 1: sull’innovazione costituita dalla patente a punti cfr. *supra*, par. 8); e se analogamente, sul versante reciproco dell’offerta, si richiede all’operatore economico “di assumere i medesimi impegni”, la tutela dei corrispondenti interessi sociali (di segno pubblicistico) risulta anticipata alla fase organizzativa dell’operazione di P.P.P., vale a dire all’esercizio del potere (vincolato, anche se solo parzialmente) dell’ente concedente di individuazione dei contenuti del bando di gara e dell’offerta dei partecipanti; ma senza escludere *a priori* che l’idoneità in concreto delle soluzioni ritenute idonee in fase di gara siano oggetto di valutazione e controllo in sede di esecuzione in rapporto ad un interesse della medesima natura.

Si può assumere, invero, che questo fenomeno osmotico si ripercuota nella fase esecutiva.

Considerazioni di segno analogo valgono *a fortiori* se si ponga mente alla circostanza che, a mente dell’art. 57 codice vigente, le tipologie di clausole sociali ulteriori rispetto all’applicazione di CCNL e alla garanzia di parità di trattamento dei lavoratori anche nel subappalto, si declinano nella generica forma di “misure atte a garantire pari opportunità”; e che l’eventuale confliggenza tra tali misure in rapporto agli obiettivi cui ciascuna di esse è preordinata induca a prefigurare un potere discrezionale dell’Amministrazione di privilegiare in sede di bando una o più di tali misure rispetto ad altre, in relazione all’oggetto del contratto di concessione e alle variegate situazioni di fatto rilevanti ai fini della determinazione del c.d. interesse pubblico concreto (assunzione di giovani e di donne *versus* garanzia di stabilità occupazionale dei lavoratori da “riassorbire”), pur non potendosi escluderne nessuna, in difetto di un’espressa previsione normativa che autorizzi la deroga (come accade, ad esempio, per gli appalti PNRR in forza dell’art. 47, d.l. n. 77/2021, che contempla il potere della p.A. di non inserire tali clausole).

Inoltre, se nell’offerta all’indicazione delle misure si aggiungano anche la necessaria illustrazione del *quomodo* della loro idoneità ed adeguatezza all’assolvimento degli impegni sociali da parte dell’operatore economico – costituenti parte integrante della progettazione – e il potere di controllo della stazione appaltante, traducendosi in una valutazione sulla congruità di modalità e mezzi, risulta “definitivamente superata” o totalmente ribaltata “la (discussa regola) di origine pretoria sulla tendenziale irrilevanza in fase di gara degli obblighi posti quali condizioni di esecuzione”<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> E. CARUSO, *La disciplina sulle clausole sociali nel d.lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, cit., pp. 115-116.

La valutazione in ordine al “peso” da attribuire alla specifica clausola sociale nella concessione, nell’ambito degli elementi rilevanti ai fini della determinazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, è espressione di discrezionalità e “la condizione necessaria per il legittimo esercizio del potere discrezionale di stabilire i criteri di attribuzione del punteggio è costituita dalla verifica della sussistenza di una connessione tra i criteri e l’oggetto dell’appalto” o della concessione (art. 95, comma 6, d.lgs. n. 50/2016), con il limite dell’inerenza di tali criteri (ivi compresi quelli costituenti espressione della c.d. clausola sociale) ad “aspetti relativi alla politica generale dell’impresa o ad altri aspetti estranei al programma contrattuale”<sup>54</sup>.

Ma, per tornare al codice vigente, fermo l’obbligo della clausola nelle concessioni ad alta intensità di manodopera (individuate in applicazione di parametri normativi<sup>55</sup>), la sussistenza di un potere discrezionale dell’ente concedente di valutare, *ex ante* e in concreto, il grado e il livello di funzionalità della clausola e delle sue declinazioni rispetto alla migliore esecuzione della concessione, attraverso la determinazione dei criteri di attribuzione dei punteggi, attira il sindacato sul legittimo esercizio di tale potere, in relazione alla connessione con l’oggetto della concessione entro il limite della manifesta irragionevolezza, nell’alveo della giurisdizione amministrativa<sup>56</sup>.

## 22. *Discrezionalità dell’Amministrazione nella fase esecutiva della concessione.*

In realtà, nelle operazioni economiche di P.P.P. è riscontrabile un potere discrezionale anche nella fase esecutiva del contratto pubblico.

E poiché la titolarità di potere discrezionale implica area di riserva nella valutazione intrinseca della soluzione più idonea a realizzare l’interesse pubblico, sia pure entro il perimetro della legittimità, qui tracciato in modo molto inci-

---

<sup>54</sup> Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2021, n. 7053; Corte Giust. UE 17 settembre 2002, C-513/99; Corte Giust. UE 10 maggio 2012, C-368/10.

<sup>55</sup> Si tratta dei servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché di quelli per i quali i bandi devono contenere specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato. Cfr. art. 2, comma 1, lett. e), all. I.1 al codice 2023.

<sup>56</sup> Sui limiti della sindacabilità di clausole sociali a carattere discrezionale e qualitativo, in ragione dell’estensione della valutazione discrezionale dell’ente concedente all’“intero modello e dimensionamento della struttura organizzativa” e “a tutto il complesso delle modalità operative e di esecuzione del servizio medesimo”, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 marzo 2024, n. 2109.

sivo e stringente (presupposti di legge), ma non tale da eludere ogni ulteriore profilo valutativo, la funzionalizzazione del potere all'interesse pubblico ne qualifica la natura, le modalità di esercizio ed i limiti oltre i quali l'Amministrazione non può spingersi.

Dunque: anche il "*favor*" per la conservazione della concessione con un meccanismo di subingresso del concessionario nel rapporto non va inteso come preordinato esclusivamente alla tutela dell'interesse dell'operatore economico "parte" di un "rapporto contrattuale" privatistico a tutti gli effetti, ma, in virtù di considerazioni complessive derivanti dallo specifico assetto ordinamentale, come espressione del punto di confluenza tra interesse privato (alla revisione, alla legittima "rinegoziazione", ecc.) e interesse pubblico (*senza pregiudizio per l'interesse pubblico*) oggetto di rinnovata valutazione alla stregua delle sopravvenienze entro i limiti di ammissibilità (presupposti di legge), con un margine accessorio di valutazione discrezionale sulle soluzioni compatibili con l'ineludibile conservazione della natura della concessione.

### 23. Sulla regolazione pubblicistica del P.P.P. e della concessione.

Vi è che l'intero Libro IV appare dedicato al P.P.P. ed alla concessione secondo una regolazione pubblicistica.

La stessa nozione generale e comprensiva di P.P.P. (art. 174) si riferisce ad entrambe le tipologie (partenariato P.P. contrattuale e P.P.P. istituzionale).

I contenuti necessari alle figure atipiche di partenariato P.P. sono individuati con finalità di certezza delle regole, ma in funzione del risultato, espressamente qualificato di "interesse pubblico", da attingere attraverso una preventiva definizione degli obiettivi da parte del soggetto pubblico e con l'assunzione dell'onere economico (inerente al reperimento delle risorse ed alla relativa garanzia) "in misura significativa" (e qui si ravvisa altro, rilevante, spazio di discrezionalità) in capo alla parte privata chiamata a realizzare ed a gestire il progetto (lavori e/o servizi) sopportando il rischio operativo non trasferibile né surrogabile.

La disciplina è ispirata al carattere generale delle concessioni di lavori e servizi: la centralità di tale *figura juris* è attestata dal rinvio interno alla disciplina delle concessioni per le forme atipiche di P.P.P. ammesse, ma con vincolo di contenuti (di cui al comma 1), in applicazione di un'autonomia privata molto relativa poiché assoggettata in via generale a vincolo di funzionalizzazione, potendo essa estrinsecarsi "nell'ambito del perseguimento delle ... finalità istitu-

zionali” proprie dell’ente ed in modo coerente con l’interesse pubblico (art. 8 codice 2023).

È dunque riscontrabile in diritto positivo un rinvio generale alla disciplina delle concessioni non solo per la procedura di affidamento, ma anche per gli ulteriori aspetti richiamati nel rapporto di esecuzione.

La scelta del P.P.P. è preceduta da “approfondite valutazioni” in ordine alla sua convenienza e fattibilità, che prende in considerazione tutti gli aspetti della “operazione economica” sulla base di parametri tipicizzati (art. 175, comma 2).

Ma tale valutazione preliminare prende in esame anche il merito intrinseco del progetto (capacità del progetto di generare soluzioni tecnologiche moderne ed innovative, soluzioni di tipo organizzativo, economico, ambientale e sociale, profili qualitativi della progettazione) ed è rafforzata sul piano procedimentale dall’intervento di organi consultivi e tecnici qualificati, quali il CIPESS supportato dal NARS (Nucleo di consulenza per l’attuazione delle linee guida per i servizi di pubblica utilità) per i progetti di interesse statale di maggiore rilevanza economica (importo pari o superiore a 250 milioni di euro); il DIPE (Dipartimento programmazione e coordinamento politica economica) per i progetti di valore ricompreso tra 50 e 250 milioni di euro.

#### 24. *Sui limiti della prospettiva privatistica dell’intera fase esecutiva della concessione.*

La ricerca sugli aspetti disciplinari innovativi che hanno interessato le fattispecie di P.P.P. con riflessi incidenti sulla connotazione pubblicistica delle *figurae juris* tipiche e, in proiezione, di quelle innominate in cui esse possono articolarsi, incontra, altresì, elementi ritenuti assai spesso determinanti nella prospettiva privatistica.

Alla stregua di tali orientamenti:

a) si individua un collegamento causale, con effetto sostanzialmente vincolante, tra direttive europee e disciplina nazionale in materia<sup>57</sup>.

Si sostiene, infatti, che il regime giuridico paritario tra le parti e di *par condicio* tra tutti gli operatori economici interessati alla concessione (nell’accesso e nello svolgimento del relativo rapporto) avrebbe richiesto, in fattispecie diverse da quelle caratterizzate dalla fisiologica conclusione prevista del contratto di

---

<sup>57</sup> Sul tema cfr. M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2016.

P.P.P., modalità di cessazione del rapporto ispirate ad istituti propri del codice civile, coerenti con la risoluzione e il recesso dalla concessione.

Senonché, sembra agevole considerare che le direttive europee si occupano del fenomeno della “*termination of concession*”, non implicando un necessario ricorso al diritto privato;

b) si ravvisa nei principi contenuti nei primi articoli del codice – e segnatamente nel principio della fiducia e in quello dell'autonomia privata – un indice determinante di poteri e facoltà privatistici, di cui sarebbero titolari entrambe le parti (quella pubblica e quella privata), di ideare ed attuare contratti atipici di P.P.P. ed addivenire alla conclusione del contratto di concessione sol perché il progetto privato sia stato selezionato in quanto più idoneo da parte dell'Amministrazione e le condizioni di gara siano state trasfuse nel contratto che sostiene l'esecuzione della concessione.

In realtà, in tal modo si trascura che nei principi generali del codice dei contratti è presente, in condizioni per molti aspetti determinante, quello del risultato, che incorpora l'attuazione del progetto complessivo, espresso in termini di operazione economica, concepito in funzione dell'interesse pubblico (costruzione di opera pubblica e gestione per un tempo determinato, con predeterminazione della durata in rapporto al tempo ragionevolmente prevedibile per recuperare e remunerare il capitale investito nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, rapportato agli specifici standard di qualità-prezzo richiesti per le prestazioni; concessione dell'uso di un bene pubblico con manutenzione straordinaria e gestione da parte dell'operatore economico con garanzia di fruizione del pubblico, ecc.).

In tal senso l'interesse meritevole di riconoscimento e tutela alla base del P.P.P. atipico si colora di tratti che si risolvono necessariamente nell'esercizio di un potere non mutuabile con quello privatistico, viceversa nettamente connotato dalla natura pubblicistica;

c) si enfatizza il significato del rinvio all'art. 1453 c.c. nelle fattispecie di risoluzione del contratto di concessione, sia per inadempimento del concessionario che per quello dell'ente concedente, con indicazione in sede di contratto di una clausola penale di predeterminazione del danno e dei criteri per il calcolo dell'indennizzo (art. 190, comma 2, codice 2023)<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr., sul punto, *infra*, par. 25.

25. *Requisiti essenziali e caratteristiche ineludibili del modello atipico di P.P.P. e della concessione. Sul ruolo “residuale” dell’art. 12 c.c.*

Va, tuttavia, opportunamente considerato che il codice 2023, nell’imprimere una rinnovata sistemazione alle varie forme e modalità di collaborazione pubblico-privato finalizzate alla realizzazione di obiettivi di interesse pubblico, qualifica con un’espressione atecnica sul piano giuridico l’essenza della “operazione economica” da realizzarsi in forme e modalità partenariali, contestualmente fissandone i requisiti identificativi essenziali; la loro presenza congiunta è atta a delineare il nucleo di “caratteristiche” ineludibili del *genus* “partenariato pubblico privato” che devono contraddistinguere, nella genesi e nello svolgimento del rapporto, sia le *figurae juris* tipiche, sia quelle atipiche che saranno in concreto costruite nell’esercizio di un’autonomia privata dei soggetti pubblici funzionalizzata alle “finalità istituzionali” dell’ente concedente ed entro tali limiti ammissibile.

L’analisi di ciascuna delle quattro caratteristiche di cui all’art. 174 del codice non può essere ragionevolmente effettuata in modo atomistico, ma in relazione al concorso – non rileva se in misura maggiore o minore, poiché comunque essenziale – all’attuazione del quadro sostanziale che le varie forme giuridiche di P.P.P. devono inervare affinché possa ravvisarsi una *figura juris* partenariale che sarà, poi, assoggettata alla disciplina del codice dei contratti pubblici, o a quella del t.u. sulle società, o a discipline diverse, sulla base delle previsioni applicabili alle fattispecie tipiche previste dal codice; compresi i “contratti misti in concessione” entro i limiti di ammissibilità e con le esclusioni previste dall’art. 180 del codice<sup>59</sup>.

Per le forme atipiche di “contratti”, che devono comunque essere rispondenti ai requisiti sostanziali essenziali, vi è un rinvio alla disciplina della concessione (parte II, Titolo II, III e IV) del codice, applicabile anche alla finanza di progetto.

Pertanto, alla luce delle considerazioni emerse nella ricerca fin qui svolta, non sembra potersi ritenere che il “rapporto contrattuale di lunga durata” di cui all’art. 174 sia *tout court* il rapporto contrattuale disciplinato dal codice ci-

---

<sup>59</sup> Cfr. art. 180: sono altresì esclusi dal regime dei contratti di concessione i servizi non economici di interesse generale (giustizia, sicurezza pubblica), attività non economiche (scuola dell’obbligo) rispetto alle quali sono estranei regolamentazioni europee sulla concorrenza e alcune fattispecie identificate *per relationem* dalla direttiva UE 2014/23/EU (artt. 10, 11, 12, 13, 14, 16 e 17) soggette comunque ai principi generali in materia di “contratti pubblici” (artt. 1-12, cod. 2023/36).

vile, o che, in difetto di disciplina in tema di P.P.P., siano senz'altro applicabili le norme del codice civile, come da art. 12 del codice 2023.

In tali rapporti vi è, infatti, un plurimo e graduato rinvio interno: dalla disciplina specifica del “contratto atipico”, che deve comunque osservare “congiuntamente”, tutti i parametri contenutistici indicati nell'art. 174, al ruolo sussidiario assegnato alla regolamentazione delle concessioni, sia nelle operazioni di scelta del concessionario (artt. 182-187) che nella fase esecutiva del rapporto di concessione (artt. 188-192).

La funzione residuale assegnata alle norme del codice civile per la fase di esecuzione del contratto non sembra, per le concessioni e i rapporti di P.P.P. ad essa ricondotti, avere spazi di applicazione diversi da quelli evocati dal richiamo espresso agli artt. 1453 ss. c.c. per le ipotesi di risoluzione per inadempimento del concedente o del concessionario.

Anzi non sembra trattarsi di uno spazio integralmente riservato al codice civile, se si considerino le previsioni di cui all'art. 190 del codice, nella parte in cui si dà seguito al rinvio, che pare formulato in termini generali, alle norme civilistiche ordinarie per le fattispecie di risoluzione contrattuale per inadempimento, mediante una disciplina specifica di valutazione del danno che, determinato *ex ante* nel contratto *sub specie* di clausola penale insieme ai criteri per il calcolo dell'indennizzo (espressione incoerente e problematica nella logica meramente contrattuale di diritto privato), ne sottrae la quantificazione all'ordinaria dinamica risarcitoria affidata all'onere della prova, optando per una predeterminazione certa, ma in tal modo riconducendo anche l'inadempimento “contrattuale” nell'alveo dell'interesse alla tutela dell'intera operazione economica di P.P.P. o di concessione.

## 26. *Modifica, revisione, risoluzione e recesso tra specialità della disciplina e disciplina speciale.*

Una disciplina tendenzialmente completa – talora definita “esaustiva ed auto-inclusiva”<sup>60</sup> – fondata sulla centralità dell'interesse pubblico complessivo e comprensiva della tutela dell'assetto di interessi assistito da convenienza e sostenibilità finanziaria del progetto idoneo a realizzarlo; nella sua configurazio-

---

<sup>60</sup> Così, in relazione all'oggetto ed ambito di applicazione dei “contratti di concessione”, v. M. MAZZEI, *Commento all'art. 176*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2024, pp. 878-879.



ne assunta nella vicenda reale e concreta, dispone al suo interno di regole giuridiche reputate *ex ante* adeguate rispetto all'obiettivo.

Si tratta della traduzione di un'esigenza di interesse pubblico identificato dal soggetto pubblico che, sulla base di un "legame convenzionale" fondato non già sull'immodificabilità assoluta del "contratto di partenariato", ma sul raggiungimento del risultato, attinge tale obiettivo attraverso vigilanza e controllo immanenti da parte del RUP, dell'Ente concedente, della Presidenza del Consiglio di Ministri e di organi consultivi e tecnici in ordine al rispetto dei livelli di quantità e qualità delle prestazioni, nonché della permanenza del "rischio operativo" in capo all'operatore economico, al fine di individuare con immediatezza criticità riguardanti aspetti centrali dell'operazione economica ed intervenire con altrettanta tempestività ad indicare o prescrivere i correttivi.

Tali regole giuridiche sono prefigurate in modo da fronteggiare efficacemente situazioni suscettibili di compromettere la buona riuscita dell'intera operazione attraverso penetranti poteri di direzione pubblica, suscitando, con valutazioni discrezionali ed in presenza dei presupposti di legge, un idoneo *jus variandi* durante l'esecuzione del contratto, o promuovendo l'attivazione di un procedimento di revisione.

E in effetti le norme dettate in tema di "modifiche di contratti durante il periodo di efficacia" (art. 189), "revisione del contratto di concessione" (art. 192), "risoluzione e recesso" (art. 190) e "subentro" (art. 191) presentano una regolamentazione in sé compiuta, ideata e calibrata in funzione della finalità della realizzazione dell'obiettivo pubblicistico specifico, ragion d'essere dell'intera operazione economica siccome giuridicizzata nelle sue componenti essenziali nella norma di cui all'art. 174.

Può cogliersi la specificità disciplinare della risoluzione in corso di rapporto con dichiarazione unilaterale dell'ente concedente dalla considerazione delle fattispecie precisate nel comma 1 dell'art. 190 e dalla peculiarità del procedimento da osservarsi nei casi che comporterebbero risoluzione della concessione per inadempimento del concessionario (grave inadempimento agli obblighi derivanti dal contratto di concessione o grave ritardo).

Infatti, la casistica prevista dal comma 1 dell'art. 190 si attesta sulle seguenti situazioni oggettive:

a) "la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione".

Il presupposto è, dunque, nella situazione oggettiva dell'intervenuta modifica della concessione, non rilevando se per effetto di una violazione arbitraria da parte del concessionario non ravvisata dal RUP o comunque sfuggita al

controllo; oppure: a seguito della formalizzazione di una modifica conseguente ad un'erronea applicazione delle norme di cui agli artt. 189 e 192 del codice;

b) “il concessionario si trovava al momento dell'aggiudicazione della concessione, in una di quelle situazioni” (non rilevata dall'ente concedente) “che comportano l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione della concessione”;

c) “la Corte di Giustizia dell'Unione europea constata, in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che uno Stato membro ha violato uno degli obblighi su (di) lui incombenti in virtù dei trattati europei per il fatto che un ente concedente appartenente allo Stato membro in questione ha aggiudicato la concessione in oggetto senza adempiere gli obblighi previsti dai trattati europei e dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014”.

Una specificità di disciplina che potrebbe essere individuata anche nel “potere” dell'ente concedente di intervenire direttamente sulla concessione con dichiarazione unilaterale di risoluzione in qualunque momento “nel corso del rapporto”, se ricollegata alle situazioni oggettive di cui al comma 1 che, prescindendo da ogni profilo di responsabilità, si siano venute a determinare, così consentendo di superare la barriera della riferibilità della situazione alla fase precedente, o a quella successiva dell'aggiudicazione.

Si tratta – come ognuno vede – di previsione posta a presidio di valori propri del diritto eurounitario e che ne ribadisce la *primauté*, cui si ricollegano anche le situazioni che comportano l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione della concessione.

Tali fattispecie sono state considerate assai spesso come “ipotesi speciali”<sup>61</sup> rispetto alla disciplina generale della risoluzione *ex art.* 1453 c.c., in tal modo ricalcando uno schema logico-giuridico di *genus a species*, che tuttavia riesce per nulla agevole riscontrare nella specie.

Ma anche la diversa alternativa, incentrata sulla specificità della fattispecie e della disciplina prevista (disciplina speciale rispetto a quella per i c.d. contratti di diritto privato della p.A., attraversata da poteri pubblici anche nella fase di esecuzione del contratto), lascia in ombra il carattere obbligatorio della risoluzione (più confacente alla natura dei singoli casi previsti ed all'esigenza di ripristino del diritto eurounitario violato); o soltanto facoltativa (come potrebbe arguirsi da un'identità, sia pur parziale, dei casi tipici previsti a proposito di risoluzione dell'appalto, ai sensi dell'art. 122 codice 2023) e che aprireb-

---

<sup>61</sup> Cfr. G.M. ROBERTI, *Commento all'art. 190*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 936 ss.

be a margini di valutazione discrezionale dell'ente concedente in ordine all'opportunità e convenienza in relazione alle circostanze proprie della situazione concreta – stato del rapporto concessorio, difficoltà tecniche di sostituzione del concessionario, costi per lo svolgimento di una nuova gara, ecc. – di procedere alla risoluzione anche in presenza di una delle tre situazioni tipiche normate.

Ciò, almeno nelle ipotesi in cui non appaia evidente ed acclarata una grave responsabilità del concessionario quale causa dello scioglimento anticipato del rapporto.

### *27. Risoluzione e recesso. Contratto pubblico tra forma e sostanza.*

In realtà, la formulazione delle norme sulla “cessazione” della concessione si limita all'identificazione delle fattispecie ed alle modalità di uscita dal “rapporto contrattuale”, indicando gli strumenti giuridici “risoluzione” o “recesso”, disciplinando *ex ante* procedimento ed effetti, ma senza qualificare in alcun modo la natura pubblicistica o privatistica dei poteri previsti e disciplinati.

La natura “neutra” della disciplina prefigurata è espressamente dichiarata nella Relazione illustrativa redatta dalla Commissione, che orienta l'interpretazione, soprattutto nelle prime applicazioni, dei nuovi istituti giuridici.

Sembra, dunque, che, nella consapevolezza della dialettica senza fine stratificatasi in dottrina e giurisprudenza nell'arco di circa un ventennio in ordine all'efficacia sul contratto già stipulato dell'esercizio di poteri di autotutela inerenti all'aggiudicazione, nonché sulla configurabilità di un limite a tale potere di intervento in autotutela sull'aggiudicazione con l'annullamento d'ufficio o con la revoca e, nel contempo, della necessità di preservare i principi fissati nelle direttive in materia, il legislatore abbia concepito una regolamentazione che soddisfi le varie esigenze, elidendo un riferimento espresso ad istituti di autotutela che avrebbero potuto ridurre o azzerare l'attrattività delle “operazioni economiche” di grande impatto sottostanti alle concessioni ed ai P.P.P., così disincentivando i potenziali operatori economici.

Ma, nel contempo, non si poteva consentire che gravi violazioni del diritto eurounitario, collegate alle tre ipotesi di cui all'art. 190, comma 1 – già cennate – restassero giuridicamente irrilevanti nell'ordinamento interno.

Pertanto, sono state adottate nel codice vigente soluzioni normative nella sostanza assai incisive, in quanto implicanti un intervento risolutivo unilatera-

le da parte dell'ente concedente direttamente sulla "concessione" (non sul contratto o sul presupposto provvedimento di aggiudicazione, quest'ultimo di natura sicuramente pubblicistica)<sup>62</sup>.

Inoltre, si rileva chiaramente la prefigurazione di un generale potere di recesso dal contratto di concessione per innominati "motivi di pubblico interesse"<sup>63</sup>.

Sembra così di poter considerare che la mancata previsione nel codice vigente di un potere espressamente definito di "revoca della concessione" non incida sulla tematica della natura giuridica del contratto perché istituiti come la risoluzione della concessione ed il recesso dal contratto di concessione per motivi di pubblico interesse occupano in diritto positivo lo spazio sistematico che sarebbe stato proprio della revoca, avendo prefigurato, alla base della decisione di secondo grado della p.A., innominati motivi di pubblico interesse, configurando in tal modo l'ampia discrezionalità amministrativa nel regolamentare il rapporto concessorio.

Ciò che, invece, nel contratto disciplinato dal codice civile assume rilievo assolutamente marginale (generale irrilevanza dei motivi, tranne che nel caso della qualificazione di essenzialità contrattualmente prevista del motivo stesso; nessun interesse alla "salvezza" del contratto).

Del resto, la stessa Commissione che ha elaborato le norme del codice, pur avendo rinunciato a riprodurre nel testo "il riferimento alle norme in tema di autotutela, il cui rinvio generico aveva alimentato dubbi sui rapporti con le ipotesi espressamente previste dalla direttiva europea", ha dichiaratamente inteso affidare all'esperienza giurisprudenziale l'individuazione del "punto di equilibrio" atto a delimitare "i mobili e (ancora) incerti confini tra i poteri privatistici di risoluzione e quelli pubblicistici di autotutela"<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Cfr. art. 190 ("risoluzione e recesso"), comma 1: "l'ente concedente può dichiarare risolta la concessione in corso di rapporto della stessa se una o più delle seguenti condizioni si verifica ...".

<sup>63</sup> Art. 190, comma 4 codice vigente.

<sup>64</sup> Cfr. la clausola finale della Relazione illustrativa del codice recante una sorta di "interpretazione autentica" della normativa contenuta nell'art. 190 offerta dalla Commissione: "i mobili e (ancora) incerti confini tra i poteri privatistici di risoluzione e quelli pubblicistici di autotutela" (*recte*: sono) "rimess(i) al punto di equilibrio che sarà individuato, nell'esercizio delle rispettive funzioni nomofilattiche, dalla Corte di cassazione e dal Consiglio di Stato". A tal fine **non** si è "riprodotto il riferimento alle norme in tema di autotutela, il cui rinvio generico aveva alimentato dubbi sui rapporti con le ipotesi espressamente previste dalla direttiva europea".

Con ciò lasciando chiaramente intendere l'insistenza, negli istituti disciplinati dal codice, di qualificati poteri pubblicistici il cui esercizio attraversa, con pari efficacia, tutta la vicenda del contratto pubblico: dalla programmazione triennale ed annuale, al bando (o all'invito), al procedimento di valutazione delle offerte, all'aggiudicazione, sino all'esecuzione, il cui percorso è costellato – come si è ampiamente sottolineato – da interventi di organi amministrativi e dall'esercizio di poteri amministrativi discrezionali in vista del raggiungimento del risultato.

# LA SCIA (E I MODELLI COMUNICATIVI): IL CONTROLLO 'COLLABORATIVO' E LE FORME DELLA TUTELA

*Emanuele Boscolo*

SOMMARIO: 1 Liberalizzazione con effetto di semplificazione. – 2. La funzione di controllo e il giudizio prognostico di recuperabilità. – 3 Le diverse forme di tutela del terzo. – 4. La diversificazione dei modelli comunicativi.

## *1. Liberalizzazione con effetto di semplificazione.*

Le innovazioni succedutesi sul testo dell'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 hanno inciso profondamente sulla struttura della figura profilata dalla norma che fa leva sull'autoresponsabilità del privato. Si è passati dalla denuncia, alla dichiarazione di inizio attività, per approdare all'attuale segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), ma i ripensamenti più profondi si sono concentrati sulle forme del controllo che l'amministrazione deve esercitare sull'atto comunicativo e, più in generale, sul progetto di attività.

L'art. 19 si prefigge la restituzione di più ampi spazi alla libertà di iniziativa economica mediante la rimozione degli ostacoli che si frappongono all'avvio delle attività economiche e sono suscettibili di generare *compliance cost*. Superate le iniziali prudenze e difficoltà di diffusione, la SCIA, specie dopo la legge Madia e gli interventi del 2016, rappresenta oggi il principale vettore di avvio di un vasto novero di attività private, che possono essere intraprese senza necessità di acquisizione di un previo assenso da parte dell'amministrazione<sup>1</sup>. Al-

---

<sup>1</sup> Sullo schema di fondo di tale norma si vedano gli approfondimenti teorici di L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; E. BOSCOLO, *Diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della l. 241/90 ed altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001; G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano, 2000; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino,

la base dell'art. 19<sup>2</sup> è dunque riscontrabile una scelta liberalizzante che incide sul rapporto autorità-libertà e presuppone il riconoscimento della originarietà e pienezza della posizione soggettiva del privato. La legge abilita il privato all'avvio di attività che sono definite da una cornice di regole sostanziali non scalfite dalla sottoposizione al modello liberalizzante: l'art. 19 non sottende, da questo punto di vista, alcuna deregolazione<sup>3</sup>. Poiché si tratta di attività potenzialmente in grado di pregiudicare interessi pubblici e di incidere entro la sfera di soggetti terzi, resta necessario che l'amministrazione mantenga una funzione di controllo per scongiurare il rischio che si producano effetti e vengano operate trasformazioni non conformi al paradigma normativo (in danno di vicini, concorrenti, ecc.). Non si registra quindi una deamministrativizzazione, ma solo una revisione delle forme di esercizio del controllo, che non si carica di funzioni ulteriori. L'intervento pubblico – a differenza di quanto previsto nella disciplina degli atti di consenso – non è funzionale alla produzione di un effetto accrescitivo (o di perfezionamento) della posizione del privato e neppure di un effetto abilitativo (si è parlato in proposito di legittimazione *ex lege*). Ne consegue, sul piano della relazione cittadino-amministrazione, l'affrancamento del privato da ogni dipendenza-condizionamento rispetto all'intervento amministrativo, a cui consegue un rilevante effetto di semplificazione “secondaria”<sup>4</sup>.

Sul piano sostanziale, il cittadino è titolare di una posizione soggettiva non

---

2008; G. SCAZZA, *La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, Napoli, 2020; M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, IV ed., Milano, 2023, p. 363.

<sup>2</sup> A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Ann.* II, t. 2, Milano, 2008, p. 343.

<sup>3</sup> La scarsa qualità e chiarezza di tali norme, si pensi alla disciplina degli interventi edilizi espressa dai piani urbanistici, costituisce sovente fonte di incertezze che si riflettono sulla diffusione del modello comunicativo.

<sup>4</sup> Il controllo si svolge in forme non interferenti: già la Corte costituzionale (Corte cost. n. 200/2012) aveva colto come lo schema delineato dall'art. 19 risultasse pienamente coerente con le indicazioni della Direttiva Bolkestein (direttiva 2006/123/UE), secondo cui una regolazione più intrusiva delle attività economiche è ammissibile solo ove ricorrano “motivi imperativi di interesse generale”. È stato ricordato (F. DINELLI, *Riflessioni sulla segnalazione certificata di inizio attività. Analisi di un istituto enigmatico*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2023) come anche la sottoposizione di una determinata attività al regime dell'art. 19 vada valutata alla luce del ricorrere di specifiche giustificazioni di stretta necessità. In tal senso, nel settore edilizio e in quello commerciale, sulla scorta di una valutazione di proporzionalità tra interessi pubblici da tutelare e modalità di avvio dell'attività, si è ritagliato spazio per figure comunicative con grado di formalizzazione ancor minore rispetto a quello della SCIA (*infra*).

derivata dall'intervento amministrativo, definibile diritto soggettivo a regime amministrativo. Una posizione di vantaggio che presenta caratteristiche salienti, prima tra tutte la relazionalità: il diritto si configura infatti necessariamente entro una relazione tra il soggetto e l'amministrazione che si instaura a seguito dell'atto dichiarativo del privato. Questa particolare classe di diritti soggettivi presenta un lato attivo e un lato passivo. Entro il lato attivo si colloca la facoltà di dare avvio (senza dilazioni e condizionamenti) all'attività. Il lato passivo è invece connotato da un onere (se vuoi, devi) gravante sul privato, divenuto nelle diverse formulazioni sempre più impegnativo: contestualmente all'avvio dell'attività, occorre infatti trasmettere all'amministrazione una segnalazione accompagnata da dichiarazioni sostitutive e da attestazioni (rese da professionisti) atte a comprovare la sussistenza di tutti i presupposti legali definiti dalle discipline generali e settoriali di volta in volta rilevanti (in sostanza, al privato è demandata l'effettuazione di una istruttoria primaria, la cui attendibilità è presidiata da norme penali e dalla misura della irrecuperabilità dei vantaggi introdotta dal correlato art. 21 della legge sul procedimento per il caso di dichiarazioni travisatorie).

L'esigenza ordinamentale di un controllo non postula affatto la recessività della posizione soggettiva rispetto al potere dell'amministrazione. Il modello definito dall'art. 19 – e questo resta il punto fondamentale – riesce a far coesistere il riconoscimento di una posizione non derivata al cittadino e il mantenimento di un controllo pubblico sull'avvio di attività potenzialmente lesive. Il lato attivo e quello passivo si mantengono in equilibrio: si può parlare per tale ragione di un diritto soggettivo capace di fronteggiare un potere, a definitivo scardinamento della teoria della degradazione, assioma che tanta parte ha avuto nell'elaborazione della dogmatica del diritto amministrativo otto-novecentesco.

## *2. La funzione di controllo e il giudizio prognostico di recuperabilità.*

La funzione a cui è chiamata l'amministrazione è ascrivibile alla categoria generale del controllo<sup>5</sup>: l'intervento amministrativo è preordinato a una verifica cartolare circa la conformità al paradigma ordinamentale di quanto dedotto

---

<sup>5</sup> Secondo la definizione ancora attuale formulata da U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. II, Milano, 1915, p. 607), nel controllo sarebbe identificabile un "giudizio circa la rispondenza di determinate attività a determinate norme e principi".



nella segnalazione, il cui esito, in caso di verifica positiva, non viene formalizzato in alcun atto. Solo in caso di rilevata difformità (qualunque difformità, senza che vi sia spazio per ponderazioni di gravità ulteriori), si procede all'emanazione di un provvedimento. Si distinguono quindi un primo segmento, definibile "controllo-riscontro", a carattere necessario, puntuale e doveroso, e un secondo segmento, eventuale e formalizzato, definibile "controllo-misura". La legge n. 124/2015 e poi ancora il d.lgs. n. 126/2016 hanno operato un profondo ridisegno delle prerogative attribuite all'amministrazione nel controllo-misura mediante una ritipizzazione-graduazione delle misure adottande. Il controllo-misura originariamente si risolveva nell'inibitoria dell'attività, mentre ora le misure emanabili sono improntate prioritariamente alla riconformazione dell'attività, secondo uno schema che presenta chiare assonanze con le previsioni espressive del c.d. dovere di soccorso (secondo l'archetipo dettato dall'art. 6 della legge n. 241/1990): uno schema che trova oggi un saldo ancoraggio nel principio di collaborazione, a cui è riconosciuto un rango d'apice dall'art. 1, legge n. 241/1990. Ove il controllo-riscontro abbia fatto emergere un profilo di difformità, l'amministrazione deve operare una verifica circa la possibilità di conformazione dell'attività. Ove, ad esito di un'operazione logica a carattere propositivo, sia verificata la conformabilità, all'amministrazione non è consentito limitarsi ad eccepire (in negativo) i profili critici, ma le è imposto, sempre in positivo, di indicare al privato i correttivi (progettuali-realizzativi) che il privato può apportare entro un termine assegnando. La valutazione positiva di recuperabilità non può quindi risolversi in una formula di generico invito alla riconformazione ma deve assumere la struttura di un elenco puntuale di misure (attuabili dal privato e rispettose del principio di proporzionalità), con assegnazione di un termine congruo rispetto alla complessità degli interventi da attuare, comunque non inferiore a trenta giorni. In caso di mancata esatta ottemperanza alle misure conformative, l'attività dovrà "intendersi vietata".

La novella del 2016 ha previsto che la sospensione dell'attività venga disposta (sempre in contestualità con la prescrizione di misure conformative) solo nel duplice ordine di casi in cui siano state riscontrate attestazioni non veritiere o si configuri un pericolo (derivante dalla prosecuzione dell'attività nelle more della conformazione) per gli interessi pubblici in materia ambientale, paesaggistica, di tutela della salute, della sicurezza pubblica e della difesa nazionale. Solo in caso di riscontrata non conformabilità (circostanza che l'amministrazione deve motivare adeguatamente) dovrà essere emanata una misura conclusivamente inibitoria rispetto alla prosecuzione dell'attività e ordinata la

rimozione degli “eventuali effetti dannosi di essa” (formula non poco ambigua, volta alla conservazione degli effetti non pregiudizievoli di una attività avviata sull’erroneo convincimento di conformità ordinamentale).

Un profilo saliente della fattispecie descritta dall’art. 19 attiene alla previsione di un termine perentorio per l’esercizio del potere di controllo. Il mancato compimento della funzione di controllo entro sessanta giorni dalla ricezione della SCIA (trenta giorni nel settore edilizio) preclude l’attivazione del controllo-misura a fronte della rilevazione di una qualunque difformità. Nella stagione alle spalle, i riferimenti agli articoli della legge sul procedimento 21-*quinquies* (sulla revoca) e 21-*nonies* (sull’annullamento) avevano fornito un argomento a ricostruzioni “pubblicizzanti” della fattispecie, inclini (soprattutto in prospettiva della strutturazione di un modello di tutela su impugnazione) a profilare la sussistenza di un atto tacito suscettibile di formarsi per effetto del mancato intervento dell’amministrazione. Nel quadro attuale, venuti meno i citati riferimenti, il comma 4 dell’art. 19 stabilisce che l’amministrazione possa ancora esercitare il potere di controllo al ricorrere tuttavia delle condizioni dettate dall’art. 21-*nonies*. Non un potere “di” autotutela ma il potere di controllo esercitabile nel “modo” autotutela (ossia al ricorrere dei presupposti selettivi a cui sottostà l’autotutela su atti, a cui il legislatore si è riferito *per relationem*) e quindi in seguito alla ponderazione degli interessi pubblici ulteriori rispetto all’esigenza di ripristino della legalità, ad un bilanciamento tra le diverse posizioni coinvolte e con considerazione anche del profilo temporale, secondo la formula combinatoria tipizzata nel citato art. 21-*nonies*. Norma quest’ultima, pertinentemente menzionata in quanto espressiva di un principio applicabile ad una classe di poteri esercitabili solo ricercando un temperamento tra le qualificate esigenze di ristabilimento della legalità e l’affidamento riposto dal privato (in conseguenza dell’inerzia protratta dall’amministrazione rispetto al controllo-riscontro nell’ordinario termine di sessanta giorni). Tra le condizioni di esercizio del potere di controllo dettate dall’art. 21-*nonies* viene in rilievo – come detto – anche quella rappresentata dal rispetto del termine “ragionevole”, comunque non superiore a dodici mesi (che decorrono dall’esaurimento dei sessanta giorni assegnati per il controllo ordinario), spirati i quali l’attività non è più contestabile in via amministrativa, neppure in caso di tempestiva diffida all’amministrazione da parte di un terzo (come segnalato dal Corte cost. n. 49/2019 e confermato dal Corte cost. n. 153/2020). Già Corte cost. n. 188/2012 aveva sottolineato in passato la irrinunciabilità di una possibilità di intervento a posteriori da parte dell’amministrazione e tale principio era stato ribadito anche da Corte cost. n. 49/2016. Quest’ultima sentenza (avente ad oggetto l’assetto della legislazione edilizia toscana) aveva sottoli-

neato che una struttura bifasica della funzione di controllo (una prima fase di controllo “ordinario”; una seconda fase, eventuale, nelle forme dell'autotutela, con attenzione all'affidamento del privato) costituisce un principio fondamentale della disciplina dei titoli edilizi (ma in realtà del diritto amministrativo generale). Il potere di controllo nel modo dell'autotutela resta invece esercitabile anche successivamente ai dodici mesi in caso di accertamento di mendacio (con sentenza penale passata in giudicato ma anche su accertamento autonomo dell'amministrazione) *ex art. 21-nonies*, comma 2-*bis*: quest'ultima disposizione consente infatti l'esercizio dell'autotutela senza limitazioni temporali nell'ipotesi in cui la parte segnalante o i propri tecnici abbiano fornito rappresentazioni di stati e fatti volte a indurre l'amministrazione a travisare profili rilevanti della fattispecie. In tali casi, oltre a trovare spazio una risposta sanzionatoria particolarmente severa, lo svolgimento dell'attività potrà essere senz'altro inibita, sulla scorta di una valutazione ordinamentale (espressa direttamente dalla legge) di non meritevolezza di protezione del soggetto che abbia intenzionalmente cercato di indurre in errore l'amministrazione (con operatività in tal caso anche del principio di “irrecuperabilità degli effetti” derivabile anche dall'art. 21, comma 1, della legge n. 241/1990, teso a impedire ogni conformazione o sanatoria dell'attività). Dai casi di travisamento su fatti semplici rappresentati travisatoriamente, vanno tenuti distinti casi (non infrequenti) in cui qualificazioni e inquadramenti categoriali operati dal privato si rivelino successivamente non condivisibili da parte dell'amministrazione (si può fare l'esempio di un privato che abbia inquadrato come manutenzione straordinaria un intervento, correttamente rappresentato, intervento che l'amministrazione ritenga successivamente non praticabile perché integrante una ristrutturazione). In questi casi, occorre introdurre una distinzione, non sempre facile nella pratica, tra interventi tipologicamente riconducibili allo spazio della SCIA e interventi totalmente estranei a tale ambito onde parlare di SCIA irregolare (per difetto di taluni elementi strutturali) e di SCIA inesistente (perché riferita a fattispecie completamente estranea rispetto al perimetro degli interventi subordinati al regime dichiarativo). Solo nel primo ordine di ipotesi, si dovrebbero privilegiare le esigenze di stabilità, come del resto si ritiene (maggioritariamente) in tema di silenzio-assenso invalidamente formatosi (Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2023, n. 10383).

Il settore edilizio<sup>6</sup> ha offerto un'ampia casistica e ha consentito di far emergere la rilevanza del richiamo operato dall'art. 19, comma 6-*bis* secondo cui

---

<sup>6</sup> M.A. SANDULLI, *Edilizia*, in *Enc. dir., I tematici, Funzioni amministrative*, a cura di B. G. Mattarella, M. Ramajoli, Milano, 2022, p. 405.

“restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull’attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali”, con conseguente reprimibilità anche a distanza di tempo di trasformazioni che avrebbero dovuto essere precedute dal rilascio di un permesso di costruire<sup>7</sup>, rispetto alle quali il mancato tempestivo riscontro della SCIA si ritiene non possa produrre alcun affidamento (affidamento invece meritevole di protezione in caso di SCIA consolidatasi unicamente in difetto di elementi di validità rispetto ad un intervento riconducibile alle categorie menzionate nell’art. 22 del TU Edilizia).

### *3. Le diverse forme di tutela del terzo.*

Lo schema di tutela oppositiva del soggetto che propone la segnalazione certificata non pone soverchi dubbi. Il segnalante, a fronte di provvedimenti che impongono l’inibitoria e il ripristino anziché disporre la riconformazione ovvero che dettino misure conformative incongrue, potrà ottenere una tutela piena e connotata dalla necessaria effettività di fronte al giudice amministrativo nelle forme dell’azione di annullamento.

Decisamente più complessa – e ancora irrisolta – la tematica della tutela dei terzi<sup>8</sup>. La questione riveste notevole rilevanza pratica, in quanto alla diffusione raggiunta dal modello della segnalazione di inizio attività non è corrisposta l’elaborazione e il consolidamento di un dispositivo di protezione veramente adeguato delle parti pregiudicate da tali attività. Si tratta di uno degli snodi problematici a cui il codice del processo amministrativo non ha saputo dare una risposta e il distacco dai parametri costituzionali si fa sempre più inaccettabile. Va recisamente esclusa l’impugnabilità della SCIA in quanto atto privato: risultano quindi recessive le ricostruzioni che tendevano ad identificare nella fattispecie delineata dall’art. 19 un titolo tacito, suscettibile di formarsi per effetto dell’inerzia comunale. Il sistema delle tutele deve necessariamente adeguarsi alla scelta liberalizzante che ha determinato la scomparsa di un atto abilitativo autonomamente impugnabile dal terzo. Anche la soluzione prefigurata dall’art. 19, comma 6-ter, si presenta tuttavia insoddisfacente. L’impugnazione del silenzio serbato dall’amministrazione *ex art.* 31 c.p.a. sulla sollecitazione formulata dal terzo, oltre ad imporre un onere di iniziativa in

---

<sup>7</sup> TAR Lombardia, Sez. II, 21 dicembre 2023, n. 3148.

<sup>8</sup> A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVI ed., Torino, 2024, p. 220.

capo al terzo (la proposizione della diffida), rischia sovente di giungere tardiva, quando la lesione si è già ampiamente consumata e il termine di sessanta giorni (entro cui la reazione amministrativa è vincolata) è ampiamente spirato, con conseguente preclusione alla condanna dell'amministrazione all'esercizio di un potere di cui essa ha perso la disponibilità (o di cui può disporre solo nel modo dell'autotutela)<sup>9</sup>. Questa insoddisfacente soluzione è stata introdotta dal legislatore in giustapposizione allo schema preconizzato dal Consiglio di Stato con la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 15/2011<sup>10</sup>, sulla scia dell'autorevole dottrina che aveva proposto di identificare nell'inerzia dell'amministrazione una figura di silenzio-diniego<sup>11</sup>. I problemi della conoscibilità della SCIA e dell'esauribilità dei poteri di controllo sono stati sottolineati in due interventi della Corte costituzionale (Corte cost. 13 marzo 2019, n. 45 e 20 luglio 2020, n. 153) nei quali, oltre alla sottolineatura circa le possibilità di intervento dell'amministrazione in caso di falso e quelle offerte dalle legislazioni settoriali (segnatamente, il TU Edilizia), è stata ribadita l'opportunità di un intervento legislativo e indicata l'utilità per i terzi di ricercare tutele anche sul versante civilistico (distanze, concorrenza sleale, ecc.). Le risposte della giurisprudenza amministrativa più recenti sono approdate all'affermazione della natura doverosa di una risposta (circa il ricorrere dei presupposti per l'esercizio del potere) al terzo che inoltri (anche nell'anno successivo alla scadenza del primo termine di sessanta giorni) una sollecitazione all'esercizio del potere di controllo nel modo dell'autotutela (doverosa quindi nell'*an* ma comunque discrezionale nel *quomodo*, a segnare comunque una ulteriore differenziazione rispetto all'invalsa dogmatica dell'autotutela). Per contro, si fanno spazio azioni risarcitorie nei confronti dell'amministrazione che non abbia esercitato i poteri di controllo, anche sull'assunto che la tutela civilistica solo in taluni casi

---

<sup>9</sup> Restano sempre valide molte delle considerazioni espresse da F. BENVENUTI, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 537.

<sup>10</sup> E. BOSCOLO, *La dialettica tra la Plenaria e il legislatore sulla natura liberalizzante della d.i.a. e sullo schema di tutela del terzo: principi destinati a una vita effimera*, in questa *Giur. it.*, 2012, p. 935; L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della s.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'A.P. del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 215.

<sup>11</sup> G. GRECO, *La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 359; dello stesso Autore, successivamente alla pronuncia della Plenaria e dell'intervento normativo, ID., *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 646.

(ad es., violazione delle distanze) può garantire con piena effettività risultati ripristinatori. Tuttavia, ove la parte non abbia esperito tutti i rimedi civilistici a sua disposizione, opererà il principio riduttivo introdotto dall'art. 30, comma 3, c.p.a. Va inoltre ricordato che l'art. 21, comma 2-ter, della legge n. 241/1990 prevede espressamente una responsabilità "del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui la segnalazione certificata ... non fosse conforme alle norme vigenti", con azione che dovrebbe essere proposta di fronte alla giurisdizione ordinaria.

#### 4. *La diversificazione dei modelli comunicativi.*

L'art. 19 non costituisce solo la norma di disciplina della SCIA ma un paradigma, dal quale si sono diramate innumerevoli figure di atti comunicativi, accumulati dalla finalità di consentire l'avvio di attività private senza necessità di un atto di assenso amministrativo. Queste figure prefigurano assetti combinatori diversificati dei profili che connotano il regime della SCIA: l'avvio immediato o differito dell'attività, la presenza o l'assenza di un controllo procedimentalizzato, ecc.

La stessa legge n. 241/1990, all'art. 19-bis, descrive due tipologie di segnalazioni che si differenziano dal modello descritto nell'art. 19. Ne deriva una tripartizione di regimi tra: a) SCIA "pura" (definita dall'art. 19), b) SCIA "unica", applicabile ove per l'avvio di una attività sia necessaria la presentazione di più segnalazioni aventi ad oggetto profili diversi di rilevanza ordinamentale dell'attività, il cui regime è definito dall'art. 19-bis, comma 2; c) "SCIA conseguente ad assensi", applicabile in caso di segnalazione i cui effetti siano condizionati all'ottenimento di assensi o pareri o verifiche preventivi, il cui regime è definito dall'art. 19-bis, comma 3.

I casi in cui in vista dell'avvio di una attività sia necessario operare una pluralità di segnalazioni sono frequenti. Secondo una strategia di unificazione, la norma prevede ora che in tali casi il privato presenti una sola SCIA allo sportello unico, il quale provvederà alla trasmissione alle amministrazioni interessate. Queste ultime, operati i rispettivi controlli circa la sussistenza dei requisiti e presupposti per l'avvio dell'attività, potranno formulare "*proposte motivate*" preordinate all'adozione di eventuali misure all'amministrazione procedente (ossia quella che ha ricevuto la SCIA) entro cinque giorni prima della scadenza del termine "esterno" di sessanta giorni (trenta per l'edilizia) fissato dall'art. 19. Le posizioni esprimibili dalle amministrazioni a cui in precedenza

venivano inoltrate dal cittadino segnalazioni e comunicazioni convergono ora in un unico procedimento di controllo plurisoggettivo e, nel caso di misura conformativa o inibitoria, l'esito di tale procedimento unificato costituito da una unica misura provvedimentoale.

La strategia di semplificazione ha seguito un diverso approccio in relazione ai casi, assai frequenti, in cui l'avvio di una attività oggetto di SCIA sia subordinato ad atti di assenso, pareri o verifiche preventive. Si tratta di SCIA che ha ad oggetto requisiti di fatto non suscettibili di autocertificazione. In tal caso, lo sportello unico riceve non solo la SCIA ma anche le istanze e i documenti relativi ai procedimenti pregiudiziali e procede all'indizione di una conferenza dei servizi, garantendo le comunicazioni con il segnalante. La soluzione profilata dal comma 3 dell'art. 19-*bis* non postula quindi il differimento della presentazione della SCIA ad esito dell'ottenimento degli assensi presupposti secondo l'usuale schema sequenziale: si può quindi parlare di SCIA validamente presentabile ma condizionata negli effetti all'ottenimento degli assensi espressi. Vanno poi ricordate, tornando a guardare al settore dell'edilizia, figure come la SCIA alternativa al permesso di costruire (art. 23 TU Edilizia, con avvio delle trasformazioni differito di trenta giorni dalla presentazione ed estensione delle previsioni repressivo-sanzionatorie proprie del regime del permesso di costruire), come la SCIA per agibilità (art. 24 TU Edilizia, che non contempla possibilità di controlli ulteriori decorsi sessanta giorni) e come la SCIA con effetti sananti entro cui è contemplata l'emanazione di un provvedimento sanzionatorio (originariamente prevista dall'art. 37, comma 4, TU Edilizia ed oggi "attratta" nel nuovo art. 36-*bis* del TU Edilizia)<sup>12</sup>.

Va poi ricordato che negli art. 18-*bis* e 29 della legge n. 241/1990 si parla distintamente di segnalazioni e comunicazioni, a dare conto della sussistenza di una (sotto)classe di figure in cui l'avvio di una attività deve essere preceduto da una comunicazione, alla ricezione della quale da parte dell'amministrazione non consegue la strutturazione di una relazione giuridica e l'avvio di un procedimento di controllo, a differenza di quanto previsto dall'art. 19 per il modello della segnalazione. È il caso della comunicazione per l'attivazione di un esercizio di vicinato ma anche della CILA edilizia (art. 6-*bis* TU Edilizia), divenuta, dopo il d.l. n. 222/2016, la figura ad applicazione residuale nel siste-

---

<sup>12</sup> G. GRECO, *Sanatoria della SCIA in materia edilizia*, in *Scritti in onore di Filippo Salvia*, a cura di G. Corso, M. Immordino, Napoli, 2022, p. 373, ove l'Autore ha evidenziato le particolarità di una figura in cui la produzione dell'effetto di regolarizzazione di un intervento già attuato è subordinata al pagamento di una sanzione commisurata mediante un atto dell'amministrazione.

ma gradualistico che ordina la tassonomia dei titoli edilizi. Le attività avviate con CILA, precedute sul calco dell'art. 19 da un'istruttoria primaria privata (asseverata da un tecnico), non sono sottoposte ad un controllo formalizzato e sono invece oggetto della vigilanza dell'amministrazione (una vigilanza tuttavia non randomica bensì "orientata" dalle informazioni veicolate dalla comunicazione) e ai poteri sanzionatori e ripristinatori applicabili per il caso di attività avviata con comunicazione asseverata ma soggetta ad altro titolo "maggioré". La giurisprudenza oscilla tra tendenze assimilatrici (all'art. 19) e riconoscimento delle particolarità della figura e delle differenze tra il controllo e la vigilanza, con conseguente ammissibilità di interventi repressivo-sanzionatori anche a distanza di tempo dalla presentazione per il caso di interventi ordinariamente subordinati a permesso di costruire<sup>13</sup>. La mappatura che ha prodotto le schede allegate al d.lgs. n. 222/2016 sull'identificazione degli spazi di applicazione dei diversi modelli aveva peraltro già fatto emergere come siano numerosi i casi di comunicazioni preventive, anche in settori sensibili come quello ambientale. Le comunicazioni hanno peraltro una storia antica e costituiscono il retaggio diretto di figure introdotte nell'epoca dello Stato liberale in una prospettiva di amministrativizzazione non intrusiva delle libertà (esemplare la vicenda del TULPS del 1889 in materia di libertà di culto e di intrapresa di attività economiche e di spettacolo<sup>14</sup>, con previsioni che subirono nelle stagioni successive un "irrigidimento" in altrettante figure autorizzative). Un tale modello, anche nelle fasi in cui il diritto amministrativo ha subito uno schiacciamento sullo schema dell'assenso in forma provvedimentale, ha mantenuto un ruolo interstiziale per tornare a ritrovare spazio nella stagione del presente onde offrire una risposta al bisogno di modelli idonei a coniugare esigenze liberalizzanti e alleggerimento degli oneri a carico delle parti private.

---

<sup>13</sup> Nel primo senso, Cons. Stato, Sez. II, 24 aprile 2023, n. 4110; nella seconda direzione, *ex multis*, TAR Lombardia, Sez. II, 15 novembre 2023, n. 2659.

<sup>14</sup> Si veda in proposito l'analisi che ebbe modo di formulare su queste figure O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza – la polizia degli spettacoli e trattenimenti pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, vol. IV, tomo I, Milano, 1904, p. 744.





# IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E LA “AMMINISTRAZIONE DIFENSIVA”: GLI EFFETTI DERIVANTI DAL “PRINCIPIO DELLA FIDUCIA”, E DALLA DISCIPLINA DEL “CONFLITTO DI INTERESSI”

*Gabriele Bottino*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “principio della fiducia” e la responsabilità erariale. – 2.1. Profili critici. – 3. La nuova disciplina del “conflitto di interessi”, ed i suoi effetti sulle responsabilità penale, civile e disciplinare. – 3.1. Il “conflitto di interessi” nella organizzazione e nelle attività delle pubbliche amministrazioni. – 3.2. Il “conflitto di interessi” nei contratti pubblici. – 3.3. Profili positivi.

## 1. *Premessa.*

Il settore dei contratti pubblici è tradizionalmente annoverato tra le attività delle pubbliche amministrazioni più esposte al fenomeno della cosiddetta “amministrazione difensiva”<sup>1</sup>: gli amministratori ed i pubblici funzionari e dirigenti, a causa del rischio di incorrere in responsabilità penali, civili, erariali e disciplinari, decidono sovente di ricorrere a procedure di gara standardizzate e più “sicure” – ad esempio la scelta di un contratto di appalto, e non invece di un contratto di partenariato pubblico-privato – rispetto a procedure di gara caratterizzate da una maggiore discrezionalità e complessità e dunque, in punto di responsabilità, più “rischiose”.

Il nuovo “Codice dei Contratti Pubblici”, conscio di questo stato di fatto, appresta almeno due disposizioni normative, allo scopo di attenuare tale rischio delle responsabilità: si tratta – con specifico riferimento alla responsabilità erariale – del “principio della fiducia”, enunciato nell’art. 2 e – con riferi-

---

<sup>1</sup> In argomento, in maniera ampia ed approfondita, S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’Amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, p. 293 ss., e M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, p. 625 ss.

mento alle responsabilità penale, civile e disciplinare – del “conflitto di interessi”, disciplinato nell’art. 16.

La analisi e le riflessioni, di seguito svolte, hanno l’intenzione di verificare la efficacia di tali disposizioni normative, nel raggiungimento dello scopo di contrastare la predetta “amministrazione difensiva”.

## 2. Il “principio della fiducia” e la responsabilità erariale.

Fermo restando il fatto che, nella materia della responsabilità erariale e della correlata giurisdizione contabile, trova ancora ad oggi generale applicazione la norma di cui all’art. 21 comma 2, d.l. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, che sino alla data del 31 dicembre 2024 (termine peraltro già più volte prorogato dal legislatore) limita la responsabilità erariale, originata da condotte attive, alle sole condotte dolose, mentre mantiene inalterata la medesima responsabilità, con riguardo alle condotte omissive o inerti, sia per le condotte dolose che per le condotte gravemente colpose<sup>2</sup>, l’art. 2 (“Principio della fiducia”), d.lgs. n. 36/2023, descrive dapprima le finalità del “principio”, e di poi lo declina con specifico riferimento alla attenuazione della stessa responsabilità erariale<sup>3</sup>.

Lo scopo del “principio” (comma 2), è quello di favorire e valorizzare l’esercizio della discrezionalità amministrativa<sup>4</sup>, in tutte le fasi delle procedure di

---

<sup>2</sup> Sul tema, criticamente, G. BOTTINO, *Le azioni e le omissioni nella responsabilità erariale*, in *Bil. com. pers.*, 2021, 1, p. 86 ss.

<sup>3</sup> Tra i primi contributi dedicati al “principio”: G. CAVALIERI, M. CAFAGNO, *Il principio della fiducia*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 19 ss.; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 1, p. 154 ss.; R. URSI, *La “trappola della fiducia” nel Codice dei Contratti pubblici*, in *Bil. com. pers.*, 2024, 1, p. 12 ss.

<sup>4</sup> “L’art. 2 codifica l’innovativo principio della fiducia nell’azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Si tratta di un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul ‘sospetto’) per l’azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro, e che si è caratterizzata da un lato per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l’esercizio della discrezionalità, dall’altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento. Ciò ha generato una forma di ‘burocrazia difensiva’, spesso descritta evocando l’efficace immagine del dipendente che ha ‘paura di firmare’, a causa della quale i funzio-

gara: il *favor* concerne infatti la “iniziativa” e la “autonomia decisionale” dei “funzionari pubblici”, “con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni” contrattuali, “secondo il principio del risultato” (il principio introdotto e definito nell’art. 1, del medesimo d.lgs. n. 36/2023)<sup>5</sup>.

La declinazione del principio, con riguardo alla attenuazione della responsabilità erariale, vale in primo luogo per ogni fase della procedura contrattuale (“nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti”), ed opera lungo tre direttrici di riferimento (comma 3): le tre direttrici concernono tutte la nozione di “colpa grave”<sup>6</sup>, vale a dire l’elemento psicologico che – insieme al dolo, ed a norma dell’art. 1, comma 1, legge n. 20/1994 – costituisce la soglia generale di riferimento per l’accertamento, ad opera delle Sezioni Giurisdizionali della Corte dei Conti, della responsabilità erariale, fatta evidentemente eccezione per la disciplina transitoria recata nel già menzionato art. 21, comma 2, d.l. n. 76/2020.

La prima direttrice consiste nella “tipizzazione” delle fattispecie nelle quali la condotta dell’agente pubblico è qualificata come “colpa grave” (art. 2, comma 3, primo periodo): tale qualificazione riguarda le condotte poste in essere in “violazione di norme di diritto” (dunque non soltanto di norme di legge),

---

nari, frenati dal timore delle possibili conseguenze del loro agire, preferiscono astenersi dal farlo, con inevitabile pregiudizio dell’efficienza e, più in generale, del buon andamento dell’azione amministrativa [...]”: così, espressamente, la *Relazione agli articoli e agli allegati* del nuovo “Codice dei Contratti Pubblici”, p. 14.

<sup>5</sup> “Il comma 2, nell’enunciare il principio, lo collega al principio del risultato: la fiducia che viene riconosciuta ai pubblici funzionari non è incondizionata, ma costituisce una sorta di contropartita di ciò che l’ordinamento si aspetta dall’azione amministrativa, ossia la realizzazione del risultato declinato dall’art. 1”: così ancora la predetta *Relazione agli articoli e agli allegati*, p. 15.

<sup>6</sup> “Il comma 3 contiene una perimetrazione del concetto di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti. La norma risulta necessaria in quanto in passato il labile confine tra colpa grave e colpa lieve ha generato incertezze interpretative, contribuendo a quella forma di burocrazia difensiva che il principio della fiducia si propone di superare. Per questo, in coerenza con l’obiettivo, sotteso al principio della fiducia di valorizzare la discrezionalità del dipendente pubblico, la norma in esame ricollega la colpa grave esclusivamente alla violazione delle norme di diritto, degli auto-vincoli, nonché alla palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza, con la precisazione, tuttavia, che non costituisce mai colpa grave la violazione o l’omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. Si evidenzia che la disposizione in esame codifica il diritto vivente formatosi nell’ambito delle Sezioni Giurisdizionali della Corte dei Conti”: *ibidem*, p. 15.

ed in violazione degli “auto-vincoli amministrativi” (ad esempio i “bandi” di gara, e gli altri atti amministrativi a contenuto generale, con i quali le stazioni appaltanti e gli enti concedenti esplicitano la *lex specialis*, propria di ciascuna procedura contrattuale).

Anche la seconda direttrice interviene sulla nozione di “colpa grave” (ancora art. 2, comma 3, primo periodo): ivi tuttavia non si “tipizzano” espressamente, come nella prima direttrice, le condotte gravemente colpose, ma si afferma che la “colpa grave” consiste nel fatto che l’agente pubblico – in tutte le fasi della procedura contrattuale – agisce in “palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza”, ovvero omette “le cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell’attività amministrativa, [...] esigibili nei confronti dell’agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto”.

Infine la terza direttrice scrimina la medesima “colpa grave” (art. 2, comma 3, secondo periodo): la gravità della colpa è infatti esclusa nelle fattispecie in cui le violazioni e le omissioni, di cui alle prime due direttrici, sono determinate “dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti”, ovvero dal riferimento a “pareri delle autorità competenti”.

A queste tre direttrici, così declinate nell’art. 2, comma 3, si aggiunge un importante corollario, affermato nel successivo comma 4: sempre invocando il medesimo “principio della fiducia” (“per promuovere la fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione”), la disposizione normativa obbliga le stazioni appaltanti, e gli enti concedenti, ad adottare “azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alla capacità professionale dei dipendenti”, coinvolti nelle procedure contrattuali.

## 2.1. *Profili critici.*

Dopo avere considerato il contenuto dell’art. 2 del nuovo “Codice dei Contratti Pubblici”, è ora necessario riflettere sul fatto se esso sia effettivamente in grado di attenuare – negli agenti pubblici coinvolti in una procedura contrattuale – il rischio della propria responsabilità erariale: sul punto, è possibile esprimere le seguenti e motivate considerazioni critiche.

In primo luogo, sia la “tipizzazione” delle condotte gravemente colpose, sia la definizione della nozione di “colpa grave” – entrambe recate nell’art. 2, comma 3, primo periodo – costituiscono affermazioni già ampiamente consolidate, all’interno della giurisprudenza delle Sezioni Giurisdizionali della Corte

dei Conti, chiamate a giudicare la responsabilità erariale nella materia dei contratti pubblici<sup>7</sup>.

La “violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi”, la “palese violazione” dei tradizionali canoni costitutivi della “colpa” (prudenza, perizia e diligenza), siccome il fatto che tali comportamenti devono essere sempre correlati – in punto di “nesso di causalità”, tra condotta e danno erariale – alle “specifiche competenze” possedute dall’agente pubblico, “in relazione” al singolo “caso concreto”, sono infatti elementi costantemente valorizzati dalle medesime Sezioni Giurisdizionali<sup>8</sup>.

Di poi, e con riferimento alla scriminante della “colpa grave” – ora contenuta nell’art. 2, comma 3, secondo periodo – essa pecca per imprecisione, e rischia di risolversi in una certamente non auspicabile eterogenesi dei fini.

La imprecisione consiste nella concreta difficoltà, per gli agenti pubblici, di ricostruire – nell’ampia e complessa giurisprudenza contabile – gli “indirizzi giurisprudenziali prevalenti”, e di affidarsi a “pareri delle autorità competenti”, incerti sia nella loro individuazione (“pareri”), sia nel novero delle molteplici “autorità” che sono chiamate ad esprimere i medesimi “pareri”.

La eterogenesi dei fini, non auspicabile, consiste nel fatto che – anche a ritenere possibile, da parte degli agenti pubblici, la ricostruzione della predetta “giurisprudenza prevalente”, e la individuazione dei predetti “pareri” – questa operazione ermeneutica potrebbe risolversi nella assunzione, da parte dei medesimi agenti, di nuovi ed ulteriori approdi e comportamenti amministrativi “difensivi”<sup>9</sup>.

Infine, e per ciò che concerne l’obbligo, imposto alle stazioni appaltanti ed agli enti concedenti, di adottare “azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il [proprio] personale” (art. 2, comma 4) – ed evidentemente sul presupposto che tale disposizione normativa riguardi soltanto il personale coinvolto nelle procedure di gara, ed i rischi assicurati consistano in quelli derivanti dall’accertamento giurisdizionale della loro responsabilità erariale per colpa grave – la norma si pone in evidente contrasto con quanto ancora ad oggi dispone l’art. 3, comma 59, della legge n. 244/2007<sup>10</sup>, norma che contempla una

---

<sup>7</sup> Come infatti si è già ricordato nella precedente nota (6): “Si evidenzia che la disposizione in esame codifica il diritto vivente formatosi nell’ambito delle Sezioni Giurisdizionali della Corte dei Conti”.

<sup>8</sup> A conferma di quanto affermato nel testo, G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017, p. 363 ss.

<sup>9</sup> Sono debitore di questa acuta riflessione, che condivido integralmente, ad un dialogo sul tema svolto con il Prof. Stefano Battini, che qui ringrazio molto.

<sup>10</sup> “È nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri am-

espressa “fattispecie sanzionatoria” affidata, dall’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 174/2016, alla cognizione giurisdizionale della stessa Corte dei Conti<sup>11</sup>.

### *3. La nuova disciplina del “conflitto di interessi”, ed i suoi effetti sulle responsabilità penale, civile e disciplinare.*

Come affermato in premessa, e questa volta con riferimento alla attenuazione del rischio delle responsabilità penale, civile e disciplinare, la ulteriore norma del nuovo “Codice dei Contratti Pubblici”, che merita attenzione e considerazione, è contenuta nel suo art. 16, dedicato alla disciplina del “conflitto di interessi”.

Per comprendere chiaramente le innovazioni dettate nell’odierno art. 16, è necessario dare atto del complessivo quadro normativo di riferimento<sup>12</sup>, ad oggi sussistente nella materia del “conflitto di interessi”.

Tale quadro normativo deve essere dapprima esaminato nelle norme riguardanti l’intera organizzazione ed attività delle pubbliche amministrazioni; di poi volgendo specifica attenzione alla materia dei contratti pubblici, e qui distinguendo la disciplina normativa previgente al nuovo “Codice dei Contratti Pubblici”, e le importanti innovazioni ora contenute nell’art. 16 del medesimo Codice.

All’interno di entrambe le disamine, svolgere tale compendio in forma diacronica può agevolare la chiarezza espositiva.

---

ministratori per i rischi derivanti dall’espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. [...] In caso di violazione della presente disposizione, l’amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l’ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo”.

<sup>11</sup> In argomento, *amplius*, G. BOTTINO, *Le contraddizioni nelle pieghe del Codice appalti*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 giugno 2023.

<sup>12</sup> Il “quadro normativo di riferimento”, richiamato nel testo, è puntualmente descritto nella *Relazione Illustrativa* (p. 3) alla “Linea Guida” ANAC n. 15 del 2019, *Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, richiamata nella successiva nota 18.

### 3.1. *Il "conflitto di interessi" nella organizzazione e nelle attività delle pubbliche amministrazioni.*

Le disposizioni normative che, nel vigente ordinamento giuridico-amministrativo italiano, disciplinano il "conflitto di interessi" degli agenti pubblici – nella organizzazione e nelle attività delle pubbliche amministrazioni – possono essere così compendiate<sup>13</sup>.

L'art. 78, d.lgs. n. 267/2000 ("Testo Unico degli Enti locali"), prevede espressamente obblighi di astensione posti in capo sia agli amministratori locali, con riguardo alla discussione ed alla votazione di deliberazioni riguardanti interessi propri, o di loro parenti o affini sino al quarto grado (comma 2), sia ai componenti della Giunta comunale, "competenti in materia di urbanistica, di edilizia e di lavori pubblici", i quali devono astenersi dall'esercizio di "attività professionale in materia di edilizia privata e pubblica", "nel territorio da essi amministrato".

La legge n. 190/2012 ("Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione") ha introdotto – in materia di "conflitto di interessi" – disposizioni normative estremamente rilevanti, e tuttora vigenti.

La prima di esse, certamente la più importante, codifica la disciplina del "conflitto di interessi" in via generale, ed all'interno di ogni procedimento amministrativo.

Si tratta della introduzione, all'interno della legge n. 241/1990, del nuovo art. 6-*bis* (recante omonima rubrica, "Conflitto di interessi")<sup>14</sup>: senza tuttavia dettare alcuna definizione della nozione – elemento, questo, certamente criticabile ed evidente fonte di incertezza, vieppiù in considerazione della collocazione della norma all'interno della legge cardine del procedimento e dell'attività amministrativa – il medesimo art. 6-*bis* obbliga il "responsabile del procedimento", nonché "i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimen-

---

<sup>13</sup> Tra i numerosi contributi dedicati al tema: A. CIOFFI, *Moralità amministrativa e conflitto d'interessi*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, p. 685 ss.; G. D'ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2020; F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Torino, 2018; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016; E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, 2018.

<sup>14</sup> Sulla disposizione normativa, M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Commento agli articoli da 4 a 6-bis*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 524 ss.



to finale [del singolo procedimento amministrativo]”, ad “astenersi in caso di conflitto di interessi”, altresì “segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale”.

Intervenendo di poi sul testo dell’art. 53 (“incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi”) <sup>15</sup>, d.lgs. n. 165/2001 (“Testo Unico del Lavoro pubblico”), la stessa legge n. 190/2012:

a) ne modifica, così, il comma 5: il conferimento di incarichi, sia esso “operato direttamente dall’amministrazione” di appartenenza del dipendente al quale è conferito l’incarico, sia che riguardi “l’autorizzazione all’esercizio di incarichi che provengano da [una] amministrazione pubblica diversa da quella di appartenenza, ovvero da società o persone fisiche, che svolgano attività d’impresa o commerciale”, deve comunque “escludere [...] situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi, che pregiudichino l’esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente”;

b) ne modifica, sempre così, i commi 7 e 9: “i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall’amministrazione di appartenenza”, fermo restando che – ai fini del rilascio della medesima autorizzazione – l’amministrazione deve verificare la “insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi” (art. 7); parallelamente, “gli enti pubblici economici e i soggetti privati non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti pubblici”, senza che essi siano stati previamente autorizzati dall’amministrazione di appartenenza: tale amministrazione, nell’autorizzare i propri dipendenti, deve verificare la “insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi”;

c) modifica infine il comma 14, secondo periodo, ponendo l’obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere noti, all’interno della sezione “Amministrazione Trasparente” del relativo sito internet istituzionale, “gli elenchi dei propri consulenti”, ivi indicando “l’oggetto, la durata e il compenso dell’incarico”, “nonché l’attestazione dell’avvenuta verifica dell’insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi”.

L’ultimo testo normativo volto a disciplinare il “conflitto di interessi”, nell’attività amministrativa generale degli agenti pubblici, non è contenuto – come i precedenti – in una fonte normativa di rango primario, bensì all’interno del d.P.R. n. 62/2013, regolamento recante il “Codice di Comporta-

---

<sup>15</sup> In argomento D. TARDIVO, *Incompatibilità del pubblico dipendente e limiti all’obbligo del conferente*, in *Lav. nelle P.A.*, 2022, 2, p. 333 ss., e V. TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *Lav. dir. Eur.*, 29 gennaio 2024.

mento dei Dipendenti Pubblici”<sup>16</sup>, ed emanato a norma dell’art. 54, d.lgs. n. 165/2001.

Ivi, il “conflitto di interessi” assume plurime rilevanze:

1. come “principio generale”, nell’art. 3, comma 2: oltre all’obbligo di rispettare i “principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza”, il dipendente pubblico “agisce in posizione di indipendenza e imparzialità”, ed “astenendosi in caso di conflitto di interessi”;

2. in termini dapprima prescrittivi e poi definitivi, nell’art. 6, comma 2: prescrittivi, dal momento che si fa obbligo al dipendente pubblico di astenersi dal “prendere decisioni” o dallo “svolgere attività inerenti alle sue mansioni”, quando egli versa in “situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi”; definitivi, poiché tali interessi in conflitto – concreto o potenziale – consistono in “interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti [e] di affini entro il secondo grado”, e riguardano “interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall’intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici”;

3. in ordine alle conseguenze della sussistenza di un conflitto di interessi, sia esso ancora concreto o potenziale, ed ancora in termini definitivi, nell’art. 7: le conseguenze consistono infatti, per il dipendente pubblico, nell’“obbligo di astensione” dalla partecipazione alla “adozione di decisioni od attività che possano coinvolgere interessi propri od altrui; definitivi, in quanto tali interessi altrui sono individuati negli interessi di “parenti o affini entro il secondo grado” del medesimo dipendente, del suo “coniuge o conviventi”, oppure di “persone” con le quali il dipendente pubblico “abbia rapporti di frequentazione abituale”, ovvero di “soggetti od organizzazioni” con i quali egli od il suo coniuge abbiano “causa pendente”, “grave inimicizia” o “rapporti di debito credito significativi”, ovvero di “soggetti od organizzazioni” di cui il medesimo dipendente sia “tutore, curatore, procuratore o agente”, così come di “enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti” di cui egli sia “amministratore”, “gerente” o “dirigente”; ancora in termini di conseguenze e definitivi – all’interno di una fattispecie sostanzialmente residuale, ma dai confini estremamente incerti – dal momento che si fa infine obbligo, al dipendente pubblico, di astenersi “in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza”;

---

<sup>16</sup> Sul tema L. BISIO, *Il Codice di comportamento nella PA alla luce delle novità del D.P.R. n. 81/2023*, in *Azienditalia*, 2024, 1, p. 50 ss.

4. con specifico riguardo ai dipendenti pubblici aventi qualifica dirigenziale, nell'art. 13, comma 3: il dirigente pubblico, "prima di assumere le sue funzioni", deve infatti sia comunicare all'amministrazione di appartenenza "le partecipazioni azionarie e gli altri interessi finanziari", in grado di porlo in "conflitto di interessi con la funzione pubblica che svolge", sia dichiarare "se ha parenti e affini entro il secondo grado, coniuge o convivente", i quali "esercitano attività politiche, professionali o economiche", attività che pongono tali soggetti in "contatti frequenti con l'ufficio che [il medesimo dirigente] dovrà dirigere", oppure che ne determinino un coinvolgimento "nelle decisioni o nelle attività inerenti all'ufficio" dirigenziale che egli stesso andrà a ricoprire;

5. in punto di "responsabilità", a norma dell'art. 16, comma 1, alle quali è assoggettato il dipendente o dirigente pubblico che viola – in presenza di un conflitto di interessi, ancora concreto o potenziale – le predette norme del "Codice di Comportamento": sul presupposto che la "violazione degli obblighi previsti dal [medesimo] Codice integra comportamenti contrari ai doveri d'ufficio", tali violazioni possono integrare responsabilità penali (ove il fatto sia sussumibile in una della fattispecie di reato contemplate negli articoli 314 ss. del Codice Penale), civili (per i danni conseguenti alla violazione di diritti soggettivi, o interessi legittimi, di terzi), erariali (anche per "danno alla immagine"), e disciplinari.

### 3.2. *Il "conflitto di interessi" nei contratti pubblici.*

Transitando ora alla rilevanza che le norme in materia di "conflitto di interessi" assumono nella disciplina dei contratti pubblici, e prima di considerare approfonditamente il relativo "Codice" (previgente, ed odierno), è ancora il predetto "Codice di Comportamento dei Dipendenti Pubblici", nel proprio art. 14 ("Contratti ed altri atti negoziali"), commi 2, 3 e 4, ad esprimersi al riguardo.

È infatti fatto espressamente divieto al dipendente pubblico di concludere, a norma dell'art. 14, comma 2, e per conto della amministrazione di appartenenza, "contratti di appalto, fornitura, servizio o assicurazione", con le imprese con le quali egli abbia stipulato – "nel biennio precedente" alla procedura contrattuale pubblica – "contratti a titolo privato" (fatta soltanto eccezioni per i "contratti conclusi mediante moduli e formulari", di cui all'art. 1342 del Codice Civile), o con le imprese dalle quali, sempre nel precedente biennio, abbia "ricevuto altre utilità": in queste fattispecie, ed in presenza di tale "conflitto di interessi", il medesimo dipendente ha l'obbligo di astenersi "dal parte-

cipare all'adozione delle decisioni ed alle attività relative all'esecuzione del contratto", altresì provvedendo a redigere "verbale scritto di tale astensione", "da conservare agli atti" del proprio ufficio.

Qualora parimenti il dipendente concluda "accordi", o stipuli "contratti a titolo privato" (fatta sempre eccezione per i contratti di cui al predetto art. 1342 del Codice Civile), "con persone fisiche o giuridiche private" con le quali – ancora nel "biennio precedente" alla procedura contrattuale pubblica – abbia concluso "contratti di appalto, fornitura, servizio, finanziamento ed assicurazione", per conto della amministrazione di appartenenza, egli è tenuto ad informarne, per iscritto, il dirigente del proprio ufficio (art. 14, comma 3): se nelle fattispecie di cui ai predetti commi (2 e 3), si trova invece un dipendente pubblico avente qualifica dirigenziale, egli è tenuto ad informarne, sempre per iscritto, il "dirigente apicale responsabile della gestione del personale" (art. 14, comma 4).

La *ratio* dell'art. 14, ora considerato, è chiara: evitare "conflitti di interesse" tra i contratti stipulati nella vita privata del pubblico dipendente, e la sua partecipazione a procedure contrattuali pubbliche, per conto dell'amministrazione di appartenenza.

Il "Codice dei Contratti Pubblici" disciplina invece il "conflitto di interessi" in una prospettiva endogena, vale a dire con riguardo al rapporto che intercorre (in concreto), e che può intercorrere (come conflitto potenziale), tra il singolo agente pubblico e la singola procedura contrattuale pubblica.

Nel previgente "Codice", il d.lgs. n. 50/2016 dedicava al "conflitto di interesse" (nella rubrica della disposizione normativa, la dizione figurava infatti al singolare) il proprio art. 42<sup>17</sup>: ad un incipit di carattere generale e preventivo, facevano seguito la definizione della nozione, gli obblighi da ottemperare in presenza di "conflitto", e le responsabilità conseguenti alla inottemperanza dei medesimi obblighi<sup>18</sup>.

In via generale e preventiva, il comma 1 imponeva alle stazioni appaltanti di prevedere "misure adeguate" volte ad "individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interessi", "nello svolgimento delle

---

<sup>17</sup> Sulla disposizione normativa, A. CIOFFI, *Il conflitto d'interessi negli appalti pubblici. A proposito dell'art. 42 del Codice*, in *Nuove auton.*, 2018, 3, p. 457 ss., e F. MATALUNI, *Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37-39, 41-43)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, p. 392 ss.

<sup>18</sup> In argomento è certamente importante la lettura della "Linea Guida" ANAC n. 15 del 2019, *Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, e della sua *Relazione Illustrativa*.

procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni” – le medesime misure erano altresì richieste, a norma del comma 4, anche per la “fase di esecuzione dei contratti pubblici” – allo scopo di “evitare qualsiasi distorsione della concorrenza”, e di “garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici”.

In termini definitivi, il primo periodo del comma 2 individuava la sussistenza di un “conflitto d’interesse” in tutte le fattispecie nelle quali “il personale di una stazione appaltante” – od anche il personale “di un prestatore di servizi” che operava per “conto della stazione appaltante – interveniva nello “svolgimento” della procedura contrattuale, ovvero poteva anche soltanto “influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato”, per il fatto che tali soggetti avessero, “direttamente o indirettamente”, “un interesse finanziario, economico o altro interesse personale” che potesse essere “percepito” come una “minaccia” alla propria “imparzialità e indipendenza”: a ciò si aggiungeva, nel secondo periodo del medesimo secondo comma, il fatto che – “in particolare” – costituivano situazioni di conflitto di interesse le fattispecie “che determinano l’obbligo di astensione”, così come previste dall’art. 7 del “Codice di Comportamento dei Dipendenti Pubblici” (la norma già considerata nel precedente paragrafo).

Dinanzi ad un tale “conflitto”, e secondo quanto disponeva il primo periodo del comma 3, gli agenti pubblici erano tenuti “a darne comunicazione alla stazione appaltante”, e “ad astenersi dal partecipare” alla procedura contrattuale: la mancata astensione, oltre a potere configurare responsabilità penali ed erariali, costituiva comunque “fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico” (comma 3, secondo periodo).

Confrontato con le direttive europee in materia di “aggiudicazione dei contratti di concessione” (direttiva n. 23/2014), ed in materia di “appalti pubblici” (direttiva n. 24/2014), l’art. 42, d.lgs. n. 50/2016, aderiva sostanzialmente ed integralmente al dettato delle medesime direttive<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> “Gli Stati membri dispongono che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori adottino misure adeguate [...] per prevenire, individuare e risolvere in modo efficace i conflitti di interesse insorti nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione della concessione, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti. Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un’amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore che interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione della concessione o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto del-

Il nuovo “Codice dei Contratti Pubblici”, d.lgs. n. 36/2023, attuando le medesime direttive contiene ora – nel proprio art. 16 (rubricato al plurale, “Conflitto di interessi”)<sup>20</sup> – una disposizione normativa che reca una importante innovazione.

Restano sostanzialmente immutati sia la definizione del “conflitto di interessi”, sia gli obblighi da ottemperare in sua presenza<sup>21</sup>: vi è tuttavia da osservare che il testo originario dell’art. 16, comma 1, aggettivava espressamente – come “minaccia concreta ed effettiva” – la minaccia alla imparzialità ed alla indipendenza dell’agente pubblico, aggettivazione che è stata invece eliminata – nell’odierno testo dell’art. 16, comma 1 – dall’art. 15-*quater*, d.l. n. 132, convertito nella legge n. 170/2023.

La innovazione concerne invece un aspetto sostanziale, ed un aspetto formale.

Sul piano sostanziale – richiamando la “coerenza” con il “principio della fiducia” (così come considerato nel precedente par. 2), e la necessità di “preservare la funzionalità dell’azione amministrativa” – l’odierno art. 16, comma 2, impone – a chi “invoca il conflitto” di interessi – di “provare la percepita minaccia all’imparzialità e indipendenza” del soggetto al quale è contestato il medesimo “conflitto”.

Tale “prova” deve fondarsi su “presupposti specifici e documentati”, deve riferirsi a “interessi effettivi”, e deve altresì dimostrare che la “soddisfazione” dell’“interesse finanziario, economico”, o di “altro interesse personale” (vale

---

la procedura di aggiudicazione della concessione”: così dispone il testo normativo, tuttora vigente, dell’art. 35 (“Lotta alla corruzione e prevenzione dei conflitti di interesse”), direttiva n. 23/2014 e, analogamente, il testo dell’art. 24 (“Conflitti di interesse”), direttiva n. 24/2014: in argomento, *amplius*, G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 5, p. 1095 ss., e ID., *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016, ibidem*, 2018, 3, p. 505 ss.

<sup>20</sup> Sulla odierna disposizione normativa, F. MATALUNI, *Art. 16. Conflitto di interessi*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, cit., p. 162 ss.

<sup>21</sup> “Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione. [...] Il personale che versa nelle ipotesi [predette] ne dà comunicazione alla stazione appaltante o all’ente concedente e si astiene dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all’esecuzione”: art. 16, commi 1 e3, d.lgs. n. 36/2023.

a dire gli interessi che determinano la sussistenza, in capo all'agente pubblico, di un "conflitto"), "sia conseguibile" soltanto "subordinando" la imparzialità e la indipendenza, del medesimo agente, ad uno dei predetti interessi personali<sup>22</sup>.

Sul piano formale, è eliminato – rispetto al previgente art. 42, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 50/2016 – ogni riferimento testuale alle responsabilità penali, erariali e disciplinari, imputate a carico dell'agente pubblico che non ottempera l'obbligo di astensione, in presenza di un "conflitto di interessi".

### 3.3. *Profili positivi.*

Analogamente a quanto compiuto nel precedente par. 2.1, anche per ciò che concerne la innovazione normativa contenuta nell'art. 16, comma 2, dell'odierno "Codice dei Contratti Pubblici", è necessario considerare se essa sia effettivamente in grado di attenuare il rischio delle responsabilità penale, civile, e disciplinare, degli agenti pubblici coinvolti nello svolgimento delle procedure contrattuali.

La sussistenza di un "conflitto di interessi" – e la conseguente mancata astensione da parte dell'agente pubblico che versa in tale conflitto – è infatti capace di integrare il reato di cui all'art. 323 ("Abuso d'ufficio") del Codice

---

<sup>22</sup> La già menzionata *Relazione agli articoli e agli allegati* del nuovo "Codice", p. 35, precisa che la nuova disposizione normativa "[riprende] alcuni spunti contenuti nel Parere del Consiglio di Stato n. 667 del 5 marzo 2019 (reso sulle Linee guida ANAC in materia di conflitto di interessi)", vale a dire le "Linee Guida" richiamate nella precedente nota 18. Più in particolare, ed al fine di esplicitare l'affermazione contenuta nella medesima *Relazione agli articoli e agli allegati*, il "Parere" del Consiglio di Stato si esprimeva così (pp. 8 e 9): "La nozione [di conflitto di interessi] non si riferisce quindi a comportamenti, ma a stati della persona. In linea di teoria generale dell'analisi economica del diritto, un conflitto di interessi si determina le volte in cui a un soggetto giuridico sia affidata la funzione di cura di un interesse altrui (così detto interesse funzionalizzato) ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare (*de iure vel de facto*) di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell'interesse funzionalizzato. Non rileva particolarmente se tale interesse derivi da situazioni affettive o familiari o economiche. Per l'inquadramento di teoria generale è sufficiente che sussistano due interessi in contrasto economico: quello funzionalizzato e quello, di qualsiasi natura, dell'agente. Il conflitto di interessi non consiste quindi in comportamenti dannosi per l'interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno. L'essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione sono due aspetti distinti".

Penale<sup>23</sup>, di porsi a base di una responsabilità civile originata – nelle procedure contrattuali – dalla causazione di un danno risarcibile per lesione di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo, nonché di essere causa di responsabilità disciplinare a norma dell’art. 16, comma 1, secondo periodo, del già menzionato “Codice di Comportamento dei Dipendenti Pubblici” (come si è infatti osservato a conclusione del precedente paragrafo, anche il riferimento alla responsabilità disciplinare non figura più espressamente nel testo dell’odierno art. 16, d.lgs. n. 36/2023, diversamente da quanto disponeva il previgente art. 42, comma 3, d.lgs. n. 50/2016).

Senza tacere, in primo luogo, l’evidente fatto che l’efficacia del nuovo art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 – come fattore di attenuazione del rischio delle predette responsabilità – dipenderà ovviamente dalla sua interpretazione ed applicazione giurisprudenziale, la norma merita apprezzamento.

L’introduzione di uno specifico obbligo probatorio – posto in capo a colui che invoca il “conflitto di interessi” degli agenti pubblici – è certamente in grado di consentire un bilanciamento degli interessi in conflitto, sia che tale conflitto assuma rilevanza concreta o soltanto potenziale.

A ciò si aggiunge il fatto che tale obbligo probatorio, ad opera dello stesso art. 16, comma 2, è precisamente circostanziato: i “presupposti” sui quali viene invocato il “conflitto di interessi” devono essere infatti “specifici e documentati”; gli interessi di cui è portatore l’agente pubblico – e che potrebbero essere suscettibili di minacciarne la “imparzialità e indipendenza” – devono essere “effettivi”, e dunque non meramente teorici od astratti.

Vieppiù, ed è forse questo il profilo più proficuo della nuova disposizione normativa, la prova del “conflitto di interessi” – per risultare meritevole di ac-

---

<sup>23</sup> “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, [...] omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità”: in argomento, *amplius*, G. BOTTINO, *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della “burocrazia difensiva”: la responsabilità penale per “abuso d’ufficio” come paradigma*, in *Lav. nelle P.A.*, 2022, 2, p. 241 ss., e A. CIOFFI, *Abuso d’ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti, tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Dir. amm.*, 2023, 1, p. 285 ss. È altresì noto che il Disegno di Legge n. 1718 (“Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare”), Camera dei Deputati, già approvato dal Senato della Repubblica in data 13 febbraio 2024, nel proprio art. 1, comma 1, lett. b), abroga l’art. 323 del Codice Penale.



coglimento in sede giurisdizionale – deve altresì dimostrare che il perseguimento degli interessi attribuiti all'agente pubblico (finanziari, economici, o altri interessi personali) conduce alla necessaria “subordinazione”, da parte del medesimo soggetto, dell'interesse pubblico alla imparzialità ed all'indipendenza amministrativa.

# GLI ACCORDI RELATIVI ALL'ESERCIZIO DI POTERI AMMINISTRATIVI NELLA RIFLESSIONE DI GUIDO GRECO

*Eugenio Bruti Liberati*

SOMMARIO: 1. Premessa. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sugli accordi inerenti all'esercizio di poteri amministrativi e il contributo di Guido Greco. – 2. L'inquadramento contrattuale e pubblicistico degli accordi e le conseguenze sul piano della disciplina applicabile. – 3. Gli accordi nella recente giurisprudenza costituzionale, civile ed amministrativa e le persistenti preoccupazioni dottrinali rispetto al loro inquadramento pubblicistico. – 4. Conclusioni.

## *1. Premessa. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sugli accordi inerenti all'esercizio di poteri amministrativi e il contributo di Guido Greco.*

Quando Guido Greco pubblica la sua monografia su “Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto”<sup>1</sup> sono passati tredici anni dall'emanazione della legge n. 241/1990 e il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla disciplina dettata dagli artt. 11 e 15 della stessa e sull'inquadramento sistematico delle figure convenzionali ivi previste appare ancora estremamente incerto nei suoi esiti.

Ricostruzioni prevalentemente pubblicistiche<sup>2</sup> e ricostruzioni prevalente-

---

<sup>1</sup> La monografia, edita da Giappichelli e inserita nel “Sistema del diritto amministrativo italiano” diretto da F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco e Giuseppe Morbidelli, è del 2003. Successivamente Greco è tornato sul tema degli accordi, in particolare, con il saggio “Accordi amministrativi e principio di legalità”, in “Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia”, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 2008, p. 429 ss. Nel prosieguo, in assenza di diversa indicazione, le citazioni e i riferimenti operati nel testo s'intenderanno fatti alla citata monografia.

<sup>2</sup> Per le quali v., tra gli altri, G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in C. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, II, p. 1611 ss.; E. BRUTI LIBERA-

mente civilistiche<sup>3</sup> si contendono il campo, nelle molte varianti che la riflessione dottrinale riesce ad elaborare e con le molte concrete implicazioni che la prassi giudiziale deve considerare, ma secondo un'alternativa di fondo che appare comunque ben visibile: riconoscere un rilievo centrale, nell'interpretazione della disciplina sugli accordi, alla logica e allo statuto giuridico della funzione amministrativa oppure invece imperniare tale interpretazione sulle ordinarie categorie civilistiche, ammettendo solo – a tutela di quella funzione – specifiche e circoscritte deviazioni da tali categorie.

In questo contesto, in cui assai rilevante è anche il tema dell'ambito di applicazione delle nuove norme e del rapporto tra gli accordi in esse contemplati e le fattispecie convenzionali da sempre conosciute dalle normative settoriali e dalla prassi amministrativa, la riflessione di Guido Greco si traduce in un contributo esemplare per rigore sistematico, chiarezza e completezza dell'analisi, in cui il problema dell'inquadramento concettuale e della ricostruzione della disciplina applicabile agli accordi viene affrontato senza pregiudizi ideologici o dogmatici, ma con un'evidente attenzione alla coerenza e consequenzialità delle scelte interpretative operate.

La preferenza in definitiva espressa dall'Autore per una lettura contrattual-pubblicistica degli accordi si fonda su una scrupolosa e assai puntuale analisi degli argomenti rinvenibili in dottrina e in giurisprudenza a sostegno o contro tale soluzione interpretativa<sup>4</sup>. Analisi che è poi seguita da un'ampia, precisa e assai equilibrata disamina della normativa da applicare agli stessi alla luce di quella opzione di fondo<sup>5</sup>.

Tutte le principali implicazioni di regime giuridico – sostanziale e processuale – derivanti dall'inquadramento contrattuale e pubblicistico degli accordi vengono considerate ed esplicitate, a partire dalla scarna ma in realtà assai densa disciplina dettata dall'art. 11 della legge 241 e con una spiccata attenzione alle soluzioni da tempo accolte in giurisprudenza per le figure conven-

---

TI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996; ID., voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, p. 1 ss.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998.

<sup>3</sup> V., tra gli altri, F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 238 ss.; ID., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 35 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2002.

<sup>4</sup> Per tale analisi v. in particolare i cap. III e IV.

<sup>5</sup> V. in particolare le p. 191 ss.

zionali attinenti all'esercizio di poteri amministrativi: e forse per la prima volta appare evidente che anche nel nostro ordinamento la categoria del contratto di diritto pubblico non è una scatola vuota, una categoria dogmatica priva di un suo statuto giuridico, ma è invece un istituto per il quale valgono regole proprie, definite dal legislatore, sia pure con una tecnica in parte criticabile per la sua eccessiva ellitticità.

È sempre difficile, ovviamente, valutare l'impatto che le ricostruzioni dottrinali hanno sugli orientamenti giudiziali. Ma non è forse casuale, e si deve verosimilmente anche al rigore e alla completezza dell'analisi svolta da Guido Greco, se negli anni successivi la giurisprudenza si è sempre più decisamente orientata nel senso di intendere gli accordi di cui all'art. 11 della legge 241 come contratti pubblicistici, come tali soggetti sia ai principi sulla funzione amministrativa sia ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti<sup>6</sup>, e anche nel senso di valorizzare l'art. 11 come norma generale sugli accordi relativi all'esercizio di poteri amministrativi<sup>7</sup>.

Il dibattito dottrinale è rimasto aperto, e continuano ad essere ben presenti al suo interno indirizzi interpretativi favorevoli ad un inquadramento in termini più ampiamente privatistici degli accordi<sup>8</sup>. Tuttavia, per quanto questi indirizzi interpretativi debbano essere attentamente considerati, in particolare laddove segnalano incertezze ed aporie nelle soluzioni accolte in sede giudiziale, gli stessi non sembrano in grado di scalfire le conclusioni a cui (anche) Guido Greco era pervenuto.

Tali conclusioni, e i principali argomenti di metodo e di merito su cui esse si fondano, meritano quindi di essere richiamate e ribadite: ed è quanto si farà nelle pagine che seguono, dando conto anche delle applicazioni che delle stesse sono state date dalla giurisprudenza in anni recenti nonché delle principali critiche ad esse rivolte da parte della dottrina.

---

<sup>6</sup> Per la Corte Costituzionale v. in particolare le ben note sentenze 5 luglio 2004, n. 204 e 15 giugno 2016, n. 179. Per la giurisprudenza civile v. ad esempio, tra le molte, Cass., Sez. Un., ord. 28 luglio 2021, n. 21650. Per la giurisprudenza amministrativa v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. II, sentenza 19 aprile 2022, n. 1953; Cons. Stato, Sez. VI, 24 dicembre 2018, n. 7212.

<sup>7</sup> V. in tal senso, tra le molte, Cass., Sez. Un., 11 agosto 1997, n. 7452; Cass., Sez. Un., 16 luglio 2008, n. 19494; Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1262; Cons. Stato, Sez. IV, 26 gennaio 2004, n. 241; TAR Piemonte, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750.

<sup>8</sup> V., tra gli altri, M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 270 ss.; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016; M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 675 ss.

## 2. *L'inquadramento contrattuale e pubblicistico degli accordi e le conseguenze sul piano della disciplina applicabile.*

Dell'amplessissima e assai articolata analisi svolta da Greco, nella monografia del 2003 e non solo<sup>9</sup>, interessano qui particolarmente tre profili: la dimostrazione del carattere contrattuale e pubblicistico degli accordi; la ricostruzione dei tratti essenziali del regime giuridico applicabile agli stessi; l'individuazione dell'ambito di operatività di tale regime.

Per quanto attiene al primo tema, è bene ribadire anzitutto che sul piano metodologico l'approccio adottato dall'Autore, pur assai attento alle categorie generali e ai principi in esse incorporati, è ben lontano da pregiudizi ideologici o dogmatici: come emerge anche dai frequenti richiami alle diversificate soluzioni accolte in altri ordinamenti, e in particolare in quello francese e in quello tedesco<sup>10</sup>, la sua analisi non è condizionata da una pregiudiziale preferenza per le categorie pubblicistiche – semmai da una forte consapevolezza della funzione sistematica di tali categorie –, e le sue conclusioni discendono in larga misura da una puntuale e non formale considerazione dei dati di diritto positivo.

Nell'impostazione di Guido Greco, nulla in realtà avrebbe impedito al legislatore italiano di dare alla disciplina degli accordi una connotazione prevalentemente privatistica, come a suo avviso avviene ad esempio in Germania<sup>11</sup>. Sennonché, non è questa, secondo Greco, la scelta operata con l'art. 11 della legge n. 242/1990, che, nelle norme esplicite che pone e anche in quelle che non pone, rivelerebbe invece, piuttosto chiaramente, l'opzione legislativa a favore di una disciplina degli accordi (non certo integralmente pubblicistica, ma) risultante anche, e in misura non lieve, dai principi e dalle regole proprie dei poteri e degli atti amministrativi.

Senza poter qui richiamare nei dettagli tutti gli (assai lineari) passaggi logico-giuridici di una dimostrazione che, nella citata monografia, occupa più di cinquanta pagine<sup>12</sup>, sembra sufficiente osservare che per l'Autore gli indici maggiormente rivelatori di tale scelta legislativa sono: la chiara ambientazione

---

<sup>9</sup> V. anche, oltre al già citato *Accordi amministrativi e principio di legalità, Attività consensuale della amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 457 ss.; *Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 223.

<sup>10</sup> Su cui v. le specifiche considerazioni svolte alle p. 47 ss., ma anche gli insistiti riferimenti formulati nelle p. 99 ss.

<sup>11</sup> V. quanto scritto alle pp. 64 s., 112, 136.

<sup>12</sup> V. in particolare le p. 99 ss.

procedimentale degli accordi e l'esplicita finalizzazione al perseguimento del pubblico interesse tanto dell'attività dell'amministrazione preordinata alla stipula dell'accordo quanto di quella diretta a recedere dallo stesso; la sottoposizione degli accordi ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti solo "in quanto compatibili"; l'espressa previsione che gli accordi endoprocedimentali hanno ad oggetto il "contenuto discrezionale del provvedimento" e gli accordi sostitutivi sono soggetti ai "medesimi" controlli dei provvedimenti sostituiti; e ovviamente anche la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie inerenti non soltanto alla formazione ma anche all'esecuzione degli accordi<sup>13</sup>.

Greco non ha difficoltà ad ammettere che alcuni di questi indici sono suscettibili anche di una lettura "privatistica", che in effetti è stata data in dottrina<sup>14</sup>. Ma gli è anche facile evidenziare le ragioni per le quali tale diversa lettura non è convincente: così è, in primo luogo, per quanto riguarda la possibile sostituzione del vincolo giuridico al perseguimento dell'interesse pubblico – con il connesso regime pubblicistico imperniato sull'eccesso di potere – con l'assai più generico vincolo di scopo dell'attività di diritto privato dell'amministrazione<sup>15</sup>; e così è anche per la clausola di compatibilità, che secondo quella lettura non "pubblicistica" avrebbe l'unica, piuttosto superflua funzione di richiamare possibili deroghe legislative o contrattuali, comunque espresse, alle regole civilistiche<sup>16</sup>.

Greco dunque ritiene che, in virtù delle previsioni contenute nell'art. 11, gli accordi in questione debbano considerarsi stipulati ed eseguiti dall'amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo e che le regole proprie del medesimo debbano quindi trovare applicazione anche nell'ambito del rapporto giuridico nascente dall'accordo, oltre che nella fase di formazione del medesimo.

Il che non implica affatto, com'è necessario ribadire immediatamente, che per l'Autore gli accordi siano retti solo dal diritto pubblico: al contrario, in motivato disaccordo con le interpretazioni integralmente pubblicistiche degli

---

<sup>13</sup> Per tali diversi indici, attentamente e problematicamente vagliati, v. in particolare le p. 117 ss.

<sup>14</sup> V., tra gli altri, F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, cit.; ID., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit. S. CIVITARESE MATTEUCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit.; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, cit.

<sup>15</sup> V. al riguardo le p. 117 ss.

<sup>16</sup> V. in particolare le pp. 101 ss. e 149 ss.

accordi, Greco afferma la natura propriamente contrattuale dei medesimi<sup>17</sup> e la loro conseguente ampia sottoposizione a tutte le “norme generali” del codice civile “riferentesi alle obbligazioni e ai contratti”<sup>18</sup>.

Non vi è dubbio, pertanto, che gli accordi siano vincolanti per le parti, inclusa l'amministrazione contraente, e che l'eventuale inadempimento della stessa abiliti il contraente privato ad esperire i rimedi generali previsti dalla normativa civilistica<sup>19</sup>. Il che non è smentito dalla circostanza che l'amministrazione contraente sia titolare del potere di recedere dall'accordo “per sopravvenuti motivi di pubblico interesse”: e infatti tale potere, proprio in quanto interesse pubblicistico, è soggetto a penetranti vincoli istruttori, motivazionali e anche decisorii<sup>20</sup> e d'altra parte può essere notoriamente esercitato solo corrispondendo alla controparte privata un indennizzo “in relazione al pregiudizio da essa eventualmente subito”<sup>21</sup>.

L'obbligo dell'amministrazione di adempiere puntualmente a quanto pattuito e il corrispondente diritto soggettivo del privato, unitamente al potere pubblicistico della prima di recedere dall'accordo e al connesso interesse legittimo del secondo, a cui devono aggiungersi gli interessi legittimi dei terzi variamente incisi dalla stipulazione e/o dall'esecuzione del medesimo – cioè, dall'esercizio in forma convenzionale di determinati poteri amministrativi – danno vita ad un intreccio di potestà e situazioni soggettive che rappresenta il tratto maggiormente caratterizzante degli accordi e del loro peculiare regime giuridico: un intreccio che, come avrebbe poi riconosciuto anche la Corte Costituzionale<sup>22</sup>, spiega e giustifica la scelta legislativa di devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie inerenti anche alla fase esecutiva degli accordi.

Lo statuto giuridico che emerge da questa combinazione di regole ed istituti pubblicistici e privatistici è sicuramente complesso, ma l'attenta e circostanziata analisi svolta da Guido Greco mostra, da un lato, che tale statuto può essere ricostruito in sede interpretativa in modo sufficientemente cer-

---

<sup>17</sup> V. p. 99 ss. e 104 ss.

<sup>18</sup> Così a p. 151. Più in generale sul tema v. le ampie considerazioni svolte alle pp. 92 ss., 147 ss.

<sup>19</sup> V. al riguardo, in particolare, le p. 252 ss.

<sup>20</sup> V. p. 239 ss.

<sup>21</sup> V. p. 242 ss., anche per una puntuale analisi del problema della misura dell'indennizzo, che l'art. 11, com'è noto, non precisa.

<sup>22</sup> È qui ovvio il riferimento alla già citata sentenza n. 104/2004.

to<sup>23</sup>, dall'altro che esso consente di bilanciare in modo equilibrato esigenze di tutela del pubblico interesse ed esigenze di protezione degli interessi privati dedotti nell'accordo. E mostra anche che la – apparentemente più semplice – soluzione di sottoporre gli accordi alle regole e agli istituti civilistici avrebbe comunque imposto di introdurre modifiche e adattamenti di tali regole ed istituti – come in effetti è avvenuto nell'ordinamento tedesco<sup>24</sup> e che invece l'art. 11 della legge 241 non ha previsto –, la cui assenza comporta il rischio di un sacrificio non lieve dell'interesse pubblico e dell'interesse dei terzi<sup>25</sup>.

Molti altri aspetti della ricostruzione operata da Greco relativamente al regime degli accordi meriterebbero di essere ricordati<sup>26</sup>. Ma in questa sede ci si deve invece limitare a richiamare quanto il nostro Autore ha precisato con riferimento ad un altro tema cruciale: quello dell'ambito di operatività dell'istituto disciplinato, nei termini sopra sintetizzati, dall'art. 11.

A quali rapporti convenzionali deve in concreto applicarsi tale regime giuridico?

Al riguardo, sembra sufficiente sottolineare che, ad avviso di Greco, alla disciplina dettata dall'art. 11 deve riconoscersi un "carattere generale"<sup>27</sup> e dunque tale da doversi applicare a *tutti* gli accordi conclusi nell'esercizio di un potere amministrativo, anche se gli stessi abbiano, sulla base delle normative settoriali, un carattere "necessario" (e cioè rappresentino l'unica modalità prevista per l'esercizio del potere e dunque non siano configurabili come sostitutivi di provvedimenti unilaterali)<sup>28</sup> e anche laddove il procedimento per essi eventualmente previsto dalla legge "si discosti notevolmente da quello presupposto dal c. 1 dell'art. 11"<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> A tale opera di puntuale ricostruzione dello statuto generale applicabile agli accordi è dedicata tutta la parte terza di *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, p. 191 ss.

<sup>24</sup> V. al riguardo le considerazioni svolte dall'Autore alle p. 57 ss. (in particolare, p. 61) e alle p. 99 ss.

<sup>25</sup> V. in particolare alle p. 114 ss.

<sup>26</sup> Rilevante è, ad esempio, la disamina del tema dei poteri unilaterali, ulteriori rispetto a quello di recesso, riconoscibili o non riconoscibili all'amministrazione contraente nella fase di esecuzione dell'accordo (per il quale v. le p. 245 s.); e anche quella inerente alla qualificazione come atti amministrativi o viceversa negoziali delle altre manifestazioni di volontà dell'amministrazione (v. al riguardo le p. 255 ss.).

<sup>27</sup> Così a p. 159.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> V. p. 160, dove Greco cita l'assai significativa sentenza della Corte di Cassazione, Sez.



Ciò implica che, secondo Greco, rientrano nel perimetro di operatività dell'art. 11, tra l'altro, le convenzioni relative a concessioni di servizi o di beni pubblici e le convenzioni urbanistiche di lottizzazione, per le quali a suo avviso ricorrono i “medesimi connotati pubblicistici, che si è visto contraddistinguere gli accordi ex art. 11”<sup>30</sup>. Laddove invece per altre figure convenzionali, come le convenzioni sanitarie, le convenzioni collegate a sovvenzioni, le concessioni di sola costruzione, l'inquadramento tra gli accordi di cui all'art. 11 della legge 241 andrebbe “verificato di volta in volta, ..., senza apriorismi dommatici o ideologici”<sup>31</sup>.

### *3. Gli accordi nella recente giurisprudenza costituzionale, civile ed amministrativa e le persistenti preoccupazioni dottrinali rispetto al loro inquadramento pubblicistico.*

Come si è sopra anticipato, negli ultimi vent'anni l'impostazione che Guido Greco ha significativamente contribuito a precisare nei suoi presupposti e nelle sue implicazioni di regime giuridico sembra essere divenuta largamente prevalente in giurisprudenza.

Tanto la Corte Costituzionale, quanto la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato hanno esplicitamente affermato che gli accordi di cui agli artt. 11 e 15 della legge n. 241/1990 devono ritenersi stipulati dall'amministrazione contraente nell'esercizio di un potere amministrativo e sono pertanto soggetti – anche – alle regole proprie del medesimo<sup>32</sup>.

Nello stesso tempo, appare ormai ampiamente condivisa in giurisprudenza la convinzione che quelle norme definiscano lo statuto generale degli accordi relativi all'esercizio dei poteri amministrativi e debbano dunque applicarsi a tutte le figure convenzionali che presentino tale carattere, anche laddove le normative settoriali eventualmente esistenti le configurino come necessarie

---

Un., 11 agosto 1997, n. 7452, secondo cui alla modalità procedimentale prevista dall'art. 11 “non è ragionevolmente attribuibile alcun connotato qualificante” ed è viceversa essenziale che l'accordo sia adottato “sul presupposto dell'esercizio di una pubblica funzione amministrativa”.

<sup>30</sup> Così a p. 161.

<sup>31</sup> Così a p. 163.

<sup>32</sup> V. ancora, per la Corte cost., le sentenze 5 luglio 2004, n. 204 e 15 giugno 2016, n. 179; per la Corte di Cassazione v. Sez. Un., ord. n. 21650/2021, cit.; per il Consiglio di Stato, le sentenze n. 1953/2022, cit., e n. 7212/2018, cit.

oppure ne definiscano il procedimento di formazione in termini parzialmente differenti rispetto all'art. 11<sup>33</sup>.

Come pure si è già rilevato, il consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale favorevole ad una ricostruzione degli accordi in termini contrattual-pubblicistici, e anche ad un'interpretazione estensiva del perimetro di operatività della relativa disciplina, non ha determinato il venir meno del dibattito dottrinale, nel quale continuano ad essere presenti opinioni critiche verso tali soluzioni interpretative, di cui vengono segnalate incertezze, limiti e contraddizioni<sup>34</sup>.

Tali critiche non possono e non devono essere ignorate né sottovalutate. Tuttavia, contrariamente a quanto paventato da tali contributi dottrinali, non sembra in realtà che il prevalere di un indirizzo giudiziale favorevole ad un inquadramento contrattuale e pubblicistico degli accordi abbia condotto a comprimere eccessivamente l'applicazione ai medesimi dei principi civilistici sulle obbligazioni e sui contratti né, quindi a sacrificare l'esigenza di garantire una tutela adeguata all'affidamento contrattuale delle controparti negoziali delle amministrazioni.

Anche il giudice amministrativo appare infatti convinto del fatto che l'art. 11 della legge n. 241/1990 accresce "la pienezza della tutela avanti al giudice amministrativo, ..., anche *ammettendo il ricorso ai rimedii contrattuali, previsti dal codice civile*, nel processo amministrativo. Invero, *il rimedio contrattuale, di cui all'art. 1453 c.c., non appare incompatibile con la definizione delle convenzioni di lottizzazione in termini di accordo procedimentale e non di contratto. (...) A questo scopo, non può che valorizzarsi, per regolare la fattispecie, il rinvio ai principii ricavabili ed alle azioni previste nel codice civile in materia di obbligazioni e contratti*. Secondo tale ricostruzione della questione, in definitiva, il Giudice amministrativo adito deve considerarsi legittimato a decidere sulle domande avanzate dall'odierna appellante principale, volte a far accertare l'inadempimento del Comune ed a far dichiarare la risoluzione della convenzione ex art. 1453 c.c., in applicazione della disciplina civilistica, senza che possa considerarsi pregiudiziale a detta forma di tutela l'esperimento della classica azione di annullamento tipica della giurisdizione generale amministrativa di legittimità in relazione a quegli atti amministrativi, mediante i quali si sia realizzato (o, meglio, si assuma essersi realizzato) l'inadempimento delle prestazioni dedotte in contratto"<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> V. in tal senso le pronunce citate sopra alla nota 7.

<sup>34</sup> V. ancora gli A. citati alla nota 8.

<sup>35</sup> Così Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2568 (corsivi aggiunti). E v. anche, nello

Nella stessa linea, persino con riferimento agli accordi tra enti pubblici di cui all'art. 15 della legge 241, anch'essi notoriamente soggetti alla clausola di compatibilità di cui all'art. 11, comma 2, è stato ritenuto che “alla stregua dei principi civilistici applicabili nella specie, trattandosi di accordi ad oggetto pubblico tra enti in posizione di equiordinazione e, quindi, di parità, [ne] discende *l'impegnatività delle pattuizioni negoziali, dalle quali non è possibile sottrarsi per determinazione unilaterale, secondo la regola codificata dal noto brocardo pacta sunt servanda*”<sup>36</sup>.

Anche ad avviso della giurisprudenza prevalente, quindi, al di fuori delle ipotesi in cui l'amministrazione è in grado di giustificare l'esercizio – oneroso – del potere di recesso e poi di resistere al vaglio di eccesso di potere operabile sullo stesso dal giudice amministrativo, essa è pienamente vincolata ad eseguire puntualmente quanto è stato pattuito con l'accordo e il privato può reagire al suo eventuale inadempimento avvalendosi (anche) degli ordinari rimedi civilistici.

È indubbio che laddove l'amministrazione contraente abbia adottato un qualche atto amministrativo contrastante con i suoi impegni contrattuali la tutela del privato potrebbe richiedere anche l'esperimento di rimedi pubblicistici. Il che, peraltro, non sembra comportare, tanto meno oggi, alla luce del ricco strumentario previsto dal codice del processo amministrativo, particolari difficoltà nella tutela delle situazioni soggettive lese dall'inadempimento dell'amministrazione.

Tutto questo non significa, come si è detto, che dalle pronunce della giurisprudenza non emerga talvolta, effettivamente, qualche incertezza concettuale e anche qualche eccessiva deferenza verso le ragioni dell'amministrazione contraente. Ma non sembra che questo in realtà dipenda dall'inquadramento contrattual-pubblicistico degli accordi, né che una ricostruzione in termini prevalentemente privatistici degli stessi eliminerebbe del tutto l'inclinazione di qualche giudice a riservare una particolare considerazione alle ragioni delle parti pubbliche.

Dovrebbe ormai essere chiaro che il regime pubblicistico degli atti delle amministrazioni, imperniato com'è oggi sul vincolo funzionale e non più sull'imperatività, di per sé consente un controllo giudiziale assai più penetrante rispetto a quello praticabile nei confronti di atti privatistici, e in particolare che le regole proprie della discrezionalità amministrativa sono assai più vinco-

---

stesso senso, Cons. Stato, Sez. II, 28 gennaio 2020, n. 705, cit.; Cons. Stato, Sez. IV, 24 aprile 2012, n. 2433; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 8 gennaio 2019, n. 36.

<sup>36</sup> Così Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 2014, n. 3145 (corsivo aggiunto).

lanti per l'amministrazione – a vantaggio dei suoi contraenti e dei terzi – rispetto a quelle inerenti all'autonomia negoziale.

L'essenziale è che la qualificazione pubblicistica dell'accordo non implichi un'estensione eccessiva e indiscriminata del filtro di compatibilità di cui al secondo comma dell'art. 11, e non comporti il riconoscimento indiscriminato all'amministrazione di poteri unilaterali di incidenza sul rapporto derivante dall'accordo.

Si è appena visto, peraltro, che la giurisprudenza recente sembra in realtà ammettere largamente l'applicazione agli accordi dei principi del codice civile su obbligazioni e contratti<sup>37</sup>; e, d'altra parte, per quanto attiene al secondo profilo, si deve rilevare che l'unico potere unilaterale – aggiuntivo rispetto al recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse – che la giurisprudenza sembra desumere dal carattere pubblicistico degli accordi (o meglio dal loro essere espressione di un potere amministrativo) è quello di annullamento d'ufficio<sup>38</sup>. Il che appare in realtà tutt'altro che irragionevole e non sembra sbilanciare in modo eccessivo l'equilibrio tra le parti contraenti.

Non sembra invece, nonostante le preoccupazioni al riguardo espresse in sede dottrinale, che la giurisprudenza riconosca – o riconosca ordinariamente – all'amministrazione contraente la potestà di modificare unilateralmente il contenuto dell'accordo<sup>39</sup>: potestà che, per le ragioni illustrate in altra sede, risulterebbe in effetti del tutto inaccettabile<sup>40</sup>.

L'assetto che oggi, dopo più di un secolo di strutturali incertezze sulla natura e sul regime giuridico degli accordi concernenti l'esercizio di poteri amministrativi, si è finalmente consolidato in sede giurisprudenziale sembra quindi richiedere un presidio attento del rispetto da parte dei giudici dei sottili equi-

---

<sup>37</sup> V. ancora, tra le altre, le pronunce sopra citate alle note 35 e 36.

<sup>38</sup> V., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 24 dicembre 2018, n. 7212; Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2017, n. 2231.

<sup>39</sup> Esclude, ad esempio, in termini molto chiari, tale potere di modifica unilaterale TAR Toscana, Sez. II, 30 dicembre 2011, n. 2077. E nello stesso senso v. già, in passato, Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 1987, n. 207, e TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 4 gennaio 1986, n. 5. Almeno in parte più ambigua è invece TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 29 novembre 2011, n. 6519, ove peraltro le modificazioni a cui la sentenza allude sembrano riguardare la pianificazione urbanistica collocata a monte della convenzione urbanistica di cui si trattava, mentre rispetto alla convenzione in sé considerata la potestà unilaterale che l'amministrazione contraente aveva esercitato – secondo la sentenza, legittimamente – era un potere di recesso e non di modifica del contenuto della stessa.

<sup>40</sup> V. già, al riguardo, E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, cit., p. 222 ss.

libri sottesi alla disciplina che si è sopra richiamata, ma non nuovi radicali cambiamenti.

Privare l'art. 11 della funzione ordinante, sul piano sistematico, che la giurisprudenza anche costituzionale e parte della dottrina, incluso ovviamente Guido Greco, gli hanno assegnato in questi anni – come ad esempio avverrebbe se si ritenesse, come proposto in sede dottrinale, che la normativa da esso posta abbia, alla luce dell'art. 1, comma 1-*bis*, della stessa legge 241, carattere eccezionale, e dunque che il suo ambito di applicazione debba essere inteso restrittivamente<sup>41</sup> – comporterebbe incertezze e problemi applicativi maggiori e più gravi di quelli che si vorrebbero in tal modo risolvere.

Come proprio Guido Greco ha efficacemente chiarito, se, in forza delle norme di legge che disciplinano l'operare dell'amministrazione in un ambito di attività si deve ritenere che essa stipuli un determinato atto convenzionale nell'esercizio di potestà pubblicistiche e non della sua capacità di diritto privato, questo non può non comportare, anche indipendentemente dalla circostanza che quell'atto convenzionale venga ricondotto al perimetro di operatività dell'art. 11, l'applicazione al medesimo (anche) del regime giuridico proprio di tali potestà. Se quell'atto ha carattere contrattuale, ad esso si applicheranno altresì le regole civilistiche "compatibili": ma questo comunque non può in nessun modo determinare la sottrazione *in toto* del medesimo allo statuto degli atti amministrativi.

Verrebbero così a porsi in ogni caso, rispetto a un tale atto (e rapporto) convenzionale, tutti i problemi di regime giuridico – di combinazione di regole pubblicistiche e privatistiche, sostanziali e processuali –, che si sono in precedenza richiamati: non applicare ad esso l'art. 11, con le sue poche, ellittiche ma assai rilevanti prescrizioni, avrebbe il solo effetto di far rivivere tutte le incertezze e le aporie che hanno caratterizzato la materia degli accordi inerenti all'esercizio dei poteri amministrativi prima dell'emanazione dell'art. 11 della legge 241.

Restringere l'ambito di applicazione di tale norma ai soli accordi che rispecchiano perfettamente lo schema procedimentale da essa configurato, e dunque escluderne gli accordi "necessari" e quelli per i quali norme settoriali eventualmente prevedono modalità procedurali differenti, equivarrebbe ad enfaticizzare l'importanza di tratti della disciplina contenuta nell'art. 11 che, come

---

<sup>41</sup> V. in tal senso A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., in particolare p. 443 ss. È bene ricordare che, ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, della legge 241, "l'amministrazione, nell'adozione di atti di natura autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

ha da tempo sottolineato la Corte di Cassazione, non sono in realtà “caratterizzanti”<sup>42</sup>: ciò che connota la figura convenzionale disciplinata da tale norma è che essa è posta in essere dall’amministrazione facendo uso dei suoi poteri pubblicistici. È questo ciò che giustifica, e richiede, la sottoposizione della stessa al peculiare regime combinatorio ivi previsto, ed è dunque del tutto corretto e ragionevole, in sede di interpretazione sistematica, applicare lo stesso peculiare regime a tutte le figure che presentino – che presentino realmente, senza ingiustificate forzature e acritiche estensioni<sup>43</sup> – il medesimo connotato.

#### 4. Conclusioni.

Come si è sopra sottolineato, l’analisi che Guido Greco ha svolto con riguardo agli accordi disciplinati dall’art. 11 (e dall’art. 15) della legge n. 241/1990 è un esempio paradigmatico di rigore sistematico: in essa non si ritrovano pregiudizi e rigidità dogmatiche, ma è invece ben visibile la ricerca di soluzioni interpretative coerenti ed organiche, anche attraverso il richiamo a concetti e categorie generali.

Il “sistema” dell’Autore non è fatto di dogmi immutabili, sganciati dall’evoluzione delle norme e della realtà, ma è invece ricostruito a partire dai principi e dalle regole vigenti, a cui Greco riserva non un ossequio formale ma un rispetto sostanziale.

Così, nella sua visione, non vi sono cogenti ragioni di ordine “dommatico” per preferire, a priori, l’inquadramento pubblicistico o civilistico degli accordi: entrambe le scelte sono in astratto possibili e tutto dipende dal modo in cui il legislatore ha in concreto definito – con le sue previsioni esplicite e anche con le sue omissioni – la disciplina della figura.

Non vi è, quindi, in Greco, una pregiudiziale preferenza per il diritto pubblico rispetto al diritto privato, ma semmai una difesa argomentata della funzione e delle specificità del primo a fronte di orientamenti dottrinali propensi a promuovere, talora pregiudizialmente, la prevalenza del secondo.

In un periodo, quello dei primi anni di questo secolo, nel quale la spinta alla privatizzazione del diritto era fortissima e rispondeva talvolta a logiche politiche ed economiche di cui oggi possiamo ben scorgere gli aspetti meno con-

---

<sup>42</sup> V. ancora la già citata Cass., Sez. Un., 11 agosto 1997, n. 7452.

<sup>43</sup> Come del resto sottolineato anche da G. GRECO: v. in tal senso, come già segnalato, a p. 163 di “Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto”.

divisibili<sup>44</sup>, l'approccio ideologicamente neutrale ma tecnicamente rigoroso di Guido Greco mostra che, se sono certamente venute meno le ragioni "antiche" per ritenere sempre preferibile l'inquadramento pubblicistico dell'agire delle amministrazioni, non è neanche ragionevole indulgere acriticamente all'orientamento opposto.

Se è indubbiamente vero che le categorie pubblicistiche e quelle privatistiche possono essere entrambe utilizzate per soddisfare determinate esigenze di carattere generale, occorre però essere pienamente consapevoli del fatto che ciò avviene nei due casi in modi significativamente differenti e che la pura e semplice applicazione del regime civilistico, se è attuata senza temperamenti e adattamenti, può comportare una minore protezione degli interessi pubblici coinvolti.

La scelta tra le due soluzioni non può ovviamente che spettare al legislatore. Ma all'interprete compete il compito di dare seguito a tale scelta tenendo conto adeguatamente conto di quelle differenze, che l'evoluzione intervenuta in entrambi tali rami del diritto nel corso del Novecento ha certamente ridotto ma non eliminato.

---

<sup>44</sup> Si vedano al riguardo, quanto meno, M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2021, p. 871 ss.; ID., *Poteri nuovi*, Bologna, 2022; K. PISTOR, *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza*, Roma, 2021, nonché, sulle stesse, A. SANDULLI, *Il diritto quale infrastruttura per i poteri privati? A proposito di un libro di Katharina Pistor*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2021, p. 999 ss.

# IUS SCRIPTUM, DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Chiara Cacciavillani

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Primo postulato. – 3. Secondo postulato. – 4. Terzo postulato. – 5. Aporie: *exempla*. – 6. Giurisprudenza consolidata e precedente giudiziale. – 7. Giurisprudenza e dottrina.

## 1. Premessa.

Molti sono i campi nei quali Guido Greco esercita un magistero insigne: ovvio è il riferimento ai suoi studi, alla ferrea struttura logica del suo argomentare<sup>1</sup> e al suo costante interesse per il *novum* nel mondo giuridico<sup>2</sup>. Ma altrettanto affascinante è il suo magistero nel campo per così dire relazionale, nell'ambito della comunità scientifica, soprattutto al cospetto di chi si affaccia allo studio: si manifestano in questo campo la sua intrinseca cordialità, non resa invisibile dal suo stile austero, la sua disponibilità al dialogo, la sua generosità non solo intellettuale. Un grande Maestro, in una parola, non solo un grande giurista.

Nel campo intellettuale spicca il suo ancoraggio al tessuto normativo, che segna il punto di partenza di tutti i suoi contributi; soltanto il punto di par-

---

<sup>1</sup> Osserva F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, p. 75 ss., qui 95, nt. 93, che si deve a Guido Greco l'elaborazione della categoria degli atti amministrativi negoziali, a partire dal basilare contributo *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986.

<sup>2</sup> A Guido Greco, insieme con Mario P. Chiti, si deve la fondazione e la costante cura della più importante rivista di diritto pubblico comunitario; certamente quello che oggi si denomina ordinamento unionale non è un *novum* in senso assoluto; ma è *novum* l'aver ivi focalizzato l'attenzione degli studiosi del diritto amministrativo, consentendo di forgiare chiavi di lettura e percorsi di armonizzazione di fenomeni normativi sconosciuti alla nostra tradizione e alle categorie concettuali da essa utilizzate.



tenza, però, perché costante è la sua ricerca di risposte a problemi con i quali ci si confronta nella realtà; il che fa di Guido Greco una figura antitetica a quella del giurista che, per parafrasare Max Weber, si è costruito un cielo astratto nel quale confina la sua esistenza.

Cercherò perciò, con questo piccolo contributo, di evidenziare perché un giurista come Guido Greco è così prezioso nel mondo in cui viviamo.

Nel percorso che mi sono prefissa di seguire assumo tre postulati, che passo a enunciare.

## 2. *Primo postulato.*

Il primo dei postulati che assumo è rappresentato dalla aspirazione del normatore contemporaneo di non lasciare spazi vuoti dalla normazione: è l'ansia del legislatore di tutto prevedere e tutto regolamentare affinché nulla sia lasciato privo di regole<sup>3</sup>. È un'ansia, beninteso, che risponde a un bisogno – quello di stabilità – proprio di ogni organizzazione sociale; ed è convincente l'analisi di chi pone in luce che l'aspirazione alla stabilità è connaturata alla funzione sociale del diritto ed è costante vocazione di ogni sistema giuridico<sup>4</sup>.

È noto, poi, che il bisogno di stabilità che si esprime nell'esigenza di certezza del diritto sperimenta peculiari risposte concettuali e ordinamentali dalla fine del Settecento alla seconda metà dell'Ottocento, indotte – seguendo la prospettiva di Georg Mosse<sup>5</sup> – dagli eventi politico-istituzionali del periodo e dalle grandi trasformazioni storiche che in esso si producono, secondo le dinamiche tratteggiate con chiarezza insuperata da Pekelis<sup>6</sup>. È in questo arco di tempo che fioriscono e maturano l'*école de l'exégèse*, la scuola storica, la pandettistica e infine la dogmatica del diritto pubblico, in un complesso movimento ideale che conduce alla formulazione delle dottrine giuspositiviste, divenute ben presto imprescindibili nell'analisi del diritto.

---

<sup>3</sup> Cfr. in argomento le pungenti osservazioni di G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, p. 25.

<sup>4</sup> Cfr. da ultimo U. VINCENTI, voce *Linguaggio normativo*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 669 ss., spec. §§ 1 e 2, nonché G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., § 1.

<sup>5</sup> G. MOSSE, *L'immagine dell'uomo. Lo stereotipo maschile nell'epoca moderna*, Torino, 1997 (1987).

<sup>6</sup> A. PEKELIS, voce *Azione*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1937, p. 91 ss.

La principale risposta che gli ordinamenti continentali hanno storicamente fornito al bisogno di stabilità e di certezza del diritto è rappresentata dal movimento delle codificazioni<sup>7</sup> e dalla correlata elaborazione di modelli denominati legicentrici (forma del giuspositivismo a orientamento normativista)<sup>8</sup>.

Nei modelli legicentrici per così dire puri (che danno corpo al giuspositivismo normativista) si individua nella legge lo strumento che risponde al bisogno di certezza e che esprime dunque certezza: questo vuoi in termini di esatta prevedibilità delle conseguenze delle azioni, propria del primo giuspositivismo (ottocentesco), vuoi in termini di conoscibilità *ex ante* delle modalità e dei limiti dell'esercizio del potere coercitivo in forma legale, e quindi nel quadro delle analisi istituzionalistiche degli ordinamenti giuridici proprie del c.d. giuspositivismo maturo<sup>9</sup>.

Nell'una e nell'altra accezione la certezza del diritto si identifica con l'introduzione o fissazione da parte della legge di modelli predittivi e riproducibili, dotati perciò di una "tipicità rassicurante" perché tale da creare fiducia, sottrazione all'arbitrio e parità di trattamento tra i soggetti dell'ordinamento<sup>10</sup>: i modelli predittivi fissati dalla legge sono ritenuti esaustivi e autosufficienti sotto il profilo regolatorio ed esigono pertanto soltanto di essere applicati e replicati dal giudice, che della legge è la mera "bocca" e ad essa soltanto è assoggettato<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> M. CORSALE, voce *Certezza del diritto*, I), *Profili teorici*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 6, osserva che "tutto il dibattito sulla codificazione del diritto ha per tema di fondo la certezza".

<sup>8</sup> Sui modelli legicentrici cfr. P. COSTA, *Pagina introduttiva: giudici, giuristi (e legislatori): un "castello di destini incrociati"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, 2011, p. 1 ss. In arg. cfr. anche S. BERTEA, *La concezione della certezza presso alcuni interpreti del dibattito teorico giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXI, Bologna, 2001, p. 131 ss.

<sup>9</sup> Secondo la periodizzazione offerta da S. BERTEA, *La concezione della certezza*, cit.

<sup>10</sup> F.M. De SANCTIS, *L'«invenzione» della giustizia tra ius e lex*, Napoli, 2013; sulla necessità della certezza onde garantire la parità di trattamento insiste in particolare, da ultimo, E. FOLLIERI, *Gli interessi meritevoli di tutela tra il diritto positivo e il diritto giurisprudenziale: il principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano*, in *Il "meritevole di tutela": scenari istituzionali e nuove vie del diritto*, Napoli, 2012, p. 78 ss.

<sup>11</sup> È il "dogma della completezza" indagato, nelle sue matrici storiche e ideali, in particolare da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e proseguito da P. Schlesinger, Milano, 2011, p. 140 ss.

Radicare nella legge la risposta al bisogno della certezza assume, nel corso del tempo e indotta dai profondi rivolgimenti istituzionali e ordinamentali che connotano la prima metà del Novecento europeo, una rinnovata valenza anche ideale<sup>12</sup>, in contrapposizione al “disprezzo totalitario della legge”<sup>13</sup> cui sono storicamente riconducibili tanto il c.d. movimento del diritto libero quanto le teoriche che indentificano il diritto con la volontà del popolo quale manifestata da chi ne rivendichi in capo a sé il ruolo di guida o di avanguardia<sup>14</sup>.

Su un terreno non meramente empirico, peraltro, il c.d. principio del primato e dell'eshaustività della legge ha posto ben presto il problema della sua sostenibilità per così dire strutturale<sup>15</sup>. È proprio il giuspositivismo, e specificamente quello di orientamento normativista che si esprime nel c.d. formalismo giuridico, infatti, a recare in sé il germe che finirà per determinare la dissoluzione del modello legicentrico puro che esso elabora, e con questo la risposta che quel modello fornisce all'esigenza e al problema della certezza del diritto: è il germe rappresentato dal riconoscere all'interpretazione – che nel modello dovrebbe essere funzionale alla mera attuazione della legge – la natura di atto di volontà e non di mera conoscenza. Con Kelsen, poi, si afferma sembra in via definitiva l'idea secondo cui la norma di vertice è connotata dall'essere uno schema, una cornice all'interno della quale sono possibili molteplici possibilità di esecuzione, con conseguente necessità del ricorso al processo interpretativo, in cui l'interpretazione assume almeno in parte carattere creativo e discrezionale e comporta una decisione<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Del resto riconosciuta anche nella elaborazione originaria, o proto-positivista, dei modelli legicentrici; cfr. in argomento, per tutti, M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, p. 64 ss.

<sup>13</sup> A. HARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2004 (1968), p. 546.

<sup>14</sup> Cfr., per l'esperienza italiana, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968 (1942); per l'esperienza tedesca, N. MERKER, *Il nazionalsocialismo. Storia di un'ideologia*, Roma, 2013, p. 60 ss.; in generale, A. HARENDT, *Le origini*, cit.; per una efficace sintesi, A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto*, II), *Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988.

<sup>15</sup> M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra otto e novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 40, cit.

<sup>16</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1960; ID., *La dottrina del diritto naturale e il giuspositivismo giuridico*, appendice in *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1994, p. 395 ss., spec. II, § 5 s. Per l'influenza di Kelsen sulla dottrina italiana cfr. M.G. LOSANO, M. MARCHETTI, R. ORSINI, D. SORIA, *La fortuna di Hans Kelsen in Italia*, in *Quaderni fiorentini*, 1979 (VIII), p. 465 ss.

A essere posto in discussione, dunque, è lo stesso postulato su cui poggiano i modelli legicentrici, e così la risposta che essi pretendono di dare all'esigenza di certezza del diritto, ossia l'idea della esaustività e dell'autosufficienza della legge, che reca con sé quella di un diritto privo di lacune, da un lato, quella del giudice come bocca della legge, dall'altro lato<sup>17</sup>. Naturalmente, nella messa in discussione del postulato svolgono un ruolo decisivo sia la riflessione secondo cui il diritto è un sistema linguistico in cui, come in ogni formulazione linguistica, è connaturato un ambito più o meno ampio di incertezza semantica<sup>18</sup>, e la correlata riflessione sulla necessità di determinazione in via interpretativa dell'enunciato di ogni proposizione normativa<sup>19</sup>; sia l'insieme delle riflessioni sull'interpretazione che danno corpo alle teoriche ermeneutiche, connotate, nel loro diverso dispiegarsi, dalla constatazione che è il caso concreto a indurre la ricerca e la perimetrazione delle regole da applicare per la risoluzione delle questioni che esso ingenera<sup>20</sup>.

Non solo. È stato osservato – e si tratta di osservazione non confutabile – che i modelli legicentrici puri, pur negli ordinamenti a essi riconducibili, non hanno mai operato in termini esclusivi, perché mai si sono potute constatare quell'autosufficienza ed esaustività della legge che essi assumono a postulato<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. ad es. M. WEBER, ora in *Sociologia del potere*, Milano, 2014 (1922), il quale osserva che “viene respinta con indignazione l'idea del giudice moderno come di una macchina in cui vengono gettati dentro gli atti insieme alle spese e che, da sotto, sputa fuori la sentenza insieme ai motivi desunti meccanicamente dai paragrafi dei codici”.

<sup>18</sup> Cfr. U. SCARPELLI, voce *Semantica giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 978 ss., *ivi* p. 993 ss. per l'importanza del ruolo dei filosofi del diritto di indirizzo analitico; in arg. cfr. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 80 ss.; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002 (1961), p. 150.

<sup>19</sup> F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica, processo, verità*, a cura di F. Cavalla, Padova, 2005; ID., *Sull'attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 2012, p. 107 ss.

<sup>20</sup> Per un inquadramento generale cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cap. I, Milano, 2002; AA.VV., *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VII (1978), e *ivi* in particolare L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, p. 125 ss.; da ultimo G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit.; cfr. anche le illuminanti riflessioni di F.P. CASAVOLA, *Ius ex scripto ex non scripto*, Napoli, 2013, a proposito del lungo duello – *ivi* storicizzato – tra *ius*, *lex* e *interpretatio*; J.J. MORESO, *Virtù, particolarismo e applicazione del diritto*, Seminario *Conflitti interpretativi*, Padova, 23-24 ottobre 2014.

<sup>21</sup> In arg., per tutti, cfr. M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto*,

Ciò nonostante, il mito non tanto della centralità della legge, quanto, più radicalmente, della necessità che sia essa la sede deputata, e necessaria, per guidare e governare le cose umane e dare risposta al bisogno di certezza, è ben lungi dall'essere tramontato.

Ed è così che l'attuale epoca – anch'essa squassata, come altre in passato, da profondi rivolgimenti, da guerre e da calamità le più varie – è caratterizzata da una progressiva e costante implementazione delle fonti di *ius scriptum*: che altro non è se non la riproduzione della risposta ordinamentale fornita, con l'elaborazione del mito del *ius scriptum*, dal movimento ottocentesco delle codificazioni e dall'elaborazione dei modelli legicentrici all'esigenza di certezza.

### 3. Secondo postulato.

Il secondo postulato che assumo è rappresentato dalla spesso riscontrabile cattiva qualità della produzione normativa. Beninteso, alluvionalità e cattiva qualità della normazione sono connotazioni della produzione normativa presenti, e pressoché unanimemente deprecate, da moltissimi decenni.

È però da constatare che, quanto più decade la qualità della regolazione, tanto più si manifesta la necessità della sua sistematizzazione e della sua lettura attraverso coordinate improntate a razionalità, *sub specie* di razionalità argomentativa, in esito a processi decisionali inclusivi<sup>22</sup>.

E ciò, inevitabilmente, assegna rinnovata centralità alla scienza giuridica: in frontale contrasto con (e a valenza demolitoria del) perdurante mito della centralità e dell'autosufficienza del *ius scriptum* di matrice legislativa.

### 4. Terzo postulato.

Nondimeno – e questo è il terzo dei postulati che assumo – a me pare riscontrabile, in un mondo che si fa sempre più caotico, la tendenza dei giuristi pratici ad arretrare dalla loro missione così come cristallizzatasi nel corso di

---

cit., II, p. 721; G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007. Su ciò anche *infra*.

<sup>22</sup> Cfr. in argomento J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013 (1992): ID., *L'Occidente diviso*, Roma-Bari, 2007 (2004).

moltissimi secoli<sup>23</sup>: sovente essi hanno in qualche modo abdicato al ruolo di interpreti costruttivi della realtà, che è per sua natura cangiante e non può mai essere uguale, oggi, a come era ieri. I giuristi pratici si sono trasformati, a poco a poco, in meri esegeti, lettori e commentatori di disposizioni, affannati nella ricerca di un loro “combinato disposto” che consenta di arrivare a una qualche conclusione per la risoluzione di un caso contingente. Ad essere andate perdute, nella inesausta e spesso frustrante ricerca della soluzione di un singolo caso, sono la dimensione del pensiero e la ricerca della ragione delle disposizioni: la gnoseologia, se si vuole. Oltre a ciò, in quello che a me pare un decadimento del ruolo del pensiero giuridico, gioca a mio avviso un ruolo non trascurabile la tendenza di molti giuristi a pensare al diritto come a “branca” del sapere autosufficiente e autoreferenziale, tale per cui non sia essa a doversi aprire ad altre discipline, ma siano le altre discipline a doversi piegare agli schemi e al linguaggio del diritto<sup>24</sup>.

Che non sia e non possa essere così è, a me pare, evidente. Il peso che le società occidentali assegnano ad alcuni valori, ad esempio a quello della concorrenza e del libero mercato, e il ruolo di quel complesso fenomeno che nel suo insieme viene denominato “globalizzazione”, hanno portato alla elaborazione di sistemi regolatori a vocazione nettamente espansiva, non necessariamente di matrice legislativa, che hanno posto in discussione assetti normativi e categorizzazioni giuridiche preesistenti, imponendone una rivisitazione alla quale il mondo del diritto si è mostrato non di rado restio, quando non inadeguato<sup>25</sup>.

Già nella stagione del costituzionalismo apertasi nella seconda metà del XX secolo si era diffusa l'idea di un “plesso indivisibile di diritti fondamentali che sono tali per la loro indisponibilità da parte del potere politico, sia nella sua veste di potere costituente che in quella di potere legislativo”<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Assumo qui la figura dei giuristi pratici mutuando le figure elaborate da F.A. v. HAYEK, *Sul “senso” delle istituzioni sociali*, 1956, ora in *Tra realismo e utopia liberale. Scritti 1949-1956*, Milano-Udine, 2009, p. 73 ss.

<sup>24</sup> Curioso è constatare come lo stesso lessico del giurista sia, sovente, assolutamente anacronistico, infarcito di lemmi caduti in desuetudine ovunque salvo, appunto, che nel ristretto, e in buona parte autoreferenziale, mondo dei giuristi: ciò che ha indotto alla elaborazione della figura retorica del “cielo astratto dei giuristi”, tanto deprecata, perché disfunzionale, da M. WEBER, ora in *Sociologia del potere*, Milano, 2014 (1922); e ciò che ha condotto anche, a me pare, alla perdita di prestigio sociale dei giuristi, comunemente considerati azzecagarbugli.

<sup>25</sup> Utilizzo qui le elaborazioni teoriche di G. TEUBNER, spec. *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012, e ID., *La cultura giuridica nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

<sup>26</sup> F.M. DE SANCTIS, *L'“invenzione” della giustizia*, cit., p. 15. Per un panorama generale

Se, poi, la crisi dello statualismo giuridico – con lo “scioglimento del diritto dalla morsa dello Stato”<sup>27</sup> – è ben nota e risalente, non è possibile trascurare l’impatto di quella che, sia pure con un largo grado di approssimazione, viene denominata globalizzazione *giuridica*: la quale conduce alla leggibilità di un diritto c.d. globale, a struttura retiforme<sup>28</sup>, nel quale si constata la “perdita di autonomia degli Stati nazionali nelle reti [non statuali] della società globale”<sup>29</sup>; un “diritto globale” connotato dall’interazione, ma anche dalla sovrapposizione, di norme promananti da fonti eterogenee e frammentate, che sovente integrano “blocchi di materiali normativi guidati da logiche differenti, quando non addirittura incompatibili”<sup>30</sup>.

Volendo usare il lessico delle teorie istituzionalistiche, il fenomeno della perdita del monopolio statale nella produzione del diritto – che è monopolio presupposto dai modelli legicentrici e dagli ordinamenti, così come storicamente elaborati, che ad essi sono riconducibili – comporta la tendenziale sovrapposizione o interazione di ordinamenti, tra i quali spiccano quelli dell’Unione europea e del Consiglio d’Europa, in particolare della C.e.d.u.<sup>31</sup>; i confini tra gli uni e gli altri sono fluidi<sup>32</sup> e ciò produce un “impatto in vario modo destrutturante” sugli ordinamenti nazionali<sup>33</sup>, ma anche, in un processo

---

sui diritti fondamentali, oggetto di studi sterminati, cfr. per tutti AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti e momenti di stabilizzazione*, a cura di P. Bilancia e E. De Marco, Milano, 2004.

<sup>27</sup> Così già S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi, Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 13 ss.; cfr. anche A. PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1930, p. 20 ss., il quale icasticamente osserva che, a voler riferire il diritto allo Stato, si definisce solo il diritto dello Stato.

<sup>28</sup> S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; per un’interessante disamina cfr. M. GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004.

<sup>29</sup> J. HABERMAS, *Il progetto kantiano e l’Occidente diviso*, in ID., *L’Occidente diviso*, cit., 108.

<sup>30</sup> G. ZACCARIA, *Rileggendo la giurisprudenza normativa di Ronald Dworkin: una valutazione complessiva*, in *Riv. filos. dir.*, 2014, pp. 41 ss., 49.

<sup>31</sup> Senza che sia possibile leggere, tra ordinamento nazionale, ordinamento dell’Unione e ordinamento del Consiglio d’Europa, e in particolare della C.e.d.u., un rapporto gerarchico in senso formale; su ciò cfr. per tutti J. ZILLER, *L’armonizzazione degli ordinamenti*, in *L’Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti*, Napoli, 2012, p. 427 ss. In arg. cfr. F. VIOLA, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Napoli, 2008.

<sup>32</sup> G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit.

<sup>33</sup> A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti statali in materia di tutela processuale*, in *L’Europa del diritto*, cit., p. 471.

dinamico di reciproci condizionamenti, sugli ordinamenti sovranazionali<sup>34</sup>. Si osserva infatti che lo stesso orizzonte del diritto europeo, che pure aspira al c.d. diritto uniforme, è minato dall'antinomia tra l'uniformità del testo e la multiculturalità del contesto, "costituito da vari ordinamenti municipali nei quali la disciplina uniforme si inserisce, e dalla stessa cultura giuridica dell'interprete": così che "la norma uniforme si apre a interpretazioni difformi", in una "difformità sincronica determinata dalla diversità dei contesti ordinamentali e culturali nei quali si pone"<sup>35</sup>.

Si parla così degli ordinamenti contemporanei come di ordinamenti "aperiti" o "porosi"<sup>36</sup> – la cui qualificazione in tali termini è descritta anche come superamento dell'assolutismo della legge o nebulizzazione delle fonti<sup>37</sup> – e si rappresenta la realtà giuridica attuale come "realtà colloidale", connotata dalla trasformazione "del diritto positivo in diritto *in* (continuo) *fieri*", tale da imporre di ripensare la "dinamica stessa dell'ordinamento"<sup>38</sup>.

Ad affermarsi è un nuovo paradigma: per usare del lessico di Habermas, quello della indeterminatezza strutturale del diritto<sup>39</sup>. E va da sé che, in questo paradigma, si è sideralmente lontani dalla possibilità di rinvenire la risposta all'esigenza di certezza secondo la logica propria dei modelli legicentrici, imperniati sull'autosufficienza e sull'eshaustività del diritto promanante dal titolare del potere legislativo.

---

<sup>34</sup> Cfr. S. CASSESE, *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Napoli, 2006; cfr. già G.D. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, 1991, ora in *Scritti scelti*, Padova, 2015, pp. 219 ss., spec. 224 ss.

<sup>35</sup> G. BENEDETTI, *L'elogio dell'interpretazione traduce nell'orizzonte del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, pp. 413 ss., 429; in arg. cfr. per tutti A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, I, Milano, 2007, p. 285 ss.; su questi temi cfr. anche G. ZACCARIA, *La comprensione*, cit., spec. p. 142 ss., e M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 120 ss.

<sup>36</sup> Cfr. F. VIOLA, *La concorrenza degli ordinamenti*, cit., p. 10.

<sup>37</sup> Di nebulizzazione delle fonti parla G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovi disordine delle fonti del diritto*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, pp. 24 ss., 32. Per la lettura del fenomeno da una prospettiva non giuridica cfr. Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 2014 (1999).

<sup>38</sup> C. CASTRONOVO, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, pp. 483 ss., 495.

<sup>39</sup> J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 218 ss.



## 5. *Aporie: exempla.*

Nondimeno, la confusa epoca nella quale viviamo si mostra sovente non adeguata a recepire ciò che dovrebbe essere sotto gli occhi di tutti, in plastica derivazione da quanto sopra ho esposto.

Penso al prepotente e certamente non recente ingresso, nel nostro ordinamento, del c.d. *soft law*, al cospetto del quale la scienza giuridica tradizionale continua a interrogarsi circa la sua collocazione nel sistema, non di rado ancora concepito come necessariamente gerarchico, delle fonti, senza riuscire a trovare risposte adeguate e senza tener conto che le c.d. fonti *soft* hanno, nella realtà concreta, un impatto fortissimo, soprattutto nei campi nei quali la dimensione giuridica è fortemente condizionata da scienze non giuridiche. Come ha risposto il mondo giuridico tradizionale all'irrompere del *soft law*? Spesso rifiutandone il riconoscimento e, altrettanto spesso, offrendo, quale spiegazione alla negazione dell'esistenza del fenomeno, il suo non essere sussumibile in una categoria propria della nostra tradizione, nel nostro modo tradizionale di intendere e di spiegare il diritto.

Penso anche all'impatto che, su categorie e istituti giuridici consolidatisi da decenni, hanno e stanno avendo sistemi normativi costruiti intorno a valori ai quali la contemporaneità, ma non il mondo di ieri, assegna un peso specifico pari, se non maggiore, rispetto ad altri<sup>40</sup>.

È questo il caso del sistema normativo costruito intorno al valore che si suole coagulare nell'idea del diritto alla salute<sup>41</sup>, che ha condotto alla costruzione legislativa del Servizio sanitario come servizio pubblico a vocazione universalistica<sup>42</sup>. In un sistema forgiato dal legislatore, alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, intorno al dogma che il diritto alla salute sia suscettibile di essere garantito in virtù dell'esistenza (e del corretto funzionamento) di un servizio pubblico a vocazione universalistica, il ruolo della c.d. sanità privata è pensabile – ed è stato pensato in concreto dal legislatore della legge n. 833/1978, ma anche dal legislatore della riforma dell'ultimo scorcio del secolo scorso – come puramente complementare e condizionato dall'emergere di fabbisogni di prestazioni sanitarie e socio-sanitarie non suscettibili di essere soddisfatti dal servizio pubblico.

---

<sup>40</sup> Anche a questo riguardo utilizzo le categorie concettuali elaborate da G. TEUBNER, *op. cit.*

<sup>41</sup> Diritto fondamentale la cui base di diritto positivo, nell'ordinamento nazionale, è l'art. 32 Cost.

<sup>42</sup> Il riferimento è, naturalmente, alla legge n. 833/1978 e al d.lgs. n. 502/1992 (e s.m.i.).

Sennonché è noto ormai da almeno tre decenni che quello delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie è un mercato in senso tecnico-giuridico, in cui non possono sussistere monopoli o barriere di ingresso a operatori economici privati che siano posti dallo stesso regolatore del sistema pubblico. La forza delle regole, di matrice euro-unitaria, a presidio del sistema che tutela la libera iniziativa economica e la libera concorrenza in un libero mercato ha dato luogo allo sviluppo di una giurisprudenza (prevalentemente ma non solo del giudice amministrativo) che ha eroso alle fondamenta l'idea della necessità del monopolio pubblico e del ruolo decisivo in prima battuta solo pubblico nell'organizzazione e nel governo dei sistemi erogativi delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie. Ad essere stata minata dalle fondamenta è l'idea, alla base della legislazione della fine degli anni Settanta del secolo scorso, che un servizio sanitario pubblico monopolista sia presidio essenziale e ineludibile del diritto alla salute. Una giurisprudenza consolidata da molti anni, questa, che esclude categoricamente che il decisore pubblico possa negare l'autorizzazione all'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie, o l'accreditamento di strutture deputate all'erogazione di prestazioni di tale specie, a causa dell'assenza di un fabbisogno pubblico delle relative prestazioni la cui rilevazione e misurazione sia riservata in via esclusiva al programmatore pubblico. E ciò a maggior ragione al cospetto di programmatori pubblici i quali – come sovente posto in luce dalla giurisprudenza – facciano cattivo uso della potestà programmatica che a loro è riservata, omettendo per esempio la rilevazione di specifici fabbisogni, destinati così a rimanere insoddisfatti (ad evidente scapito del diritto alla salute delle persone insediate nei territori cui sono preposti codesti programmatori)<sup>43</sup>.

Come ha reagito il mondo giuridico, formatosi sull'assioma della valenza non scalfibile del monopolio pubblico quale garanzia del diritto alla salute, a fronte dello sgretolamento delle fondamenta dell'assioma? Ha reagito trincerandosi dietro la qualificazione in termini di eccentricità di quella giurisprudenza che riconosce, *au fond* delle organizzazioni preposte alla presa in carico

---

<sup>43</sup> Caso che si può dire di scuola, tanto è frequente, è quello di una Regione che non effettui la rilevazione – che la legge nondimeno imporrebbe – dei fabbisogni di assistenza della propria popolazione; poiché è sempre la legge a prescrivere che le autorizzazioni all'esercizio di strutture sanitarie, così come l'accreditamento e, a valle, l'eventuale stipula di accordi contrattuali, sono legate e condizionate dalla rilevazione di corrispondenti fabbisogni, è evidente che, nell'omettere la rilevazione dei fabbisogni, quella Regione preclude l'accesso al mercato delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie di nuovi operatori, inducendo un oligopolio che include solo chi, in quel non-mercato, sia già presente.

e alla cura delle persone, un mercato in senso tecnico-giuridico, nel quale, in quanto tale, non può essere ammessa l'istituzionalizzazione e la preservazione di un monopolio pubblico in tema di accesso al sistema delle cure, o più esattamente, della presa in carico delle persone. Si tratterebbe, per il pensiero giuridico dominante, di giurisprudenza non solo eccentrica, ma, ancor peggio, eversiva del dato normativo il quale con chiarezza subordina l'autorizzazione e l'accreditamento delle strutture sanitarie e socio-sanitarie alla rilevazione di un fabbisogno di prestazioni sanitarie e socio-sanitarie non suscettibile di essere soddisfatto dalle sole strutture pubbliche. Il che significa, in concreto, negare il ruolo che, sulla scena giuridica, hanno assunto "materie" quali la concorrenza e il libero mercato; e arroccarsi nell'ossequio, a questo punto solo formale, a una scelta legislativa che si manifesta ormai obsoleta e insufficiente a trovare un nuovo punto di composizione e di conciliazione tra il diritto alla salute – che non necessariamente passa attraverso l'istituzione e la preservazione di un monopolio pubblico – e le esigenze del mercato e della concorrenza. Di fatto, i giuristi non hanno saputo cogliere e intercettare un problema per loro nuovo, frutto dello sviluppo economico e del prepotente affacciarsi di nuovi interlocutori, quali, per rimanere al campo qui cennato, quello dei grandi fondi assicurativi; tanto meno i giuristi sono stati in grado di elaborare soluzioni soddisfacenti a questo problema per loro nuovo.

Ed è così che, a fronte della c.d. legge annuale per la concorrenza del 2021 – la n. 118/2022 –, e delle regole che essa ha introdotto quanto all'accesso al mercato delle prestazioni da parte di operatori economici privati, il mondo dei giuristi pratici si è sovente trovato disarmato. Le regole introdotte dalla legge del 2022 sono semplici: esse finalmente recepiscono, calandole in disposizioni di *ius scriptum*, la regola di matrice euro-unitaria e giurisprudenziale circa la necessità di cooperazione tra erogatori pubblici ed erogatori privati, e circa la necessità che tanto i primi quanto i secondi vengano messi in campo solo a fronte della verifica della sussistenza di standard qualitativi e di sicurezza erogativa e del costante monitoraggio della loro persistenza nel tempo; ulteriore regola è quella che ribadisce la necessità che l'assegnazione di budget pubblici a operatori economici privati avvenga in esito a procedure eque, trasparenti e non discriminatorie. Le ragioni di queste regole sono evidenti: eppure grande è il clamore che esse hanno suscitato anche nel mondo dei giuristi, molti dei quali si sono limitati a criticare l'idea che sia leggibile un mercato delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie: che non è però un'idea elaborata dal legislatore del 2022, ma una mera fotografia della realtà concreta.

In definitiva in questo campo, come in altri, molti giuristi si sono arroccati

nella difesa a oltranza di un dato normativo, quello della legge n. 833/1978 e del d.lgs. n. 502/1992, che non ha, nella contemporaneità, alcuna corrispondenza con la mutata realtà del settore; e non sono riusciti a intercettare che la realtà sottostante al dato normativo di decenni fa non è più la realtà di oggi.

## 6. *Giurisprudenza consolidata e precedente giudiziale.*

Un altro campo nel quale miti antichi incontrano oggi rinnovata linfa è quello del dibattito in corso circa il ruolo della giurisprudenza (consolidata) e del precedente giudiziale.

Premetto che è mio convincimento che decisioni giudiziali motivate con il richiamo a giurisprudenza consolidata o a precedenti conformi – consentito, nel processo amministrativo, dall'art. 72 c.p.a.<sup>44</sup> – non sono di per sé frutto di tecniche decisorie deprecabili.

Il ruolo della giurisprudenza nella formazione ed elaborazione delle regole per la soluzione dei casi concreti è antico quanto l'idea stessa del diritto: senza scomodare Enrico Allorio e il suo *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*<sup>45</sup> o gli studi dei filosofi del diritto sul ruolo creativo dell'interpretazione<sup>46</sup>, è semplicemente antistorico pensare che la risposta, o la soluzione, si trovi nel *ius scriptum*, e in quella sua *species* che è il *ius scriptum* di matrice legislativa.

È antistorico innanzi tutto perché non tiene conto che la Corte costituzionale ha elevato ormai da decenni la giurisprudenza consolidata, e specificamente l'interpretazione che essa dà a una norma di legge, a possibile oggetto del sindacato di costituzionalità<sup>47</sup>: con ciò dando dimostrazione plastica che la giurisprudenza è ben lungi dal promanare da giudici il cui ruolo si presti a essere identificato con l'essere, essi, meri attuatori della legge, *bouches de la loi*<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> In argomento cfr. per tutti le condivisibili osservazioni di F. RISSO, *La sentenza in forma semplificata*, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it), 2019.

<sup>45</sup> E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957.

<sup>46</sup> Per tutti, cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit.

<sup>47</sup> Cfr. ad es. Corte cost., sentenze n. 276/1974, n. 350/1997, n. 317/2009, n. 175/2011.

<sup>48</sup> Indimenticabili le parole, che ho già sopra ricordato, di M. WEBER, *op. cit.*, secondo il quale è da respingere “con indignazione l'idea del giudice moderno come di una macchina in cui vengono gettati dentro gli atti insieme alle spese e che, da sotto, sputa fuori la sentenza insieme ai motivi desunti meccanicamente dai paragrafi dei codici”. Weber criticava così pe-

È antistorico, inoltre, perché non tiene conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui le leggi interpretative, in quanto tali *naturaliter* retroattive, dirette a sovvertire la giurisprudenza consolidata (quanto meno perché stabilizzata per effetto di pronunce delle Corti supreme) o ad impedire che la giurisprudenza si consolidi, cozzano contro il diritto fondamentale al rispetto dei beni e contro il diritto fondamentale al giusto processo (a lettura e interpretazione coordinate)<sup>49</sup>. Particolarmente degno di nota è che la giurisprudenza C.e.d.u. qualifichi come fisiologica, e connaturata al processo di formazione delle regole, la possibilità di oscillazioni o contrasti giurisprudenziali tra giudici di gradi diversi, destinati a essere sopiti in virtù del ruolo di stabilizzazione della giurisprudenza assegnato alle Corti supreme negli ordinamenti che, come il nostro, sono connotati dall'articolazione dei giudici per gradi. Soprattutto, nella giurisprudenza della C.e.d.u. la garanzia della non scalfibilità da parte del legislatore della giurisprudenza consolidata e della preclusione alla introduzione di impedimenti al suo consolidamento, è garanzia correlata ai diritti fondamentali al rispetto dei beni e al giusto processo, nonché veicolo per la stabilità – non la certezza, ma la stabilità – del diritto. In altre parole, per il diritto C.e.d.u., che è in gran parte esso stesso di matrice giurisprudenziale, la giurisprudenza consolidata, e, a monte, la possibilità del consolidamento della giurisprudenza, sono valori la cui protezione è strumento di garanzia del diritto al rispetto dei beni e del diritto al giusto processo.

Non da ultimo, è antistorico perché la gran parte del diritto amministrativo, così sostanziale come processuale, poggia pacificamente sul c.d. formante giurisprudenziale; e su di esso poggia sin dai suoi albori, alla fine del XIX secolo.

Non possiamo dimenticare che nel 1895 la allora neonata IV Sezione del Consiglio di Stato ha elaborato compiutamente, ed elevato a *ratio decidendi*, il principio del contraddittorio procedimentale, da essa qualificato in termini di “principio di eterna giustizia”: e ciò a fronte di un *ius scriptum* che del contraddittorio procedimentale taceva del tutto<sup>50</sup>. Il principio del contradditto-

---

santemente la tecnica della motivazione esaurentesi nel mero richiamo a una disposizione di *ius scriptum*; e lo faceva, naturalmente, nel segno della sua radicale critica all'assolutezza dei sistemi normativi c.d. legicentrici.

<sup>49</sup> Cfr. Corte EDU (*Grande Chambre*), *Zielinski, Pradal e altri c. Francia*, del 19 dicembre 1999; *Vezon c. Francia*, del 18 aprile 2006; *Lilly France c. Francia*, del 5 novembre 2010.

<sup>50</sup> Si tratta della celeberrima decisione n. 423 del 29 dicembre 1895, nota come “caso Chiantera”.

rio, anche per la matrice gius-naturalistica in esso individuato dal Consiglio di Stato, non è mai stato abbandonato dalla giurisprudenza ed è vissuto di buona vita prima che il *ius scriptum*, circa un secolo dopo, lo calasse in disposizioni con la legge n. 241/1990<sup>51</sup>.

Altrettanto dicasi per quelle autentiche cattedrali di diritto pretorio costruite dal Consiglio di Stato per tutto il corso del Novecento, delle quali mi limito a ricordare le più dirompenti.

Va quindi menzionata l'affermazione da parte del Consiglio di Stato, risalente alla prima metà del secolo scorso, dell'esperibilità del giudizio di ottemperanza al giudicato, previsto dalla legge per il solo giudicato del giudice ordinario, anche a fronte del giudicato del giudice amministrativo. Estensione, questa, argomentata dal Consiglio di Stato per esigenze logiche e di necessario completamento del sistema delle tutele e di effettività ed efficacia della protezione giurisdizionale, e da esso attuata non solo e non tanto nel più totale silenzio del *ius scriptum* – che ha recepito il diritto pretorio solo con la legge del 1971 istitutiva dei TAR –, ma, soprattutto, ben prima dell'attuale formulazione dell'art. 111 Cost.

Va menzionata poi la costruzione pretoria della tutela nei confronti del silenzio della pubblica amministrazione, il cui fulcro è rappresentato dal riconoscimento che il silenzio non è un atto tacito e non si presta a essere trasformato, attraverso *fictiones iuris*, in un atto tacito, ma è, invece, un mero fatto di inadempimento all'obbligo dell'amministrazione di provvedere<sup>52</sup>: inadempimento in potenza lesivo per una situazione giuridica soggettiva (di interesse legittimo) facente capo a colui nei confronti del quale l'obbligo dell'amministrazione sussiste, e passibile di sindacato giurisdizionale. Va rimarcato che, nell'ammettere ciò, l'Adunanza plenaria ha riconosciuto che il silenzio è lesivo di una situazione giuridica soggettiva della *species* che oggi si chiama interesse legittimo pretensivo o di pretesa: che è perciò assistita dalla garanzia costituzionale del diritto di azione<sup>53</sup>. E va tenuto conto che a questo approdo – ossia

---

<sup>51</sup> È triste, dunque, che taluno sostenga che è stata la legge n. 241/1990 a introdurre il principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo; così come è triste che non sia universalmente noto che l'introduzione nel procedimento amministrativo, a valere quali garanzie per i soggetti che ne siano parti, di istituti mutuati dal diritto processuale, si debba alla legge austriaca sul procedimento amministrativo del 1925 e all'influsso che essa ha esercitato nel pensiero giuridico europeo.

<sup>52</sup> Si tratta del ben noto gruppo di sentenze in Adunanza plenaria degli anni Ottanta del secolo scorso.

<sup>53</sup> Cfr. art. 24 Cost.

al riconoscimento di una forma di protezione giurisdizionale di quella che è stata letta dai giudici come situazione giuridica soggettiva lesa dal puro fatto dell'inerzia – l'Adunanza plenaria è pervenuta, negli anni Ottanta del secolo scorso, forzando la *littera legis* che sin dalla legge Crispi del 1889 individuava, quale unico possibile oggetto della domanda giudiziale, l'annullamento di un provvedimento, e pur al cospetto di norme costituzionali che garantiscono l'accesso al giudice (solo) contro atti della pubblica amministrazione<sup>54</sup>. Né va trascurato di considerare che il *ius scriptum* “si è accorto” della regola di elaborazione pretoria, e della sofisticata costruzione dogmatica sottostante, soltanto con la legge n. 205/2000.

Non si può poi non ricordare, quale esempio di cattedrale di diritto pretorio, la individuazione di una *species* di nullità dell'atto amministrativo – per violazione o elusione del giudicato – irriducibile alle c.d. nullità civilistiche e suscettibile di essere fatta valere nell'ambito del giudizio di ottemperanza al giudicato, e dunque con l'*actio iudicati*. L'impatto pratico di questa elaborazione pretoria è notevolissimo ove si consideri che nel giudizio di ottemperanza la giurisdizione del giudice amministrativo è estesa al merito e implica quindi poteri giudiziali sostitutivi della p.a., e che la relativa azione è assoggettata al termine di prescrizione dell'*actio iudicati*. Per questa via, dunque, la giurisprudenza ha affrancato il soggetto che si reputi leso da un atto violativo o elusivo del giudicato dal pesante onere di gravarsene con l'ordinaria azione di impugnazione, oggetto di cognizione ordinaria, entro il breve termine di decadenza di sessanta giorni.

Va ricordata anche la figura del giudicato a formazione progressiva, che, per quanto discussa e discutibile<sup>55</sup>, è la via individuata alcuni decenni fa dal giudice amministrativo – nell'assordante silenzio, che ancora oggi si protrae, del *ius scriptum* – per dotare di maggiore effettività ed efficacia la protezione conseguibile davanti al giudice amministrativo, e così “giusto”, secondo il paradigma dell'art. 111 Cost., il processo amministrativo: trasformato da mera parentesi nel flusso dell'esercizio del potere pubblico, per usare di una fortunata espressione di Enzo Capaccioli, in strumento idoneo a dare risposta al problema della spettanza del chiovendiano bene della vita.

Va notato poi che non tutte le cattedrali di diritto pretorio costruite dal

---

<sup>54</sup> Cfr. infatti l'art. 113 Cost.

<sup>55</sup> Cfr., per una critica alla figura del giudicato a formazione progressiva, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, peraltro sulla base di argomenti che ritengo oggi superati.

giudice amministrativo sono state elaborate dall'Adunanza plenaria, le cui sentenze – sia che enuncino un principio di diritto, sia che decidano in tutto o in parte la controversia – ben si prestano a segnare il punto di partenza per il consolidamento della giurisprudenza sia delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato sia dei giudici di primo grado. E infatti è ai giudici amministrativi di primo grado che si deve l'enucleazione di una *species* di giudizio di ottemperanza esperibile a fronte di provvedimenti decisori (ordinanze cautelari o sentenze) meramente esecutivi ma non passati in giudicato, da essi denominato giudizio di mera esecuzione: elaborazione dei giudici di primo grado, questa, sicuramente *praeter legem*, che risale alla metà degli anni Novanta del secolo scorso e che è stata subito avallata dal Consiglio di Stato, venendo calata in *ius scriptum* soltanto con il codice del processo amministrativo del 2010.

Nei casi che ho sopra ricordato i giudici amministrativi, dopo aver elaborato, nel decidere un caso concreto, una specifica soluzione innovativa, non hanno avuto soverchie esitazioni nel consolidare la propria giurisprudenza nell'innovativo segno individuato, tanto da dar luogo a regole di chiarissima matrice solo giurisprudenziale. E non conosco un solo caso in cui vuoi l'elaborazione di una soluzione nuova, vuoi il consolidarsi su di essa della giurisprudenza, siano avvenuti in modo acritico o apodittico.

Occorre considerare che ogni soluzione giurisprudenziale nuova è un precedente giudiziale il quale si presta a essere utilizzato, dando avvio al fenomeno del consolidamento della giurisprudenza, da giudici di processi successivi; e può trattarsi sia di un precedente che interviene a colmare una lacuna normativa, sia di un precedente che rappresenta un'*overruling* rispetto a giurisprudenza già consolidata.

Utilizzo qui il termine “precedente”, naturalmente, nel suo significato puramente semantico, che identifica la soluzione giudiziale di un caso che “viene prima” della necessità di decidere un caso successivo che si presenti, o si presti a essere ritenuto, uguale a quello già deciso. E preciso che è per me ovvio che nessun giurista, pratico o accademico che sia, possa ignorare il modo in cui i giudici hanno risolto casi problematici: il diritto vive di interpretazione, la quale ha una intrinseca connotazione creativa, per cui chi vuole conoscere le regole non può limitarsi a leggere il *ius scriptum*, ma deve leggere anche le sentenze, che calano in regola del caso concreto il frastico della disposizione di *ius scriptum*<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Cfr. per questa impostazione e per i relativi riferimenti bibliografici, C. CACCIAVILLANI, *Incertezza delle regole e processo amministrativo*, in *L'incertezza delle regole. Atti del convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, 2015, p. 145 ss.



Ciò detto, occorre soffermare l'attenzione sulle disposizioni di *ius scriptum* processuale secondo cui la motivazione di una sentenza può essere resa in forma semplificata, mediante richiamo a un precedente conforme. Queste disposizioni, recate dal codice di procedura civile e dal codice del processo amministrativo, hanno dato luogo a discussioni che a me sembrano in buona parte fuorvianti.

Innanzitutto va precisato che queste disposizioni non hanno affatto introdotto, nel nostro sistema, la regola dello *stare decisis*<sup>57</sup>; né integrano di per sé facili scorciatoie per i giudici per sottrarsi al loro obbligo, scaturente direttamente dalla Costituzione<sup>58</sup>, di motivare i provvedimenti decisorii: si tratta di niente altro che di regole che attengono alla tecnica decisoria del caso singolo.

È a dire, piuttosto, che nel nostro ordinamento, e nella formazione anche accademica dei giuristi, non vi è per solito soverchio interesse o attenzione per la tecnica decisoria del precedente giudiziale: parlare di precedenti verticali, orizzontali o di auto-precedenti non rientra tuttora nel lessico o nello strumentario concettuale abituale dei giuristi. Ed è in ciò – ossia nella diffusa mancata consapevolezza dell'articolazione logica del precedente – che si annida la causa della tuttora diffusa diffidenza nei confronti dell'utilizzo da parte dei giudici della tecnica di redazione della motivazione che consiste nel richiamo a un precedente conforme.

È, questa, una tecnica che impone l'utilizzo di categorie logiche e concettuali di cui spesso si ignora non tanto e non solo la matrice, ma, soprattutto, la funzione, che consiste nell'individuare, e perimetrare con precisione, ciò che può integrare precedente: così è per l'estrapolazione della *ratio decidendi* dagli *obiter dicta*, o argomenti persuasivi; così è, soprattutto, per la tecnica del *distinguo*, che consente di negare che la soluzione giudiziale antecedente di un determinato caso possa assurgere al ruolo di precedente, ossia di decisione di un caso che si presenta successivamente<sup>59</sup>. La tecnica del *distinguo* è certamente faticosa perché il suo impiego esige notevoli sforzi analitici; ma di altro non si tratta, in fondo, che dell'attualizzazione (o della lettura con significato e scopo parzialmente diversi) dell'antico *narra mihi factum, dabo tibi ius*.

---

<sup>57</sup> Lo ritiene, invece, tra gli altri E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1237 ss.

<sup>58</sup> Cfr. art. 111, comma 6, Cost.

<sup>59</sup> Imprescindibili in argomento almeno G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, cit.; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit.; M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto*, cit., p. 721 ss.

Se la logica del precedente fosse compresa, e beninteso bene applicata, non vi sarebbe nessuna ragione razionale, prima ancora che giuridica, per manifestare critiche alle disposizioni di *ius scriptum* che ammettono la motivazione in forma semplificata consistente nel richiamo di un precedente conforme. Tanto più che dall'ordinamento si possono trarre vari indici del modo di operare di una tecnica motivazionale siffatta.

Si rifletta innanzi tutto sulle filiere nomofilattiche che connotano tutti i plessi giurisdizionali: dalla loro semplice esistenza si dovrebbe trarre argomento per assegnare rilievo quanto meno prioritario, se non decisivo, ai precedenti dei giudici della nomofilachia, e quindi ai c.d. precedenti verticali. Si pensi, in secondo luogo, che a temperare l'utilizzabilità della tecnica motivazionale in discorso è la messa in campo della tecnica del *distinguo*, che ben si presta a isolare un caso specifico al quale non è applicabile alcun precedente. Si pensi, infine, alla possibilità – riconosciuta finanche negli ordinamenti nei quali vige la regola dello *stare decisis* – che i giudici facciano *overruling*, superando con ciò un precedente e la sua forza (sia essa vincolante, sia essa meramente persuasiva).

La nostra giurisprudenza è costellata di *overruling* di assoluto rilievo, sui quali non di rado si sono innescati fenomeni di stabilizzazione della giurisprudenza successiva.

Basti pensare all'*overruling* delle Sezioni unite, risalente al 2008, sulla interpretazione dell'art. 37 c.p.c., che ha portato all'individuazione, assolutamente *contra legem*, del c.d. giudicato implicito sulla sussistenza della giurisdizione<sup>60</sup>. *Overruling* certamente molto ragionato, questo, e ritenuto così persuasivo che le basi su cui poggia non sono mai state poste in discussione dalla giurisprudenza successiva, da un lato; che la figura del giudicato implicito è stata calata in norma di *ius scriptum* dall'art. 9 c.p.a., dall'altro lato<sup>61</sup>.

Ma si pensi anche all'*overruling* intervenuta sul celeberrimo “caso La Macchia”, in cui il Consiglio di Stato ha letto in modo decisamente innovativo – e oggettivamente *contra legem* – le regole di *ius scriptum* che plasmano il potere decisorio del giudice di mera legittimità<sup>62</sup>. L'*overruling* è consistita nell'esercizio, da parte del giudice della cognizione ordinaria, di quel potere sostitutivo

---

<sup>60</sup> Si tratta naturalmente della celeberrima Sez. Un. n. 24883/2008.

<sup>61</sup> La figura è forse tramontata, per ripudio del legislatore, con la c.d. riforma Cartabia, che all'ingombrante, e dai confini strutturalmente labili, del giudicato implicito sulla sussistenza della giurisdizione del giudice adito ha sostituito la più tranquillizzante figura della preclusione.

<sup>62</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 25 febbraio 2019, n. 1321.

della p.a. che connota la sola giurisdizione – eccezionale – estesa al merito, ed è motivata con la constatazione che l'amministrazione, i cui atti erano già stati oggetto di plurimi annullamenti giudiziali, si era dimostrata incapace di risolvere il problema amministrativo alla base del contenzioso avendo serbato una condotta che, valutata complessivamente, rendeva evidente la frantumazione del rapporto fiduciario tra cittadino e amministrazione (anche) nel quale si esprime il principio solidaristico di cui all'art. 3 Cost. Ed è notevole constatare che, al cospetto degli strali della dottrina tradizionalista nei confronti di questa *overruling* del Consiglio di Stato, le Sezioni unite della Corte di Cassazione – quale giudice della questione di giurisdizione sollevata dall'amministrazione esautorata dal giudice dal potere decisorio sulla questione sostanziale – abbia avallato la soluzione del Consiglio di Stato, quale unica via in certi casi percorribile per risolvere un problema sostanziale – specificamente, il problema della spettanza del chiovendiano bene della vita – che l'amministrazione abbia dato prova di non saper risolvere<sup>63</sup>.

## 7. *Giurisprudenza e dottrina.*

Sono ricorrenti le geremiadi per la da più parti affermata scarsa considerazione, da parte della giurisprudenza, della dottrina; e vi è finanche chi stigmatizza le disposizioni di *ius scriptum* che vietano la citazione, nelle sentenze, della dottrina.

Anche a questo proposito occorre intendersi sui concetti: il divieto sancito dal diritto positivo di citare la dottrina, oltre che proprio di molti ordinamenti giuridici, significa soltanto divieto di citazione di nome e cognome di uno specifico autore e del titolo di un suo contributo, ma non significa affatto, e non può significare, che sia vietato ai giudici utilizzare i contributi della dottrina.

Che il divieto per i giudici di utilizzare i contributi della dottrina non esista, e che anche ove mai esistente non venga osservato dai giudici, è del tutto evidente sol che si leggano non già le massime ma le motivazioni delle sentenze, quanto meno e con certezza delle Corti supreme. Sono infatti innumerevoli le sentenze che nel loro percorso motivazionale danno conto dei diversi orientamenti della dottrina su una determinata questione e prendono consapevolmente posizione circa la condivisione dell'uno o dell'altro. Frequenti so-

---

<sup>63</sup> Cfr. Sez. Un., 7 settembre 2020, n. 18592.

no anche le sentenze che, decidendo di proseguire nel solco della giurisprudenza consolidata, si diffondono a illustrare le ragioni della non adesione alle voci della dottrina critica nei confronti di quella giurisprudenza.

Ciò mostra, al di là di ogni ragionevole dubbio, che la giurisprudenza si forma sulla dottrina, evolve con la dottrina, fa *overruling* sulla base della dottrina<sup>64</sup>.

Qualche esempio. Cons. Stato, Sez. IV, n. 7503/2023, nel dare una soluzione innovativa alla *vexata quaestio* della configurabilità della responsabilità risarcitoria della p.a. a fronte di una sua condotta complessiva, scandita anche da atti e provvedimenti non impugnati, lo fa in adesione alla più avanzata elaborazione dottrinale in tema di situazioni giuridiche soggettive<sup>65</sup>. Ricordo anche Cons. Stato, Sez. IV, n. 3945/2024, che scolpisce in termini decisamente innovativi il rapporto tra *decisum* sul silenzio ed esercizio di funzione amministrativa *post decisum*; ma anche Cons. Stato, Sez. IV, n. 4321/2024, che, prendendo le mosse dagli studi di Guido Greco sull'attività negoziale delle p.a., elabora la figura degli accordi bilaterali necessari, quali atti di esercizio necessariamente bilaterale di un potere amministrativo facente capo ad amministrazioni diverse ma preordinato al raggiungimento di un risultato unitario di interesse generale, per forgiare poi, in relazione ad essa, uno strumento di protezione giurisdizionale *ad hoc*, solo parzialmente mutuato, peraltro, dal *ius scriptum* (specificamente, dall'art. 31 c.p.a.) Ricordo, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, n. 2866/2024, che non soltanto dichiaratamente recepisce una figura – quella dell'operazione amministrativa – elaborata dalla dottrina, ma la eleva a *ratio decidendi*<sup>66</sup>.

Non solo. L'*overruling* delle Sezioni unite che ha condotto alla introduzione pretoria della figura del giudicato implicito sulla giurisdizione è basata sulla dottrina. E tanto forte e decisivo è stato l'impatto della dottrina nell'indurre questa *overruling* che la giurisprudenza, nel dover decidere se si trattasse di *overruling* prevedibile e quindi applicabile anche ai processi in corso, oppure

---

<sup>64</sup> Di “perfetta armonia” tra dottrina e giudici nella più che secolare elaborazione che ha condotto alla comune enucleazione di principi e regole generali del diritto amministrativo, così sostanziale come processuale, parla F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, p. 105; l'armonia forse non è perfetta, ma nondimeno esiste.

<sup>65</sup> Il riferimento, trasparente, è a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

<sup>66</sup> Anche in questo caso il riferimento, trasparente, è a F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p. 84, e a D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

di *overruling* non prevedibile e quindi *perspective*, ossia applicabile solo *pro futuro*, non ha avuto esitazione alcuna nel riconoscerla come *overruling* prevedibile: prevedibile, appunto, perché anticipata e preparata dalla dottrina<sup>67</sup>.

L'elaborazione pretoria sulla tutela giurisdizionale nei confronti del silenzio della p.a. non è altro che la trasposizione in sentenze di Adunanza plenaria della dottrina che si è dedicata allo studio della fattispecie precettiva e del silenzio<sup>68</sup>.

Allorché le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'interpretazione data da Corte cost. n. 8/2018 all'art. 111, comma 8, Cost., hanno con chiarezza aderito alla lettura fornita da una parte della dottrina processual-civilistica alla figura dei vizi inerenti alla giurisdizione di cui all'art. 111, comma 8, Cost.<sup>69</sup>: figura perimetrata da questa dottrina con riferimento all'art. 111, comma 1, Cost.

Sezioni unite n. 32559/2023 hanno cassato *in parte qua* la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 17/2021 in dichiarata adesione alla lettura della legittimazione ad agire nel processo amministrativo elaborata da una parte della dottrina processual-amministrativistica, dissonante dalla lettura che della medesima figura offre la prevalente dottrina processual-civilistica, dando puntualmente conto delle posizioni dottrinarie in argomento e delle loro dissonanze; senza citarne gli autori, ovviamente, ma dando chiara evidenza che le diverse posizioni sono state analizzate e ponderate.

Ed è così che intendo concludere questo breve percorso: i Maestri, e dunque Guido Greco, hanno un ruolo cruciale nel nostro mondo, perché sono la linfa dello sviluppo della giurisprudenza la quale, cogliendone il testimone, assicura il progredire dell'ordinamento giuridico e la sua attitudine a dare risposta a problemi nuovi.

---

<sup>67</sup> Cfr. Sez. Un. n. 2067/2011. In argomento cfr. F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1397 ss.; C. CONSOLO, *Le Sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato internet-addicted e pure "veggente"*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3166 ss.

<sup>68</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

<sup>69</sup> Cfr. Sez. Un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598.

# PRINCIPIO DI RISULTATO E PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DELLE CONCESSIONI AMMINISTRATIVE

*Maurizio Cafagno*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La visione difensiva delle procedure selettive: preservare la *par condicio* e la libera circolazione. – 3. Una visione proattiva delle procedure selettive: dalla difesa allo sfruttamento della competizione. – 4. *Segue*: varietà dei modelli di gara e varietà dei rapporti concessori.

## 1. *Introduzione.*

Intendo svolgere in questo scritto alcune riflessioni sul potenziale impatto del cosiddetto principio di risultato sulla discrezionalità che il d.lgs. n. 36/2023 parrebbe accordare alle amministrazioni pubbliche, nella definizione delle procedure concessorie<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Tra i molti lavori che Guido Greco ha dedicato al tema delle concessioni, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in AA.VV., *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. Mastragostino, Padova, 1998, p. 7 ss.; ID., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 381 ss.; ID., *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 993 ss.; ID., *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1461 ss.; ID., *Concessioni di lavori e concessioni di servizi*, in AA.VV., *La professione del giurista. Scritti in onore di Luigi Manzi*, Napoli, 2018, p. 391 ss.; ID., *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 5, 2015, p. 1095 ss.; ID., *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 3, 2018, p. 505 ss.; ID., *Le concessioni nel nuovo codice dei contratti*, IX incontro di *Alla Ricerca del Filo di Arianna*, 11 dicembre 2023, visionabile all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=Co6Dw-Rw-NA>.

Tra le opere dell'A. relative alla cornice più generale della attività consensuali a oggetto pubblico, G. GRECO, *Il regime degli accordi publicistici*, in *Dir. econ.*, 2001, p. 561 ss.;

Anticipo subito che proporrò un ragionamento di taglio generale, un'analisi di scenario, più che di dettaglio, attenta all'impostazione di fondo del codice, tuttavia disancorata dai particolari delle singole disposizioni e dalla legislazione di settore<sup>2</sup>.

È noto che la Commissione Europea, nella comunicazione interpretativa del 2000<sup>3</sup>, cioè nel primo documento ufficiale dedicato al chiarimento del tema, pur sollecitando l'apertura alla concorrenza – nel rispetto di criteri di assegnazione trasparenti e controllabili, preventivamente stabiliti, non discriminatori, proporzionati – ha comunque ritenuto che il concedente fosse “libero di scegliere la procedura più appropriata (...) in funzione delle caratteristiche del settore interessato”<sup>4</sup>.

L'impostazione ha resistito nel tempo, nel libro verde del 2004, “relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni”<sup>5</sup>, nella comunicazione interpretativa del 2006 sul diritto comunitario applicabile ai contratti non disciplinati dalle direttive sugli appalti<sup>6</sup>

---

ID., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione, tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 413 ss.; ID., *Attività consensuale dell'amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 457 ss.; ID., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in AA.VV., *Sistema di diritto amministrativo italiano*, a cura di F.G. Scola, F. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2003; ID., *Accordi amministrativi e principio di legalità*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, Milano, 2008, p. 432 ss.

<sup>2</sup> Per una prima ricognizione di discipline di settore la cui attuazione presenta criticità, sul piano dell'apertura alla concorrenza, si veda la segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del Mercato, *Concessioni e criticità concorrenziali*, AS1550, Roma, 20 dicembre 2018.

<sup>3</sup> Comunicazione sulle concessioni del 12 aprile 2000.

<sup>4</sup> V. anche il parere del Comitato economico e sociale sul tema *Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP)*, del 19 ottobre 2000, G.U. C 14 del 16 gennaio 2001, p. 91 ss.

<sup>5</sup> COM (2004) 327 def. del 30 aprile 2004.

<sup>6</sup> Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al *Diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive “appalti pubblici”* (2006/C 179/02); in giurisprudenza, sentenza della Grande Sezione della Corte Giust. UE 21 luglio 2005, C-231/03, riguardante precisamente una fattispecie concessoria, par. 20 in part.; sentenza della Corte Giust. UE, Sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Brabant*, punto 25; sentenza della Corte UE, Sez. II, 3 giugno 2010, causa C-203/08, *Sporting Exchange Ltd contro Minister van Justitie*, punto 41; nello stesso senso, sentenza della Corte

nella comunicazione, di poco successiva, in tema di “partenariati pubblico-privati istituzionalizzati”<sup>7</sup>.

Come tutti sanno, la materia degli affidamenti concessori è stata infine ordinata, in ambito europeo, dalla direttiva 2014/23/UE<sup>8</sup>.

Il testo si è riproposto di realizzare un ‘coordinamento minimo delle procedure nazionali di aggiudicazione’ e, in questa logica, ha voluto limitarsi a segnare alcuni punti fermi<sup>9</sup>.

In estrema sintesi, la direttiva ha sancito un obbligo di apertura alla concorrenza, tramite pubblicazione di un bando, dai contenuti minimi prestabiliti<sup>10</sup>, ha regolamentato i requisiti di partecipazione alle procedure di selezione<sup>11</sup>, ha introdotto un principio di tendenziale commisurazione della durata del rapporto all’entità degli investimenti richiesti<sup>12</sup>, ha tracciato

---

(IV Sezione) 9 settembre 2010, C-64/08, *Ernst Engelmann*, punto 50. Sull’applicazione dei principi di libera circolazione alla materia contrattuale, in dottrina, tra i molti, M.P. CHITI, *Principi*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli. R. De Nictolis, Torino, 2019, I, p. 285 ss.

<sup>7</sup> Comunicazione della Commissione Europea in tema di “Applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati” C (2007) 6661, Bruxelles, 5 febbraio 2008, par. 2.3. in part. Per un’analisi della successione degli importanti documenti interpretativi, M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, 2017, al momento disponibile all’indirizzo <https://www.studiolegalechiti.it>.

<sup>8</sup> G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, cit.

<sup>9</sup> G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, cit.; M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.

<sup>10</sup> G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, cit.; la direttiva contempla altresì ipotesi nelle quali l’obbligo di pubblicazione può subire deroghe; secondo G. GRECO, *ult. cit.*, “trattasi grosso modo dei consueti casi eccezionali in cui è consentita la procedura negoziata” fatta eccezione di “quello relativo alla imperiosa e imprevedibile urgenza. Il che può creare non pochi problemi in ordine alla garanzia di continuità del servizio, ove – per una qualunque ragione – l’affidatario non possa proseguire nel rapporto instaurato”.

<sup>11</sup> G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, cit., commenta: “a livello di larga massima vengono indicati i criteri di verifica delle condizioni di partecipazione relative alla capacità tecnica e professionale, nonché alla capacità economica e finanziaria (art. 38, par. 1). Con la precisazione che i concorrenti (singoli o associati) possono ricorrere all’istituto dell’avvalimento (art. 38, par. 2). Molto più analitica è la disciplina delle esclusioni (art. 38, par. 4-10). Ma si tratta, sostanzialmente, delle stesse cause di esclusione previste dalla Direttiva n. 24 sugli appalti in generale (art. 57)”.

<sup>12</sup> G. GRECO, *ult. cit.*, osserva in proposito: “l’art. 18, par. 2, dispone che ‘Per le concessioni ultra quinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tem-



coordinate non molto stringenti sui criteri di aggiudicazione<sup>13</sup>.

Entro questi parametri, il legislatore europeo ha seguito ad astenersi dal prescrivere modelli di gara prestabiliti e vincolanti, limitandosi piuttosto a esigere, nell'art. 37, l'osservanza di alcune "garanzie procedurali", con la precisazione che "l'amministrazione aggiudicatrice (...) può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e con gli offerenti"<sup>14</sup>.

Il testo ha dunque delineato un'ossatura essenziale, conciliabile con una varietà di schemi procedurali, virtualmente eterogenei, per tasso di automatismo e livelli di discrezionalità amministrativa<sup>15</sup>.

Stando al resoconto offerto dalla relazione sui risultati conseguiti attraverso l'applicazione della direttiva – programmata dall'art. 12 e redatta dalla Commissione Europea lo scorso anno<sup>16</sup> – l'introduzione di queste regole, sia pure

---

po in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito ...'. E vero è che in tal caso è necessario tener conto dell'equilibrio economico-finanziario (almeno originario). Tuttavia, se si considera che secondo la Direttiva (52° considerando) 'le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero sempre poter aggiudicare una concessione per un periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti', si dovrà convenire che l'elemento caratterizzatore è sempre costituito dal c.d. rischio operativo: che, pur concepito in un'ottica di promozione della produttività, può essere spinto fino a presentare un'alea non molto diversa da quella di una vera e propria scommessa".

<sup>13</sup> G. GRECO, *ult. cit.*, annota: "Anche i criteri di aggiudicazione non sono predeterminati dalla Direttiva, che lascia ampia facoltà di scelta e di configurazione alle Stazioni committenti, purché siano idonei ad assicurare – nel rispetto dei soliti principi di cui all'art. 3 – 'una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore' (art. 41, par. 1). Detti criteri, che possono includere (come si è visto) aspetti ambientali, sociali o relativi all'innovazione (art. 41, par. 2) e che possono riguardare anche la durata (52° considerando), devono essere coerenti con l'oggetto della concessione e sono vincolanti per l'ente committente, che deve previamente indicarli in ordine decrescente di importanza (art. 41, par. 2 e par. 3)".

<sup>14</sup> Avendo però cura di puntualizzare che "l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non sono modificati nel corso delle negoziazioni" (comma 6).

<sup>15</sup> G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, cit.; M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.

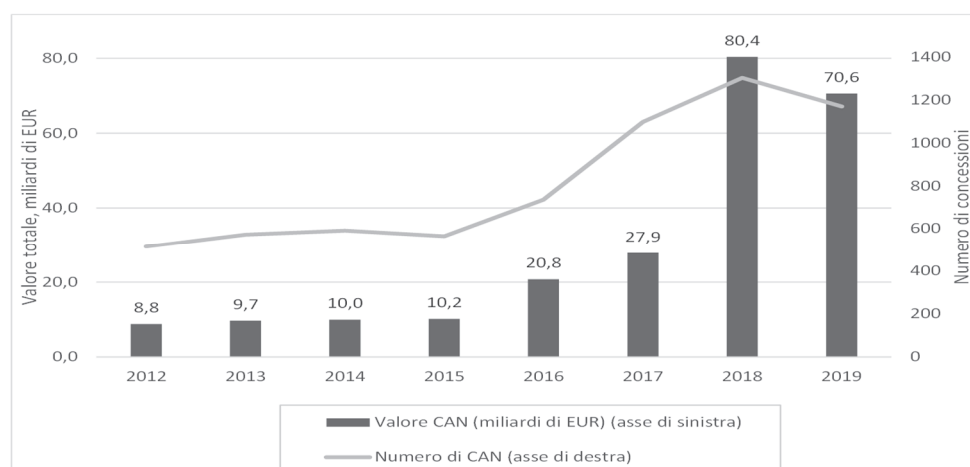
<sup>16</sup> Commissione Europea, Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM/2023/460 final, sul funzionamento della direttiva 2014/23/UE, ai sensi del relativo art. 12; tra i documenti preparatori del rapporto, il documento di lavoro dello staff tecnico della Commissione,

essenziali, ha dato impulso all'utilizzo dell'istituto<sup>17</sup>, soprattutto nel settore dei servizi<sup>18</sup>.

Secondo il bilancio della Commissione “la Francia e l'Italia rappresentano oltre due terzi del mercato delle concessioni dell'UE” e “insieme alla Spagna e alla Germania (...) rappresentano l'85% dell'aumento totale delle aggiudicazioni di concessioni nello stesso periodo”<sup>19</sup>.

SWD (2023) 267 final, nonché il voluminoso *Study on the implementation of the Concessions Directive. Final Report*, redatto da London Economics Europe and Spark Legal su incarico della Commissione Europea, DG Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SM&Es, Unit C3 – Public Interest Services, Concessions, 2021.

<sup>17</sup>La relazione, p. 3, riferisce che “il numero totale di concessioni aggiudicate nell'UE è circa raddoppiato rispetto al 18 aprile 2016 (il termine per il recepimento) e continua a crescere. Questa tendenza al rialzo si osserva nella maggior parte degli Stati membri”. L'andamento è rappresentato dalla figura in calce, tratta dal documento:

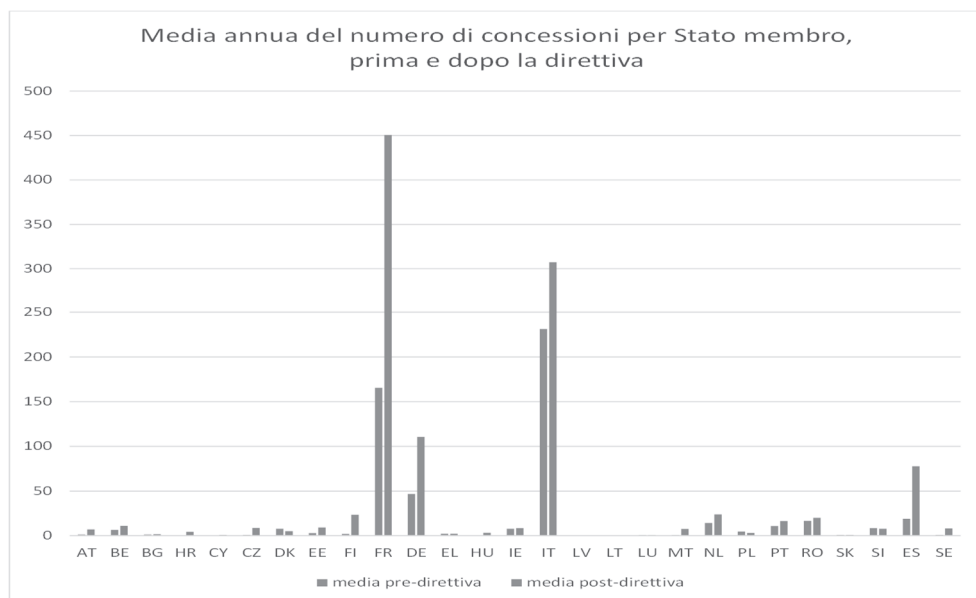


Avvisi di aggiudicazione di concessioni per anno [numero, valore in miliardi di euro], paesi SEE. *Fonte:* Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM/2023/460 final, cit., Fig. 1, che a sua volta si rifà a *London Economics Europe e Spark Legal, Study on the implementation of the Concessions Directive 2021*, Fig. 41.

<sup>18</sup>*Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM/2023/460 final*, cit., p. 4: “Il numero di aggiudicazioni di concessioni di servizi è notevolmente aumentato dal 18 aprile 2016, ossia il termine per il recepimento. Il numero di aggiudicazioni di concessioni di lavori tuttavia era in graduale diminuzione prima di tale data e ha continuato a seguire la stessa tendenza anche dopo”.

<sup>19</sup>L'informazione è suggestivamente catturata dal seguente grafico:

Nonostante l'incremento dei rapporti costituiti, sintomatico di un crescente grado di fiducia nell'istituto, come effetto dell'entrata in vigore della direttiva 2014/23/UE, il grado di apertura alla concorrenza resterebbe però abbastanza insoddisfacente, secondo il resoconto e secondo i lavori dello staff tecnico che lo hanno preparato, vuoi per l'entità pur sempre considerevole degli affidamenti diretti<sup>20</sup>, vuoi per la quantità relativamente contenuta di candida-



*Fonte:* Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM/2023/460 final, cit., Fig. 2, che rimanda a *London Economics Europe e Spark Legal, Study on the implementation of the Concessions Directive*, 2021, Fig. 17.

<sup>20</sup> *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM/2023/460 final*, cit., p. 9: “Se da un lato l’aumento della pubblicazione di bandi di concessione e di avvisi di aggiudicazione di concessioni suggerisce un miglioramento della trasparenza dal 18 aprile 2016, dall’altro va sottolineato anche che si è prodotto un aumento delle aggiudicazioni di concessioni senza previa pubblicazione di un bando di gara 21 su TED. Dal 2018 il valore totale annuo delle concessioni aggiudicate senza pubblicazione di un bando di concessione è superiore a quello delle concessioni aggiudicate a seguito della pubblicazione di un bando di concessione. Ad esempio, nel 2021 il valore totale delle concessioni aggiudicate senza la pubblicazione di un bando di gara è stato di 44 miliardi di EUR, mentre il valore totale delle concessioni aggiudicate con la pubblicazione di un bando di concessione è stato di 37 miliardi di EUR. Le aggiudicazioni di concessioni senza previa pubblicazione avvengono principalmente nel settore della distribuzione di energia elettrica, che è caratterizzato da pochi fornitori e in cui l’assenza di concorrenza può essere giustificata da ragioni tecniche o dall’esistenza di diritti esclusivi”.

ture, nelle procedure esperite, soprattutto sul versante delle PMI<sup>21</sup>, vuoi per l'esiguità degli affidamenti transfrontalieri<sup>22</sup>.

Scorrendo alla disciplina nazionale, mi limito a ricordare, *per saltum*, che l'art. 144 del d.lgs. n. 163/2006 – in sedicente attuazione delle direttive del 2004 ma in sostanziale disaccordo col favore per la flessibilità manifestato dall'ordinamento europeo – ha a suo tempo sottomesso gli affidamenti concessori all'espletamento delle più consolidate procedure rigide<sup>23</sup>.

L'art. 171 del successivo d.lgs. n. 50/2016 ha voluto correggere il tiro, perlomeno sulla carta, restituendo alle autorità concedenti la libertà di movimento accordata dal legislatore europeo<sup>24</sup>.

Tuttavia il regime delle concessioni, nell'economia del codice previgente, ha nel complesso patito le forzature e le contraddizioni di un'equivoca commistione con la regolazione degli appalti, dovuta ad un frettoloso e residuale ricorso al metodo del rinvio<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM/2023/460 final*, cit., p. 10: "in termini di valore (...) le PMI non rappresentano una quota analogamente importante degli appalti aggiudicati. Secondo TED, alle PMI sono stati aggiudicati principalmente appalti di valore modesto (la quota delle PMI è passata dall'11,2 % nel 2017 al 3,9 % nel 2021). Sebbene i grandi concessionari abbiano vinto solo due contratti di concessione su tre nel periodo di riferimento, tali contratti rappresentavano quasi il 92 % del mercato delle concessioni in termini di valore. Il numero e il valore delle concessioni aggiudicate alle PMI sono relativamente bassi rispetto alla loro importanza complessiva per l'economia".

<sup>22</sup> Ancora *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM/2023/460 final*, cit., p. 11: "Per le concessioni di valore modesto che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva, la quota di operatori economici che presentano offerte dal loro mercato nazionale per ottenere una concessione in un altro Stato membro (aggiudicazione transfrontaliera diretta) è del 2,4%. La quota di operatori economici che presentano offerte e risultano aggiudicatari tramite società controllate locali (aggiudicazione transfrontaliera indiretta) è del 15,5%. Le aggiudicazioni transfrontaliere di concessioni di valore elevato si attestano al 3,4% per le aggiudicazioni transfrontaliere dirette e all'8,5% per quelle indirette". Nelle osservazioni conclusive il documento riassume rimarcando che "pur essendo aperto agli offerenti di altri Stati membri, il mercato delle concessioni dell'UE non ha finora attirato una partecipazione transfrontaliera significativa. Questa situazione non è specifica del mercato delle concessioni, ma è piuttosto comune agli appalti pubblici in generale e varia notevolmente da uno Stato membro all'altro".

<sup>23</sup> Il comma 1 dell'articolo stabiliva infatti che, in via generale, "le stazioni appaltanti affidano le concessioni di lavori pubblici con procedura aperta o ristretta". Per analisi critica M. CAFAGNO, *Vincoli di gara ed affidamenti concessori*, in AA.VV., *Finanza di progetto*, a cura di G. Cartei, M. Ricchi, Napoli, 2010, p. 395 ss.

<sup>24</sup> G. GRECO, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit., p. 505 ss.

<sup>25</sup> G. GRECO, *ult. cit.*, ha rilevato che, in ordine alla procedura di scelta del concessionario, il codice previgente imponeva "l'applicazione delle disposizioni contenute nella parte I e nella

Il codice dei contratti attuale si è ripromesso di superare l'ambiguità, dedicando alle concessioni una disciplina effettivamente autonoma<sup>26</sup>.

In linea con la direttiva, il vigente art. 182 del d.lgs. n. 36/2023 subordina l'affidamento delle concessioni alla previa pubblicazione di un bando<sup>27</sup> del quale si premura di indicare i contenuti informativi minimi<sup>28</sup>.

L'art. 184, dal canto suo, regola i termini per la presentazione delle offerte e le modalità di comunicazione degli esiti della selezione.

Il successivo art. 185 detta le coordinate sui criteri di aggiudicazione<sup>29</sup>.

---

parte II del Codice (art. 164, c. 2), 'per quanto compatibili'. Dunque (...) la stessa disciplina prevista in generale per gli appalti pubblici, per la quasi totalità dei relativi profili (in quanto relativi « ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione »).

Si è trattato, secondo l'A., di "un richiamo onnicomprensivo e tale da svuotare pressoché di contenuto precettivo quanto previsto nel successivo art. 171, che, sulla scia della Direttiva europea, si occupa delle garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione delle concessioni". Dunque, a giudizio dell'A., nonostante fosse "formalmente riaffermato il principio di 'libera amministrazione'" (art. 166) la disciplina nazionale è parsa "rinunciare a quello che, nell'ottica della Direttiva, doveva essere un incentivo per le amministrazioni nell'utilizzare lo strumento concessorio. E, cioè, la libertà « di organizzare la procedura per la scelta del concessionario », nonché la libertà « di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi »".

<sup>26</sup> AA.VV., *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, 2023, p. 1472 ss.; C. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, p. 1191 ss.

<sup>27</sup> Salvo le eccezioni enumerate ai commi 7 ss.

<sup>28</sup> Art. 182, c. 2, il quale rinvia all'allegato IV.1.

<sup>29</sup> Il comma 1, in particolare, specifica che "l'ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità" e che "l'aggiudicatario provvede alla predisposizione del successivo livello progettuale". L'ultimo periodo del comma specifica che "le concessioni sono aggiudicate sulla base di criteri oggettivi, tali da assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'ente concedente". Ai sensi del comma seguente "i criteri di aggiudicazione sono connessi all'oggetto della concessione e non attribuiscono una incondizionata libertà di scelta all'ente concedente", sebbene possano includere "tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione". Il comma 3 vuole che i criteri siano elencati "in ordine decrescente di importanza" e il comma 5 stabilisce che "prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario". Una possibile eccezione a queste linee direttrici è contemplata dal comma 4, per il caso di offerte recanti "una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un ente concedente diligente".

Al procedimento selettivo – l’oggetto che qui in particolare interessa – è dedicato l’art. 183, quanto ai contratti sopra soglia.

Il comma 7 della norma, riproducendo la fonte europea, ribadisce che “l’ente concedente può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti”, fermo però restando che nel corso del loro sviluppo non possono essere modificati “l’oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi”.

Con una specificazione che non compare, nel testo europeo, il comma precisa che “tali negoziazioni sono condotte di regola attraverso un dialogo competitivo ai sensi dell’articolo 74”<sup>30</sup>.

Trattasi di formulazione letterale che non manca di elementi di equivocità.

In primo luogo essa parrebbe richiamare un modello procedimentale provvisto di una sua organicità (il dialogo) in funzione della gestione di un singolo tratto dell’iter selettivo del concessionario (le negoziazioni).

Non è dunque del tutto chiaro se il decreto abbia inteso rimandare in blocco alla disciplina del dialogo, quando occorra negoziare, o prefigurare uno schema ibrido, ove possono mescolarsi elementi del Titolo dedicato alle concessioni ed elementi dell’antecedente art. 74, quanto alla conduzione delle negoziazioni.

D’altra parte, l’espressione “di regola”, che accompagna il riferimento alla procedura del dialogo, nella lettera del comma 7 dell’art. 183, parrebbe in ogni caso introdurre un margine di libertà valutativa, che sottintende la praticabilità di opzioni alternative.

Alla luce dell’intento liberalizzante espresso dalla direttiva, e in assenza di argomenti sistematici o letterali contrari, non mi pare sia dato escludere che, a rigor di logica, queste alternative possano tradursi tanto nel ricorso ad altre procedure, contemplate dal codice dei contratti, quanto nell’impiego di varianti o di schemi selettivi atipici, purché rispettosi dei punti fermi fissati dalla normativa europea e dal titolo sulle concessioni.

---

<sup>30</sup> La relazione di accompagnamento al codice avverte che l’aggiunta ha inteso cogliere un suggerimento contenuto nel già menzionato libro verde della Commissione europea del 2004, “relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni”, COM (2004) 327 def.; in tema di ricorso al dialogo, per l’affidamento di concessioni e PPP, rapporto dell’Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP) con l’European PPP Expertise Centre (EPEC), *L’aggiudicazione di un PPP e l’utilizzo del dialogo competitivo in Europa. Un’indagine sulle pratiche nell’UE*, 2011; M. BURNETT, *Conducting Competitive Dialogue for PPP Projects – Towards an Optimal Approach?*, in *European Public Private Partnership Law Review*, 4/2009, p. 190 ss.

Potrebbe del resto accadere che l'amministrazione non avverta in concreto l'esigenza di negoziare e coltivi una preferenza per itinerari procedurali rigidi.

L'opzione favorevole a percorsi più familiari e magari più sperimentati potrebbe dimostrarsi improvvista, se animata indolenza o atteggiamenti difensivi, tuttavia anche supporre che l'amministrazione debba in ogni caso concedere spazio al dialogo e ai negoziati, quando si tratti di attribuire una concessione, potrebbe implicare una forzatura, a ben vedere non imposta dalla lettera dell'articolo 183.

Sotto soglia la gamma delle opzioni ipotizzabili, alla stregua dell'interpretazione letterale e sistematica, parrebbe prosperare, dato che l'art. 187 autorizza vuoi l'esperimento di una procedura negoziata senza bando (purché preceduta da consultazioni in numero sufficiente e rispettose di un criterio di rotazione) vuoi – a discrezione del concedente – il ricorso alle procedure valide per gli affidamenti sopra soglia<sup>31</sup>.

Nel seguito del ragionamento mi riprometto di mostrare, in primo luogo, che una lettura delle norme del codice atta a moltiplicare le soluzioni procedurali messe a disposizione delle amministrazioni concedenti è, nel dubbio, preferibile a una lettura restrittiva.

In secondo luogo vorrei soffermare l'attenzione sull'influenza che il principio di risultato può esercitare sulla configurazione del modello di affidamento.

Intendo in particolare rimarcare che esso non avalla un criterio di favore preconcepito per l'opzione che minimizza i vincoli concorsuali, in preteso nome della priorità del risultato, né un criterio di indifferenza rispetto alla concreta scelta amministrativa del metodo di selezione, purché compreso tra quelli astrattamente legittimati dalla norma.

In ottica teleologica<sup>32</sup> perno del ragionamento sarà la registrazione delle conseguenze dovute al passaggio da una visione "difensiva" delle procedure di

---

<sup>31</sup> L'art. 187 del d.lgs. n. 36/2023 parrebbe dunque aver compiuto una scelta diversa rispetto a quella controvertibile e discussa contenuta nell'art. 50 del codice, in materia di appalti sotto soglia, lasciando i funzionari liberi di scegliere.

<sup>32</sup> Ho tentato di mostrare, ne *Lo stato banditore*, cit., *passim*, che il denominatore comune alle funzioni delle procedure di gara risiede nell'obiettivo di prevenire uno sfruttamento opportunistico della disparità informativa, tra gli attori coinvolti nelle transazioni. Trattasi di problema che la letteratura economica esplora attraverso la lente dei cosiddetti problemi di "agenzia". Sull'argomento basti ora un primo rinvio a AA.VV., *Handbook of Procurement*, a cura di N. Dimitri, G. Piga, G. Spagnolo, Cambridge, 2006; AA.VV., *Law and Economics of*

evidenza pubblica (ove campeggia il fine di *difendere la competizione*) ad una visione “proattiva” delle procedure (che, nel rispetto dei vincoli, incorpora sempre più consapevolmente l’obiettivo di *sfruttare la competizione*)<sup>33</sup>.

---

*Public Procurement Reforms*, a cura di G. Piga, T. Tatrai, London, 2018; K.M. SCHMIDT, M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining, and Giveaways*, in AA.VV. *Privatization at the End of the Century*, Springer, 1997, p. 97 ss.; P. KLEMPERER, *What Really Matters in Auction Design*, in *Journal of Econ. Perspectives*, vol. 16, n. 1, 2002, p. 169 ss. Sui cosiddetti problemi di agenzia in generale, basti qui un unico rimando a K.J. ARROW, *L'agenzia e il mercato*, in *Equilibrio, incertezza, scelta sociale*, Bologna, 1987, p. 174 ss.; altri riferimenti seguiranno.

Sul versante più strettamente giuridico, si interrogano sulle finalità delle gare, S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in AA.VV., *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Konkurrensverket, Swedish Competition Authority, 2012, p. 44 ss., all'indirizzo <https://www.konkurrensverket.se>; AA.VV., *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, 2011; G.D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e soc.*, 2, 2017, p. 177 ss.; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 459 ss.; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 317 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2012; L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in *Contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole*, interessi a cura di A. Maltoni, Napoli, 2020, p. 143 ss.; G. PERICU, *La disciplina degli appalti pubblici*, *Scritti scelti*, Milano, 2009, p. 639 ss.; G. PERICU, M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. Mazza, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, p. 283 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, p. 723 ss.; ID., *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, p. 15; S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, Napoli, 2018.

<sup>33</sup> Il seguito dello scritto riprende ed attualizza, applicandole all'odierna disciplina delle concessioni, tesi e riflessioni introdotte e sviluppate in precedenti lavori, pubblicati nel lungo arco temporale che (per limitarsi alle monografie) va da M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., risalente al 2001, a M. CAFAGNO, *L'evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gare*, Milano, 2021. Fatta questa premessa, anche per non appesantire la lettura eviterò il ricorso molesto all'autocitazione, quando alcuni pensieri o passaggi esposti in contributi precedenti verranno riproposti.



## 2. *La visione difensiva delle procedure selettive: preservare la par condicio e la libera circolazione.*

L'impostazione cui è dedicato il paragrafo a sua volta raduna almeno tre angolature, tutte presenti nella disciplina, nondimeno fornite di peso variabile, secondo il periodo storico.

Per agevolare una schematizzazione logica scandirò l'esposizione in tre punti, in progressione cronologica.

a) Un primo compito pacificamente attribuito alla disciplina dell'evidenza pubblica è quello di mantenere sotto controllo i funzionari e gli agenti amministrativi adibiti all'uso di risorse pubbliche, così da impedire che coltivino i propri interessi, piuttosto che quelli dell'amministrazione e dei contribuenti.

La logica che ha più spesso guidato la lettura della remota normativa di contabilità e che tutt'oggi anima il filone istituzionale dedito alla prevenzione della corruzione intende le procedure di affidamento come strutture di contenimento che, date le difficoltà di un controllo postumo sulle scelte degli organi che popolano l'apparato pubblico, limitano preventivamente la loro discrezionalità, nell'interesse dell'organizzazione<sup>34</sup>.

Questa filosofia ha notoriamente improntato, ad esempio, l'ormai abrogata legge quadro sui lavori pubblici, cosiddetta legge Merloni, approvata nel corso della stagione degli scandali e delle inchieste giudiziarie che hanno turbato gli anni novanta dello scorso secolo.

Non casualmente quella legge, nella materia che ora interessa, ben lungi dal concedere spazio a quella flessibilità cui l'ordinamento europeo avrebbe poi guardato con simpatia, subordinava il conferimento delle concessioni all'esperimento di una rigida gara licitativa, affine, per logica e per impostazione, all'analogo procedimento propedeutico all'assegnazione di appalti di lavori, ispirato ad un intento di abbattimento della discrezionalità amministrativa<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. I. RIZZO, *I contratti nella Pubblica amministrazione: considerazioni metodologiche per una verifica empirica*, in *Econ. pubbl.*, 1994, p. 7 ss.

<sup>35</sup> Cfr. art. 20 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, come modificato dall'art. 9, legge 18 novembre 1998, n. 415. Per un commento organico al testo normativo, D. TASSAN MAZZOCCO, C. ANGELETTI, A. COSTANTINI, D. GALLI, C. GUCCIONE, F. LEGGIADRO, M. ZOPPOLATO, *Il regolamento della legge sui lavori pubblici, Commento al D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554*, Milano, 2000.

b) Come tutti sanno, le direttive che dagli anni '70 in poi hanno preso a disciplinare l'aggiudicazione dei pubblici appalti hanno segnato un passaggio di scala<sup>36</sup>.

La disciplina è andata assimilando un secondo scopo generale: non soltanto e non soprattutto la protezione dell'amministrazione e dei contribuenti dal pericolo di un uso improprio del denaro pubblico, quanto piuttosto la protezione dei concorrenti dal rischio di comportamenti distorsivi da parte di enti pubblici (o soggetti loro omologati) che erano visti come contraenti potenzialmente anomali, per le loro caratteristiche strutturali e motivazionali, muniti di privilegi e (perlomeno nel loro insieme) di un rilevante potere di mercato<sup>37</sup>.

Risalta in questo primo gruppo di direttive l'intento di prevenire disparità, nelle operazioni di scelta dei contraenti, suscettive di innalzare barriere alla libera circolazione e, perciò, alla formazione e al corretto funzionamento di un mercato comune<sup>38</sup>.

Una sintesi efficace di questa concezione delle gare è offerta dalle parole spese dall'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella controversia Secap, che vale la pena di riportare: "le direttive (...) perseguono un obiettivo immediato limitato: si mira ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione e a proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro".

Le conclusioni proseguono osservando che trattasi di prospettiva la quale

---

<sup>36</sup> G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 1997, parte speciale, p. 214 ss. G. MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, II, p. 743 ss.

<sup>37</sup> In tema, AA.VV., *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. Sorace, Napoli, 2013; AA.VV., *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, a cura di G.A. Benacchio, M. Cozzio, Milano, 2012; A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020; E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, 2010, p. 29 ss.

<sup>38</sup> M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. mezz.*, 3/2016, p. 751; ID., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto Europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, p. 71 ss.; G. GRECO, *Argomenti*, cit.; G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, cit., F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione*, cit.; ID., *Il "principio di concorrenza"*, cit.

sottintende un “impegno duplice: eliminare il rischio che siano preferiti gli offerenti nazionali (...) ed il rischio che l’organo competente all’aggiudicazione si lasci guidare da valutazioni diverse da quelle finanziarie”<sup>39</sup>.

In breve questa disciplina, in chiave fortemente precauzionale, reagisce ai pericoli insiti alla singolarità dei negozianti pubblici con dispositivi capaci di canalizzare la loro domanda, attraverso schemi di contrattazione rigidi e governati da canoni di *par condicio* e trasparenza, che al contempo valgono a scoraggiare malsane iniziative di *rent seeking*<sup>40</sup>.

L’impostazione cautelativa di queste prime direttive trova elementi di conferma nell’estensione dell’ambito soggettivo di applicazione dei vincoli, nei cosiddetti settori esclusi, come pure nell’austerità delle forme procedurali prescritte e privilegiate, nei cosiddetti settori ordinari<sup>41</sup>.

c) Recependo quelle prime direttive il nostro ordinamento si è crogiolato a lungo nell’erroneo convincimento che fosse vietato al legislatore nazionale allentare le imposizioni europee, ma che fosse lecito inasprirle e dunque moltiplicare i vincoli, così da sottoporre amministrazione e funzionari a controlli più intransigenti.

Ho altrove mostrato che questa presunzione è sbagliata ed è sconfessata dagli sviluppi del diritto europeo<sup>42</sup>, lontani da quel massimalismo che, sino ad un passato non troppo remoto, ha trasformato le procedure di evidenza pubblica in un assillo, anziché in occasione propizia<sup>43</sup>.

La pretesa di elevare l’obbligo di gara formale a panacea non trova supporto nel diritto europeo<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Conclusioni del 27 novembre 2007, C-147/06, SECAP S.p.A., e C-148/06, Santorso Soc. coop. r.l. contro Comune di Torino.

<sup>40</sup> Sulle quali, per tutti, P. MILGROM, J. ROBERTS, *Economia, organizzazione*, Bologna, 1994, p. 62.

<sup>41</sup> G. GRECO, *Argomenti*, cit.

<sup>42</sup> M. CAFAGNO, *Lo stato banditore*, cit.

<sup>43</sup> Si legga H. SIMONETTI, *Successione di un nuovo operatore economico nell’esecuzione di un appalto affidato in house*, *Giurisprudenza Italiana*, feb. 2023, 394 ss.

<sup>44</sup> La letteratura sulla valorizzazione della discrezionalità nei contratti pubblici è ovviamente molto vasta; tra i lavori più convincenti, AA.VV., *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, 2011; G.D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, cit.; F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli (CZ), 2020; M. CORRADINO, *L’Italia immobile*, Milano, 2020; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., p. 322; S. KELMAN, *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality*

Da ultimo, le direttive approvate nel 2014 hanno lasciato trasparire la chiara consapevolezza che procedure inefficienti o regole fiscali eccessivamente rigide – tali da frustrare il desiderio delle parti di apprendere le une dalle altre e di moderare incognite e rischi, anche quando ciò sia reso auspicabile dalle caratteristiche delle transazioni in gioco – possono indurre una riluttanza a partecipare agli scambi non meno grave di quella istigata dal timore di faziosità e scorrettezze<sup>45</sup>.

In altri termini le direttive hanno riconosciuto che la rigidità ha un costo e che il contenimento della discrezionalità e della libertà d'azione, per finalità di controllo, va coniugato col bisogno di variabilità necessario all'efficienza, giacché tanto l'uno quanto l'altra influiscono sulla concorrenza e sulla funzionalità del mercato.

Il diritto europeo compone dunque le istanze tramite prudenti operazioni di bilanciamento, il cui esito varia in rapporto alle proprietà dei contratti<sup>46</sup>.

---

*of Government Performance*, Washington, D.C., 1990; S. KELMAN, *Unleashing Change: A Study of organizational Renewal in Government*, Washington, D.C., 2005, *passim*; I. RIZZO, *I contratti nella Pubblica amministrazione: considerazioni metodologiche per una verifica empirica*, cit.

<sup>45</sup> In questo senso Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014, secondo cui la Corte di Giustizia, “attenta agli aspetti sostanziali del singolo caso, non ha mai dato seguito ad approcci meramente formalistici, ispirati al solo rispetto della legalità o a una tutela fideistica della concorrenza”. Il principio europeo di proporzionalità, “inteso nella specifica materia dei contratti pubblici come garanzia di un ragionevole equilibrio tra i mezzi utilizzati e fini perseguiti (...) comprende in sé il divieto di aggravio del procedimento, impedendo che nella fissazione o nell'interpretazione delle prescrizioni della legge di gara possano essere previsti adempimenti superflui o ridondanti”.

“Dal principio di proporzionalità deriva”, secondo la sentenza, “il corollario della c.d. ‘strumentalità delle forme’ ad un interesse sostanziale dell'Amministrazione”. Consapevole della potenziale tensione tra funzioni delle gare e quindi tra principi, la sentenza conviene sulla necessità di pervenire ad una sistemazione non basata sull'acritica giustapposizione, quanto piuttosto sulla duttile ricerca di un equilibrio, secondo la sostanza dei contratti.

<sup>46</sup> Cfr. Commissione Europea, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM(2011) 15; considerazioni affini sono contenute nella comunicazione della Commissione del 2017 in tema di “appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa” COM(2017) 572 final. Il regionamento *in nuce* era presente sin dalla comunicazione della Commissione su “gli appalti pubblici nell'Unione Europea” dell'11 marzo 1998, COM(98) 143, passaggio nodale nella preparazione della riforma del 2004, attuata con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; si torni pure a Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014, cit.

Si leggano M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.; ID., *Principi*, cit., p. 285 ss.; A. RHODE, *Public Procurement in the European Union. How Contracting Authorities Can Improve Their Procurement Performance in Tenders*, Wiesbaden 2019.

La regolazione degli affidamenti concessori, richiamata in esordio, appare sotto questo profilo emblematica.

Va però constatato che nemmeno le direttive del 2014 si sono spinte ad imporre in positivo modelli di contrattazione efficiente.

In altre parole, il diritto europeo è evoluto attribuendo importanza crescente alla componente di costo insita alle formalità e alle rigidità serventi la meta del controllo e dell'imparzialità – proprio in considerazione del loro l'impatto potenzialmente negativo sulla dimensione dell'efficienza e, a seguire, sul grado di apertura del mercato – ma la presa di coscienza ha indotto alla mitigazione dei vincoli preesistenti, in funzione del perfezionamento di contratti con essi poco conciliabili, non invece alla prescrittiva indicazione dei metodi selettivi funzionali al miglior uso del denaro pubblico, obiettivo il cui perseguimento resta prerogativa degli Stati ed è verosimilmente eccentrico all'ambito precettivo dei principi del Trattato a presidio della libera circolazione, sui quali si fondano le direttive in materia di aggiudicazione di appalti e concessioni<sup>47</sup>.

La meta del *best value for money* è semmai ambita dal vigente codice dei contratti e dal suo art. 1 in particolare, con uno spostamento di accenti tale da evocare un raziocinio ancora diverso, nell'analisi delle procedure di formazione dei contratti, la cui illustrazione, secondo il programma annunciato nell'introduzione, impegnerà il paragrafo che segue.

### 3. *Una visione proattiva delle procedure selettive: dalla difesa allo sfruttamento della competizione.*

I primi tre articoli del d.lgs. n. 36/2023, tra le novità più rilevanti dal codice, operano una rimodulazione dei rapporti tra vincoli e obiettivi delle procedure di formazione dei contratti<sup>48</sup>.

Gli artt. 1 e 3 chiariscono che la concorrenza ha valore strumentale rispetto all'obiettivo di una contrattazione efficiente, sia pure nel rispetto dei vincoli

---

<sup>47</sup> S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in AA.VV., *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, cit., p. 44 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza*, cit.; ID., *Il "principio di concorrenza"*, cit.

<sup>48</sup> Sui criteri per dosare opportunamente vincoli e obiettivi, in materia di contratti pubblici, S. KELMAN, *Goals, Constraints, and the Design of a Public Procurement System*, in AA.VV., *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, cit., p. 12 ss.; Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014, cit.

europei a presidio delle opportunità di accesso al mercato e dei canoni nazionali di legalità e di buona amministrazione.

L'art. 2, dal canto suo, impedisce di ridurre il ruolo delle procedure di evidenza pubblica al guardingo contenimento della libertà di movimento dei funzionari e delle committenze pubblici, al fine di prevenire arbitrii<sup>49</sup>.

Il principio di risultato – che, stando all'ambiziosa formulazione dell'art. 1, non è banalmente assicurato dalla conclusione e dall'esecuzione del contratto, ma dal loro ottenimento al miglior rapporto tra qualità e prezzo e con la maggior tempestività – sposta la riflessione in materia di gare su un terreno ancora diverso, battuto dalla letteratura economica<sup>50</sup>, che suggerisce di pensare alle procedure comparative come espedienti per una riproduzione controllata delle dinamiche competitive che, sfruttando l'antagonismo tra candidati, mira al raggiungimento di esiti efficienti e convenienti<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Sui principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, L. CARBONE, *La scommessa del Codice dei contratti pubblici e il suo futuro*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023; G. MONTEODORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023; G. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Sul principio di risultato nel d.lgs. n. 36/2023, in particolare, F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023; in chiave problematica sulla formulazione dell'art. 1, 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 [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14/2023; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, relazione al Convegno *Il contenzioso in materia di contratti pubblici ed appalti nel quadro di un'analisi socio-giuridica*, Università di Bologna, 14 e il 15 dicembre 2022. Sul filone di pensiero generale in tema di amministrazione di risultato, basti qui un rinvio inevitabilmente stringato e lacunoso a L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, p. 38 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula 'amministrazione per risultati'*, in *Scritti in onore di Elio Cassata*, Napoli, 2001, p. 813 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, 2004; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2005, p. 1 ss.

<sup>50</sup> AA.VV., *Handbook of Procurement*, cit.; AA.VV., *The Economic Theory of Auctions*, vol. I e II, a cura di P. Klemperer, Cheltenham, UK, 1999; P. KLEMPERER, *What Really Matters in Auction Design*, cit.; R.P. MCAFEE, J. MCMILLAN, *Auctions and Bidding*, in *Journal of Economic Literature*, 25(2), 1987, p. 699 ss.; K.M. SCHMIDT, M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give-Aways*, cit.

<sup>51</sup> F. DECAROLIS, A. HEIMLER, *I contratti pubblici: derogare alle regole o insegnarne il rispetto?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 2, 2021; A. HEIMLER, *Il segno più*, cap. 9 in part.,

Questo diverso punto di vista orienta l'attenzione all'esigenza di proteggere dall'insidia dell'opportunismo non i concorrenti ma l'amministrazione, come soggetto che nel rapporto con le potenziali controparti è a sua volta penalizzato da rilevanti svantaggi informativi.

È ragionevole supporre che spesso le imprese candidate all'assegnazione di una concessione siano munite di conoscenze superiori, a confronto dell'autorità concedente, su variabili come i costi di realizzazione, i pregi e i limiti delle tecnologie disponibili, le prospettive di sviluppo della domanda, le preferenze dell'utenza, l'entità dei rischi, le condizioni di mercato.

Un calcolo razionale può molto semplicemente spingere gli operatori economici a velare o a filtrare le stime e i dati, in funzione di un loro impiego strategico.

In quanto procedure comparative le gare offrono un antidoto al problema, perché permettono alla committenza di eludere una disagiata e costosa raccolta di informazione "cardinale", per basare piuttosto le decisioni su informazioni di natura "ordinale", cioè relativa. In poche intuitive battute, il confronto induce i candidati a mitigare la propensione a sfruttare il vantaggio informativo sull'amministrazione, data la necessità di vedersela con i concorrenti <sup>52</sup>.

Si è mostrato, col corredo di argomentazioni formali, che la P.A., limitandosi a ricevere le offerte dei partecipanti a una gara opportunamente strutturata, è messa in grado di ottenere risultati che, se viceversa agisse mediante trattative singole, non competitive, potrebbe conseguire solo operando come il migliore dei negozianti, assistito da condizioni irrealisticamente favorevoli <sup>53</sup>.

Rimanendo sul terreno dell'analisi astratta e preliminare dei vantaggi potenziali di una gara, un'abbondante letteratura di teoria dei giochi rimarca che la cernita del tipo di procedura e delle sue regole di funzionamento vale a conferire all'amministrazione un importante vantaggio strategico.

L'opportunità di impegnarsi credibilmente al rispetto di vincoli autoimpo-

---

*Appalti pubblici, vincoli comunitari e prassi applicative: quale spazio per la qualità e l'efficienza?*, Roma, 2021, p. 166 ss.

<sup>52</sup> V. AFUALO, J. MCMILLAN, *Auctions of Rights to Public Property*, in AA.VV., *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, 2002, p. 125 ss.; P. CRAMTON, *Ascending Auctions*, in *European Economic Review*, 42 (3-5), 1998, p. 745 ss.

<sup>53</sup> J. MCMILLAN, *Competition in Government Procurement*, conferenza tenuta alla Graduate School of International Relations and Pacific Studies, University of California, San Diego, luglio 1998.

sti – nell’economia di interazioni i cui esiti sono resi incerti dall’asimmetria informativa e dalla diversa forza di mercato posseduta dalle parti – conferisce alla p.a. il cosiddetto vantaggio della prima mossa: le regole di gara possono essere studiate per indurre i potenziali concorrenti a reagire in modo tale che la combinazione delle loro risposte approdi all’equilibrio più conveniente al banditore<sup>54</sup>.

La teoria insegna però che, affinché le virtù teoriche delle gare si traducano in vantaggi effettivi, il disegno delle procedure non può essere improvvisato o replicato “a stampino”.

Non mi illudo di poter riassumere ora i contenuti della letteratura dedita al tema del disegno di aste efficienti, ricca e sofisticata al punto da assurgere ormai ad autonoma disciplina scientifica.

Rinviando a contributi specialistici, mi limito qui ad evocare in estrema sintesi le coordinate qualitative del ragionamento, utili e sufficienti ai nostri attuali scopi.

La dottrina ha mostrato<sup>55</sup> che i prototipi selettivi più diffusi, nell’esperienza tanto pubblica che privata (gare ad offerte palesi al rialzo, gare ad offerte palesi decrescenti, gare in busta chiusa alla miglior offerta o al prezzo più conveniente, gare in busta chiusa al secondo miglior prezzo) sono tutte in grado di raggiungere l’efficienza e possono produrre risultati equivalenti, ove siano soddisfatti alcuni presupposti. Tra i più impegnativi, la neutralità verso il rischio dei partecipanti alla gara, la loro “simmetria”, cioè il possesso di infor-

---

<sup>54</sup> Come già ricordato in M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., la teoria economica suggerisce di studiare le aste come “giochi ad informazione incompleta” vale a dire processi interattivi i cui esiti dipendono dalle strategie di partecipanti, ognuno dei quali si trova a fronteggiare uno stato di incertezza riguardante le caratteristiche dei concorrenti (circa profili come la disponibilità a pagare, le preferenze, il livello di informazione detenuta, ecc.), i loro possibili comportamenti e, talvolta, anche il valore oggettivo del bene in palio. Questo approccio consente di pronosticare i punti di arrivo, gli equilibri, cui la combinazione delle strategie individuali, intraprese da operatori che si suppongano razionali, è atta a condurre. Gli equilibri di un gioco d’asta, se sono oggetto di pronostici attendibili, possono ovviamente essere preventivamente valutati e giudicati, secondo le priorità stabilite dal banditore. Lo sforzo predittivo può così innescare un’opera normativa e costruttiva, consistente nella scelta o nell’elaborazione di regole di funzionamento delle procedure che siano atte a promuovere equilibri strategici associati ad esiti che il banditore giudichi più desiderabili (massimizzazione dei guadagni, minimizzazione dei costi, efficienza, ecc.). Per tutti, E. RASMUNSEN, *Teoria dei Giochi e informazione*, Milano, 1993, p. 275 ss.

<sup>55</sup> A partire dal famoso scritto di William Vickrey, premio Nobel per l’economia, intitolato *Counterspeculation, Auctions and Competitive Sealed Tenders*, pubblicato nel 1961 su *The Journal of Finance*, vol. 16, Issue 1, p. 8 ss.



mazioni qualitativamente omogenee, la monodimensionalità dei criteri di confronto<sup>56</sup>, la natura “comune” o “correlata” della procedura<sup>57</sup>.

Poiché sono presupposti straordinariamente severi e dato che perciò sono raramente soddisfatti, soprattutto nella pratica della contrattazione pubblica, la dimostrazione del c.d. “teorema di equivalenza” vale precisamente a provare, su basi rigorose, che nella realtà i tipi di gara non sono affatto fungibili, in termini di efficienza, ma sono più o meno adatti, secondo le caratteristiche del contesto<sup>58</sup>.

La costruzione di risultati interessanti, empiricamente testati, in materia di disegno conveniente delle gare, è andata via via consolidandosi proprio attraverso la verifica delle implicazioni del progressivo allentamento delle improbabili condizioni di equivalenza, allo scopo di sviluppare applicazioni realistiche<sup>59</sup>.

Si è ad esempio mostrato che, quando pesi l'avversione al rischio (il che accade di norma, alle prese con contratti pubblici impegnativi) e la stima del valore del titolo in gioco (ad esempio la concessione) sia incerta e venga a dipendere da parametri informativi che sono rilevanti per tutti i candidati (altra contingenza verosimile, sul nostro versante)<sup>60</sup> modelli di confronto basati su rilanci palesi e su possibilità di modificazione delle offerte hanno un punto di forza nel fatto che consentono alle parti di acquisire preziosa informazione nel corso della procedura e di aggiustare coerentemente le valutazioni<sup>61</sup>.

Interazioni aperte e rilanci sono però lame a doppio taglio; all'interno di

<sup>56</sup> Ad esempio il riferimento al prezzo più basso, anziché all'offerta economicamente più vantaggiosa.

<sup>57</sup> Cioè il fatto che la stima del valore del titolo in gioco venga a dipendere da parametri informativi che almeno parzialmente sono allo stesso modo rilevanti per tutti i candidati; per un primo efficace chiarimento del significato dei vari presupposti, K.M. SCHMIDT, M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining, and Giveaways*, cit.

<sup>58</sup> K.M. SCHMIDT, M. SCHNITZER, *ult. cit.*

<sup>59</sup> In questa logica sono ordinati i contributi raccolti nell'organica antologia curata da P. Klemperer, AA.VV., *The Economic Theory of Auctions*, cit., vol. I e II, *passim*.

<sup>60</sup> Circa la più frequente prossimità delle gare per le concessioni a modelli di asta a valori comuni o correlati, M. KLEIN, *Bidding for Concessions. The impact of Contract Design*, in *Public Policy for the Private Sector*, The World Bank Group, n. 158, 1998, p. 16 ss.

<sup>61</sup> P. MILGROM, R. WEBER, *A Theory of Auctions and Competitive Bidding*, in *Econometrica*, 50/5, 1982, p. 1089 ss. hanno dimostrato che, in un contesto a valori correlati o comuni, il teorema di equivalenza viene meno e, sotto il profilo della capacità di stimolare la competizione e di innalzare i guadagni attesi della committenza, la consueta gara in busta chiusa al miglior prezzo o all'offerta più vantaggiosa può dimostrarsi gravemente lacunosa.

procedure *english* o negoziate, o entro gli stadi negoziati di procedure composite, ad esempio, possono stimolare un affidabile e rassicurante processo di scoperta, ma possono anche essere maliziosamente sfruttate per manipolazioni abusive, per rafforzare accordi collusivi, per scoraggiare l'entrata<sup>62</sup>.

In linea di principio le gare ad offerte anonime e sigillate sono meno vulnerabili a queste alterazioni<sup>63</sup>.

L'esemplificativa notazione (tra le mille che sarebbero necessarie e pertinenti, disponendo di uno spazio di approfondimento proporzionato) vuole trasmettere l'idea di fondo che, a causa delle conseguenze ambivalenti tanto della rigidità quanto della flessibilità, occorre dosare attentamente l'informazione che può essere trasmessa, nel corso della procedura.

La dottrina avverte che una gara ben disegnata dovrebbe fornire tutta l'informazione atta a facilitare il processo competitivo ma limitare quell'informazione che può agevolare la collusione<sup>64</sup>.

Esperienza e teoria suggeriscono che, in vista della conclusione di contratti complessi, formule procedimentali ibride, che sappiano combinare momenti fiscali e momenti duttili (come ad esempio succede nel dialogo competitivo), grazie all'alternanza delle fasi possono cumulare i pregi e controbilanciare i difetti dei modelli puri<sup>65</sup>.

Ovviamente la ponderazione delle variabili preparatoria di gare efficienti può guidare non soltanto la scelta del procedimento selettivo, ma anche la

<sup>62</sup> Le gare ad offerte visibili e modificabili lasciano poi spazio ad intese tra i partecipanti che sono più stabili, perché eventuali defezioni possono essere agevolmente registrate e punite; su tutto ciò P. KLEMPERER, *What really matters*, cit., P. CRAMTON, *Ascending*, cit.

<sup>63</sup> P. CRAMTON, *Ascending*, cit., p. 6 s.; M. KLEIN, *ult. cit.*, p. 18 s.

<sup>64</sup> P. KLEMPERER, *What really matters*, cit.

<sup>65</sup> In tema P. CRAMTON, *ult. cit.*; P. KLEMPERER, *What really matters*, cit., p. 16 s., che, su queste premesse, ha delineato un modello dal nome parimenti composto di asta *Anglo-Dutch*. L'A. spiega che in una procedura mista la fase interattiva consente – a differenza delle procedure ad offerte segrete pure – quel processo virtuoso di apprendimento e di diffusione delle informazioni tra i candidati che, in ambienti a valori correlati, vale ad abbattere incertezza e rischio e connesse reticenze. La fase anonima rafforza invece la prevenzione delle pratiche collusive e attenua i problemi di deterrenza all'entrata, causati dalla presenza di competitori favoriti. Poiché lo stadio ad offerte segrete sfugge al controllo degli eventuali aderenti al cartello e poiché di conseguenza eventuali defezioni divengono manifeste solo a cose fatte, quando le ritorsioni non sono più possibili – le intese sono verosimilmente meno stabili ed affidabili e, perciò, meno attraenti. Per ulteriori esemplificazioni di formule ibride sperimentate nel corso dei processi di privatizzazione, sotto l'egida della legge n. 474/1994, M. CAFAGNO, *Lo stato banditore*, cit.

specificazione di singoli stadi, all'interno di cornici flessibili o parzialmente indeterminate<sup>66</sup>.

Accantonando la velleitaria presunzione di poter qui offrire una rappresentazione soddisfacente dei molti risultati acquisiti dalla letteratura economica in tema di *market design*, mi limito a trarre la morale che ora conta, ai fini del presente discorso: questi studi insegnano che la configurazione dei modelli selettivi, se finalizzata all'ottenimento di contratti pubblici efficienti e convenienti, deve duttilmente adattarsi alla natura dei rapporti sottostanti, alle caratteristiche dei candidati, alle peculiarità del mercato e dell'ambiente competitivo.

L'obiettivo dell'efficienza reclama in altre parole il dinamico adeguamento delle modalità di affidamento alle situazioni di vita, che a sua volta depone a favore della moltiplicazione delle opzioni procedimentali<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Come si è rilevato in esordio, l'art. 183 del vigente codice dei contratti contiene un rimando tendenziale al dialogo competitivo, che però è metodo selettivo che, entro le maglie larghe della legge, ammette diversificazioni non marginali.

Tanto per esemplificare, l'amministrazione può prevedere un unico stadio di negoziazioni oppure strutturare un processo a fasi multiple. Questa seconda soluzione può agevolare un graduale affinamento delle soluzioni, prezioso in particolare quando si discuta di progetti innovativi, tuttavia è di regola più dispendioso, più lungo, più complesso da gestire, all'incrocio tra istanze potenzialmente antagonistiche, come mantenere la pressione competitiva ma al contempo proteggere la proprietà intellettuale o preservare la trasparenza. Seguitando con gli esempi, la scelta di contemplare o meno la possibilità di una negoziazione finale, con il candidato autore della proposta migliore, può avere ricadute strategiche non secondarie, influenzando sulla precedente formulazione delle offerte e condizionando l'intensità e i modi della competizione. M. BURNETT, *Conducting Competitive Dialogue for PPP Projects – Towards an Optimal Approach?*, cit., riferisce che, entro le coordinate della disciplina europea del 2004, l'antologia delle pratiche di ricorso al dialogo per attribuire PPP sviluppate dai vari paesi raccoglie molte varianti. Si è registrato il fenomeno di committenze che hanno puntato a sfruttare la fase iniziale della procedura per sviluppare una soluzione ibrida, frutto della combinazione degli aspetti migliori delle proposte raccolte, per poi concentrare su di essa lo stadio successivo della competizione (c.d. *cherry picking*). In altri casi si è preferito invitare ciascun partecipante a sottoporre una prima soluzione negoziabile, per poi sviluppare nel corso del dialogo proposte via via affinate e dettagliate, in parallelo. È capitato anche che l'amministrazione muovesse da una propria soluzione di massima per poi invitare i partecipanti a discuterne e a proporre correttivi, integrazioni o alternative. In altri casi ancora si è adottato un approccio sequenziale, con una fase di dialogo dedicata agli aspetti tecnici e operativi seguita da una fase di dialogo dedicata agli aspetti finanziari.

Si torni anche al rapporto dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP) con l'European PPP Expertise Centre (EPEC), *L'aggiudicazione di un PPP e l'utilizzo del dialogo competitivo in Europa. Un'indagine sulle pratiche nell'UE*, cit.

<sup>67</sup> La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, divenuta obbligatoria anche per le fatti-

#### 4. Segue: *varietà dei modelli di gara e varietà dei rapporti concessori.*

Il ragionamento sulla varietà necessaria deve proseguire con la presa d'atto che la nozione europea di concessione amministrativa, sulla cui falsariga la riflessione giuridica va riplasmando quella domestica<sup>68</sup> è figura a sua volta atta a

---

specie concessorie, può arricchire e favorire questa varietà, a maggior ragione all'interno di coordinate abbastanza evasive, come quelle segnate dagli artt. 183 e 187 del codice. Si leggano gli artt. 33 ss. del d.lgs. n. 36/2023.

La digitalizzazione offre peraltro l'opportunità di una relativa scomposizione delle finalità perseguite dalla disciplina di evidenza pubblica, moderando le tensioni tra di esse e liberando il perseguimento di mete diverse dall'efficienza dalla dimensione spesso incongrua e di corto respiro della singola procedura.

È noto che fenomeni di collusione o di spartizione dei mercati a volte nemmeno sono visibili, alla scala del singolo contratto che, sul piano delle regole formali, potrebbe anche apparire ineccepibile. È un tema che sino ad oggi l'Antitrust ha probabilmente sottovalutato, a giudicare dall'esiguità degli interventi in materia.

Si è ad esempio mostrato che i fenomeni di corruzione possono essere meglio identificati e monitorati attraverso un'analisi massiva dei dati riguardanti il flusso delle operazioni contrattuali, piuttosto che il singolo procedimento all'occorrenza col sostegno di sistemi di intelligenza artificiale, complementari alle valutazioni umane. Rimando, tra i mille documenti, alla Comunicazione della Commissione Europea dello scorso 16 marzo 2023 *Appalti pubblici: uno spazio di dati per migliorare la spesa pubblica, promuovere l'elaborazione delle politiche basata sui dati e migliorare l'accesso delle PMI alle gare d'appalto* 2023/C 98 I/01, nonché al rapporto dell'Ocse del 2016, *Preventing Corruption in Public Procurement*.

Anche sul tema del ricorso all'IA nell'espletamento dell'azione amministrativa la letteratura e la casistica giurisprudenziale vanno proliferando; limitando il riferimento ad un cenno, AA.VV., *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galletta, cit.; AA.VV., *Intelligenza artificiale, politica, economia, diritto, tecnologia*, a cura di P. Severino, Roma, 2022; E. CHITI, B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Riv. reg. mercati*, fasc. 1, 2020, p. 29 ss.; in grande anticipo su tutti, U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, p. 51 ss.; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, p. 773 ss.; E. PICOZZA, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1657 ss.

Tra le più conosciute esperienze di successo nell'uso di aste elettroniche miste e innovative, in campo internazionale, quelle bandite dalla Federal Communication Commission statunitense, per l'assegnazione delle licenze sull'uso dello spettro; in tema, tra i molti, P. CRAMTON, *The FCC Spectrum Auctions: An Early Assessment*, in *Journal of Economics and Management Strategy*, 1997, p. 431 ss.; ID., *Ascending Auctions*, cit.

<sup>68</sup> G. GRECO, *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016)*, cit.; G. GRECO, *Le concessioni nel nuovo codice dei contratti*, cit.; ampliando l'analisi al rapporto tra concetto di PPP e categorie interne, M.P. CHITI, *I partena-*

raccogliere un largo arco di rapporti tra loro potenzialmente diversi per oggetto<sup>69</sup> durata<sup>70</sup> entità e distribuzione dei rischi<sup>71</sup> valore economico, natura degli investimenti occorrenti, caratteristiche del mercato di riferimento, livello di intersezione con finalità strategiche<sup>72</sup>.

Tutte queste variabili non sono ininfluenti sulla costruzione delle procedure di affidamento, in funzione del risultato.

Per sviluppare un poco l'idea prendo spunto da uno scritto celebre di O. Williamson, la cui traduzione in italiano chiude l'antologia dei contributi dedicati alle *Istituzioni economiche del capitalismo*, pubblicata per i tipi della Franco Angeli<sup>73</sup>.

Il saggio mi sembra interessante perché consente di riflettere sulle proprietà e sui limiti delle procedure in un caso limite, entro l'intervallo delle possibilità abbracciate dalla nozione di concessione.

Il ragionamento si presta dunque ad illuminare la particolare classe di situazioni della quale il saggio si occupa e nel contempo a fungere da termine di raffronto per l'analisi, *a contrario*, di situazioni polari, entro la rosa delle fattispecie concessorie.

Il contributo si inserisce, con tono polemico, all'interno di una discussione dottrinale (a quel tempo agli albori) ottimistica sulla possibilità di far leva sulle cosiddette "gare per il mercato" per minimizzare, grazie al ripristino di condi-

---

*riati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in AA.VV., *Il Partenariato Pubblico-Privato*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, 2009, p. 1 ss.; ID., *Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato*, in AA.VV., *Il Partenariato Pubblico-Privato*, a cura di M.P. Chiti, Bologna, 2005, 7 ss., ID., *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.

<sup>69</sup> Ad es. complessi servizi pubblici, piuttosto che servizi semplici, interventi infrastrutturali, beni o risorse collettive.

<sup>70</sup> Il codice dei contratti pubblici, come si è visto, identifica una prima linea di demarcazione nel quinquennio.

<sup>71</sup> Varcata la soglia che segna la distinzione rispetto all'appalto; in tema, per tutti, G. GRECO, *Le concessioni nel nuovo codice dei contratti*, cit.; M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.

<sup>72</sup> Come il supporto alle PMI, la tutela dell'ambiente, la promozione dell'innovazione, l'inclusione sociale.

<sup>73</sup> O.E. WILLIAMSON, *Franchise Bidding for Natural Monopolies – In General and with Respect to CATV*, in *The Bell Journal of Economics*, vol. 7, n. 1, 1976, p. 73 ss. (trad. it. *La gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale*, in *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1992, p. 485 ss.); anche Williamson è stato insignito del premio nobel per l'economia, nell'anno 2009.

zioni di contendibilità, il bisogno di regolazione (col relativo carico di inconvenienti) in funzione del controllo dei monopoli<sup>74</sup>.

Il saggio di Williamson, raffreddando troppo facili entusiasmi, ha messo in evidenza che l'analisi della funzionalità delle gare per l'affidamento di concessioni amministrative in regime di monopolio – che siano caratterizzate da lunghe durate, investimenti irrecuperabili, elevata incertezza – deve fare i conti non soltanto con i già trattati problemi di “opportunismo precontrattuale”, antecedenti alla stipulazione, ma anche con seri problemi di “opportunismo post contrattuale”, che facilmente affiorano in corso di esecuzione.

Il lavoro spiega che, poiché il valore degli investimenti idiosincratici (si pensi ad un'infrastruttura a rete adibita all'erogazione di un pubblico servizio) può decrescere drasticamente, se vengono distolti dal loro impiego originario, il contraente che li abbia realizzati non può abbandonare il contratto senza sopportare perdite<sup>75</sup>.

Chiaramente nemmeno la committenza può immaginare di liberarsi con facilità della controparte, dopo che gli investimenti siano stati effettuati.

I protagonisti di una transazione di questo tipo tendono in breve ad esserne imprigionati<sup>76</sup>.

D'altro lato, quanto maggiore sia l'entità degli investimenti necessari, tanto più si prolungano i tempi di gestione occorrenti al completamento degli am-

<sup>74</sup> Tra gli ottimisti, sulle virtù della “concorrenza per il mercato”, H. DEMSETZ, *Esistono ragioni per regolamentare il settore dei servizi di pubblica utilità?* (trad. di *Why Regulate Utilities?*, in *The Journal of Law and Economics*, 1968, 11, p. 55 ss.) in AA.VV., *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, a cura di D. Grillo, M. Cossutta, Bologna, 1997, p. 191 ss.; ivi anche R. POSNER, *Teorie della regolamentazione economica*, cit., p. 309 ss..

Il dibattito, tra fautori e detrattori, è stato ripreso e sviluppato da una ricca letteratura specialistica; tra i molti, J.J. LAFFONT, J. TIROLE, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, Massachusetts, 1993, cap. 7., p. 328 ss. in part.; K.J. CROCKER, S.E. MASTEN, *Mitigating Contractual Hazards: Unilateral Options and Contract Length*, in *Rand Journal of Economics* 1988, 19, p. 327 ss.; V. GOLDBERG, *Regolamentazione e contratti amministrati* (trad. it.), in AA.VV., *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, cit., p. 342 ss.; A. NICITA, V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, p. 195 ss.; D. ARCHIBUGI, B. PIZZETTI, *I costi di transizione nella concorrenza per il mercato*, in *L'industria*, fasc. 2, 2001; M.H. RIORDAN, D. SAPPINGTON, *Awarding Monopoly Franchises*, 1987.

<sup>75</sup> Per tutti, P. MILGROM, J. ROBERTS, *Economia, organizzazione e management*, cit.; O. HART, *Imprese, contratti e struttura finanziaria*, Milano, 1995, p. 47 ss.; O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, cit., p. 136 ss.; sviluppi in C. SHAPIRO, H.R. VARIAN, *Information rules. Le regole dell'economia dell'informazione*, Milano, 1999, p. 125 ss.

<sup>76</sup> V. A. CHIANCONE, *I contratti*, in A. CHIANCONE, D. PORRINI, *Lezioni di analisi economica del diritto*, Torino, 1979, p. 65.

mortamenti e alla generazione di un livello congruo di remunerazione del capitale impegnato<sup>77</sup>.

Complessità e tempi lunghi a loro volta indeboliscono la capacità di calcolo e di previsione della committenza e quindi possono rendere ardua e inattendibile la preventiva specificazione di diritti e obblighi reciproci in accurate clausole del bando o del disciplinare, così come possono appannare la capacità di misurazione delle prestazioni fornite, in corso di esecuzione.

Contratti di concessione di questo tipo sono cioè spesso contraddistinti da un alto grado d'incompletezza<sup>78</sup>.

L'abbinamento dell'incompletezza contrattuale alla natura idiosincratICA degli investimenti, in condizioni di continuativa incertezza, può avere pesanti ricadute strategiche.

L'esperienza insegna che al sopraggiungere di sorprese – che non si possono escludere, in rapporti complessi e durevoli – i contraenti possono tentare di sfruttare la situazione per rinnegare gli impegni presi o per strappare sconti e revisioni<sup>79</sup>.

L'esperienza indica anche che un'amministrazione vessata da reclami o scontenta dei risultati ottenuti può trovare scomodo smentire sé stessa e ufficializzare il biasimo dell'operatore a suo tempo premiato dalla selezione<sup>80</sup>.

La reciproca dipendenza rende insomma i contraenti vulnerabili a comportamenti opportunistici, agevolati dall'inevitabile lacunosità della disciplina pattizia<sup>81</sup>.

Williamson ha mostrato che, nella classe di casi che stiamo ora considerando, il nodo dei rinnovi può a sua volta rivelarsi problematico, perché da un lato lunghe durate contrattuali (in ipotesi necessarie) stridono col proposito di tener viva la concorrenza, d'altro lato è possibile che alla scadenza, cioè al momento della riedizione delle procedure, lo stato di cose cristallizzatosi in corso di gestione congiuri per favorire *l'incumbent*, a discapito dei nuovi entranti<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, cit.

<sup>78</sup> Su tutto ciò O.E. WILLIAMSON; *La gara*, cit.; per uno studio propedeutico, A. NICITA, V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, cit.

<sup>79</sup> P. MILGROM, J. ROBERTS, *op. ult. cit.*, p. 208; A. CHIANCONE, *op. ult. cit.*, p. 66 s.

<sup>80</sup> O.E. WILLIAMSON, *La gara*, cit., p. 497 ss.; L. BARDELLI, N. DONI, *Analisi di diverse procedure di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali*, in *Econ. pubb.*, fasc. 4, 2001, p. 35 ss.

<sup>81</sup> P. MILGROM, J. ROBERTS, *Economia, organizzazione*, cit., p. 62.

<sup>82</sup> A titolo illustrativo della persistente attualità del problema si esamini l'indagine conoscitiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *IC47 – condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, chiusa nel giugno 2016 e consultabile all'indirizzo <https://www.agcm.it>.

Sul tema specifico delle rinegoziazioni in materia di concessioni, col corredo di analisi e dati concreti, P. GAGNEPAIN, M. IVALDI, D. MARTIMORT, *Renégociation de contrats dans l'industrie du transport urbain en France*, in *Revue économique*, vol. 60, n. 4 (Jul., 2009), p. 927 ss.; J. LUIS

Le variabili enumerate pesano sull'identificazione delle regole più adatte alla comparazione, in prospettiva *ex ante*, ma anche sulla ponderazione della loro verosimile efficacia, con angolo visuale *ex post*.

Il problema di fondo che le varie osservazioni fanno emergere, nella tipologia concessoria ora in discussione, è che la revisione postuma degli accordi originari, in condizioni di asimmetria informativa, minaccia di render più che altro teorici i vantaggi ricercati nell'eventuale formalismo del concorso iniziale e rende fittizia quella *par condicio* che alcuni hanno superficialmente preteso fosse assicurata dal meticoloso confronto delle offerte, alla stregua di criteri particolareggiati e rigidamente prestabiliti.

La prevenzione di distorsioni e la salvaguardia del risultato viene qui a dipendere, più che dalla puntigliosità dei parametri di confronto precostituiti dal bando o dai documenti di gara, dalla capacità di gestire il rapporto e di sorvegliare l'esecuzione della commessa, semmai valorizzando requisiti reputazionali, che permettano di legare opportunità di contrattazione future alla qualità dell'adempimento presente<sup>83</sup>.

Tutte queste considerazioni possono aiutare a comprendere perché le più consuete gare rigide siano di norma inadatte all'assegnazione di concessioni aventi ad oggetto, tra i casi esemplificativi, la costruzione o la gestione di infrastrutture a rete, di servizi pubblici complessi, di impianti di depurazione o di trattamento di rifiuti speciali o pericolosi, di sistemi ferroviari, di autostrade o metropolitane, di scali aeroportuali.

È però necessario prendere al contempo atto che dialogo competitivo o procedure flessibili, all'occorrenza spurie o atipiche, a loro volta possono im-

---

GUASCH, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions. Doing it Right*, Washington, D.C., 2004; ID., *Affidamenti e rinegoziazioni nel settore infrastrutturale: una visione d'insieme*, in AA.VV., *La convenzione di affidamento e la regolazione nel servizio idrico in Italia*, a cura di G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni, Milano, 2007, p. 21 ss.; A. ESTACHE, J. GUASCH, A. IIMI, L. TRUJILLO, *Multidimensionality and Renegotiation: Evidence from Transport-Sector Public-Private-Partnership Transactions in Latin America*, in *Review of Industrial Organization*, September, (35), 2009, p. 41 ss.; F. BULCKAEN, C. CAMBINI, *Assetti di mercato e problemi di regolazione nei servizi di pubblica utilità*, in AA.VV., *I servizi di pubblica utilità. Regolazione e concorrenza nei nuovi mercati*, a cura di F. Bulckaen e C. Cambini, Milano, 2000, p. 21 ss.

<sup>83</sup> OCSE, *Preventing Corruption in Public Procurement*, cit. descrive la positiva esperienza statunitense, sul punto; trattasi peraltro di strada la cui percorribilità in Italia è sancita dalla disciplina del fascicolo virtuale, previsto dall'art. 109 del d.lgs. n. 36/2023. In tema l'intervento di F. Decarolis, nel corso del convegno *Il Nuovo codice dei contratti pubblici* 23 maggio 2023, all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=HZnhzUqRY0o>; si leggano anche G. SPAGNOLO, *Reputation, competition, and entry in procurement*, in *International Journal of Industrial Organization*, 30(3), 2012, p. 291 ss.; N. DONI, *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Politica economica*, 2/2005, p. 307 ss.

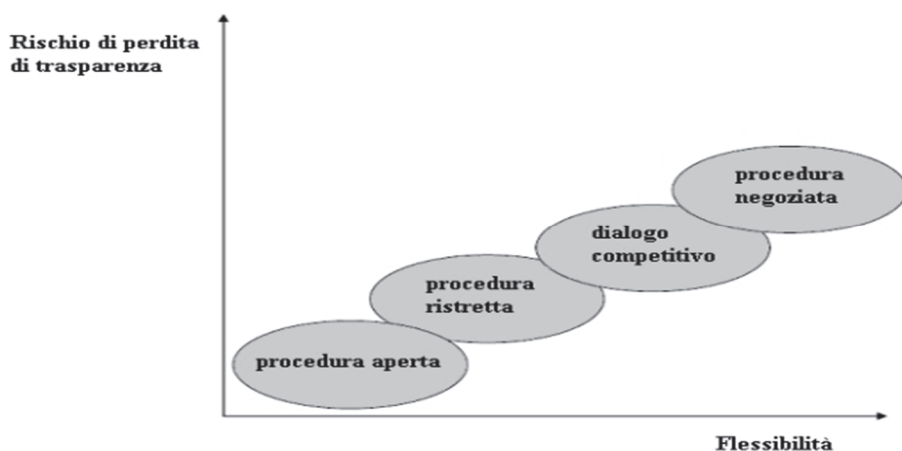


plicare l'assunzione di altri tipi di rischio, non sempre proporzionati e giustificabili, in vista dell'assegnazione di concessioni magari semplici e parecchio diverse da quelle appena rievocate<sup>84</sup>.

Il già menzionato rapporto della Commissione europea sul grado di implementazione della direttiva 2014/23/UE riferisce che, per incremento del numero di aggiudicazioni fondate sulla disciplina, dopo il 2016, campeggiano concessioni abbastanza piane, di servizi alberghieri, di servizi di ristorazione o vendita al dettaglio, di servizi ricreativi, culturali e sportivi<sup>85</sup>.

Il motore di ricerca di TED, se interrogato sugli avvisi pubblicati ai sensi della direttiva, restituisce un'antologia di risultati molto varia, che include casi piuttosto eccentrici rispetto all'indicativa vicenda del monopolio a rete, come la gestione di parcheggi pubblici non strutturati, di impianti sportivi comunali, di spazi pubblici per finalità ricreative o per l'organizzazione di eventi culturali, la gestione di servizi cimiteriali, di servizi di illuminazione, la gestione di stazioni balneari e prestazioni annesse, la gestione di servizi di giardinaggio, di aree pubbliche verdi, di mercati rionali, di fiere temporanee o centri culturali, di servizi informativi, di corsi di riqualificazione o di formazione profes-

84



Il grafico è tratto UTFP-EPEC, *L'aggiudicazione di un PPP e l'utilizzo del dialogo competitivo in Europa*, cit.; mi pare trasmetta efficacemente il senso del *trade off*, nei vari modelli di gara, tra i benefici della flessibilità e delle negoziazioni e i relativi costi, in termini di pericolo di opacità e manipolazioni.

<sup>85</sup> La relazione riferisce i settori in testa per "maggior numero di aggiudicazioni di concessioni dal 2016 sono: 1) servizi alberghieri, di ristorazione e di vendita al dettaglio; 2) servizi ricreativi, culturali e sportivi".

sionale, di servizi di trasporto scolastico, di monitoraggio e gestione del traffico urbano, tanto per limitarsi ad alcune prime esemplificazioni.

Mi sembrano fattispecie che – in relazione alle variabili critiche messe a fuoco dal commento di Williamson – presentano tratti molto diversi, perché ad esempio possono avere durate contenute, non necessariamente comportano investimenti cospicui, non presentano profili di complessità gestionale o finanziaria, presuppongono l’allocazione di rischi più tenui, si inseriscono all’interno di mercati non necessariamente chiusi, concedendo spazio ad una concorrenza già florida.

Mi pare che la costellazione delle incognite complessivamente esaminate valga ad orientare tanto la scelta primaria tra autoproduzione ed esternalizzazione<sup>86</sup> quanto la successiva costruzione delle procedure, ove l’amministrazione prediliga l’affidamento a terzi.

In definitiva, quest’ultimo segmento della riflessione sulla eterogeneità delle fattispecie concessorie depone anch’esso a favore dell’assortimento degli schemi procedurali e di un’ampia libertà dell’amministrazione, non unidirezionale ma bivalente, che consenta cioè – secondo i casi – vuoi di allentare i vincoli formali, ove utile o necessario, vuoi di applicare metodi selettivi più collaudati, implican-

---

<sup>86</sup> Si consenta per brevità un rimando ad M. CAFAGNO, *Autoproduzione ed esternalizzazione nei servizi pubblici*, in AA.VV., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Villa Monastero, Varenna, Milano, 2017, p. 279 ss.; l’argomento è notoriamente battutissimo, tra i molti autori che se ne sono occupati, basti qui un rimando, inevitabilmente incompleto, a G. CARULLO, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 5, 2014, p. 991 ss.; R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 1, 2006, p. 51 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, p. 338 ss.; G. COCCO, *L'in house providing fra giustizia amministrativa e Corte Costituzionale*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 5 luglio 2013, [www.dirittodeiservizi pubblici.it](http://www.dirittodeiservizi pubblici.it); G. CORSO, G. FARES, *Il crepuscolo dell'in house?*, in *Foro it.*, 2009, parte I, col. 1319 ss.; F. FIMMANÒ, *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. notariato*, fasc. 4, 2009, p. 897 ss.; D.U. GALETTA, G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 1, 2016, p. 371 ss.; G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2000, p. 1461 ss.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2005, p. 61 ss.; C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 3, p. 10511 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 22, 2011; M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Gior. dir. amm.*, 12, 2006, p. 1371 ss.; H. SIMONETTI, *Successione di un nuovo operatore economico nell'esecuzione di un appalto affidato in house*, in *Giurisprudenza Italiana*, cit.

ti un maggior grado di automatismo, quando le procedure flessibili rischiano di alimentare complicazioni non giustificate dalle caratteristiche del contratto.

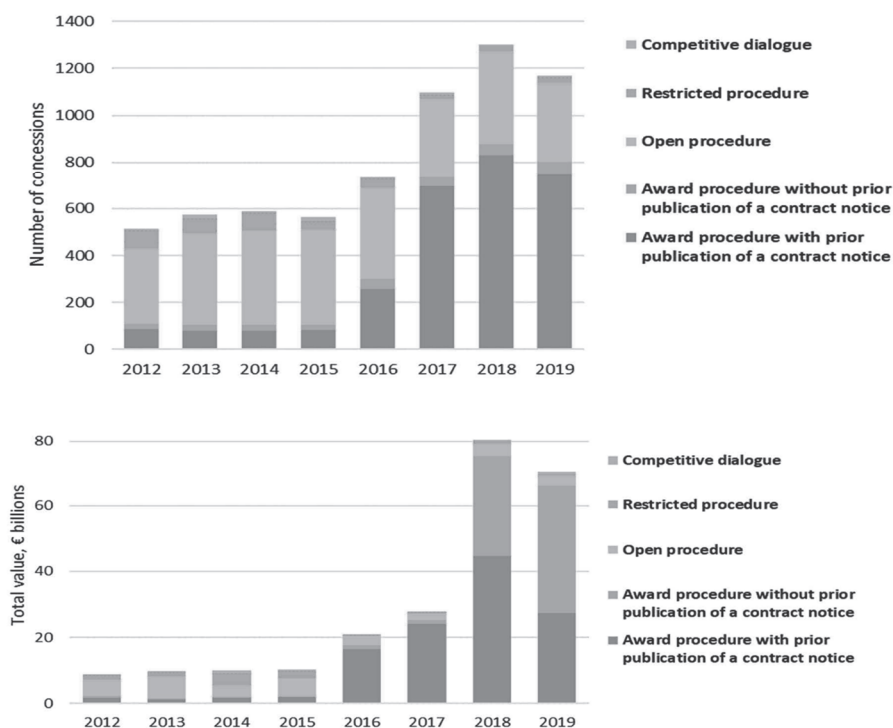
Lo stesso documento segnala peraltro che nel complesso dei paesi europei il dialogo competitivo, tra le procedure flessibili, è di fatto utilizzato malvolentieri, ai fini dell'assegnazione delle concessioni<sup>87</sup>.

Accantonati gli schematismi, tanto in direzione della rigidità quanto in direzione della flessibilità, appare chiaro che dosare la concorrenza e strutturare le procedure in funzione del tempestivo raggiungimento del più conveniente rapporto tra prezzo e qualità, come vuole l'art. 1 del codice dei contratti pub-

<sup>87</sup> Il grafico in calce è tratto da London Economics Europe e Spark Legal, *Study on the implementation of the Concessions Directive*, cit., p. 89; com'è facile notare, negli istogrammi rispettivamente organizzati per numero e per valore degli affidamenti, le percentuali di ricorso al dialogo, in verde, sono quasi invisibili.

#### STUDY ON THE IMPLEMENTATION OF THE CONCESSIONS DIRECTIVE

**Figure 42 Total number (graph 1) versus total value (graph 2) of concessions, by year (CAN), by type of procedure**



Source: LE Europe's analysis based on TED CAN data.

blici, tenendo conto delle caratteristiche delle transazioni in gioco, nella pluralità delle situazioni di vita, è un compito assai più difficile e ambizioso che assolutizzare vincoli standardizzati, secondo antiche consuetudini, in via di opportuno superamento.

Resta la coscienza del fatto che, quanto più evasivi e compositi siano i canoni dell'azione amministrativa, tanto più si allarga, nella mente del funzionario chiamato a scegliere, il divario tra la latitudine del rischio di subire critiche, a posteriori, e la difficoltà di tracciare un itinerario procedimentale a prova di contestazione, a priori. Sinché il divario resta, temo sia difficile che il caldeggiato assortimento delle possibilità operative, quantunque necessario, di per sé stesso basti a stimolare lo sforzo di bilanciare mezzi e fini, con l'intraprendenza richiesta dai casi della vita, nonostante l'apprezzabile affermazione di logiche di fiducia<sup>88</sup>.

A dispetto delle enunciazioni di principio, è plausibile perduri il rischio che le decisioni amministrative siano impropriamente condizionate dalla propensione a imboccare le scorciatoie meno impegnative oppure a cercare riparo nel formalismo o, ancora, a rifuggire la discrezionalità, come semplice occasione di errore.

Senza intavolare ora una discussione sulla controvertibile tendenza legislativa a trattare il problema dilatando e stabilizzando un regime di responsabilità erariale obiettivamente sommario, perché concepito in fase emergenziale, osservo che da questo punto di vista l'art. 1 del codice dovrebbe elevare il risultato non soltanto a parametro di misurazione del merito o del demerito, ma anche a criterio di selezione della scala valutativa delle condotte amministrative, affinché un sindacato frammentario, atto per atto, non finisca col compromettere un equilibrato apprezzamento dell'operazione contrattuale complessiva.

È comunque auspicabile che gli sviluppi operativi del principio del risultato non siano asserviti al contingente andamento del contenzioso, nelle aule giudiziarie.

La relazione di accompagnamento al codice dei contratti ha opportunamente rimarcato che la riuscita delle norme di riforma viene a dipendere da cruciali condizioni non normative.

---

<sup>88</sup> In argomento, M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2020, p. 35 ss.; ID., *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Dir. econ.*, 97(3), 2018, p. 625 ss.; molto utile e stimolante la lettura di N. TALEB, *Rischiare grosso* (trad. it.), Milano, 2018.

Campeggia, come tutti sanno, la riqualificazione delle committenze e l'incremento delle risorse conoscitive<sup>89</sup>.

Le battute conclusive dello studio più volte menzionato della Commissione europea, sugli effetti della direttiva 2014/23/UE, completati i bilanci si concentrano sul futuro e, in chiave propositiva e costruttiva, mettono proprio l'accento sulla necessità di innescare un processo sistemico di apprendimento, attraverso l'accumulazione e la condivisione delle conoscenze e delle buone pratiche.

Il tema si incrocia con lo snodo della digitalizzazione, che può inaugurare un modo nuovo di affinare le risposte regolatorie e amministrative all'incertezza e a problemi complessi, facendo sì che le ipotesi di lavoro e le soluzioni giuridiche siano costruite a partire dalla sobria e diligente raccolta dell'informazione, sui fenomeni così come sugli effetti degli istituti, al riparo dalla retorica e dalla volubilità del confronto politico<sup>90</sup>.

L'epilogo del documento della Commissione sulle concessioni chiama in causa proprio il lungimirante progetto di costituzione di uno spazio europeo dei dati sui contratti pubblici, delineato dalla comunicazione dello scorso 16 marzo 2023<sup>91</sup>.

Nello stesso spirito il documento richiama l'attenzione sulla recente costruzione, lo scorso 17 aprile 2023, della *Comunità europea degli acquirenti pubblici*<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.; G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, cit.

<sup>90</sup> M. CAFAGNO, *Tre spunti*, cit.

<sup>91</sup> *Appalti pubblici: uno spazio di dati per migliorare la spesa pubblica, promuovere l'elaborazione delle politiche basata sui dati e migliorare l'accesso delle PMI alle gare d'appalto*, cit., coeva alla Comunicazione dedicata ai 30 anni di mercato unico, COM/2023/162 final; merita di esser letto il commento, M. COZZIO, *La commissione presenta l'iniziativa per uno spazio comune europeo dei dati degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. Appalti*, 2, 2023, p. 2 ss.

<sup>92</sup> Il documento, alla fine del par. 6, mette in evidenza che "la piattaforma degli acquirenti pubblici è un'iniziativa volta a rafforzare la collaborazione negli appalti pubblici". Grazie allo strumento, prosegue la comunicazione, "gli acquirenti pubblici possono trarre vantaggio dallo scambio di conoscenze e di migliori pratiche in tutta l'UE anziché lavorare individualmente su questioni complesse. La comunità mira a consentire agli acquirenti pubblici e a coloro che lavorano negli appalti pubblici (acquirenti, fornitori, mondo accademico e altri portatori di interessi) di unirsi e entrare in contatto con la Commissione europea per promuovere lo scambio di know-how e informazioni commerciali all'avanguardia in materia di appalti pubblici e incoraggiare un'azione congiunta e una collaborazione sistematica in tale settore. Uno

Mi sembrano richiami importanti che, nella materia trattata dal presente contributo, posizionano la costruzione di una genuina cultura del risultato su di una scala ampia, consona ad uno sforzo progettuale di largo respiro, più di quanto non sia quella che costringe il sindacato giurisdizionale, fatalmente ancorato alle dinamiche del contenzioso.

---

degli obiettivi di questa collaborazione è migliorare l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici e delle concessioni".

In nota 36 la Commissione riporta l'indirizzo della piattaforma: <https://public-buyers-community.ec.europa.eu/>.



# DATI PERSONALI E FINI PUBBLICI: DUBBI DI COMPATIBILITÀ EUROPEA DEL CODICE PRIVACY

*Gherardo Carullo*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle loro funzioni. – 2. Il quadro normativo italiano in materia di trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni. – 3. Analisi della compatibilità del quadro normativo italiano con il quadro giuridico del regolamento europeo. – 4. Conclusioni: la necessità di una maggiore aderenza della normativa italiana al quadro giuridico delineato dal regolamento 2016/679/UE.

## *1. Introduzione: il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle loro funzioni.*

L'elaborazione di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni è una pratica sempre più diffusa nell'ambito dell'esercizio delle loro funzioni. Ciò è dovuto alla crescente necessità di raccogliere, conservare e utilizzare informazioni personali per finalità di interesse pubblico<sup>1</sup>, come la prevenzione e la repressione del crimine<sup>2</sup>, la tutela della salute pubblica<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> Sul punto si consenta di rinviare a quanto esposto in G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, *passim*.

<sup>2</sup> Sul tema v. M.B. ARMIENTO, *La polizia predittiva come strumento di attuazione amministrativa delle regole*, in *Dir. amm.*, 4, 2020; A. BONFANTI, *Big data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali*, in *Rivista del diritto dei media*, 3, 2018; T. RADEMACHER, "Predictive Policing" als Herausforderung für das öffentliche Recht, in D.-U. GALETTA, J. ZILLER (a cura di), *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection*, Atti del 12° congresso annuale della Societas Iuris Public Europaei (SIPE), Milano, 25-27 maggio 2017, Baden, 2018.

<sup>3</sup> I contributi sul potenziale dei dati e dell'intelligenza artificiale nel campo sanitario sono pressoché innumerevoli, a mero titolo esemplificativo si vedano F. FILICORI, O.R. MEIRELES,



la gestione delle finanze pubbliche<sup>4</sup> o la fornitura di servizi pubblici<sup>5</sup>.

Naturalmente, il trattamento di dati personali deve avvenire nel rispetto delle relative norme e principi anche qualora effettuato da pubbliche amministrazioni. Al riguardo non v'è bisogno di molte parole per ricordare che il regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, noto come Regolamento Generale sulla Protezione dei dati Personali (d'ora in poi GDPR), costituisce il quadro normativo di riferimento in materia di protezione dei dati personali nell'Unione Europea<sup>6</sup>.

Il regolamento 2016/679/UE prevede che il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni sia lecito solo se, e nella misura in cui, ricorra almeno una delle condizioni previste dall'art. 6 del GDPR<sup>7</sup>. Il trattamento per l'esercizio di funzioni pubbliche può in particolare essere ricondotto all'ipotesi di cui alla citata lett. e), ai sensi del quale lo stesso è lecito se "necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri".

Si noti che, in tali casi, non è necessario raccogliere il consenso dell'interessato<sup>8</sup>. È invece prescritto dal paragrafo 3 del medesimo art. 6 che tale tratta-

---

*Artificial Intelligence in Surgery*, in N. LIDSTRÖMER, H. ASHRAFIAN (a cura di), *Artificial Intelligence in Medicine*, Cham, 2022; F. SANMARCHI, C. FANCONI, D. GOLINELLI, D. GORI, T. HERNANDEZ-BOUSSARD, A. CAPODICI, *Predict, diagnose, and treat chronic kidney disease with machine learning: a systematic literature review*, in *J Nephrol*, vol. 36, 4, 2023.

<sup>4</sup> In tema di tassazione si v. ad esempio A. FIDELANGELI, F. GALLI, *Artificial Intelligence and Tax Law: Perspectives and Challenges*, in *CERIDAP*, 4, 2021.

<sup>5</sup> Sul che v. G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, 2022.

<sup>6</sup> Si è addirittura affermato in proposito che "il regolamento si colloca in una prospettiva "dinamica", che vede la tutela della protezione dei dati personali non solo come un diritto fondamentale dei cittadini ma anche come un valore sociale di diritto pubblico europeo", F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni*, in *MediaLaws*, 1, 2018, p. 109.

<sup>7</sup> Ai sensi di tale norma, il trattamento è lecito se: a) l'interessato ha espresso il proprio consenso; b) se il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto o di misure precontrattuali; c) se il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale; d) se il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) se il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri; o f) se il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore.

<sup>8</sup> In tal senso v. S. D'ANCONA, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e di-*

mento debba trovare fondamento nel diritto dell'Unione, ovvero dello Stato membro. Per quanto qui interessa, la disciplina nazionale in proposito è dettata dal d.lgs. n. 196/2003, il cosiddetto Codice in materia di protezione dei dati personali, o – in breve – Codice Privacy<sup>9</sup>.

Attraverso una serie di riforme è stata definita la “base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri”. Dalla prima formulazione della norma si è progressivamente ampliata la possibilità per le amministrazioni di trattare e scambiare dati personali per lo svolgimento delle loro funzioni.

Se pur il GDPR ammette pacificamente – d'altronde non potrebbe fare altrimenti<sup>10</sup> – lo scambio di dati personali per finalità istituzionali, le norme nazionali appaiono però, a parere di chi scrive, essersi allontanate progressivamente dai vincoli entro i quali la normativa europea ha inteso confinare l'autonomia del legislatore nazionale nel disciplinare tali fattispecie.

Onde meglio chiarire quali possano essere i punti critici della normativa italiana, giova brevemente analizzare le attuali disposizioni alla luce delle modifiche intervenute nel tempo.

## *2. Il quadro normativo italiano in materia di trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni.*

L'art. 2-ter del d.lgs. n. 196/2003, a partire dalla sua introduzione ad opera del d.lgs. 101/2018, è stato oggetto di ripetuti interventi. Tali modifiche hanno avuto l'obiettivo di armonizzare la disciplina interna alle disposizioni europee e, al contempo, di garantire una maggiore fluidità nella condivisione delle informazioni tra enti pubblici. Senonché, il contemperamento di tali esigenze parrebbe aver portato ad uno sbilanciamento della disciplina nazionale a favo-

---

ritto europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2018, par. 4, il quale condivisibilmente aggiunge che, nei casi di trattamento *ex lege*, “non solo il consenso non è requisito per la legittimità del trattamento ma è addirittura precluso, posto che, ove lo richiedesse, l'Amministrazione porrebbe in essere un comportamento di aggravamento del procedimento”.

<sup>9</sup> Il decreto ha subito diverse modifiche nel tempo, ed in particolare è stato adeguato al regolamento 2016/679/UE dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

<sup>10</sup> Sul rapporto tra esercizio di potestà pubbliche e limiti derivanti dall'ordinamento europeo, v. M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017.

re di un'eccessiva apertura al trattamento per fini pubblici. Al fine di cogliere in che termini le norme attuali possano risultare in contrasto con le previsioni europee, è utile una breve disamina dell'evoluzione nel tempo della norma.

Nel testo originario<sup>11</sup>, emerge una chiara distinzione tra le diverse categorie di dati e le condizioni per la loro condivisione. La base giuridica per il trattamento dei dati era strettamente legata a una norma di legge o, in casi specifici, di regolamento. Era concessa una certa flessibilità nella comunicazione tra titolari per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico, ma ciò avveniva in presenza di specifiche condizioni e con un margine di controllo da parte del Garante per la protezione dei dati personali.

Nella prima formulazione del Codice Privacy successiva all'emanazione del regolamento 2016/679/UE, l'art. 2-ter del d.lgs. n. 196/2023 – in linea con la previgente normativa<sup>12</sup> – disponeva in particolare che “la base giuridica prevista dall'articolo 6, paragrafo 3, lettera b), del regolamento è costituita esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento”.

Con una prima modifica entrata in vigore nell'ottobre 2021<sup>13</sup>, venne tuttavia introdotto il comma 1-bis, che ampliò significativamente le possibilità di trattamento dei dati personali da parte delle amministrazioni pubbliche.

Al comma 1-bis, venne infatti previsto che “il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica [...] è sempre consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti”. In tali casi si prevedeva che, in mancanza di una norma di legge, la finalità del trattamento fosse indicata dall'amministrazione stessa “in coerenza al compito svolto o al potere esercita-

---

<sup>11</sup> In vigore dal 19 settembre 2018 all'8 ottobre 2021.

<sup>12</sup> Sin dalla legge n. 675/1996, si era previsto che il trattamento da parte delle pubbliche amministrazioni fosse lecito “soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali, nei limiti stabiliti dalla legge e dai regolamenti”. In dottrina, già all'epoca, si era commentato che “la disposizione si radica sull'identificazione, da parte della l. n. 675/1996, del criterio di legittimazione dei soggetti pubblici al trattamento dei dati personali nella necessità di disporre per lo svolgimento delle funzioni istituzionali”, M.P. GUERRA, *L'ordinamento statistico*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. I, II ed., Milano, 2003, p. 192. Più di recente, si è commentato che la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 101/2018 in attuazione del regolamento europeo ha irrigidito la precedente disciplina, v. C. COLAPIETRO, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy*, 14, 2020, p. 67.

<sup>13</sup> Per l'esattezza, entrata in vigore il 9 ottobre 2021.

to, assicurando adeguata pubblicità all'identità del titolare del trattamento, alle finalità del trattamento e fornendo ogni altra informazione necessaria ad assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo ai soggetti interessati e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano”.

Si attribuì perciò alle amministrazioni la capacità di trattare dati personali sempre e comunque per lo svolgimento dei propri compiti. Per contemperare tale ampio potere, fu inserito nel testo della norma un espresso riferimento ai diritti degli interessati e ad alcuni principi del GDPR. Rispetto alla precedente formulazione dell'articolo, evidentemente ritenuta eccessivamente stringente a fronte delle necessità istruttorie delle amministrazioni, si tentò quindi di rendere più agevole la condivisione di informazioni tra enti.

Il legislatore intervenne in tal sede anche modificando il comma 2, relativo allo scambio di dati personali tra soggetti pubblici, ammettendo “la comunicazione fra titolari che effettuano trattamenti di dati personali [...] per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri [...] se prevista ai sensi del comma 1 o se necessaria ai sensi del comma 1-bis”. In altri termini, si ammise che il trattamento fosse possibile sia quando previsto da una legge o da un regolamento, ovvero, sfruttando il riferimento al nuovo comma 1-*bis*, anche quando comunque necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri.

Con il d.l. 8 ottobre 2021, n. 139 – convertito, con modificazioni, dalla legge 3 dicembre 2021, n. 205 – sono state apportate ulteriori, rilevanti modifiche all'art. 2-*ter*<sup>14</sup>.

Innanzitutto, la base giuridica per il trattamento dei dati è stata ampliata, includendo anche gli “atti amministrativi generali” e contestualmente rimuovendo l'avverbio “esclusivamente”. La novella ha così sancito la possibilità per le amministrazioni di potersi autodeterminare in merito ai trattamenti di dati personali necessari per lo svolgimento dei loro compiti istituzionali<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> In vigore dal 8 dicembre 2021 e, al momento in cui si scrive, tutt'ora vigente in questa formulazione.

<sup>15</sup> In dottrina si è infatti affermato che “venuto meno il polo attrattivo determinato dall'avverbio ‘esclusivamente’ ed aggiunta la possibilità di fondare il trattamento (anche) sulla base giuridica consistente negli atti amministrativi generali (atti, per definizione, di carattere non normativo), lo standard legale risultante smette di caratterizzarsi nei termini della stretta legalità”, B. PONTI, *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, Milano, 2023, pp. 103-104.

Tale modifica è significativa specialmente alla luce della nuova formulazione del comma 1-*bis*. Sotto un profilo formale, vengono rimossi i generici riferimenti ai diritti degli interessati e ad alcuni principi del GDPR, introducendo invece un riferimento espresso all'art. 6 del GDPR ed alla relativa disciplina. Il che appare condivisibile, superandosi così le possibili omissioni del precedente testo.

Quanto al portato sostanziale della norma, il comma 1-*bis*, tralasciando in questa sede le parti atte ad individuare l'ambito soggettivo di applicazione della stessa, prevede oggi che il trattamento di dati personali da parte delle amministrazioni è "consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri ad esse attribuiti".

Risulta dunque anzitutto rimossa dalla versione della norma attualmente in vigore la parte del precedente testo ai sensi del quale le amministrazioni, nell'applicare il comma 1-*bis*, dovevano assicurare adeguata pubblicità all'identità del titolare del trattamento ed alle finalità del trattamento, fornendo altresì ogni ulteriore informazione necessaria ad assicurare un trattamento corretto e trasparente. Tale rimozione, tuttavia, non appare ridurre gli oneri informativi derivanti dall'applicazione del comma 1-*bis* poiché restano naturalmente valide tutte le disposizioni di cui al regolamento 2016/679/UE, a cui oggi la norma – nel dubbio – espressamente rinvia.

In tale contesto non viene modificato invece il comma 2, lasciando alle amministrazioni la possibilità di trasmettere dati ad altri soggetti pubblici per lo svolgimento dei loro compiti istituzionali, qualora consentito "da una norma di legge o di regolamento o da atti amministrativi generali", ovvero se necessario ai sensi del comma 1-*bis*.

Un ultimo elemento da segnalare in relazione alle modifiche da ultimo introdotte è l'introduzione di una notifica obbligatoria al Garante in caso di comunicazione o diffusione di dati a soggetti che intendono trattarli per finalità diverse da quelle per cui gli stessi sono stati acquisiti dall'amministrazione che ne è titolare. Se pur può essere letta con favore l'espansione delle garanzie, quantomeno nelle situazioni in cui il trasferimento di dati sia effettuato in vista di fini diversi da quelli per i quali i dati sono stati raccolti, allo stesso tempo l'introduzione di tale espresso requisito al comma 3 conferma (ed è importante rilevarlo) che ciò non sia invece necessario per le ipotesi di cui al comma 2, relativo allo scambio di dati per le medesime finalità.

### *3. Analisi della compatibilità del quadro normativo italiano con il quadro giuridico del regolamento europeo.*

Come si è detto, il regolamento 2016/679/UE ha stabilito una serie di condizioni di liceità per il trattamento dei dati personali, tra cui quella prevista dall'art. 6, lett. e), secondo cui il trattamento può essere lecito se necessario per lo svolgimento di un interesse pubblico o per l'esercizio di un pubblico potere.

Il regolamento richiede che ci sia una base giuridica per il trattamento dei dati personali, che può essere costituita da una norma di legge o di regolamento, come previsto dall'art. 6, par. 3. L'art. 6, par. 3, indica espressamente che la base giuridica "potrebbe contenere disposizioni specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento"<sup>16</sup>, e poi soprattutto impone che "il diritto dell'Unione o degli Stati membri persegue un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito". La norma europea, dunque, pur lasciando agli Stati membri la scelta su quali misure adottare per specificare l'applicazione del regolamento 2016/679/UE, richiede tassativamente che la base giuridica del trattamento dei dati personali sia proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito.

La portata del principio di proporzionalità in relazione al trattamento di dati personali è stata ampiamente analizzata nel caso **Schrems II**<sup>17</sup>, riguardante il trasferimento di dati tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti. In tale occasione, la Corte di Giustizia – analizzando il regolamento 2016/679/UE in combinato con le disposizioni sulla protezione dei dati personali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – ha affermato che "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Secondo l'articolo 52, paragrafo 1, seconda frase, della Carta, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o al-

---

<sup>16</sup> Tra queste vengono elencate dalla norma stessa: "le condizioni generali relative alla liceità del trattamento da parte del titolare del trattamento; le tipologie di dati oggetto del trattamento; gli interessati; i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali e le finalità per cui sono comunicati; le limitazioni della finalità, i periodi di conservazione e le operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto, quali quelle per altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX".

<sup>17</sup> Sentenza della Corte Giust. 16 luglio 2020, C-311/18.

l'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". La Corte ha quindi aggiunto che "il requisito secondo cui qualsiasi limitazione nell'esercizio dei diritti fondamentali deve essere prevista dalla legge implica che la base giuridica che consente l'ingerenza in tali diritti deve definire essa stessa la portata della limitazione dell'esercizio del diritto considerato", chiarendo al riguardo che "per soddisfare il requisito di proporzionalità [...] la normativa controversa che comporta l'ingerenza deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura de qua e impongano requisiti minimi in modo che le persone i cui dati sono trasferiti dispongano di garanzie sufficienti che permettano di proteggere efficacemente i loro dati personali contro il rischio di abusi. In particolare, essa deve indicare in quali circostanze e a quali condizioni possa essere adottata una misura che prevede il trattamento di siffatti dati, garantendo così che l'ingerenza sia limitata allo stretto necessario"<sup>18</sup>.

Come visto, nel nostro ordinamento la normativa sulla protezione dei dati personali prevede che il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni possa essere consentito se previsto da una norma di legge, di regolamento o da un atto amministrativo. Tuttavia, il comma 1-*bis* dell'art. 2-*ter* del d.lgs. n. 196/2003 prevede altresì che in mancanza di tale previsione normativa, il trattamento ai sensi dell'art. 6, lett. e) del regolamento sia comunque possibile se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri.

In sostanza, la norma nazionale autorizza sempre e comunque il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni quando queste agiscono per i fini istituzionali, in quanto tali soggetti pubblici devono sempre agire nel pubblico interesse e possono farlo solo in quanto attributari di un potere pubblico. In altri termini, e riassumendo: il trattamento "necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri" (art. 6, lett. e) del regolamento 2016/679/UE), secondo il nostro legislatore, è sempre ammesso qualora sia necessario per l'esecuzione delle finalità istituzionali delle amministrazioni, ossia, è sempre ammesso per l'esecuzione di compiti di interesse pubblico.

Questa autorizzazione risulta tuttavia sostanzialmente tautologica<sup>19</sup> – es-

---

<sup>18</sup> V. pp. 174-176 della sentenza nel citato caso Schrems II.

<sup>19</sup> A supporto del carattere tautologico della norma sembrerebbe deporre anche quanto afferma B. PONTI, *Tre scenari di digitalizzazione amministrativa "complessa": dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione praticata*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2023, p. 618, il quale – nel paragonare la norma in esame a quella di cui al CAD (d.lgs. n. 82/2005) – afferma riassuntivamente che "la circostanza che un dato personale sia necessario per l'esercizio di

sendo scontato che l'attività amministrativa sia funzionalizzata<sup>20</sup> – e introduce una sorta di “licenza” incondizionata al trattamento di dati personali, senza che siano definiti limiti o requisiti specifici. Il che risulta stridere con il suddetto requisito di proporzionalità.

La norma nazionale appare perciò difficilmente compatibile con il quadro europeo. Il legislatore italiano ha autorizzato sempre e comunque il trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni per lo svolgimento dei loro fini istituzionali, senza valutare se – ed in che misura – ciò sia necessario rispetto all'obiettivo legittimo perseguito<sup>21</sup>. Ad esempio, la disciplina nazionale non ha nemmeno ipotizzato alcuna categoria che consenta di determinare se il trattamento dei dati personali sia effettivamente necessario per lo svolgimento di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri.

L'incompatibilità tra la norma nazionale e il regolamento europeo è data, in sintesi, dalla mancanza di una qualsivoglia valutazione di adeguatezza e di necessità del trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni, come invece il principio di proporzionalità esigerebbe<sup>22</sup>.

---

una funzione pubblica è, al tempo stesso, presupposto per la fruizione da parte di una amministrazione che non ne sia titolare, e condizione di liceità del trattamento che ne consente in concreto tale fruizione”.

<sup>20</sup> Per tutti v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, p. 6, ed ivi in particolare il riferimento a O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, p. 7 ss., ora anche in E. FERRARI e B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, vol. III, Camerino, 1992, pp. 35ss., 62, 79, secondo cui “l'amministrazione pubblica opera sempre in vista d'interessi generali, di cui essa si presenta come curatrice, o come tutelatrice e curatrice insieme; ciò mostra che essa ha per fine diretto della propria attività l'interesse pubblico e che quindi opera come autorità, secondo le norme del diritto pubblico”. Per quanto riguarda la funzionalizzazione dell'attività negoziale, per tutti v. G. GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

<sup>21</sup> Tale situazione appare analoga a quella che ha già portato ad una pronuncia di incostituzionalità da parte della nostra Corte n. 20/2019, sul che si rinvia a F. LORÈ, *La trasparenza amministrativa, tra conoscibilità e tutela dei dati personali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4, 2021, p. 215, il quale afferma che “la necessaria armonizzazione tra esigenze di trasparenza e di tutela della riservatezza è raggiungibile mediante l'applicazione di principi di derivazione comunitaria, in particolare attraverso il rispetto del principio di proporzionalità, la cui corretta attuazione può riequilibrare specifiche esigenze di contemperamento degli interessi in gioco”.

<sup>22</sup> Sul che, per tutti, si veda l'analisi del principio, sia sotto un profilo europeo sia nazionale, di D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Aut.*, 3, 2005; *La proporzionalità quale principio generale*



Si può in particolare notare che il comma 1-*bis* dell'art. 2-*ter* del d.lgs. n. 196/2003, proprio in ragione della sua ampiezza e della mancanza di qualsivoglia contestualizzazione delle norme rispetto alle tipologie di dati, delle finalità e dei soggetti coinvolti nel trattamento, finisce con il rendere apparentemente lecito – alla luce della normativa italiana – un qualsiasi trattamento, indipendentemente dal tipo di dato trattato rispetto al potere pubblico esercitato.

Un'attuazione conforme al principio di proporzionalità avrebbe invece imposto che il legislatore, nell'introdurre il comma 1-*bis*, avesse graduato la possibilità di trattare dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni rispetto quantomeno al potere pubblico esercitato e, quindi, l'interesse pubblico perseguito<sup>23</sup>. Ciò sarebbe potuto avvenire anche solo definendo dei criteri atti a stabilire i termini di massima del trattamento, prevedendo una qualche minima garanzia volta a delimitare entro pur ampi confini la possibilità per le amministrazioni di gestire indifferentemente qualsiasi dato personale.

Nulla di tutto questo si rinviene nelle norme analizzate. L'ampia formulazione della norma non pare peraltro nemmeno necessaria. Giova ricordare che l'art. 2-*ter*, comma 1, sancisce che il trattamento di dati personali da parte di una pubblica amministrazione può essere legittimato anche solo da atti amministrativi generali, con il che dunque pare più che garantita l'efficienza dell'azione amministrativa, superandosi in radice eventuali timori di un eccessivo irrigidimento normativo<sup>24</sup>.

---

dell'ordinamento, in *Giornale dir. amm.*, 10, 2006; *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2, 2007; *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010; D.-U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012; D.-U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2019; *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14, 2020; D.-U. GALETTA, *Proporzionalità e controllo sull'azione dei pubblici poteri*, in *Enc. dir.*, 2023.

<sup>23</sup> Sul requisito di proporzionalità delle norme nazionali attuative dell'art. 6 del regolamento 2016/679/UE, v. anche FRANCESCO MIDIRI, *Protezione dei dati personali nell'archiviazione e catalogazione del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 3, 2020, par. 3, il quale, in relazione alla norma italiana che disciplina la diffusione dei dati dei cataloghi digitali – se pur in senso inverso a quello qui analizzato, in quanto censurante le norme nazionali per un eccessivo rigore –, afferma che “per considerare pienamente leciti i nostri trattamenti e consentirne l'operatività pare necessario disapplicare la regola nazionale, considerandola non proporzionata alle sue finalità ed alla protezione dei diritti degli interessati, per ritornare alle disposizioni generali più permissive del GDPR”.

<sup>24</sup> Timori ad esempio formulati in relazione alla competenza legislativa sul punto, affermandosi anche quella regionale, v. V. PALLADINI, *La Corte costituzionale e i poteri d'intervento*

La questione appare particolarmente delicata in quanto l'ampia formulazione del Codice Privacy può pregiudicare in concreto i diritti dei singoli, specialmente laddove per le amministrazioni non sia chiaro quale sia il confine dei propri oneri e poteri.

Si pensi, ad esempio, agli obblighi di trasparenza<sup>25</sup>. Prima delle ultime riforme, la pubblicazione di dati personali unitamente a provvedimenti amministrativi era già stata sanzionata dal Garante per mancanza di una base giuridica appropriata<sup>26</sup>, ma alla luce delle norme analizzate sopra, oggi una simile sanzione sarebbe più difficilmente irrogabile. Sicché, per le amministrazioni, piuttosto che violare gli obblighi di trasparenza, potrebbe apparire più prudente pubblicare atti contenenti dati personali, ritenendosi ciò lecito per il sol fatto che la pubblicazione rientri nell'esercizio delle loro funzioni.

Un'ulteriore fattispecie nella quale l'incerta norma nazionale può risultare particolarmente pregiudizievole per i privati è quello dello sviluppo ed utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale da parte della pubblica amministrazione. Poiché tali sistemi sono basati in sostanza sull'analisi massiva di dati<sup>27</sup>, l'as-

---

*del Garante privacy tra autonomia regionale, emergenza e "ragion di Stato,"* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5, 2023, p. 91. Sul punto anche M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e Big Data*, Napoli, 2023, p. 260, il quale sottolinea che, grazie alla modifica al comma 1, "le amministrazioni potranno disciplinare tutte le questioni relative al trattamento dei dati (la specificazione del titolare del trattamento, il tipo di dati personali oggetto del trattamento, gli interessati coinvolti, i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali, il periodo di conservazione dei dati) ed indicarne direttamente le finalità anche attraverso un atto amministrativo generale, senza dovere attendere una specifica disposizione normativa".

<sup>25</sup> Sul rapporto tra trasparenza e protezione dei dati personali v. per tutti I. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 11, 2015, p. 9.

<sup>26</sup> Si veda ad esempio S. CROCI, *Gli obblighi di pubblicità e trasparenza nelle pubbliche amministrazioni ed il rispetto della privacy: la formazione ICT del personale come grandezza pre-dittiva*, in *CERIDAP*, 4, 2020, p. 53, la quale analizza, tra gli altri, il caso del Comune di Montevago, che, avendo pubblicato un provvedimento amministrativo con allegato un documento contenente dati personali identificabili, è stato multato dal Garante in quanto, come spiega l'Autrice, "al tempo della violazione (e tuttora, a ben vedere) non sussisteva infatti alcuna norma di legge o regolamento nazionale – statale o regionale – che prevedesse espressamente la possibilità di diffondere (*rectius*, trattare) on line i fatti ed i dati personali della persona fisica in questione: con la conseguenza che tale trattamento si qualificava pertanto 'non necessario', né per adempiere un obbligo legale, tanto meno per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri".

<sup>27</sup> In proposito, per brevità, si rinvia a quanto già esposto in G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. informaz. e inf.*, 3, 2021; *Large Language Models for Transparent and Intelligible AI-Assisted Public Decision-Making*, in *CERIDAP*, 3, 2023.

senza di criteri che definiscano i limiti entro i quali i dati personali possono essere utilizzati per lo svolgimento di funzioni istituzionali pubbliche può determinare una pericolosa apertura ad un uso pressoché insindacabile del patrimonio informativo pubblico<sup>28</sup>.

In tale contesto, è importante notare che il Garante per la protezione dei dati personali non è stato sul punto investito di alcun esplicito potere. Come si è visto, l'obbligo di notifica al Garante è stato prescritto solo in caso di comunicazione o diffusione di dati a soggetti che intendono trattarli per finalità diverse da quelle per cui gli stessi sono stati acquisiti dall'amministrazione che ne è titolare. Si sarebbe forse potuta affermare la compatibilità delle norme nazionali se la norma, nella sua attuale formulazione, avesse quantomeno previsto l'obbligo (normativamente sancito) del rispetto di linee guida o altre prescrizioni del Garante in materia di trattamenti di dati personali per finalità di interesse pubblico<sup>29</sup>. Ma nemmeno di ciò vi è traccia nelle norme qui esaminate.

#### 4. *Conclusioni: la necessità di una maggiore aderenza della normativa italiana al quadro giuridico delineato dal regolamento 2016/679/UE.*

In conclusione, occorre rilevare che la prospettata incompatibilità della normativa nazionale con il quadro europeo di riferimento, rappresentato dal GDPR, può avere rilevanti ripercussioni.

In primo luogo, vi è il rischio che l'azione amministrativa risulti illegittima qualora frutto di un trattamento di dati personali contrario alla disciplina europea, se pur apparentemente in linea con la disciplina nazionale<sup>30</sup>. Il GDPR

---

<sup>28</sup> In tal senso in dottrina v. J. VALERO TORRIJOS, *Las singularidades del tratamiento de datos de carácter personal en entornos de inteligencia artificial en el sector público*, in E. GAMERO CASADO (a cura di), *Inteligencia artificial y sector público*, Valencia, 2023, pp. 359-360.

<sup>29</sup> In proposito si è del resto già da tempo rilevato, in materia di “bilanciamento di interessi per escludere la necessità del consenso dell'interessato”, che “attraverso l'istituto del ‘bilanciamento degli interessi’ il Garante determina il contenuto delle posizioni sostanziali delle parti del rapporto di trattamento – e lo stesso contenuto sostanziale del diritto alla protezione dei dati personali – fino a prevedere nuove fattispecie di liceità del trattamento dei dati accanto a quelle già previste ed integrare così, con la propria discrezionalità, la disciplina legislativa generale della protezione dei personali. In tal senso il potere può essere considerato sostanzialmente normativo”, F. MIDIRI, *Il diritto alla protezione dei dati personali. Regolazione e tutela*, Napoli, 2017, p. 186.

<sup>30</sup> Sulle conseguenze di un'antinomia tra norma italiana e norme europea sugli atti amministrativi nazionali v. per tutti G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti ammi-*

è infatti un regolamento e, come tale, dotato dell'attributo dell'effetto diretto, cui si accompagna – come è noto – anche il primato sul diritto nazionale incompatibile<sup>31</sup>.

In secondo luogo, l'incompatibilità tra la norma nazionale e il regolamento europeo potrebbe anche portare all'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia<sup>32</sup>, specialmente ove si consideri la natura di diritto fondamentale che è stata attribuita della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 8) e quindi dal GDPR alla protezione dei dati personali<sup>33</sup>.

Onde superare tali criticità, si potrebbe argomentare che il comma 1-*bis* dell'art. 2-*ter* debba essere implicitamente interpretato alla luce del requisito di proporzionalità previsto dall'art. 6, par. 3, del regolamento europeo. Si potrebbe in tal senso ipotizzare che il legislatore italiano abbia inteso includere implicitamente la valutazione di proporzionalità nel comma 1-*bis* dell'art. 2-*ter*, anche se non espressamente menzionata, e pur in mancanza di criteri di sorta in proposito. In tal modo, il trattamento dei dati personali funzionale all'esercizio dei compiti istituzionali delle amministrazioni – nell'ampia nozione di cui al più volte citato comma 1-*bis* – sarebbe lecito solo se fosse di-

---

*nistrativi nazionali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale* (coordinato da G.F. CARTEI, D.-U. GALETTA), vol. II, II ed., Milano, 2007, p. 933 e ss., il quale spiega, riassuntivamente, che "l'atto amministrativo italiano rimane sempre soggetto al consueto regime di illegittimità-annullabilità, anche allorché esso risulti in contrasto diretto con la norma comunitaria".

<sup>31</sup> Sul punto si rinvia riassuntivamente a D.-U. GALETTA, *Le fonti (del diritto amministrativo europeo)*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2018, p. 95 ss.

<sup>32</sup> Sul ruolo della procedura di infrazione quale strumento di controllo sull'azione amministrativa in contrasto con le prescrizioni dell'Unione europea, G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, cit., p. 942, ricorda "il ruolo della Commissione [...] col potere di adire la Corte di giustizia di fronte a qualunque inadempienza dello Stato membro (art. 226 e ss. CE). Il che ben può verificarsi [...] anche per l'attività amministrativa, inficiata da illegittimità comunitaria: si tratta di un istituto di controllo, per l'affermazione (in senso oggettivo) del medesimo diritto comunitario, che compensa i limiti della tutela giurisdizionale impostata sulla lesione di posizioni soggettive e che non può essere trascurato nella valutazione d'insieme del sistema". In tal senso v. anche M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, p. 120 ss.

<sup>33</sup> Cfr. regolamento 2016/679/UE. Sulla crescente rilevanza del diritto alla protezione dei dati personali e dello "sviluppo del diritto alla privacy, certamente funzionale ad una amplificazione del controllo del flusso dei dati personali fuoriusciti dalla sfera privata", v. L. CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4, 2018, p. 23.

mostrato dall'amministrazione che lo stesso sia necessario e proporzionato rispetto all'obiettivo legittimo perseguito. L'art. 2-ter, dunque, andrebbe interpretato quale norma integrante l'onere motivazionale di cui all'art. 3, legge n. 241/1990.

Accedendo a tale lettura, si dovrebbe ritenere che, in caso di uso di dati personali sulla base del comma 1-bis dell'art. 2-ter, l'amministrazione dovrebbe dar conto – e quindi puntualmente esplicitare nelle motivazioni dell'atto – per quale motivo l'interesse pubblico per cui si è agito abbia giustificato il trattamento. In altri termini, l'onere di applicare il principio di proporzionalità sarebbe trasferito in capo alle amministrazioni, attraverso la motivazione dei loro atti, dimostrando la sussistenza, volta per volta, di una concreta e giustificata esigenza pubblica legata alla necessità di trattamento dei dati personali.

Una tale interpretazione della norma nazionale non consentirebbe, tuttavia, di superarne i rilievi di incompatibilità rispetto alle prescrizioni del regolamento europeo. La norma del GDPR, difatti, pone l'onere di rispettare il principio di proporzionalità in capo alla base giuridica che legittima l'uso dei dati, sicché detta valutazione dovrebbe precedere l'uso degli stessi. Invertire l'ordine dei fattori, delegando all'amministrazione detta valutazione in sede procedimentale, significa in sostanza rinviare il test di proporzionalità al momento in cui i dati vengono trattati, il che non pare coerente con l'alto livello di protezione richiesto dal regolamento europeo.

# INTELLIGENZA ARTIFICIALE TRA SERVIZIO PUBBLICO LOCALE, SERVIZI D'INTERESSE ECONOMICO GENERALE E AUTORGANIZZAZIONE DI CITTADINI E UTENTI

*Roberto Cavallo Perin*

SOMMARIO: 1. L'articolazione delle forme di gestione tra servizi pubblici locali e attività di interesse pubblico. – 2. La conoscenza e la centralità di cittadini e utenti. – 3. Il servizio pubblico di fruizione delle banche dati. – 4. Doverosità dell'ente in ragione della periodicità oggettiva dei comportamenti di cittadini e utenti.

## *1. L'articolazione delle forme di gestione tra servizi pubblici locali e attività di interesse pubblico.*

In altra occasione ho cercato<sup>1</sup> di mettere in evidenza che la principale innovazione del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, può essere vista nell'aver provato a riunire in una disciplina generale sia i *servizi pubblici locali di rilevanza economica* sia i *servizi di interesse economico generale di livello locale*<sup>2</sup>.

In entrambi i casi si tratta di “servizi erogati o suscettibili di essere erogati” al mercato, in ragione di un corrispettivo economico, ove l'intervento dell'ente pubblico trova causa nell'assicurare continuità, non discriminazione, qualità, sicurezza o accessibilità fisica ed economica<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Seminario *Servizi pubblici di rilevanza economica: affidamenti mediante gara, affidamenti in house*, a cura di G. Caia, Università di Bologna, 26 maggio 2023.

<sup>2</sup> Cfr. Corte cost., sentenza n. 325/2010 ove entrambe le nozioni si riferiscono a servizi che sono un'attività economica (pubblica o privata), intesa come “qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato”, così *ex multis* Corte Giust. UE, *Commissione c. Italia*, 18 giugno 1998, C-35/96) e che fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche “fini sociali”) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini.

<sup>3</sup> Da ultimo si vedano: M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir., I tematici*, Milano,

Si tratta di prestazioni previste dalla legge, o definite dagli enti locali a soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, allo scopo di “*garantire l’omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale*”<sup>4</sup>.

Ciascun enunciato sollecita spunti ricostruttivi che meriterebbero di essere trattati analiticamente, poiché in sé capaci di incidere – come un “a priori” – sui caratteri giuridici degli affidamenti che anche ai sensi della nuova normativa si possono pur sempre classificare in due macro ipotesi, quella dell’affidamento a terzi con gara, tra cui le società miste in senso stretto (art. 14, lett. a), b), d.lgs. n. 201/2022, cit.), oppure nell’affidamento diretto “in house”, o in economia (art. 14, lett. c), d), d.lgs. n. 201/2022, cit.) a chi non sia terzo, perché parte integrante del gruppo organizzativo dell’ente affidante.

In dettaglio la disciplina prevede una pluralità di procedimenti e ipotesi. Per assicurare il soddisfacimento dei bisogni sociali, interessi, o esigenze delle comunità, l’ente locale – secondo un ordine crescente d’intervento pubblico – può alternativamente: a) non intervenire affatto, b) promuovere iniziative che *assicurino un adeguato* soddisfacimento dei bisogni sopra indicati<sup>5</sup>, anche solo con agevolazioni nella fruizione del servizio<sup>6</sup>; c) definire obblighi di servizio pubblico per chi – senza contingentamento – sia *abilitato* (accreditato) alla gestione di servizi d’interesse economico generale<sup>7</sup>; d) affidare la gestione a un numero limitato di operatori, siano essi terzi, società miste o in *house provi-*

---

2022, p. 1086 s.; M. D’ORSOGNA, *Servizi idrici*, in *Enc. dir., I tematici*, Milano, 2022, p. 1053 s.; L. SALTARI, *Trasporto pubblico*, in *Enc. dir., I tematici*, Milano, 2022, p. 1179.

<sup>4</sup> A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, Milano, 1924; M. NIGRO, *L’edilizia popolare come servizio pubblico*, Milano, 1957; U. POTOTSCHNIG, *Pubblici servizi*, Padova, 1964; E. FERRARI, *I servizi a rete in Europa: concorrenza tra gli operatori a garanzia dei cittadini*, Milano, 2000; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993; ID., *La struttura della concessione del servizio pubblico locale*, Torino, 1998; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di dir. amm.*, a cura di S. Cassese, *Parte speciale*, tomo III, Milano, 2003, p. 2581; G. CAIA, *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, 2005; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008; da ultimo: M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir., I tematici*, Milano, 2022, p. 1086 e s.

<sup>5</sup> Senza pregiudizio per la libertà d’impresa, dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, del divieto degli aiuti di Stato.

<sup>6</sup> Vantaggi economici, o titoli, ex art. 11, d.lgs. n. 201/2022, cit.

<sup>7</sup> Art. 2, comma 1, lett. c); art. 12, d.lgs. n. 201/2022, cit.

*ding*; anche in economia o in aziende speciali per servizi non a rete di servizi pubblici locali<sup>8</sup>.

È posto a fondamento dell'affidamento – non a suo presupposto – quell'attività conoscitiva che anche nel procedimento amministrativo ha assunto il nome di istruttoria e che la legge vuole sia anzitutto condotta sui bisogni sociali delle comunità locali che s'intende soddisfare<sup>9</sup>.

Ogni scelta è soggetta alla disciplina generale o del settore di riferimento, ma la deliberazione di istituzione del servizio deve dare conto della capacità delle imprese liberamente operanti nel mercato nonché *dell'iniziativa* dei cittadini, singoli o associati.

La deliberazione d'istituzione del servizio può essere sottoposta a consultazione pubblica prima dell'adozione<sup>10</sup>, fermo restando che anche nell'organizzazione e nella produzione dei servizi di interesse economico generale di livello locale<sup>11</sup> va assicurata la centralità del cittadino e dell'utente, favorendo le forme di partecipazione attiva dei medesimi (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 201/2022, cit.)

## 2. La conoscenza e la centralità di cittadini e utenti.

La centralità del cittadino e dell'utente non può nel costrutto della norma essere confusa con la “partecipazione attiva” dei medesimi, o con la libera *iniziativa* dei cittadini, singoli o associati, essendo quest'ultima di preferenza riferita alla capacità di autoproduzione o autorganizzazione dei servizi (art. 118, ult. comma, Cost.) distinguendosi dalla possibilità loro conferita di definire il programma e le prestazioni di servizio pubblico cui si riferisce invece il primo enunciato che pone al centro cittadini e utenti.

---

<sup>8</sup> Istituzione di servizi pubblici locali di rilevanza economica: art. 2, comma 1, lett. c); art. 14, d.lgs. n. 201/2022, cit.

<sup>9</sup> Art. 10, comma 4, d.lgs. n. 201/2022, cit.

<sup>10</sup> Art. 10, comma 5, d.lgs. n. 201/2022, cit.

<sup>11</sup> L'affermazione ha senso solo ove si ritenga che vi sia differenza tra l'imposizione obblighi di servizio pubblico (art. 12, d.lgs. n. 201/2022, cit.) a carico di uno o più operatori (senza restrizione del numero di soggetti abilitati a operare sul mercato) e affidamento del servizio pubblico a un operatore o a un numero limitato di operatori (art. 14, d.lgs. n. 201/2022, cit.), costituendo quest'ultimo un'ipotesi in cui l'obbligazione abbia ad oggetto l'intera prestazione di servizio pubblico di interesse economico generale e non semplicemente alcuni *modus* (vincoli ed obblighi) imposti a chi resti libero di effettuare una prestazione di interesse economico generale.



Tutte le capacità e i possibili vincoli e obblighi – libertà d’impresa iniziati-va di cittadini e utenti; iniziative a sostegno degli utenti; obblighi di servizio pubblico per attività di interesse generale; prestazioni di servizio pubblico; forme di partecipazione attiva dei cittadini ed utenti – sono l’oggetto dell’istruttoria dell’ente locale<sup>12</sup>, giovando utilmente di piattaforme digitali a tal fine istituite o di esistenti, tra cui la Piattaforma Digitale Nazionale Dati a supporto di politiche pubbliche<sup>13</sup>.

Dall’istruttoria – dal modo in cui la stessa è stata condotta e dagli esiti che ne derivano – si ricava lo spazio per l’affidamento ad alcuni gestori di servizio pubblico e alla correlata scelta della relativa forma di gestione<sup>14</sup>, con la conseguenza che quest’ultimi si ritrovano indicato nel deliberato la preesistente reale o potenziale, cooperazione o competizione, dell’autorganizzazione di cittadini e utenti, della libera impresa, di coloro che tra questi siano assoggettati a obblighi di servizio pubblico<sup>15</sup>.

Si tratta di una pluralità di operatori, di diversa natura giuridica, che sono assoggettati a differenti discipline giuridiche, e che sono a ciò legittimati da scopi e programmi d’azione differenti, di cui la deliberazione di affidamento è – in esito all’istruttoria e per il tramite di una piattaforma – una definizione per *relationem* delle prestazioni che possono essere assolte da ciascuno di essi, dunque alla loro relativa capacità giuridica, che è concreta – reale o potenziale – idoneità degli stessi a soddisfare – anch’essi e a loro modo – i bisogni sociali della comunità locale di riferimento.

Da ciò l’importanza dell’affermata rilevanza *ex lege* della “centralità di cittadini e degli utenti” nella definizione dell’organizzazione e produzione dei servizi pubblici locali, a cominciare dalla conoscenza – da restituire e lasciare a disposizione dei medesimi cittadini e utenti – sui comportamenti persistenti delle varie comunità di utenti, sui relativi flussi o addensamenti, che li riguar-

---

<sup>12</sup> Art. 10, comma 4, d.lgs. n. 201/2022, cit.

<sup>13</sup> Art. 50-ter, comma 4, d.lgs. n. 82/2005.

<sup>14</sup> Art. 14, d.lgs. n. 201/2022, cit.

<sup>15</sup> La scelta sul grado e modo di coordinamento dell’attività economica pubblica e privata a fini sociali è così liberata da elementi presuntivi “generali e statistici”: La possibilità offerta dai dati, nonché dalla elaborazione dei medesimi con i modelli predittivi o generativi consente di verificare i possibili *outcome* nel sistema considerato. Sul punto del servizio pubblico come organizzazione già: M. NIGRO, *L’edilizia popolare come servizio pubblico*, (*Considerazioni generali*), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 183, spec. p. 186. Sul punto da ultimo C. JACOD, *Le funzioni di programmazione e polizia locale alla prova della mobilità sostenibile*, in *Dir. amm.*, 2023, 3, p. 651, spec. p. 654.

dano individualmente, o collettivamente, nei vari giorni dell'anno, per i diversi di servizi pubblici locali.

Grazie all'intelligenza artificiale è possibile avere una adeguata conoscenza dei flussi di comportamento che occorre corredare con la partecipazione di cittadini e utenti<sup>16</sup>, che gli enti locali hanno l'obbligo di favorire anche attraverso l'uso di nuove tecnologie atte a promuoverne "una maggiore partecipazione"<sup>17</sup>.

Ciò non è rilevante solo *ab inizio* nel definire la deliberazione che determina l'istituzione di obblighi di servizio pubblico o un servizio pubblico locale determinato (trasporto, biblioteca, ecc.), ma la novità è la previsione dell'obbligo *ex lege* di una ricognizione periodica della situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nei rispettivi territori, certificando per ogni servizio affidato il *concreto andamento* dal punto di vista economico, della qualità del servizio e del rispetto degli obblighi indicati nel contratto di servizio, in modo analitico, tenendo conto anche degli indicatori di cui agli articoli precedenti<sup>18</sup>.

Ciò è reso possibile agevolmente e sistematicamente ricorrendo all'uso dell'intelligenza artificiale, realizzando e mettendo a disposizione – *erga omnes* o con accesso limitato a taluni cittadini ed utenti – potenti piattaforme capaci di ricevere istituzionalmente le informazioni rilevanti, organizzare i dati, consentendone poi l'elaborazione e fruizione – non solo ai gestori o ai controllori – ma anche a cittadini e utenti, che sono stati elevati dalla legge a soggetti "centrali" dell'organizzazione dei servizi locali.

Il contratto di servizio deve prevedere l'obbligo del gestore di rendere disponibili all'ente affidante i dati acquisiti e generati nella fornitura dei servizi agli utenti<sup>19</sup>. Trattasi della generalizzazione dell'obbligo previsto per il concessionario di rendere disponibili (all'amministrazione concedente, che a sua volta li rende disponibili alle altre pubbliche amministrazioni) tutti i dati acquisiti e generati dal servizio agli utenti "e relativi anche all'utilizzo del servizio medesimo da parte degli utenti, come dati di tipo aperto"<sup>20</sup>. A tal fine *Linee*

---

<sup>16</sup> Art. 3, comma 3, d.lgs. n. 201/2022, cit.

<sup>17</sup> Art. 9, d.lgs. n. 82/2005, cit.

<sup>18</sup> Art. 30, art. 14, comma 2, art. 7, commi 1 e 2, art. 8, comma 1, art. 9, commi 1 e 2, d.lgs. n. 201/2022, cit.

<sup>19</sup> Art. 24, comma 3, lett. o), d.lgs. n. 201/2022, cit.

<sup>20</sup> È formato aperto quello con caratteristiche tecniche che ne garantiscano la pubblicità e la documentazione esaustiva e neutra rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi (art. 1, comma 1, lett. *l-bis*), d.lgs. n. 82/2005) ed è soddisfatto quanto è

*guida* sono adottate da AgID, sentito il *Garante per la protezione dei dati personali* (art. 50-*quarter*, d.lgs. n. 82/2005).

Le pubbliche amministrazioni pubblicano (art. 9, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33), il catalogo dei dati e dei metadati, o banche dati, in loro possesso, nonché i regolamenti che disciplinano l'esercizio della facoltà di accesso telematico e il riutilizzo di tali dati e metadati, salvo quelli dell'Anagrafe tributaria<sup>21</sup>.

Nel rispetto del segreto commerciale e delle confidenziali informazioni d'impresa, il gestore dà adeguata pubblicità (anche a mezzo sito internet<sup>22</sup>) del livello effettivo di qualità dei servizi offerti, del livello annuale degli investimenti effettuati e della loro programmazione fino al termine dell'affidamento, con modalità che assicurino la comprensibilità dei relativi atti e dati (art. 25, comma 2, d.lgs. n. 201/2022, cit.).

### 3. *Il servizio pubblico di fruizione delle banche dati.*

L'ente locale affidante è individuato *ex lege* come il depositario istituzionale di tutti i dati e metadati – acquisiti e generati – nella fornitura dei differenti servizi pubblici locali, il cui *andamento* va descritto e analizzato nella relazione annuale che sin dall'inizio caratterizza la scelta del gestore del servizio<sup>23</sup>, che è importante come rilevazione della quantità e qualità dell'adempimento, ma a

---

reso disponibile secondo i termini di una licenza o di una previsione normativa che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato (art. 1, comma 1, lett. l-ter), d.lgs. n. 82/2005). Il dato si dice altresì di tipo aperto quando è rispettato il requisito tecnologico e cioè è reso disponibile attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, come le reti telematiche pubbliche e private, e quando sono adatti al trattamento automatico (*machine readable*) da parte di programmi per elaboratori (*software*) e sono provvisti dei relativi metadati. In particolare, il dato deve avere un formato leggibile meccanicamente e cioè deve avere un formato di file strutturato in modo tale da consentire alle applicazioni software di individuare, riconoscere ed estrarre facilmente dati specifici, comprese dichiarazioni individuali di fatto e la loro struttura interna (art. 2, lett. c-*bis*), d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36).

<sup>21</sup> Art. 53, comma 2, d.lgs. n. 82/2005, cit.

<sup>22</sup> Le pubbliche amministrazioni realizzano siti istituzionali su reti telematiche che rispettano i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità ed interoperabilità. Sono in particolare resi facilmente reperibili e consultabili i dati di cui all'art. 54 (art. 53, comma 1, d.lgs. n. 82/2005).

<sup>23</sup> Art. 30, art. 14, comma 2, d.lgs. n. 201/2022, cit.

cui – senza contraddizione alcuna – lo stesso contratto rinvia *per relationem* (art. 1346 c.c.), aggiornando così periodicamente (oggetto determinabile) la definizione annuale dell'obbligazione del gestore, con riferimento essenziale ai flussi, ai comportamenti – di cittadini ed utenti – che concretamente definiscono e perciò caratterizzano le prestazioni necessarie a soddisfare i loro bisogni per categorie di utenti non meno di quelli complessivi della comunità di riferimento.

Una considerazione dei bisogni – individuali e collettivi – di una comunità locale, con rappresentazione del loro soddisfacimento reale o potenziale da parte di imprese, cittadini o utenti, che sa cogliere l'esistente in successione – nel tempo t1, t2, t3, t4, ecc., – apprende dall'esperienza ed è perciò capace di “predire” – meglio di *intelligere* – l'eventuale comportamento regressivo, conservativo, o evolutivo, di varie comunità di popolazione di riferimento, con la relativa consistenza e percentuale d'errore statistico.

Una conoscenza che in quanto sistemica – cioè organizzata a sistema – vale definizione dei comportamenti esistenti – siano essi totalmente liberi o definiti dagli obblighi di servizio pubblico – e al tempo stesso delle prestazioni agli utenti dei gestori di servizio pubblico locale, in attuazione del principio di sussidiarietà (art. 118, ult. comma, Cost.).

Dalla conoscenza sistemica dei comportamenti di tutti (imprese, cittadini e utenti) scaturisce la definizione di ciò che resta come obbligo di prestazione dei gestori di servizio pubblico secondo una profezia che – per così dire – si autoavvera grazie al sistema d'intelligenza artificiale, ma che a ben vedere è lo stesso comportamento dei gestori che è reso conoscibile (non diversamente dagli altri operatori) nelle possibili reazioni al cambiamento nella soddisfazione dei bisogni degli utenti, a cagione delle struttura aziendale o giuridica che le caratterizza.

Il sistema preso atto dei mutamenti intervenuti – nei bisogni sociali, nelle reazioni degli operatori come capacità individuali o collettive (libere imprese, autorganizzazione di cittadini e utenti, con o senza obblighi di servizio pubblico, gestori di servizio pubblico) – può essere strutturato per ridefinire direttamente in tutto o in parte le prestazioni ammesse oppure proporre all'ente locale di aggiornare periodicamente programmi o obblighi di servizio pubblico, o le norme di polizia amministrativa (di sicurezza, d'igiene e di edilità) che disciplinano il settore, con modificazioni al piano del traffico e di viabilità, innovando se necessario le relative forme giuridiche, il numero o i caratteri degli operatori, compresi i gestori di servizio pubblico, rafforzando o convalidando con atti amministrativi ciò che spontaneamente – il mercato, l'autorganizzazione di cit-

tadini ed utenti, l'autonomia delle varie forme giuridiche pubbliche o private – non sono riuscite o non possono riuscire del tutto a determinare.

Un sistema oggettivo tratto dai comportamenti nel tempo delle persone, delle possibili evoluzioni delle medesime in ragione delle organizzazioni di appartenenza, che oggi è possibile studiare con strumenti d'intelligenza artificiale soprattutto con piattaforme digitali, che già in altra occasione abbiamo ricondotto al pensiero istituzionale, in particolare alla teoria dell'ordinamento giuridico e alle letture che della stessa di teoria generale del diritto appaiono preferibili<sup>24</sup>, che qui può essere di rilievo ricordare anche dal punto di vista di uno studioso che dei servizi pubblici ha fatto uno dei suoi temi d'elezione.

#### 4. *Doverosità dell'ente in ragione della periodicità oggettiva dei comportamenti di cittadini e utenti.*

La caratterizzazione del servizio pubblico come rapporto giuridico e come prestazione che pone l'attenzione su "cittadini e utenti", presi in considerazione come persone "il cui comportamento è giuridicamente rilevante all'interno del rapporto e quindi sulle vicende di questo" era già stato rilevato compiutamente molti anni or sono<sup>25</sup>. È piuttosto l'idea che l'intervento dell'ente locale non significhi tanto "disporre circa la gestione di questo, né affidare necessariamente una attività all'apparto pubblico, bensì assicurare alla comunità la cura di quel certo interesse, disponendo in tal senso con legge, regolamento, provvedimento discrezionale, o atto di autonomia"<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> *Amplius*: R. CAVALLO PERIN, *Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto*, in R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. ROMANO (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano Pisa 14-15 giugno 2018*, Napoli, 2019, pp. 41-55.

<sup>25</sup> E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986, p. 223, cfr. A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, Milano, 1924. V. anche F. SPANTIGATI, *Il giudice dei servizi pubblici*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*. Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como: Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995, Milano, 1997, secondo cui non è più rispondente alla realtà contemporanea l'affermazione "c'è servizio pubblico dove lo Stato decide che una produzione ha fini pubblici", ma piuttosto "c'è servizio pubblico dove c'è scelta politica del cittadino, sia essa determinata dal rapporto politico con un ente o dalla presenza economica sul mercato. La scelta non viene offerta e legittimata dal potere, ma espressa dal cittadino nel comportamento", pp. 531-535.

<sup>26</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986, spec. p. 150.

Sennonché l'affermazione è rafforzata nella definizione di servizio pubblico locale dall'elevazione ad elemento istituzionale della "doverosità", che "impone a soggetti pubblici o/e privati di svolgere una certa attività (non per perseguire risultati ulteriori, o per raggiungere ulteriori scopi, bensì) quale fine d'interesse pubblico essa stessa"<sup>27</sup>.

Trattasi di una doverosità che caratterizza il servizio pubblico come organizzazione, anche di più enti, che si vedono in tal modo indirizzati e coordinati ad un fine pubblico<sup>28</sup>, secondo un enunciato che ora si può ritenere esteso ai servizi di interesse generale con una interessante convergenza tra definizioni costituzionali (art. 41, comma 3, Cost.) e disciplina dell'Unione europea (art. 106 s. TFUE).

La nuova disciplina e la nuova tecnologia che l'accompagna, incontrano dunque autori intelligenti che l'hanno saputa preconizzare, talora *in nuce*, talora anticipandole compiutamente, aprendo a un nuovo servizio pubblico locale, o di interesse economico generale, che pone al centro i cittadini e gli utenti, con una doverosità che è carattere istituzionale degli enti locali verso i medesimi. Ciò consente di definire l'organizzazione dei servizi pubblici verso sistemi innovativi per le comunità locali e dei loro bisogni sociali, aggiornando in tempo reale le prestazioni capaci di soddisfarli. Ciò è reso possibile dalla predicata validità giuridica delle obbligazioni che possono avere oggetti – determinati ma anche determinabili – *per relationem* alle informazioni che è possibile raccogliere a sistema in ciascun settore e complessivamente nella comunità locale.

In tale costruito la partecipazione di cittadini e utenti si evidenzia non solo nell'accesso ma soprattutto nella fruizione e controllo diffuso su una banca dati unitaria organizzata dall'ente locale, che si definisce essa stessa come servizio pubblico locale, capace di selezionare i flussi di comportamento umani correlati sia a ciascun servizio, sia per dati aggregati sull'andamento complessivo

---

<sup>27</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici*, cit., p. 162, ma si veda anche pp. 156, 160-162; nonché ID., *Sul fondamento giuridico del servizio pubblico*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, vol. III, Milano, 1988, p. 262, e sp. nota 9 sulla distinzione fra "doverosità" e essenzialità dei servizi di cui all'art. 43 Cost.

<sup>28</sup> Qui con il riferimento all'art. 41, comma 3, Cost., si può pensare ad una convergenza tra gli studi di I. Marino con chi l'ha preceduto: U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, ancora prima con M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, cit., spec. p. 187: a) destinazione di più attività di soggetti pubblici e privati, b) sottoposizione di tali soggetti ad un regime pubblicistico identico o molto simile per tutti i soggetti interessati e c) coordinamento dell'attività di soggetti pubblici e privati.

con altri centri di riferimento (es. trasporti in area metropolitana o tra città metropolitane), offrendo nei prossimi anni una conoscenza degli andamenti della comunità locali che vale identità della medesima, nel suo complesso e nel suo variegato rapporto con parti di se medesima, localmente definite o in rapporto con altri che, pur distanti, ne sono parti correlate o complementari.

# CONCORRENZA E REGOLAZIONE NEL TRASPORTO FERROVIARIO: UN CASO RIUSCITO DI “*REGULATION BY LITIGATION*”?\*

*Paola Chirulli*

SOMMARIO: 1. Concorrenza e regolazione nel trasporto ferroviario. – 2. Il contenzioso e le sue principali caratteristiche. – 3. Il contenzioso giudiziario: casistica e temi ricorrenti. – 4. Il contenzioso davanti all’Autorità di Regolazione dei Trasporti e all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 5. Rilievi conclusivi.

## 1. *Concorrenza e regolazione nel trasporto ferroviario.*

La concorrenza nel trasporto ferroviario, anche su impulso del diritto dell’Unione Europea<sup>1</sup>, si è sviluppata a un ritmo crescente, sia pure in modo diversificato: mentre a livello regionale è operante il modello della concorrenza “per” il mercato, a livello nazionale si distingue tra il servizio pubblico a lunga percorrenza, affidato a Trenitalia, e il servizio ad alta velocità, dove attualmente esistono due concorrenti, Trenitalia e Nuovo Trasporto Viaggiatori<sup>2</sup>. Sebbene da un punto di vista giuridico l’alta velocità sia al di fuori del perimetro

---

\* Il contributo riproduce, con modifiche e integrazioni, il testo pubblicato in inglese nel volume a cura di A. LAGET-ANNAMAYER, *The opening up to competition of passenger rail transport in Europe*, Paris-Bruylant, 2023.

<sup>1</sup> L’influenza del diritto dell’UE sul diritto e sulla giurisprudenza nazionale è stata oggetto di costante attenzione nell’opera scientifica di Guido Greco, come è testimoniato non solo dal numero di scritti dedicati al tema, ma dalla pluridecennale attività di direzione, insieme a M. P. Chiti, della Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, che ancora oggi rappresenta un punto di riferimento per gli studiosi delle interazioni tra diritto dell’UE e diritto nazionale.

<sup>2</sup> IRG-Rail, 11th Annual Market Monitoring Report, Working Document, April 2023, 40, available at <https://www.irk-rail.eu/irk/documents/market-monitoring/383,2023.html> (ultimo accesso marzo 2024).



del servizio pubblico, essa svolge un ruolo cruciale nel trasporto ferroviario, in quanto viene utilizzata non solo per i percorsi a lunga distanza, ma sempre più spesso anche dai pendolari per spostamenti più veloci. In questo segmento vi è dunque un'area limitata, ma in crescita, di concorrenza "nel" mercato. Il settore del trasporto merci, invece, è stato interamente liberalizzato.

Dal 2013, la regolazione del mercato viene svolta dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART)<sup>3</sup>, la quale a differenza di quanto avviene negli altri settori, dopo l'abolizione dell'Ufficio per la sicurezza e la regolamentazione ferroviaria (URSF)<sup>4</sup> accentra su di sé tutte le competenze regolatorie in materia, sia pure sotto la supervisione del Ministero dei Trasporti e del Ministero dell'Ambiente, che svolgono tuttavia un ruolo principalmente politico<sup>5</sup>.

Per questo motivo, soprattutto dopo l'attuazione del Quarto Pacchetto Ferroviario e le successive modifiche delle sue disposizioni istitutive<sup>6</sup>, l'ART ha acquisito un ruolo centrale nel settore<sup>7</sup>.

Sin dalla sua istituzione, l'Autorità è stata dotata di una vasta gamma di poteri, prescrittivi e regolatori, di vigilanza, investigativi, sanzionatori, di gestione dei reclami e di risoluzione delle controversie. Nonostante l'enumerazione legislativa di tali poteri, il mandato dell'Autorità è ampio e in qualche misura indefinito, non solo per la formulazione normativa, ma anche per natura fisiologicamente dinamica della regolazione<sup>8</sup>. Oltre ai poteri decisionali, l'Autorità svolge funzioni consultive di *advocacy* e collabora in particolare con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), con la quale ha sottoscritto un protocollo d'intesa.

---

<sup>3</sup> L'Autorità è stata istituita dal d.l. n. 201/2011 ma ha iniziato le sue attività nel 2013.

<sup>4</sup> Abolito dal d.lgs. n. 112/2015, art. 42 (1), lett. a).

<sup>5</sup> Sul tema, per un esaustivo inquadramento, organizzativo e funzionale, dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti e per un'analisi critica del suo ruolo nei diversi settori, v. G. PISANTI, *Le competenze "a geometria variabile" dell'Autorità dei Trasporti*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 249 ss. Ad avviso dell'autore, quello ferroviario è il settore di massima estensione delle competenze dell'Autorità, che dovrebbe rappresentare il modello da seguire anche negli altri settori trasportistici.

<sup>6</sup> D.lgs. n. 112/2015, come modificato dal d.lgs. n. 139/2018.

<sup>7</sup> M. GIACHETTI FANTINI, *Funzioni, poteri e ruolo istituzionale dell'autorità dei trasporti nel settore ferroviario alla luce del d.lgs. n. 112/2015 di recepimento della direttiva 2021/34/UE*, in P. CHIRULLI (a cura di) *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016, p. 117 ss.

<sup>8</sup> Sul punto, v. M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione dell'età dell'incertezza*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2018, p. 176.

Le competenze dell'ART spaziano dalla regolazione delle condizioni di accesso all'infrastruttura ferroviaria, con particolare riguardo ai sistemi di tariffazione e all'assegnazione della capacità, alla definizione degli standard di qualità del servizio e alla tutela dei diritti dei passeggeri. Il ruolo dell'Autorità è fondamentale nel garantire un accesso non discriminatorio alla rete e alle altre strutture, nonché nel monitorare l'apertura dei vari segmenti del mercato alla concorrenza<sup>9</sup>.

Prima dell'istituzione dell'Autorità, le tariffe erano decise dal gestore della rete secondo uno schema stabilito da un decreto governativo, che doveva essere applicato in modo rigido, senza lasciare spazio ad alcuna flessibilità<sup>10</sup>. Queste misure vengono ora fissate dal prospetto informativo della rete, il più importante documento redatto dal gestore dell'infrastruttura, sul quale l'Autorità esercita un significativo potere di conformazione e di vigilanza.

La caratteristica principale di questo tipo di regolazione è quella di essere indiretta, in quanto non determina direttamente le tariffe e non adotta provvedimenti che sono di competenza del gestore della rete, ma si sostanzia nella definizione di criteri e nella supervisione delle decisioni dei gestori della rete. Pertanto, in molti casi si instaura un rapporto "triangolare" tra il regolatore, il gestore di rete e l'operatore/fornitore di servizi, che caratterizza in modo peculiare anche il contenzioso che ne discende.

## *2. Il contenzioso e le sue principali caratteristiche.*

Il contenzioso in merito ai poteri di regolazione dell'Autorità dei trasporti è assai rilevante, quantitativamente e qualitativamente. Ai giudici spetta il delicato compito di interpretare disposizioni di legge a maglie larghe e garantire

---

<sup>9</sup> L'art. 37 del d.lgs. n. 112/2015 prevede che: "Fatte salve le competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sul mercato dei servizi ferroviari, l'organismo di regolazione dei trasporti, ferme restando le previsioni di cui all'articolo 37, commi 2 e 3, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, ha il potere di monitorare la situazione concorrenziale sui mercati dei servizi ferroviari incluso, in particolare, il mercato per i servizi di trasporto passeggeri ad alta velocità, e le attività dei gestori dell'infrastruttura di cui al comma 2, lettere da a) a g-quater). L'organismo di regolazione controlla, in particolare, il rispetto del comma 2, lettere da a) a g-quater) di propria iniziativa e al fine di evitare discriminazioni nei confronti dei richiedenti. In particolare, controlla che il prospetto informativo della rete non contenga clausole discriminatorie o non attribuisca al gestore dell'infrastruttura poteri discrezionali che possano essere utilizzati per discriminare i richiedenti".

<sup>10</sup> L. BELVISO, *Il sistema dei canoni di accesso e di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria a seguito dell'adozione della Delibera n. 95/15 dell'ART*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2016, p. 115 ss.

un controllo effettivo sui poteri esercitati. Tutto ciò è importante non solo per assicurare la tutela dei diritti degli operatori e ripristinare condizioni di concorrenza nel settore, ma anche per ragioni costituzionali, considerato lo status dell'Autorità e la necessità di assicurarne un adeguato livello di *accountability*.

Nella maggior parte dei casi, le controversie coinvolgono più di due parti, giacché riflettono la natura indiretta della regolazione e la presenza di più operatori sul mercato, destinatari ultimi delle misure di regolazione.

I giudizi hanno ad oggetto la correttezza sia procedurale che sostanziale degli atti impugnati. Inoltre, i casi coinvolgono sempre più spesso questioni altamente tecniche, che possono rappresentare una sfida per le competenze dei giudici e per la loro propensione a operare un sindacato incisivo. Le questioni vanno dall'accesso all'infrastruttura di rete all'equità dei sistemi di tariffazione, ma si sono ampliate fino a includere altre questioni altrettanto importanti, come la disponibilità di aree nelle stazioni, come sale d'attesa, spazi pubblicitari, ecc. Con l'espansione degli ambiti della regolazione, il contenzioso è aumentato e divenuto più complesso, e ciò si riflette sulla lunghezza e sul livello di tecnicismo degli atti e delle sentenze.

L'esistenza di una competenza funzionale del Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, dove ha sede l'ART, ha fatto sì che tale giudice abbia progressivamente sviluppato una elevata competenza e sia diventato in un certo senso un tribunale specializzato. La speditezza del contenzioso è assicurata dal rito abbreviato di cui all'art. 199 c.p.a.

Accanto al controllo giurisdizionale, si sviluppa il contenzioso gestito dall'autorità di regolazione, cui spetta decidere sui reclami e risolvere le controversie tra il gestore dell'infrastruttura ferroviaria e i fornitori di servizi<sup>11</sup>, nonché tra gli operatori ferroviari e gli utenti<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> L'art. 37, comma 2, del d.lgs. n. 112/2015 stabilisce espressamente che: "Ogni richiedente ha il diritto di adire l'organismo di regolazione, se ritiene di essere stato vittima di un trattamento ingiusto, di discriminazioni o di qualsiasi altro pregiudizio, in particolare avverso decisioni prese dal gestore dell'infrastruttura o eventualmente dall'impresa ferroviaria o dall'operatore di un impianto di servizio in relazione a quanto segue: a) prospetto informativo della rete nella versione provvisoria e in quella definitiva; b) criteri in esso contenuti; c) procedura di assegnazione e relativo esito; d) sistema di imposizione dei canoni; e) livello o struttura dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura che è tenuto o può essere tenuto a pagare; f) accordi per l'accesso di cui agli articoli 12 e 13; g) accesso ai servizi e corrispettivi imposti per il loro utilizzo a norma degli articoli 13 e 17g-bis) gestione del traffico; g-ter) programmazione di rinnovo e manutenzione programmata o non programmata; g-quater) rispetto dei requisiti, inclusi quelli riguardanti i conflitti di interessi di cui agli articoli 11, 11-bis, 11-ter e 11-quater".

<sup>12</sup> Ai sensi dell'art. 37, par (3), lett. g), d.l. n. 201/2011, l'Autorità: "g) valuta i reclami, le

È proprio il contributo combinato di questi diversi contenziosi a rendere quello in esame un caso peculiare, e forse riuscito, di “*regulation by litigation*”<sup>13</sup>.

### 3. *Il contenzioso giudiziario: casistica e temi ricorrenti.*

Tra le diverse centinaia di cause che vedono ogni anno coinvolta l'ART dinanzi al giudice amministrativo, relativamente poche sono quelle che interessano la concorrenza nel settore del trasporto ferroviario di passeggeri e che riguardano la relativa attività di regolazione<sup>14</sup>. Nel corso del tempo, tuttavia, è progressivamente aumentato il contenzioso sulle misure di regolazione che coinvolgono gli operatori e la concorrenza nel settore ferroviario.

Tra queste, le principali aree di contenzioso riguardano: le condizioni di accesso all'infrastruttura; i termini e le condizioni del pacchetto minimo di accesso; gli obblighi dei gestori privati dell'infrastruttura di consentire l'accesso alle strutture di servizio; le misure regolamentari che finiscono per consentire al gestore dell'infrastruttura di riservare più spazi al fornitore di servizi storico.

Nella maggior parte dei casi le decisioni dell'autorità di regolazione vengono confermate, ma quando vengono annullate, spetta all'autorità modificarle in base alle statuizioni contenute nella sentenza, che dunque fornisce un contributo importante alla funzione di regolazione. Per quanto riguarda l'intensità del controllo giurisdizionale, i giudici spesso sottolineano che non possono sostituirsi alla decisione dell'autorità di regolamentazione, soprattutto quando per ragioni tecniche è disponibile più di una soluzione finale. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, anche laddove non si pronunciano sul contenuto della decisione, essi tendono a verificare con accuratezza il processo decisionale indagando sulla metodologia seguita dall'autorità, senza mostrare eccessiva deferenza.

i) L'accesso all'infrastruttura ha un forte impatto sulla garanzia di pari op-

---

istanze e le segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio sottoposto a regolazione, ai fini dell'esercizio delle sue competenze”.

<sup>13</sup> L'espressione è piuttosto diffusa in una varietà di contesti, soprattutto nella letteratura americana, dove tuttavia è utilizzata in un'accezione non identica a quella usata nel testo (v. A. P. MORRISS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulation by Litigation*, Yale, 2008).

<sup>14</sup> La maggior parte dei casi riguarda i canoni che gli operatori devono pagare per il funzionamento dell'autorità, oppure altri settori delle sue competenze, come l'assegnazione delle concessioni stradali o le procedure di assunzione.

portunità per gli operatori ed è quindi un punto chiave della regolazione<sup>15</sup>. Le misure di regolazione – che agiscono indirettamente orientando i contenuti del prospetto informativo della rete – devono bilanciare la parità di accesso per gli operatori con la copertura dei costi di gestione dell’infrastruttura. In un caso interessante, il gestore dell’infrastruttura aveva messo in discussione senza successo i criteri stabiliti dall’autorità di regolazione, sostenendo che la prevista riduzione delle tariffe non poteva essere giustificata solo dalla necessità di promuovere la concorrenza, soprattutto dopo l’apertura al mercato del segmento dell’alta velocità, e che doveva essere considerata una forma illegale di aiuto di Stato<sup>16</sup>. La sentenza del TAR è stata ribaltata in appello e il Consiglio di Stato ha riconosciuto il diritto del gestore dell’infrastruttura di aumentare le tariffe in modo da riflettere alcuni costi di investimento sostenuti per la costruzione della rete ad alta velocità<sup>17</sup>. Questo caso offre un esempio della relazione triangolare che è alla base di molte decisioni regolatorie e che spesso emerge nel contenzioso giudiziario: il gestore dell’infrastruttura ha contestato la riduzione delle tariffe, ma il principale concorrente sul servizio ad alta velocità ha partecipato al giudizio cercando di difendere la posizione dell’Autorità per migliorare la sua possibilità di competere sul mercato<sup>18</sup>.

Altri casi mettono in discussione il ruolo del regolatore come mediatore nel controbilanciare la posizione dell’operatore *incumbent* verticalmente integrato con quelle del gestore dell’infrastruttura e degli operatori concorrenti<sup>19</sup>. L’esame dei motivi di ricorso comporta talvolta la riconsiderazione di questioni tecniche, come l’inclusione dei costi indiretti della società di gestione dell’infrastruttura (RFI) nel Pacchetto Minimo di Accesso, in particolare l’inclusione del Costo Medio Ponderato del Capitale tra quelli che possono essere recupe-

---

<sup>15</sup> V. Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2021, n. 4067, in cui viene ripercorsa l’evoluzione del servizio di trasporto ferroviario e l’importante ruolo del gestore dell’infrastruttura e dell’ART.

<sup>16</sup> TAR Piemonte, Sez. II, 21 aprile 2017, n. 541. La sentenza è stata annullata da Cons. Stato, Sez. VI, 9 settembre 2019, n. 6108.

<sup>17</sup> Il giudizio di appello non ha messo in discussione il fatto che l’autorità possa legittimamente svolgere la funzione di stabilire i criteri per fissare i pedaggi e che la quantificazione di tali pedaggi debba essere tale da non pregiudicare la concorrenza.

<sup>18</sup> Italo ha cercato di aggredire la sentenza sfavorevole con un’opposizione di terzo, che tuttavia non ha avuto esito favorevole.

<sup>19</sup> TAR Piemonte, Sez. II, 30 novembre 2021, n. 1301: il ricorrente NTV (Italo) ha contestato la misura dei pedaggi esclusi dal Pacchetto Minimo di Accesso lamentando che essi erano sproporzionali e che avrebbero favorito Trenitalia. Il ricorso è stato respinto e il TAR ha peraltro affermato di non poter interferire nell’ampia discrezionalità dell’Autorità. La sentenza è stata confermata in appello Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 354).

rati dal GI attraverso le tariffe di accesso<sup>20</sup>. In un caso, il nucleo sostanziale di alcune decisioni relative alle tariffe di accesso è stato contestato con successo da un operatore internazionale<sup>21</sup>. Il TAR ha sostenuto che la maggiorazione, che può coprire parte dei costi indiretti del gestore dell'infrastruttura, deve essere compatibile con la capacità di pagamento degli operatori per essere equa e non distorcere la concorrenza. I giudici hanno verificato la coerenza dell'attività di valutazione non rifiutandosi di approfondire la correttezza della metodologia matematica utilizzata per valutare i costi diretti e indiretti al fine di giustificare la maggiorazione approvata dall'Autorità, e applicando il parametro della c.d. "ragionevolezza tecnica"<sup>22</sup>.

ii) I prospetti informativi della rete (PIR), che stabiliscono i termini e le condizioni di accesso all'infrastruttura ferroviaria e agli impianti di servizio, svolgono un ruolo cruciale non solo nella regolazione, ma anche nel relativo contenzioso giudiziario. La redazione di tali documenti deve infatti avvenire in conformità ai parametri e ai criteri fissati dall'ART. La giurisprudenza ha chiarito che i PIR sono soggetti al controllo giudiziario, nonostante siano formalmente atti di diritto privato. In un caso recente, NTV (Italo) ha contestato sotto più profili l'asserita incapacità dell'Autorità dei Trasporti di vigilare adeguatamente sulla predisposizione del PIR da parte del gestore dell'infrastruttura<sup>23</sup>. La duplice natura giuridica del prospetto di rete è stata espressamente

---

<sup>20</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 1° luglio 2020, n. 4215. La decisione ha confermato il provvedimento dell'Autorità e ha stabilito che tutti i costi che consentono l'equilibrio economico finanziario dell'impresa debbono essere inclusi, sindacando altresì la metodologia seguita dall'Autorità nel valutare i differenti tipi di costo.

<sup>21</sup> TAR Piemonte, Sez. II, 7 gennaio 2020, n. 23. Il ricorso era stato presentato da un operatore austriaco che sosteneva che il PIR avesse illegittimamente introdotto un aumento del 64% per i soli operatori internazionali, sostenendo che i passeggeri erano particolarmente sensibili agli aumenti di prezzo, anche visto il grado di sostituibilità dei diversi mezzi di trasporto. Il risultato è stato ritenuto non coerente con le valutazioni preliminari svolte dal regolatore, e la misura è stata annullata.

<sup>22</sup> In particolare, il TAR ha sostenuto che il metodo di calcolo basato sul Sistema Ramsey-Boiteaux, parametrato alle caratteristiche del mercato e non degli operatori, così come applicato dall'associazione dei regolatori indipendenti, dava luogo a risultati non compatibili con l'aumento previsto per gli operatori internazionali.

<sup>23</sup> TAR Piemonte, Sez. II, 3 giugno 2021, n. 584, confermata da Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2022, n. 9390. Il ricorrente, il cui reclamo era stato respinto, contestava la correttezza del PIR nel prevedere delle penali che potevano essere imposte al gestore dell'infrastruttura per la riduzione delle tracce disponibili o agli operatori per non utilizzare quelle messe a loro disposizione, i tempi di sosta consentiti sui binari, e altre previsioni relative al controllo del consumo di energia, come altre misure aventi un impatto sulle parità di opportunità degli

affrontata dai giudici, i quali sono giunti alla conclusione che essa non è sufficiente a escludere il controllo del giudice amministrativo<sup>24</sup>. Infatti, il PIR, nonostante la veste giuridica formale di diritto privato, ha un carattere sostanzialmente regolatorio, anche in quanto attua le prescrizioni formulate dall'Autorità per regolare i rapporti contrattuali tra il gestore dell'infrastruttura ferroviaria e gli operatori. Di conseguenza, i prospetti di rete sono valutati dai giudici insieme agli atti di regolazione sottostanti.

Altre pronunce hanno chiarito che i PIR sono soggetti a controllo giurisdizionale anche per motivi procedurali, in particolare per non aver concesso a tutti gli operatori lo stesso diritto di essere ascoltati durante la fase di consultazione<sup>25</sup>, o per non aver assicurato sufficienti misure di trasparenza<sup>26</sup>.

iii) La parità di accesso agli spazi nelle stazioni e ad altre strutture di servizio, come gli spazi per la biglietteria e le sale passeggeri, è stata di recente un altro oggetto di vivace contenzioso. Le misure regolatorie prevedono l'obbligo per i gestori dell'infrastruttura di offrire pari opportunità e visibilità agli operatori, garantendo l'assegnazione di spazi per la manutenzione o di aree per la biglietteria e l'assistenza ai clienti senza operare preferenze in favore dell'operatore *incumbent*<sup>27</sup>. Un numero significativo di controversie ha avuto origine da re-

---

operatori nella gestione delle connessioni da parte del gestore dell'infrastruttura. Sul c.d. *Performance regime*, si v. anche TAR Piemonte, Sez. III, 15 dicembre 2023, n. 1002, in materia di penali per i ritardi nelle stazioni di confine, che ha accolto il ricorso promosso da un operatore nella parte in cui era diretto a contestare il fatto che le penali non potessero essere previste anche a carico dello stesso gestore dell'infrastruttura, che è spesso responsabile dei ritardi.

<sup>24</sup> TAR Piemonte, Sez. I, 14 marzo 2022, n. 206, confermata in appello da Cons. Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2024, n. 1896. La sentenza tratta diffusamente il tema della natura giuridica del PIR: in particolare, afferma che questo è un documento complesso e multifunzionale, caratterizzato da una sostanza privatistica che disciplina i rapporti contrattuali tra il gestore dell'infrastruttura e l'impresa ferroviaria per l'uso della rete. Il PIR è collocato in un contesto ad alta rilevanza regolatoria: il suo procedimento di adozione è disciplinato dal diritto Europeo, che stabilisce "la preventiva consultazione delle parti interessate" e il requisito "della pubblicazione in almeno due lingue ufficiali dell'Unione" e anche stabilisce il suo contenuto minimo – che consiste nelle "caratteristiche della rete disponibile alle imprese ferroviarie e [...] informazioni sulle condizioni di accesso all'infrastruttura in questione" (cfr. art. 27, direttiva 21 novembre 2012, n. 2012/34/EU del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce uno spazio unico europeo (recast)).

<sup>25</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 20 aprile 2021, n. 3191, che annulla TAR Piemonte, Sez. II, 5 luglio 2018, n. 822.

<sup>26</sup> Cons. Stato, n. 9390/2022, cit.

<sup>27</sup> TAR Piemonte, Sez. I, 28 gennaio 2021, n. 87. La sentenza ha respinto il ricorso promosso da Trenitalia e ha sottolineato l'importanza di misure regolatorie che prevedano una parità di trattamento e di adeguata visibilità per gli operatori.

clami presentati dalle imprese ferroviarie dinanzi all'Autorità dei Trasporti, contro il gestore dell'infrastruttura, per aver adottato decisioni discriminatorie. In alcuni casi, l'Autorità ha respinto i reclami e le società hanno contestato la decisione per difetto di istruttoria e di motivazione, e per la mancata sanzione dei comportamenti discriminatori. In un caso, l'Autorità aveva avviato un procedimento di *enforcement* a seguito di un reclamo in cui Italo aveva sostenuto che Trenitalia aveva erroneamente trasformato il suo spazio di biglietteria in un'area destinata alle biglietterie automatiche e che ciò avrebbe danneggiato Italo. L'Autorità ha quindi ordinato a Trenitalia di restituire gli spazi al gestore dell'infrastruttura di stazione per poterli riassegnare. Al fine di decidere la controversia, il TAR ha operato una distinzione tra poteri di risoluzione delle controversie e di *enforcement* e ha affermato che l'ART aveva illegittimamente esorbitato dalle sue competenze, che le consentivano solo di ordinare a Trenitalia di rimuovere le biglietterie automatiche e di ripristinare le aree al loro uso precedente, ma non anche di restituire l'intero spazio al gestore dell'infrastruttura<sup>28</sup>. La controversia ha consentito al giudice di chiarire la distinzione tra gestione dei reclami, procedure sanzionatorie e procedure di *enforcement*. In appello, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza ma con diversa motivazione, ulteriormente precisando il perimetro del potere di *enforcement* e distinguendolo da quello sanzionatorio<sup>29</sup>.

Infine, l'ART può adottare misure di regolazione a seguito di un reclamo presentato da un operatore. Tali decisioni spesso innescano una serie di contenziosi a cascata. In uno di questi casi, il TAR, accogliendo il ricorso di Italo, ha chiarito che nel fissare nuovi standard per i gestori delle infrastrutture, l'Autorità non poteva basarsi solo su parametri di efficienza, ma doveva tenere conto della necessità di prevedere misure volte a promuovere la concorrenza dando pari visibilità agli operatori, indipendentemente dal numero di passeggeri che presumibilmente utilizzano il loro servizio<sup>30</sup>. Il TAR ha respinto il ricorso<sup>31</sup>, ma il Consiglio di Stato, in appello, ha annullato la decisione del TAR affermando che quest'ultimo aveva erroneamente deciso sul ricorso senza consentire a Trenitalia di essere messa al corrente della pendenza del giudizio e quindi di potervi partecipare<sup>32</sup>. Il giudizio è stato quindi riassunto dinanzi al

---

<sup>28</sup> TAR Piemonte, Sez. I, 14 marzo 2022, n. 206.

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2024, n. 1896.

<sup>30</sup> TAR Piemonte, Sez. I, 23 giugno 2021, n. 646. Italo aveva azionato il diritto di ottenere più spazi per le biglietterie nelle stazioni di Venezia e Milano.

<sup>31</sup> TAR Piemonte, Sez. I, 30 maggio 2022, n. 527.

<sup>32</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2022, n. 10198.



TAR, il quale ha annullato la delibera dell'ART, invitandola a riconsiderare la scelta operata rivedendo i criteri di assegnazione degli spazi per le biglietterie alla luce dei criteri individuati nella sentenza<sup>33</sup>.

Di recente, il TAR Piemonte ha esaminato il ricorso volto a contestare le modalità di calcolo della tariffa da richiedere alle imprese ferroviarie per l'utilizzo delle sale per passeggeri<sup>34</sup>, con particolare riferimento al computo dei costi di avviamento.

Il contenzioso abbraccia anche i procedimenti sanzionatori, simili a quelli svolti dall'Autorità *antitrust*. Nella maggior parte dei casi, la parte interessata – generalmente il gestore dell'infrastruttura – tende a proporre motivi di ricorso sia procedurali che sostanziali, per aumentare le possibilità di successo dell'azione. I motivi procedurali si concentrano solitamente sull'eccessiva durata del procedimento o sulla violazione dei diritti della difesa<sup>35</sup>. I motivi sostanziali possono mettere in discussione la base fattuale o giuridica della decisione, o la metodologia utilizzata per valutarla<sup>36</sup> e spesso contestano l'importo della sanzione, su cui il TAR ha una giurisdizione di merito.

#### *4. Il contenzioso davanti all'Autorità di Regolazione dei Trasporti e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.*

In molti casi il contenzioso giudiziario è la prosecuzione di una procedura di reclamo o sanzionatoria, che è già stata oggetto di uno scambio di rappresentazioni tra le parti coinvolte. Talvolta, soprattutto quando l'Autorità ha già avviato un procedimento sanzionatorio, la parte indagata può proporre impegni, analogamente a quanto previsto dalla normativa nazionale (ed europea) in materia di concorrenza, con rappresentazioni reciproche, test di mercato, e chiusura del procedimento con l'accettazione di impegni, senza alcun accer-

---

<sup>33</sup> TAR Piemonte, Sez. III, 21 novembre 2023, n. 930.

<sup>34</sup> TAR Piemonte, Sez. III, 28 ottobre 2023, n. 845, nella quale il TAR ha vagliato la correttezza della delibera ART n. 190/2022, valutando nel dettaglio i numerosi profili tecnici delle questioni controverse.

<sup>35</sup> TAR Piemonte, Sez. II, 11 marzo 2019, n. 264, che ha respinto il ricorso, è stata annullata da Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3390, che ha affermato che la procedura sanzionatoria era stata avviata con eccessivo ritardo rispetto al ricevimento del reclamo di Italo e che dunque non aveva rispettato i termini previsti dalla legge n. 689/1981 per l'avvio delle procedure sanzionatorie.

<sup>36</sup> TAR Piemonte, Sez. II, 17 febbraio 2021, n. 157, sulle penali imposte agli operatori, che asseritamente favorivano una concentrazione del mercato.

tamento di illegittimità. Ciò comporta non solo la possibilità di sostituire le decisioni di *enforcement* con una negoziazione, ma anche lo sviluppo di un dialogo costruttivo e proattivo non solo tra il regolatore e il gestore dell'infrastruttura, ma anche tra tutti gli attori coinvolti. Questo potrebbe essere particolarmente utile per identificare le misure che possono garantire pari opportunità di accesso alle infrastrutture e ai servizi e quindi migliorare la concorrenza e la qualità del servizio<sup>37</sup>. A prescindere dalla forma che può assumere, una caratteristica distintiva del contenzioso davanti all'ART è che raramente esso svolge una funzione esclusivamente giustiziale, poiché anche quando è rivolto a tutelare i diritti delle imprese, la sua finalità è anche quella di assicurare la migliore attuazione delle politiche regolatorie<sup>38</sup>.

Il contributo del contenzioso davanti all'autorità nazionale per la concorrenza non è meno importante: uno dei primi casi sulla necessità di aprire il servizio di trasporto ferroviario alla concorrenza è stato il caso ArenaWays, deciso dall'AGCM<sup>39</sup>. Anche se le competenze dell'ART coprono ormai la maggior parte delle condotte che possono determinare una restrizione della concorrenza, alcuni comportamenti possono tuttora essere sanzionati dall'autorità garante della concorrenza. Uno di questi casi si è recentemente verificato allorché Trenitalia ha negato a Italo l'accesso alla piattaforma digitale del servizio di biglietteria integrata per i treni ad alta velocità e per quelli regionali, sfruttando così con effetto escludente la sua posizione di operatore *incumbent* verticalmente integrato<sup>40</sup>. Il caso si è chiuso con l'accettazione degli impegni

---

<sup>37</sup> V. ad esempio il caso chiuso con impegni deciso dall'ART con delibera n. 116/2021, riguardante la concessione di uno spazio per assistenza clienti riservato a Trenitalia nella stazione di Napoli Centrale. Il gestore dell'infrastruttura ha concordato di concedere uno spazio identico al concorrente Italo.

<sup>38</sup> Per la distinzione tra *adjudication* e *implementation*, v. Peter CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Oxford, 2009.

<sup>39</sup> I tre principali operatori dell'epoca, Ferrovie dello Stato, RFI e Trenitalia vennero sottoposti a un'indagine, e poi sanzionati nel 2012, per un abuso di posizione dominante concretatosi nella mancata assegnazione di tracce all'operatore Arenaways per pretese interferenze con il contratto di servizio pubblico e connesse questioni regolatorie. Secondo l'AGCM, tali condotte avevano causato il mancato ingresso di Arenaways nel mercato. I ricorsi di RFI e Trenitalia vennero accolti dal TAR, ma sono stati respinti dal Consiglio di Stato (Sez. VI, 5 febbraio 2021, n. 1101).

<sup>40</sup> AGCM ha avviato il procedimento sanzionatorio con il provvedimento n. 30248/22, a seguito di una segnalazione di NTV volta a lamentare che l'*incumbent* Trenitalia, operante sui servizi regionali, nazionali e ad alta velocità, accresceva il suo potere di mercato impedendo a Italo di vendere biglietti integrati, sia online che alle biglietterie automatiche. NTV stava perdendo molti *connecting passengers* che beneficiavano del programma fedeltà Trenitalia, così riducendo le possibilità di crescita nel segmento alta velocità.

proposti da Trenitalia e senza un accertamento di infrazione<sup>41</sup>. Grazie alla cooperazione tra le due autorità, favorita anche dal protocollo d'intesa, la potenziale sovrapposizione di competenze può tradursi in una complementarietà di funzioni, che, ove adeguatamente valorizzata, può sensibilmente contribuire a un controllo efficace e "combinato" sulle condotte restrittive della concorrenza.

### 5. *Rilievi conclusivi.*

Il contributo del contenzioso all'aumento della concorrenza nel settore del trasporto ferroviario di passeggeri e, contemporaneamente, al miglioramento della qualità della regolazione, è significativo da molti punti di vista:

i) L'obiettivo, e spesso il risultato, del contenzioso giurisdizionale e amministrativo è la fissazione di condizioni di maggiore parità per le imprese ferroviarie, sia nei confronti del gestore dell'infrastruttura che dell'*incumbent*. Esso viene raggiunto in molti casi attraverso l'annullamento dei criteri posti alla base dell'elaborazione del prospetto informativo della rete e comporta un nuovo esercizio del potere regolatorio, ma può anche essere ottenuto attraverso procedure di *enforcement* condotte dallo stesso regolatore o attraverso la risoluzione amministrativa di controversie originate da reclami presentati dagli operatori.

ii) Il contenzioso rafforza la responsabilità procedurale e sostanziale di tutti gli organismi coinvolti nella regolazione: non solo l'ART ma anche il gestore dell'infrastruttura. Le questioni procedurali spesso mettono in discussione la mancanza di consultazione o, nei procedimenti sanzionatori, il mancato rispetto del diritto a una procedura equa e all'esercizio dei diritti di difesa. Le questioni sostanziali, invece, si basano su errori di valutazione e possono riguardare i contenuti delle misure di regolamentazione e la metodologia tecnica alla base delle decisioni contestate. In questo modo si assicura che l'ampio potere dell'autorità di regolazione sia controbilanciato dalla completezza e dall'incisività del controllo giudiziario.

iii) I giudici sono talora deferenti, ma nel complesso riescono a garantire un controllo approfondito sulle decisioni del regolatore, favorito dalla specializzazione che hanno gradualmente acquisito sul campo, e integrato dal potere di disporre verificazioni e consulenze tecniche d'ufficio (anche se questo viene raramente utilizzato<sup>42</sup>).

---

<sup>41</sup> Decisione 18 aprile 2023, n. 30610.

<sup>42</sup> Per una controversia in cui il TAR si è avvalso – non senza contestazioni – di un verificatore, v. TAR Piemonte, Sez. II, 12 dicembre 2023, n. 979.

iv) Un altro importante effetto del contenzioso giudiziario è quello di contribuire alla precisazione del perimetro della regolazione<sup>43</sup>, che è stato lasciato in gran parte indefinito dal legislatore: non di rado le censure prospettano la mancanza di un fondamento dei poteri regolatori esercitati<sup>44</sup>, o comunque il mancato rispetto dei loro confini da parte dell'Autorità. L'interpretazione del quadro legislativo può talvolta portare all'individuazione di uno spettro apparentemente più ampio del perimetro regolatorio, come è accaduto in occasione dei chiarimenti sulla natura del PIR. Allo stesso modo, l'aura pubblicistica che circonda l'infrastruttura ferroviaria e il suo gestore, ha consentito di portare anche l'operato di società di diritto privato sotto il controllo del giudice amministrativo<sup>45</sup>.

L'intervento del giudice è stato cruciale nel distinguere tra i diversi tipi di poteri – di *enforcement*, sanzionatorio e giustiziale – al fine di chiarire le misure che l'Autorità può adottare nell'esercizio di ciascuno di tali poteri<sup>46</sup>.

v) Il contenzioso giudiziario spesso porta a un affinamento progressivo delle misure regolatorie. Quasi sempre, il giudizio è una parentesi nel procedimento regolatorio, che prosegue dopo il contenzioso sulla base delle statuizioni del giudice, ad esempio con la rideterminazione dei parametri sulla base dei quali il gestore dell'infrastruttura dovrà modificare il PIR, e che al giudice può sempre tornare in caso di infedele ottemperanza alle sue prescrizioni.

vi) Regolare attraverso il contenzioso non solo implica che il processo di regolazione evolve in modo dinamico<sup>47</sup>, giacché nella maggior parte dei casi esso deve essere continuato o rinnovato dopo la conclusione del contenzioso, ma, sotto diverso profilo, vuol dire anche che quando l'ART utilizza i suoi poteri giustiziali, non può trascurare i suoi obiettivi di *policy* e quindi deve prendere decisioni che tengano conto dell'equilibrio complessivo tra le diverse posizioni in gioco e i fini che la regolazione deve raggiungere, tra i quali, in primo luogo, garantire pari opportunità a tutti gli operatori dei servizi di trasporto ferroviario<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> TAR Piemonte, Sez. II, 21 marzo 2022, n. 228.

<sup>44</sup> V. ad es. TAR Piemonte, Sez. III, 15 dicembre 2023, n. 1002.

<sup>45</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5534. Nel decidere il caso, la Corte ha chiarito il fondamento legislativo dei poteri regolatori dell'Autorità, che pone la rete, e i relativi servizi accessori, al centro del sistema volto a garantire la parità di accesso all'infrastruttura e ai relativi servizi, condizione essenziale per alimentare una concorrenza effettiva.

<sup>46</sup> TAR Piemonte, Sez. I, 14 marzo 2022, n. 206.

<sup>47</sup> Cons. Stato n. 5534/2019, cit. definisce la regolazione come un processo adattativo continuo.

<sup>48</sup> Di recente, v. M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione dell'età dell'incertezza*, cit., p. 176, la quale ha sottolineato come le autorità di

Sebbene vi siano in questo caso analogie con il metodo di risoluzione giurisdizionale delle controversie, quando è l'Autorità a decidere sui reclami – soprattutto quando risolve le controversie tra operatori – essa tiene sempre presente gli obiettivi delle sue politiche e cerca la soluzione migliore per il corretto funzionamento del mercato di riferimento<sup>49</sup>. Attraverso l'esercizio del potere sanzionatorio, inoltre, si può aprire la strada a soluzioni negoziate che assicurino comunque la conformazione dei soggetti destinatari agli obiettivi della regolazione.

vii) Le decisioni regolatorie sono state spesso confermate dalle corti, ma in ogni caso scrutinate con estrema accuratezza anche negli aspetti più tecnici e ciò pone il giudice in una posizione cruciale rispetto al complessivo ciclo della regolazione.

La complementarietà tra regolazione e contenzioso sembra essere dunque una caratteristica distintiva del trasporto ferroviario e un esempio virtuoso di *regulation by litigation*, destinato a giocare un ruolo chiave anche in vista di un'ulteriore apertura del settore alla concorrenza tra operatori.

---

regolazione, nel risolvere controversie, possano di fatto rivolgere raccomandazioni rivolte all'intero mercato di riferimento, così svolgendo una più ampia funzione regolatoria (anche in questo caso, appunto, di *regulation by litigation*).

<sup>49</sup> In termini simili, ma con riferimento a settori diversi e ad altre autorità di regolazione, v. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, p. 341.

*AGAINST ADMINISTRATIVE LAW.*  
RAGIONI, ARGOMENTI E IMPLICAZIONI  
DI UN DIBATTITO STATUNITENSE

*Edoardo Chiti*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Le contingenze e la lunga durata. – 3. Tre critiche e i loro limiti. – 3.1. Lo Stato amministrativo è incostituzionale. – 3.2. Il diritto amministrativo è incostituzionale. – 3.3. Il diritto amministrativo è illiberale. – 4. Lezioni americane.

1. *Il problema.*

Negli ultimi tre lustri, si sono moltiplicate, nella discussione giuridica e politica statunitense, le voci radicalmente critiche nei confronti del diritto amministrativo.

Queste voci – alle quali ci si riferisce spesso nei termini complessivi di un *anti-administrative thinking*<sup>1</sup> – esprimono punti di vista complementari ma diversi tra loro.

In alcuni casi, la critica è indirizzata allo Stato amministrativo: il *regulatory state* rappresenta, per i suoi detrattori, una vera e propria mostruosità, frutto dell'interventismo ed espressione di una logica irriducibilmente autoritaria. Così, ad esempio, Christopher Walker ha osservato che le agenzie federali “*dominate lawmaking today, as Congress cedes more and more policymaking power to its bureaucratic agents*”, uno sviluppo che mette in dubbio la separazione tra *lawmaking and law-execution powers* prevista nella Costituzione ed

---

<sup>1</sup> Si vedano, ad esempio, G.E. METZGER, *Foreword: 1930s Redux: The Administrative State Under Siege*, in *Harvard Law Review*, 2017, p. 1 ss.; ed E. FISHER e S.A. SHAPIRO, *Administrative Competence: Reimagining Administrative Law*, Cambridge, 2021, p. 5 ss.

espressione dei valori della *rule of law* affermati da Blackstone, Locke, e Montesquieu<sup>2</sup>.

In altri casi, la contestazione non è rivolta al *regulatory state* ma al diritto amministrativo, che di quel modo di azione dei pubblici poteri rappresenta uno dei principali strumenti: in particolare, il diritto amministrativo sarebbe *unlawful*. È questa, ad esempio, la posizione del campione del pensiero anti-amministrativistico statunitense, Philip Hamburger, autore di un lungo *j'accuse* storico-giuridico al diritto amministrativo: il diritto amministrativo contemporaneo è “*a revival of absolute power*”, una forma di “*governmental power outside and above the law*”, contraria alla natura profonda del diritto costituzionale anglo-americano<sup>3</sup>.

Secondo un terzo punto di vista, meno radicale, il diritto amministrativo avrebbe subito una torsione illiberale, per effetto della giurisprudenza della Corte suprema, delle scelte del Congresso e della prassi sviluppata dalle stesse agenzie federali, come osservato, ad esempio, da Douglas Ginsburg e Steven Menashi, il primo dei quali giudice alla *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, una delle più attive nell'articolare la critica al diritto amministrativo statunitense<sup>4</sup>.

Cosa spiega questo insieme di posizioni? Riflettono le contingenze politiche di un preciso momento storico o hanno radici più profonde? Le loro ragioni sono fondate o si tratta di un dibattito puramente ideologico? E ancora: il pensiero anti-amministrativistico ha qualcosa da dire al di là dell'Oceano, dove è in corso da tempo una riflessione sullo “statuto” del diritto amministrativo, sulla sua *ratio* funzionale e normativa?

## 2. Le contingenze e la lunga durata.

Le critiche dell'*anti-administrativism* – allo Stato regolatore, al carattere tirannico del diritto amministrativo, alle sue torsioni illiberali – possono essere considerate, anzitutto, una reazione al vasto programma regolatorio della presidenza Obama.

---

<sup>2</sup> C.J. WALKER, *Restoring Congress's Role in the Modern Administrative State*, in *Michigan Law Review*, 2018, p. 1101 ss., alle pp. 1115-1116.

<sup>3</sup> P. HAMBURGER, *Is Administrative law Unlawful?*, Chicago, 2014, p. 493 e p. 511.

<sup>4</sup> D.H. GINSBURG, S. MENASHI, *Our Illiberal Administrative Law*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, 2016, p. 475 ss.

La contestazione allo Stato amministrativo e al suo diritto non è solo accademica o scientifica. Come osservato da Gillian Metzger, essa si svolge in almeno tre contesti diversi: quello accademico, appunto, ma anche quello giurisdizionale e politico, i quali non operano in parallelo tra loro, ma tendono, anzi, a integrarsi e rafforzarsi reciprocamente, anche grazie al sostegno di associazioni quali l'*Institute for Justice* e la *Federalist Society*<sup>5</sup>. Il ruolo di queste associazioni è importante, perché esse forniscono un quadro di riferimento ideologico ai movimenti in corso nei diversi ambiti, favorendone i collegamenti. La *Federalist Society*, ad esempio, si presenta come “*a group of conservatives and libertarians [...] founded on the principles that the state exists to preserve freedom, that the separation of governmental powers is central to our Constitution, and that it is emphatically the province and duty of the judiciary to say what the law is, not what it should be*”<sup>6</sup>: una dichiarazione che è un vero e proprio manifesto di politica del diritto e facilita la costruzione di una rete trasversale di studiosi, giudici, avvocati e politici che ne condividono l’orientamento di fondo.

Naturalmente, le posizioni elaborate in ciascuno dei tre contesti riflettono sensibilità e approcci almeno in parte diversi. Così, per limitarsi alla differenza più evidente, mentre la prospettiva dei giudici riguarda l’interpretazione e l’applicazione del diritto vigente, quella politica è inevitabilmente proiettata alla costruzione di nuove normative. Nelle parole del Senatore Orrin Hatch: “[w]hile the courts are charged with the important task of saying what the law is, and not what the law should be, the Judiciary’s role in assessing constitutionality is a narrow one”<sup>7</sup>.

E più precisamente:

“*my role as a legislator is not about deciding questions of policy based on legalistic reasoning or seeking to restore the 1789 or 1868 status quo. For those of us in elected office, fidelity to the Constitution requires looking to the principles that undergird it-values like individual liberty, respect for civil society, and popular accountability-to determine whether a proposed course of action is wise*”<sup>8</sup>.

Allo stesso tempo, ad accomunare le varie posizioni è la medesima opposizione al processo di espansione e rafforzamento dello Stato amministrativo che

---

<sup>5</sup> G.E. METZGER, *Foreword: 1930s Redux: The Administrative State Under Siege*, cit., p. 8 ss.

<sup>6</sup> Si veda la presentazione disponibile al sito: <https://www.law.umaryland.edu/student-life/student-organizations/the-federalist-society/>.

<sup>7</sup> O. HATCH, *A Constitutional Conservatism For Our Time*, in *Texas Review of Law and Politics*, 2015, p. 199 ss., p. 202.

<sup>8</sup> *Ibidem*.



caratterizza la presidenza Obama. È questo, ad esempio, il tema principale della discussione politica sottesa al frequente uso del *Congressional Review Act* (CRA) da parte del Congresso, a guida repubblicana, rispetto alle normative dell'amministrazione Obama, così come una delle linee programmatiche della successiva presidenza Trump, che si spinge a promettere di “*deconstruct the administrative state*”. È questo, ancora, il tema di varie *dissenting* e *concurring opinions* formulate da alcuni giudici della Corte suprema, tra cui Clarence Thomas, Samuel Alito, John Roberts e, più di recente, Neil Gorsuch, oltre che, in precedenza e fino al momento della morte, da Antonin Scalia. Per tutti questi giudici, lo Stato amministrativo contemporaneo, e in particolare il potere discrezionale esercitato dalle agenzie federali, rappresenta una minaccia alle libertà e al principio democratico stabiliti e protetti dalla Costituzione: un'opinione che potrebbe essere presto condivisa anche da Amy Coney Barrett, come già segnala la pronuncia *Loper Bright*, che ha parzialmente rivisto il principio stabilito nella sentenza *Chevron*<sup>9</sup>. Seguono in sostanza la stessa prospettiva, poi, anche le voci accademiche che si sono espresse sin qui contro lo Stato regolatore e il suo diritto, in nome di un ritorno a un modello di azione pubblica più coerente con la storia costituzionale statunitense: è il caso, ad esempio, del *Constitution-in-Exile Movement*, che si riferisce espressamente a una espansione tirannica del potere esecutivo e all'esigenza di ristabilire la *rule of law*<sup>10</sup>.

Se queste posizioni anti-amministrative sono prima di tutto legate alle contingenze della politica statunitense, occorre, però, non perdere il senso della prospettiva storica e notare che esse rappresentano una costante del dibattito statunitense. Il nodo di fondo è quello della posizione del diritto amministrativo nel disegno costituzionale. Almeno tre posizioni si fronteggiano a partire dalla fine del XIX secolo. Anzitutto, la radicale rimozione dell'amministrazione e del diritto amministrativo dall'orizzonte costituzionale statunitense: una

---

<sup>9</sup> *Loper Bright Enters. v. Raimondo*, No. 22-4751, 2024 WL 3208360, decisa il 28 giugno 2024 insieme a *Relentless, Inc. v. Department of Commerce, et al.* La pronuncia, come si dirà più avanti (*infra*, § 3.1.), ridefinisce in maniera significativa il principio posto dalla sentenza *Chevron U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Sugli orientamenti che Amy Coney Barrett potrebbe assumere nella giurisprudenza della Corte suprema, si veda l'interessante ricostruzione del Congressional Research Service, *Judge Amy Coney Barrett: Her Jurisprudence and Potential Impact on the Supreme Court*, CRS Report R46562, 2020, disponibile al sito <https://crsreports.congress.gov>.

<sup>10</sup> Si vedano, ad esempio, R.E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, New Jersey, II ed., 2013; e F. BUCKLEY, *The Once and Future King: the Rise of Crown Government in America*, New York, 2014.

posizione chiaramente schiacciata sulla *negationist interpretation* fornita da Albert Venn Dicey rispetto al diritto amministrativo inglese e orientata alla esorcizzazione dell'amministrazione-potere<sup>11</sup>. Poi, il tentativo di normalizzazione costituzionale operato da Frank J. Goodnow: il quale trasferisce nel contesto statunitense il modello amministrativo dell'Europa continentale, posizionando l'amministrazione all'interno dell'esecutivo e aprendo la strada al pieno sviluppo di un diritto amministrativo che trova nell'*accountability* e nel controllo del potere la propria ragion d'essere<sup>12</sup>. Infine, la ricerca di una via mediana, capace, allo stesso tempo, di tener ferma la dottrina costituzionale della separazione dei poteri, insieme alla relativa esclusione del potere amministrativo come potere originario, e di riconoscere la possibilità di una costruzione legislativa di un'amministrazione federale dotata di poteri regolatori: "la via, in sostanza, di un'amministrazione extracostituzionale: le cui prerogative, per quanto ampie, non avrebbero mai trovato la loro definizione nei principi generali dell'ordinamento quanto piuttosto in specifiche manifestazioni di volontà legislativa, concepite come altrettante deroghe al regime di diritto comune"<sup>13</sup>.

Il passaggio del *New Deal* – decisivo, nella storia amministrativa degli Stati Uniti – semplifica ma non scioglie questo nodo. In risposta alla grave crisi economica, emerge in maniera compiuta l'idea di uno Stato regolatore, impegnato a governare la crisi attraverso l'intervento nell'economia, incentrato su una robusta amministrazione federale e legittimato dalla Corte suprema<sup>14</sup>. E tutto ciò avvia il processo di crescita e maturazione del diritto amministrativo statunitense quale insieme di principi, regole e pratiche volte a governare e

---

<sup>11</sup> Parla di *negationist interpretation* B. SORDI, *Révolution, Rechtsstaat, and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence of administrative law in Europe*, in S. ROSE-Ackerman, P.L. LINDSETH (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, 2010, p. 23 ss., p. 34.

<sup>12</sup> Tra le opere di F.J. GOODNOW, si vedano, soprattutto, *Comparative Administrative Law: An Analysis of the Administrative Systems, National and Local, of the United States, England, France and Germany*, vol. I, New York, 1893, e *The Principles of the Administrative Law of the United States*, New York, 1905. Sulla rilevanza di Goodnow nella storia del pensiero e del diritto amministrativo statunitense, si vedano L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, p. 441 ss.

<sup>13</sup> Così L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, p. 445, che individuano in questa terza via la principale linea di sviluppo del diritto amministrativo statunitense.

<sup>14</sup> Sulla rilevanza del *New Deal* nella complessiva storia del diritto statunitense, L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, New York, III ed., 2009, p. 513 ss. e p. 548 ss.

controllare un apparato amministrativo divenuto imponente e pervasivo<sup>15</sup>. Se questo sviluppo mostra l'impossibilità di rimuovere la realtà del fenomeno amministrativo dall'orizzonte di un ordinamento politico novecentesco, il dibattito scientifico e politico resta attraversato da una forte tensione di fondo. Da un lato, i sostenitori della necessità dell'azione regolatoria dei pubblici poteri, che vedono nel *positive state* un tratto inevitabile dell'ordinamento politico contemporaneo e cercano nel diritto amministrativo le soluzioni tecniche per il suo controllo, esemplificate, nel secondo dopoguerra, dalla formalizzazione delle procedure decisionale introdotta dall'*Administrative Procedure Act* del 1946. Dall'altro, gli oppositori della prevalenza del potere esecutivo: dalla posizione di Roscoe Pound, che riconosce l'inevitabilità del rafforzamento delle amministrazioni ma sottolinea con forza come l'abbandono del diritto comune possa condurre al dispotismo amministrativo<sup>16</sup>, sino ai programmi politici apertamente de-regolatori di vari presidenti, tanto conservatori quanto democratici, come Reagan e Clinton.

È questa tensione interna alla storia amministrativa degli Stati Uniti, che risale alla fine del XIX secolo e diventa chiaramente visibile a seguito del *New Deal*, a tornare in superficie all'inizio del XX secolo, durante la presidenza Obama, e a divenire un tema costante del dibattito scientifico, istituzionale e politico.

### 3. Tre critiche e i loro limiti.

Le posizioni anti-amministrative espresse in questi ultimi tre lustri sono una combinazione di vecchi e nuovi temi. Gli argomenti principali, come detto in apertura, sono tre, tra loro distinti: lo Stato amministrativo riflette una logica irriducibilmente autoritaria ed è contrario alla costituzione; il diritto amministrativo contrasta con i principi essenziali della tradizione costituzionale anglo-americana; il diritto amministrativo ha subito una torsione illiberale che ne ha snaturato la vocazione di fondo. Il primo e il secondo argomento sono difficilmente giustificabili. Il terzo, invece, è più sfumato.

---

<sup>15</sup> Per una ricostruzione sintetica dello sviluppo novecentesco del diritto amministrativo statunitense, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, p. 129 ss.

<sup>16</sup> In particolare, R. POUND, *Administrative Law: Its Growth, Procedure and Significance*, Pittsburgh, 1942.

### 3.1. *Lo Stato amministrativo è incostituzionale.*

La contestazione dello Stato amministrativo ha una forte impronta originalista. Nel suo disegno originario, la Costituzione ha un'impostazione orientata essenzialmente alla tutela delle libertà individuali. Così, i *Framers* hanno puntato a limitare gli ambiti di azione dei pubblici poteri, contenere la loro capacità di incidere sulle posizioni dei singoli, attribuire a istituzioni diverse i tre principali poteri – legislativo, esecutivo e giudiziario – per evitarne la concentrazione e assicurarne l'equilibrio e i controlli. Il *regulatory state*, però, va precisamente nella direzione opposta: espande l'agenda politica dell'esecutivo e i settori di intervento dei pubblici poteri; permette a questi ultimi di imporre vincoli all'azione dei privati; e concentra i tre poteri nelle mani dell'esecutivo.

Questo punto di vista viene articolato non solo dagli scritti di alcuni studiosi, esemplificati da quelli del *Constitution-in-Exile Movement*, già richiamati, ma anche dalle *concurring opinions* in alcune importanti pronunce della Corte suprema. È il caso, ad esempio, della posizione espressa nella sentenza *Decker*<sup>17</sup> da Antonin Scalia, il quale richiama un passaggio di Montesquieu ben noto al dibattito dei *Federalist Papers*: “*When the legislative and executive powers are united in the same person ... there can be no liberty; because apprehensions may arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner*”. La realtà dello Stato regolatore, insomma, è allo stesso tempo pervasiva e capace di mettere a repentaglio la separazione dei poteri e i valori liberali ad essa sottesi.

Se gli argomenti della critica sono chiari, è altrettanto chiara, almeno in linea di principio, la possibile soluzione. In una prospettiva sistemica, il modo più lineare per limitare lo Stato regolatore e correggerne la concentrazione di poteri è quello di ripristinare il ruolo del Congresso. Christopher Walker, ad esempio, osserva che “[t]he primary tool at the collective Congress’s disposal to combat the risk of administrative collusion is one Congress’s Constitution expressly does not address: Congress’s substantive legislative power”, aggiungendo che “[t]o restore Congress’s proper role in the modern administrative state, Congress must return to its core constitutional function of regularly passing laws”<sup>18</sup>. L'opzione più dibattuta, tuttavia, è quella della revisione della dottrina *Chevron*. Il criterio della *judicial deference* ha sostenuto l'espansione dello Stato amministrativo, consentendo alle agenzie di esercitare poteri regolatori sulla base di inter-

<sup>17</sup> Corte suprema, *Decker v. Northwest Environmental Defense Center*, 2013, p. 1341.

<sup>18</sup> C.J. WALKER, *Restoring Congress’s Role in the Modern Administrative State*, cit., p. 1117.

pretazioni ragionevoli di normative ambigue<sup>19</sup>. Dovrebbe essere rimpiazzato, allora, da un criterio diverso, un *independent judicial judgement* che restituisca alle corti il compito di difendere le libertà individuali e la società civili dalle tentacolari ambizioni del *regulatory state*: un auspicio almeno in parte realizzato con la pronuncia *Loper Bright*, nella quale la Corte suprema ha superato la prospettiva complessiva di *Chevron*, in base alla quale lo scioglimento delle ambiguità delle normative richiede una decisione di *policy* o una *expertise* che sono proprie delle agenzie regolatorie, per affermare che anche quando una legge è ambigua, il giudice è tenuto a svolgere un'attività di interpretazione del testo nella quale ha una "*special competence*"<sup>20</sup> e che deve portarlo alla individuazione della interpretazione ritenuta migliore.

Eppure: la critica dello Stato regolatore e le soluzioni proposte si prestano ad alcune obiezioni ovvie. La prima è di essere fondate su una comprensione semplificata del disegno istituzionale, che non tiene conto delle sue reali dinamiche. Come osservato da Adrian Vermeule, è stata l'architettura istituzionale prevista dalla Costituzione a generare le agenzie regolatorie, le quali "*exercise combined functions when, and only when, an institutionally specialized decision, an exercise of lawmaking through sequenced and separated powers, has concluded that they should, and enacted a statute to that effect*"<sup>21</sup>. Da questo punto di vista, non è realistica la soluzione sistemica, di ripristino del potere legislativo del Congresso, in quanto contraria alla effettiva dinamica istituzionale. A questa osservazione Gillian E. Metzger ne aggiunge una seconda: lo Stato amministrativo rappresenta, oggi, addirittura una indispensabile realizzazione della separazione dei poteri prevista dal disegno costituzionale, là dove mitiga i rischi dell'unilateralismo presidenziale e introduce meccanismi di *accountability* che strutturano l'esercizio del potere esecutivo<sup>22</sup>. Ancora, e soprattutto, è realistico immaginare un ordinamento politico che affronti la complessità delle agende politiche contemporanee senza gli strumenti dello Stato

---

<sup>19</sup> Sulla dottrina *Chevron*, si veda la recente messa a punto di T.W. MERRILL, *The Chevron Doctrine. Its Rise and Fall, and the Future of the Administrative State*, Cambridge, Massachusetts, 2022.

<sup>20</sup> *Loper Bright Enters. v. Raimondo*, cit., p. 23; secondo la Corte suprema, "[t]he Framers anticipated that courts would often confront statutory ambiguities and expected that courts would resolve them by exercising independent legal judgment. Chevron gravely erred in concluding that the inquiry is fundamentally different just because an administrative interpretation is in play".

<sup>21</sup> A. VERMEULE, *No' Review of Philip Hamburger, 'Is Administrative Law Unlawful?', in Texas Law Review*, 2015, p. 1547 ss.

<sup>22</sup> G.E. METZGER, *Foreword: 1930s Redux: The Administrative State Under Siege*, cit., p. 7.

regolatore? Per richiamare ancora Gillian E. Metzger: “[a]n administrative state is unavoidable today for the country to function; the question is not whether an administrative state will exist, but rather what will be the scope and focus of its activities”<sup>23</sup>. È alla luce di una comprensione realistica dello Stato amministrativo contemporaneo, piuttosto che di una sua impossibile esorcizzazione o rimozione, che debbono essere valutate le implicazioni della pronuncia *Loper Bright*, che esclude la pura e semplice deferenza delle corti rispetto alla regolazione amministrativa, chiedendo loro, però, di prestare il “*due respect*” all’interpretazione fornita dall’agenzia, rispettare l’accertamento dei fatti da essa svolto e non sindacare l’esercizio del potere discrezionale eventualmente attribuito all’agenzia dal legislatore<sup>24</sup>.

### 3.2. *Il diritto amministrativo è incostituzionale.*

La seconda critica muove dalla stessa premessa della precedente: lo Stato amministrativo è contrario al disegno costituzionale, incentrato sulla libertà. Nelle parole di Hamburger, che ha sviluppato più compiutamente questo punto di vista, lo Stato regolatore è un abominio politico che nel corso degli ultimi cento anni ha limitato le libertà individuali, creato un solco profondo tra le persone e le istituzioni pubbliche, prodotto una nuova *élite* burocratico-scientifica caratterizzata dall’esercizio del potere amministrativo<sup>25</sup>. Il diritto amministrativo rappresenta una componente essenziale dello Stato regolatore: dando veste formale al potere amministrativo, rende possibile il suo concreto funzionamento e ne sostiene lo sviluppo in una direzione non coerente con il disegno costituzionale. Il moderno diritto amministrativo statunitense, più precisamente, è presentato come “*a revival of absolute power*”, una forma di “*soft despotism*” attraverso la quale riemerge e si manifesta l’assolutismo dell’Europa continentale del XIX secolo che la tradizionale costituzionale anglo-americana aveva inteso scongiurare<sup>26</sup>.

Quest’ultima affermazione merita attenzione. Individua nella storia europea, anzitutto, una biforcazione fondamentale: da un lato, la Prussia, con la sua vocazione a gestire la complessità dell’era moderna attraverso il ricorso all’ordine, esemplificata dal consolidato concetto di *ordnung*; dall’altro, l’Inghil-

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

<sup>24</sup> *Loper Bright Enters. v. Raimondo*, cit., pp. 25, 14 e 17-18.

<sup>25</sup> P. HAMBURGER, *Is Administrative law Unlawful?*, cit., p. 493 ss.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 493 e 508.

terra, ancorata al rispetto della *rule of law* e delle libertà conquistate tra il XVI e XVII secolo attraverso una vicenda storica che ha in Sir Edward Coke un protagonista di spicco. In questa interpretazione storica, in secondo luogo, il diritto amministrativo rappresenta la formalizzazione moderna dell'assolutismo prussiano: il potere amministrativo è assoluto non tanto perché illimitato, quanto perché espressione di un'autorità – quella esecutiva – ulteriore rispetto a quella delle istituzioni giurisdizionali e legislative, regolata da un “*extra- and supralegal regime*”<sup>27</sup> e orientata alla omogeneizzazione della società, invece che al rispetto del suo pluralismo. È a questa specifica tradizione continentale, in terzo luogo, che è ricondotto il diritto amministrativo statunitense: il marchio dell'antico assolutismo prussiano è ben visibile nella “*extralegal legislation*” delle agenzie, nella combinazione di poteri che è caratteristica della loro attività, nella deferenza delle corti rispetto allo Stato regolatore<sup>28</sup>.

È evidente, in questa linea di ragionamento, l'eco della posizione di Albert Venn Dicey. Al termine del XIX secolo, come noto, Dicey esprime una posizione radicale tanto rispetto al diritto amministrativo francese quanto a quello inglese. Accusa il primo di rispondere a una logica illiberale e di rappresentare “uno stadio primitivo di sviluppo corrispondente a quello inglese dei secoli sedicesimo e diciassettesimo, dominati dalla *Star Chamber*, soppressa nel 1641, in cui erano commiste funzioni amministrative e giudiziarie”<sup>29</sup>. Quanto al secondo, ne nega l'esistenza, sottolineando la peculiarità della vicenda storica dell'ordinamento inglese, nel quale esiste un *ordinary law of the land*, un solo diritto applicabile a tutti i soggetti, pubblici e privati, da parte di un unico giudice. La lunga accusa di Hamburger al diritto amministrativo statunitense si muove in questo stesso solco. Dimentica completamente, però, di mettere in prospettiva storica la posizione di Dicey, evidentemente esagerata nel criticare la parte autoritaria del diritto amministrativo francese senza riconoscerne l'evoluzione in chiave garantista e liberale e ancor meno obiettiva nel negare l'esistenza di un diritto amministrativo in Inghilterra<sup>30</sup>. Si basa, inoltre, su una

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 495. “*Americans learned from their German cousins to disdain constitutional formalities and to welcome administrative law. This bureaucratized version of the old absolute power held out the promise of addressing social problems with rational Germanic efficiency. At the same time, it shifted power from representative government to administrative experts and, more generally, the knowledge class, who thought they knew what was best for the people*”.

<sup>29</sup> Così S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Parte generale, vol. I, Milano, II ed., 2003, p. 1 ss., p. 32.

<sup>30</sup> Per una valutazione d'insieme sulla riflessione di Dicey, si veda, in particolare, S. CASSESE,

ricostruzione storica semplificata, se non addirittura caricaturale, della distinzione tra l'assolutismo continentale e la specialità liberale della storia anglo-americana. E sconta il mancato riconoscimento della vicenda novecentesca del diritto amministrativo inglese, oltre a una incomprensione sostanziale del ruolo dello Stato regolatore in questo primo quarto del XXI secolo e a un'interpretazione del tutto riduttiva del diritto amministrativo, non solo statunitense<sup>31</sup>. Di quest'ultimo, in particolare, si nega la stessa legittimità e possibilità di esistenza nella tradizione costituzionale anglo-americana, senza riconoscerne le potenzialità come strumento di strutturazione e controllo dell'esercizio del potere amministrativo.

Il risultato è quello di una negazione aprioristica dello Stato regolatore e del diritto amministrativo nell'ordinamento statunitense contemporaneo. Una diagnosi alla quale non può seguire alcun possibile rimedio: nella prospettiva del *New Coke*<sup>32</sup>, l'unica opzione è quella di una cancellazione dell'amministrazione e del suo diritto.

### 3.3. *Il diritto amministrativo è illiberale.*

La terza critica è quella meno radicale e apparentemente più sfumata. Secondo questo punto di vista, lo Stato regolatore rappresenta una evoluzione compatibile con il quadro costituzionale, così come è legittimo lo sviluppo di un diritto speciale orientato a governarne il funzionamento. La tradizione statunitense, però, è essenzialmente liberale, fondata sul *limited government*, sui pesi e contrappesi, sulla tutela delle libertà individuali. Ciò significa che l'ordinamento è tenuto garantire che lo Stato regolatore operi nel rispetto dei valori e della logica ordinante di tale tradizione. E che il diritto amministrativo deve allo stesso tempo sostenere e strutturare il suo funzionamento, prestando particolare attenzione agli ambiti nei quali lo Stato regolatore opera attraverso

---

*Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo e La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, rispettivamente p. 141 ss. e p. 219 ss.

<sup>31</sup> Per una critica puntuale e una rilettura, in chiave positiva, del diritto amministrativo statunitense, si vedano soprattutto C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Law & Leviathan: Redeeming the Administrative State*, Cambridge, Massachusetts, 2020.

<sup>32</sup> Così questa linea di pensiero è stata ironicamente ribattezzata da C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*, in *The Supreme Court Review* 2015, 2016, p. 41 ss.



l'esercizio di un vero e proprio potere amministrativo. *Administrative law as accountability*, dunque, in linea con il programma tratteggiato da Goodnow alla fine del XIX secolo: se non fosse che la missione fondamentale del diritto amministrativo sembra assai indebolita, se non addirittura tradita, da una serie di sviluppi del diritto amministrativo statunitense contemporaneo.

Uno scritto di Douglas Ginsburg e Steven Menashi, già richiamato<sup>33</sup>, ricapitola i punti principali della torsione illiberale del diritto amministrativo. Si tratta di sviluppi dovuti alla giurisprudenza delle corti, piuttosto che ad iniziative del legislatore. Per cominciare, le corti non hanno garantito il rispetto della *non-delegation doctrine*: se quest'ultima richiede che il Congresso stabilisca un *intelligible principle* in grado di guidare le agenzie nell'attuazione della legislazione, la Corte suprema ammette che il legislatore dia *substantial discretion* alle agenzie rispetto alla elaborazione della politica regolatoria, limitando in modo significativo il controllo giurisdizionale sulla loro attività. In secondo luogo, le corti hanno consentito alle agenzie di eludere i vincoli procedurali imposti dall'*Administrative Procedure Act*: è il caso, ad esempio, dell'attività regolatoria svolta attraverso misure non vincolanti, come le linee guida, le norme interpretative e i *policy statements*, per le quali non viene utilizzata la procedura del *notice and comment*. In terzo luogo, il principio stabilito nella pronuncia *Chevron* si è tradotto, almeno sino alla rivisitazione operata dalla Corte suprema nella pronuncia *Loper Bright*, in "*a strong presumption in the law that administrative actions are correct and taken in good faith*"<sup>34</sup>: una presunzione storicamente giustificata sulla base dell'*expertise* dell'agenzia, ma che ha condotto a esiti paradossali, come quello per cui, in un cambio radicale di politica regolatoria da parte di un'agenzia,

*"the court was not asked what the statute means, or even which was the better interpretation, the old or the new. Instead, the court was asked only whether the agency now could reasonably interpret the statute to mean the opposite of what it said before"*<sup>35</sup>.

Il merito principale di questa posizione sta nel richiamo al fondamento liberale del diritto amministrativo, alla sua natura di *project of institutional design* orientato a garantire quella funzione di *power-checking* senza la quale lo Stato

<sup>33</sup> D.H. GINSBURG, S. MENASHI, *Our Illiberal Administrative Law*, cit.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 484-485; l'espressione è tratta da una giurisprudenza consolidata, che include anche quella della *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 484.

regolatore diviene arbitrio. Una posizione, insomma, che opera come pungolo alla teoria e alla pratica del diritto amministrativo. Eppure, a ben vedere, il richiamo alla *ratio* liberale del diritto amministrativo è accompagnato da una meno condivisibile componente ideologica, di stampo libertario. Sono Sunstein e Vermeule a snidarla e a mettere opportunamente in guardia contro il riduzionismo che la accompagna<sup>36</sup>. Il diritto amministrativo, come ricordano i due autori, non ha, in quanto tale, vocazione normativa essenzialmente libertaria. Piuttosto, può operare, di volta in volta, a protezione degli interessi dei privati rispetto al potere pubblico, a tutela di un privato nei confronti di un altro privato, a sostegno dell'intervento dell'amministrazione e in molti altri modi ancora. Il diritto amministrativo, insomma, come un materiale duttile e plastico, capace di servire obiettivi diversi e non riducibile nell'orizzonte di una specifica ideologia:

*"[a]dministrative law [...] cannot be neatly characterized in libertarian or nonlibertarian terms. The basic error of the recent DC Circuit decisions is to attempt to engraft a particular controversial theory—a libertarian theory of the legitimate role of the state, itself rooted in a particular controversial interpretation of public-choice economics — onto legal materials that have remained recalcitrant"*<sup>37</sup>.

A ciò si aggiunge che questa posizione è molto debole nel fornire soluzioni. La principale opzione è quella di ripristinare le radici liberali del diritto amministrativo attraverso una revisione della dottrina *Chevron*, un ritorno ai contenuti originari del principio di *non-delegation* e un ripensamento di altri orientamenti della Corte suprema. Ma se la dottrina *Chevron* è stata almeno in parte ripensata con la pronuncia *Loper Bright*, resta del tutto impressionistica la direzione complessiva del processo tratteggiato da questo punto di vista liberale, individuata in una *cooperative enterprise of regulation* tra agenzie e corti, un partenariato tra due *collaborative instrumentalities of justice*, in linea con quanto prospettato da Harold Leventhal alla metà degli anni Settanta<sup>38</sup>. Inoltre, tale processo non può essere promosso attraverso il conflitto tra alcune corti e la stessa Corte suprema, se è vero che in un sistema giurisdizionale gerarchico, come ricordano, di nuovo, Sunstein e Vermeule, *"respect for the governing rules is not optional"*<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Libertarian Administrative Law*, in *The University of Chicago Law Review*, 2015, pp. 465-466.

<sup>37</sup> C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Libertarian Administrative Law*, cit., pp. 465-466.

<sup>38</sup> H. LEVENTHAL, *Environmental Decisionmaking and the Role of the Courts*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1974, p. 509 ss.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 473.

#### 4. *Lezioni americane.*

Le critiche di cui si è detto non hanno avuto, sin qui, un impatto significativo. E tuttavia, l'anti-amministrativismo che esprimono non dovrebbe essere ignorato o sottovalutato. Mette in discussione la legittimità dell'azione amministrativa combinando due diverse prospettive, quella giuridico-istituzionale e quella politica. E in questo modo crea le condizioni "*for a significant erosion of administrative power, albeit perhaps one achieved more incrementally and more targeted to particular substantive areas than a sudden or broad retraction in the administrative state*"<sup>40</sup>.

Su un piano più profondo, il pensiero anti-amministrativo di questi anni mostra come la cultura giuridica statunitense non abbia ancora fatto i conti in modo definitivo con il nodo originario della posizione del diritto amministrativo nel disegno costituzionale. Mostra, in particolare, come la via mediana – volta allo stesso tempo a tener ferma la dottrina costituzionale della separazione dei poteri e ad ammettere la costruzione legislativa di un'amministrazione regolatoria sul piano federale – non sia riuscita ad imporsi sulla posizione che esclude l'amministrazione e il suo diritto dall'orizzonte costituzionale statunitense. In questo primo quarto del XXI secolo, i punti di vista che si fronteggiano nella riflessione della scienza giuridica, nella giurisprudenza delle corti e nella discussione politica sono in buona misura gli stessi che alimentavano il dibattito nell'ultimo scorcio del XIX secolo: un punto di vista schiacciato sulla *negationist interpretation* di Dicey, quello normalizzante che trova nella sistemazione di Goodnow il proprio punto di avvio, quello intermedio di un'amministrazione extra-costituzionale espressione della volontà legislativa. Il nodo originario, insomma, attende ancora di essere sciolto, sul piano teorico, operativo e politico.

Il pensiero anti-amministrativistico, in ogni caso, non è rilevante solo all'interno della storia giuridica e istituzionale degli Stati Uniti. Sollecita indirettamente anche la cultura giuridica europea, in almeno tre direzioni.

Anzitutto, induce a problematizzare lo Stato amministrativo: non tanto per porne in dubbio la legittimazione, frutto di un inquadramento costituzionale che si è realizzato secondo le specifiche modalità della storia giuridico-istituzionale degli Stati europei<sup>41</sup>, assai diverse da quelle statunitensi, quanto per riconoscerne la complessità interna, le molteplici articolazioni e la capacità di

<sup>40</sup> G.E. METZGER, *Foreword: 1930s Redux: The Administrative State Under Siege*, cit., p. 6.

<sup>41</sup> Per una ricostruzione d'insieme, S. CASSESE, *The Rise of the Administrative State*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, p. 981 ss.

operare in funzione di politiche pubbliche assai diverse tra loro. Diversamente da quanto presupposto dal pensiero anti-amministrativo nord-americano, lo Stato amministrativo non è necessariamente espressione del collettivismo e dell'interventismo pubblico. È un modello di azione dei pubblici poteri che risponde ad una pluralità di logiche e modalità, con le quali la scienza giuridica europea dovrebbe misurarsi direttamente, perché è questa pluralità di logiche e modalità a plasmare le concrete configurazioni del diritto amministrativo.

In secondo luogo, le critiche dell'anti-amministrativismo statunitense spingono a problematizzare anche la *ratio* funzionale e normativa del diritto amministrativo: anche in questo caso, non tanto per giungere alla conclusione che il diritto amministrativo non dovrebbe esistere, in quanto strumento di un potere extra-costituzionale, o che dovrebbe avere una sostanza essenzialmente liberale, come presupposto dalla posizione nord-americana tratteggiata nelle pagine precedenti; quanto piuttosto per riconoscerne la crescente multifunzionalità. Se lo Stato regolatore è una mistura di elementi diversi – “*power and mercy, partiality and neutrality, privilege and equality all coexist in contemporary administrative law discourse*”<sup>42</sup> – il diritto amministrativo non può facilmente essere ricondotto a una logica unitaria. Trova il proprio baricentro fondamentale nel fondamento e nel controllo del potere amministrativo. Ma questo baricentro viene complicandosi sempre di più e richiede di essere esplorato, ricostruito e sottoposto a una verifica critica.

Infine, la problematizzazione della *ratio* di fondo del diritto amministrativo porta con sé anche il suo ripensamento come *project of institutional design*. Il diritto amministrativo può e deve essere considerato un esercizio continuo di ricerca delle soluzioni più adatte a realizzare le sue funzioni fondamentali: “*a perpetually unsatisfactory project*”<sup>43</sup>, ha scritto Jerry Mashaw; ma che può contare in Europa, come ha mostrato il lavoro di scavo profondo del Maestro al quale è dedicato questo scritto, su un patrimonio di tradizioni, valori e istituti allo stesso tempo diversificato e basato su un nucleo comune, storicamente fondato e aperto al cambiamento.

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 1008.

<sup>43</sup> J.L. MASHAW, *Structuring a “Dense Complexity”: Accountability and the Project of Administrative Law*, in *Issues in Legal Scholarship*, 2005, Article 4, p. 14.



# LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA INTERSEZIONE DEL DIRITTO NAZIONALE E DEL DIRITTO EUROPEO

*Mario Pilade Chiti*

SOMMARIO: 1. La lenta apertura al diritto dell'Unione Europea. – 2. I maggiori legati della giurisprudenza degli ultimi tre decenni. – 3. *Segue*: la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione. – 4. Tre casi esemplari del nuovo regime della responsabilità della pubblica amministrazione. – 5. Talune conclusioni.

## *1. La lenta apertura al diritto dell'Unione Europea.*

Il tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione è stato tradizionalmente esaminato dagli amministratoristi in una prospettiva puramente nazionale, anche in tempi successivi al Trattato di Roma del 1957 che istituiva la Comunità economica europea. Dopo una serie di studi comparatistici, che aprivano la problematica ad un più vasto scenario<sup>1</sup>, è dall'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, a seguito della celebre sentenza *Francovich* del 1991, che si è finalmente accesa l'attenzione sui nuovi principi che si venivano

---

<sup>1</sup> Cfr. in particolare R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale delle pubbliche amministrazioni. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993, p. 123 ss.; A. ANGELETTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato*, in *Digesto, disc. pubbl.*, XIII, 1997, p. 223. Molti altri studi del tempo sono richiamati da M. BUSSANI *La responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 547 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 265 ss.; S. PELLIZZARI, *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata*, Napoli, 2017; B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 499 ss. Interessante è che i primi studi su altri ordinamenti europei – principalmente di Francia, Germania e Inghilterra – concludessero con una parte sul diritto dell'allora CEE; peraltro in modo non ancora particolarmente approfondito.

formando nel diritto dell'Unione Europea e sulle conseguenti interconnessioni con la disciplina nazionale. Da ultimo, l'esame congiunto dei due versanti del tema è stato sempre più approfondito e la recente sentenza della Corte di Giustizia *Cocner/Europol* (4 marzo 2024, C-755/21), ha posto per la prima volta il principio della responsabilità solidale tra un organismo dell'Unione (nel caso, l'agenzia Europol) ed un'amministrazione pubblica nazionale per violazione ingiusta dei diritti degli interessati.

I ritardi iniziali degli amministratori possono essere spiegati per la scarsa attenzione che alla tematica era riservata dagli stessi comunitaristi e per la carenza, per un certo tempo, di una giurisprudenza seminale della Corte di Giustizia. I primi casi significativi furono *Humblet* del 1960 e *Lütticke* del 1971. La sentenza *Humblet* (16 dicembre 1960, in causa 6/60) riguardava un caso antesignano di responsabilità di uno Stato membro (nel caso il Belgio) per violazione del diritto comunitario, una norma della CECA<sup>2</sup> sui privilegi fiscali dei propri dipendenti. La sentenza *Lütticke* (28 aprile 1971, in causa 4/69) riguardava invece un caso di responsabilità delle istituzioni comunitarie per l'omissione di una decisione individuale da parte della Commissione. Questa sentenza era stata anticipata dal caso *Lütticke I* (sentenza del 16 giugno 1966, in causa 57/65) che aveva anticipato il principio, poi consolidato definitivamente, della diretta efficacia delle previsioni dei Trattati, a certe condizioni. Infatti, per quanto le previsioni dei Trattati si riferiscano formalmente agli Stati membri, i cittadini possono trarne direttamente diritti (così come obblighi) nel caso in cui la previsione in questione sia completa, chiara e precisa, senza condizioni e che non richieda interventi delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri<sup>3</sup>. Sulle due sentenze, al tempo rimaste senza molto eco, tornerò più dettagliatamente nei prossimi paragrafi.

---

<sup>2</sup> Il Protocollo sui privilegi ed immunità della CECA.

<sup>3</sup> Secondo la più recente formulazione, i diritti dei singoli nascono non soltanto qualora essi vengano espressamente attribuiti da dispositivi del diritto dell'Unione, ma anche in virtù di obblighi positivi o negativi che dette disposizioni impongono in maniera ben definita sia ai singoli che agli Stati membri o alle istituzioni dell'Unione. La violazione di siffatti obblighi positivi o negativi, da parte di uno Stato membro, è suscettibile di ostacolare l'esercizio, da parte dei soggetti interessati, dei diritti che sono loro implicitamente conferiti in virtù delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui trattasi che detti soggetti devono poter far valere a livello nazionale, ed è dunque suscettibile di alterare la situazione giuridica che le disposizioni suddette mirano a creare per tali soggetti. È per questo motivo che la piena efficacia di tali norme del diritto dell'Unione e la tutela dei diritti che queste ultime mirano a conferire esigono che i singoli interessati abbiano la possibilità di ottenere un risarcimento, e ciò indipendentemente dal fatto che le disposizioni in questione abbiano o no effetto diretto, dato che

Per i comunitaristi il ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'Unione è stato in effetti a lungo relegato in una posizione marginale ed ancillare rispetto ad altre categorie di ricorsi giurisdizionali previste dall'ordinamento dell'Unione. Almeno sino a quando<sup>4</sup> la Corte non stabilì che l'azione di danni rappresenta un rimedio autonomo, distinto dagli altri mezzi sia quanto alla funzione che quanto alle condizioni di esercizio che tengono conto del suo oggetto specifico. Sempre però rimedio subordinato, perché esercitabile alla condizione che l'azione di responsabilità non sia utilizzata per ottenere lo stesso risultato che avrebbe potuto essere raggiunto con una diversa azione.

Andando oggi a ripercorrere la problematica europea si coglie come si sia trattato di una coincidente anomalia dei comunitaristi, principalmente, e degli amministrativisti. Infatti l'affermazione della Corte di Giustizia in *Francovich* che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazione del diritto comunitario ad esso imputabile è "inerente" al sistema dell'Unione, che al tempo sembrò un'affermazione originale e creativa, era in realtà insita già nel Trattato CECA del 1951. Precisamente, all'art. 86 che affermava un principio del tutto analogo<sup>5</sup> a quello poi espresso in termini ancor più generali dall'art. 5 CEE<sup>6</sup>, considerato dalla sentenza *Francovich* una delle basi principali per affermare il principio della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione degli obblighi comunitari. Rilevante anche l'art. 88 del medesimo Trattato CECA circa il principio di responsabilità degli Stati membri per inadempimento degli obblighi comunitari; "ultima *ratio* per tutelare gli interessi comunitari sanciti dal Trattato di fronte all'inerzia ed alla resistenza degli Stati membri" (Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1960, in

---

tale qualità non è necessaria, né sufficiente di per sé affinché sia soddisfatto il presupposto di insorgenza della responsabilità dell'unione relativo alla violazione di una norma giuridica dell'Unione che conferisce diritti ai singoli. Così, Trib. 20 dicembre 2023, T-415/21, *Banca Popolare di Bari*.

<sup>4</sup> Sentenza *Zuckerfabrik* 2 dicembre 1971, in causa 5/71.

<sup>5</sup> Art. 86.1. "Gli Stati membri si impegnano di prendere ogni provvedimento generale o speciale atto ad assicurare l'esecuzione degli obblighi risultanti dalle decisioni e dalle raccomandazioni delle istituzioni della Comunità e di facilitare a questa il compimento della sua missione".

<sup>6</sup> "Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato".



causa 20/59)<sup>7</sup>. Principio poi scomparso nei successivi Trattati, anche nel vigente TFUE; ma “reinventato” dalla Corte di Giustizia.

Il tema della responsabilità civile dello Stato (inteso non in senso soggettivo e per tutte le sue funzioni) non è dunque disciplinato solo dal diritto nazionale, ma anche dal diritto dell’Unione. L’affermazione della responsabilità dello Stato per mancato o tardivo intervento del legislatore nazionale, toccando direttamente il ruolo del più importante organo statale, implicava necessariamente l’ulteriore svolgimento del medesimo principio in relazione alle altre funzioni pubbliche, tra cui quella amministrativa. Come puntualmente avvenuto nel 1996 con la sentenza *Lomas* (C-5/94), su cui tornerò tra breve.

Semplicemente detto, le “leggi civili e amministrative” che nel nostro ordinamento, per dettato costituzionale (art. 28), i pubblici dipendenti devono osservare comprendono – nell’ambito delle materie di competenza dell’Unione – anche il diritto europeo. Con possibile loro responsabilità in caso di violazione di quel diritto, ormai integrato con quello nazionale.

Si tratta di uno dei più importanti sviluppi dello Spazio amministrativo europeo, nozione che da tempo non è più propria solo della scienza giuridica<sup>8</sup> essendo stata incorporata nel TFUE (è infatti il sostrato, in particolare, dell’art. 197 e dell’art. 298) e sviluppato dalla comunicazione della Commissione europea “Rafforzare lo spazio amministrativo europeo” del 25 ottobre 2023 (ComPAct)<sup>9</sup>.

Questo regime ha una capacità espansiva anche per i settori in cui non vi è competenza dell’Unione; come avviene per altre discipline europee. Così che i portati maggiori della giurisprudenza in materia divengono principi generali per il corretto esercizio delle funzioni degli Stati membri, anche nelle parti non ancora “comunitarizzate”. Principi non vincolanti, a differenza dei principi generali relativi ai settori di competenza dell’Unione.

La forza espansiva di cui ora si è detto è stata rafforzata dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sui casi di responsabilità dell’Unione Euro-

<sup>7</sup> Il tema era stato poi ripreso dal Trattato di Maastricht all’art. 221, già 171.

<sup>8</sup> Cfr. M.P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo*, Bologna, 2012, con saggi che analizzano le principali implicazioni della nozione.

<sup>9</sup> Peraltro caratterizzata dall’assenza di riferimenti alla dimensione giuridica ed in particolare al diritto amministrativo, come rilevato da E. CHITI, G. NAPOLITANO, *Il rafforzamento dello spazio amministrativo europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, p. 5 ss. Il tema qua in esame dimostra, a differenza delle iniziative della Commissione, che la ora citata Comunicazione, la Corte di Giustizia confermi il suo ruolo fondante anche per nuove dimensioni istituzionali come lo Spazio amministrativo europeo (sul punto si ritornerà al successivo par. 4.1).

pea, dovuta alla sempre più diffusa attività diretta delle istituzioni e degli organismi comunitari. Lontano ormai è il tempo in cui dominava il modello dell'azione indiretta dell'Unione, le cui finalità si perseguivano attraverso il modello del "far fare" agli Stati membri<sup>10</sup>. Soprattutto, l'azione diretta dell'Unione si è ampliata a seguito della istituzione di numerose agenzie<sup>11</sup>.

Si stanno ora aprendo ulteriori prospettive, come la responsabilità di organismi e agenzie dell'unione per violazione, ai sensi dell'art. 340 TFUE, delle obbligazioni relative alla protezione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta dell'Unione<sup>12</sup>. Si tratta di una giurisprudenza del tutto nuova, da valutare solo dopo un primo consolidamento; come potrà essere con l'attesa sentenza della Corte di Giustizia nelle cause riunite C-29/22 e C-44/22.

## 2. I maggiori legati della giurisprudenza degli ultimi tre decenni.

Per esaminare la portata dell'intersezione tra diritto nazionale ed europeo della responsabilità civile della pubblica amministrazione, due argomenti appaiono esemplari: a) i legati maggiori delle discussioni degli ultimi trenta anni, partendo appunto dal caso *Francovich*; b) i più interessanti casi recenti in settori chiave, quali la cooperazione amministrativa, gli appalti pubblici, l'unione bancaria europea.

I maggiori legati degli ultimi tre decenni sono i seguenti.

2.1. Siamo di fronte ad un tipico caso di "giuristocrazia"<sup>13</sup>. Quanto avvenuto sul tema della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario è tipico della "creazione" per via giurisprudenziale del diritto dell'Unione. Così confermando la tesi dei giudici dell'Unione come i "Signori del diritto comunitario"<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Milano, 1992.

<sup>11</sup> E. CHITI, *Le agenzie europee*, Padova, 2002.

<sup>12</sup> Mi riferisco alla sentenza del Tribunale del 9 settembre 2023, causa T-60/21, *Frontex*.

<sup>13</sup> Per il fenomeno ed una valutazione critico rinvio al mio: *Judicial and Political Power: Where is the Dividing Line? A Praise for Judicialization and for Judicial Restraint*, in *European Public Law*, 2015, p. 705.

<sup>14</sup> M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario. La Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 796. Aderisce, tra gli altri, a questa lettura B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., p. 50.

In effetti, il tema è formalmente assente nei Trattati, ad eccezione del Trattato CECA del 1951 (artt. 86 e 88 citati). La posizione della Corte di Giustizia era stata anticipata con le sentenze *Humblet* (la già citata 16 dicembre 1960, 6/60) e *Russo* del 1976 (22 gennaio 1976, 60/75), al tempo poco considerate, secondo cui quando il pregiudizio deriva dalla violazione di una norma di diritto comunitario da parte dello Stato membro, questo deve rispondere nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni di diritto interno relative alla responsabilità della pubblica amministrazione. Ma con seri limiti per mancanza di una disciplina europea su vari aspetti. Esempio il caso della nozione di “danno”, tuttora non previsto nel diritto europeo generale e neanche in quello speciale, come il settore degli appalti pubblici. Sul tema si veda adesso la causa C-457/22, esaminata al par. 4.2 che segue.

2.2. La corrispondenza tendenziale tra il regime della responsabilità extracontrattuale dell'Unione per fatto illegittimo proprio (delle istituzioni e dei vari organi) e quello della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione. Tale criterio era stato già proposto con successo dall'Avvocato generale Tesouro nelle conclusioni per il caso *Brasserie du Pecheur*: “la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura nazionale o comunitaria dell'organo che ha cagionato il danno” (riportato al punto 42 della sentenza<sup>15</sup>). Consolidato poi dalla sentenza *Bergaderm* del 2000 (4 luglio 2000, C-352/98), secondo cui “i presupposti in presenza dei quali sorge la responsabilità dello Stato per i danni cagionati ai singoli in conseguenza della violazione del diritto comunitario non devono essere diversi, in mancanza della specifica giustificazione, da quelli che disciplinano la responsabilità della Comunità in circostanze analoghe”.

Ritengo che questo avveri il senso di fondo dell'art. 340, par. 2, TFUE secondo cui “in materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni”; seguendo un moto circolare di sviluppo del diritto in materia.

2.3. La parziale irrilevanza dell'elemento soggettivo della responsabilità, a favore dell'elemento oggettivo e lo sviluppo della nozione responsabilità d'apparato. Infatti, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, come nel caso *Lomas* e nel caso *Haim II* più avanti esaminati, si ricava che l'elemento del dolo o della colpa non risulta un requisito imprescindibile per configurare la re-

---

<sup>15</sup> Analogamente i punti 46 e 80 della medesima sentenza.

sponsabilità della pubblica amministrazione. La colpa non è una condizione della responsabilità, ma può contribuire a determinare la gravità della violazione.

Esula da questo saggio riprendere in modo approfondito il tema, oggetto di secolare discussione, sul carattere soggettivo od oggettivo della colpa<sup>16</sup>, ma dobbiamo almeno rimarcare che alla luce del diritto dell'Unione Europea, come interpretato dalla Corte di Giustizia, la colpa non appare più il carattere essenziale per affermare l'illecito dell'amministrazione; con singolare affinità con gli sviluppi del diritto privato nell'ambito del nostro ordinamento e con la fondamentale svolta della Cassazione nella sentenza n. 500/1999.

2.4. L'assoluta irrilevanza della distinzione – propria del diritto nazionale italiano – tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. L'espressione “diritti dei singoli” è da sempre, non solo in questo campo, intesa dalla Corte nel modo più ampio. Di nostro interesse specifico la sentenza *Brasserie du Pêcheur* in cui le situazioni giuridiche soggettive dei soggetti coinvolti – che in Italia sarebbero configurati come tipici interessi legittimi – vennero qualificate come “diritti”. Sappiamo che una delle principali motivazioni della sentenza 500/1999 della Cassazione sulla risarcibilità degli interessi legittimi è proprio quella “comunitaria”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Tema sul quale risulta ancora imprescindibile la sintesi di F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2009.

<sup>17</sup> Tra i fattori di evoluzione della tradizionale giurisprudenza per la Cassazione “va anzitutto ricordato il riconoscimento, sotto la spinta dell'ordinamento comunitario, dell'azione di risarcimento ai soggetti che abbiano subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture. Sul rilievo che il diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture. Sul rilievo che il diritto comunitario non conosce la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e che nella suindicata materia il privato (secondo il nostro ordinamento) è titolare di posizioni di interesse legittimo, si è sostenuto che la menzionata normativa avrebbe introdotto nel nostro ordinamento una ipotesi di risarcibilità di interessi legittimi, e si è suggerito di riconoscerle forza espansiva ultrasettoriale, così confermando l'ordinamento intero a quello comunitario (il cui primato è ormai incontrovertito) ed evitando disparità di trattamento, nell'ordinamento, nell'ordinamento interno, nell'ambito della generale figura dell'interesse legittimo. Il suggerimento non è stato tuttavia accolto da questa C.C., che ha ritenuto di attribuire alla suindicata normativa carattere eccezionale, traendone conferma del principio, costantemente affermato, della irrisarcibilità, non suscettivo di essere posto in discussione da una norma dettata con riferimento ad uno specifico settore. Si tratta tuttavia di un indirizzo formatosi in riferimento al contingente assetto del diritto positivo, suscettivo quindi di riconsiderazione a fronte di successive modifiche nell'ordinamento: e modifiche consistenti si sono in effetti verificate”.

2.5. La progressiva limatura del principio di autonomia procedurale degli Stati membri. È vero che il principio è ancora vigente e rispettato – vedremo tra breve il caso *Ingosteel* (C-547/22), in attesa di sentenza della Corte di Giustizia su rinvio pregiudiziale – ma comunque consente alla Commissione ed alle altre Istituzioni dell’Unione di verificare (con una sorta di *droit de regard*) con ampio margine di valutazione se effettivamente sono garantiti i requisiti di equivalenza e di effettività.

2.6. L’apertura del diritto dell’Unione al riconoscimento di ricorsi per risarcimento danni proposti da singoli sulla base di un’asserita violazione di diritti fondamentali. Come icasticamente rilevato dall’Avvocato generale Capeta nelle conclusioni nelle cause C-29/22 e C-44/22, tale sviluppo “discende dai principi costituzionali dell’ordinamento giuridico dell’Unione, principalmente dallo Stato di diritto, che comprende il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e dal principio che impone il rispetto dei diritti fondamentali in tutte le politiche dell’Unione. Il ruolo costituzionale dei giudici dell’Unione, derivante da tali principi, può essere limitato soltanto in via eccezionale. Questo è il motivo per cui l’articolo 24, paragrafo 1, TUE e l’articolo 275, primo comma TFUE, devono essere interpretati restrittivamente”.

2.7. Nel complesso, dalla parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia (qua intesa come giudiziario dell’Unione, inclusiva anche del Tribunale) permangono talune diversità rispetto al nostro diritto nazionale. Come ben noto, i tre requisiti necessari per la configurazione della responsabilità dell’Unione – così come degli Stati membri per la violazione del diritto dell’unione – sono: a) che esista una normativa dell’Unione con disposizione aventi efficacia diretta; b) che la violazione del diritto dell’unione sia grave manifesta<sup>18</sup>; c) che il danno effettivamente sia presente e che vi sia un nesso causale tra la violazione e il danno subito dal singolo. Ebbene, è palese che il carattere “grave e manifesto” della violazione del diritto dell’Unione sia indice della “oggettivizzazione” della responsabilità nel diritto dell’Unione, ma anche che tocchi significativamente il tema dell’ampiezza del potere discrezionale previsto dalla norma.

Lo stesso dicasi per la parziale irrilevanza della posizione dell’agente dell’Unione rispetto a quella; ciò che non dà molto spazio alle risalenti discussio-

---

<sup>18</sup> Talora definite come “sufficientemente qualificate”: Corte Giust. 27 aprile 2023, C-549/2021, *Le Quattro banche*.

ni nel diritto interno tra responsabilità diretta della pubblica amministrazione per fatto del proprio organo o indiretta per fatto altrui. Certamente una semplificazione forse eccessiva da parte del diritto dell'Unione; ma per ora ben ferma.

### 3. Segue: *la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione.*

Ai presenti fini merita approfondire il tema della responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario con atti e comportamenti della pubblica amministrazione; che non poteva rimanere estraneo alla giurisprudenza innovativa della Corte di Giustizia.

Come sopra accennato, vi era stato un precedente del 1960 (*Humblet*, causa 6/60), quando la Corte di Giustizia aveva trattato il problema dell'azione a tutela di un dipendente della CEE che si riteneva leso per una violazione del Protocollo sui privilegi ed immunità della Comunità da parte di uno Stato membro. Il ricorso implicava anzitutto che la Corte decidesse se il ricorso appartenesse esclusivamente alla Comunità od all'istituzione di cui l'interessato dipende. L'esame di tale questione si imponeva perché nessuna norma del Trattato consentiva ai privati di adire direttamente la Corte invocando una violazione del Trattato commessa da uno Stato membro; mentre era alla Alta Autorità che spettava, di regola, reagire contro siffatta violazione ricorrendo alla procedura a tal fine prevista dall'art. 88 del Trattato CEE. Al proposito la Corte rilevò che non poteva essere sfuggito agli autori del Trattato che le "controversie" cui può dare luogo l'interpretazione e l'applicazione del Protocollo sarebbero derivate anzitutto da contestazioni tra le persone cui sono conferiti i privilegi e le autorità che abbiano interesse ad un'interpretazione restrittiva di tali privilegi ed immunità. Sotto tale aspetto, le parti in causa si presentano come i tipici contendenti in una "controversia" ai sensi dell'art. 16 del Trattato: per di più, i privilegi previsti dal Protocollo attribuiscono a coloro che ne fruiscono dei diritti pieni. "Ed è logico presumere – proseguiva la Corte – che un diritto materiale abbia come corollario la facoltà per il titolare di farlo valere esso stesso mediante azione giurisdizionale anziché per tramite di un terzo. Va pertanto applicato il principio secondo il quale, in caso di dubbio, una norma che istituisce delle garanzie giurisdizionali, non può interpretarsi restrittivamente a danno degli interessati. Né può infine trascurarsi che l'art. 16 non contiene le limitazioni previste dall'art. 33 del Trattato". Princi-

pio seminale posto dalla Corte, ma, come detto, per molto tempo rimasto senza seguito.

Malgrado il precedente citato, la sentenza guida della Corte di Giustizia sulle responsabilità extracontrattuale degli Stati membri è stata nel 1991 la *Francovich* (sentenza del 19 novembre 1991, nelle cause riunite C-6 e C-9/90). La sentenza è così nota che non necessita di un particolare richiamo. Basti ricordare che il caso si originava dalla mancata tempestiva attuazione in Italia di una direttiva in tema di protezione dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza dei datori di lavoro. Quindi un caso di responsabilità per cattivo esercizio della funzione normativa di trasposizione del diritto dell'Unione in diritto nazionale.

Grande fu al tempo lo scompiglio, ma la sentenza *Francovich* – basata sulle conclusioni dell'Avvocato generale J. Mischo – rappresentava a ben vedere il necessario punto di arrivo, semmai tardivo, della precedente giurisprudenza sul tema specifico<sup>19</sup> e sull'Unione quale ordinamento giuridico di tipo nuovo (*Vand Gend & Loos*, 1963, sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62), e quale “Comunità di diritto” (*Le Verts*, sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83). Nonché il portato di una serie di principi presenti nel diritto dei Trattati comunitari, a partire dal Trattato CECA (con il già richiamato art. 86).

Alla *Francovich* seguirono presto, quale sviluppo naturale, altre sentenze che più dettagliatamente ne definirono la portata. Di questa giurisprudenza, la più nota è la sentenza *Brasserie du Pecheur e Factortame* del 1996 (5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93), ancora in relazione alla responsabilità del legislatore nazionale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Le già citate sentenze *Humblet* del 1960 e *Lütticke* del 1971. Merita riportare i punti salienti della sentenza *Humblet* perché contenevano già i fondamentali poi ripresi dalla Corte di Giustizia solo dopo trent'anni. La causa riguardava, come detto, l'interpretazione del Protocollo sui privilegi e le immunità della CECA in quanto un funzionario (Sig. Humblet) di quella Comunità contestava il comportamento del Belgio, quale Stato membro della CECA, che non aveva rispettato il Protocollo citato nella parte in cui esenta i dipendenti della CECA da qualsiasi imposta sugli stipendi e assegni loro corrisposti dalla Comunità. Nel caso, lo Stato belga aveva aggiunto lo stipendio che Humblet aveva percepito dalla CECA al reddito imponibile complementare. La Corte di Giustizia – competente a decidere su qualsiasi controversia relativa all'interpretazione ed all'attuazione di detto Protocollo – affrontò per la prima volta il problema di cui alle pagine precedenti. L'impianto di fondo della sentenza *Humblet* anticipava dunque la successiva giurisprudenza *Francovich*, ritenuta invece assoluta novità.

<sup>20</sup> Le due celebri sentenze sono state oggetto di un'infinità di studi, giustamente. Una mia personale selezione porta a citare almeno i seguenti studi: R. CARANTA, *Judicial protection*

La portata del principio non poteva esaurirsi riguardo ai legislatori nazionali, come già si è notato. La Corte di Giustizia affermò dunque di lì a poco la responsabilità degli Stati membri per fatto del giudiziario nazionale e, per quanto più ci riguarda, per atti illegittimi della pubblica amministrazione. Il caso guida per la pubblica amministrazione è la sentenza *Lomas* del 1996 (23 maggio 1996, nella causa C-5/94), che si originava dalla contestazione da parte di una società irlandese dei reiterati rifiuti, da parte di un Ministero britannico, all'esportazione di animali vivi verso la Spagna.

Venne poi precisato dalla sentenza *Konle* (1° giugno 1999, causa C-302/97) la circostanza che quanto affermato dalla sentenza *Lomas* con riferimento alla pubblica amministrazione statale valeva per ogni altra pubblica amministrazione, regionale, locale, enti pubblici (nel caso si trattava di un Land tedesco). Gli Stati membri – affermò la Corte di Giustizia – non possono pertanto sottrarsi a tale responsabilità né invocando la ripartizione interna delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel loro ordinamento giuridico interno, né facendo valere che l'autorità pubblica autrice della violazione del diritto comunitario non disponeva delle competenze, cognizioni o dei mezzi necessari.

Il principio è stato perfezionato da numerose sentenze successive, come la *Haim II* del 200 (sentenza 4 luglio 2000, in causa C-424/97<sup>21</sup>).

#### 4. Tre casi esemplari del nuovo regime della responsabilità della pubblica amministrazione.

4.1. Passando all'esame di alcuni casi esemplari della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, il primo è per conferma di quanto detto sul c.d. "diritto amministrativo dell'integrazione".

Si tratta della cooperazione amministrazione tra l'Unione Europea e le amministrazioni nazionali, oggetto della sentenza pubblicata il 4 marzo 2024 nella causa C-755/21, *Cocner/Europol*. Per la prima volta, a quanto consta<sup>22</sup> la

---

*against Member States, a new Jus Commune takes shape*, in *C.M.L.R.*, 1995, p. 703 ss.; C. HARLOW, *Francovich and the problem of the disobedient State*, in *E.L.J.*, 1996, p. 117; P. CRAIG, *One more onto the breach: the Community, the State and damages liability*, in *Law Quarterly Review*, 1997, p. 67 ss.; T. TRIDIMAS, *Liability for breach of Community Law, growing up and mellowing down?*, in *C.M.L.R.*, 2001, p. 301.

<sup>21</sup> Con Avvocato generale J. Mischo, lo stesso del caso guida *Francovich*.

<sup>22</sup> Ma vedi talune simili aperture nel caso *Frontex* davanti al Tribunale (sentenza 6 settembre 2023).



Corte di Giustizia ha affermato un caso di responsabilità solidale di un'agenzia dell'Unione (l'Europol) e dell'amministrazione di uno Stato membro in un settore di cooperazione amministrativa: l'attività di contrasto della criminalità, disciplinato dal regolamento 2016/794 del Parlamento e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, che istituisce l'Agenzia dell'Unione Europea per la cooperazione nell'attività di contrasto/Europol.

Il caso si originava da un fatto criminoso di grande rilievo (l'uccisione di un giornalista e della sua compagna) avvenuto in Slovacchia nel 2018. Le indagini di polizia, condotte congiuntamente da Europol e dalle autorità di sicurezza slovacche avevano condotto ad un dossier consegnato da Europol alla polizia slovacca; poco dopo, in gran parte pubblicato dai giornali locali ed europei.

Una delle persone di cui si parlava ampiamente in questo dossier (il sig. Marian Cocner) era ricorso al Tribunale dell'Unione Europea con una domanda di risarcimento di notevole entità per il danno morale subito. Il ricorrente non si era posto il problema di una possibile responsabilità solidale dell'amministrazione slovacca, come pure ad un attento esame sembrava possibile secondo il regolamento di cui si invocava la violazione (il citato regolamento 2016/794). Il Tribunale respinse il ricorso perché il sig. Cocner non aveva fornito la prova di un nesso di causalità tra il danno fatto valere e il comportamento di Europol; e neanche provato che i dati personali contestati (i c.d. elenchi mafiosi) fossero stati elaborati e tenuti da Europol.

In appello, la Corte di Giustizia – decidendo in Grande Sezione, data la rilevanza del tema – ha accolto il motivo principale di Cocner: il trattamento illecito dei dati che ha violato il suo diritto al rispetto della vita privata. Di conseguenza ha annullato la sentenza del Tribunale, statuendo poi direttamente sul danno risarcibile, riconosciuto peraltro in un modestissimo ammontare (€ 2.000), dovuto certamente alle pessime caratteristiche personali dell'interessato. Ma anche esemplare di un costante modo di giudicare della Corte: attentissima ad assicurare in linea di principio le più ampie garanzie riconducibili allo Stato di diritto, ma altrettanto attenta a contenere al massimo l'entità dei risarcimenti ammessi.

Al di là del caso specifico, la Corte di Giustizia ha – come detto – affrontato per la prima volta il tema della possibile configurabilità di un regime giuridico di responsabilità solidale di un'agenzia europea (Europol) e la pubblica amministrazione di uno Stato membro in un settore di cooperazione amministrativa. Nel caso, la cooperazione nell'attività di contrasto alle attività criminali implica la necessità che Europol disponga delle informazioni più complete ed aggiornate possibili; trattando i dati forniti dagli Stati membri. L'obiet-

tivo del regolamento del 2016 è infatti che “Europol sostenga e potenzi l’azione delle autorità competenti degli Stati membri e la loro reciproca cooperazione nella prevenzione e nella lotta contro la criminalità”; andando oltre i principi sulla cooperazione amministrativa di cui agli artt. 6 e 197 TFUE<sup>23</sup>.

A conclusione di un’articolata interpretazione del citato regolamento 2016/794 (specie degli articoli 50 e del considerando 57), la Corte ha affermato che in questo settore della cooperazione amministrativa il diritto dell’Unione ha previsto un regime di responsabilità in solido per danni. Così che l’interessato che intenda ottenere il risarcimento del danno da Europol o dallo Stato membro chiamato in causa deve soltanto dimostrare che, in occasione della cooperazione tra queste due entità, è stato effettuato un trattamento illecito di dati che gli ha arrecato un pregiudizio. Non è necessario invece che egli dimostri a quale di dette entità tale trattamento illecito è imputabile. La responsabilità in solido di Europol o dello Stato membro coinvolto può essere dunque invocata dagli interessati sia alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea sia al giudice nazionale competente. Per l’eventuale definizione della “responsabilità finale” (ente pagatore, Europol o Stato membro, per il risarcimento corrisposto al soggetto leso), una seconda fase può svolgersi davanti al consiglio di amministrazione di Europol<sup>24</sup>. Ma lasciando indenne il soggetto che ha subito il danno ingiusto, da questa disputa sulla responsabilità “finale”.

La sentenza della Corte di Giustizia è davvero rimarchevole, sia in sé che per le conseguenze generali che ne derivano. Il caso della cooperazione amministrativa di polizia non è infatti considerato come speciale ed irripetibile, dato che il diritto dell’Unione può prevedere similmente in altri campi di cooperazione, con un regime della risarcibilità di fonte comunitaria, ad eccezione dei profili processuali. Ove l’interessato intenda agire di fronte al giudice nazionale competente, dovrà seguire le regole processuali del proprio ordinamento<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Principalmente mirata al supporto, coordinamento e completamento (*supplement*) dell’azione degli Stati membri.

<sup>24</sup> Criterio in contrasto con il principio di conflitto di interessi.

<sup>25</sup> Conferma di questa tesi è data da una sentenza del Tribunale del 6 settembre 2023, causa T-600/21, sull’azione di responsabilità proposta avverso l’Agenzia Europea Frontex per violazione di taluni diritti fondamentali. Il caso riguardava l’apporto di Frontex all’azione delle amministrazioni degli Stati membri in tema di immigrazione in mare. Anche in questa sentenza è ampiamente trattato il problema della possibile responsabilità solidale di un organismo dell’Unione e di un’amministrazione nazionale (cfr., i punti 52 ss.); con conclusioni in parte diverse da quelle affermate dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza *Cocner*. Per un primo commento, J. DE CORNICK, *On the EU General Court’s “WS and Others v. Frontex*, in *Verfassungsblog.de Frontex*, 23 settembre 2023.

Rimarchevole è anche la motivazione di fondo che valorizza l'opportunità data agli interessati di ricorrere indifferentemente al giudice dell'Unione o dello Stato membro: motivazione essenzialmente pratica per evitare difficoltà processuali agli interessati. In sostanza, per la Corte – che massimizza la portata del citato regolamento 2016/794 – questo non impone alla persona interessata (che abbia dimostrato l'esistenza di un trattamento illecito di dati verificatosi nell'ambito di una cooperazione tra Europol e uno Stato membro a titolo del suddetto regolamento) l'onere di individuare quale delle entità coinvolte in questa cooperazione abbia adottato il comportamento configurante tale trattamento illecito.

Un regime molto semplice pensato per togliere agli interessati i dubbi tragici circa la giurisdizione da adire<sup>26</sup> ed i presupposti per un'azione di danno. Come afferma la Corte nella sentenza Cocner “è sufficiente che tale persona dimostri che, in occasione di una cooperazione tra Europol e Stato membro interessato a titolo di tale regolamento, è stato effettuato un trattamento illecito di dati che le ha causato un danno, senza che sia necessario che tale persona dimostri in aggiunta a quale delle due entità in questione tale trattamento illecito è imputabile”.

Un caso esemplare di ciò che significa lo Spazio amministrativo europeo; ancora una volta realizzato in via giurisprudenziale.

4.2. Il secondo caso esemplare prescelto nella recente giurisprudenza dei giudici dell'Unione riguarda il settore degli appalti pubblici; uno dei pochi in cui esiste una specifica disciplina sui mezzi di ricorso, la ben nota direttiva 89/665 del Consiglio del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori<sup>27</sup>. Seguita poi, per gli appalti di enti erogatori di alcuni servizi (acqua, energia, ecc.), dalla direttiva 92/13 del 25 febbraio 1992.

Si tratta della causa C-547/22, *Ingsteel*, non ancora giunta a sentenza, ma che si segnala per le importanti conclusioni presentate dall'Avvocato generale A.M. Collins. Il caso si origina in Slovacchia, ove un organo giudiziario specializzato per gli appalti pubblici ha posto alla Corte di Giustizia, ai sensi

---

<sup>26</sup> In Italia, ulteriormente complicata dalla duplice giurisdizione ordinaria ed amministrativa.

<sup>27</sup> G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa sugli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, che raccoglie vari studi sul tema. Inoltre rimane importante lo studio di G. MORBIDELLI, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 204.

dell'art. 267 TFUE, una domanda di pronuncia pregiudiziale sul tema – sino ad ora non espressamente mai trattato dal giudice dell'Unione – della risarcibilità dei danni a titolo di perdita di opportunità (*loss of opportunity*).

La Società Ingsteel era stata illegittimamente esclusa dalla partecipazione ad una gara (come statuito nella prima causa *Ingsteel*, C-13.7.2017, C-2017/549); ma nel frattempo la procedura di aggiudicazione dell'appalto si era conclusa e l'amministrazione aggiudicatrice aveva stipulato un contratto quadro con l'aggiudicatario.

Al di là del caso specifico, il tema di fondo della causa è se il diritto dell'Unione (la citata direttiva 89/665) impone agli Stati membri di consentire ad un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di proporre una domanda di risarcimento danni per perdita di opportunità, qualora detta procedura sia terminata e sia stato stipulato un contratto con l'aggiudicatario. Considerando che il risarcimento per perdita di opportunità ha titolo diverso dal risarcimento per lucro cessante.

L'Avvocato generale Collins ha concluso proponendo alla Corte di rispondere al quesito posto dal giudice slovacco nel senso che il principio di effettività della tutela impone al giudice nazionale di riconoscere ad un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione il risarcimento danni per la perdita di opportunità di aggiudicarsi detto appalto.

La conclusione finale era, in sé, prevedibile; ma il ragionamento seguito dall'Avvocato generale è di particolare rilevanza perché pone in evidenza i limiti dell'attuale regime del diritto europeo della responsabilità civile dell'amministrazione, nonché il non raggiunto obiettivo di un effettivo mercato unico nel settore dei contratti pubblici.

Per l'Avvocato generale, nel diritto dell'Unione il principio di riferimento è ancora quello dell'autonomia procedurale degli Stati membri; temperato dai necessari corollari dell'equivalenza (le forme di tutela dei diritti derivanti dalla disciplina dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna) e dell'effettività (le forme di tutela devono essere disciplinate in modo che non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione). È in ogni caso la Corte di Giustizia che, in ultima analisi, può stabilire obblighi specifici volti a garantire che i singoli lesi da una violazione del diritto dell'Unione ottengano “un livello minimo di tutela”.

Circa la nozione di “danno”, l'Avvocato generale afferma che, ai sensi della direttiva 89/665, non è nozione autonoma del diritto dell'Unione perché la direttiva non descrive in che cosa consistono i danni, né fornisce alcun criterio

circa il modo in cui possono essere valutati; neanche prevede le condizioni alle quali un'amministrazione aggiudicatrice può essere considerata responsabile per il risarcimento del danno. Dunque non è possibile un'interpretazione europea autonoma ed uniforme. Tuttora la nozione di danno è definita dalla normativa degli Stati membri ed anche se in vari ordinamenti nazionali il lucro cessante e la perdita di opportunità sono nozioni distinte è alla disciplina nazionale che ci si deve comunque riferire.

La più volte citata direttiva neanche prevede in che cosa consistano i danni risarcibili e neppure le condizioni alle quali un'amministrazione aggiudicatrice possa essere considerata responsabile per il risarcimento del danno; né indica le modalità di calcolo del riconoscimento. La direttiva pone l'accento sul risultato: garantire l'esistenza di procedure di ricorso efficaci avverso le decisioni in materia di appalti pubblici; ma non sul contenuto delle stesse.

Il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri non viene considerato dall'Avvocato generale quale principio destinato ad una prossima evoluzione riduzionistica. Infatti – a suo dire – è una delle principali espressioni del principio di sussidiarietà (art. 5 TUE) e dell'art. 19.1, comma 2, TUE secondo il quale sono gli Stati membri che definiscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare la tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

Quindi l'Avvocato generale conclude nel senso che – sulla base della formulazione dell'art. 2, par. 1, lett. c), della direttiva 89/665 e degli obiettivi da quest'ultima perseguiti, considerati nel contesto dei principi generali che disciplinano la responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazioni del diritto dell'Unione – spetta agli Stati membri definire nelle loro norme le voci di danno che un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico può invocare a fini risarcitori, purché tali norme nazionali rispettino i principi di equivalenza e di effettività.

Tornando allo specifico caso della risarcibilità della perdita di opportunità, Collins ritiene che la lettera e gli obiettivi della direttiva 89/665 implicano che l'esclusione di qualsiasi possibilità di ottenere il risarcimento dei danni a titolo di perdita di opportunità di aggiudicarsi detto appalto appare violare il principio di effettività della tutela. Con dubbia coerenza con le premesse sopra ricordate, dato che riporta a far valere il diritto dell'Unione. A suo dire, spetta comunque al diritto degli Stati membri stabilire le condizioni alle quali la relativa domanda può essere proposta, ivi compresi l'onere ed il livello di prova, il nesso di causalità e il calcolo dell'importo dell'eventuale risarcimento.

Vedremo se la Corte di Giustizia seguirà le conclusioni dell'Avvocato gene-

rale; oppure se, mantenendo la specifica conclusione, articolerà in modo nuovo il tema della nozione di danno risarcibile.

Il tema della piena realizzazione di un pieno mercato unico nel settore dei contratti pubblici è estraneo a questi studi; ma non posso esimermi dal rilevare che una così forte riaffermazione del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, come fatto dall'Avvocato generale nella ora citata causa C-547/22, non agevola certo le esigenze del mercato unico. Infatti, l'assenza o l'insufficienza di mezzi di ricorso efficaci in vari Stati membri è fattore dissuasivo per le imprese comunitarie dal concorrere in quegli Stati. Si è richiamata l'espressione letterale usata dal principale "Considerando" della direttiva 89/665 per dimostrare che, a distanza di trenta anni da quella direttiva, rimane molto ancora da fare per la tutela degli interessati e, più in generale, per un vero mercato unico europeo degli appalti.

4.3. Nel quadro della disciplina dell'Unione bancaria europea, un'altra rilevante giurisprudenza dei giudici dell'Unione ha trattato recentemente il tema della responsabilità extracontrattuale della Commissione europea per il suo comportamento nei procedimenti di prevenzione e gestione della crisi delle banche. Con particolare riferimento agli interventi degli Stati membri, anche in riferimento alla disciplina degli aiuti di Stato.

La tematica è stata ampiamente studiata in anni recenti, specie in Italia a causa dei ripetuti giudizi che sono sorti a seguito della crisi di numerosi istituti bancari. Si può dunque rinviare a tali studi<sup>28</sup> per un ampio approfondimento; anche per non superare i limiti di questo saggio.

Basti qua richiamare che il tema della responsabilità delle istituzioni per la gestione delle crisi bancarie si è intersecato con quello della tutela degli interessati a fonte delle decisioni sugli aiuti di Stato; nonché con quello dell'ambito di tutela assicurato dal diritto dell'Unione. A proposito è pacifico, in principio, che tutti gli atti delle istituzioni e degli organismi dell'Unione sono soggetti al controllo giurisdizionale dei giudici europei. La relativa disciplina è, come ben noto, prevista nei Trattati, nei relativi protocolli e in vari atti regolamentari. Il modello della tutela giurisdizionale previsto nell'Unione è particolarmente articolato; perciò giustamente considerato con piena positività dalle Corti costituzionali nazionali, tra cui la nostra Corte (cfr. sentenza n.

---

<sup>28</sup> Sia consentito il rimando al mio studio *The European Banking Union in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Chaim, 2019, p. 105 ss.

142/2018): “sistema di tutela giurisdizionale dell’Unione, fondato su due livelli – europeo e nazionale – tra loro comunicanti, che deve considerarsi completo e coerente, ove si deve riconoscere che il privato che vi abbia interesse beneficia, comunque sia, (almeno) di un rimedio processuale per far valere l’illegittimità delle decisioni della Commissione”.

Circa l’effettività della tutela, l’esperienza mostra però serie problematicità. La legittimazione a ricorrere è sottoposta a notevoli limitazioni, malgrado la positiva modifica dell’art. 263 TFUE intervenuta con il Trattato di Lisbona e la maggiore flessibilità nella gestione della “giurisprudenza *Plaumann*” (dall’omonima sentenza nel caso C-25/62). I tempi del giudizio sono un serio problema, considerato che la media di una sentenza su ricorso pregiudiziale è di un anno e mezzo (ma inserendosi in procedimenti nazionali nel frattempo sopresi) e che lo stesso tempo è quello medio di un ricorso diretto (al Tribunale, se presentato da persone fisiche e giuridiche). Le misure cautelari sono assunte dai giudici dell’Unione con estrema selettività.

Tali caratteristiche sono di per sé fonti di preoccupazione nella prospettiva del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva assicurato in principio dalla Carta all’art. 47; ancora di più sono negative nella materia considerata.

Il caso *Tercas* è esemplare. I ricorsi in primo grado di fronte al Tribunale *ex* art. 263 TFUE avverso la decisione della Commissione 2016/1208 del 23 dicembre 2016 hanno impiegato più di due anni per giungere a sentenza e nelle more della decisione non era stata concessa alcuna misura cautelare. La Commissione ha poi interposto appello e il secondo giudizio (C-425/19) è giunto a conclusione (2 marzo 2021) a distanza di quasi cinque anni dalla decisione contestata; quando ormai la crisi era giunta ad un punto irreversibile. Per *Tercas* una tipica “vittoria di Pirro”.

Si è detto da molti commentatori che la Commissione ha deciso il destino di un pezzo rilevante del nostro sistema bancario con una decisione che i giudici comunitari hanno giuridicamente demolito. Molto vero, anche perché nel frattempo il Fondo interbancario non ha potuto essere utilizzato come avrebbe potuto (e dovuto) essere e le crisi bancarie hanno assunto procedure di risoluzione diverse da quella che con saggezza il “modello Fondo” poteva assicurare. Inoltre, nella prospettiva del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva sono emersi con tutta evidenza i limiti dell’attuale sistema processuale dell’Unione, che non appare adeguato all’importanza ed all’urgenza delle situazioni che si possono determinare nella materia bancaria. Lo stesso Tribunale ha riconosciuto il problema<sup>29</sup> nella sentenza citata *Tercas*, quando (punto 55) ha osser-

---

<sup>29</sup> Senza trarne però le debite conseguenze per la risarcibilità del danno.

vato che il blocco al sostegno da parte del Fondo ha impedito altri simili interventi (come sarebbe stato possibile, ad esempio per “le quattro banche”, per Carige ed altre). Circostanza tanto più grave perché sono limitati i margini per ottenere il risarcimento dell’ingiusto danno patito per responsabilità extracontrattuale della Commissione anche in caso di esito positivo dei ricorsi.

Oltre che per gli aspetti ora considerati, la tutela giurisdizionale è condizionata dal grado limitato delle valutazioni compiute dai giudici dell’Unione.

È infatti criterio costantemente affermato comunitaria che in tema di aiuti di Stato e di valutazioni tecniche la Commissione dispone di un ampio potere discrezionale tecnico, dinanzi al quale il giudice deve limitarsi a stabilire se la valutazione della Commissione sia viziata da errore manifesto e da sviamento di potere. In particolare, risulta dalla giurisprudenza che il regime elaborato dalla Corte in materia di responsabilità extracontrattuale dell’Unione prende in considerazione, segnatamente, la complessità delle situazioni da disciplinare, le difficoltà di applicazione o di interpretazione dei testi normativi e, più in particolare, il margine di discrezionalità di cui dispone l’autore dell’atto contestato. Quanto l’istituzione interessata dispone soltanto di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, o addirittura inesistente, la semplice violazione del diritto dell’Unione può essere bastante per dimostrare l’esistenza di una violazione sufficientemente qualificata. Invece, ciò non vale nel caso in cui tale istituzione disponga di un ampio potere discrezionale. Infatti, in questo caso, il criterio decisivo che permette di ritenere che una violazione sia sufficientemente qualificata consiste nel travalicamento manifesto e grave, da parte dell’istituzione o dell’organo dell’unione in questione, dei limiti che si impongono al suo potere discrezionale.

Occorre altresì precisare che non esiste alcun nesso automatico tra, da un lato, la mancanza di potere discrezionale dell’istituzione interessata e, dall’altro, la qualificazione dell’infrazione come violazione sufficientemente qualificata. A questo proposito, è giocoforza constatare, da un lato, che la nozione di “aiuto di Stato”, ai sensi dell’art. 107, par. 1, TFUE, presenta carattere giuridico e deve essere interpretata sulla base di elementi oggettivi. Per questa ragione, il giudice dell’Unione deve, in linea di principio, e tenuto conto sia degli elementi concreti della controversia sottoposta al suo esame, sia del carattere tecnico o complesso delle valutazioni compiute dalla Commissione, esercitare un pieno controllo riguardo alla questione se una misura rientri nell’ambito di applicazione dell’art. 107, par. 1, TFUE. Dall’altro lato, qualora le valutazioni compiute dalla Commissione presentino carattere tecnico o complesso per quanto riguarda la questione se una misura rientri nell’ambito di applicazione dell’art. 107, par. 1, TFUE.



In conclusione, al fine di stabilire se un comportamento illecito di un istituzione dell'Unione costituisca una violazione sufficientemente qualificata, l'esame del Tribunale è di per sé più rigoroso di quello che si impone nell'ambito di un ricorso di annullamento, nell'ambito del quale il Tribunale si accontenta, nei limiti dei motivi di ricorso presentati dalla parte ricorrente, ad esaminare la legittimità della decisione impugnata per assicurarsi che la Commissione abbia correttamente valutato i diversi elementi che le permettono di dichiarare che le misure in questione erano imputabili allo Stato, ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE. Pertanto, semplici errori di valutazione e la mancata presentazione di prove sufficienti non possono bastare come tali per configurare una violazione manifesta e grave dei limiti che si impongono al potere discrezionale della Commissione.

Per quanto interessa in questo studio, un ulteriore aspetto di problematicità dell'attuale disciplina degli aiuti di Stato è dato dalle limitate possibilità di risarcimento del danno ingiustamente subito dagli interessati, davanti ai giudici dell'Unione o nazionali.

Fermo e ribadito costantemente dalla Corte di Giustizia che anche nella materia bancaria gli interessati hanno titolo di agire per ottenere il risarcimento del danno, l'esame della giurisprudenza europea mostra che sono assai rari i casi in cui l'interesse degli attori è stato in concreto soddisfatto. Tanto per ragioni processuali che per l'atteggiamento restrittivo dei giudicanti; specie riguardo al riconoscimento del legittimo affidamento da parte dei beneficiari degli aiuti. Egualmente nella giurisprudenza nazionale.

Nel settore bancario, il caso *Tercas*<sup>30</sup> esemplifica anche queste criticità. I due giudici dell'Unione hanno sanzionato la citata decisione del 2016 della Commissione come illegittima perché la Commissione non è stato in grado di dimostrare in modo certo la riportabilità delle misure del Fondo allo Stato. Come già accennato, tale decisione è stata la diretta causa dell'irreversibilità della crisi di quella Banca e non solo; i due processi davanti ai giudici dell'Unione non sono giunti a termine prima dell'avverarsi della situazione di irreversibilità della crisi. Si tratta di condizioni "di scuola" per ipotizzare un'azio-

---

<sup>30</sup> Trib. 19 marzo 2019, cause riunite T-98/16, T-196/16, T-198/16, *Italia e altri/Commissione*; Corte Giust. 2 marzo 2021, C-425/19, *Commissione/Italia e altri*. Non diversamente l'altra giurisprudenza in materia, come Trib. 30 giugno 2021, T-635/19, *Fondazione Cassa Risparmio di Pesaro/Commissione*; Corte Giust. 27 aprile 2023, C-549/21, *Fondazione Cassa Risparmio di Pesaro/Commissione*. Anche la più recente sentenza non muta l'impostazione di fondo: Trib. 20 dicembre 2023, T-415/21, *Banca Popolare di Bari/Commissione*. L'appello è pendente.

ne di danno nei confronti dell'Unione (la Commissione), vista l'accertata grave e manifesta violazione del diritto dell'Unione. Ciò malgrado i giudici dell'Unione non hanno accolto le richieste di risarcimento delle Banche per sottigliezze davvero dubbie. In particolare, nella giurisprudenza sulla crisi delle banche la Corte ha sviluppato l'argomento che il fatto addebitato alle istituzioni dell'Unione debba essere stato la causa determinante del danno (cfr. tra le altre la sentenza 27 aprile 2023, C-549/21, *Quattro banche*). Così aprendo la porta a giudizi di fatto del tutto opinabili.

A fronte di questa insoddisfacente giurisprudenza dei giudici europei appare poco realistico che un'eventuale azione di danno possa avere esito positivo.

### 5. *Talune conclusioni.*

Il regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione nello Spazio giuridico europeo risulta ancora un "cantiere aperto". Gli ultimi tre decenni hanno visto significativi sviluppi positivi: la conferma del principio della piena tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione anche nella prospettiva esaminata in questo studio; il decisivo apporto alla soluzione della centenaria questione italiana della risarcibilità degli interessi legittimi; il suggello sulle forme di amministrazione congiunta degli organismi dell'Unione e degli Stati membri.

Tuttavia, molto rimane da fare.

Resta notevole l'asimmetria tra il perimetro (ridotto) della responsabilità dello Stato per atti amministrativi illegittimi e quello della responsabilità da atti normativi, giustificato per implicito – mai affermato esplicitamente – dalla maggiore frequenza dei danni da attività amministrativa e dai conseguenti rischi per la finanza pubblica.

È ancora granitica la sostanza del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, con nefasti effetti per l'effettività del mercato unico. Il caso dei contratti pubblici è esemplare.

Si constata una notevole gracilità delle motivazioni dei giudici dell'Unione quando, dopo l'affermazione dei principi si deve precisare il nesso di causalità e la quantificazione del danno; che di regola rimane appannaggio degli ordinamenti nazionali (ma con evoluzione verso l'ordinamento dell'Unione come nel caso Cocner).

Soprattutto, è evidente l'asimmetria tra l'affermazione generale del diritto al ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'Unione e l'effettività della

tutela accordata, come sopra dimostrato per il settore bancario ed in altri settori in cui sono in gioco rilevanti occasioni di responsabilità delle istituzioni e degli organismi dell'Unione. In tal modo, però, obliterando che l'effettività non è uno dei molti profili della tutela giurisdizionale, sebbene la sostanza stessa di questa.

# CULTURA IMMATERIALE E SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE

*Alessandro Crosetti*

SOMMARIO: 1. Premessa. L'emersione dei beni culturali immateriali e la conseguente esigenza di tutela e valorizzazione. – 2. La transumanza e l'alpeggio quali espressioni di cultura immateriale ed il relativo riconoscimento da parte dell'UNESCO. – 3. L'importanza della pastorizia e dell'alpeggio quale esempio di economia circolare ecosostenibile nelle aree marginali e quale presidio del territorio. – 4. Il positivo apporto di una cultura immateriale alla sostenibilità ambientale nelle aree "svantaggiate" nell'interesse delle future generazioni.

## *1. Premessa. L'emersione dei beni culturali immateriali e la conseguente esigenza di tutela e valorizzazione.*

Costituisce oggi un dato largamente condiviso che la nozione di "bene culturale", anche e non solo sotto il profilo giuridico, costituisca una espressione "aperta" che, per sua natura, rinvia ad un concetto, quello di cultura che può essere inteso nel modo più vario e con valenze diverse<sup>1</sup>. D'altra parte, com'è

---

<sup>1</sup> Per la ricostruzione giuridica della nozione di "cultura" nel c.d. pluralismo istituzionale v. già E. SPAGNA MUSSO, *Lo stato di cultura nella Costituzione*, Napoli, 1961; F. SALVIA, *I beni culturali: i ruoli istituzionali*, in *ISAP, Le relazioni centro-periferia*, Milano, 1984, II, p. 1879 ss.; M. AINIS, *Cultura e politica*, Padova, 1991, p. 33 ss.; C. CATURANI, *La disciplina giuridica dei beni culturali in Italia: strumenti dinamici di tutela e valorizzazione*, in L. MEZZETTI (a cura di), *I beni culturali. Esigenze unitarie di tutela e Pluralità di ordinamenti*, Padova, 1995, p. 41 ss.; A. PIZZORUSSO, *Diritto alla cultura e principi costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, p. 317 ss.; S. CATTANEO, *Cultura e patrimonio culturale*, in A. CATELANI, S. CATTANEO, (a cura di), *I beni e le attività culturali*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXXIII, Padova, 2002, p. 3 ss.; dopo l'entrata in vigore del Codice Urbani del 2004: C. VIDETTA, *Beni culturali (Dir. amm.)*, in *Digesto, disc. pubbl.*, in *Portale pluris*, 2012; A. BARTOLINI, *Beni culturali (Dir. amm.)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. IV, Milano, 2013, p. 93 ss.; ID., *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 2, pp. 223-247; nonché i contributi di C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, II ed., Bologna, 2020.

stato giustamente avvertito “... la nozione di bene culturale, per il giurista, non può essere che una nozione *liminale*, ossia una nozione a cui la normativa giuridica non dà un proprio contenuto bensì opera mediante un rinvio a discipline non giuridiche. La sua definizione non può, cioè, prescindere dalla definizione del concetto di cultura *tout court*; ma questo, a sua volta, dipende dalla coscienza e dal grado di evoluzione raggiunta da una comunità, dalla coscienza sociale di un popolo in un determinato momento storico. Di tale valore il legislatore prende atto, identificando ciò che per la società civile è degno di tutela e di valorizzazione”<sup>2</sup>.

Questa percezione ha portato a delineare nuovi e diversi approcci alla nozione stessa di “beni culturali” e ai relativi strumenti di individuazione e di tutela<sup>3</sup>. Una esigenza, oggi ampiamente condivisa, ha indotto a sottolineare che i beni culturali acquisiscono importanza e significato in quanto siano intimamente connessi al tessuto storico e sociale della civiltà in cui essi hanno rilievo e di cui anzi costituiscono espressione e testimonianza, secondo una ben nota intuizione<sup>4</sup>. In tale contesto sono destinati a trovare spazio e riconoscimento tutte quelle espressioni che rappresentano una matrice identitaria per una certa comunità; espressione che può divenire oggetto di tutela “particolare” allor-

---

<sup>2</sup> A.L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali. Attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004, spec. p. 45 ss.; ID., *Il patrimonio culturale. Concetto, problemi, confini*, Napoli, 2019, p. 18 ss. Nella giurisprudenza lo stesso Consiglio di Stato (Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167) ha anche recentemente riconosciuto che “la nozione di bene culturale è un concetto giuridicamente indeterminato, per la cui definizione l’ordinamento giuridico fornisce solo generalissimi criteri ...”.

<sup>3</sup> Dovuta essenzialmente a M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 3 ss.; in dottrina già prima del Codice Urbani: I.C. ANGLE, *Beni culturali: vicende di una definizione*, in *Nord e sud*, 1980, p. 147 ss.; G.A. ACQUAVIVA, *Sulla nozione di bene culturale*, in *Amministrazione e politica*, 1994, n. 5-6, p. 79 ss. e G. COFRANCESCO, *Introduzione*, in ID., (a cura di) *I beni culturali tra interessi pubblici e privati*, Roma, 1996, p. 29 ss.; nonché le voci P.G. FERRI, *Beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo*, in *Digesto IV, disc. pubbl.*, Torino, II, 1987, p. 217 ss.; T. ALIPRANDI, *Beni culturali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, V, 1988; dopo il Codice Urbani P. STELLA RICHTER, *La nozione di patrimonio culturale*, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 1280 ss.; L. CASINI, *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, I, p. 679 ss.; M. AINIS, M. FIORILLO, *L’ordinamento della cultura*. Milano, 2008 ed ivi ulteriori richiami.

<sup>4</sup> Il riferimento va al noto enunciato della Commissione Franceschini, poi recepito nell’art. 2 del Codice Urbani e già da M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., p. 3 ss., definito come “nozione aperta”; v. anche T. ALIPRANDI, *L’evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Foro amm.*, 1999, p. 2710 ss.

ché integri anche i requisiti prescritti per riconoscersi nella più ampia nozione di patrimonio culturale<sup>5</sup>.

Tra queste categorie di beni una rilevanza del tutto particolare sono venuti assumendo di beni considerabili di interesse etno-antropologico ed inizialmente ascritti alla categoria dei c.d. *beni demo-etno-antropologici*.

Con l'acronimo DEA (già presente nella edizione del Testo unico dei beni culturali del 1999), sono stati tradizionalmente indicati quei beni, appartenenti al patrimonio culturale nazionale, che si distinguono per essere "legati alle culture locali ed alla vita della gente comune in quanto costituiscono espressione delle tradizioni oggetto di studio dell'antropologia". Invero, la categoria in questione riunisce tre ambiti disciplinari che, in Italia, erano rimasti divisi: la *demologia* comprensiva delle tradizioni popolari e del folklore, l'*etnologia* relativa allo studio dei costumi delle società extraeuropee e infine l'*antropologia* con più recente attenzione all'analisi delle invarianti dell'uomo e delle società complesse<sup>6</sup>.

Al di là delle distinzioni presenti all'interno delle specifiche discipline che si sono occupate di tali beni, si è progressivamente affermato un modo di intendere siffatta componente del patrimonio culturale quale *insieme*, ossia come complesso di eterogenei beni idonei a costituire oggetto di tutela da parte dell'ordinamento dei beni culturali in quanto, a prescindere dalla specificità delle diverse categorie, costituiscono tutti *espressione e testimonianza della cultura popolare e della vita della gente comune*, nei suoi più diversi aspetti: dai dialetti alla gastronomia, dall'artigianato agli stili di vita tradizionale familiare e comunitario, dagli oggetti di vita quotidiana alle pratiche simboliche, fino a giungere alle musiche, le danze, i giochi, le mitologie, i riti, le abitudini e le

---

<sup>5</sup> Del resto lo stesso legislatore statale ben recepisce tale nozione laddove afferma all'art. 1 del Codice "La tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura". Per questa ampia nozione di patrimonio culturale G. SEVERINI, *Diposizioni generali* (art. 1-2), in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2019, spec. p. 17 ss.; nonché M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, cit., p. 45 ss.

<sup>6</sup> Sulla genesi ed evoluzione dei beni demo-etno-antropologici già gli studi anticipatori di A.M. CIRESE, *Le discipline demo-etno-antropologiche in Italia*, Roma, 1991; per i profili giuridici: P. CLEMENTE, I. CANDELORO, *I beni culturali demo-etno-antropologici*, in *Manuale dei beni culturali*, a cura di N. ASSINI, P. FRANCALACCI, Padova, 2000, p. 191 ss.; v. anche G.L. BRAVO, R. TUCCI, *I beni culturali demo-etno-antropologici*, Roma, 2006 nonché per una ricostruzione della categoria in chiave storico-giuridica: A. CROSETTI, *I "beni demo-etno-antropologici": origine e parabola di una categoria di beni culturali*, in *Dir. e soc.*, 2014, 2, pp. 355-388 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

credenze popolari<sup>7</sup>. plurivalenza di aspetti culturali, la transumanza si poneva a pieno titolo in questa categoria di beni proprio per le sue arcaiche e persistenti peculiarità.

Si tratta di una categoria di beni tutt'altro che unitaria, anzi assai ampia ed eterogenea, relativamente alla quale l'evoluzione del riferimento normativo non ha avuto una specifica e percepibile influenza in grado di determinare una significativa evoluzione nella problematica che ha riguardato il più generale problema della tutela dei beni culturali c.d. immateriali<sup>8</sup>, in quanto non sempre dotati di un substrato materiale fisicamente percepibile, dall'inerenza ad una *res* che li renda, anche sul piano giuridico, concretamente tutelabili, conservabili, valorizzabili, fruibili da parte dell'intera collettività nazionale<sup>9</sup>.

Ora, è emerso che molte delle espressioni della cultura popolare, delle tradizioni, delle manifestazioni dell'*ethnos*, sono suscettibili di divenire, e sovente

---

<sup>7</sup> Tali atteggiamenti e comportamenti hanno assunto rilevanza anche nella storia del *folklore* (dall'inglese *folk* e *lore* sapere, termine coniato nel 1840 dall'archeologo inglese W.J. Thoms) inteso come l'insieme delle tradizioni popolari di una regione, di un paese assai diffuse anche nel nostro Paese. Per tutti v. G.R. CORSO, *Folklore. Storia, oggetto, metodo, bibliografia*, Roma, 1923; segnatamente A. VAN GENNEP, *Le folklore*, Paris, 1923; G. TOSCHI, *Guida allo studio delle tradizioni popolari*, Torino, 1962, nonché *Il folklore. Tradizioni, vita e canti popolari*, Touring Club Italiano, 1967; più recentemente F. DEL, *Cultura popolare in Italia*, Bologna, 2018.

<sup>8</sup> I beni immateriali sono beni, per loro natura, che non presentano un'identificazione materiale, concreta e corporale, ma acquistano rilevanza per l'ordinamento giuridico in relazione all'applicazione concreta di essi, a cui viene riconosciuta tutela e legittimazione giuridica. Per la nozione di beni immateriali in generale nella dottrina v. per tutti v. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, X. ed., Milano, 1995, p. 103 ss.; nonché per dati risalenti già T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960; VOLTAGGIO LUCCHESI, *I beni immateriali*, Milano, 1962; M. ARE, *Beni immateriali (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, V, p. 251 ss.; più recentemente D. MESSINETTI, *Beni immateriali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. V, Roma, 1988, p. 1 ss.

<sup>9</sup> Il modello sul quale si è fondato l'assetto della normativa italiana sui beni culturali (sin dalle leggi del 1939, per approdare al citato T.U. del 1999 e poi confluire nel Codice dei beni culturali del 2004-2006), è stato il criterio della *materialità*, nel quale è costante sia il riferimento ad un *substrato materiale*, alla necessaria presenza di una *res* che sia in grado di compenetrare e trasmettere quei valori di testimonianza avente valore di civiltà. Su tale criterio della c.d. "concezione reale". P.F., FERRI, *Beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo*, in *Digesto, disc. pubbl.*, Torino, 1987, II, p. 93 ss. sottolineava che l'identità del bene culturale "è connessa ad un valore ideale che risulta profondamente compenetrato dall'elemento materiale"; sul processo evolutivo: E. FOLLIERI, *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio, I Beni culturali*, Napoli, 2005, spec. p. 53; nonché A. CROSETTI, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, V. ed., Torino, 2018, spec. p. 37.

divengono, prodotti materiali, aventi corporalità, che li rende idonei oggetti delle funzioni di tutela e di valorizzazione ed offerta alla pubblica fruizione così come ormai acquisita nella normativa in materia di beni culturali.

La categoria dei beni in esame, può ritenersi caratterizzata, anzi, in prevalenza, da beni realmente e diffusamente immateriali: beni che, com'è stato esattamente avvertito potrebbero dirsi "volatili": tradizioni, feste o spettacoli, cerimonie, riti, racconti, canti, che non sono né mobili né immobili, in quanto per poter essere fruiti devono essere "ri-eseguiti" o "rifatti"<sup>10</sup>.

Delle esigenze di riconoscimento e di tutela di tali beni culturali immateriali, la primitiva stesura del Codice dei beni culturali, nella originaria formulazione del 2004, non aveva ritenuto di doversi fare carico e ciò nonostante che la questione della tutela del *patrimonio culturale immateriale* fosse ormai all'attenzione anche dei più importanti organismi internazionali operanti nel settore<sup>11</sup>.

A questo proposito va rilevato come fosse stata da poco adottata una raccomandazione dell'UNESCO, in esito ad una tavola rotonda svoltasi sul tema a Torino nel marzo del 2001, che aveva auspicato la creazione di strumenti normativi internazionali finalizzati alla protezione giuridica di tale tipologia di beni, che pur nella loro immaterialità, devono ritenersi appartenere comunque al patrimonio culturale mondiale.

A tale raccomandazione, come noto, ha poi fatto seguito il 17 ottobre del 2003 la sottoscrizione a Parigi di una vera e propria Convenzione UNESCO per la *salvaguardia del patrimonio culturale immateriale*, cui è stata data esecuzione in Italia con la legge 27 settembre 2007, n. 167<sup>12</sup> In tale Convenzione

<sup>10</sup> In tal senso A.M. CIRESE, *Le discipline demo-etno-antropologiche*, cit., p. 20 ss.; ID., *Introduzione*, in R. GRIMALDI, *I beni culturali demo-antropologici, schedatura e sistema informativo*, Torino, 1988, p. 1 ss.

<sup>11</sup> Sul punto v. già le attente considerazioni di G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. CAIA (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, Milano, 2000, p. 1 ss.; ID., *Immaterialità dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, p. 1; cui *adde* anche per il neologismo sulla "intangibilità" dei beni culturali già T. SCOVAZZI, *La definizione di patrimonio culturale intangibile*, in G.M. GOLINELLI (a cura di), *Patrimonio culturale e creazione di valore. Verso nuovi percorsi*, Milano, 2012, p. 151 ss.; recentemente v. il puntuale quadro ricognitivo di M. TIMO, *L'intangibilità dei beni culturali*, Torino, 2022, spec. p. 115 ss.

<sup>12</sup> Detta Convenzione ha assunto una importanza fondamentale ai fini di una effettiva evoluzione della problematica in questione, poiché in essa gli Stati contraenti "considerando la profonda interferenza fra il patrimonio culturale immateriale e il patrimonio culturale materiale", si sono detti "consapevoli della volontà universale e delle preoccupazioni comuni relative alla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale dell'umanità". Essi, di conseguenza,



veniva altresì precisato che il patrimonio culturale immateriale di cui sopra si manifesta, tra l'altro, nei seguenti settori: "tradizioni orali, ivi compreso il linguaggio; le arti dello spettacolo; le consuetudini sociali, gli eventi rituali e festivi; le cognizioni e le prassi relative alla natura e all'universo"<sup>13</sup>.

Anche in seguito a tale ratifica, nel nostro ordinamento con il d.lgs. correttivo n. 62/2008, il legislatore ha introdotto all'interno del Codice dei beni culturali e del paesaggio un nuovo art. 7-*bis* attraverso il quale è stato previsto che "Le espressioni di identità culturale collettiva contemplate nella Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettate alle disposizioni del presente codice *qualora siano rappresentate da testimonianze materiali* e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10".

Il testo dell'articolo, tuttavia, ha introdotto una visione riduttiva del bene culturale immateriale rispetto alla Convenzione UNESCO, ancorando la rilevanza giuridica alla possibilità di "testimonianza materiale" quale attività culturale<sup>14</sup>. Va peraltro avvertito che non è solo nel Codice dei beni culturali che

---

"notando che tuttora non esiste alcun strumento per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale" sono addivenuti alla seguente definizione comprensiva di tale patrimonio: "le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how, come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati ad essi, che le comunità, i gruppi, gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale ... trasmesso di generazione in generazione ... costantemente ricreato dalle comunità, dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura ed alla loro storia, dando loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana". Su tale Convenzione, a titolo generale, anche per le valenze antropologiche, M. CENTINI, *Il patrimonio immateriale dell'UNESCO. Cultura e tradizioni dell'umanità*, s.l., 2019, p. 20 ss.

<sup>13</sup> In relazione a tale definizione gli Stati firmatari hanno assunto formali impegni di salvaguardia e cooperazione, anche attraverso l'adozione di "misure volte a garantire la vitalità del patrimonio culturale immateriale, ivi compresa *l'identificazione, la documentazione, la ricerca, la preservazione, la promozione, la valorizzazione, la trasmissione*, in particolare attraverso un'educazione formale ed informale".

<sup>14</sup> Vero è che, in effetti, il legislatore del Codice dei beni culturali non avrebbe potuto fare di più né comportarsi diversamente, dal momento che tutto l'impianto di tutela del Codice presuppone, per sua scelta e natura, il requisito della materialità dei beni culturali. Sul punto D. VAIANO, *Beni culturali*, cit., spec. p. 39. Sulla valenza di tale novella dispositiva e relativi limiti: G. SEVERINI, *Disposizioni generali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., spec. p. 27 ss.

i beni del patrimonio culturale immateriale possono e debbono trovare tutela e valorizzazione, bensì in specifiche leggi (anche regionali) e fonti internazionali volte a prevedere forme di riconoscimento e misure di sostegno e di incentivazione, finanziarie ed organizzative, affinché queste *res incorporales* possano svolgere la loro funzione essenziale di testimonianza avente valore di civiltà e trasmettere alle generazioni future la loro memoria<sup>15</sup>.

Uno degli atti di diritto sovranazionale che hanno significativamente dischiuso ulteriore supporto alla tutela dell'interesse culturale puramente immateriale è costituito dalla *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa* sul valore per la società del patrimonio culturale immateriale, meglio nota come Convenzione di Faro dal nome della città portoghese in cui fu siglata a fine del 2005<sup>16</sup>. La Convenzione intende porsi quale atto suppletivo e suppletivo idoneo ad apprestare una protezione per il valore del patrimonio culturale, sia materiale che intangibile, nel senso di affermare diritti culturali posti in stretta connessione con i diritti dell'uomo, con lo stato di diritto e con lo sviluppo sostenibile. L'art. 1 riconosce, infatti, una "responsabilità individuale e collet-

---

<sup>15</sup> G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, n. 1; G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, *ivi*, 2015, p. 3; da ultimo la puntuale ricostruzione di M. TIMO, *L'intangibilità dei beni culturali*, cit., spec. p. 79 ss.

<sup>16</sup> La Convenzione di Faro non si sovrappone agli strumenti internazionali esistenti ma intende integrarli chiamando le popolazioni a svolgere un ruolo attivo nel riconoscimento dei valori dell'eredità culturale (*Cultural heritage*) già sancita dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (Parigi 1948) e garantita dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (Parigi 1966), invitando gli Stati a promuovere un processo di valorizzazione partecipativo, fondato sulla sinergia fra pubbliche istituzioni, cittadini privati, associazioni. Sui contenuti e le valenze della Convenzione: C. CARMOSINO, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, 2013, 1, p. 41 ss.; A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, *ivi*, 2014, p. 1; P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017, p. 4; ID., *La Convenzione di Faro sul valore del cultural heritage per la società. Un esame giuridico*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 2, p. 274 ss.; A. GUALDANI, *L'Italia ratifica la Convenzione di Faro: quale incidenza sul diritto del patrimonio culturale italiano?*, in *Aedon*, 2020, p. 3; G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *La ratifica della Convenzione di Faro "sul valore del patrimonio culturale per la società": politically correctus. tutela dei beni culturali?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2021, p. 8 ss.; V. DI CAPUA, *La Convenzione di Faro. Verso la valorizzazione del patrimonio culturale come bene comune*, in *Aedon*, 2021, p. 3; per un inquadramento generale antecedente alla ratifica da parte dell'Italia avvenuta con legge 15 dicembre 2020, n. 133: G. FELICIATI, *La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia*. Atti del Convegno di studi in occasione del 5° anno della rivista, Macerata, 5-6 novembre 2015, in *Il capitale culturale*, 2016, suppl. 5.

tiva nei confronti del patrimonio culturale” e sottolinea che “la conservazione del patrimonio culturale ed il suo uso sostenibile hanno come obiettivo lo sviluppo umano e la qualità della vita”. La Convenzione impegna gli Stati aderenti a “promuovere un approccio integrato alle politiche che riguardano la diversità culturale, biologica, geologica e paesaggistica al fine di ottenere un equilibrio fra questi elementi” (artt. 8-9). Come si può constatare la Convenzione intende promuovere una stretta interconnessione fra interesse culturale, interesse ambientale e principio di responsabilità nei confronti delle generazioni future, a prescindere dalle distinzioni tra materialità ed immaterialità dei beni culturali, in una prospettiva di grande apertura al fine di inserire il *cultural heritage* nelle politiche di sostegno ed attenzione nei diversi ordinamenti<sup>17</sup>.

Da questi semplici richiami appare evidente l'importante contributo delle fonti sovranazionali proteso alla individuazione di una nuova categoria giuridica ascrivibile quale patrimonio culturale immateriale, non sufficientemente codificata ma diffusamente presente nelle diverse dimensioni e percezioni<sup>18</sup>.

Non va inoltre sottaciuto che il riconoscimento giuridico dei beni culturali immateriali rappresenta, oltre alla presa di coscienza della testimonianza storica di un determinato evento sociale, anche un rilevante valore economico e di

---

<sup>17</sup> Per alcune riflessioni critiche: C.A. D'ALESSANDRO, *La ratifica della Convenzione di Faro e il difficile inserimento del cultural heritage nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Soc. e dir.*, 2020, 10, p. 208 ss.; nonché A. GUALDANI, *L'Italia ratifica la Convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?*, in *Aedon*, 2020, 3, p. 272 ss.

<sup>18</sup> Come ampiamente evidenziato in recenti contributi di diritto comparato ed internazionale: F. FRANCIONI, A. DEL VECCHIO, P. DE CATERINI (a cura di), *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura*, Milano, 2000; A. CATELANI, *Le Convenzioni internazionali sui beni culturali*, in A. CATELANI, S. CATTANEO, *I beni e le attività culturali*, cit., p. 284 ss.; B. ACCETTURA, *I beni culturali tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*, in *Aedon*, 2003, p. 2; N. BOSCHIERO, *Beni immateriali (dir. intern. priv. e proc.)*, in *Enc. dir. Annali*, II, Milano, 2008, p. 115 ss.; T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, L. ZAGATO (a cura di), *Il patrimonio culturale immateriale nelle sue diverse dimensioni*, Milano, 2012; C. BERTOLOTTO (diretto da), *Le patrimoine culturel immatériel. Enjeux d'une nouvelle catégorie*, Paris, 2011; C.A. D'ALESSANDRO, *La tutela giuridica del patrimonio culturale immateriale. Uno studio di diritto comparato*, Milano, 2021; da ultimo M. TIMO, *L'intangibilità dei beni culturali*, cit., Cap. III, p. 115 ss.; per la dottrina interna: A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 2019, 1, p. 1 ss.; E. PICOZZA, D. SICLARI, *Per una (ri) costruzione dei patrimoni culturali immateriali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019, p. 21; M. FIORILLO, *Verso il patrimonio culturale dell'Europa unita*, in *Rivista AIC*, 2011, 4.

commercializzazione<sup>19</sup>. Questi importanti riconoscimenti hanno portato, infatti, a ricomprendere la dimensione immateriale di patrimoni culturali come uno strumento significativo per la crescita e lo sviluppo sostenibile di territori marginali (quali quelli montani v. *infra*), anche in termini di prosperità economica.

Le pagine che seguono intendono porre in evidenza e offrire qualche riflessione su una tipologia particolare di bene culturale immateriale che, proprio per la sua specificità e storicità, ha trovato un crescente interesse e apprezzamento in sedi giuridiche e istituzionali. In considerazione della plurivalenza di aspetti culturali tradizionali, la *transumanza* si pone, infatti, a pieno titolo in questa categoria di beni proprio per le sue arcaiche e persistenti peculiarità.

## 2. *La transumanza e l'alpeggio quali espressioni di cultura immateriale ed il relativo riconoscimento da parte dell'UNESCO.*

Come noto, la transumanza<sup>20</sup> è una forma di pastorizia caratterizzata dalla migrazione stagionale delle greggi, delle mandrie e dei pastori che si spostano da pascoli situati in zone collinari o montane verso quelli delle pianure (nella stagione invernale) o viceversa (nella stagione estiva) percorrendo le vie naturali battute da sentieri percorsi anticamente già collaudati<sup>21</sup>.

Tale processo è scandito da spostamenti dettati da antiche regole, non solo consuetudinarie, ma anche da precise esigenze stagionali e climatiche. Per descrivere le fasi in cui si compiono gli spostamenti che danno luogo alla transumanza, vengono generalmente utilizzati i termini di “monticazione” e “de-monticazione” (di chiara matrice etimologica riferita alla montagna). Con il

---

<sup>19</sup> In tal senso le attente considerazioni di G. MORBIDELLI, A. BARTOLINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, Torino, 2018; v. pure le osservazioni critiche di A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna più solo italiana*, in *Foro amm. CdS*, 2008, p. 2261 ss. V. recentemente gli Atti del Convegno su *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, svoltosi ad Assisi il 25-27 ottobre 2012, pubblicati su *Aedon. Rivista di arti e diritto on line* ([www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 2014, n. 1 ed ivi in particolare G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, *ibidem*.

<sup>20</sup> Il termine transumanza, sotto il profilo etimologico, deriva dal verbo transumere, ossia “attraversare”, “transitare sul suolo”. Il verbo è costituito con l'accostamento del prefisso latino *trans* nel significato di “al di là” “attraverso” e della parola latina *humus* che vuol dire “suolo/terreno”. V. voce *Transumanza*, in *Vocabolario Treccani on line*.

<sup>21</sup> Si possono distinguere due grandi tipi di transumanza quella orizzontale, in regioni piane o pianeggianti, e quella verticale, tipica delle regioni montane.

termine monticazione, parola che deriva dal verbo “monticare”, si indica la fase iniziale della transumanza che si compie nel periodo primaverile, quando avviene il trasferimento degli armenti e dei pastori dalle zone di pianura (di ricovero invernale) ai pascoli di alta quota dove ha inizio l'alpeggio. Con demonticazione si definisce il successivo trasferimento inverso che, nel periodo autunnale, riporta gli animali dai pascoli in quota a quelli di pianura nella fase successiva al periodo estivo dell'alpeggio.

La transumanza è funzionale e servente per raggiungere l'alpeggio che consiste nell'attività agro-zootecnica che si svolge in montagna durante i mesi estivi. Il termine non va confuso con altri termini come *malga* o *alpe* con in quali si fa riferimento, invece, all'insieme dei fattori produttivi, fissi o mobili, in cui avviene l'attività di monticazione, cioè l'inizio della transumanza: fabbricati, terreni, attrezzature, animali, lavorazione del latte prodotto. Durante l'alpeggio gli animali, in genere, vengono suddivisi tra le malghe di bassa quota, quelle di alta quota e le baite. Ogni montagna destinata ad alpeggio conserva queste tappe di risalita per ottimizzare l'utilizzo prativo dei terreni pascolivi<sup>22</sup>.

L'alpeggio, rientra, *latu sensu*, nell'attività zootecnica nell'accezione riconducibile all'allevamento degli animali<sup>23</sup>: essa, tuttavia, rappresenta una tipica espressione della pastorizia caratterizzata dall'allevamento del bestiame in ambiente naturale ovvero con il pascolo allo stato brado. Nell'alpeggio si viene a

<sup>22</sup> Anche l'alpeggio è pratica antichissima su tutto l'arco alpino ma anche appenninico. Una ricerca archeologica recente (della ANISA, *Associazione per la ricerca alpina, arte rupestre e insediamenti nelle Alpi*, 2007) ha riscontrato presenze di tracce (recinti) di agricoltura alpina segnatamente pascoli nelle Alpi austriache dell'età del bronzo, tra il 1700 e 900 a.C. Dunque l'attività estiva dell'alpeggio appare già documentata e diffusa fin dall'antichità.

<sup>23</sup> L'allevamento degli animali è considerato dall'art. 2135 c.c., come complementare dell'attività agricola anche se spesso è svincolato dal possesso del fondo agricolo, quale è il caso appunto dell'alpeggio; sul punto M. BIONE, *Allevamento del bestiame, fondo, impresa agricola*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 537 ss.; M.G. GIUFFRIDA, *Imprenditore agricolo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XX, p. 553 ss.; da ultimo con riferimento al ciclo biologico A. JANNARELLI, *Imprenditore agricolo*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, 2007, 7, spec. p. 408 ss. Sulla nozione di zootecnica nel linguaggio giuridico, segnatamente volta allo studio alimentare e genetico degli animali: R. IANNOTTA, *Zootecnica*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1975, XX, p. 1208 ss.; M. CARRÀ, *Zootecnica*, in *Enc. dir.*, Milano, VI, p. 122 ss.; da ultimo F. ADORNATO, *Agricoltura e zootecnica*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento XVI*, Roma, 2008, *ad vocem*; per cenni sulle pregresse politiche a favore del patrimonio zootecnico e dell'allevamento: già A. PIROCCHI, *Per la tutela e l'incremento del patrimonio zootecnico*, in *L'Italia agricola e il suo avvenire*, Piacenza, 1920, II; G. FOTTICCHIA, *La zootecnica italiana*, in *L'Italia agricola*, 1929; L. LENTI, *L'industria zootecnica italiana*, in *Annali d'Economia*, gennaio, 1930.

creare una forte simbiosi che si instaura tra gli animali ed il pastore(i) che si occupa di loro a tempo pieno, non limitandosi ad accompagnarli e a seguirli nelle aree di pascolo, ma fornendo loro protezione dai predatori (con il tradizionale ausilio dei cani), cure sanitarie e assistenza varia<sup>24</sup>. Una particolarità di questo tipo di allevamento, (segnatamente nell'alpeggio) è che la persona che si occupa degli animali è generalmente la stessa che provvede alla trasformazione del prodotto (dal ricovero degli animali, dalla tosatura della lana alla produzione dei derivati dal latte).

Allo sviluppo ed alla valorizzazione degli alpeggi in generale, si è dedicata la disciplina dell'*alpicoltura* quale settore scientifico che studia le caratteristiche di funzionamento delle aziende pastorali in montagna, negli aspetti agronomici, zootecnici ed economici, al fine di individuare le tecniche da adottare per migliorarne l'efficienza e la produttività<sup>25</sup>. In particolare, costituiscono oggetto di studio dell'alpicoltura le modalità di sviluppo e le esigenze delle essenze foraggere, gli effetti della permanenza in montagna sullo sviluppo e sulla produttività del bestiame, le connessioni tecniche ed economiche tra le aziende zootecniche montane, dove il bestiame è allevato durante il periodo estivo e le aziende di fondo valle o di pianura, dove il bestiame trascorre il resto dell'anno<sup>26</sup>.

Non va sottaciuto che l'alpicoltura, intesa quale disciplina agraria, è di genesi abbastanza recente. I metodi usati nel governo dei pascoli alpini, nella selezione dei terreni più adatti, nella realizzazione di opere di miglioramento so-

---

<sup>24</sup> In tema v. M. GUBBIOTTI, *Zootecnica e parchi. Costruire un futuro di sostenibilità ambientale e sociale per un nuovo rapporto tra persone, natura e animali*, Roma, 2022. Un fattore di elevata criticità che ha reso l'alpeggio dei pastori oltremodo più difficile e rischioso è il ritorno spontaneo del lupo sulle Alpi e sull'Appennino. La presenza del predatore ha richiesto ai pastori più strette misure di protezione e sorveglianza degli animali, soprattutto durante le ore notturne, ma ha conseguentemente portato in evidenza seri problemi di convivenza per i danni agli armenti. A questi fini di tutela, da sempre, un ruolo fondamentale hanno avuto i cani da gregge su cui: V. MENEGHETTI, *I cani da pastore*, s.l., 2015; E. TORRESANI, *Vita da pastore. Studio sulle origini dei cani da gregge alpini*, Milano, 2020.

<sup>25</sup> I primi studi e contributi risalgono ai primi del Novecento: G. SPAMPANI, *Coltura montana. Con speciale riguardo all'alpicoltura*, Milano, 1910; L. PICCIOLI, *Note di alpicoltura*, Firenze, 1913; ID., *Alpicoltura. Economia alpestre. Prati e pascoli di monte. Governo dei pascoli*, *Enciclopedia agraria italiana*, Torino, 1923; L. GORI MONTANELLI, *Selvicoltura e alpicoltura*, Faenza, 1939; L. VEZZANI, *Verso una nuova alpicoltura*, Torino, 1944; E. BERNARDINI, *Nozioni di selvicoltura e alpicoltura*, Bologna, 1963, solo recentemente la disciplina si è fortemente evoluta ed aggiornata anche in funzione ambientale-territoriale.

<sup>26</sup> In Italia l'alpeggio si svolge tra un'altitudine minima di 600 m s.l.m. e una massima di 2500-2700, ha una durata di circa 40-50 giorni nelle zone alpine e fino a 120 giorni nell'area appenninica.

no obiettivi rimasti a lungo arretrati sino al XIX secolo<sup>27</sup>. A queste carenze, soprattutto dopo i conflitti mondiali, hanno pesantemente contribuito il diffuso spopolamento dei territori montani e la mancata ricomposizione fondiaria, sopra segnalati, che hanno gravemente ridotto la possibilità dell'alpicoltura, con riflessi negativi sia sul governo e la salvaguardia dei pascoli<sup>28</sup>.

Va, infatti, registrata una modesta attenzione negli interventi di politica amministrativa e legislativa a favore della promozione e valorizzazione dei pascoli montani, per troppo lungo tempo limitati a meri interventi finanziari e di spesa<sup>29</sup>, nel quadro di una politica agraria alquanto frammentata<sup>30</sup>. Sotto il

---

<sup>27</sup> Un particolare impulso agli studi sulla flora e l'ecologia delle piante foraggere fu dato dai Giardini botanici alpini (quale ad esempio in Italia Chanousia al Piccolo San Bernardo).

<sup>28</sup> Su queste carenze sia consentito il rinvio a A. CROSETTI, *Abbandono dei terreni rurali e associazionismo fondiario*, in R. LOUVIN (a cura di), *Mondi montani da governare* (Collana Diritto e ambiente), Milano, 2017, p. 57 ss.; ID., *Il difficile governo dei territori montani in Italia: percorsi e sviluppi normativi*, cit., p. 220.

<sup>29</sup> L'interesse pubblico alla conservazione e valorizzazione dei pascoli montani ha sviluppato, nel tempo, vari provvedimenti legislativi che hanno trattato, direttamente o indirettamente, dell'alpeggio. Si è trattato prevalentemente di normativa di sostegno tecnico e finanziario e di funzioni di controllo e di vigilanza tecnico amministrativa, esercitate un tempo dal Ministero dell'Agricoltura e passate con il decentramento alle Regioni. Sarà sufficiente citare nel tempo la legge organica sulla produzione zootecnica (29 giugno 1929, n. 1366) che aveva già previsto possibili contributi dello Stato per incrementare e migliorare la produzione bovina e il r.d. 31 gennaio 1929, n. 200 che aveva autorizzato la costituzione di consorzi per le stazioni di alpeggio. Infine con legge 9 aprile 1990, n. 87 era stato costituito presso il Ministero delle risorse agricole un fondo per la ristrutturazione e il risanamento del settore zootecnico, al fine di erogare finanziamenti in conto capitale o contributi su mutui a favore delle imprese di allevamento, produzione, trasformazione commercializzazione dei prodotti zootecnici o di prodotti derivanti dall'allevamento degli animali. Ulteriori dati in M. ATHENA LORIZIO, *Alpeggio*, in *Digesto. Leggi d'Italia*, 1987, *ad vocem*.

<sup>30</sup> La storia politico-amministrativa dell'agricoltura in Italia è in gran parte da riscrivere, avendo avuto il fattore politico, nel governo e nella gestione amministrativa del settore, un'importanza enorme ma assolutamente inadeguato. A conferma di queste lacune vi sono i rari contributi già di V. PRESUTTI, *L'Amministrazione pubblica dell'agricoltura*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1902, I, 1, p. 183 ss.; sulla esposizione economico-politica: M. BANDINI, *Cento anni di storia agraria italiana*, Roma, 1937; una breve sintesi anche in L. ACROSSO, *Agricoltura (disciplina amministrativa)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, p. 907 ss.; F. BENVENUTI, *Gli aspetti giuridici degli interventi pubblici in agricoltura*, Bologna, 1971; P. CALANDRA, *L'amministrazione dell'agricoltura*, INEA-ISAP, Bologna, 1972; nonché R. PEREZ, *Vicende organizzative dell'amministrazione dell'agricoltura*, in F. MERUSI (a cura di), *La legislazione economica in Italia dalla fine della guerra al primo programma economico*, Milano, 1974, p. 557 ss.; dopo l'avvento dell'ordinamento regionale: C.

profilo istituzionale, purtroppo, scarso effetto hanno contribuito nel tempo, sia la costituzione delle Comunità montane (legge 3 dicembre 1971, n. 1102 e le disposizioni integrative contenute nella legge 23 marzo 1981, n. 93 e 31 gennaio 1994, n. 97)<sup>31</sup> e neppure la direttiva 268/CEE del 28 aprile 1975 per gli interventi nelle aree agricole delle terre montane c.d. “svantaggiate”, (pur recepita a livello nazionale con la legge 10 maggio 1976, n. 352)<sup>32</sup>. Più utili contributi ha cercato di apportare la legislazione regionale<sup>33</sup>.

Nonostante tali carenze per la salvaguardia e la protezione delle zone montane, che in Italia occupano circa il 40% della superficie agricolo-forestale, l'alpeggio, quale modello contrattuale antichissimo, e pur non senza difficoltà, non ha mai smesso di essere diffusamente praticato, sia nelle aree alpine che in quelle appenniniche<sup>34</sup>. Lungi dal rappresentare un ambito economico marginale, l'alpeggio ha costituito per molte comunità alpine il bene più prezioso, da gestire direttamente o da affittare a qualificati imprenditori in grado di garantire, da un lato, prodotti di pregio e di qualità, dall'altro lato, di assicurare una razionale utilizzazione del pascolo e conseguentemente una importante funzione di salvaguardia e tutela ambientale del territorio.

Nel diritto vigente, l'alpeggio prende il nome di “affitto delle montagne”

---

DESIDERI, *L'amministrazione dell'agricoltura*, Roma, 1981; E. ROMAGNOLI, *Agricoltura*, in *Nov. Dig. it. Appendice*, Torino, 1982, I, p. 165 ss.; dati più recenti in A. FIORITTO, *Agricoltura (amministrazione della)*, in *Digesto, (disc. pubbl.)*, Torino, 1987, p. 108 ss.; *amplius* ID., *Agricoltura*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, I, p. 181 ss.

<sup>31</sup> Sul ruolo poco incisivo delle Comunità montane nell'alpicoltura v. A. CROSETTI, *Le Comunità montane dalla legge 142/90 alla legge 97/1994: analisi e prospettive*, in *Riv. dir. agrario*, 1994, (3), pp. 416- 432.

<sup>32</sup> Per valutazioni specifiche sulle politiche comunitarie nell'ambito dell'agricoltura: G. OLMÍ, *Agricoltura in diritto comunitario*, in *Digesto, disc. pubbl.*, Torino, 1987, I, p. 118 ss.; M. GARBAGNATI, *La politica agricola comunitaria*, in U. DRAETTA, *Elementi di diritto comunitario (parte speciale)*, Milano, 1995, p. 108 ss.

<sup>33</sup> Possono essere qui solo segnalati i contributi ancorché datati di F. BENVENUTI, *Le competenze delle regioni in materia di agricoltura e foreste*, in *L'intervento pubblico in agricoltura tra Stato e Regioni*, Milano, 1971, p. 25 ss.; S. CASSESE, *Le Regioni nel governo dell'agricoltura*, *ivi*, 39 ss.; A. BRANCASI, *I finanziamenti pubblici in agricoltura tra programmazione e regioni*, Milano, 1974.

<sup>34</sup> Sulle origini storiche dell'alpeggio e sulla sua diffusione: G.P. BOGNETTI, *Alpeggio. a) Premessa storica*, in *Enc. dir.* Milano, 1958, II, p. 74 ss.; nonché G. BOLLA, *Alpeggio*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1937, I, p. 356 ss.; quindi *Alpeggio e Alpicoltura*, in *Enc. agraria it.*, Roma, 1952, I; da ultimo per profili ricostruttivi *La pastorizia mediterranea. Storia e diritto (secoli XI-XX)*, Roma, 2011.



ed assume regolamentazioni diverse nelle varie località con contenuti funzionali alle esigenze pascolive<sup>35</sup>.

Tali usanze sono antichissime<sup>36</sup>, nei secoli passati, aveva pesantemente condizionato la vita dei pastori che non potevano contare sulla presenza di strutture tipiche dell'allevamento moderno, quali la stalla e gli impianti di foraggiatura, mungitura e refrigerazione del latte. Ancora oggi gli armenti vivono in genere all'aperto in appositi recinti (chiamati stazzi e anche *gias* dal latino *giacere* e *vastere*), i pastori un tempo soggiornavano in dimore rustiche attualmente in strutture più idonee e confortevoli.

In Italia questa antica usanza ha contrassegnato importanti percorsi, nel corso del tempo collaudati, costituiti da una rete di trame viarie denominati "tratturi"<sup>37</sup>

<sup>35</sup> I contenuti prevalenti sono: la stipula può durare più anni; l'affittuario corrisponde un canone ed assume a suo carico tutti gli oneri di conservazione; a carico dell'affittuario (in molte regioni alpine detto malghiere) ricade la custodia dei pascoli e dei boschi; a tal fine è vietato asportare la deiezione degli animali o il letame ammonticchiato; entro aprile deve essere dichiarato il carico della montagna, ossia la quantità di bestiame portato all'alpeggio; per fare beneficiare tutta la superficie pascoliva della letamazione, deve essere periodicamente spostato il luogo della pastura (e della mungitura), come quello del riparo notturno; l'affittuario è espressamente tenuto a rispettare i confini, impedendo ogni turbativa di terzi. Accordi più specifici possono riguardare la rotazione dei pascoli per il migliore utilizzo del manto erboso, le modalità di concimazione naturale del terreno, la lavorazione e distribuzione del prodotto, la manutenzione dei fabbricati del pastore e del bestiame, l'uso delle sorgenti, fontanili, ruscelli per l'abbeveraggio del bestiame, l'uso del legname del bosco, ecc. Cfr. G. CERVATI, *Alpeggio. Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, cit., II, p. 77 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici segnatamente G. BOLLA-PIAZZA, *Alpeggio*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1957, I, p. 523 ss., nonché M. ATHENA LORIZIO, *Alpeggio*, cit. Molto spesso la disciplina dei contenuti è esito di disposizioni molto antiche denominate "regole", su tali particolari fonti: G. ROMAGNOLI, *Regole dell'arco alpino*, in *Nov. Dig. it. Appendice*, Torino, 1986, p. 605 ss.; G.C. DE MARTIN, *Profili giuridici degli enti regolieri nel nuovo assetto degli enti montani*, Milano, 1973.

<sup>36</sup> Affonda le sue radici nella preistoria ed è diffusa in tutto il mondo. Ne abbiamo riprova in numerose incisioni rupestri presenti nel nostro arco alpino dalla Valcamonica alle Alpi Marittime nella zona del Monte Bego con riferimenti già in autori quali Marco Terenzio Varrone (georgico latino del I secolo a.C. nella sua opera didascalica *De re rustica*) che riferisce già l'usanza di portare le greggi di pecore dalla Puglia verso il Sannio durante il periodo estivo per evidente convenienza dei pascoli. Anche Virgilio nelle *Georgiche*, Plinio il Giovane e Columella hanno rilevato la descrizione di pastori che conducevano greggi di pecore in pascoli molto distanti. Ulteriori dati in G. LUZZATO, *Pastorizia*, in *Enc. it. Treccani*, Roma, 1935, XXVI, p. 485 ss.; cui *adde* A. SALTINI, *Storia delle scienze agrarie*, vol. I, Roma, 1984, pp. 101-118.

<sup>37</sup> I tratturi erano inizialmente sentieri assai larghi, forgiati dal progressivo passaggio delle mandrie che seguivano le curve di livello sfruttando le pendenze più lievi. Vi erano poi delle diramazioni longitudinali (i tratturelli) e trasversali (i bracci). Il viaggio durava diversi giorni,

che hanno finito per diventare noti strumenti di collegamento tra montagna e pianura e tra le diverse vallate e regioni.

La transumanza anche oggi è diffusamente presente sia in tutto l'arco alpino che in quello appenninico ed è retta ancora attualmente da regole consuetudinarie dettate essenzialmente e principalmente da esigenze climatiche e stagionali<sup>38</sup>.

Come sempre nel mondo e nel mercato giuridico il *termine*, inteso quale momento del tempo, dal quale cominciano a verificarsi, o fino al quale dura-

---

anzi la monticazione era tarata sui tempi di scioglimento delle nevi e sulla disponibilità della nascita di nuova erba primaverile molto apprezzata per le qualità organolettiche per la produzione casearia. Ai pastori erano ben note soste in luoghi prestabiliti, noti come riposi o "stazioni di posta". Ulteriori riferimenti in A. PELLICANO, *Geografia e storia dei tratturi del Mezzogiorno. Ipotesi di recupero funzionale di una risorsa antica*, Roma, 2007, p. 20 ss. Tali sentieri sono venuti acquisendo con il tempo un certo regime giuridico di rilievo pubblicistico per poi assumere un valore culturale, in punto tutela, salvaguardia e valorizzazione cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Le "lunghe strade verdi" degli armenti. Gli antichi tratturi tra competenza statale e regionale (commento alla sentenza corte Costituzionale 5 luglio 2005 n. 388)*, in *Aedon*, 2006, 1.

<sup>38</sup> Gli usi e le consuetudini, intesi quali comportamento uniforme e costante, praticato nella diffusa convinzione che corrisponda ad un obbligo giuridico, hanno, da sempre, avuto rilevanza nelle fonti della regolamentazione di comportamenti locali. A tale rilevanza, non solo nel diritto privato, ma segnatamente anche nel diritto pubblico hanno dedicato attenzione importanti contributi, tra i molti: v. già A. LONGO, *Della consuetudine come fonte di diritto pubblico*, Palermo, 1892; O. RANELLETTI, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1913, V, p. 30 ss.; M. REGLADE, *Le coutume en droit public intern*, Bordeuax, 1919; quindi N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942; G. MIELE, *Profilo della consuetudine nel sistema delle fonti del diritto interno*, in *Stato e diritto*, 1943, p. 20 ss.; S. ROMANO, *Consuetudine*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1946, *ad vocem*; M.S. GIANNINI, *Sulla consuetudine*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1947, p. 10 ss.; T. MORI, F. CHECCUCCI, *Gli usi normativi*, Milano, 1948; G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano, 1950; per i profili privatistici: E. BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche e regole del costume*, Milano, 1958; ID., *La rilevanza giuridica delle regole sociali*, Milano, 1965; A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, IX, p. 513 ss.; C. ESPOSITO, *Consuetudine*, *ivi*, IX, p. 472 ss.; L. BOBBIO, *Consuetudine*, *ivi*, IX, p. 426 ss.; C.E. BALOSSINI, *Usi (teoria degli)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1975, XX, p. 200 ss.; A. PIZZORUSSO, *Consuetudine*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, VIII, *ad vocem*; da ultimo G. DE MURO, *Consuetudine*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, II, p. 1363 ss.; da ultimo anche per una prospettiva storicistica M. CARVALE, *Legge, consuetudine, tradizione. Note sulla dottrina tra Medioevo e prima età moderna*, Napoli, 2023. Per un riscontro di tali profili consuetudinari in agricoltura: A. ARCANGELI, *Le consuetudini nel diritto agrario*, in *Scritti di diritto commerciale e agrario*, Padova, 1936, III, p. 351 ss.; nell'alpeggio v. già G. PESCE, *I contratti consuetudinari per l'alpeggio o del bestiame sul Monte Baldo*, in *Arch. Vittorio Scialoja*, 1937, IV, p. 52 ss.

no, gli effetti di un negozio giuridico ha enorme rilevanza<sup>39</sup>, ciò in quanto talvolta il termine è concepito come la fissazione di un limite nel tempo da cui si fanno dipendere gli effetti di un negozio (durata ed estinzione di un diritto che sorge dal negozio); altre volte esso è soltanto lo strumento per fissare nel tempo il momento di adempimento o dell'esercizio di un diritto. Entrambe queste circostanze sono presenti nella vicenda della transumanza. Secondo tali regole consuetudinarie la transumanza ha, in genere, inizio il 15 giugno (festa di San Bernardo) e si conclude il 29 di settembre (festa di san Michele) eventi denominati nel patois delle Alpi *ènarpa* e *dèsarpa* o in francese *inalpe* e *dèsalpe* per indicare l'ascesa e la discesa all'alpeggio<sup>40</sup>.

È appena il caso di evidenziare che queste due date coincidono con rilevanti fatti climatici, l'inizio della stagione estiva e l'inizio della stagione autunnale con palesi ripercussioni sulle condizioni ottimali per l'alpeggio delle mandrie.

Oltremodo originali e significative dei rapporti nel mondo agrario e contadino, storicamente e tradizionalmente contrassegnati dal modello del *baratto* e della *permuta*<sup>41</sup>, sono sempre state le regole consuetudinarie presenti nella demonticazione. L'abbandono dei pascoli di alta montagna e la discesa in bassa valle e/o in pianura è regolato da patti consuetudinari secondo i quali il ricovero invernale delle mandrie e la relativa ospitalità con il fieno veniva barattata

<sup>39</sup> Sulla rilevanza del termine temporale nel negozio giuridico a vario titolo: già L. RAMPONI, *La determinazione del tempo nei contratti*, in *Arch. giur.*, 1890; quindi E. RUSSO, *Il termine nel negozio giuridico*, Milano, 1973; E. SARACINI, *Il termine e le sue funzioni*, Milano, 1979.

<sup>40</sup> Così nella letteratura francese: già *Transumance et le bëboisement dans les Alpes, recostitution su sol forestier*, par le M. DE SAPORTA, in *Les Alpes francaises*, par ALBERT FALSAN, Paris, 1893, p. 326 ss.; quindi J.C. DUCLOS, *La transumance, modèle de complémentarité entre la montagne et la plaine*, in *Histoire des Alpes*, 1998, 3, pp. 179-187.

<sup>41</sup> Come ben noto nella sua struttura essenziale, che non si differenzia dalla tradizionale permuta, il baratto è il contratto (anche solo verbale) a prestazioni corrispettive a titolo oneroso, consensuale, commutativo di natura traslativa ed avente ad oggetto la fornitura di beni o servizi a fronte della corresponsione di altri beni o servizi. Più propriamente nel baratto si ha lo scambio tra cosa e cosa, cioè tra bene di natura ed altro bene di natura. V. art. 1552 c.c. in dottrina per tutti v. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XX ed., Padova, 1988, p. 756 ss.; per dati sull'utilizzo anche risalenti: F. GIANNATASIO, *Permuta (dir. vigente)*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1965, XII, p. 996 ss.; G. RICCA, *Permuta (Dir. privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1983, XXXIII, p. 125 ss.; O. CAGNASSO, *Permuta*, in *Trattato di dir. civ.*, a cura di P. RESCIGNO, Torino, 1984, XI, tomo, III, p. 381 ss. ed ivi ulteriori richiami bibliografici. L'istituto è stato da sempre oltremodo utilizzato nei rapporti negoziali tradizionali del mondo agricolo e contadino.

con la cessione del letame (segnatamente di pecora ma non solo) considerato un ottimo concime per i campi. Altra forma di accordo pattizio tra la cascina ospitante ed il pastore del gregge, (anche per evitare possibili conflitti), è stato l'istituto del "compascolo" denominato anche "pascipascolo", che poteva ammettere il libero pascolo delle rispettive greggi su specifiche porzioni di terreno messe in comune<sup>42</sup> e che ne consentiva una forma indiretta di concimazione<sup>43</sup>.

La transumanza ha, da sempre, contribuito a modellare ed arricchire le relazioni umane e a fecondare i rapporti tra persone, animali ed ecosistemi tra valli e pianure<sup>44</sup>. Tale processo ha comportato, nel corso del tempo, pratiche

---

<sup>42</sup> L'istituto del compascolo, di origini antichissime, era già ben noto nel diritto romano, inteso come rapporto di diritto privato che si stabiliva quando due soggetti potevano esercitare un diritto di pascolo su un terreno comune perché potesse servire al bestiame di entrambi i fondi (*Dig.*, VIII, 5 cfr. B. BRUGI, *Dei pascoli comuni nel diritto romano, germanico e italiano*, in appendice al *Commentario delle Pandette* di F. GLUCK, Milano, 1900, p. 307 ss.). Il pascolo reciproco o compascolo nel diritto moderno è una forma di comunione di erbe da pascolo fra proprietari (o affittuari) di un fondo nella stessa zona, per cui a ciascuno di essi è consentito liberamente il pascolo del proprio bestiame sul fondo altrui per il tempo in cui i fondi non sono coltivati (sulla diffusione di tale modello contrattuale nel mondo agrario v. già F. BASANELLI, *Affitto e contratto di pascolo*, in *Riv. dir. agr.*, 1942, II, p. 27 ss.; C. FRASSOLDATI, *Erbe per il pascolo*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1960, VI, p. 649 ss.; F. COLASURDO, *Natura giuridica del contratto di pascipascolo*, in *Giur. agr. it.*, 1965, p. 140 ss.; A. MOSCHELLA, *Pascipascolo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, XXX, p. 27 ss.). Il modello è quello esattamente utilizzato dai pastori nel periodo invernale della monticazione in pianura.

<sup>43</sup> L'effetto positivo del pascolo era ed è esplicito nel fatto che le deiezioni caprine (letame o liquami), possono fornire molti macro e micro elementi positivi per la coltivazione dei terreni agricoli, segnatamente azoto utile per la crescita delle piante.

<sup>44</sup> La letteratura in argomento è ormai molto fitta, anche per i profili sociologici ed antropologici, v. a titolo meramente indicativo: per dati risalenti L. OLLIVERO, *Una consuetudine pastorizia delle Alpi piemontesi*, in *Archivio Vittorio Scialoja*, 1934, I, p. 172 ss.; N. TORTORELLI, *Pastorizia*, Roma, 1939; G. PULLÈ, *La pastorizia transumante nell'Italia centrale*, Milano, 1940; A. PRACCHI, *Il fenomeno della transumanza sul versante italiano delle Alpi*, Como, 1943; N. FRANCIOSA, *La transumanza nell'Appennino, centro-meridionale*, Napoli, 1951; quindi: D. BARSANTI, *Allevamento e transumanza in Toscana. Pastori, bestiame e pascoli nei secoli XV-XIX*, Firenze, 1987; AA.VV., *Pecore. Percorsi di cultura alpina*, Torino, Museo della montagna, 1992; R. COLAPIETRA, *Transumanza e società*, L'Aquila, 1993; AA.VV., *Greggi, mandrie e pastori nelle Alpi occidentali (secoli XII-XX)*, Cuneo-Roccasebaldo, 1996; E. PETROCELLI (a cura di), *La civiltà della transumanza. Storia, cultura e valorizzazione dei tratturi e del mondo pastorale in Abruzzo, Molise, Puglia e Basilicata*, Cosmo, 1999; M. AIME, S. ALLOVIO, P.P. VIAZZO, *Sapersi muovere. Pastori transumanti di Roaschia*, Roma, 2001; D. IVONE, *La transumanza. Pastori, greggi, tratturi*, Torino, 2002; L. VIERO, *La vera transumanza. Mondo*

sociali condivise e modelli comportamentali diffusi e partecipati contribuendo in questo a consolidare quella che nel linguaggio comune è conosciuta come “tradizione”<sup>45</sup>.

Prendersi cura e allevare animali, gestire terreni, foreste, pascoli e risorse idriche, collaudare percorsi ed affrontare i pericoli ed i disagi naturali, sono tutti fattori che hanno contribuito a costruire una “cultura” della transumanza con una rilevante ricaduta di carattere socio-economico nell’ambiente montano, che testimonia, oggi come ieri, un rapporto di equilibrio tra uomo e natura ed un uso sostenibile delle risorse naturali (v. *infra*).

I pastori transumanti sono venuti acquisendo un patrimonio conoscitivo straordinario, con una consapevolezza unica dell’ambiente montano, del suo rispetto, dell’equilibrio ecologico e dei cambiamenti climatici e dei vari aspetti agro-silvo-pastorali delle montagne.

La cultura della transumanza è venuta, nella sua evoluzione, elaborando e raffinando competenze specifiche relative anche ai vari tipi di produzione alimentare, segnatamente nella produzione lattiero-casearia, con prodotti a denominazione di origine protetta e controllata<sup>46</sup>.

Come spesso avviene nel mondo delle relazioni umane, l’inizio e la fine

---

della malga e altro, Monselice, 2005; W. CAPEZZALI, *La transumanza nella storia e nella bibliografia*, in *Tratturi e transumanza: arte e cultura*, L’Aquila, 2008, p. 65 ss.; da ultimi K. BALLACCHINO, L. BINDI (a cura di), *Cammini di uomini. Cammini di animali. Transumanze, pastoralismi e patrimoni bio-culturali*, Campobasso, 2017; M. CORTI (a cura di), *La transumanza tra storia e presente. Studi sulla transumanza e l’alpeggio*, s.l., 2019; M. SENTIERI, *L’ultima transumanza. Dagli Appennini appunti per il domani*, Roma, 2021.

<sup>45</sup> Il termine, come noto, deriva dal latino “*traditio*” dal verbo *tradere*: consegnare, trasmettere, antropologicamente intesa come la trasmissione nel tempo all’interno di un gruppo umano della memoria di eventi sociali, storici, economici, delle usanze, delle ritualità. Fin dall’inizio del Novecento studiosi come Giuseppe Pitrè, Ernesto de Martino, Alberto Maria Cirese hanno operato importanti ricerche su usi, costumi, dialetti, cultura materiale, consuetudini di diritto, pratiche religiose, canti, poesie, musiche, tradizioni orali ed vari altri profili di quella comunemente percepita come “cultura popolare”. Oltremodo utile ancora lo studio di G. PITRÈ, *Bibliografia delle tradizioni popolari d’Italia*, Torino-Palermo, 1894; recentemente R. GUENON, *Scritti (1910-1938)*, A. GROSSATO (a cura di), *La tradizione e le tradizioni*, Milano, 2008. Per i profili giuridici: F. MAROI, *Costumanze giuridiche popolari*, Roma, 1925; ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1956, I, p. 577 ss.

<sup>46</sup> Come ben evidenziato da M. AIME, *Alpeggi a fontina, alpeggi a toma: tra Valle d’Aosta e Alpi marittime*, in *La Ricerca Folkloristica*, 2001, n. 43, pp. 63-70. Tra i molti può essere citato il Castelmagno formaggio italiano di alpeggio di origine protetta (DOP) della Val Maira in Provincia di Cuneo. Su cui v. M. FERRARI, C. EANDI, E. BERNARDI, *Alla corte di Re Castelmagno*, Cuneo, 2000.

della transumanza sono progressivamente venute acquisendo una valenza sociale. Le festività di primavera ed autunno, che scandiscono i momenti del movimento stagionale delle mandrie, hanno costituito momenti di festa e di aggregazione. Questi momenti di condivisione hanno introdotto rituali e scambi di esperienze tra vecchie e nuove popolazioni, avvicinando il mondo della montagna a quello della pianura con positive ricadute generazionali. Tali forme culturali della transumanza sono state inizialmente ascritte nella categoria dei citati *beni demo-etno-antropologici*.

La transumanza ha, da sempre, rappresentato una non marginale pratica nell'economia, non solo montana ma anche di pianura, con positivi impatti nelle dinamiche sociali delle popolazioni, lasciando una traccia profonda nel paesaggio e nella biodiversità<sup>47</sup>. Tale aspetto positivo non è tuttavia l'unico e nei tempi recenti la transumanza è venuta ad arricchirsi anche di valenze culturali e tradizionali, tramite celebrazioni quali la *festa della transumanza*, ormai diffusamente presente al rientro dall'alpe.

La rilevanza di questi diversi profili è stata da tempo percepita e recepita nel processo di affermazione dell'esistenza di tali valori culturali fin dalla Convenzione UNESCO sul *Patrimonio culturale mondiale*, adottata a Parigi il 16 novembre 1972, nella quale è stato evidenziato che il patrimonio culturale e naturale, rappresenta il punto di riferimento, l'identità di un popolo e costituisce l'eredità del passato da trasmettere alle generazioni future<sup>48</sup>. Come noto, infatti, tale Convenzione, all'art. 1, ha considerato il *patrimonio culturale e ambientale* come "creazione congiunta dell'uomo e della natura" e quale "combinazione dell'ambiente naturale con le esigenze culturali, economiche e sociali" e come

---

<sup>47</sup> A riprova di tale rilevanza nell'economia e nella società, è stato calcolato che, nella metà del XV secolo, non meno di tre milioni di ovini e tremila pastori percorressero annualmente i tratturi e che l'impatto che la pastorizia esercitava era tale da fornire sussistenza, direttamente o indirettamente, a metà della popolazione abruzzese, cfr. L. PICCIONI, *La transumanza nell'Abruzzo montano tra Seicento e Settecento*, L'Aquila, 1997, p. 30 ss.

<sup>48</sup> Per la rilevanza della Convenzione UNESCO del 1972 a tutela del patrimonio culturale e naturale mondiale: V. PEPE, *Il paesaggio naturale e culturale e il patrimonio mondiale dell'umanità*, in A. CATELANI, S. CATTANEO, *I beni e le attività culturali*, cit., p. 45 ss.; nonché T. SCOVAZZI, *La Convenzione per la protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale nella sua applicazione ai beni culturali*, in A. CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale dei beni culturali*, Bari, 2014, p. 1 ss.; W. CORTESE, *Il patrimonio culturale. Profili normativi*, Padova, 2007, p. 102 ss., e attualmente i diversi contributi della Giornata di studi di Roma del 13 settembre 2022 promossa dal CNR nel 50° della Convenzione ed il recente convegno, *Patrimonio dell'umanità. 50 anni dalla Convenzione Unesco: prospettive e riflessioni*, Bologna, 2022.

tale “un legame tra il nostro passato, ciò che siamo ora e ciò che passeremo alle generazioni future”. L’affermazione di tali principi e linee guida, anche per l’autorevolezza della stessa UNESCO nel contesto internazionale<sup>49</sup>, ha avuto una grande rilevanza anche con riferimento alla tutela e valorizzazione delle aree montane (v. *infra*).

Proprio per questi motivi, la transumanza è stata inserita nel 2019 dall’UNESCO nella lista del Patrimonio Culturale Immateriale che ne ha riconosciuto il valore della pratica sulla base di una candidatura transnazionale presentata da Italia, Austria e Grecia<sup>50</sup>. L’UNESCO ha evidenziato l’importanza culturale di una tradizione che ha modellato le relazioni tra comunità e animali ed ecosistemi, dando origine a riti, feste e pratiche che costellano l’estate e l’autunno, testimonianza ricorrente di una pratica che si ripete da secoli con ciclicità delle stagioni in varie parti del mondo.

### 3. *L’importanza della pastorizia e dell’alpeggio quale esempio di economia circolare ecosostenibile nelle aree marginali e quale presidio del territorio.*

Non va sottaciuto che, tra i modelli di economia nelle aree “marginali” sia alpine che appenniniche nel corso dei secoli, la *pastorizia* ha mantenuto un ruolo oltremodo rilevante nelle forme più antiche di allevamento, praticata dall’uomo con la maggior parte delle specie animali domestiche da reddito, principalmente ovini, caprini, bovini, ma anche suini, equini<sup>51</sup>. La pastorizia, come noto, si contraddistingue dall’allevamento classico stanziale in stalla o

---

<sup>49</sup> Sarà sufficiente sul ruolo e la rilevanza dell’UNESCO, quale organizzazione internazionale, rinviare a contributi specifici: già A. TAMBORRA, *UNESCO*, in *Enc. it. Treccani Appendice II*, Roma, 1949; G. THOMAS, *L’UNESCO*, Paris, 1952; ARSCOTT, *The U. N. Educational, Scientific and Cultural Organisation*, Manchester, 1957 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici; per i profili giuridici G. CANSACCHI, *UNESCO*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1975, XX, p. 5 ss.

<sup>50</sup> Non va sottaciuto che nel 2023 il riconoscimento è stato esteso ad Albania, Croazia, Francia, Lussemburgo, Romania e Spagna.

<sup>51</sup> Oggi è ormai assodato che i sistemi di allevamento basati sulla monticazione del bestiame contribuiscono non solo alla conservazione degli ecosistemi dove l’alpeggio viene praticato ma anche agli ecosistemi di valle con positive ripercussioni nell’economia dei territori. Tale consapevolezza ha fatto sì che nell’ambito delle politiche (nazionali e regionali) per lo sviluppo delle aree montane siano previste forme di incentivazione per l’alpeggio cfr. L. CESARO, *Politiche e strumenti per lo sviluppo delle aree montane*, in *L’informatore agrario*, 2002, Supplemento n. 32, pp. 7-8.

recinti, perché gli animali (il bestiame) vengono lasciati liberi in un ambiente naturale, ovvero vengono lasciati al pascolo allo stato brado, anziché nutriti con risorse dell'allevatore, venendo a creare una forte di simbiosi tra gli animali ed il pastore che si occupa e convive con loro a tempo pieno, non limitandosi ad accompagnarli al pascolo. Per tale sua peculiarità la pastorizia ha, da sempre, anche rappresentato un importante ruolo di presidio e di tutela dell'ambiente nei territori alpini ed appenninici (v. *infra*).

La pastorizia aveva assunto un ruolo centrale nelle economie e società del passato in Italia, dal secondo decennio del Novecento le dimensioni degli allevamenti bradi (sia sulle Alpi che negli Appennini) cominciarono progressivamente a diminuire e a regredire. Attualmente, dopo mezzo secolo di progressiva riduzione va registrata una inversione di tendenza. Dalla fine degli anni Settanta dello scorso secolo veniva considerata un fenomeno destinato a scomparire, legato erroneamente al sottosviluppo, oggi la pastorizia è venuta ad acquisire una nuova rilevanza anche tra le nuove generazioni<sup>52</sup>, in una rinnovata consapevolezza del recupero di valori e tradizioni dell'economia montana, anche con apprezzabili ricadute positive per le popolazioni locali.

In tal senso la pastorizia può costituire, anzi, un virtuoso modello della c.d. *economia circolare* intesa quale sistema economico capace di potersi rigenerare da solo garantendo anche la sua stessa eco-sostenibilità<sup>53</sup>. Tale sistema, infatti,

---

<sup>52</sup> Il numero dei capi di bestiame è venuto sensibilmente aumentando, rispetto agli anni Settanta, il numero di pecore ha registrato un aumento del 40% non solo nelle valli alpine ma anche in quelle appenniniche. Per dati informativi: M. VERONA, *Dove vai pastore? Pascolo vagante e transumanza nelle Alpi occidentali dagli albori al XX secolo*, Ivrea, 2006; per questa inversione di tendenza: G. FASSIO, L. BATTAGLINI, L. PORCELLANA, P.P. VIAZZO, *The Role of the Family in Mountain Pastoralism-Change and Continuity. Ethnographic Evidence from the Western Italian Alps*, "Mountain Research and Development", 34, 2014, pp. 336-343; ID., *Families in mountain pastoralism today: persistent centrality or "broken traditions"*, *ivi*, pp. 336-334; V. PORCELLANA, G. FASSIO, P.P. VIAZZO, R.C. ZANINI, *Socio-demographic changes and transmission of tangible and intangible resources: ethnographic glimpses from the Western Italian Alps*, in *Journal of Alpine Research, Revue de géographie alpine*, 2016, p. 104 ss.

<sup>53</sup> L'economia circolare ha avuto da tempo, riconoscimenti autorevoli in sede scientifica, ma anche significative traduzioni in sede giuridica e normativa quale strumento utile per la difesa dell'ambiente naturale. Tra i contributi giuridici recenti: F. DE LEONARDIS, *Economia circolare. Saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 163-207; ID., *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, p. 1 ss.; ID., *Economia circolare (Diritto pubblico)*, in *Digesto, disc. pubbl., Aggiornamento*, Torino, 2021; ID. (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Università di Macerata, 2015; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, *ivi* quindi in *Il Piemonte delle autonome*, n. 2, 2018; A. MURATORI, *La*



non mira all'obiettivo della massimizzazione del profitto, piuttosto a cercare di ottenere un vantaggio di reciproca utilità tra uomo e natura, in funzione anche di rispetto e tutela ambientale. La pastorizia, infatti, si regge su un modello di autoalimentazione, nel quale la produzione ed il consumo implicano l'utilizzazione e la trasformazione dei prodotti naturali a kilometro zero, con conseguente riduzione della pressione sull'ambiente, stante la disponibilità e l'accesso in loco delle materie prime, quali l'acqua e l'energia solare.

Costituisce oggi un dato largamente condiviso che la presenza dell'uomo e dei suoi animali tramite la pastorizia e l'alpeggio abbia, da sempre, svolto un rilevante ruolo multifunzionale nelle aree montane. In tale contesto, una funzione storica è stata svolta dalla diffusa presenza del *pascolo* quale forma di attività agricola estensiva su distesa erbosa o cespugliata, generalmente utilizzata nella pastorizia proprio per il nutrimento degli animali erbivori (ovini, caprini, bovini) riuniti in mandrie e/o greggi. Il pascolo, infatti, (dal latino *pascuum* *pascere* condurre al pascolo) è un terreno coperto di erbe spontanee che non vengono falciate, bensì riservate direttamente al consumo e alla alimentazione del bestiame in loco<sup>54</sup>.

Il profilo della sostenibilità ambientale del pascolo, va dal recupero di fonti alimentari per il bestiame altrimenti inutilizzabili, all'ottenimento di prodotti

---

*revisione della parte quarta del d.lgs. n. 152/2006 secondo il Governo e l'economia circolare*, in *Ambiente e sviluppo*, 2, 2020, p. 381 ss.; da ultimi A. LEPORE, F. DE LEONARDIS, A. RUGHETTI, G. GRINGOLI, A. POMELLA, *L'evoluzione dell'economia circolare: analisi e prospettive*, Astrid, febbraio 2023. Per un quadro più ampio: F. CAPRIA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, Sansepolcro, 2017, *passim*.

<sup>54</sup> Il pascolo è, infatti, la forma tipica di conduzione degli armenti nella pastorizia tradizionale e segnatamente nell'alpeggio, dove la nutrizione degli animali avviene tramite la vegetazione locale. Per questi riferimenti v. voce *Pascolo*, in *Enc. it. Treccani, ad vocem*. Oggi possediamo anche una doppia definizione normativa introdotta opportunamente dall'art. 3 del d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34 recante il *Testo unico in materia di foreste e filiere forestali* che ha avuto modo di distinguere alla lett. i) "il *prato o pascolo permanente* quale superficie non compresa nell'avvicendamento delle colture dell'azienda da almeno cinque anni, in attualità di coltura per la coltivazione di erba e altre piante erbacee da foraggio, spontanee o coltivate, destinate ad essere sfalciate, affienate o insilate una o più volte all'anno, o sulle quali si è svolta attività agricola di mantenimento, o usate per il pascolo del bestiame, che possono comprendere altre specie segnatamente arbustive o arboree, utilizzabili per il pascolo o che producano mangime animale, purché l'erba e le altre piante erbacee da foraggio restino predominanti"; e alla lett. l) "*Prato o pascolo arborato* quale superficie in attualità di coltura con copertura arborea forestale inferiore al 20 per cento impiegate principalmente per il pascolo del bestiame". Sulla portata e valenza di tali definizioni per profili generali: A. CROSETTI, *Beni forestali nel T.U. n. 34/2018*, in *Digesto ipertestuale*, Torino, 2019.

trasformati di pregio (formaggio e burro e latticini vari), alla tutela della biodiversità, attraverso l'allevamento di razze locali. In queste diverse valenze, il pascolo in alpeggio è venuto, progressivamente ad assumere un ruolo, a volte anche inconsapevole, di tutela dell'ambiente, del territorio e del paesaggio montano nel suo insieme in funzione ecologica.

L'alpeggio con i suoi pascoli (o malghe) è venuto rappresentando un modello ecologico oltremodo rilevante per l'economia montana, basti pensare all'allevamento del bestiame, alla manutenzione e dissodamento dei prati di montagna, alla concimazione delle terre alte, alla produzione lattiero casearia. Va peraltro rilevato che l'attività del pastore in alpeggio è complessa e delicata e richiede una oculata e corretta gestione del pascolo che comporta una capillare conoscenza anche geomorfologica del territorio, della vegetazione, delle aree più idonee di risorse idriche e naturali. L'insieme di tale cultura è capace di portare opportunità per un sostentamento economico anche in zone marginali ed impervie, valorizzando territori molto sovente assai trascurati.

Sarà sufficiente evidenziare come la scarsa utilizzazione delle superfici pascolive per abbandono o per sottocaricamento ha determinato, nel tempo in molti casi, la variazione e l'alterazione degli sviluppi floristici degli alpeggi con decadimento della qualità dei pascoli per diffusione di specie erbacee poco appetite e a basso valore nutritivo e la diffusione di vaste aree cespugliate (e formazioni boschive).

Il progressivo peggioramento della qualità dei pascoli, sia in termini di valore nutritivo della copertura vegetale sia in termini di pascolabilità, ha, a sua volta, disincentivato l'utilizzo di taluni alpeggi, con perdita per le aziende zootecniche di una importante risorsa alimentare e contrazione delle produzioni casearie anche di pregio. Inoltre, la sospensione e diradazione degli interventi antropici sul territorio montano, in particolare per quanto riguarda la regimazione delle acque, ha spesso favorito l'alterazione dell'equilibrio idrogeologico delle montagne, innescando, in alcuni casi, gravi fenomeni di dissesto.

L'alpeggio, per le valenze dianzi sottolineate, permette di conservare il paesaggio naturale, di tutelare l'ambiente e salvaguardare culture ed usanze locali; inoltre svolge un'importante funzione di presidio del territorio montano e di prevenzione delle calamità naturali (valanghe, frane, incendi)<sup>55</sup>. È un dato di oggettiva rilevazione che i pascoli abbandonati o non utilizzati regrediscono

---

<sup>55</sup> Per la rilevanza di tale ruolo: A. CROSETTI, *Suolo (difesa del)*, in *Digesto, disc. pubbl., Aggiornamento*, Torino, 2008, vol. II, p. 875; ID., *Suolo (Difesa del)*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, vol. II, pp. 1838-1848.

velocemente ad aree cespugliate e, successivamente, se la quota lo consente, il bosco prende il sopravvento coprendo vaste aree dell'alpe<sup>56</sup>.

#### 4. *Il positivo apporto di una cultura immateriale alla sostenibilità ambientale nelle aree "svantaggiate" nell'interesse delle future generazioni.*

Per quanto dianzi evidenziato la transumanza unita all'alpeggio ha portato all'affermazione di uno dei metodi di allevamento più sostenibili ed ecologici nel non sempre facile quadro di rapporti tra ambiente ed economia<sup>57</sup>.

Per queste diverse motivazioni, incentivare e promuovere la presenza dell'uomo e delle mandrie sugli alpeggi rappresenta un obiettivo fondamentale per la conservazione e la valorizzazione dei territori montani in funzione della concreta attuazione del principio dello sviluppo sostenibile o meglio della sostenibilità ambientale<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Su tali fenomeni di degrado v. le riflessioni di A. VAROTTI, *Territori abbandonati. Pastorizia e paesaggio agrario*, Roma, 2000; C. ARNOLDI, *Tristi montagne. Guida ai malesseri alpini*, Scarmagno, 2006.

<sup>57</sup> Il difficile rapporto tra ambiente ed economia e la relativa sostenibilità è stato oggetto di puntuali contributi critici, tra i quali: G. PANELLA, *Economia e politiche dell'ambiente*, Roma, 2002; L. MUSU, *Introduzione all'economia dell'ambiente*, Bologna, 2003; G. BOLOGNA, *Manuale della sostenibilità*, Milano, 2005; M. FONTANA, *La valutazione economica dell'ambiente*, Milano, 2005; T. TIETENBERG, *Economia dell'ambiente*, Milano, 2006; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007, spec. p. 399; M. CIANI SCARNICCI, A. MARCELLI, P. PINELLI, *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2016.

<sup>58</sup> Tale principio, come noto, costituisce il principio cardine del diritto internazionale dell'ambiente più recente, così come recepito nel nostro diritto interno dall'art. 3-*quater* del Codice dell'ambiente di cui al d.lgs. n. 152/2006 s.m.i. La definizione del principio comunemente è fatta risalire al *Rapporto Brundtland* del 1987, anche se era già presente, allo stato embrionale ed in modo diffuso, in molti principi della Dichiarazione di Stoccolma del 1972. Tale Rapporto definisce lo "sviluppo sostenibile" come lo sviluppo che soddisfa i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità, per le generazioni future, di soddisfare a loro volta i loro bisogni presenti. I parametri di riferimento sono pertanto le *risorse*, che costituiscono l'oggetto dello sfruttamento e delle utilizzazioni, il rapporto tra *generazioni*, con la considerazione di soggetti "potenziali" che non sono veri e propri soggetti di diritto, ma a cui sono riconosciute posizioni di vantaggio, e la relazione tra *bisogni* e *limiti* alle possibilità di soddisfarli. L'*uso equo e sostenibile* delle risorse comporta in sé un limite allo sfruttamento delle risorse in funzione di garanzia alle future generazioni. In sostanza, il principio dello sviluppo sostenibile richiede una precisa *integrazione tra politiche di sviluppo* (economico e sociale) e *politiche di protezione ambientale* in un non sempre facile contemperamento e anzi conflitto *conservazione e sviluppo*. Il principio ha trovato riscontro anche in recenti disposizioni norma-

Anche gli studi antropologici e sociologici hanno evidenziato che il futuro sostenibile si costruisce riscoprendo e valorizzando le attività positive del passato: la transumanza e l'alpeggio sono certamente attività che ancora oggi resistono all'industrializzazione delle lavorazioni agricole e alimentari sostenendo e realizzando valori come la biodiversità ma anche perpetuando antiche usanze e tradizioni<sup>59</sup>.

Tale esigenza appare oggi tanto più vera ed impellente anche in relazione alla recente modifica dell'art. 9 della nostra Costituzione (avvenuta con legge

---

tive dove si è evidenziata la necessità della salvaguardia dei diritti delle generazioni presenti e future (v. già art.3-*quater* del d.lgs. n. 152/2006 c.d. Codice dell'ambiente); su tale principio in dottrina, tra i primi contributi, già F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, p. 235 ss.; M.A. SANDULLI, *Tutela dell'ambiente e sviluppo economico e infrastrutturale: un difficile ma necessario temperamento*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, II, p. 3 ss.; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, Milano, 1993; ID., in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, II, p. 343 ss.; quindi E. FREDIANI, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quad. cost.*, 2017, 3, p. 626 ss.; nonché V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra governo dell'economia e profili costituzionali*, in *I "nuovi diritti" nello stato sociale in trasformazione*, vol. I, *La tutela dell'ambiente tra diritto interno e diritto comunitario* a cura di R. FERRARA, P.M. VIPIANA, Padova, 2002, p. 249 ss.; ID., *Lo sviluppo sostenibile tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, p. 209 ss. e A. LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, 2002; F. MATTASOGLIO, *Le funzioni amministrative ambientali tra sviluppo sostenibile ed esigenze di mercato*, Roma, 2008. Sulla rilevanza di tale principio e sulle sue applicazioni tra i contributi più recenti, rimane fondamentale il libro di F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; ID., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2010, p. 12 ss.; ID., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, Torino, 2015, p. 175 ss.; ID., *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013, spec. p. 143 ss.; *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di R. FERRARA, M.A. SANDULLI, I, *Politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014, ed ivi i contributi di R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, p. 19 ss.; e di C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile: dal diritto internazionale al diritto interno*, p. 221 ss.; v. inoltre G. DI PLINIO, P. FIMIANI (a cura di), *Principi di diritto ambientale*, Milano, 2008, spec. p. 53 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 205 ss.; M. MONTINI, F. VOLPE, *La scienza della sostenibilità e la necessità di regolazione*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 157 ss.; N. LUGARESÌ, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2015, p. 18 ss.; da ultimo i diversi contributi raccolti da P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, in *Dir. econ.*, numero monografico, 2022.

<sup>59</sup> P.P. VIAZZO, *Comunità alpine. Ambiente, popolazione, struttura sociale nelle Alpi dal XVI secolo ad oggi*, Roma, 2001 (I ed. Il Mulino, 1990); L. BONATO, P.P. VIAZZO (a cura di), *Antropologia e beni culturali nelle Alpi, studiare, valorizzare, restituire*, Alessandria, 2013; L. BONATO, (a cura di), *Aree marginali. Sostenibilità e saper fare nelle Alpi*, Milano, 2017.

cost. n. 1/2022) che, innovativamente, ha stabilito che “la Repubblica tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi *anche nell’interesse delle future generazioni*”<sup>60</sup>. Con tale disposizione il legislatore costituzionale ha inteso porre l’accento sulla funzionalizzazione dell’azione pubblica alla salvaguardia delle eredità del passato a favore non solo dell’attuale comunità dei consociati, ma altresì a vantaggio di coloro che si succederanno con un chiaro intento di prevenzione e di valorizzazione<sup>61</sup>.

Il richiamo costituzionale, appare tanto più vero nel caso della transumanza e dell’alpeggio che si reggono proprio sulla reiterazione e la riproposizione di attività motorie e di usi tradizionali non meno che di saperi che si perpetuano

---

<sup>60</sup> Per una prima lettura delle valenze del nuovo testo costituzionale: M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell’ambiente*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, p. 1 ss.; C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale dell’ambiente: un profilo critico*, *ivi*, 2022, 2, p. 119 ss.; F. FRACCHIA, *L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in *Dir. econ.*, 2022, 107, pp. 15-30; R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell’ambiente*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 11, 2022; ID., *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *An. giur. econ.*, 2022, 1, p. 7 ss.; P. LOGROSCINO, *Economia e ambiente nel “tempo della Costituzione”*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 29, 2022, p. 86 ss.; per riflessioni critiche: D. AMIRANTE, *La reformette dell’ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2022, 2, p. 5 ss.; M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un’occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quad. cost.*, 2022, 2, p. 351 ss.; A. MORRONE, *Fondata sull’ambiente*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 4, p. 790 ss.; S. GRASSI, *La cultura dell’ambiente nell’evoluzione costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2023, 3, p. 231 ss.

<sup>61</sup> Il tema delle “generazioni future”, dei doveri e delle responsabilità verso quest’ultime (tanto con riferimento all’ambiente, quanto ad altri interessi sociali), è venuto assumendo una valenza interdisciplinare. La bibliografia sul tema è ormai sconfinata per rimanere nei contributi giuridici: D. PORENA, *Anche nell’interesse delle future generazioni. Il problema dei rapporti intergenerazionali all’indomani della revisione dell’art. 9 Cost.*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 15, 1° giugno 2022; ID., *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017; L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2021, 4, p. 212 ss.; ID., *Le “future generazioni” sono entrate in Costituzione. Conseguenze giuridiche e politiche*, Roma, 2022; R. BIFULCO, *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia morale e diritto naturale laico*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, Milano, 2002, III, p. 353 ss.; ID., *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; A. D’ALOIA, *Generazioni future (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2016, Annali, IX, 311 ss.; F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida all’etica, al diritto, alla politica*, Napoli, 2017; F.G. MENGA, *Lo scandalo del futuro, per una giustizia intergenerazionale*, Roma, 2017; T. ANDINA, *Transgenerazionalità. Una filosofia per le generazioni future*, Roma, 2020.

solo grazie alla trasmissione orale e fattuale tra generazioni<sup>62</sup>.

In generale, tale esigenza risulta peraltro fortemente avvertita nei citati documenti internazionali tanto che la Convenzione UNESCO del 2003, nel Preambolo, prende in considerazione “*the importance of the intangible cultural heritage as a mainspring of cultural diversity and a guarantee of sustainable development*”, mentre all’art. 2, nella definizione stessa di “patrimonio culturale immateriale”, riconosce che “*for the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with existing international human rights instruments, as well as with the requirements of mutual respect among communities, groups and individuals and of sustainable development*”<sup>63</sup>.

Dunque alla luce di tali principi anche il patrimonio culturale immateriale è destinato assumere e a ricoprire un ruolo importante per la trasmissione di valori e tradizioni nella prospettiva dello sviluppo sostenibile a garanzia delle future generazioni alle quali questi valori debbono essere custoditi e trasmessi<sup>64</sup>.

L’ambiente montano, per sua stessa vocazione, costituisce un importante spazio che, nel crescente timore di un inesorabile degrado degli habitat naturali, ha iniziato a richiamare attenzione anche in sedi istituzionali sovranazionali. Nel 1992 alla Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sull’Ambiente e sviluppo (UNCED) di Rio de Janeiro, è stata riconosciuta per la prima volta, a livello globale, l’importanza delle montagne quali habitat naturali ambientali, con il Capitolo 13 dell’Agenda 21: Gestione degli ecosistemi fragili, sviluppo sostenibile delle zone montane<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Il valore dei rapporti intergenerazionali è proprio costituito dall’insieme degli usi, costumi, comportamenti che ogni generazione, dopo aver appreso, conservato, modificato e perfezionato dalla precedente, trasmette alle generazioni successive con conseguenti responsabilità. Tale elemento è ben presente anche nella tradizione giuridica come l’insieme dei modi di pensare, insegnare e applicare regole comportamentali, storicamente acquisite e profondamente radicate. Sul valore anche della tradizione giuridica v. già S. PEROZZI, *La tradizione*, in *Annali Università Perugia*, 1886; nonché E. ALBERTARIO, *Tradizione (Diritto)*, in *Enc. it. Treccani*, Roma, 1937, XXXIV, p. 140 ss.

<sup>63</sup> Per riflessioni su tali equazioni: P.L. PETRILLO, *The legal protection of intangible cultural heritage. A comparative perspective*, Berlino, 2019; B. UBERTAZZI, *Intangible cultural heritage and sustainable environment*, in *Riv. giur. amb.*, 2020, p. 333 ss.

<sup>64</sup> In tal senso: A. PIRAS, *Ambiente, patrimonio culturale, turismo e sviluppo sostenibile*, in *Aedon*, 2009, 1; L. CASINI, *Patrimonio culturale e diritti di fruizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 3, p. 657 ss.; C. VIDETTA, *Cultura e sviluppo sostenibile. Alla ricerca del IV pilastro*, Torino, 2018; M. TIMO, *L’intangibilità dei beni culturali*, cit., p. 44 ss.

<sup>65</sup> Per l’importanza di tale riconoscimento: G.C. GARAGUSO, S. MARCHISIO (a cura di), *Rio 1992. Vertice per la terra*, Milano, 1993; e per la rilevanza a livello internazionale: B.

I gravi problemi socio-economici delle terre montane sono stati, peraltro, da tempo, avvertiti e affrontati anche a livello europeo. Già la direttiva 28 aprile 1975, n. 268/75 (e quelle successive della politica agricola comune PAC), nel tentativo di uniformare le legislazioni europee aveva proposto, con norma di principio, “di promuovere l’attività agricola necessaria per il mantenimento di un livello minimo di popolazione o per la conservazione dell’ambiente naturale” nelle *zone svantaggiate*, tra le quali rientravano, ovviamente, le zone di montagna<sup>66</sup>.

La direttiva disponeva una serie di interventi di tipo compensativo al fine di preservare l’attività agricola montana necessaria al mantenimento di un minimo di popolazione e per la conservazione dell’ambiente naturale. Tali interventi consistevano essenzialmente in concessioni di indennità compensative (artt. 5, 6, 7), in ampliamento e maggiorazioni delle facilitazioni economiche (artt. 8, 9, 10); in aiuti per la realizzazione di infrastrutture (art. 11). L’impianto normativo ripercorreva chiaramente l’indirizzo di carattere sussidiario e di sostegno finanziario che ampia diffusione aveva trovato (ma con scarsi effetti) anche nella legislazione nazionale<sup>67</sup>.

---

POZZO, *Tutela dell’ambiente (dir. internaz.)*, in *Enc. Annali*, Milano, 2010, vol. III, p. 1158 ss.; F. MUNARI, L. SCIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell’ambiente*, Bologna, 2012; A. POSTIGLIONE, *Diritto internazionale dell’ambiente*, Roma, 2013, p. 40 ss.; nonché N. OLIVETTI RASON, *La disciplina dell’ambiente nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, in A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, *Introduzione al diritto dell’ambiente*, Roma-Bari, 2018, p. 8 ss. Per i profili giuridici dell’equazione ambiente-ecologia v. D. BORGONOVO RE, *Ecologia*, in *Digesto, disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, p. 352 ss.; R. VIGOTTI, *Ecologia*, in *Dig. Aggiornamento*, Torino, 2000, p. 199 ss.

<sup>66</sup> Art. 3, comma 3: “Le zone di montagna sono composte da Comuni o parti di Comuni che devono essere caratterizzati da una notevole limitazione delle possibilità di utilizzazione delle terre e un notevole aumento dei costi dei lavori – a causa dell’esistenza di condizioni climatiche molto difficili, dovute all’altitudine, che si traducono in un periodo vegetativo nettamente abbreviato, – ovvero, ad altitudine inferiore, a causa dell’esistenza, nella maggior parte del territorio, di forti pendii che rendono impossibile la meccanizzazione o richiedono impegno di materiale speciale assai oneroso, – ovvero, quando lo svantaggio derivante da ciascuno di questi fattori presi separatamente è meno accentuato, a causa della combinazione dei due fattori, purché la loro combinazione comporti uno svantaggio equivalente a quello che deriva dalle situazioni considerate nei primi due trattini”. Sulle difficoltà di tali criteri individuativi si è espressa anche la Corte dei Conti europea. Relazione speciale n. 4/2003 sullo sviluppo rurale, *GUCE* n. 151 del 27 giugno 2003.

<sup>67</sup> Per le carenze della legislazione per le zone montane, anche dopo le previsioni contenute nell’art. 44 Cost., a mero titolo indicativo: già C. DESIDERI, *Montagna*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XXVI, p. 883 ss.; E. FAVARA, *Territori montani*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1974, XIX, p.

Tale riconoscimento ha poi formato oggetto di particolare attenzione anche nella politica ambientale della UE. Infatti, come noto, già, con la direttiva 92/43/CEE del Consiglio delle Comunità europee del 21 maggio 1992, denominata *direttiva Habitat*, il legislatore europeo ha inteso garantire la salvaguardia della biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali (quelli meno modificati dall'intervento umano) e seminaturali (quali appunto le aree agro-silvo-forestali)<sup>68</sup>.

Accanto a queste direttive europee per il sostegno e la promozione di queste aree marginali alpine e relative economie è intervenuto anche il diritto internazionale con l'importante *Convenzione delle Alpi* del 1995 che ha, in uno scenario più ampio, inteso evidenziare l'importanza di costruire sinergie comuni tra gli Stati per favorire il ripopolamento e la sostenibilità socio-economica delle zone alpine<sup>69</sup>. L'obiettivo è mirato a valorizzare il patrimonio comune delle Alpi

---

176 ss.; quindi F. MERLONI, *Montagna*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XX, *ad vocem*; M. TAMPONI, *Zone montane (proprietà delle)*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento*, Roma, 1995, p. 5 ss.; nonché A. CROSETTI, *Il difficile governo dei territori montani in Italia: percorsi e sviluppi normativi*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 4, pp. 177-220.

<sup>68</sup> Sulla valenza della *direttiva Habitat* per la tutela e conservazione degli habitat naturali e seminaturali: già A. SIMONCINI, *Ambiente e protezione della natura*, Padova, 1996; G. GRECO, *La direttiva Habitat nel sistema delle aree protette*, in *Riv. dir. pubbl. comun.*, 1999, 5, p. 1297 ss.; D. AMIRANTE (a cura di), *La conservazione della natura in Europa*, Milano, 2003; R. FUZIO, *Aree naturali protette di origine comunitaria, quale tutela per gli "habitat" naturali e di specie?*, in *Ambiente*, 2004, p. 471 ss.; A. CROSETTI, *Aree naturali protette*, in *Digesto, disc. pubbl., Aggiornamento*, Torino, 2008, vol. I, p. 10 ss.; M. RENNA, *Ambiente e territorio nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2009, p. 649 ss.; L. ECCHER, *La strategia europea per la gestione delle risorse naturali quale esempio dei nuovi sviluppi nel diritto ambientale europeo*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, p. 485 ss.; A. FARÌ, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013, p. 119 ss.; da ultimo il ricco volume collettaneo *Production de la norme environnementale et "codification" du droit rural dans l'Europe méridionale (France-Italie) aux XVIII e XIX siècles*, Nice, 2018.

<sup>69</sup> La Convenzione delle Alpi, come noto, è un trattato internazionale sottoscritto dai Paesi alpini (Austria, Francia, Germania, Italia Liechtenstein, Monaco, Slovenia e Svizzera) e dall'Unione europea per lo sviluppo sostenibile e la protezione delle Alpi. Siglata nel 1991 ed entrata in vigore nel 1995, la Convenzione delle Alpi è il primo Trattato per protezione di aree montane al mondo ad essere vincolante in conformità al diritto internazionale. Per la prima volta, infatti, un territorio montano transnazionale viene considerato in base alla sua continuità geografica e come spazio comune che deve affrontare problematiche comuni. Sulle politiche, leggi e misure di attuazione della Convenzione delle Alpi: F. ANGELINI (a cura di), *La Convenzione delle Alpi. Politiche, leggi e misure di attuazione in Italia*, Bolzano, Eurac, 2006; M. ONIDA (a cura di), *The Alpine Convention. Reference Guide*, Permanent Secretariat of the Alpine Convention, Innsbruck, 2010; *Alpine Convention. Demographie Changes in the Alps. The Fifth Report on the State of the Alps*, Permanent Secretariat of the Alpine Conven-



e preservarlo per le future generazioni attraverso la cooperazione transnazionale tra i Paesi alpini, le Amministrazioni territoriali, le autorità locali, coinvolgendo la comunità scientifica, il settore privato e la società civile<sup>70</sup>. Secondo quanto indicato nella Convenzione quadro i Paesi alpini si sono impegnati ad adottare misure specifiche in 12 ambiti tematici (popolazione e cultura, pianificazione territoriale, qualità dell'aria, difesa del suolo, acqua, protezione della natura e del paesaggio, agricoltura di montagna, foreste montane, turismo, trasporti, energia e rifiuti) seguiti da alcuni protocolli attuativi. Le normative dei singoli Stati sono chiamate e tenute a rispettare gli obblighi siglati nella Convenzione.

In questo quadro normativo sovranazionale, così articolato e composito per le zone montane, non può essere sottaciuto che l'alpicoltura odierna è chiamata a svolgere un ruolo oltremodo importante nella tutela del paesaggio e nella conservazione del patrimonio culturale alpino nel più ampio quadro dell'attenzione al paesaggio agrario<sup>71</sup>.

Il corretto e costante mantenimento delle aree a pascolo costituisce garanzia di conservazione della cosiddetta biodiversità vegetale ma anche della diversità paesaggistica e contribuisce alla più adeguata salvaguardia delle aree in-

---

tion, Innsbruck, 2015; v. anche W. BATZING, *Le Alpi: una regione unica al centro dell'Europa*, trad. it., Torino, 2002.

<sup>70</sup> *The Alps. People and pressures in the mountains, the facts a glance* e *Environmental Protection and Mountains* nonché *Le Alpi-Otto paesi, un solo territorio*, tutti presenti sul sito della Convenzione.

<sup>71</sup> Come emerge nelle sollecitazioni da parte della dottrina più recente: M. BROCCA, *Paesaggio e agricoltura. Riflessioni sulla categoria del "paesaggio agrario"*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 1-2, p. 3 ss.; sulle importanti valenze antropiche del paesaggio agrario v. inoltre: P. URBANI, *Governo del territorio e agricoltura. I rapporti*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 3, p. 122 ss.; ID., *Le aree agricole tra disciplina urbanistica e regolamentazione dell'attività economica*, *ivi*, 2010, n. 1, p. 44 ss.; N. FERRUCCI, *Riflessioni di una giurista sul tema del paesaggio agrario*, in *Dir. giur. agr. e amb.*, 2007, n. 7-8, p. 453 ss.; E. PICOZZA, *La tutela del paesaggio nelle zone agricole tradizionali*, in G. CUGURRA, E. FERRARI, G. PAGLIARI, (a cura di), *Urbanistica e paesaggio*, Atti del VIII Convegno nazionale AIDU, Milano, 2005, p. 81 ss.; N. LUCIFERO, *Paesaggio, agricoltura e territorio. Nuovi modelli di tutela*, in E. ROOK BASILE, S. CARMIGNANI, N. LUCIFERO, *Strutture agrarie e metamorfosi del paesaggio. Dalla natura delle cose alla natura dei fatti*, Milano, 2010, p. 229 ss.; N. FERRUCCI, *La tutela del paesaggio e il paesaggio agrario*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, Torino, 2011, II, p. 202 ss.; da ultimo M. BROCCA, *Il paesaggio "espressione di un ritrovato equilibrio tra società ed ambiente": il caso del paesaggio agrario*, in *Scritti in onore di M. Immordino*, Napoli, 2022, II; per la rilevanza del paesaggio agrario nell'ampia nozione ambiente e territorio acutamente già A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, XXXI, p. 503 ss.

terne e della montagna nel perseguimento della sostenibilità ambientale e del presidio del territorio<sup>72</sup>.

La diffusione della pastorizia nei territori alpini ed appenninici è destinata sempre più a rappresentare anche un prezioso stimolo per un nuovo spirito di coesione sociale delle popolazioni locali. Alcuni segnali incoraggianti provengono dai diversi versanti delle Alpi, indotti dalla più generale crisi economica globale, per un “ritorno” dei giovani all’agricoltura montana<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> In questa prospettiva va evidenziato che l’attuazione dell’Agenda ONU 2030 richiede espressamente di occuparsi di aree interne e di montagna perché in queste realtà, di per sé fragili per condizioni fisico-geografiche e ambientali, si manifesta maggiormente l’esigenza di una sostenibilità ambientale. A tal fine l’Alleanza italiana per lo sviluppo sostenibile (AsviS) ha pubblicato, nel 2002, un importante rapporto “Le aree interne e la montagna per lo sviluppo sostenibile”, nel quale viene evidenziata la necessità di dotarsi di una “Agenzia per lo sviluppo sostenibile delle aree interne e della montagna”, già elaborato dal CIPES, Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Sulla esigenza di politiche di sostenibilità ambientale nelle aree montane anche recentemente sono comparsi specifici contributi, tra cui: G. QUARANTA (a cura di), *Montagna e sviluppo. Le politiche, la governance e il management per la valorizzazione delle risorse*, Milano, 2008; L. BONATO, *Fra abbandoni e ritorni: aree marginali, terre originali*, in L. BONATO (a cura di), *Aree marginali. Sostenibilità e saper fare nelle Alpi*, cit., p. 9 ss.; G. CEPOLLARO, B. ZANON (a cura di), *Il governo del territorio montano nello spazio europeo. Innovare gli sguardi e gli strumenti per lo sviluppo sostenibile della montagna*, Milano, 2020.

<sup>73</sup> Presenze oltremodo positive vengono segnalate dagli studi e dalle rilevazioni di F. CORRADO (a cura di), *Ri-abitare le Alpi. Nuovi abitanti e politiche di sviluppo*, Genova, 2010; G. DEMATTEIS (a cura di), *Montanari per scelta. Indizi di rinascita nella montagna piemontese*, Milano, 2011; G. DEMATTEIS, *La montagna nella strategia delle aree interne 2014.2020*, in *Agriregionieuropa*, n. 34, 2013; M.A. BERTOLINO, *Eppur si vive. Nuove pratiche del vivere e dell’abitare nelle alpi occidentali*, Roma, 2014; F. CORRADO, G. DEMATTEIS, A. DI GIOIA, *Nuovi montanari. Abitare le Alpi nel XXI secolo*, Milano, 2014.



# L'ATTO AMMINISTRATIVO: CONCETTO E DIFFUSIONE

*Giacinto della Cananea*

SOMMARIO: 1. Premessa problematica. – 2. I prodromi nella tradizione amministrativa francese. – 3. Gli atti di amministrazione nel pensiero di Maurice Hauriou. – 4. La teoria dell'atto amministrativo: Otto Mayer. – 5. L'atto amministrativo nell'impostazione di Santi Romano. – 6. La dottrina di metà secolo: atti e provvedimenti. – 7. Dall'atto al procedimento: la legge austriaca e quella spagnola (del 1958). – 8. La centralità dell'atto amministrativo nella legge tedesca sul procedimento. – 9. Atti e provvedimenti nella legge italiana sul procedimento. – 10. Una visione d'insieme.

## 1. *Premessa problematica.*

Un'esplorazione dei nessi più significativi tra i diritti amministrativi in Europa può essere di qualche interesse, oltre che per i giuristi, per gli storici e per gli studiosi delle altre scienze sociali. Nell'ultimo decennio essa è stata elaborata, realizzata ed esposta dall'angolo visuale che, forse più di ogni altro, consente di individuare, oltre a innumerevoli e persistenti differenze, alcuni tratti comuni e connettivi: il procedimento amministrativo<sup>1</sup>. Concorrono, a tal fine,

---

<sup>1</sup> "Pensino ora i miei venticinque lettori che impressione dovesse fare ... quello che s'è raccontato": l'autore di questo scritto si affida all'autorevolezza del Manzoni per esprimere in questa nota la propria gratitudine a Guido Greco, che accettò di far parte della commissione dinanzi alla quale fu discussa la propria tesi di dottorato presso l'Istituto Universitario Europeo. La tesi fu assai apprezzata in quell'occasione, più che nel *milieu* romano al cui interno pure era stata concepita. Poco più di venti anni dopo, l'idea di fondo di quella tesi – l'esistenza di principi comuni ai diritti amministrativi europei, in relazione al procedimento – è stata al centro della ricerca comparata finanziata dal Consiglio europeo delle scienze. Le linee direttrici della ricerca sono state tracciate in un articolo: G. DELLA CANANEA, M. BUSSANI, *The Common Core of European Administrative Laws: a Framework for Analysis*, in *Maastricht J Eur & Comp. L.*, (23), 2017, p. 221. I suoi risultati, pubblicati in vari volumi collettanei presso la Oxford University Press, sono discussi in una monografia: G. DELLA CANANEA, *The*

gli apporti delle componenti scientificamente più avanzate delle varie culture giuridiche nazionali, tra le quali non sono mai mancate relazioni, a volte anche strette, tranne nei periodi più bui, durante e subito dopo i due conflitti mondiali; l'elaborazione giurisprudenziale dei principi generali del diritto, che deve molto all'esistenza di un patrimonio o sostrato comune, com'è stato puntualmente rilevato dalla Corte di Giustizia e dai suoi avvocati generali; da ultimo, la legislazione, in ragione dell'adozione di norme generali sul procedimento amministrativo e sugli istituti ad esso correlati, come l'accesso ai documenti<sup>2</sup>.

Si prospetta ben più difficile, in partenza, il compito per chi intenda esplorare i nessi tra i diritti europei in rapporto all'atto amministrativo, anziché al procedimento: per la scarsità di letteratura specifica; per la difficoltà d'individuare una figura equivalente negli ordinamenti europei di ceppo inglese (diverso è il discorso per l'ordinamento nordamericano); per la riluttanza della stessa giurisprudenza comunitaria a delineare principi riguardanti l'atto amministrativo nazionale. Nondimeno, va almeno prospettata la questione certamente rilevante per lo studioso del diritto pubblico: quella della diffusione della teoria dell'atto amministrativo e dell'impatto che essa ha esercitato sulla cornice giuridica degli ordinamenti a fini generali, cioè gli Stati. Tale questione verrà vista in relazione all'esperienza giuridica. La nozione di esperienza giuridica è il migliore antidoto contro una concezione astorica del diritto. Al tempo stesso, è preziosa per illuminare non tanto l'editto del legislatore, quanto il contesto nel quale i vari principi e istituti giuridici si inseriscono, come parti di un più complesso mosaico.

La questione verrà esaminata, in prima approssimazione, soprattutto da due punti di vista: quello della scienza del diritto pubblico, a partire dagli apporti di Maurice Hauriou, Otto Mayer e Santi Romano, e quello della legislazione, non soltanto quella tedesca e quella italiana, più studiate in passato nella nostra letteratura, ma anche quella austriaca e quella spagnola. Un'ulteriore, più approfondita, verifica resta da compiere anche in base agli esiti di un'indagine di tipo fattuale. Essa sarebbe di estremo interesse, perché consentirebbe di comprendere se, al di là della diversità dei concetti e delle categorie impie-

---

*Common Core of European Administrative Laws: Retrospective and Prospective*, Nijhoff, 2023, accessibile sul sito <https://brill.com/display/title/63447>.

<sup>2</sup> Lo studio di questi temi, da noi, ebbe un forte impulso grazie a Feliciano Benvenuti e Giorgio Pastori, che raccolse le traduzioni di tutte le leggi esistenti all'epoca nel volume *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964 e ne fornì un accurato inquadramento.

gati dai giuristi, almeno talune questioni di notevole importanza siano imposte e risolte in modo non del tutto diverso.

## 2. *I prodromi nella tradizione amministrativa francese.*

Può tracciarsi una mappa stilizzata dei più importanti istituti di diritto amministrativo che, nel corso del tempo, hanno presieduto all'operare della società e dell'economia, a cominciare dalla Francia, che assunse un ruolo di guida dapprima grazie alla nuova "lingua dei diritti"<sup>3</sup> e poi grazie al prestigio del suo sistema amministrativo, in ciò affiancata dall'Austria<sup>4</sup>. Nell'opera di Alexis de Tocqueville, erano evidenziati soprattutto gli istituti utilizzati per realizzare l'accentramento amministrativo e quelli della giustizia amministrativa. Entrambi erano prodotti dell'*Ancien régime* e, secondo il giurista (e scienziato politico) di origine normanna, costituivano altrettante e significative manifestazioni dei tratti esorbitanti del diritto amministrativo, purtuttavia furono confermati e consolidati dalla Rivoluzione francese<sup>5</sup>. Per altri istituti, invece, la Rivoluzione comportò una discontinuità: segnatamente le *corvées*<sup>6</sup>. Essa abolì anche le famigerate *lettres de cachet*, firmate dal Re di Francia e controfirmate dai suoi ministri, mediante le quali erano impartiti ordini che limitavano le libertà degli individui e dei corpi deliberativi, come le assemblee. Ma Napoleone le ripristinò, oltre a fare del *Conseil d'État*, fin dal 1799, il suo consulente e il giudice dell'amministrazione pubblica<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> E GARCIA DE ENTERRIA, *La llengua de los derechos. La formaciòn del derecho Publico tras la Revoluciòn Francesa* (Alianza editorial, 1995).

<sup>4</sup> M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1939), in *Quad. fior.*, (3), 1973, p. 179.

<sup>5</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien régime et la Révolution* (1856), livre II, chapitre 3, Paris, 1967, p. 121 ("sous l'ancien régime ... l'administration tenait tous les Français en tutelle") e p. 122 ("la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'ancien régime"). Nella letteratura secondaria, S. CASSESE, *Une des formes de l'Etat nouveau du monde. Reflexions sur le droit administratif français*, in *Act. jur. dr. adm.*, 1995, p. 167. Per una ripresa della tesi di Tocqueville sull'illiberalità della giustizia amministrativa, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"* (*Sonntagsgedanken*), Milano, 2005.

<sup>6</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *ivi*, p. 127 (che sottolineava l'impossibilità di appellarsi ai tribunali ordinari).

<sup>7</sup> Sul punto, v. J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985, pp. 9-10 e già R. DARESTE, *Etudes sur les origines du contentieux administratif en France*,

Una mappa siffatta consente prime inferenze di ordine generale riguardo alla costruzione del diritto amministrativo. Nonostante sviluppi e progressi le cui prime manifestazioni si colgono già nello scorcio del Seicento e ancor più nel Settecento, il diritto amministrativo assume una posizione di primo piano nella società francese dell'Ottocento, che subì una trasformazione di tipo capitalistico e, dopo il colpo di Stato del 1851, un'involuzione di tipo autoritario all'interno e ampliò i suoi possedimenti nelle altre regioni del mondo. Per una società in rapida trasformazione, per un'economia impegnata in un'ancor più rapida transizione verso uno stadio avanzato di economia di mercato capitalistica la certezza del diritto – dei diritti di proprietà, contrattuali e d'impresa – assumeva un'importanza fondamentale. A ciò servivano sia i codici (civile, processuale) dell'epoca, sia il diritto amministrativo, che temperò gli eccessi del potere pubblico, dopo la prima fase della Rivoluzione. La tutela delle situazioni giuridiche soggettive era offerta dalla giustizia statale, dallo Stato di diritto. Lo Stato si impegnava a far rispettare i limiti apposti al suo potere, attraverso il suo potente giudice, il *Conseil d'État*<sup>8</sup>.

È all'interno di questo quadro generale di riferimento che ebbe luogo la prima teorizzazione degli atti emanati dalla pubblica amministrazione, distinti sia dagli atti giurisdizionali, sia dagli atti politici, per i quali il *Conseil d'État* ancora nel 1875, cinque anni dopo la caduta di Napoleone III, negò la propria giurisdizione proprio nella controversia instaurata da un membro dell'ex famiglia reale<sup>9</sup>. Vittorio Emanuele Orlando – il fondatore del moderno diritto pubblico italiano – espresse un giudizio severo al riguardo, nella celebre prolusione modenese del 1884: “per il diritto amministrativo ... la scienza nasce in Francia coi più modesti fini pratici che si possano immaginare, commentando le varie leggi amministrative e la giurisprudenza del Consiglio di Stato. Pura esegesi, che sacrifica inesorabilmente ogni concetto teorico e sistematico. E questa esagerazione esegetica rimane la nota caratteristica della letteratura di diritto amministrativo francese”<sup>10</sup>.

---

IV. *Les juridictions administrative depuis 1789*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1857, p. 132.

<sup>8</sup> G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif*, II ed., Paris, 2020.

<sup>9</sup> *Conseil d'État*, arrêt *Prince Napoléon*, 19 febbraio 1875: con questa decisione (relativa al principe Bonaparte, cugino del deposedo imperatore, radiato dall'elenco degli ufficiali generali dell'esercito) il *Conseil* abbandonò la sua dottrina del “*mobile politique*”, affermata un quarto di secolo prima, secondo cui doveva astenersi dal giudicare i provvedimenti emanati dal governo per motivi politici.

<sup>10</sup> V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1884),

Pure, a quella letteratura guardavano sovente i teorici e i pratici di altri paesi. Più che alle opere della prima generazione di studiosi (Cormenin, De Gérando e Macarel, nonché, più tardi, Aucoc)<sup>11</sup>, vale la pena di considerare una fonte cui attingevano soprattutto gli amministratori pubblici e gli avvocati, il *Répertoire du droit administratif* pubblicato da Léon Béquet. Nel primo volume, si forniva la seguente, concisa definizione dell'atto amministrativo ("acte administratif"): "*acte d'administration émané d'un fonctionnaire ou d'un agent dans l'exercice de ses fonctions*"<sup>12</sup>. Non è priva d'importanza la precisazione aggiunta nella medesima pagina relativamente all'*acte de administration*, ossia agli atti di gestione dei beni, contrapposti agli atti di alienazione, dunque atti che potevano essere adottati dai soggetti privati e perciò "da non confondere con l'atto amministrativo". Non lo è nemmeno la qualificazione attribuita all'atto arbitrario o illegale, perché emanato da un funzionario o da un agente al di fuori dei poteri attribuiti dalle leggi.

Altri aspetti del regime giuridico cui l'amministrazione – intesa come funzione – era assoggettata erano ancora da definire. In ciò, il contributo di Hauriou alla formazione del diritto amministrativo – per fare riferimento all'accurata indagine svolta da uno dei suoi allievi, Lucien Sfez – fu determinante<sup>13</sup>.

### 3. Gli atti di amministrazione nel pensiero di Maurice Hauriou.

Esula dai limitati scopi di questo scritto il tentare di ripercorrere, sia pure per sommi capi, il contributo, di analisi e teorico, di Hauriou al diritto pubblico. Per la storia del pensiero giuridico basterebbe ricordare che Carl Sch-

---

Modena, 1925, con la *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1884*, consultabile sul sito <https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/revues/part/41684/31-2011p411-443.pdf>.

<sup>11</sup> Sull'opera di Macarel e sul celebre scritto che Tocqueville vi dedicò, G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, 2019, p. 11; V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2021, p. 15.

<sup>12</sup> L. BÉQUET, *Répertoire du droit administratif*, Société d'imprimerie et librairie administrative, Tome 1, Paris, 1882, p. 6, consultabile sul sito di Gallica: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5657089r/f6.item>.

<sup>13</sup> L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, 1966. Più breve, ma assai incisivo, lo scritto di J. RIVERO, *Maurice Hauriou et le droit administratif*, ora in *Pages de doctrine*, Paris, 1980, p. 27.



mitt lo definì il “maestro della nostra disciplina”<sup>14</sup>; che fu un riconosciuto caposcuola, quella di Tolosa, da cui scaturirono studiosi di prim’ordine; che, oltre a pubblicare varie opere generali, seguì meticolosamente l’evoluzione della giurisprudenza amministrativa<sup>15</sup>. Il suo impianto teorico è stato prevalente tra i giuristi che mettevano in primo piano il momento dell’autorità, in contrapposizione all’ampliarsi della nozione di servizio pubblico nella teorizzazione risalente a Léon Duguit (fondatore della scuola di Bordeaux). Nel suo impianto teorico, ebbero una particolare importanza, tra gli altri, due concetti: il *régime administratif* e l’*acte d’administration*.

Nessuno colse, prima e più chiaramente di Hauriou, l’influenza decisiva della cornice giuridica volta a regolare l’esercizio di potestà pubbliche in sé non prive di aspetti dispotici. Mentre Hippolyte Taine l’aveva denominato “*régime de la puissance publique*”, agli albori del nuovo secolo, pur riconoscendo la centralità della *puissance publique*, Hauriou preferì definirlo “*régime de la chose publique*”. Lo fece per un preciso scopo: per precisare che vi erano potestà, ma esse erano astrette dal dovere di servire il pubblico interesse. Da ciò scaturiva il divieto dell’arbitrio, sancito da una giurisdizione amministrativa che avrebbe potuto divenire uno strumento di oppressione e che invece era uno strumento di moderazione<sup>16</sup>.

Dieci anni prima, nella precedente edizione del *Précis de droit administratif et de droit public*, Hauriou aveva constatato che, dopo alcune incertezze iniziali, il *Conseil d’Etat*, abbandonando la teoria del Ministro-giudice, aveva distinto l’*acte de administration* dagli atti di giurisdizione<sup>17</sup>. Aveva affermato che il primo era manifestazione di volontà e aveva come scopo un interesse dello Stato, da soddisfare. Aveva sottolineato che da questa evoluzione discendevano conseguenze di vasta portata: se si poneva mente al fatto che, dietro l’amministratore che adottava una decisione, vi era una persona amministrativa e questa disponeva di “diritti” per realizzare la propria missione, si perveniva agevolmente alla conclusione che l’atto di amministrazione era l’atto di esercizio dei diritti (*rectius*: delle potestà) spettanti alle persone amministrative. Aveva, infine, posto a confronto l’atto dell’amministrazione pubblica con l’at-

---

<sup>14</sup>C. SCHMITT, *Nomos der Erde im Volckerrecht des Jus Publicum Europeaeum* (1951), *Il Nomos della Terra*, Milano, 1991, p. 260.

<sup>15</sup>Buona parte di quei commenti sono ora ripubblicati nella *Revue générale de droit public*: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2016/01/01/notes-darret-maurice-hauriou/>.

<sup>16</sup>Questa notazione si trova nella quarta edizione del *Précis de droit administratif et de droit public général*, IV ed., Paris, 1900, pp. I-II.

<sup>17</sup>M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1893, p. III.

to della persona giuridica privata, per il quale non vi era un'analogia esigenza di una regolamentazione, perché non era idoneo a imporsi ai terzi<sup>18</sup>. L'amministrazione disponeva, infatti, di diritti "esorbitanti" dal diritto comune<sup>19</sup>. Questa conclusione – secondo Hauriou – non poteva essere messa in secondo piano dalle leggi parlamentari, alle quali si era attribuita un'importanza eccessiva, giacché le leggi sono "fatti passeggeri, nuovi, che non devono influire su una teoria che deve restare vera per ogni tempo"<sup>20</sup>. È un punto d'importanza centrale, condiviso dagli studiosi tedeschi e italiani, su cui torneremo più avanti.

Nel frattempo, merita di essere segnalato l'approfondimento prospettato nella "voce" "diritto amministrativo" che Hauriou pubblicò nel *Répertoire du droit administratif* di Bèquet<sup>21</sup>. Egli segnalò che la teoria dell'atto di amministrazione, in quanto espressione della *puissance publique*, aveva esercitato una profonda influenza sulla costruzione del diritto amministrativo francese<sup>22</sup>. Precisò che gli "atti amministrativi" propriamente detti si differenziavano dagli atti di amministrazione. I primi servivano ad adempiere le funzioni e i servizi, mentre gli altri (per esempio, gli ordini emanati nell'esercizio dei poteri di polizia o l'espropriazione per pubblica utilità) erano idonei a costituire diritti<sup>23</sup>. In questi ultimi, quindi, la volontà dell'amministrazione si manifestava più liberamente. Essa si manifestava in modo ancor più spiccato negli atti di governo<sup>24</sup>, i quali costituivano il residuo necessario, cioè ineliminabile, dell'*arbitraire gouvernemental*<sup>25</sup>. Infine, Hauriou non esitò a ricorrere all'analisi comparata per evidenziare un tratto distintivo tra il diritto amministrativo francese e quello tedesco: per il primo, anche gli atti di gestione erano ricollegati alla personalità di diritto pubblico dello Stato e degli altri enti pubblici, mentre nel secondo essi erano ricollegati alla personalità di diritto privato, come nella vecchia tradizione del fisco<sup>26</sup>.

---

<sup>18</sup> M. HAURIOU, *ivi*, p. IV.

<sup>19</sup> M. HAURIOU, *ivi*, p. VI.

<sup>20</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., p. 13.

<sup>21</sup> M. HAURIOU, *Droit administratif*, in L. Bèquet, *Répertoire du droit administratif*, Tome XIV, Paris, 1897, p. 1.

<sup>22</sup> M. HAURIOU, *ivi*, p. 3.

<sup>23</sup> M. HAURIOU, *ivi*, p. 5.

<sup>24</sup> M. HAURIOU, *ivi*, p. 8.

<sup>25</sup> M. HAURIOU, *ivi*, p. 12.

<sup>26</sup> M. HAURIOU, *ivi*, p. 10.

#### 4. *La teoria dell'atto amministrativo: Otto Mayer.*

La differenza appena indicata non era l'unica tra i diritti amministrativi dei due paesi che erano duramente contrapposti nel conflitto del 1870. Ve ne erano altre, riguardanti l'assetto istituzionale, segnatamente il ruolo degli organi rappresentativi, e la teoria dei diritti. Purtroppo, proprio lo studioso chiamato a ricoprire la cattedra di diritto amministrativo a Strasburgo mise la sistematica del diritto amministrativo francese al centro della propria trattazione istituzionale. Quello studioso era Otto Mayer.

Prima di esaminare più da vicino la sua opera, è utile illustrare brevemente il contesto. Nonostante i progressi economici le cui prime manifestazioni si colgono già nello scorcio del Settecento, la Germania era disunita nelle relazioni commerciali, oltre che politicamente e amministrativamente divisa in più Stati. Prima dello *Zollverein*, l'unione doganale attuata nel 1834, non vi era nulla che attenuasse le barriere amministrative. Malgrado la proclamazione dell'Impero tedesco nel 1871, i tribunali amministrativi precedentemente istituiti nel Baden, in Assia e in Prussia rimasero separati; non vi fu – fino al 1948 – un tribunale superiore di tipo federale. Del resto, anche nel campo del diritto civile, dopo la famosa querelle del 1814 sull'utilità di una codificazione generale, si dovette attendere fino al 1900<sup>27</sup>. Era, nondimeno, indispensabile una cornice giuridica che garantisse quantomeno alcuni diritti e limitasse il potere pubblico, nella prospettiva dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*). Al tempo stesso, per un'economia che si proiettava verso uno stadio avanzato di economia capitalistica, era fondamentale assicurare la certezza del diritto. Quanto queste condizioni siano preziose è confermato ancor oggi dalla "lotta per il diritto" in cui molti paesi in via di sviluppo sono ancor oggi impegnati. Nell'area tedesca, la dottrina non aveva ancora la capacità di fare ordine e chiarezza. Si elaborarono così soluzioni più avanzate attingendo all'esperienza di altri paesi, sperimentando trapianti da altre esperienze giuridiche: quella francese, per i principi e gli istituti del diritto amministrativo, per dir così, interno; quella inglese, per l'amministrazione coloniale, creata a partire dal Congresso di Berlino (1884).

In questo contesto, è possibile isolare, con riferimento ai principi e agli istituti del diritto amministrativo, almeno tre profili particolarmente rilevanti: l'influenza del diritto francese; il riferimento allo Stato di diritto; la teoria dell'atto amministrativo. Mayer, che conosceva molto bene le teorie francesi

---

<sup>27</sup> F.K. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.

per averle studiate prima ancora di accingersi al compito di elaborare una visione sistematica del diritto tedesco<sup>28</sup>, non si limitò a tenere conto del diritto applicato prima della conquista tedesca, si spinse ben più in là. Scelse di iniziare la premessa all'edizione francese del suo fortunato trattato di diritto amministrativo tedesco con la notazione che "il diritto amministrativo, nelle diverse nazioni che rappresentano la vecchia civiltà europea, ha per base alcuni principi generali che sono ovunque i medesimi"<sup>29</sup>. Aggiunse che il diritto amministrativo francese assumeva importanza sotto un duplice profilo: a volte, come modello cui fare riferimento; altre volte, perché veniva applicato all'interno di altri ordinamenti. Fra le implicazioni principali di questa impostazione, vi era l'energico richiamo allo Stato di diritto.

Relativamente al tema che qui interessa, Mayer prese le mosse dalla nozione di "amministrazione"<sup>30</sup>. Osservò che la locuzione "amministrazione" non era stata introdotta per sostituire quella di "governo", ma per designare una specifica branca di attività, che si distaccava dall'altra, nonché dall'amministrato della giustizia<sup>31</sup>. Trasse dalla dottrina francese l'idea che l'amministrato, così intesa, serviva a realizzare i fini dello Stato, e ribadì l'importanza del suo assoggettamento al diritto<sup>32</sup> nel senso che il potere esecutivo è sottoposto alla *règle de droit*<sup>33</sup>. Tuttavia, se ne discostò in grado non marginale. Dopo aver ribadito che all'amministrato spettava l'esecuzione (*Vollziehung*) aggiunse che essa disponeva anche del potere di agire liberamente nelle aree non riservate alla legge e da essa non disciplinate.

Mayer assegnò all'atto amministrativo un compito fondamentale nel diritto amministrativo moderno: regolare, grazie alla sua forza obbligatoria, i rapporti tra lo Stato e i sudditi<sup>34</sup>. Sono questi i presupposti della celebre definizione dell'atto amministrativo, ossia l'atto autoritativo emanato dall'amministrato, atto che determina, nei confronti del soggetto, ciò che, per lui, dev'essere il

---

<sup>28</sup> O. MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Köln, K.J. Trübner, 1886.

<sup>29</sup> O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895), tr. francese dell'A., *Droit administratif allemand*, Paris, 1903, p. XIII. Oltre ai lavori dei principali studiosi dell'epoca, Mayer citò la voce *Acte administratif* apparsa nel 1812, nella terza edizione del *Répertoire de Merlin*.

<sup>30</sup> O. MAYER, *ivi*, p. 1.

<sup>31</sup> O. MAYER, *ivi*, p. 3.

<sup>32</sup> O. MAYER, *ivi*, p. 10.

<sup>33</sup> O. MAYER, *ivi*, p. 97.

<sup>34</sup> O. MAYER, *ivi*, p. 119.

diritto nel caso individuale<sup>35</sup>. In dissenso da Jellinek, affermò che, proprio in quanto manifestazione della *puissance publique*, l'atto amministrativo non era un qualsivoglia atto di amministrazione, come quello destinato alla gestione d'una sala scolastica, sicché poteva essere emanato soltanto da una specie di aristocrazia, posta al di sopra della massa dei funzionari, le autorità amministrative<sup>36</sup>.

Si può cogliere, in ciò, un mutamento di prospettiva rispetto a Hauriou: agli atti di amministrazione si contrappone l'atto amministrativo, inteso come figura unitaria, pur se avente un ambito di applicazione più circoscritto. È a questo atto che Mayer riservò il crisma dell'autorità, che si manifestava, da un lato, nella capacità di imporre obblighi agli interessati prescindendo dal loro consenso<sup>37</sup> e, dall'altro, nell'esecuzione di ciò l'atto aveva deciso<sup>38</sup>. Con una trasposizione delle categorie concettuali proprie della nostra riflessione giuridica, può dirsi che egli abbia così delineato sia l'imperatività, sia l'esecutorietà. Così concepito, l'atto amministrativo veniva a costituire il presupposto dell'applicazione del regime giuridico proprio dell'amministrazione, speciale rispetto al regime giuridico generale cui erano sottoposti i privati. Esso realizzava un punto di equilibrio tra la dimensione del potere (preesistente alla legge) e quella della legalità, tra la dimensione dell'autorità e quella della libertà<sup>39</sup>.

### 5. *L'atto amministrativo nell'impostazione di Santi Romano.*

Dato l'uditorio cui questo scritto è destinato, non occorre replicare, relativamente all'Italia, le considerazioni introduttive già svolte per gli altri due ordinamenti. Basti richiamare due aspetti generali sui quali fortunatamente disponiamo di studi accurati. Grazie ai codici (civile, commerciale, processuale) di impianto francese, l'Italia unita poté disporre di un ordinamento moderno e unificante, anche per il diritto dell'economia. Grazie alle leggi di unificazione amministrativa, poté disporre di una cornice giuridica unitaria per alcuni

---

<sup>35</sup> O. MAYER, *ivi*, p. 120.

<sup>36</sup> O. MAYER, *ivi*, p. 120.

<sup>37</sup> O. MAYER, *ivi*, p. 123.

<sup>38</sup> O. MAYER, *ivi*, p. 125.

<sup>39</sup> Per l'opposta visione del diritto amministrativo, E. KAUFMANN, *Verwaltung und Verwaltungsrecht* (1914), tr. it. a cura di F. CORTESE, *Amministrazione e diritto amministrativo*, Napoli, 2013, p. 36.

comparti della pubblica amministrazione: le autonomie locali, la giustizia, i lavori pubblici. Ma mentre nel primo caso la disciplina legislativa era di tipo sistematico e ad ampio raggio, nell'altro la disciplina legislativa aveva un ambito limitato. Inoltre, non vi fu, non poteva esservi, coincidenza tra il nuovo diritto stabilito dal legislatore e il venir meno di tutte le regole, di tutte le prassi preesistenti nei vari angoli del nuovo Stato. Il nuovo diritto, una volta introdotto si evolse gradualmente, con modalità e percorsi non sempre lineari. Il ruolo della giurisprudenza, nello stabilire i principi fondamentali e nell'applicarli agli ambiti di volta in volta toccati dall'azione dei pubblici poteri, fu quindi di fondamentale importanza. Lo fu, in particolare, dopo l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, che tutelò gli interessi ai quali il giudice ordinario non aveva garantito l'accesso alle garanzie giurisdizionali<sup>40</sup>.

L'apporto della componente scientificamente più avanzata della dottrina fu altrettanto significativo in linea generale e in rapporto al profilo che qui interessa. L'impianto teorico di derivazione francese era allora prevalente tra i giuspubblicisti italiani. Cessò di esserlo grazie all'opera di Vittorio Emanuele Orlando, insigne studioso e statista, il maestro da cui scaturì una generazione di studiosi di altissimo livello, come Santi Romano. Basterà richiamare, ancora una volta la prolusione modenese, segnatamente le critiche che Orlando mosse alle inadeguate definizioni della scienza del diritto amministrativo avanzate da Macarel e Batbie<sup>41</sup>. Orlando non lesinò critiche nemmeno agli studiosi tedeschi che, come von Stein, mancavano di distinguere il diritto amministrativo dalla scienza dell'amministrazione<sup>42</sup>. Prospettò un metodo più soddisfacente, l'unico all'altezza dell'alto compito spettante alla scienza ("il sangue dei martiri e il consiglio degli statisti ci diede lo Stato italiano, la scuola giuridica deve essa ora dare la scienza del diritto pubblico italiano; è un debito sacro che la scienza ha contratto e guai se essa si rifiutasse ad adempierlo"): il metodo sistematico<sup>43</sup>.

Tre lustri più tardi, proprio applicando il metodo sistematico, Santi Romano prospettò la teoria dell'atto amministrativo successivamente affinata dalla scuola italiana, con varietà di contributi, soprattutto di tipo monografico.

---

<sup>40</sup> E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, p. 8; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 85.

<sup>41</sup> V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, cit., p. 6. Sull'importanza di Orlando, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 21.

<sup>42</sup> V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, cit., p. 7.

<sup>43</sup> V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, cit., p. 17.

Lo fece nei *Principii di diritto amministrativo*, pubblicati per la prima volta nel 1901<sup>44</sup>. Dopo aver chiarito che il concetto del diritto amministrativo presupponeva l'altro concetto della "amministrazione dello Stato, compiuta da questo direttamente o per mezzo di enti pubblici minori", affermò che la funzione amministrativa si distingueva dalle altre funzioni statali per il suo carattere concreto<sup>45</sup>, donde l'esclusione del carattere di atti amministrativi ai provvedimenti adottati dal Parlamento<sup>46</sup>. All'inizio del capitolo dedicato agli atti amministrativi fornì la seguente definizione dell'atto amministrativo: "una pronuncia speciale di un'autorità nell'esercizio di una funzione amministrativa"<sup>47</sup>. Quanto alla "pronuncia", riprendendo quasi alla lettera l'esempio prospettato da Otto Mayer, Romano precisò che non era un atto amministrativo l'istituzione di una scuola (o, aggiunse, la costruzione di una strada). Essa doveva, altresì, essere emanata da un'autorità, cioè da una "persona di diritto pubblico" "nell'esercizio di una funzione amministrativa" ed essere "speciale", nel senso di riguardare persone singole<sup>48</sup>.

Così inteso, l'atto amministrativo veniva a costituire il presupposto dell'applicazione del regime del diritto amministrativo, speciale rispetto al regime giuridico generale applicabile ai rapporti tra privati e al mondo degli affari. Romano sottolineò, appunto, la netta distinzione degli atti amministrativi "dai negozi di diritto privato che le pubbliche amministrazioni possono compiere"<sup>49</sup>. Pur non respingendo interamente la tradizione e con essa la riflessione dei giuristi sul negozio, colse il duplice tratto distintivo degli atti amministrativi nell'essere "manifestazioni di una volontà superiore"<sup>50</sup> e, proprio in forza della supremazia, nell'essere "di regola ... *esecutori* verso le persone che a questa supremazia sono soggetti"<sup>51</sup>. Riconobbe la differenziazione interna della figura, inclusiva – tra l'altro – di autorizzazioni e concessioni (al centro della trattazione di Oreste Ranelletti), di ordini e divieti. Può dirsi, quindi, che la compresenza di unità e varietà sia stato il punto di equilibrio tra l'impianto di

---

<sup>44</sup> S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1901.

<sup>45</sup> S. ROMANO, *ivi*, p. 2. In seguito l'A. è tornato su questo punto, da ultimo nelle *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in *Scritti minori*, Milano, 1948, p. 433.

<sup>46</sup> S. ROMANO, *ivi*, cit., p. 5.

<sup>47</sup> S. ROMANO, *ivi*, cit., p. 51.

<sup>48</sup> S. ROMANO, *ivi*, cit., p. 53.

<sup>49</sup> S. ROMANO, *ivi*, cit., p. 53.

<sup>50</sup> S. ROMANO, *ivi*, cit., p. 54.

<sup>51</sup> S. ROMANO, *ivi*, cit., p. 59 (corsivo nel testo).

tipo sistematico e la consapevolezza dell'infinità varietà delle forme che il diritto amministrativo assume in rapporto agli interessi da curare. Può notarsi, infine, più d'una semplice assonanza tra l'impostazione dello studioso siciliano e quella di Mayer. L'importanza riconosciuta ai loro apporti conferma l'osservazione di Schmitt secondo cui la scienza giuridica, nella tradizione europea, non è solo saggezza pratica o unicamente tecnica<sup>52</sup>.

### 6. *La dottrina di metà secolo: atti e provvedimenti.*

Prima di volgere l'analisi sull'altro formante giuridico indicato all'inizio, cioè la legislazione, può essere di qualche utilità soffermarsi più brevemente sulla fase successiva della riflessione giuridica, cioè sulla dottrina di metà secolo.

Per la Francia, esemplifichiamo con il contributo, analitico e teorico, di Jean Rivero, uno tra i più prestigiosi allievi di Hauriou<sup>53</sup>. L'analisi di Rivero prese le mosse da una semplice constatazione, più che da un'osservazione: nel diritto amministrativo, l'atto unilaterale, opera di una volontà individuale o collegiale, ha uno spazio molto più considerevole rispetto al diritto privato. La ha perché, "sotto la forma di decisione esecutoria, costituisce il modo di azione normale dell'amministrazione"<sup>54</sup>. Questo punto di partenza fu sviluppato nelle pagine successive con alcune incisive notazioni: a) l'amministrazione può modificare o estinguere le situazioni giuridiche soggettive con la propria sola manifestazione di volontà, unilateralmente, senza il consenso degli interessati; b) il suo tratto specifico consiste proprio nella volontà di apportare un cambiamento nelle situazioni giuridiche, diversamente dagli atti puramente dichiarativi (come le dichiarazioni di tipo ottativo)<sup>55</sup>; c) l'altro tratto distintivo consiste nella necessità di dare esecuzione alla decisione presa, se del caso ricorrendo alla forza, giacché non si può "lasciare l'amministrazione disarmata in presenza della resistenza degli interessi privati", donde la "*contrainte*" ammessa dalla giurisprudenza amministrativa e dal Tribunale dei conflitti<sup>56</sup>. Rispetto all'impostazione di Hauriou, vi erano diverse ed eloquenti differenze.

<sup>52</sup> C. SCHMITT, *Ex captivitate salus* (1950), tr. it. *Ex captivitate salus*, Milano, 1993, p. 71.

<sup>53</sup> J. RIVERO, *Droit administratif* (1961), Paris, 2011.

<sup>54</sup> J. RIVERO, *ivi*, cit., p. 76.

<sup>55</sup> J. RIVERO, *ivi*, cit., p. 76.

<sup>56</sup> J. RIVERO, *ivi*, cit., p. 83. Il riferimento è alla pronuncia del *Tribunal des Conflits* del 2 dicembre 1902, *Société immobilière de Saint Just*, consultabile sul sito del *Conseil d'État*: <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/TC/decision/1902-12-02/00543>.



La prima consisteva nel passaggio dagli atti di amministrazione agli atti amministrativi. La seconda consisteva – come notato – nell’indicazione dei due tratti generali che nella nostra letteratura sono detti imperatività ed esecutorietà. La terza, che richiede qualche ulteriore cenno, era il “*privilège du préalable*”, ossia la presunzione di conformità al diritto, prima di qualsiasi verifica giurisdizionale<sup>57</sup>. Essa giustificava l’imperatività e la circostanza che, di norma, il ricorso non abbia effetti di tipo sospensivo. Di qui l’espressione prospettata da Georges Vedel – un altro prestigioso allievo di Hauriou – in analogia alla *res judicata*, cioè l’autorità della cosa decisa<sup>58</sup>.

Nel medesimo periodo, l’apporto della riflessione giuridica tedesca fu, sotto vari profili, meno innovativo. Lo fu, innanzitutto, perché alcuni concetti e principi generali furono per la prima volta cristallizzati nella nuova cornice costituzionale (la *Grundgesetz*, entrata in vigore nel 1949), segnatamente il *Rechtsstaat*. Lo fu, inoltre, perché la definizione coniata da Otto Mayer divenne *jus receptum*. Così, per esempio, nei “Principi di diritto amministrativo” di Fritz Fleiner, l’autore espose la nozione di atto amministrativo, quasi limitandosi a riproporre le parole di Mayer, pur mostrando consapevolezza del diverso orientamento seguito da Duguit e da altri studiosi<sup>59</sup>. La centralità dell’atto amministrativo fu confermata dalla precisazione che gli atti contenenti disposizioni (*Verfügung*) possono essere detti amministrativi soltanto in senso lato<sup>60</sup>. Fleiner aggiunse che la presunzione di conformità a diritto attribuita agli atti amministrativi era un’implicazione necessaria del principio di certezza del diritto, in quanto non si può ammettere che i cittadini trattino come inesistente un atto apparentemente regolare<sup>61</sup>.

Un’esposizione più distesa è necessaria per l’apporto della dottrina italiana. Per essa, si è soliti fare riferimento al contributo, anch’esso analitico e teorico, di Massimo Severo Giannini, allievo di Santi Romano e di Guido Zanobini.

<sup>57</sup> J. RIVERO, *ivi*, cit., p. 80.

<sup>58</sup> Dopo aver utilizzato quell’espressione dieci anni prima, Vedel vi tornò nella prefazione alla monografia di R.G. SCHARZENBERG, *L’autorité de chose décidée*, Paris, 1969, v. Sugli allievi di Hauriou è interessante lo scritto di E. MILLARD, *Les disciples administrativistes d’Hauriou* (1997), consultabile sul sito [https://shs.hal.science/halshs-00009801/file/Les\\_disciples\\_administrativistes\\_d\\_Hauriou\\_97\\_.pdf](https://shs.hal.science/halshs-00009801/file/Les_disciples_administrativistes_d_Hauriou_97_.pdf).

<sup>59</sup> F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1928. Il riferimento effettuato nel testo è, peraltro, alla traduzione francese della terza edizione, a opera di C. EISENMANN, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Paris, 1967, p. 119.

<sup>60</sup> F. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, cit., p. 118.

<sup>61</sup> F. FLEINER, *ivi*, p. 132.

Giannini è senz'altro da annoverare tra i giuristi capaci di cercare la teoria più generale senza perdere il contatto con la realtà effettuale. Così, in una serie di scritti, dalle *Lezioni* del 1950<sup>62</sup> alla “voce” dedicata all'atto amministrativo nell'*Enciclopedia del diritto*<sup>63</sup> fino agli scritti sui provvedimenti amministrativi generali<sup>64</sup>, pervenne a risultati d'indubbio rilievo sul piano analitico, ancor oggi ampiamente riconosciuti<sup>65</sup>.

Eppure, un parallelo analitico interessante può essere instaurato con la coeva riflessione giuridica francese e tedesca. Il parallelo è, naturalmente, in primo luogo di metodo. Come Rivero, Giannini tenne la storia in gran conto e, muovendo dalla storia, cercò la teoria. Distillò la teoria dalla tradizione giuridica, dalla giurisprudenza, dai contributi degli studiosi, non dalla normazione amministrativa, che considerava disordinata e piena di incongruenze. Il parallelo è, inoltre, nell'indicazione dei tratti di genere dell'atto amministrativo, rispetto al quale il provvedimento presenta tratti di specie, in contrapposizione agli atti del procedimento e ai contratti<sup>66</sup>. Quei tratti di specie consistono nell'emanazione dell'atto dall'autorità<sup>67</sup>, nell'imperatività<sup>68</sup>, ossia nell'idoneità del provvedimento a produrre “un'immutazione delle situazioni giuridiche soggettive” e nella sua attitudine a ricevere esecuzione anche in via coattiva, cioè l'esecutorietà<sup>69</sup>, con la precisazione che, in quanto è espressione di una potestà, l'autorità non può rinunciarvi. Il parallelo è parimenti evidente nel riferimento che Giannini effettuò alla “efficacia di cosa giudicata, o quantomeno di

---

<sup>62</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.

<sup>63</sup> M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 157.

<sup>64</sup> M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, c. 20.

<sup>65</sup> F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1. Per un inquadramento dell'opera di Giannini, S. CASSESE, *Giannini: lo studioso e il suo tempo*, in S. CASSESE (a cura di), *Massimo Severo Giannini*, Roma-Bari, 2010.

<sup>66</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 415.

<sup>67</sup> M.S. GIANNINI, *ivi*, p. 75.

<sup>68</sup> M.S. GIANNINI, *ivi*, pp. 79 e 430. Sul diverso fenomeno dei provvedimenti che costituiscono i rapporti tra privati, G. TREVES, *Atti amministrativi costitutivi di rapporti tra privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, p. 314; G. GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Milano, 1977.

<sup>69</sup> M.S. GIANNINI, *ivi*, p. 422. Sull'efficacia, G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969. Sull'esecutorietà, come carattere “consustanziale alla potestà”, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.

qualche cosa di simile alla cosa giudicata”<sup>70</sup>. Si discostano, invece, dalla linea comune alla riflessione giuridica francese e tedesca sia la critica alla “pretesa presunzione di validità”<sup>71</sup>, sia alcuni profili incentrati sull’esperienza giuridica italiana, come la cosiddetta degradazione dei diritti a interessi<sup>72</sup>. *Last but not least*, Giannini si discostò da Rivero per lo stile: mentre lo studioso francese ricercava una sorta di diafana obiettività, per lo studioso italiano la *pars destruens* era non meno cruciale della *pars construens*.

Al netto di queste varianti e delle differenze di stile, come Rivero e ancor prima Mayer e Romano, Giannini pervenne alla conclusione che solo alcuni atti amministrativi sono speciali. Sono gli unici ad avere la capacità d’incidere in modo unilaterale sulle situazioni giuridiche soggettive. Le amministrazioni pubbliche possono far questo perché devono realizzare gli interessi attribuiti alla loro cura e dispongono di poteri discrezionali. L’imperatività e l’esecutorietà erano per Giannini la conseguenza, non la premessa, dello specifico ruolo dell’amministrazione. E denotavano soltanto alcuni atti, in seguito denominati provvedimenti anche se aventi contenuti o effetti generali<sup>73</sup>. Questa scelta ebbe il pregio della chiarezza, anche sotto il profilo linguistico (si pensi alla distinzione tracciata da Crisafulli tra il disporre e il provvedere)<sup>74</sup>, più che dell’originalità.

Dove non è arrivata la costruzione dell’atto amministrativo fin qui illustrata? Non è arrivata a cogliere, come è riuscito invece ad altre culture giuridiche, l’importanza del procedimento. Al di là dei rimedi di natura giurisdizionale, vi sono infiniti casi nei quali il cittadino o un gruppo sociale (per esempio, un’associazione per la protezione dei beni culturali o di quelli ambientali) oppure un’impresa hanno un interesse da curare o una protesta da esprimere durante il “farsi” dell’azione amministrativa. I rimedi giurisdizionali sono tardivi o comunque inadeguati rispetto a ciò che l’interessato si prefigge di ottenere. È questa ricollocazione dinamica del rapporto tra l’amministrazione e il privato che l’adesione fedele alla schematica dell’atto amministrativo ha precluso ai non pochi studiosi disinteressati all’emanazione di una legge sul procedimento o contrari ad essa. D’altra parte Giannini non era certamente il solo a non

---

<sup>70</sup> M.S. GIANNINI, *ivi*, p. 417.

<sup>71</sup> M.S. GIANNINI, *ivi*, p. 423.

<sup>72</sup> M.S. GIANNINI, *ivi*, p. 420-1.

<sup>73</sup> M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, cit., c. 21.

<sup>74</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, p. 74.

aver dedicato specifica attenzione alla legge austriaca sul procedimento<sup>75</sup>: il disinteresse per quell'esperienza era diffuso. Piuttosto, è da notare che Giannini non colse appieno la portata e il significato storico della legge nordamericana sul procedimento amministrativo. In essa vide niente di più che il rafforzamento del diritto amministrativo inteso, riduttivamente, "come diritto speciale delle procedure giudiziarie e quasi giudiziarie nei confronti delle amministrazioni pubbliche"<sup>76</sup>. I dati normativi e fattuali attestano, invece, che quella legge, nell'interpretazione datane dalle corti, ha mutato la fisionomia dell'ordinamento<sup>77</sup>.

Resta da aggiungere una notazione, a fini di completezza. Nelle pagine precedenti non si è fatto riferimento alla cultura giuridica inglese non tanto perché su di essa abbia pesato a lungo l'anatema di Albert Venn Dicey nei confronti del diritto amministrativo<sup>78</sup>, quanto per gli orientamenti prevalsi al suo interno ben dopo l'acquisizione di consapevolezza che esso esisteva anche nel Regno Unito e che tendeva a configurarsi come sistema. Nella riflessione dei giuristi inglesi, infatti, gli atti delle autorità amministrative sono riguardati per la loro incidenza sui diritti, segnatamente nella prospettiva della *natural justice*<sup>79</sup>, non al livello teorico. Vi è, quindi, non soltanto una difficoltà di tecnica giuridica, per l'assenza di una disciplina legislativa, ma anche una differenza (non necessariamente una lacuna) riguardante concetti e termini che non hanno equivalenti nella riflessione dei giuristi inglesi. Ciò, beninteso, non è un ostacolo all'analisi com-

---

<sup>75</sup> I contributi di Benvenuti e Pastori sono pubblicati in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, cit. Tra i pochi a fare cenno alla legge austriaca, ai giorni nostri, vi è F. MERUSI, *Il procedimento irrealizzato ... dalla legislazione austriaca del 1925 ai giorni nostri*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, p. 11. Per una rassegna delle varie discipline nazionali, J.B. AUBY (ed.), *Codification of Administrative Procedure*, Bruxelles, 2015.

<sup>76</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1988, p. 22.

<sup>77</sup> R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harv. L. Rev.*, (88), 1975, p. 1667.

<sup>78</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1884), X ed., London, 1961, pp. 328-329. Ancora nel 1938 sir I. JENNINGS, *Administrative Law and Administrative Jurisdiction*, in *Journal of Comparative Legislation and International Law*, (20), 1938, p. 99 segnalava la difficoltà incontrata nel cercare di far comprendere agli studenti lo sviluppo impresso dalla legislazione parlamentare al diritto amministrativo. In senso fortemente critico, anche W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, London, 1928, p. 3.

<sup>79</sup> Così, tra gli altri, T. PROSSER, *Administrative Procedure and the Protection of Citizens' Rights: Report from the United Kingdom*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedimentali*, cit., p. 71.

parata riguardante gli istituti dell'esperienza giuridica, che può svolgersi al livello dei principi e delle regole. Come è stato osservato da Rivero<sup>80</sup>, l'analisi del diritto straniero offre un prezioso ausilio per la comprensione del diritto nazionale, per similitudine o per contrasto, mentre l'analisi comparata consente di individuare aree più vaste di comunanza o di diversità. È tuttavia utile un *caveat* rispetto alla possibilità di attribuire il medesimo senso e significato a termini come l'atto e il procedimento al di fuori del contesto nel quale essi sono stati elaborati o recepiti.

### 7. *Dall'atto al procedimento: la legge austriaca e quella spagnola (del 1958).*

Lo studio delle leggi sul procedimento è interessante in sé. Lo è, altresì, per le inferenze di ordine generale che se ne possono trarre. Lo è anche perché mette in discussione la tesi di Savigny secondo cui il diritto, è indissolubilmente connesso con la storia e con lo spirito di ciascun popolo (*Volksgeist*), sicché i trapianti da altre esperienze giuridiche sono impossibili, sono esposti a crisi di rigetto. Ciò valeva, secondo il fondatore della scuola storica tedesca, soprattutto per il diritto pubblico. Ne ha tratto alimento la critica all'illuminismo ritenuto sterile. Se queste proposizioni siano aderenti ai dati normativi e fattuali, tuttavia, è da vedere. Esemplifichiamo con riferimento a due esperienze giuridiche: quella austriaca e quella spagnola.

Nell'ultima fase del plurisecolare Impero asburgico, a partire dal 1875, la Corte amministrativa viennese fornì un contributo di prim'ordine, paragonabile soltanto a quello del *Conseil d'État* francese, alla costruzione del regime giuridico dell'amministrazione, intesa come funzione<sup>81</sup>. Un migliore diritto contribuì al progresso civile attraverso molteplici modi, in ultima analisi riconducibili alle istanze dello Stato di diritto, visto come comprensivo dell'attività prodromica all'emanazione dell'atto finale. Alla concezione austriaca dello Stato di diritto, distinta rispetto a quella prevalsa in Germania, sono riconducibili i principi elaborati dalla Corte amministrativa viennese nello scorcio dell'Ottocento negli anni che precedettero la Grande guerra. Nel novero di tali principi vi erano l'adeguatezza dell'istruttoria, il diritto di essere sentiti prima

<sup>80</sup> J. RIVERO, *Maurice Hauriou et le droit administratif*, cit., p. 34.

<sup>81</sup> Sulle vicende sintetizzate nel testo, vi è adesso uno dei volumi collettanei della collana sul nucleo comune dei diritti amministrativi: G. DELLA CANANEA, A. FERRARI ZUMBINI, O. PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure: Diffusion and Oblivion*, Oxford, 2022.

dell'emanazione di un provvedimento sfavorevole, l'obbligo della motivazione. Enunciati dal giudice in alcune pronunce, quei principi furono sistematizzati da un attento interprete, Friedrich Tezner.

Dopo la fine del primo conflitto mondiale e la dissoluzione dell'Impero, vi fu in Austria dibattito, per esigenze interne e per le pressioni esterne, nella direzione d'una semplificazione dell'azione amministrativa. Varie soluzioni concretamente attuabili furono prospettate. Il Parlamento provò a legiferare e alla fine lo fece, mentre il cantiere delle riforme era rimasto vuoto all'inizio del secolo. La nuova cornice legislativa si segnalò, anzitutto, per la sua ampiezza e articolazione, giacché alla legge generale sul procedimento se ne affiancarono altre, riguardanti tra l'altro le sanzioni e l'esecuzione. Si segnalò, inoltre, perché si discostò dalla tradizione incentrata sull'atto amministrativo. Lo fece in due modi. Innanzitutto, per la prima volta si introdusse un'altra locuzione: la decisione (*Bescheid*), che in seguito fu recepita dai trattati istitutivi delle Comunità europee. La deviazione dall'impostazione dominante in Francia e in Germania si manifestò, soprattutto, nella centralità del procedimento, fin dalle prime disposizioni riguardanti i partecipanti al procedimento (§ 8), nonché nelle disposizioni relative all'istruttoria (§ 37), alla determinazione dei fatti rilevanti (§ 56), all'audizione (§ 40)<sup>82</sup>.

Mentre il giudizio degli studiosi tedeschi sulla nuova cornice legislativa fu – a dir poco – perplesso, essa ottenne vasti consensi in tutta la Mitteleuropa. Furono in molti a ritenere che, con una siffatta cornice legislativa si potessero rendere i procedimenti meglio definiti, contenere i tempi dell'azione amministrativa, far sì che il diritto tutelasse i diritti dei cittadini. L'aspettativa che una codificazione organica, seppure di importazione austriaca, rappresentasse un prerequisito prezioso per una buona amministrazione fu ampiamente condivisa. Il riferimento alle aspettative va sottolineato anche perché esse ebbero effetti immediati sulla propensione di altri Stati a legiferare, con conseguenze immediate e di lungo periodo. Varie leggi sul procedimento amministrativo furono emanate, nel giro di pochi anni, dalla Polonia, Cecoslovacchia, dalla Jugoslavia<sup>83</sup>. Quelle leggi rimasero in vigore anche dopo la seconda guerra mondiale, quando quei paesi caddero sotto il dominio sovietico, oppure (nell'ordi-

---

<sup>82</sup> Il testo originale della legge austriaca e la traduzione inglese si trovano in G. DELLA CANANEA, A. FERRARI ZUMBINI, O. PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure*, cit., p. XXIX.

<sup>83</sup> Le traduzioni di quelle leggi si trovano in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, cit., p. 294 ss.

namento jugoslavo fino alla legge del 1959) furono comunque viste dai giudici come fonti dei principi da applicare ai rapporti tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni.

È nel medesimo periodo che in Spagna fu emanata la nuova legge sul procedimento amministrativo, dopo quella del 1889 (la *ley Azcarate*, dal nome del ministro proponente). Il contesto è, ancora una volta, degno di attenzione. Dai primi anni Cinquanta del secolo scorso, il governo spagnolo aveva avviato iniziative per recuperare il divario accumulato rispetto agli altri paesi industriali. Massicci investimenti esteri erano, però, indispensabili. Per attrarli, e contemporaneamente per fornire ai cittadini – privati delle libertà politiche dal governo autoritario di Francisco Franco – quantomeno una cornice giuridica che li garantisse nei confronti delle pubbliche amministrazioni, si discusse dell'opportunità di emanare una nuova legge generale sul procedimento. Alcuni tra i maggiori esperti furono coinvolti nella redazione della legge, che fu approvata nel 1958.

A mo' di artificio retorico, dando per risolte numerose questioni analitiche e di teoria generale, si possono isolare tre aspetti della nuova legge rilevanti ai fini che qui interessano: il rapporto con la legge precedente, il punto di equilibrio nel disciplinare il procedimento e l'atto amministrativo, l'influenza esercitata all'estero. L'omaggio prestato alla legge del 1889 nella relazione illustrativa non era meramente retorico, giacché – come dimostrano studi recenti – ne venne conservato, ribadito, lo sforzo nella direzione dell'efficienza dell'amministrazione. Ne costituiscono altrettante ed eloquenti dimostrazioni le disposizioni riguardanti la competenza ad adottare gli atti e la consultazione degli interessati.

L'attenzione rivolta alla qualità dell'amministrazione si legava alla disciplina del procedimento. Può essere utile richiamare, con le qualificazioni rese necessarie dal mutato contesto storico, alcune scelte: quella di mettere in primo piano il procedimento, visto dalla relazione illustrativa come la "successione di atti in cui si concretizza l'attuazione amministrativa in vista della realizzazione di un fine" pubblico; l'ampia formulazione stabilita dalla legge in relazione agli interessati, i cui diritti e interessi potevano risultare affetti dall'azione delle autorità munite di funzioni e potestà amministrative; la previsione del diritto degli interessati di essere sentiti; l'obbligo di motivare almeno gli atti limitativi di diritti. A fianco di queste disposizioni, ve ne erano altre che – diversamente dalla codificazione austriaca – erano dirette a disciplinare l'atto di amministrazione e le sue principali caratteristiche. Così, il contenuto degli atti doveva adeguarsi alle norme dell'ordinamento, gli atti dell'amministrazione assogget-

tati al diritto pubblico disponevano dell'esecutorietà, ma potevano essere contestati tramite i ricorsi amministrativi e il ricorso all'autorità giurisdizionale. A tal fine, era disciplinato il regime della validità, in cui l'annullabilità era la regola e la nullità l'eccezione. Era disciplinata anche quella che nel diritto italiano era già detta l'autotutela decisoria, cioè il nuovo esercizio del potere per modificare, annullare o revocare gli atti ed è solo in questo caso e in rapporto all'esecuzione che le disposizioni legislative facevano riferimento agli atti amministrativi, anziché agli atti dell'amministrazione.

Comparativamente, la legge spagnola manteneva l'ancoraggio all'atto di amministrazione, secondo l'impostazione di derivazione francese<sup>84</sup>, ma diversamente da quest'ultima (in cui la prima disciplina generale non vedrà la luce prima del secondo decennio del Duemila) optava per una codificazione dei principi e dei più rilevanti istituti riguardanti sia il procedimento, sia l'atto finale. Essa assunse una precisa importanza anche perché, per la sua architettura e per i principi che essa stabiliva, fu considerata come un prototipo dai legislatori di vari paesi dell'America latina. Questa indicazione, fornita dal maggiore giurista spagnolo del secolo scorso, Eduardo Garcia de Enterría<sup>85</sup>, è stata confermata da un'indagine recente, in corso di pubblicazione, pur se non sono mancate influenze reciproche tra gli ordinamenti latino-americani. D'altronde, i modelli colgono alcune scelte di fondo, alcuni criteri direttivi, i quali sono variamente declinati dai policy-makers. Tra quelle scelte di fondo, vi è l'adesione al regime giuridico dell'amministrazione fondato sull'atto amministrativo, con le qualificazioni prima illustrate.

### 8. *La centralità dell'atto amministrativo nella legge tedesca sul procedimento.*

Come la legge austriaca sul procedimento amministrativo del 1925 e quella spagnola del 1958 hanno esercitato un indubbio influsso in altre esperienze giuridiche, così la legge tedesca del 1976 ha ravvivato il dibattito sulla codifi-

---

<sup>84</sup> E. GARCIA DE ENTERRIA, *Las transformaciones de la justicia administrativa* (2000), tr. it. *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, Milano, 2007, p. 24.

<sup>85</sup> E. GARCIA DE ENTERRIA, *Un punto de vista sobre la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992*, in *Revista de Administración Pública*, 1993, p. 205. Sulle ragioni dell'assenza d'una disciplina in Francia, G. ISAAC, *La codification de la procédure administrative non contentieuse*, Paris, 1968; C. WIENER, *Vers une codification de la procédure administrative*, Paris, 1974.



cazione nella cultura giuridica italiana e in altre<sup>86</sup>. La discussione che l'ha preceduta è stata molto ricca, impossibile da sintetizzare in poche pagine<sup>87</sup>. I suoi tratti distintivi sono numerosi. Invece di elencarli in una lista che li ordini in base a criteri inevitabilmente opinabili, pare più utile proporre due considerazioni. La prima è che, nell'architettura della legge, resta basilare l'atto amministrativo, visto coerentemente con il filone di teoria di cui Otto Mayer è stato l'esponente più rappresentativo. La seconda è che, considerata nel suo complesso, la legge mostra consapevolezza della più articolata gamma di strumenti di cui le pubbliche amministrazioni possono avvalersi, senza – però – spingersi fino al punto cui sono giunte altre culture, altre esperienze giuridiche, come quella nordamericana.

Poche proposizioni bastano a rendere ragione della centralità dell'atto amministrativo<sup>88</sup>. L'*incipit* della legge sul procedimento precisa che essa si applica alle attività amministrative rette dal diritto pubblico. Fin dalla definizione del procedimento amministrativo, si evidenzia la funzione servente che esso assolve nei confronti dell'atto: "è procedimento amministrativo ai sensi di questa legge l'attività esterna delle autorità, che sia rivolta a valutare i presupposti, a preparare ed emanare un atto amministrativo o a stipulare un contratto di diritto pubblico: esso comprende l'emanazione dell'atto amministrativo o la stipulazione del contratto di diritto pubblico" (§ 9)<sup>89</sup>. La disposizione riguardante l'atto amministrativo lo definisce nel modo seguente: "è atto amministrativo ogni provvedimento, decisione o altra misura autoritativa che venga adottata da un'autorità per la disciplina di un caso singolo nel campo del diritto pubblico e che miri alla produzione di effetti giuridici diretti verso l'esterno" (§ 35)<sup>90</sup>. Ciò che da tempo era *jus receptum*, dunque, diviene *ius in civita-*

---

<sup>86</sup> Forse la più significativa occasione di confronto e di studio fu quella organizzata dal FORMEZ a Napoli. Gli atti, unitamente alla prima traduzione della legge tedesca, effettuata da Alfonso Masucci, sono pubblicati nel volume *Garanzia ed efficienza dell'azione amministrativa*, Napoli, 1980. Nel testo si fa riferimento alla traduzione curata da D.-U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)*, Milano, 2002.

<sup>87</sup> P. BADURA, *L'attuale discussione sul procedimento amministrativo nella Repubblica federale tedesca*, in *Garanzia ed efficienza dell'azione amministrativa*, cit., p. 125. Sui precedenti, G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, cit., p. 342 ss.

<sup>88</sup> D.-U. GALETTA, *Commento introduttivo*, in D.-U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)*, cit., p. 38.

<sup>89</sup> D.-U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)*, cit., p. 59.

<sup>90</sup> D.-U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)*, cit., p. 77.

*te positum* per editto del legislatore. Ne costituiscono altrettante riprove l'ottica generale e i riferimenti all'autorità, alla disciplina del caso singolo. Ne costituiscono ulteriori riprove – se ve ne fosse bisogno – la riconduzione del provvedimento amministrativo generale alla fattispecie (che da noi si direbbe dell'atto plurimo) riguardante “un gruppo di persone, determinate o determinabili in base a caratteristiche generali o che concerne le caratteristiche di diritto pubblico di una cosa o il suo uso da parte della collettività”; i limiti all'apposizione di condizioni (§ 36); l'efficacia dell'atto amministrativo fintantoché non sia ritirato, revocato o in altro modo annullato (§ 43).

Detto ciò bisogna pur dire – per dovere di completezza – che la legge tedesca non si limita ad affiancare all'atto amministrativo unilaterale il contratto di diritto pubblico (§ 9), entro i limiti di ammissibilità fissati dall'ordinamento (§ 54). Per un verso, essa stabilisce una serie di principi riguardanti il procedimento, dall'informalità (§ 10) all'audizione delle parti (§ 28). Per un altro verso, malgrado la riluttanza, se non l'aperto rifiuto, ad ammettere che l'atto amministrativo possa discostarsi dai requisiti di individualità e concretezza, la legge dedica un'apposita sezione al procedimento di formazione e deliberazione dei piani urbanistici (§ 72 ss.). L'assunto è, evidentemente, che l'azione che i pubblici poteri svolgono in questo ambito deve essere complementare all'altra, essenziale che si esplica mediante scelte dirette ai singoli.

Due ulteriori osservazioni possono completare il quadro. Coerentemente con la tradizione, il dovere istituzionale di proteggere gli individui dall'azione amministrativa irregolare o invalida spetta ai tribunali, segnatamente alla giurisdizione amministrativa. Il peso che la tradizione tuttora esercita si manifesta appieno nella tendenza dei giudici a fare riferimento alla cornice costituzionale, più che alle disposizioni della legge. Pure, la giurisprudenza è chiamata a non ignorare i principi che si traggono dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, soprattutto dopo che la Corte costituzionale federale ne ha riconosciuto la rilevanza interpretativa nel caso *Gorgolu*<sup>91</sup>.

### 9. Atti e provvedimenti nella legge italiana sul procedimento.

Come si colloca la legge italiana sul procedimento, da un lato, rispetto alla storia e alla tradizione che da essa è scaturita e, dall'altro, rispetto alle altre discipline legislative appena illustrate? Un'indagine sul primo quesito andrebbe

---

<sup>91</sup> Sentenza del 14 ottobre 2004, accessibile sul sito <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv111307.html#Rn002>.

estesa sia al formante dottrinario, considerato nelle sue varie articolazioni, sia ai precedenti tentativi di redigere una legge generale, che si sono susseguiti a partire dal 1946. Essa è stata già intrapresa più d'una volta, con variabili risultati<sup>92</sup>. Vi è, non sorprendentemente, varietà di opinioni circa il quesito “se” l'aver disposto assai prima d'una legge generale avrebbe potuto giovare, dando ordine allo sviluppo dell'amministrazione pubblica in Italia. Relativamente all'altro quesito, alcuni commenti alla legge ne hanno sottolineato i tratti originali rispetto al modello tedesco<sup>93</sup>, mentre le analisi più recenti dicono che le (in sé, discutibili) modifiche successivamente apportate – soprattutto la disciplina del regime giuridico dell'atto e la svalutazione dei vizi formali – hanno accentuato le somiglianze. Sulla base dei loro risultati è da prendere molto sul serio la proposizione che continuo, e parecchio, oltre ai problemi comuni, le sollecitazioni che vengono da ordinamenti considerati – a torto o a ragione – come avanzati. Si deve peraltro sospendere il giudizio in questa sede, perché l'indagine è incentrata sul nesso tra il procedimento e l'atto.

Questa indagine va, fra l'altro, estesa dal confronto tra le vicende passate ai punti di contatto tra i diritti del nostro tempo. Questa indagine può beneficiare del contributo d'analisi e teorico di Mario Nigro, che presiedette la commissione incaricata della redazione della legge sul procedimento. Merita di essere ricordato, anzitutto, il ragionamento svolto sulle funzioni del procedimento. Nelle parole di Nigro, il procedimento adempie la “funzione di mediazione” nella definizione di un “equilibrio” anche tra le esigenze di tutela del cittadino e le necessità della buona amministrazione<sup>94</sup>. Bisognava, quindi, muovere oltre la concezione, per dir così, servente del procedimento rispetto all'atto finale, che nella dottrina italiana era legata al nome di Aldo M. Sandulli<sup>95</sup>. Da tale impostazione discendevano le soluzioni prospettate. Già in precedenza, Nigro aveva inequivocabilmente preso le distanze dalla posizione

---

<sup>92</sup> G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, cit., p. 537; M.P. CHITI, *Alle origini della legge sul procedimento amministrativo. Il periodo 1943-1947*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2020, p. 723.

<sup>93</sup> G. PASTORI, *The Origins of Law No 241/1990 and Foreign Models*, in *It. J. Public L.*, (2), 2010, p. 260.

<sup>94</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)* (1988), ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1991, p. 2039.

<sup>95</sup> M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale* (1980), ora in *Scritti giuridici*, cit., III, p. 1431. Il riferimento contenuto nel testo è ad A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

prevalsa in Germania: “l’atto amministrativo non è più il baricentro del diritto amministrativo”<sup>96</sup>.

Il contesto lo richiedeva. Per la società italiana nello scorcio del Novecento la questione dell’adeguatezza degli istituti dell’amministrazione era divenuta ineludibile. Lo era divenuta sia perché si erano rafforzate le aspettative dei cittadini e degli operatori economici ad avere un’amministrazione degna di un paese civile, sia perché si erano accresciuti i nessi tra l’ordinamento giuridico nazionale e quello della Comunità europea, con il duplice effetto di una competizione tra gli ordinamenti nazionali e d’una circolazione dei modelli giuridici. La capacità degli apparati amministrativi di corrispondere a quelle aspettative, a quelle sollecitazioni è stata modesta, nel complesso. Il legislatore ha cercato di porvi rimedio, ribadendo principi consolidati, affermando principi in parte nuovi, come la trasparenza, introducendo istituti originali, come il responsabile del procedimento e il termine per la sua emanazione.

Eppure, mentre vari istituti – come il responsabile del procedimento e l’obbligo di motivazione – attestano la ricerca di un equilibrio tra la finalità di garanzia e quella di efficienza<sup>97</sup>, vi sono non pochi indizi della persistente centralità del provvedimento nella legge 7 agosto 1990, n. 241. Così, per la prima volta, è stato cristallizzato il principio per cui il procedimento deve concludersi “mediante l’adozione di un provvedimento espresso” (art. 2, comma 1).

Così, inoltre, l’obbligo di inviare la comunicazione di avvio del procedimento, oltre che ai destinatari, a una varietà di soggetti è richiesta dalla circostanza che “il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti” nei loro confronti (art. 7, comma 1): la questione giuridica centrale sta proprio nella circostanza che dal “provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili”. L’assonanza con la disposizione tedesca secondo cui il provvedimento riguarda il singolo oppure “un gruppo di persone, determinate o determinabili in base a caratteristiche generali” è evidente. Può essere spiegata in più di un modo. Può essere vista come la logica conseguenza di una tradizione giuridica comune oppure come la manifestazione dell’inevitabile influenza esercitata dalla norma anteriore nel tempo, per il fatto del suo esserci o, ancora, per il prestigio attribuito alla cornice legislativa da cui promana.

---

<sup>96</sup> M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza* (1985), ora in *Scritti giuridici*, cit., III, p. 1820.

<sup>97</sup> G. CORSO, G. TERESI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Rimini, 1991.

Così, infine, il regime giuridico degli atti amministrativi generali si ricava, quasi per sottrazione, dalla dispensa dall'obbligo di motivare (art. 3, comma 2) e dalla dispensa dall'applicazione dell'intero complesso delle disposizioni sulla partecipazione (art. 13, comma 1). Non a caso, Nigro criticò aspramente sia questa scelta, sia il venir meno del principio di contrattualità<sup>98</sup>. Osservò che, in ciò, manifestava la sua perdurante influenza la "concezione tradizionale che l'amministrazione opera soprattutto con atti unilaterali e autoritativi"<sup>99</sup>.

Due sviluppi successivi confermano il giudizio espresso da Nigro. Innanzitutto, anche dopo la revisione della legge, nell'adozione di atti non autoritativi, la pubblica amministrazione "agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente" (art. 1-*bis*). All'interpretazione prevalente, che sottolinea il ricorso al diritto privato<sup>100</sup>, si è replicato che il legislatore può pur sempre disporre altrimenti, tramite il ricorso alla disciplina di diritto pubblico. L'altro sviluppo è l'inserimento (nel 2005) nella legge del nuovo complesso di disposizioni riguardanti l'efficacia e l'invalidità del provvedimento. Tra quanti hanno espresso meditate riserve su tali disposizioni, vi è Franco Scoca, secondo cui la configurazione della nullità come una forma di invalidità è il "primo grande sovvertimento" della disciplina tradizionale<sup>101</sup>. Quanto al profilo che qui interessa, pur in vista delle cautele da cui sono circondate le potestà di limitare la sfera dei privati (art. 21-*bis*), di modificare unilateralmente il contenuto del provvedimento (art. 21-*quinqies*) e di assicurarne l'esecutorietà (art. 21-*ter*), risulta confermata la prevalenza della concezione tradizionale.

Attorno a queste tematiche vi è stato in Italia dibattito, diverse interpretazioni sono state prospettate e confrontate. Non è questa la sede per valutarle, né per chiedersi come mai non si sia posto mano a una revisione complessiva della legge, in vista delle difficoltà che l'adempimento delle funzioni e delle potestà amministrative incontra, né se queste difficoltà siano superabili se si riuscisse a muovere da una visione degli istituti da ritoccare che fosse a un tempo generale e conscia delle complementarità che fra di essi si stabiliscono. Vi influisce probabilmente l'opinione, in molte cerchie diffusa, che per quanto importanti tali difficoltà siano, altri problemi sono di più urgente, dram-

---

<sup>98</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 2044.

<sup>99</sup> M. NIGRO, *ivi*, cit., p. 2045.

<sup>100</sup> V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, cit., p. 135.

<sup>101</sup> F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2021, p. 138.

matico rilievo per l'Italia. È evidente la miopia di tale atteggiamento, non limitato a quanti contingentemente determinano l'indirizzo politico di maggioranza.

Un ostacolo non ininfluenza è di ordine culturale. I giuristi italiani sono consci di appartenere a una tradizione scientifica plurisecolare, di alto livello. È una cultura che stenta a prendere atto dell'importanza che una moderna cornice legislativa del procedimento può avere. Altre tradizioni, segnatamente quella dei paesi scandinavi e quella tedesca, hanno da più tempo dell'utilità di una manutenzione ordinaria, per dir così, della legge sul procedimento. L'anticipo e la costanza nella manutenzione hanno concorso, unitamente ad altri fattori istituzionali e culturali, a dare ai loro sistemi amministrativi un vantaggio, che resta da colmare.

#### 10. *Una visione d'insieme.*

La linea di ragionamento sviluppata in questo scritto ha due punti di approdo. Se vi è un sostrato comune alla scienza del diritto pubblico francese, italiana e tedesca, esso consiste nel valore riconosciuto allo Stato di diritto e nella correlativa costruzione dell'atto amministrativo, ricomprendendo in questa ampia categoria numerose figure specifiche: l'atto, e più specificamente il provvedimento, costituisce il presupposto per l'adempimento delle funzioni amministrative, connotate dalla doverosità, e per l'esercizio dei diritti, inclusi quelli alla tutela giurisdizionale. Tale sostrato si è evoluto gradualmente. D'altra parte, il formante giurisprudenziale e quello della dottrina sono per loro natura lenti a raggiungere una stabilità, ma dispiegano i loro effetti positivi nel lungo periodo e consentono un buon margine di flessibilità. Lo strumento legislativo ha, per molti versi, confermato l'importanza dell'atto amministrativo e i principi generali che ne disciplinano la formazione, l'emanazione e la comunicazione. Per altri versi, ha seguito una diversa direzione, dando risalto al procedimento amministrativo e agli istituti a esso connessi.



## QUESTIONI VECCHIE E NUOVE SULLA RESPONSABILITÀ DEI CONSORZI AMMINISTRATIVI E DEGLI ENTI LOCALI CONSORZIATI

*Vittorio Domenichelli*

I consorzi amministrativi – una tradizionale figura del diritto amministrativo, differente per natura e funzioni da quella dei consorzi di cui all’art. 2602 c.c. – sono oggi previsti e disciplinati dall’art. 31 del d.lgs. n. 267/2000 (TUEL), il quale prevede che “gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l’esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all’articolo 114, in quanto compatibili. Al consorzio possono partecipare altri enti pubblici, quando siano a ciò autorizzati, secondo le leggi alle quali sono soggetti”; ma la loro storia è risalente nel tempo, essendo già previsti dal T.U. della legge comunale e provinciale del 1915, esplicitamente disciplinati dal r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839 (artt. 10 ss.), dal T.U. del 1934 (artt. 156 ss.), poi dalla legge di riforma degli enti locali n. 142/1990 (art. 25) e transitati infine nell’attuale testo unico del 2000.

Non si vuole qui riesaminare questa complessa modalità di esercizio delle funzioni amministrative da parte degli enti locali, ma concentrare l’attenzione soltanto su un profilo, oggetto di alcune recenti pronunce della Corte dei conti, che peraltro ne mettono in discussione la tradizionale fisionomia: il profilo della responsabilità degli enti consorziati per le obbligazioni assunte dai consorzi; e ciò sia con riferimento ai consorzi ancora in vita, sia a quelli posti in liquidazione ed estinti.

Temi, come si vedrà, tanto complessi quanto di frequente e concreta applicazione.

In particolare, due sono i quesiti che ci sottopongono alcune pronunce della Corte dei conti<sup>1</sup>: i) quale sia la responsabilità degli enti locali consorziati

---

<sup>1</sup> Corte dei conti, Sez. contr. Campania, parere n. 75/2017; Corte dei conti, Sez. contr. Abruzzo, parere n. 279/2015.



per le obbligazioni assunte dal consorzio che non trovino capienza nelle disponibilità di quest'ultimo; ii) quale sia la responsabilità dei consorziati in ipotesi di liquidazione e cessazione del consorzio, con particolare riferimento alla situazione (più frequente di quanto si immagini) di debiti sorti successivamente all'estinzione (ad esempio nel caso di esito infausto di un giudizio pendente al momento della liquidazione).

Quanto al primo quesito, delle obbligazioni assunte dal consorzio risponde esclusivamente il consorzio stesso con il proprio fondo (variamente denominato dagli statuti come "fondo consortile" o "capitale di dotazione"): questa la conclusione della più recente giurisprudenza, condivisibile, come vedremo, più nelle conclusioni che nelle argomentazioni attraverso le quali a tali conclusioni giunge.

Ciò, in primo luogo, alla luce del dato storico. Senza infatti addentrarci nella disciplina dei consorzi amministrativi nell'Italia prerепublicana<sup>2</sup>, ricordiamo che fin dal 1923 (con il r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839 contenente la riforma della legge comunale e provinciale del 1915) ai consorzi era attribuita la soggettività giuridica essendo loro riconosciuta la qualifica di "enti morali" con decreti del prefetto che ne approvava la costituzione e lo statuto. Il che li differenziava dalle aziende municipalizzate alle quali, sebbene con qualche dissenso dottrinale, non veniva riconosciuta la personalità giuridica in quanto l'azienda veniva configurata piuttosto come un organo dell'ente locale dotato solo di una qualche autonomia gestionale<sup>3</sup>.

Tale impostazione viene confermata nel T.U. n. 383/1934 il quale, all'art. 162, precisa che "i consorzi facoltativi od obbligatori, costituiti a norma degli articoli precedenti, sono enti morali". Ed è sulla scorta di tale disposizione normativa che si riconosceva ai consorzi amministrativi fra enti locali la natura di "persone giuridiche pubbliche"<sup>4</sup>.

Anche Giuseppe Stancanelli, sempre nella vigenza del T.U. del 1934, esplicitamente riconosceva ai consorzi una "personalità giuridica pubblica" e ricordava che il "il consorzio si presenta ... pacificamente come soggetto di personalità, e come tale può ben essere titolare di diritti"<sup>5</sup>. Restava tuttavia in capo ai soggetti consorziati – secondo l'Autore – la titolarità della sfera di interessi

---

<sup>2</sup> Sulla quale cfr. G. SALEMI, *La teoria generale dei consorzi amministrativi nel diritto italiano*, Palermo, 1920.

<sup>3</sup> Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Napoli, 1971, p. 291 ss.

<sup>4</sup> Si veda alla voce *Consorzi fra enti locali*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 414, ove si legge "i consorzi fra enti pubblici locali sono persone giuridiche pubbliche".

<sup>5</sup> G. STANCANELLI, *I consorzi nel diritto amministrativo*, Milano, 1963, p. 156.

alla cui soddisfazione il consorzio doveva provvedere, data la caratteristica di quest'ultimo di essere un soggetto a servizio di altri soggetti<sup>6</sup>.

La legge n. 142/1990, la prima grande riforma degli enti locali, prevedeva, all'art. 25, che Comuni e Province potessero costituire dei consorzi per la gestione associata di uno o più servizi "secondo le norme previste per le aziende speciali in quanto compatibili"; e l'art. 23 del medesimo testo legislativo disponeva che l'azienda speciale fosse "un ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica" al quale "l'ente locale conferisce il capitale di dotazione".

Evidente la modifica dell'impostazione rispetto al TU del 1934 al quale la dottrina sopra citata, *ratione temporis*, aveva fatto riferimento: le aziende speciali diventano persone giuridiche al pari dei consorzi fra enti locali i quali debbono dotare entrambi gli enti di un proprio capitale di dotazione. Nel caso dei consorzi il capitale è fornito dagli enti consorziati secondo le quote di partecipazione. Cosicché il consorzio, già dotato di personalità giuridica fin dal 1923, essendo dotato di un capitale suddiviso in quote di partecipazione finisce per avvicinarsi alla figura della società di capitali.

Il comma 4 del citato art. 25 prevedeva inoltre che "... l'assemblea del consorzio è composta dai rappresentanti degli enti associati ... ciascuno con responsabilità pari alla quota di partecipazione fissata dalla convenzione o dallo statuto".

La formula non è tecnicamente felice, anche se collegare la "responsabilità" degli enti associati alla quota di partecipazione non può che significare che ciascuno di essi in primo luogo partecipa alle spese dell'ente in ragione della propria quota di partecipazione; e che ha altresì l'obbligo di ripianare eventuali disavanzi del consorzio secondo il limite della propria quota: il che assimila i consorzi alle società di capitali, in cui i soci rischiano, al più, di sopportare la perdita della propria quota di capitale conferita e non di assumere l'obbligo di coprire integralmente il debito eventualmente assunto dalla società.

La dottrina sul punto non è univoca, essendo stato sostenuto che l'obbligo di ripiano del disavanzo non incontrerebbe il limite di ciascuna quota di partecipazione, ma sussisterebbe invece un "rapporto di proporzionalità diretta fra l'ammontare della quota di partecipazione e la responsabilità, sicché ogni ente, in rapporto alla propria quota avrà un obbligo, di misura corrispondente, di ripianare i disavanzi del consorzio"<sup>7</sup>. Il dato normativo, oltre che quello

<sup>6</sup> G. STANCANELLI, *op. cit.*, p. 259.

<sup>7</sup> C. MIGNONE, P. VIPIANA, P.M. VIPIANA, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Torino, 1993, p. 233.

storico e sistematico, impongono invece – ad avviso di chi scrive – una diversa lettura secondo cui la quota conferita rappresenta il limite della responsabilità dell'ente e non, invece, il “coefficiente” della propria responsabilità (illimitata) rispetto agli altri enti consorziati,

Anche il successivo Testo Unico approvato con d.lgs. n. 267/2000, oggi vigente, dispone allo stesso modo, stabilendo all'art. 31 che “gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi [...] possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'articolo 114 in quanto compatibili”. E tale ultima disposizione conferma la natura strumentale dell'azienda speciale rispetto all'ente locale e dispone che l'azienda abbia personalità giuridica e autonomia imprenditoriale e un capitale di dotazione fornito dall'ente locale (cfr. art. 114, comma 6): disposizione che, estesa ai consorzi amministrativi, ne conferma la personalità giuridica e la dotazione di un capitale di dotazione fornito dagli enti consorziati<sup>8</sup>.

La stessa disposizione (art. 114, comma 6, ultima parte), stabilisce altresì che l'ente locale che ha costituito un'azienda speciale o che partecipa ad un consorzio “provvede alla copertura degli eventuali costi sociali”: espressione che potrebbe essere interpretata sia nel senso di stabilire l'obbligo dell'ente locale di coprire eventuali disavanzi prodotti dall'azienda o dal consorzio, sia nel senso – che appare più corretto e coerente con l'autonomia delle aziende e dei consorzi – di farsi carico solo di eventuali costi “sociali”, ovvero non remunerati dall'attività ordinaria dell'ente (consorzio o azienda che sia). Detto altrimenti, l'ente, pur dovendo conformarsi ai principi di economicità e di equilibrio di bilancio (cfr. art. 114, comma 4), per motivate ragioni di interesse pubblico può assumersi eventuali costi “sociali”, nel senso di costi per servizi resi utile, se non indispensabili, alla collettività di riferimento.

Le più recenti pronunce della Corte dei conti, come anticipato, hanno sposato la tesi dell'autonomia finanziaria dei consorzi che esclude l'obbligo di coprirne gli eventuali disavanzi da parte degli enti locali consorziati, sottolineandone la autonoma soggettività e dunque la sostanziale separatezza e autonoma responsabilità contabile. Esattamente sul punto, infatti, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Campania, con il parere n. 75/2017 (facendo propri i principi già enunciati dalla Sezione regionale di controllo per

---

<sup>8</sup> Cfr. G. CARRARO, in M. BERTOLISSI (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali. Commento al Testo Unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle riforme costituzionali del 2001*, Bologna, 2022, p. 183 ove si precisa che “[i consorzi] sono per definizione sempre dotati di rilevanza esterna e di autonomia patrimoniale: più precisamente, di personalità giuridica”.

l'Abruzzo nel parere n. 279/2015) ha statuito, in primo luogo, non soltanto che “pur avendo natura strumentale, il Consorzio si distingue soggettivamente dagli Enti locali partecipanti, in quanto è dotato di una propria soggettività giuridica e diviene un nuovo centro di imputazione di situazioni e rapporti giuridici”, ma anche – a fugare ogni dubbio in merito al rinvio alla disciplina delle aziende speciali – che “il richiamo, per i Consorzi, alle norme disciplinari previste per le aziende speciali non muta la struttura e forma giuridica del soggetto [...]. Di conseguenza troveranno applicazione le norme che valgono per le aziende speciali per quanto riguarda l'attività di erogazione del servizio, mentre torneranno applicabili quelle dei Consorzi ove si tratti di regolamentare la vita associativa fra i Comuni consorziati (costituzione e deliberazioni assembleari, nomina amministratori, adozione decisioni, etc.), come palesato dall'inciso legislativo in quanto compatibili”. Tra queste ultime norme rileva, ai fini del parere espresso dalla Sezione, l'art. 2615 c.c. il quale attribuisce autonomia patrimoniale ai consorzi con attività esterna, stabilendo che “per le obbligazioni assunte in nome del Consorzio, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile”.

A nostro avviso, non sarebbe stato necessario scomodare i consorzi con attività esterna del codice civile, che hanno una finalità di coordinamento dell'attività delle imprese consorziate e dunque una natura giuridica diversa da quella dei consorzi amministrativi che servono invece a gestire insieme un'attività comune e non soltanto a coordinare l'attività nei confronti dei terzi. Ma la Corte dei conti probabilmente pensava alle aziende speciali nella loro forma originaria, quella *ante* legge 142, in cui cioè era l'ente locale che copriva gli eventuali disavanzi dell'azienda non dotata di personalità giuridica, in quanto costituiva una sorta di “pertinenza” od organo indiretto dell'ente locale, dotato solo di autonomia gestionale, ma i cui bilanci alla fine dovevano essere approvati dall'ente locale che ne copriva anche le eventuali perdite (cfr. art. 19, r.d. n. 2578/1925 T.U. sulle municipalizzazioni). Costruzione giuridica peculiare peraltro alle sole aziende speciali municipalizzate, giacché, come sopra ricordato, fin dal 1923<sup>9</sup> ai consorzi – a differenza che alle aziende speciali – era attribuita la soggettività giuridica. essendo loro riconosciuta la qualifica di “enti morali”.

Dopo aver stabilito, dunque, il principio dell'autonomia patrimoniale dei consorzi – che restano quindi gli unici responsabili per le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'attività – la Corte dei conti, nel medesimo parere, si spinge più oltre escludendo anche la sussistenza di un dovere in capo agli enti locali consorziati di ripianare le perdite gestionali eventualmente accumulate dai consorzi. Sul

---

<sup>9</sup> Cfr. il già citato r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839.

punto la Sezione richiama quanto disposto dall'art. 6, comma 19, del d.l. n. 78/2010 (disposizione abrogata ma pedissequamente riproposta all'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 175/2016 (T.U. delle società pubbliche), secondo cui "al fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche, tenuto conto dei principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile [...], effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali [...]". Spiega la Corte che tale disposizione "impone l'abbandono della logica del 'salvataggio a tutti i costi' di strutture ed organismi partecipati o variamente collegati alla pubblica amministrazione che versano in situazioni di irrimediabile dissesto"<sup>10</sup>.

Pur essendo legittimo chiedersi se – alla luce della lettera di tale disposizione – anche i consorzi di cui all'art. 31 del TUEL rientrino nell'ambito di applicazione di una norma che sembra riferirsi alle sole società di capitali a partecipazione pubblica, la Corte dei conti della Campania afferma senza remore che "esigenze generali di tutela dell'economicità gestionale e della concorrenza non possono non riferirsi anche ad essi [i consorzi, n.d.r.], che rappresentano comunque realtà operative inserite a tutti gli effetti nel contesto della finanza territoriale, implicando quindi un'estensione nei loro confronti di tale divieto. Tale interpretazione si appalesa conforme ai principi contenuti sia nella legislazione ordinaria, volta al rispetto di criteri di economicità e razionalità nell'utilizzo delle risorse pubbliche, che nella normativa comunitaria su richiamata, a tutela della concorrenza e del mercato. Da tali assunti deriva che l'Ente locale partecipante non è tenuto a ripianare automaticamente le perdite gestionali registrate dal Consorzio partecipato"<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Nello stesso senso di non ritenere più consentiti i cc.dd. "interventi tampone", si veda anche: Sezione controllo Piemonte, Delibera n. 61 del 22 ottobre 2010; Sezione Controllo Lombardia, Pareri n. 1081 del 30 dicembre 2010 e n. 207 del 27 aprile 2011; Sezione controllo Liguria, Parere n. 24/2017.

<sup>11</sup> Si deve peraltro dare atto di una giurisprudenza parzialmente contraria: il TAR del Lazio (Sez. Latina, n. 534/2019, confermata da Cons. Stato n. 52174/2020) ha infatti stabilito l'obbligo per alcuni Comuni consorziati di farsi carico dei debiti del consorzio che non erano coperti dal fondo consortile; tale obbligo, tuttavia – come risulta dalla motivazione della sentenza – non si trae da una fonte normativa, bensì, nel caso oggetto di causa, da una disposizione dello statuto del Consorzio. Lettera statutaria capace dunque di superare la ricostruzione interpretativa operata dalla Corte dei conti.

L'avverbio "automaticamente" utilizzato dalla Corte nella pronuncia potrebbe peraltro indurre ad attribuire carattere non perentorio alla conclusione, non escludendo a rigore una copertura delle perdite del consorzio con adeguata motivazione o quando esse derivino, come si diceva sopra, da "costi sociali" meritevoli di essere sopportati dalla collettività di cui il consorzio è comunque espressione.

Del resto, l'assenza di un obbligo, anche secondo la Corte dei conti, non rappresenta un divieto assoluto per il socio pubblico di ripianare i debiti della società (o dei consorziati quelli del consorzio), ma, come recentemente chiarito ancora una volta dalla giurisprudenza contabile (Sezione controllo della Campania, parere n. 24/2022, nel quale viene peraltro ribadito, fatto proprio e dunque confermato quanto espresso nel citato parere n. 75/2017), "il socio pubblico che intenda farsi carico delle obbligazioni sociali è tenuto ad evidenziare la ragione economico giuridica dell'operazione, posto che, alla luce dei principi di sana gestione finanziaria, l'assunzione da parte sua di debiti altrui può essere giustificata solo dalla sussistenza di un prevalente interesse pubblico", la cui sussistenza a giustificazione dell'accollo "deve essere adeguatamente motivata alla luce degli scopi istituzionali e della necessità di perseguire i canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa soprattutto in termini di razionalità economica".

La Corte ribadisce ancora che non esiste un obbligo di ripiano – salvo quanto si è appena detto in termini di eventuali motivate ragioni di interesse pubblico – nemmeno per quanto concerne i consorzi in liquidazione. Osservano infatti i giudici contabili che "tale disavanzo è assimilabile [...] ad un accollo, da parte dell'Ente locale, dei debiti di un soggetto terzo, con l'immediata ricaduta che se chi si accolla un debito altrui è un soggetto di diritto pubblico, quest'ultimo ha il dovere di porre in evidenza la ragione economica-giuridica dell'operazione, altrimenti essa rappresenterebbe un ingiustificato favore verso i creditori della società incapiente"<sup>12</sup>.

La Corte ha dunque ritenuto estensibile tale principio anche ai consorzi, non sussistendo "alcun obbligo di ripiano, sia in merito ai disavanzi di gestione che di liquidazione".

Alla luce di quanto chiarito dalla giurisprudenza contabile, si deve oggi dunque ritenere che dei debiti di un consorzio amministrativo, anche in liquidazione, risponda esclusivamente il consorzio con i propri mezzi e debba essere invece esclusa la compartecipazione – tanto parziaria quanto solidale – degli enti locali che lo costituiscono.

---

<sup>12</sup> Più in generale, in merito all'accollo dei debiti da liquidazione di una società partecipata si veda il parere reso dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia n. 98/2013.

Questo principio resiste anche nel caso di debiti derivanti da un qualche evento (ad es. una decisione giurisdizionale) successivo alla liquidazione del consorzio – per cui il regime di responsabilità limitata, di cui si è detto sopra, non viene meno anche in seguito all'estinzione del consorzio stesso.

Giova ricordare a questo proposito che in caso di scioglimento/liquidazione di un consorzio il patrimonio di regola deve essere ripartito fra i soci secondo le quote di partecipazione e ovviamente il patrimonio da distribuire deve essere quello che residua dopo aver onorato i debiti contratti ed esistenti al momento della liquidazione.

Una volta conclusa la liquidazione, il consorzio cesserà di esistere quale persona giuridica e, conseguentemente, i giudizi eventualmente ancora pendenti si interromperanno ai sensi degli artt. 59 c.p.a. e 299 c.p.c. non appena il Giudice sarà formalmente portato a conoscenza da una delle parti costituite dell'estinzione del consorzio.

Merita ricordare, tuttavia, che le Sezioni Unite della Cassazione (Sez. Un. civ. n. 6040/2013), pronunciandosi in merito agli effetti sostanziali e processuali della cancellazione di una società dal registro delle imprese – la fattispecie più vicina a quella dell'estinzione di un consorzio amministrativo – hanno stabilito che con l'estinzione di una società non vengono meno i debiti ancora insoddisfatti e i creditori possono far valere le proprie pretese, ai sensi dell'art. 2495 c.c., nei confronti degli ex soci, con conseguente successione di questi ultimi nella legittimazione processuale passiva. Gli insegnamenti di tale pronuncia, attesa l'equiparazione disposta dalla Corte dei conti fra i consorzi e le società ai fini del TUSP (cfr. *supra*) potrebbe essere estesa analogicamente anche ai consorzi, essendo la *ratio* dell'art. 2495 c.c. – là dove prevede che “i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione” – applicabile anche ai soci degli enti consortili e non solo a quelli delle società.

Tuttavia, applicando tale principio alle regole di liquidazione di un consorzio – per cui ciascun consorziato riceverà la quota residua del capitale in base alla sua quota di partecipazione – i Comuni potrebbero tutt'al più essere chiamati a rispondere, in caso di sopravvenienza di un debito in conseguenza dell'accoglimento di una domanda giudiziale nei confronti del consorzio, proporzionalmente alla propria quota di partecipazione e, in ogni caso, sino alla concorrenza delle somme riscosse in base al bilancio finale di liquidazione.

# LA VALUTAZIONE DI IMPATTO AMBIENTALE FRA PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E DNSH (*DO NO SIGNIFICANT HARM*): SPUNTI DI RIFLESSIONE

*Rosario Ferrara*

*“Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt”*

L. WITTGENSTEIN (*Tractatus logico-philosophicus*)

SOMMARIO: 1. Una premessa (quasi soltanto) di metodo. – 2. Il DNSH nel diritto dell’Unione europea: alle origini del problema. – 3. Il DNSH e le discipline antecedenti e “tradizionali”: le valutazioni di impatto ambientale. – 4. Rilievi conclusivi: quale futuro per il principio DNSH?

## *1. Una premessa (quasi soltanto) di metodo.*

Mi sembra del tutto chiaro ed evidente, al punto da poter essere ritenuto una sorta di *acquis* condiviso da settori non minoritari della nostra dottrina, il fatto che le definizioni generali (ed i principi, dunque), proposte e declinate dalle normative in materia di protezione dell’ambiente si caratterizzino per un indubbio fascino, tanto attrattivo quanto suggestivo, riuscendo tuttavia in qualche misura troppo generiche, quasi alla stregua di concetti giuridici indeterminati, sprovvisti, di per se stessi, di un autentico valore precettivo<sup>1</sup>. Il che si palesa, a mio avviso, soprattutto nel contesto del diritto sovranazionale e

---

<sup>1</sup> Tema, questo stesso, di teoria generale per il quale è d’obbligo rinviare ai contributi di S. COGNETTI, spec. alla monografia *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993, *passim* cui *adde*, se si vuole, R. FERRARA, *L’attività amministrativa fra legittimità e merito: brevi note a margine di un dibattito sulla discrezionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2024.



globale, sia nel versante del diritto internazionale in senso stretto che nell'ambiente, "domestico" e regionale, del diritto dell'Unione europea<sup>2</sup>.

È sufficiente, a mio parere, una semplice riflessione in merito ai principi codificati dall'art. 191 del TFUE per toccare con mano quanto la pur secca ed asciutta declinazione di tali principi, da quelli di maggior peso (ossia prevenzione e precauzione) sino a quelli, forse altrettanto rilevanti, della correzione in via prioritaria alla fonte del danno all'ambiente e comunque del suo risarcimento, siano per così dire neutralizzati, e quasi sterilizzati, essendo in ogni caso certamente bisognosi di un apparato concettuale e definitorio di un più elevato e sicuro valore tecnico-giuridico<sup>3</sup>.

Se questo è vero, è tuttavia l'art. 11 del TFUE, relativamente al principio di integrazione, a costituire la norma di maggior peso e significato, e non solo in relazione al tema che mi appresto a trattare, norma che è, a mio modo di vedere, segnata da una vistosa antinomia rilevandosi, ad ogni buon conto, peraltro capace di orientare e guidare le nostre riflessioni secondo una precisa direzione di marcia<sup>4</sup>.

Il principio di integrazione opera infatti "... in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile", e ciò mi sembra rappresentare, a tutti gli effetti, un concetto giuridico indeterminato, e forse, addirittura, uno slogan fortunato, secondo quanto suggerisce un'autorevole dottrina<sup>5</sup>.

Per altro verso, tuttavia, l'art. 11 del TFUE ci propone una definizione oltremodo precisa, e davvero pertinente e rilevante sul piano tecnico-giuridico, del principio di integrazione laddove prevede che "le esigenze connesse con la

<sup>2</sup> *Supra*, ai contributi appena riportati, soprattutto per ulteriori riferimenti bibliografici cui adde il volume importante di P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004, *passim*.

<sup>3</sup> Su di ciò cfr. più diffusamente *infra*, al prosieguo del discorso, soprattutto in relazione al principio di integrazione in vista della promozione dello sviluppo sostenibile, nel solco dell'art. 11 del TFUE.

<sup>4</sup> In argomento, con differenti varianti argomentative, cfr., per tutti, il saggio magistrale di S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 1505 ss., nonché M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di diritto dell'ambiente*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 467 ss. e C. FELIZIANI, *Dalla prima rivoluzione industriale all'economia circolare e al Green Deal attraverso il principio di integrazione*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 843 ss. cui adde R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2023, p. 729 ss.

<sup>5</sup> Così, infatti, J. MORAND-DEVILLER, *Il giusto e l'utile nel diritto dell'ambiente*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Milano, 2014, p. 1 ss.

tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione ...", in sintonia con l'obiettivo di agevolare la promozione dello sviluppo sostenibile, come già ricordato.

E dov'è, a questo punto, l'antinomia alla quale accennavo, vera e propria contraddizione sistemica nel contesto di una medesima (fondamentale) norma di principio dell'ordinamento eurounitario?

Ora, essendo comunque del tutto ovvio – e anzi scontato – che prendendo le mosse da un differente canone di lettura e di interpretazione di una norma, e dunque da una diversa sensibilità, soprattutto culturale, si può pacificamente pervenire a mettere in campo riflessioni e soluzioni anche molto divaricate e dunque non omologhe, mi sembra possibile focalizzare in questi termini il senso profondo del principio di integrazione così come disciplinato dall'art. 11 del TFUE:

– lo sviluppo sostenibile, e senza che sia mia intenzione svilirne e/o depotenziarne l'indubbio carattere suggestivo e la non comune valenza evocativa, si iscrive comunque nel catalogo dei concetti giuridici indeterminati;

– la declinazione, al contrario, degli elementi e fattori di identificazione e qualificazione del principio di integrazione è invece espressione, a mio parere, di un ragionamento profondo, e soprattutto consapevolmente costruito secondo le regole e i principi pratico-teorici della qualità della regolazione<sup>6</sup>.

Del tutto evidente è la contraddizione sistemica che si annida nella norma.

E, infatti, che cosa significa "sviluppo sostenibile"? Si vuole alludere ad un progetto politico di decrescita controllata oppure, addirittura, ad un graduale ritorno al "buon tempo antico", quasi alla leggendaria società bucolica che tanta fortuna ebbe nella letteratura classica? Oppure si vuole mettere a fuoco, nel segno della contemporaneità, la tensione verso un nuovo modello di sviluppo economico, nella direzione di un futuro sostenibile?

Chissà! Il carattere incerto e indeterminato della norma (e del principio-obiettivo che afferma) lasciano aperte tutte – o quasi – le possibili opzioni in campo.

Del tutto opposte sembrano a me, invece, l'esegesi e la valutazione che possono (*rectius*, debbono) essere fatte se si passa in rassegna la prima parte dell'art. 11 del TFUE, là ove il principio di integrazione è definito, e per così dire quasi plasticamente scolpito, mettendone a nudo il suo nucleo centrale: le politiche e le azioni nei settori altri e diversi rispetto a quelle riconducibili *strictu*

---

<sup>6</sup> Tema, ancora una volta, di rilievo generale sul quale cfr., esaustivamente, già M.A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005.

*sensu* alla protezione dell'ambiente debbono essere comunque riproccate in funzione della considerazione e della cura delle esigenze connesse con l'ambiente, sia per quel che attiene alla loro definizione che alla loro attuazione<sup>7</sup>.

Ovverosia, se le parole hanno un senso (un senso significativo per il diritto) il legislatore europeo assoggetta al principio di integrazione tutta l'attività giuridicamente rilevante, e perciò produttiva di effetti nel contesto dell'ordinamento eurounitario: quella che si materializza come espressione dell'indirizzo politico, con il ricorso al diversificato sistema delle fonti del diritto (sia di *Hard Law* che di *Soft Law*), e quella a carattere attuativo/esecutivo, in quanto messa in campo dai soggetti della pubblica amministrazione in senso ampio, ossia oggettivamente considerata<sup>8</sup>.

Mi sono soffermato, seppur succintamente, sul principio di integrazione, all'apparenza non direttamente in sintonia logica con il tema che affronto nel lavoro, per meglio precisare un profilo che attiene in primo luogo al metodo dell'indagine che, a mio avviso, deve essere impostata se ci si vuole occupare del DNSH, e che si riflette successivamente anche sul merito delle conclusioni che è possibile trarre: le parole, le definizioni hanno sempre valore e significato allorché ne appaia chiaro, e quindi non agevolmente contestabile sul piano tecnico, il valore definitorio e prescrittivo.

In altri termini, è dalle "formule" del diritto che, in molti casi, è giocoforza partire, ed alle quali sarà forse necessario ritornare, senza nulla togliere (ovviamente!) all'utilità, e anzi alla necessità, del ricorso ad altre più complesse e sofisticate chiavi di lettura e di interpretazione, oltre la "lettera" della legge.

Ed è esattamente da ciò che deriva la scelta di riportare nell'*incipit* del lavoro un pensiero, a tutti noto, di L. Wittgenstein: i limiti del mio linguaggio costituiscono i limiti del mio mondo.

## 2. Il DNSH nel diritto dell'Unione europea: alle origini del problema.

Mi sembra opportuno ricordare, in prima battuta, le principali fonti normative di derivazione europea alle quali si deve l'introduzione nell'ordinamento eurounitario del principio DNSH (*Do No Significant Harm*), essendo comunque ben noto il "punto logico di partenza" da cui il principio stesso origina, ossia il *Green Deal* dell'UE e soprattutto il *Next Generation UE* che con-

<sup>7</sup> Cfr. i contributi riportati *supra*, alla nota 4.

<sup>8</sup> Mi sia ancora consentito rinviare a R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, cit.

duce poi ai piani nazionali di ripresa e resilienza di tutti i paesi membri dell'Unione<sup>9</sup>.

In questo quadro, possiamo considerare il regolamento UE n. 2020/852 nonché i successivi regolamenti dell'Unione n. 2021/2139 e, soprattutto, quello n. 2021/241, fonti alle quali occorre aggiungere la Comunicazione della Commissione UE 2021/C.58/1 in merito agli "orientamenti tecnici" sull'applicazione del principio DNSH.

Sembra superfluo, e tuttavia non irrilevante, segnalare che, anche su questo terreno, si riscontra la tradizionale tendenza dell'Unione Europea ad una certa ipertrofia normativa, che si risolve in un eccesso di complessità e complicazione burocratica sovente criticata dal mondo dell'imprenditoria<sup>10</sup>.

È in ogni caso fuor di dubbio che è il cit. regolamento UE n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (il *Recovery Fund*), a rappresentare il *corpus* disciplinare di maggior importanza, soprattutto in sintonia e collegamento con il precedente regolamento UE n. 2020/852, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili (*rectius*, ecosostenibili, ai sensi dell'art. 1 di questo stesso regolamento UE).

Ora le fonti europee relative al DNSH paiono partire, a mio avviso, da un comune quanto condivisibile punto di vista, che è radicato, d'altro canto, nella cultura più generale e profonda (nel DNA!) dell'Unione in quanto "comunità di diritto", nella quale dovrebbero confluire ed integrarsi le pur diversificate sensibilità e culture politico-istituzionali degli Stati membri: ecologia ed economia hanno sempre e comunque la stessa radice etimologica, e dunque valoriale e culturale, sicché sono per così dire "condannate" ad incontrarsi e a dialogare in vista della necessaria ricerca di una positiva (seppur eventualmente relativa) convergenza di intenti e di soluzioni<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> In argomento di rilievo i contributi riportati nella prima parte del fasc. n. 4/2021 della *Riv. giur. urb.*, sul tema *PNRR, Decreti, "semplificazioni" e ambiente*, p. 716 ss., saggi ai quali faccio rinvio anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Cfr. egualmente i contributi presentati al convegno dell'Istituto Affari internazionali, del 21 febbraio 2024, su *L'evoluzione del Green Deal e le prospettive per l'Italia, Presentazione del Green Deal Whatch n. 12*, al sito [www.iai.it](http://www.iai.it).

<sup>10</sup> Sintomatico il punto di vista espresso, fra gli altri, da P. Martin, presidente di MEDEF, la più grande associazione imprenditoriale francese, ove si critica il "delirio di creazione di norme" di cui soffrirebbe l'UE che nuocerebbe fortemente alla competitività delle imprese: in <https://euractiv.it> del 5 settembre 2023.

<sup>11</sup> In argomento, per tutti, cfr. già W. HOPPE, *Staatsaufgabe Umweltschutz*, in *Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz*, Berlino-New York, 1980, *passim*, spec. p. 261 ss. Mi sia anche

E ciò è esattamente quanto capita, ed è agevole constatare, a mio parere, non solo nella disciplina oggi vigente in materia di DNSH, ma in tutti i campi disciplinari che in qualche modo sono funzionalmente connessi con (e derivati dai) proponimenti e gli obiettivi del *Green Deal* dell'UE, in un contesto sempre problematico e quasi mai di certa e sicura definitivizzazione ma piuttosto caratterizzato da un persistente equilibrio instabile fra le ragioni dell'economia e quelle dell'ecologia<sup>12</sup>.

Mi sembra possibile intercettare e cogliere più di una traccia di tale situazione di perdurante instabilità anche nelle altre norme europee relative al DNSH, e segnatamente nelle disposizioni più generali introdotte dal cit. regolamento UE n. 2021/241, soprattutto se visto nelle sue relazioni di collegamento/integrazione con il precedente regolamento UE n. 2020/852.

Fondamentali appaiono gli artt. 2 e 3 del cit. regolamento UE n. 2021/241, anche alla luce degli artt. 3 e 17 del cit. regolamento UE n. 2020/852.

L'art. 1, punto 6, del primo e più recente regolamento, prescrive, come già accennato, che per la definizione di attività economica conforme al principio DNSH occorre far riferimento, ove sia pertinente, all'art. 17 del primo e meno recente regolamento UE n. 2020/852. Norma, quest'ultima, che enumera, in chiave meramente esemplificativa, a mio avviso, quelli che possono essere considerati alla stregua di veri e propri "peccati" capitali che occorre non perpetrare, e commettendo comunque i quali vi sarebbe una sorta di presunzione assoluta (*iuris et de iure*) circa l'effettiva violazione del principio DNSH relativamente agli obiettivi ambientali reputati oggettivamente rilevanti. E cioè in tutti quei casi nei quali si incida significativamente sull'ambiente, oltre quanto sia ritenuto gestibile e soprattutto sostenibile, ossia entro i valori e /o le soglie<sup>13</sup> che secondo scienza e coscienza debbono essere definiti (ed aggiornati) *nach dem Stand der Technik*, alla luce pertanto del principio pratico-operativo della *best Technology available*, in merito a tutti quelli che paiono essere nel

---

consentito rinviare a R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, ora in *Scritti scelti*, cit., p. 523 ss.

<sup>12</sup> *Supra*, alla nota immediatamente precedente, cui *adde* i contributi di cui al cit. fasc. n. 4/2021 di *Riv. giur. urb.* Interessanti, sotto questo riguardo, anche gli interventi, prevalentemente critici, tenuti in occasione del convegno di Venezia del 1 dicembre 2023, sul tema *Il "principio non arrecare un danno significativo all'ambiente" (c.d. DNSH) nella transizione ecologica*, interventi tenuti – ed ai quali rinvio – oltre che da chi scrive, da M. Olivi, A. Farì, U. Barelli, G.M. Caruso e G. Rossi (atti in corso di pubblicazione), e nei quali viene spesso evocata la massa problematica (l'equilibrio instabile) al quale faccio cenno.

<sup>13</sup> Per tutti, esaustivamente, J. MORAND-DEVILLER, *La notion de seuil en droit administratif*, in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Parigi, 2003, p. 301 ss.

momento attuale i temi e problemi terribili e drammatici con i quali siamo chiamati a misurarci: dal riscaldamento globale, e dunque dai cambiamenti climatici, fino alla biodiversità e all'economia circolare e, naturalmente, a tutte le varianti possibili delle forme di inquinamento che ammorzano la Madre Terra, ecc. È in questo senso, e in questa direzione, che dovrebbe essere perciò valutata ed apprezzata la non significatività del danno che si riflette sull'ambiente, alla luce del cit. art. 2, n. 6 del regolamento UE n. 2021/241, in quanto con la formula di sintesi “non arrecare danno significativo all'ambiente” si intende semplicemente imporre il dovere (o comunque fortemente suggerire) di non “sostenere o svolgere attività economiche che arrecano un danno significativo all'obiettivo ambientale ...”, ai sensi, ove pertinente, del cit. art. 17 del regolamento UE n. 2020/852.

Mi limito, per ora, a constatare che il paradigma normativo del legislatore europeo fa leva su concetti e definizioni tanto suggestivi quanto (troppo) spesso di non agevole determinazione, e soprattutto su un corredo di regole, di principi e di istituti già profondamente radicati nel corpo vivente del diritto dell'ambiente, e forse addirittura del diritto amministrativo generale.

### *3. Il DNSH e le discipline antecedenti e “tradizionali”: le valutazioni di impatto ambientale.*

Mi sembrano opportune, sotto questo riguardo, alcune considerazioni generali dalle quali non si può, a mio avviso, prescindere.

In primo luogo, e quasi a conclusione della rassegna or ora fatta delle principali fonti del diritto UE in tema di DNSH, fonti alle quali può essere anche aggiunta, per quel che concerne il nostro ordinamento, la disciplina materiale costituita dalla circolare 30 dicembre 2021, n. 32 della Ragioneria generale dello Stato (RGS), in quanto “Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare un danno significativo all'ambiente (DNSH)”, mi sembra possibile pervenire ad almeno due prime, pur iniziali e interlocutorie conclusioni.

Il primo dato, certo non inatteso e anzi forse persino scontato, è senza dubbio rappresentato, a mio parere, dal valore conformativo, alla stregua di un fattore presupposto, di fatto e di diritto, del *Recovery Fund* (e dunque dei piani nazionali di ripresa e resilienza degli Stati membri dell'UE); sicché, gli interventi, le opere, le attività economiche di cui si tratta si innestano in un quadro di compatibilità e di interessi che è sì certamente caratterizzato dal rispetto degli obiettivi ambientali declinati dalle fonti del diritto UE prima analizzate, ma che sembra tuttavia connotato, in primo luogo, da un profilo eco-

nomicistico, ossia dall'intento di rilanciare le economie europee dopo il (relativo) superamento della recente crisi pandemica<sup>14</sup>. Questa è, senza dubbio, la finalità più immediata cui mirano i progetti e programmi europei e nazionali ai quali il "dispositivo" fa soprattutto riferimento, seppure con l'ambizione di integrare, e anzitutto conciliare, economia ed ecologia, alla luce (chissà quanto consapevolmente!) del principio di integrazione di cui all'art. 11 del TFUE.

Se questo è vero, il secondo "frammento" di ragionamento, in vista di una conclusione possibile, può essere, a mio avviso, così esemplificato: ma il tentativo di conciliare economia ed ecologia trae forza e legittimazione vitale dalla vigente disciplina (europea e nazionale) in tema di DNSH oppure siffatto tentativo di mediazione e conciliazione è una delle tante (troppe!) "*Mission impossible*" per le quali non si riesce a mettere in campo soluzioni e risposte adeguate o comunque almeno in parte convincenti?

Non essendo davvero agevole assumere posizioni anche solo parzialmente assertive e conclusive in merito al quesito appena esposto, mi limito ad una constatazione di massima che ci riporta, a ben vedere, al senso della premessa collocata nell'*incipit* del lavoro, premessa certamente di metodo ma, a questo punto, anche di sostanza. Ovverosia, le parole, le espressioni linguistiche che costituiscono a tutti gli effetti il primo (e non rinunciabile) "cassetto degli attrezzi" di ogni giurista sospingono, anche in questo caso, ad una prima conclusione, forse in qualche misura non soddisfacente, ma alla quale mi pare impossibile sottrarsi: la definizione che il diritto dell'UE dà del principio DNSH, non aggiornata né tanto meno novellata dal nostro legislatore, confina il principio stesso, a mio modo di vedere, come già accennato, nel limbo dei concetti giuridici indeterminati, in un vero e proprio porto delle nebbie nel quale la naturale liquidità di un concetto di per sé stesso di non agevole definizione finisce col renderlo in larga parte inservibile, e forse ancor prima superfluo.

E preciso anche che, a mio parere, le norme tecniche di cui alla cit. Comunicazione della Commissione UE 2021/C/58/01 e della cit. circolare RGS n. 32 del 30 dicembre 2021, il cui *focus* è, nel primo documento, quello di introdurre nel sistema i fondamentali orientamenti tecnici circa l'applicazione del principio DNSH, e nel secondo quello di prevedere e disciplinare alcune misure di monitoraggio e di protezione, sia *ex ante* che *in itinere* e financo *ex post* in merito all'attività economica vagliata alla luce del principio in questio-

---

<sup>14</sup> Il che sembra essere abbastanza evidente sia considerandosi il tenore formale/sostanziale del nostro PNRR, sia quello di altri paesi dell'UE, e segnatamente il PNRR francese del 3 settembre 2020, emblematicamente rappresentato con la formula e l'intitolazione non equivoca di *France Relance*: cfr. nuovamente i saggi raccolti nel cit. fasc. n. 4/2021 della *Riv. giur. urb.*

ne, non arrecano un contributo importante che lo faccia passare dall'incertezza e dall'indeterminatezza ad una maggiore qualificazione apprezzabile sul piano del diritto positivo. Di norme tecniche si tratta, e in ciò si evidenzia e si esaurisce il ruolo che sono chiamate a giocare: nulla di meno ma, coerentemente, niente di più!

Mi sembra utile, sotto questo riguardo, passare in rassegna i ragionamenti e le motivazioni di una recente sentenza del TAR Lazio, Sez. III, 8 novembre 2023, n. 17216, alla luce della quale è in qualche modo più semplice cercare di dare una risposta affidabile, seppure interlocutoria, alla domanda appena fatta.

La decisione ha ad oggetto il ricorso proposto dal comune di Chieti contro, fra gli altri, il ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica avverso il progetto di velocizzazione della linea ferroviaria Roma/Pescara (primo lotto), ricorso rigettato in quanto non vi sarebbe stata violazione, tra l'altro, del principio del DNSH e di quello di precauzione, di cui all'art. 191 del TFUE<sup>15</sup>.

Ed è proprio a mio parere in ciò, ossia nel forte richiamo al principio di precauzione, principio che è sicuramente al centro di tutte le politiche e le valutazioni ed azioni concrete che da sempre sono messe in campo, sia dal legislatore che dalla pubblica amministrazione onde testare la sostenibilità ambientale delle attività umane capaci di impattare significativamente sull'ambiente, che sembra possibile individuare il nocciolo duro delle riflessioni del giudice amministrativo. E non soltanto – ovviamente! – nella sentenza del TAR Lazio appena ricordata ma in un corredo di precedenti giurisprudenziali espressione ormai di un orientamento piuttosto importante sebbene non pienamente consolidato, secondo quanto ci rammenta, fra l'altro, una brillante decisione del Consiglio di Stato ove si ribadisce che "... la corretta applicazione del principio di precauzione ... non conduce automaticamente a vietare ogni attività che, in via di mera ipotesi, si assuma foriera di eventuali rischi per la salute delle persone e per l'ambiente, in assenza di un riscontro oggettivo verificabile"<sup>16</sup>.

Non mi inoltro su questo terreno, nel quale è possibile incontrare e riscontrare tante certezze quanto, tuttavia, altrettante insidie e "ingombri volumetri-

---

<sup>15</sup> Alla cit. decisione del TAR Lazio occorre aggiungere la pur interessante pronunzia del TAR Marche del 31 gennaio 2024, n. 118, ove si afferma che i c.d. CAM (criteri ambientali minimi) costituiscono comunque un livello inferiore di tutela delle matrici ambientali rispetto alle prescrizioni derivanti dall'applicazione del principio DNSH.

<sup>16</sup> Cfr. in questo senso Cons. Stato, Sez. IV, 31 agosto 2023, n. 8098, cit. dalla sentenza del TAR Lazio che sto passando in rassegna, cui *adde, ex multis*, anche Corte Giust. UE, 1° ottobre 2019, C-616/17.



ci” densi e corposi, in quanto ciò che soprattutto rileva, ai fini del discorso, è il dato di fatto (e di ragionamento) che ho tentato di mettere in luce: è il principio di precauzione, giacché previsto e codificato dal diritto internazionale e dal diritto originario e derivato dell’UE, a dover essere privilegiato perché strumento e paradigma di *flexsecurity*<sup>17</sup> allorché debba essere testata *ex ante* la sostenibilità di nuove attività ed interventi oppure il potenziamento di attività già concretamente esercitate e comunque munite dei prescritti titoli di abilitazione, e dunque *in primis*, quando necessario, del previo positivo nullaosta di compatibilità ambientale.

D’altro canto, nella sentenza del TAR Lazio da cui ho preso le mosse, il principio di precauzione (a prescindere, naturalmente, dalla lettura e dall’interpretazione che ne viene fatta dal giudice amministrativo nel caso di specie) appare come funzionalmente connesso con il procedimento di valutazione di impatto ambientale e, più in generale, con tutte le procedure che sono volte a rilevare e a misurare la compatibilità ambientale, di un progetto, di un piano, di un programma, ecc. (VIA, VAS e VINCA anzitutto).

Il che è certamente corretto in termini generali, ancora una volta a prescindere dal contenuto concreto della sentenza, ossia dal suo dispositivo, perché ciò che rileva è l’assoluta centralità del principio di precauzione in tutti quei casi nei quali la sottoposizione alla VIA di opere, progetti, interventi appaia come obbligatoria, alla luce delle direttive dell’UE e delle nostre norme nazionali<sup>18</sup>. Centralità del principio di precauzione, dunque, in funzione dei procedimenti di VIA, e perciò dell’accertamento preventivo (*ex ante*) della sostenibilità ambientale di una nuova attività, o del suo potenziamento quando quella stessa attività sia già in esercizio, principi e procedimenti rispetto ai quali, nonostante l’indubbio valore argomentativo dei passi della sentenza che a ciò si riferiscono, il principio DNSH viene di fatto collocato in un cono d’ombra, e conseguentemente quasi svuotato di ogni residuo valore e contenuto autonomo.

Il che non mi pare contraddetto, in linea di principio, da quei procedimenti volti ad accertare l’eventuale, doverosa assoggettabilità alla formale procedura di VIA di tutti quei progetti per il quali siffatta obbligatorietà non è prevista dalla legge giacché anche nei procedimenti di verifica di assoggettabilità il

---

<sup>17</sup> Mi sia permesso rinviare, anche per un più nutrito corredo di riferimenti bibliografici, a R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il “diritto della scienza incerta”: tra flessibilità e sicurezza*, ora in *Scritti scelti*, cit., p. 765 ss.

<sup>18</sup> Per una esaustiva visione di sintesi F. FRACCHIA, in AA.VV., *Introduzione al diritto dell’ambiente*, Roma-Bari, 2018, al secondo capitolo, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, p. 177 ss. e S. GRASSI, *op. loc. cit.*

principio di precauzione gioca un ruolo essenziale, al punto che la procedura nel suo complesso – ed il provvedimento finale, sempre comunque gravato da importanti “clausole condizionali” (prescrizioni, mitigazioni, compensazioni, ecc.)<sup>19</sup> – sembra quasi materializzarsi (sulla falsariga del modello francese)<sup>20</sup> come una minivalutazione di impatto ambientale.

In questo quadro, e sempre nel contesto della cit. decisione del TAR Lazio, mi sembra assolutamente evidente che al principio del DNSH venga riconosciuto un ruolo in qualche modo minore o, comunque, non risolutivo.

Del tutto corretto è comunque l'*incipit* della sentenza relativamente a questo punto: tutte le “misure attuative del PNRR non devono arrecare danno significativo all’ambiente”, in sintonia con la disciplina dell’UE più volte ricordata.

Del pari logico, e vorrei dire addirittura scontato, è l’esame che viene compiuto dal giudice amministrativo della documentazione prodotta dalla Rete delle Ferrovie dello Stato (RFI) dalla quale emergerebbe “... la disamina puntuale dei vincoli riportati in ognuno dei ... provvedimenti normativi in tema di DNSH ed è verificato il relativo soddisfacimento in modo compatibile col livello di progettualità tecnico-economica” (punto 9.3 della sentenza). E, ancora, anche saltando alcuni passaggi argomentativi certo non irrilevanti, “... Risulta poi altrettanto infondata la censura relativa all’assenza delle valutazioni sulle emissioni inquinanti e climalteranti in fase di esercizio. Dette valutazioni sono, infatti, state compiute all’interno: i) del documento di valutazione DNSH; ii) dello studio di impatto ambientale ...; iii) della relazione di sostenibilità. Ivi sono state riportate anche le valutazioni connesse con la gestione delle rocce di scavo e dei materiali di risulta nonché le valutazioni in materia di salvaguardia della diversità”.

Non procedo oltre, e mi limito a segnalare due fattori di dubbio, se si vuole di criticità, non certamente sul merito della sentenza di cui ho riportato alcune essenziali considerazioni, ma, per così dire, sullo “stato dell’arte”, e su cui ritornerò comunque nelle conclusioni del lavoro.

In primo luogo, mi pare del tutto chiaro che i procedimenti di controllo ordinari e tradizionali volti da tempo (dall’ormai lontano 1986) a testare la sostenibilità ambientale delle attività economiche che si vogliono intraprendere,

---

<sup>19</sup> In argomento, per tutti, E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019 e A. PORPORATO, *Contributo allo studio dei provvedimenti amministrativi condizionati*, Torino, 2020.

<sup>20</sup> Cfr. già, esaustivamente, C. SARTORETTI, *La valutazione di impatto ambientale in Francia*, in AA.VV., *La valutazione di impatto ambientale*, Padova, 2000, p. 305 ss.

o di cui venga chiesto il potenziamento, ossia i procedimenti di VIA, continuano a giocare un ruolo fondamentale nel contesto del sistema giuridico europeo. E *pour cause*, a mio avviso, se non altro per il semplice fatto che il principio del DNSH è previsto espressamente solo per le opere, i progetti e gli interventi riconducibili al *Recovery Fund*, e dunque ai PNRR degli Stati membri. Ed altri motivi, più rilevanti, a mio parere, ci portano alla stessa conclusione, come cercherò di meglio precisare nelle conclusioni del lavoro.

In secondo luogo, anche soltanto seguendo la traccia della sentenza del T.A.R. del Lazio in esame, appare davvero evidente, e in nessun modo contestabile, un dato di sistema che mi pare addirittura preoccupante: l'ipertrofia normativa, e dunque la crescente complessità – e complicazione – dell'ordinamento euro-unitario, nonostante i ricorrenti e celebrati progetti di semplificazione amministrativa in funzione delle molte transizioni di cui si parla: da quella digitale a quella verde, anzitutto<sup>21</sup>.

Il che sembra rappresentare, a mio parere, un fattore di criticità non solo ricorrente ma addirittura sistemico, e pertanto ben oltre la portata spazio/temporale del *Green Deal* e dei piani attuativi nazionali dei paesi membri dell'UE, e in quanto tale capace di compromettere il conseguimento degli obiettivi di maggior peso ed importanza delle politiche, europee e nazionali, nel campo dell'ambiente, e non solo di queste.

#### 4. Rilevi conclusivi: quale futuro per il principio DNSH?

Se questo è vero, mi paiono possibili alcune considerazioni conclusive, anche per cercare di rispondere alla domanda appena fatta: ma allora il principio DNSH, serve davvero a qualcosa, ha un qualche futuro oppure la sua oggettività, e non contestabile, genericità e indeterminatezza lo confinano nella terra di nessuno ove trovano collocazione i concetti giuridici indeterminati?

Si muove su questa stessa lunghezza d'onda il pensiero di un'autorevole dottrina<sup>22</sup> che, con grande finezza e capacità argomentativa, constata che l'intento di impedire un "danno significativo" per l'ambiente è semmai un obiettivo di secondo livello in quanto fine primario, e non rinunciabile *a priori*, delle politiche ambientali dovrebbe essere quello di non arrecare alcun danno, neppure minimo, all'ambiente.

---

<sup>21</sup> Su di ciò è sufficiente il rinvio a quanto sostenuto da P. Martin, *supra*, alla nota 10.

<sup>22</sup> Così G. ROSSI, nella sua Relazione a conclusione del cit. convegno di Venezia del 1° dicembre 2023, *supra*, alla nota 12.

Il successivo passaggio di ragionamento ci porta poi a constatare che nessuna attività umana, neppure la più semplice e comune, si muove rispetto all'ambiente secondo una relazione di reciproca indifferenza: la caduta di una moneta, di un foglio di carta al suolo smuove (forse!) una quantità minima di polvere, ma si tratterà comunque di un impatto gestibile, ossia sostenibile.

Ed è esattamente questo il risultato che il diritto si ripromette di raggiungere, ossia quello di fornire gli strumenti grazie ai quali testare la sostenibilità delle attività umane (*rectius*, economiche), misurandone l'impatto sull'ambiente e sull'uomo, in ovvia consonanza con quanto ho prima constatato: economia ed ecologia presentano addirittura la stessa radice etimologica e sono perciò, in qualche modo, "condannate" a confrontarsi e dunque a dialogare.

In questo senso, si tratta di un dialogo non solo necessario, ma addirittura strutturale, ben scandito dalle norme, europee e nazionali, nel settore dell'ambiente in relazione a quelli che sono, a tutti gli effetti, i principali procedimenti (e provvedimenti) preordinati a testare la previa sostenibilità ambientale di un'attività, di un progetto, di un intervento, ecc. che si voglia mettere in esercizio oppure potenziare: i procedimenti di valutazione di impatto ambientale, in tutte le loro declinazioni.

Sicché, mi sembra davvero fuor di dubbio che ogni domanda e ogni riflessione sul principio DNSH prendano necessariamente le mosse dalle normative in materia di VIA ed a queste stesse del tutto naturalmente ritornino.

È sufficiente, sotto questo riguardo, una mera ricognizione di alcune delle norme più generali del nostro c.d. codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, così come successivamente modificato) per avere conferma di una semplice quanto risolutiva realtà di fatto: il principio DNSH è già stabilmente insediato, e per quanto possibile operativo, nel corpo vivente del sistema euro-unitario, con le sue indeterminanze e con le sue fascinazioni.

Si può pensare, ad esempio, come norma generale, all'art. 5, comma 1, lett. c), del nostro codice ambientale ove gli impatti ambientali sono definiti come quegli "effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto, sui seguenti fattori: popolazione e salute umana; biodiversità (...); territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio; interazione tra i fattori sopra elencati; (...) effetti derivanti dalla vulnerabilità del progetto a rischio di gravi incidenti o calamità pertinenti il progetto medesimo". Impossibile non cogliere la piena consonanza con gli obiettivi ambientali, e cioè con i "pilastri" cui fa riferimento oggi la disciplina europea originata dal *Green Deal*: d'altro canto i

problemi drammatici del nostro pianeta son pur sempre gli stessi, semmai ne è aumentata la gravità.

Ancora più rilevante è forse l'art. 19, in tema di verifica di assoggettabilità a VIA, ove si afferma la necessità, al comma 5, di verificare i possibili "... impatti ambientali significativi" nonché il comma 7 in tema di condizioni ambientali che possono essere apposte al provvedimento finale onde scongiurare l'insorgere di fatti e conseguenze capaci di determinare impatti ambientali significativi e negativi.

Da ultimo – *last but not least* – merita certo considerazione l'art. 22, comma 3, lett. b) del cit. codice dell'ambiente, ove si statuisce che lo studio di impatto ambientale deve comunque contenere "... una descrizione dei probabili effetti significativi del progetto sull'ambiente, sia in fase di realizzazione che in fase di esercizio e di dismissione".

Non procedo oltre giacché mi pare confermato quanto prima già accennavo: il principio DNSH è già, di fatto e di diritto, incorporato e introiettato nel corpo vivente delle più rilevanti discipline nel settore dell'ambiente, europee e nazionali, antecedenti il *Green Deal*, con le sue genericità e indeterminatezze e contestualmente con i suoi caratteri e profili attrattivi.

Sicché, sono tentato di concludere che il possibile futuro del principio DNSH possa consistere, in primo luogo, nel suo più forte radicamento nei procedimenti di valutazione di impatto ambientale, e pertanto oltre il *Green Deal*, alla stregua di un costante e stabile fattore di controllo preventivo (ma non solo) delle attività economiche per il loro impatto sull'ambiente.

Si può tuttavia forse anche immaginare una prospettiva meno "piatta" e scontata per il principio DNSH, anche perché, chiudendo in questo modo il discorso, ne verrebbe comunque sancita la superfluità oppure, in ogni caso, l'evidente *deficit* di autonomia.

Mi chiedo, sotto questo riguardo, se il principio in questione non possa essere chiamato a giocare un ruolo se si vuole residuale, ma spesso tuttavia di una certa importanza, in tutte quelle ipotesi nelle quali non sia possibile passare, a conclusione della procedura di verifica di assoggettabilità, al formale procedimento di VIA per il sol fatto che il progetto *sub iudice* si colloca al di sotto della soglia tecnica che il legislatore suppone essere oggettivamente rilevante per determinarne l'assoggettamento obbligatorio alla procedura di VIA in senso proprio. E non faccio riferimento ai tentativi, certo non infrequenti, di spacchettare un unico progetto in più lotti, onde poter stare al di sotto delle soglie previste, ma al caso opposto che sia il legislatore (e non il proponente il progetto) a individuare un valore tecnico predeterminato, essendosi al di sotto

del quale si ritiene che non vi sia un impatto significativo, e dunque un rischio di danno, per l'ambiente<sup>23</sup>.

La scienza e la tecnica sono certamente il sale e il pepe delle discipline nel settore dell'ambiente, ma è peraltro del tutto ovvio che la scienza e la tecnica sono chiamate a superare se stesse e che, per logica conseguenza, i valori e le soglie che oggi ci paiono ragionevoli possano richiedere, anche a stretto giro, nuove e più adeguate valutazioni e misurazioni quali/quantitative<sup>24</sup>.

Sicché, non è possibile in qualche modo ipotizzare che, oltre i vincoli e l'arco temporale di operatività del *Green Deal*, il principio DNSH, alla stregua di un generale fattore di *Flexsecurity*, possa essere pensato come una clausola generale di messa in sicurezza del sistema complessivo della tutela dell'ambiente?

E, se questo è vero, non può essere ricondotto, se non – addirittura! – al principio di integrazione, in più occasioni già ricordato, al dovere di “correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente”, di cui all'art. 191, par. 2, del TFUE?

Infatti, un danno all'ambiente è tanto più efficacemente “corretto” a valle quanto più ne sia stato impedito il concreto verificarsi a monte.

---

<sup>23</sup> E si può pure aggiungere che il ruolo di *Flexsecurity* che il principio DNSH può essere chiamato a giocare, anche oltre la lettera delle norme che lo definiscono e circoscrivono, potrebbe contribuire a contrastare i crescenti fenomeni di *Greenlash*, ossia di rigetto delle politiche ambientali (europee e nazionali) giudicate troppo severe, e quasi “ideologiche”, da alcuni Stati membri dell'Unione, in vista di una più efficace conciliazione delle ragioni dell'ecologia e di quelle dell'economia: cfr. alcune riflessioni in questa direzione riportate al sito della rivista *Stroncature*, [www.stroncature.it](http://www.stroncature.it).

<sup>24</sup> Nel senso messo efficacemente in luce da J. MORAND-DEVILLER, *op. ult. cit.*, *supra* alla nota 13 e già, quasi profeticamente, da G. GRECO, in due importanti, e ancor attuali, contributi: *Dalla lotta all'inquinamento alla tutela pubblica dell'ambiente*, in *Amministrare*, 1976, p. 389 ss. nonché ID., *Danno ambientale e tutela giurisdizionale*, in *Sanità pubblica*, 1988, p. 345 ss.



# REDAZIONE DELL'ATTO E NULLITÀ PROCESSUALE. ABNORMI APPLICAZIONI DEL PRINCIPIO DI SINTETICITÀ \*

*Fabio Francario*

SOMMARIO: 1. Quattro punti fermi. – 2. Il principio di sinteticità declinato come regola di brevità. – 3. La nullità non è espressamente prevista dalla legge. – 4. Lo scopo dell'atto processuale. – 5. L'allontanamento dai principi generali di diritto processuale comune. – 6. Un crescente timore. – 7. Conclusioni.

## 1. *Quattro punti fermi.*

Il principio di sinteticità degli atti processuali, nel processo amministrativo, è stato introdotto inizialmente con riferimento solo al rito speciale applicabile alle controversie in materia di contratti pubblici<sup>1</sup>. Il codice del processo amministrativo ne ha poi esteso e generalizzato l'applicazione a qualsiasi giudizio amministrativo.

Dalla disciplina vigente possono enumerarsi quattro punti fermi.

Il primo è che il principio di sinteticità è enunciato esplicitamente da norme di legge ordinaria e rappresenta un principio generale del processo amministrativo (artt. 3<sup>2</sup> e 26<sup>3</sup> c.p.a. e 13-ter<sup>4</sup> norme di attuazione c.p.a.).

---

<sup>\*</sup> L'articolo riproduce il testo dell'intervento al convegno "Per i cento anni dal Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato. Giudicati e riti del giudice amministrativo", tenuto a Trieste il 29 febbraio 2024.

<sup>1</sup> Il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (*Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*) all'art. 2-undecies prevede che in tali giudizi "tutti gli atti di parte devono essere sintetici e la sentenza che decide il ricorso è redatta ordinariamente in forma semplificata".

<sup>2</sup> Art. 3 c.p.a. (*Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*) "1. Ogni provvedimento deciso dal giudice è motivato. 2. Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica".



Il secondo è che il principio, per quanto possa essere visto come un corollario del principio costituzionalmente sancito del giusto processo (*sub specie* della ragionevole durata), di per sé non ha però diretto fondamento nella Costituzione, differentemente da quello che impone la motivazione delle decisioni giurisdizionali (art. 111 Cost.).

Il terzo è che nessuna disposizione recata dalla normazione primaria prevede esplicitamente che la violazione del principio possa di per sé comportare l'innammissibilità (*in parte qua*) della domanda.

Il quarto è che i limiti dimensionali vengono definiti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, decreto che prevede anche la possibilità che la produzione in giudizio di un atto redatto dalla parte in violazione dei limiti dimensionali venga autorizzata dal Presidente dell'organo giurisdizionale adito, prima della presentazione dell'atto, ovvero, anche successivamente, dal "giudice". Si tratta dunque di previsioni che non sono recate da una norma

<sup>3</sup> L'art. 26 c.p.a., come modificato dal cd secondo correttivo, prevede che ai fini della condanna alle spese di giudizio il giudice possa tenere conto "del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'art. 3 comma 2".

<sup>4</sup> L'art. 13-ter delle Norme di attuazione riproduce pressoché interamente il contenuto normativo del previgente comma 6-bis dell'art. 120, con una significativa modifica dell'ultimo capoverso dell'ultimo comma. Nella formulazione attualmente vigente, l'art. 13-ter è scritto come segue: "13-ter. (Criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte) 1. Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza di cui all'articolo 3, comma 2, del codice, le parti redigono il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del presidente del Consiglio di Stato, da adottare entro il 31 dicembre 2016, sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria degli avvocati amministrativisti.

2. Nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi si tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto.

3. Con il decreto di cui al comma 1 sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti.

4. Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, anche mediante audizione degli organi e delle associazioni di cui al comma 1, effettua un monitoraggio annuale al fine di verificare l'impatto e lo stato di attuazione del decreto di cui al comma 1 e di formulare eventuali proposte di modifica. Il decreto è soggetto ad aggiornamento con cadenza almeno biennale, con il medesimo procedimento di cui al comma 1.

5. Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione".

primaria e che trovano fondamento in un atto, il decreto del Presidente del Consiglio di Stato<sup>5</sup>, che è quantomeno fortemente dubbio annoverare tra le fonti del diritto oggettivo o del diritto processuale.

## 2. *Il principio di sinteticità declinato come regola di brevità.*

In tale quadro, l'orientamento giurisprudenziale prevalente appare chiaramente orientato nel senso di ritenere che la violazione del principio comporterebbe l'inammissibilità o irricevibilità del motivo o della deduzione rappresentata oltre i limiti dimensionali dell'atto, se non proprio dell'intero atto<sup>6</sup>. In tal modo, il principio viene praticamente declinato in termini di mera "brevità" dell'atto, assumendo così che la regola della "brevità" rappresenterebbe un requisito di forma indispensabile dell'atto, tale che la sua violazione ne comporterebbe l'irricevibilità o inammissibilità (almeno *in parte qua*).

A mio avviso, la conclusione circa la nullità dell'atto processuale "non breve" o "sovradimensionato" appare tuttavia tratta troppo frettolosamente dalla mera esistenza di una disposizione prescrittiva di un determinato adempimento formale, dimenticando che l'inosservanza delle forme previste per il compimento di un atto processuale non ne determina la nullità se questa non è espressamente prevista dalla legge o se l'atto è comunque in grado di raggiungere lo scopo cui è destinato, secondo i principi generali espressi dall'art. 156 c.p.c., pacificamente applicabile al processo amministrativo, non fosse altro che per il rinvio operato dall'art. 39, comma 1, c.p.a.

---

<sup>5</sup> In attuazione dell'art. 120 c.p.a. è stato originariamente emanato il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 40 del 25 maggio 2015, poi sostituito dal decreto n. 167 del 22 dicembre 2016 reso in attuazione dell'art. 13-ter dell'allegato II al codice. Il decreto presidenziale n. 167/2016 non si è però limitato a definire i criteri di redazione ed i limiti dimensionali, ma ha altresì previsto che questi ultimi possano essere derogati previa autorizzazione del Presidente dell'organo giurisdizionale adito (Consiglio di Stato o Tribunale amministrativo regionale). L'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali va presentata con apposita "istanza motivata, allegando ove possibile lo schema di ricorso, sulla quale il Presidente o magistrato delegato si pronuncia con decreto entro i tre giorni successivi" (art. 6). È stato inoltre previsto che "In caso di superamento dei limiti dimensionali non autorizzato preventivamente ai sensi dell'articolo 6, per gravi e giustificati motivi il giudice, su istanza della parte interessata, può successivamente autorizzare, in tutto o in parte, l'avvenuto superamento dei limiti dimensionali" (art. 7).

<sup>6</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, nn. 4636/2016; 1120/2016; 2866/2016; Sez. VI, n. 2969/2017; CGARS, nn. 536/2014; 104/2023.

### 3. La nullità non è espressamente prevista dalla legge.

Sotto il primo profilo, non voglio certo dire che la violazione dei limiti dimensionali sia priva di conseguenze, ma solo che queste non comportano la nullità dell'atto. Il principio fondamentale in materia di nullità processuali è infatti quello della tassatività, codificato dall'art. 156 c.p.c. Nel processo amministrativo, forma e contenuto dell'atto introduttivo del giudizio sono disciplinate dagli artt. 40 e 44 c.p.a., che ne comminano la nullità nei soli casi di mancata sottoscrizione, di mancata indicazione specifica dei motivi di ricorso e d'inosservanza delle altre norme prescritte nell'art. 40 se vi è incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda. Se è vero dunque che l'art. 13-ter dell'all. 2 del c.p.a. introduce il limite dimensionale come requisito formale dell'atto processuale di parte, è altrettanto vero che esso non ha espressamente prevista e comminata la nullità dell'atto che risulti privo del suddetto requisito e non integra pertanto l'elencazione degli artt. 40 e 44 c.p.a. La violazione assume rilevanza ai fini della condanna alle spese di giudizio, ai sensi dell'art. 26 c.p.a., e una ulteriore e forse più significativa conseguenza è specificata al comma 5 sempre del citato art. 13-ter nei seguenti termini: "il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo d'impugnazione". È evidente che la norma qualifica infatti una condotta del giudice, circoscrivendone la doverosità, e non un atto processuale. Ed è parimenti di tutta evidenza che l'effetto giuridico creato dalla disposizione recata dal primo capoverso è di far venire meno l'obbligo del giudice di pronunciare su tutta la domanda se essa ha superato i limiti dimensionali, come conferma il capoverso successivo, statuendo che il mancato esame dell'intera domanda di parte non determina l'invalidità della pronuncia. Il fatto che risultano superati i limiti dimensionali giustifica pertanto il mancato esame dell'intero atto da parte del giudice, ma non vieta alla parte, sotto pena di nullità, di superare i limiti dimensionali; né, a ben guardare, pone al giudice un divieto di esaminare le questioni poste oltre i limiti dimensionali, (divieto) necessariamente presupposto per ritenere l'inammissibilità almeno *in parte qua* dell'atto<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Circoscrivere l'obbligo del giudice di pronunciare sulla domanda entro i limiti dimensionali prescritti per l'atto non equivale infatti a vietargli di conoscere le parti eccedenti. Sarebbe davvero singolare se proprio la normativa in tema di chiarezza e sinteticità venisse interpretata in modo completamente opposto al significato fatto proprio dalle parole usate, facendole dire quanto la norma non dice; e cioè che il giudice non deve esaminare le questioni trattate oltre i

Non c'è dunque una espressa comminatoria di nullità dell'atto che violi i limiti dimensionali.

#### 4. *Lo scopo dell'atto processuale.*

Quanto allo scopo proprio dell'atto, il cui raggiungimento sanerebbe un'eventuale nullità processuale, occorre invece chiarire che esso si riassume nella intellegibilità, e non nella brevità in quanto tale.

Scopo intrinseco del contenuto di un atto processuale è infatti di rappresentare in maniera chiara e comprensibile la domanda di parte al giudice. È pertanto evidente che, in una tale prospettiva, non assumono rilevanza alcuna brevità e lunghezza dell'atto. Il fine che deve essere raggiunto è la rappresentazione chiara e comprensibile della domanda e delle sue ragioni; e brevità o lunghezza sono caratteristiche estrinseche dell'atto, non certo la sua finalità intrinseca.

Essendo il principio del raggiungimento dello scopo il perno attorno al quale ruota l'intero regime delle nullità processuali, non dovrebbe quindi esservi mai motivo di dichiarare nullo un atto che consenta al giudice di comprendere perfettamente la domanda di parte in tutti i suoi elementi; nonostante possano risultare non rispettate norme che a tal fine richiedano specifici adempimenti formali senza un'espressa comminatoria di nullità. Così come, per converso, anche in mancanza di una norma che imponga il rispetto di un determinato requisito formale a pena di nullità, è ben possibile dichiarare nullo un atto che non consenta di comprendere *causa petendi* ed oggetto della domanda di parte. Tanto nel processo amministrativo, quanto in quello civile, la mancanza di chiarezza è stata fino ad oggi sanzionata in termini di nullità solo nell'ipotesi in cui la stesura del ricorso sia risultata tale da determinare "incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda" (così l'art. 44, comma 1, c.p.a.); regola che ha sempre consentito di dichiarare inammissibili i motivi di ricorso ritenuti generici, che non avessero cioè specificato e puntualizzato le ragioni d'illegittimità denunciate in modo tale da rendere chiara e comprensibile la domanda al giudice.

---

limiti dimensionali. Se la *voluntas legis* fosse stata effettivamente questa, la norma andava scritta esattamente al contrario; vietando cioè la condotta ritenuta inammissibile (conoscere oltre i limiti dimensionali), e non già rimuovendo un obbligo esistente (pronunciare su tutta la domanda). E se la *voluntas* fosse stata quella di creare una nuova ipotesi di nullità, ciò avrebbe dovuto in ogni caso comportarne l'espressa comminatoria.

Scopo immediato della regola sui limiti dimensionali è dunque senz'altro quello di assicurare la brevità come valore assoluto dell'atto processuale, considerato nel suo aspetto materiale di caratteri, pagine e battute; ma questo non significa anche che la brevità sia con ciò divenuta lo scopo ultimo dell'atto, sostituendosi alla intellegibilità come requisito formale indispensabile dell'atto processuale. Si deve evitare di contrabbandare la regola della brevità come una declinazione necessaria del principio di sinteticità. Il principio non può ridursi al mero rispetto di un limite numerico di pagine, spazi e battute, ma fa necessariamente riferimento alla (giusta) proporzione tra le questioni da trattare e le argomentazioni selezionate a tal fine.

La conseguenza di tutto ciò è che, proprio se si considera la finalità perseguita dal principio di sinteticità, che, si ripete, è di assicurare la chiara intellegibilità dell'atto (tanto della parte, quanto del giudice: art. 3, comma 2, c.p.a.), non potrà essere pronunciata la nullità dell'atto eccedente i limiti dimensionali che abbia comunque formulato la domanda in maniera chiaramente intellegibile per il giudice.

##### *5. L'allontanamento dai principi generali di diritto processuale comune.*

A dispetto dei principi generali e fondamentali del processo (di qualsiasi processo), nel processo amministrativo si è dunque creata una situazione abnorme per cui, nonostante l'assenza di una espressa comminatoria di nullità o l'assenza di una inidoneità dell'atto a perseguire lo scopo suo proprio nell'ambito del processo, si ritiene che i limiti dimensionali rappresentino un requisito di forma – contenuto indispensabile dell'atto processuale di parte e che il superamento degli stessi determini la nullità dell'atto processuale (e non semplicemente una attenuazione dell'obbligo del giudice di pronunciare su tutta la domanda). L'allontanamento dai principi generali di diritto processuale comune è evidente.

A dispetto delle apparenze, si tratta di una questione tutt'altro che marginale perché, a ben guardare, è in gioco il principio fondamentale del giusto processo regolato dalla legge (art. 111 Cost.).

È noto infatti che non basta fregiare una procedura di ricorso con l'appellativo di "processo" per poterla considerare tale. A tal fine è necessario che l'esercizio della funzione giurisdizionale si svolga nel rispetto di principi fondamentali e di regole certe.

Appare pertanto doveroso interrogarsi su fino a che punto ci si possa allon-

tanare dai principi fondamentali e comuni del diritto processuale per poter continuare a ravvisare l'esistenza di un vero e proprio processo.

Ed è singolare dovere constatare che il problema dell'allontanamento dai principi fondamentali comuni del diritto processuale si ponga con riferimento proprio al processo amministrativo, per il quale la lunga assenza di una vera e propria codificazione, avvenuta solo con il d.lgs. n. 104/2010, ha fatto sì che il legame con i principi generali del processo sia sempre stato particolarmente forte. Principi generali e fondamentali hanno spesso direttamente integrato le lacune esistenti nella disciplina processuale quando i principi non erano chiaramente espressi nemmeno da norme già codificate nel c.p.c. Si è molto discusso del fatto che, se il c.p.c. rappresentava un termine di riferimento presso che obbligato per l'integrazione della lacunosa e frammentata disciplina del processo amministrativo, ciò non significava anche che nella ricostruzione degli istituti si dovesse rinunciare a guardare direttamente a principi comuni del diritto processuale<sup>3</sup>. In un costruttivo dialogo con l'Adunanza Plenaria e con la Corte costituzionale, proprio la continua ricerca e l'affinamento dei principi processuali generali ha consentito di chiarire, ben prima dell'entrata in vigore del codice, che quello amministrativo è un processo di parti<sup>4</sup>, soggetto pertanto al principio della domanda, al principio dispositivo e al principio del contraddittorio, principi tutti che convivono con l'immanente principio di effettività della tutela giurisdizionale. Ciò ha consentito di ricostruire gli istituti processuali e di governare il processo con ragionevolezza e uniformità anche senza e ancor prima della codificazione del processo amministrativo.

A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione che, nel passato, il richiamo dei principi generali è sempre valso a supportare un "creazionismo" giustificato dall'esigenza di colmare le lacune normative esistenti e comunque finalizzato ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, in senso favorevole al ricorrente.

È dunque singolare e preoccupante che oggi il "creazionismo" si allontani dai principi processuali comuni e sia finalizzato a restringere e limitare la possibilità di tutela giurisdizionale, e non ad ampliarla o ad assicurarne l'effettività; tanto più che oggi il processo amministrativo non si muove più in uno spazio di diritto vuoto o frammentario e oltremodo lacunoso, ma, al contrario, in uno spazio che è stato ormai codificato in maniera organica.

Ma i timori non finiscono qui.

## 6. *Un crescente timore.*

Il timore è destinato a crescere se quello della sinteticità dovesse rivelarsi un episodio non isolato, ma espressivo di una tendenza in atto volta a diminuire le garanzie processuali nei giudizi amministrativi.

Gli esempi potrebbero essere diversi, ma una efficace sintesi può essere offerta dall'esperienza maturata nel periodo COVID. Com'è noto, l'emergenza pandemica e le misure di contenimento (prima tra tutte il *lock down*) avevano imposto la sospensione delle attività giurisdizionali e quindi dei processi. L'ordinamento giurisdizionale non era e non è impreparato a fronteggiare l'ipotesi, tutt'altro che infrequente nel caso delle calamità naturali, che eventi straordinari e imprevedibili possano esser di gravità tale da rendere impossibile il funzionamento ordinario degli uffici giudiziari. In questi casi, generalmente, si ritiene applicabile l'istituto della sospensione del processo, che è pensata non solo per assicurare il godimento delle ferie estive a chi è impegnato nel servizio giustizia (avvocati, magistrati e personale vario), ma come applicabile tutte le volte in cui un evento imprevedibile abbia impedito o impedisca il funzionamento degli uffici giudiziari. Se si riflette anche solo un attimo sul perché in ipotesi siffatte si ritiene applicabile l'istituto della sospensione, la risposta è presto data dalla considerazione che il *proprium* di tale istituto è nella necessità di salvaguardare il rispetto della pienezza del contraddittorio e del principio dispositivo, al fine di evitare che la lite venga decisa in maniera affrettata e approssimativa a causa dell'evento che origina la sospensione. La sospensione implica un vero e proprio divieto per le parti, giudice compreso, di compiere atti nel periodo della sospensione, con espressa comminatoria di inefficacia degli atti eventualmente compiuti in violazione del divieto. Nell'osservanza del principio per cui la tutela cautelare non può conoscere soluzioni di continuità, pena la negazione della sua stessa ragion d'essere e del principio di effettività della tutela giurisdizionale, viene fatta eccezione per la sola tutela cautelare. Nel periodo pandemico, la disciplina del processo amministrativo ha però ben presto iniziato a differenziarsi da quella degli altri processi, allontanandosi dal rispetto dei principi comuni di diritto processuale per approdare ad una falsa sospensione priva di qualsivoglia ratio normativa. Lo svolgimento del processo è stato diversamente disciplinato da cinque decreti legge (2 marzo 2020, n. 9; 8 marzo 2020, n. 11; 17 marzo 2020, n. 18; 8 aprile 2020, n. 23; 30 aprile 2020, n. 28), ai quali va poi aggiunta anche almeno la legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27: sei atti aventi forza e valore di legge che non si sono limitati a prorogare il periodo di sospensione, ma hanno disciplinato di-

versamente lo svolgimento del processo, cautelare e di merito. Praticamente ogni dieci massimo quindici giorni lo svolgimento del processo è stato governato da norme che hanno regolato diversamente termini e modalità di notifica e deposito degli atti, che hanno disciplinato diversamente i termini e le modalità di decisione delle liti, cautelari e di merito, e la possibilità di discussione delle cause. Disciplina che si è poi ulteriormente arricchita con una fitta normazione non avente forza ed efficacia di legge, ma natura amministrativa o peggio di *soft law*: decreti del Presidente Consiglio di Stato recanti le regole tecniche operative per l'attuazione, sperimentazione e aggiornamento del PAT, disposizioni di coordinamento dettate sempre dal Presidente del Consiglio di Stato; linee guida variamente concordate tra capi degli uffici giudiziari e ordini forense e organismi associativi. E, si può aggiungere, anche qualche improvvido parere reso dalle Sezioni consultive del Consiglio di Stato che ha riscritto la disciplina legale dell'istituto della sospensione del processo, statuendo che la sospensione dei termini non si applicasse al termine per ricorrere.

Nel processo amministrativo, e solo nel processo amministrativo, non si è dunque fatta l'unica cosa che andava fatta (o meglio si è smesso di fare l'unica cosa che andava fatta e che si era iniziata a fare): il processo si doveva fermare, eccezion fatta per la sola tutela cautelare. E invece si è fatto di tutto per cercare di non arrestare anche la tutela di merito, senza indugiare troppo su come venisse erogata.

Sembrano fatti ormai già lontani nel tempo, ma chi ha anche solo un minimo di esperienza delle aule giudiziarie ricorderà perfettamente la situazione di enorme e profonda incertezza regnante tra i protagonisti tutti del processo creata dalla decisione di non sospendere il processo amministrativo.

## 7. Conclusioni.

L'applicazione del principio di sinteticità e dell'istituto della sospensione nell'ambito del processo amministrativo lasciano intravedere il rischio di una dequotazione dell'attività processuale delle parti diversa dalla proposizione delle domande (memorie, repliche, produzioni documentali, richieste istruttorie e trattazione orale), come se il solo fatto che la parte dia inizio al processo possa esser ritenuto sufficiente perché il giudice possa poi provvedere a trovare la soluzione giusta per il caso di specie. Secondo l'idea ben riassunta e rappresentata nel brocardo "*da mihi facto; dabo tibi jus*".

La strisciante tendenza alla riduzione delle garanzie tipiche di un processo



giurisdizionale diventa sempre più evidente e, se non viene interrotta, rischia di far tornare il processo amministrativo nell'originario alveo di una procedura paragiurisdizionale.

Se le regole del processo non sono certe, non sono chiaramente conoscibili, il processo non è in grado di produrre certezze. È la negazione del processo come momento di accertamento della "verità", come si diceva una volta, di accertamento della fondatezza della pretesa.

Il processo amministrativo deve rimanere tale, ma non è solo una questione di *nomen*. Non basta appellarlo "processo" perché sia tale.

È necessario che ubbidisca a principi e regole certe, principio base di ogni diritto processuale. Altrimenti rischia di diventare un non-processo.

Come scritto da uno di quei Maestri del diritto amministrativo che più si sono prodigati nel passato perché la procedura amministrativa si elevasse al rango di vero e proprio processo, "se si riconosce al ricorrente la sola potestà di dar vita ad un processo mentre nel contempo sia attribuito al giudice, anche in via concorrente, il potere di determinare l'oggetto del giudizio o la sua effettiva estensione ... in realtà si nega in un tale processo ogni garanzia di giustizia" (F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 36).

NOTE SULL'INTERESSE LEGITTIMO,  
LE PRETESE PARTECIPATIVE E L'ART. 21-OCTIES  
DELLA LEGGE N. 241/1990

*Federico Gaffuri*

SOMMARIO: 1. La nozione di interesse legittimo nel pensiero di Guido Greco. – 2. *Segue*: la distinzione tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi e le modalità di tutela dell'interesse (legittimo) finale mediante la proposizione di censure dell'atto amministrativo aventi natura meramente formale o procedimentale. – 3. Osservazioni critiche sul regime di non annullabilità dei provvedimenti affetti da vizi formali e procedimentali stabilito dall'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/1990. – 4. Considerazioni in merito all'autonomia rilevanza e alle modalità di tutela delle pretese partecipative.

1. *La nozione di interesse legittimo nel pensiero di Guido Greco.*

Nel presente scritto si intende soffermarsi sugli studi compiuti da Guido Greco in merito al rapporto nascente dall'esercizio del potere amministrativo e alla posizione giuridica assunta dal cittadino nei confronti dell'autorità pubblica agente; detti studi, infatti, risultano ancora attualissimi e offrono importanti argomenti di teoria generale per la risoluzione di questioni pratiche e applicative tuttora aperte.

Come noto, la dogmatica più recente, che si è occupata dei profili ontologici e funzionali dell'interesse legittimo, è propensa a riconoscere in tale figura una situazione giuridica di natura sostanziale, avente natura autonoma e distinta rispetto al diritto soggettivo<sup>1</sup>.

Anche Guido Greco aderisce a tale indirizzo ermeneutico<sup>2</sup>, in quanto ritie-

---

<sup>1</sup> Per un esame sull'evoluzione degli orientamenti interpretativi espressi riguardo alla nozione di interesse legittimo si rinvia a F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, *passim*, spec. p. 339 ss.

<sup>2</sup> In materia si vedano dell'Autore richiamato nel testo, tra le altre, le seguenti opere:

ne che detta posizione sia specificamente preordinata a tutelare beni della vita sottoposti a regolamentazione autoritativa pubblica e la cui soddisfazione dipende dall'esito delle determinazioni adottate dall'amministrazione. In particolare, l'illustre Autore rileva condivisibilmente<sup>3</sup> che l'interesse legittimo non può essere ricondotto né assimilato al diritto soggettivo<sup>4</sup>, posto che costituisce una situazione giuridica complessa, caratterizzata da una soggezione (rispetto al potere) e da una pretesa (alla conservazione o all'acquisizione di un bene della vita attraverso l'emissione o la non emissione del provvedimento); per i suoi connotati generali, la struttura della posizione individuale qui considerata si differenzia nettamente da quella propria del diritto soggettivo e, se-

---

*L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, spec. p. 109 ss.; ID., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione nell'urbanistica (con particolare riferimento alla lesione degli interessi legittimi dinamici)*, in *Dir. e soc.*, 1983, p. 555 ss.; ID., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi alla dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 1126 ss.; ID., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, fasc. 3, p. 479 ss.; ID., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, *ivi*, 2014, fasc. 3, p. 585 ss.; ID., *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. pubbl.*, 2016 (numero speciale in memoria di Andrea Orsi Battaglini), p. 97 ss.; ID., *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2020.

<sup>3</sup> Cfr. *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, cit., p. 109 ss.; *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit., pp. 492-497; *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, cit., p. 590 ss.; *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 101 ss.

<sup>4</sup> Greco non concorda (in argomento si rinvia alle opere e ai luoghi citati nella nota precedente), quindi, con la c.d. scuola fiorentina, la quale ha ricostruito la posizione del cittadino come vero e proprio diritto soggettivo anzitutto con riferimento agli atti amministrativi vincolati; riguardo alla corrente di pensiero ora richiamata si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in onore di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, p. 268 ss.; ID., *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, *passim*, spec. p. 101 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasformazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 496 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento autonomo*, Padova, 1996, *passim*, p. 42 ss.; ID., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, *passim*, spec. p. 139 ss. La configurazione della posizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione agente *iure imperii* come diritto soggettivo è prospettata, tra gli altri, anche da F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, ora in *Scritti giuridici*, Padova 2002, p. 381 ss.; A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 23 ss.; ID., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3222 ss.; R. GUASTINI, *"Un soggetto, un diritto, un giudice". I fondamenti teorici di una giustizia non-amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 29 ss.

gnatamente, del diritto di credito, che è, invece, contraddistinta e definita dalla relazione pretesa/obbligo<sup>5</sup>.

Tanto chiarito e premesso, Greco evidenzia che, nell'ambito della linea esegetica, ormai assolutamente prevalente, favorevole ad attribuire all'interesse legittimo natura sostanziale e piena autonomia rispetto al diritto soggettivo, sono individuabili due contrapposte correnti di pensiero: una<sup>6</sup> tende a porre l'interesse al bene della vita, tutelato dall'interesse legittimo, "all'esterno" di quest'ultima posizione giuridica (per la tesi ora ricordata, dunque, la tipica situazione individuale che si contrappone e "dialoga" con l'autorità agente *iure imperii* non ha ad oggetto l'interesse sostanziale direttamente coinvolto nell'attività amministrativa, bensì l'interesse alla legittimità del potere esercitato e riveste pertanto carattere meramente strumentale rispetto alla possibile conservazione o acquisizione del bene della vita cui aspira il suo titolare); l'altra, sostenuta dallo stesso Greco<sup>7</sup>, rinviene, al contrario, il nucleo fondamentale e l'oggetto immediato e diretto della figura soggettiva in questione nella pretesa alla conservazione o all'acquisizione, tramite il provvedimento favorevole, della posizione di vantaggio disciplinata dall'atto amministrativo.

Dunque, secondo l'autorevole opinione dogmatica da ultimo richiamata, il vero problema, che si pone all'interprete, non è tanto la distinzione – ormai agevolmente individuabile – tra diritti soggettivi e interessi legittimi, quanto piuttosto l'alternativa – ancor oggi fonte di contrasti in dottrina e giurisprudenza – tra la configurazione strumentale o finale dell'interesse legittimo (ovvero tra una ricostruzione della situazione soggettiva in esame in termini di

---

<sup>5</sup> Così G. GRECO, in *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit., pp. 511-512.

<sup>6</sup> In tal senso F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura di interesse legittimo*, Milano, 1990, spec. p. 36 ss.; ID., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. II, Napoli, 2011, p. 927 ss.; ID., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., pp. 313-318, in cui si afferma che "il bene della vita, o interesse finale, ha ... rilievo solo teleologico" (p. 391). Si veda, inoltre, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2019, pp. 283-284; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014, p. 512; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, pp. 134-135.

<sup>7</sup> Cfr. *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., p. 151 ss.; *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit., pp. 484-487; *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, cit., pp. 586-588. La stessa linea ricostruttiva è abbracciata, tra gli altri, anche da A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 289 ss.; G.D. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 241 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, ivi, 2013, p. 1017.

pretesa al provvedimento o di pretesa al bene della vita)<sup>8</sup>; la scelta tra le due opzioni non è priva di conseguenze sul piano pratico, atteso che, se è concepito come posizione strumentale, l'interesse legittimo appare strutturalmente inadatto ad assicurare la soddisfazione della pretesa o aspettativa materiale connessa, che si presenta solo come eventuale; se, viceversa, è inteso come posizione sostanziale, il medesimo interesse risulta, di per sé, idoneo – almeno in linea di principio – a garantire la “spettanza” del bene della vita al relativo titolare e, quindi, una tutela piena ed immediata della sfera giuridica dell'amministrato<sup>9</sup>.

L'orientamento più comune e diffuso<sup>10</sup> tende a ritenere ammissibile la qualificazione della predetta figura soggettiva come interesse finale solo nel caso in cui l'*utilitas*, che si prefigge di ottenere il cittadino, dipenda dall'espletamento di un'attività amministrativa rigidamente vincolata, posto che, solo in questa ipotesi, il riconoscimento del bene della vita, da parte dell'organismo pubblico agente, è dovuto e, di conseguenza, il conseguimento o il mantenimento della situazione di vantaggio è certo e sicuro<sup>11</sup>.

Al contrario, qualora sia esercitato un potere discrezionale, la pretesa all'utilità fatta valere dall'amministrato non è a soddisfazione garantita, in quanto l'esito del procedimento avviato non è predeterminato dalla legge, ma discende dalle autonome valutazioni riservate all'amministrazione; in quest'ultimo caso, pertanto, è prospettabile unicamente una aspettativa o, meglio, una “tensione verso un'utilità sostanziale”<sup>12</sup>, da parte del destinatario del provve-

<sup>8</sup> In tal senso G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit., p. 486; l'Autore, in *ult. op. cit.*, p. 497, ha cura di precisare che “l'alternatività tra interesse strumentale e finale non coincide con la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, ma è trasversale rispetto ad essa”.

<sup>9</sup> Così asserisce G. GRECO, in *ult. op. cit.*, p. 487; in argomento si veda pure A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, II Agg., Milano, 1998, p. 967 ss.; ID., *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, *ivi*, VI Agg., Milano, 2002, p. 982 ss.

<sup>10</sup> Per approfondimenti sul punto si rinvia a F.G. SCOCA *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 339 ss.

<sup>11</sup> La diversa modalità di tutela degli interessi legittimi correlati, rispettivamente, ai poteri vincolati e ai poteri discrezionali è, invero, una delle principali ragioni di “scomposizione” e “disgregazione” della figura soggettiva in esame (così afferma F.G. SCOCA, in *ult. op. cit.*, pp. 361-380 e 432-443); come già ricordato nella precedente nota 4, infatti, una parte significativa della dottrina ritiene che, nella prima ipotesi di esercizio del potere sopra ricordata, il cittadino coinvolto sia titolare non di un interesse legittimo, ma di un diritto soggettivo.

<sup>12</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit., p. 940, nota 80; nei medesimi termini, L. MAZZAROLLI, *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli ed altri, IV ed., vol. II, Bologna, 2005, p. 472 ss.

dimento, tutelabile solo indirettamente tramite i poteri – conferiti al portatore di un interesse (legittimo) di natura strumentale – “atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità”<sup>13</sup>.

La surriferita tesi è posta in discussione da Greco, il quale fa giustamente notare che “l'equazione ‘attività discrezionale-incertezza di risultato’ non è rappresentativa dell'attuale assetto dei rapporti tra cittadino e pubblica Amministrazione. Infatti gli istituti procedurali (ad esempio, il preavviso di diniego, *ex art. 10-bis* legge 241/1990, la tendenziale vincolatività delle risultanze istruttorie, *ex art. 3, c.1*, della stessa legge, ecc.) e processuali ... sono idonei a fornire un buon grado di certezza in ordine alla spettanza del bene della vita, anche di fronte ad un'attività (originariamente) discrezionale. Il che non significa escludere che vi possano essere casi anche numerosi in cui permanga ... incertezza del risultato, come dimostra l'ampia giurisprudenza in tema di danni da perdita della *chance*. Ma quest'ultima, essendo parametrata sul risultato finale, più che espressione di un interesse strumentale appare una forma ulteriore di tutela dell'interesse finale: un istituto di ‘chiusura’ del sistema delle tutele, idoneo a colmare il *gap* probatorio rispetto alla certezza della perdita del risultato (oggetto dell'interesse finale)”<sup>14</sup>.

Secondo l'illustre Voce dottrinale testé riferita, dunque, è possibile costruire la posizione del cittadino di fronte al potere amministrativo, anche discrezionale, in termini di pretesa giuridicamente rilevante ad ottenere un risultato effettivamente favorevole<sup>15</sup>. Per l'indirizzo dogmatico qui considerato, infatti,

---

<sup>13</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., Bologna (a cura di E. Cardi e A. Nigro), 2002, p. 103; nei medesimi termini si è espresso pure F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura di interesse legittimo*, cit., *passim*, spec. pp. 28-29; ID., *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit., p. 940, nota 80.

<sup>14</sup> Così G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit., pp. 501-502. In particolare, l'Autore sottolinea, in *ult. op. cit.*, p. 489, nota 36, che “seppur non v'è certezza del risultato, vi può essere comunque prevedibilità dello stesso, in considerazione dei parametri che presidono la scelta discrezionale (tanto più se sussiste la predeterminazione dei criteri valutativi)”. In argomento si veda, da ultimo, S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, p. 1171 ss.

<sup>15</sup> Rileva giustamente G. GRECO, in *ult. op. cit.*, pp. 489-490, che l'incertezza del risultato finale perseguito – elemento caratterizzante la posizione di interesse legittimo assunta dal cittadino destinatario di un provvedimento discrezionale – “vale solo all'inizio del procedimento, mentre nel corso dello stesso la fisionomia della situazione sostanziale risulterà completamente definita, sia in senso positivo, sia in senso negativo (e salvo, in questo secondo caso, la

il carattere strumentale, da alcuni assegnato alla figura soggettiva di cui si discetta, non attiene, in realtà, alla struttura ontologica e funzionale della medesima figura (che si identifica sempre e comunque nel bene della vita fatto valere nei confronti dell'amministrazione<sup>16</sup>), quanto piuttosto alle sue (eventuali) modalità di tutela, nelle ipotesi – invero residuali – in cui le azioni esperibili non consentano, in concreto, la soddisfazione piena ed immediata dell'interesse sostanziale che si intende far valere in giudizio<sup>17</sup>.

---

tutela giurisdizionale). Si tratta, in altri termini, di una posizione a formazione progressiva (lo stesso vale anche nel caso di accertamenti riservati all'Amministrazione), ma quel che è certo è che, nell'ambito del procedimento (o, al più, nell'ambito del giudizio, ove si tratti di scelta discrezionale censurabile) si dovrebbe stabilire con certezza se un determinato bene spetta o meno a chi ritiene di averne titolo". *Contra* F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., pp. 410-417.

<sup>16</sup> L'illustre Autore sottolinea, in *ult. op. cit.*, pp. 491-492, che "Nel frattempo l'ordinamento si è sviluppato secondo le linee auspiccate, tant'è che è stata riconosciuta la risarcibilità degli interessi legittimi ed è stata introdotta l'azione di adempimento (art. 34, c. 1, lett. c, del codice del processo amministrativo). Inoltre l'art. 21-*octies*, comma 2 della legge sul procedimento amministrativo ha opportunamente ridimensionato il rilievo dei vizi formali e procedurali, così contribuendo a dimostrare che il rapporto amministrativo si basa essenzialmente sulle norme sostanziali o materiali"; la natura finale ormai acquisita dall'interesse legittimo è, altresì, confermata, secondo Greco, dalle norme del codice del processo amministrativo che prevedono "ormai un'azione diretta ad accertare '*la fondatezza della pretesa*', art. 31, c. 3, nonché un'azione per il risarcimento del danno derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa '*o del mancato esercizio di quella obbligatoria*', art. 30, c. 2," (cfr. *ult. op. cit.*, p. 510). Lo stesso Autore evidenzia, inoltre, che anche la giurisprudenza più recente è orientata ad accogliere e affermare una concezione finale e non strumentale dell'interesse legittimo: così osserva Greco in *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, cit., p. 609, richiamandosi (nelle note 61, 62 e 63, contenute nell'opera da ultimo citata) alle sentenze pronunciate dall'Adunanza plenaria del Cons. Stato, 23 marzo 2011, n. 3 (che si può leggere in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2011); 7 aprile 2011, n. 4 (consultabile in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), 2011), e 29 luglio 2011, n. 15 (disponibile in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2011).

<sup>17</sup> L'eminente Studioso, il cui pensiero è riportato nel testo, rileva, in *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit., pp. 506-507, che "In conclusione, la configurazione strumentale dell'interesse legittimo, seppur conserva qualche utilità (ad esempio, nel caso di rifacimento dell'intera gara), certo manifesta tutti i propri limiti in sede di tutela giurisdizionale. Se, infatti, non è giustiziabile (se non altro per carenza di interesse a ricorrere), allorché è da escludersi il raggiungimento del risultato finale (il bene della vita), significa che non si tratta di una figura autonoma. E si presenta così, più che come una configurazione alternativa dell'interesse legittimo, come espressione di una più ampia tutela dell'interesse legittimo finale, tutte le volte in cui, per l'atteggiarsi concreto della singola fattispecie, non sia possibile dedurre in giudizio l'intero conflitto sostanziale: si tratta, in altri termini, non di una autonoma situazione soggettiva, sibbene di una forma di

Sul punto Greco osserva che l'effettivo conseguimento dell'utilità finale non dipende dalla configurazione astratta e teorica che si vuole dare alla posizione soggettiva assunta dall'amministrato nei confronti della autorità agente *iure imperii*, ma dai connotati peculiari del rapporto amministrativo preso in considerazione e, soprattutto, dalle tipologie di vizi, formali o sostanziali, che sono denunciati dal destinatario del provvedimento e che sono riconosciuti dal giudice adito<sup>18</sup>.

2. *Segue: la distinzione tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi e le modalità di tutela dell'interesse (legittimo) finale mediante la proposizione di censure dell'atto amministrativo aventi natura meramente formale o procedimentale.*

L'orientamento interpretativo tradizionale suole distinguere, sotto il profilo strutturale e funzionale, tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi<sup>19</sup>; in particolare, per quanto concerne le modalità di tutela, è diffuso il convincimento che, solo in riferimento alla prima posizione soggettiva, sia possibile ottenere, in via giudiziale – almeno nelle ipotesi in cui siano mosse censure all'atto impugnato, di natura sostanziale – la soddisfazione del bene della vita richiesto (consistente, più esattamente, nella conservazione della situazione di vantaggio su cui il provvedimento restrittivo è destinato ad incidere)<sup>20</sup>. Al contrario, si

---

tutela (appunto, strumentale) dell'interesse legittimo finale, che costituisce l'ineludibile oggetto della tutela giurisdizionale, in linea del resto con la generale osservazione che il baricentro del giudizio amministrativo si è spostato dall'atto al rapporto amministrativo". Nel medesimo senso si veda pure A. ZITO, M.R. SPASIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *La giustizia amministrativa* (a cura di F.G. Scoca), Torino, 2023, pp. 88-90.

<sup>18</sup> Sul punto G. GRECO, *ult. op. e loc. cit.*; in argomento si veda, dello stesso Autore, anche *L'accertamento autonomo del rapporto amministrativo*, cit., p. 151 ss.; ID., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, cit., pp. 586-589.

<sup>19</sup> In argomento si veda, per tutti, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., *passim*, spec. p. 339 ss.

<sup>20</sup> Greco chiarisce, infatti, in *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, cit., p. 598, che "il bene della vita, oggetto dell'interesse legittimo (finale), si atteggia diversamente a seconda che si tratti di interesse oppositivo e pretensivo. Nel primo caso appartiene alla sfera patrimoniale del soggetto che intende conservarlo (e ne costituisce altresì la posizione legittimante della pretesa al suo mantenimento), mentre nel secondo caso esso non appartiene ancora a detta sfera patrimoniale (né pertanto può costituire una posizione legittimante) e la pretesa (in cui si manifesta l'interesse legittimo) è diretta proprio ad ottenerne l'acquisizione".



ritiene comunemente che, in riferimento alla seconda posizione individuale, non siano conseguibili, per via giudiziale, analoghi risultati soddisfattori, dato che l'interesse pretensivo si atteggia a pretesa condizionata o, meglio, ad aspettativa giuridicamente qualificata al rilascio di un provvedimento ampliativo, come tale inidonea ad assicurare l'effettiva acquisizione dell'utilità finale cui il titolare aspira; il giudizio avente ad oggetto tale tipologia di interesse legittimo non può, dunque, condurre (salvo che il potere esercitato sia pienamente vincolato dalla legge<sup>21</sup>) all'accertamento della fondatezza della pretesa al provvedimento e, quindi, all'attribuzione diretta del bene della vita perseguito dall'amministrato<sup>22</sup>.

Le surriferite conclusioni non sono condivise, quantomeno pienamente, da Greco; quest'ultimo osserva che, in realtà, anche in molte ipotesi in cui si controverte di interessi legittimi pretensivi, la tutela garantita al titolare della posizione non ha carattere meramente ed esclusivamente strumentale, in quanto l'attuale sistema giuridico mette a disposizione del soggetto richiedente un provvedimento ampliativo una serie di strumenti e rimedi in grado di fornire una protezione adeguata ed apprezzabile alle sue aspettative di risultato. Detti effetti utili – chiarisce l'Autore – sono configurabili, tra l'altro, nell'ipotesi in cui sia chiesto il risarcimento dei danni per perdita di *chances* o, ancora, nell'ipotesi in cui il terzo classificato in una gara pubblica abbia impugnato l'altrui aggiudicazione. Infatti, nel primo caso, l'esito positivo del giudizio, pur non determinando la piena realizzazione della pretesa vantata dal ricorrente, consente comunque allo stesso di ottenere “una quota parte del bene della vita oggetto dell'interesse finale”<sup>23</sup>; nel secondo caso, invece, la sentenza d'annulla-

---

<sup>21</sup> Sul punto si rinvia a M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa, provvedimenti e altri atti a regime amministrativo*, in G. GRECO insieme a M. CAFAGNO, D.U. GALETTA, M. RAMAJOLI, M. SICA, *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. I, Parte Generale, Lezioni, Milano, 2021 (IV ed.), p. 231, la quale definisce l'interesse legittimo “a risultato garantito” nel caso in cui sia esercitato un potere vincolato e “sempre che sussistano tutti i presupposti previsti dalla legge per acquisire o conservare il bene della vita”.

<sup>22</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia a G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., p. 161 ss.

<sup>23</sup> Così G. GRECO, in *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit., p. 502, nota 78, in cui viene anche richiamata, a sostegno della tesi sostenuta, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2008, n. 490 (che si può leggere in *Guida al dir.*, 2008, 12, p. 101): in detta sentenza si afferma, tra l'altro, che “il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile”; tale condizione – si sottolinea nella medesima pronuncia – è quella che “distingue la *chance* risarcibile

mento, ancorché non direttamente ed immediatamente soddisfattoria, offre nondimeno una forma, seppur minore e più limitata<sup>24</sup>, di protezione all'interesse sostanziale del ricorrente, dato che rende ancora possibile la sua acquisizione, attraverso la ripetizione della gara<sup>25</sup>.

Per Greco, gli esempi sopra ricordati dimostrano che la tutela apprestata dall'ordinamento nei confronti degli interessi legittimi, anche pretensivi, non è mai solo ed unicamente di natura strumentale, giacché è sempre funzionalmente preordinata ad assicurare, se non la piena realizzazione, la più ampia soddisfazione possibile del substrato sostanziale insito nella predetta posizione soggettiva<sup>26</sup>; del resto – osserva lo Studioso – in assenza di un collegamento diretto ed immediato con un bene della vita, la tutela di tipo strumentale non sarebbe neppure ammissibile e azionabile, poiché, in mancanza di un simile collegamento diretto e necessario, non sussisterebbe non solo l'interesse a ricorrere, ma neppure l'interesse legittimo stesso<sup>27</sup>.

È, altresì, opinione comune e consolidata<sup>28</sup> che l'annullamento dell'atto per meri vizi formali non sia, in alcun caso, utile e sufficiente a far conseguire al ricorrente il risultato finale atteso; siffatto convincimento generale si fonda sull'assunto che l'accertamento dell'esistenza di tali vizi non presuppone né

---

dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile”.

<sup>24</sup> In argomento si vedano, tra le tante, Cons. Stato, Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, p. 329 (con nota di Avanzini); Id., Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 725, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>25</sup> Sul punto si veda G. GRECO, *ult. op. cit.*, pp. 504-507; in particolare l'Autore si richiama, in *ult. op. cit.*, p. 489, all'insegnamento di M.S. GIANNINI, secondo cui “se le situazioni soggettive si definiscono in ordine ai beni della vita, non si intende come la legittimità di un atto (cioè la qualificazione astratta di un atto) possa essere vista come bene della vita” (così in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 259). In argomento si rinvia pure a F. TRIMARCHI BANFI, *ult. op. cit.*, p. 1013.

<sup>26</sup> Così in *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit., pp. 506-507.

<sup>27</sup> In tal senso G. GRECO, *ult. op. e loc. cit.*; sul punto si veda, altresì, F. TRIMARCHI BANFI, *ult. op. e loc. cit.*; D. SORACE, *ult. op. cit.*, p. 355. In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.; Id., 29 luglio 2011, n. 15, cit.

<sup>28</sup> Per approfondimenti in argomento si rinvia a A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, p. 73 ss.; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, p. 148 ss.; G. CORSO, *Validità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, XLVI, p. 94 ss.

comporta valutazioni relative alla c.d. spettanza del bene della vita e non definisce, quindi, il rapporto controverso.

Sul punto Greco obietta che non sempre l'accoglimento di censure di natura formale o procedurale risulta influente ed irrilevante sul piano della tutela degli interessi sostanziali; al riguardo si fa notare che in realtà, in molte fattispecie concrete, il suddetto riscontro giudiziale produce conseguenze favorevoli immediate nella sfera giuridica del soggetto agente<sup>29</sup>.

Sotto questo profilo, occorre distinguere tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi<sup>30</sup>: nel primo caso, anche la caducazione dell'atto per difetti di ordine formale o procedimentale (si pensi alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento) può condurre alla definizione della *res litigiosa*; un simile risultato sostanziale è predicabile tutte le volte in cui l'annullamento del provvedimento restrittivo, disposto per motivi formali o procedurali, di fatto precluda la riedizione del potere e, quindi, l'assunzione di ulteriori atti amministrativi limitativi della sfera giudica del ricorrente<sup>31</sup> (la consumazione del potere può essere causata dalla scadenza del termine per il suo esercizio oppure dal venir meno dei presupposti soggettivi o oggettivi richiesti dalle legge per l'adozione del provvedimento: quest'ultima ipotesi si verifica, ad esempio, qualora, nelle more di un giudizio avente ad oggetto una ordinanza *extra ordinem*, sia cessata la situazione di necessità ed urgenza, posta a fondamento dell'atto impugnato). Ma anche quando la sentenza di accoglimento del ricorso non impedisca all'amministrazione di riadottare l'atto con il medesimo contenuto emendato, il pronunciamento favorevole offre comunque una protezione diretta e apprezzabile all'interesse legittimo oppositivo, in quanto consente al ricorrente di conservare il bene della vita almeno per il periodo pregresso all'annullamento e per il presente; a seguito della decisione, dunque, l'eventuale provvedimento reiterato potrà disporre solo per il futuro<sup>32</sup>. Al contrario, qualora sia chiesta la tutela di un interesse legittimo pretensivo, la deduzione di

---

<sup>29</sup> Cfr. G. GRECO, *ult. op. cit.*, p. 498.

<sup>30</sup> Così G. GRECO, *ult. op. cit.*, pp. 497-498.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Oltre a Greco (in *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., p. 192, e in *Ampliamento dei poteri cognitori e decisorio del giudice amministrativo nella legge n. 241/1990 e successive modifiche*, in *Foro amm.-Tar*, supplemento al n. 6/2005, p. 73 ss.), pone in rilievo gli aspetti ora indicati nel testo anche E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e dell'art. 21-octies della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

violazioni solo formali o procedurali non ha, di norma, riflessi e conseguenze sulla posizione sostanziale azionata<sup>33</sup>. Greco, tuttavia, sottolinea giustamente<sup>34</sup> che, anche in molte ipotesi in cui sono fatti valere interessi legittimi pretensivi, l'accertamento giudiziale di illegittimità, commesse dall'amministrazione agente, aventi valore formale o procedimentale determina vantaggi concreti ed effettivi nella sfera giuridica del soggetto leso: si pensi, ad esempio, all'annullamento di una gara per un vizio relativo alla composizione della Commissione aggiudicatrice; nella fattispecie ora indicata, il riconoscimento giudiziale del vizio denunciato, pur non garantendo la realizzazione immediata e diretta del bene della vita perseguito dal ricorrente, assicura, in ogni caso, allo stesso soggetto nuove *chances* di conseguire in futuro il risultato finale atteso, giacché ripristina la possibilità di ottenere l'*utilitas* negata dal provvedimento annullato, imponendo la rinnovazione della gara<sup>35</sup>.

Secondo il pensiero dottrinale qui riportato, le surriferite considerazioni confermano, una volta di più, che il nostro sistema è imperniato sull'interesse legittimo sostanziale e non strumentale<sup>36</sup>.

### 3. Osservazioni critiche sul regime di non annullabilità dei provvedimenti affetti da vizi formali e procedurali stabilito sull'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/1990.

La ricostruzione, proposta da Greco, dell'interesse legittimo come interesse finale si fonda indubbiamente su solide argomentazioni di ordine teorico e pratico; in particolare, nel pensiero dogmatico qui analizzato appare evidente l'intento di proporre soluzioni interpretative che consentano di colmare quel *deficit* di tutela che ancora è rinvenibile nella disciplina normativa degli strumenti di difesa riconosciuti al cittadino coinvolto nell'esercizio del potere pre-cettivo pubblico<sup>37</sup>; l'Autore in esame, infatti, non manca di evidenziare, a

---

<sup>33</sup> In tal senso G. GRECO, *ult. op. cit.*, p. 498.

<sup>34</sup> Così, in *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit., pp. 498-499.

<sup>35</sup> In argomento si veda Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 5, p. 1176.

<sup>36</sup> Cfr. G. GRECO, *ult. op. cit.*, p. 506. Nei medesimi termini, Cons. Stato, Ad. plen. 23 marzo 2011, n. 3, cit.

<sup>37</sup> Al riguardo osserva G. GRECO, in *ult. op. cit.*, pp. 521-522 che "sussistono ancora inconvenienti da eliminare e miglioramenti da introdurre, sia sul piano della disciplina sostanziale (in ordine, ad esempio, alla predeterminazione dei criteri di esercizio di ogni potere discrezionale, all'obbligo

conclusione della sua dissertazione avente ad oggetto la distinzione tra interesse strumentale e interesse finale<sup>38</sup>, che il problema fondamentale riguardante la posizione dell'amministrato nei confronti dell'autorità pubblica è attualmente non tanto di ordine definitorio, quanto piuttosto di effettività della tutela; si ritiene, cioè, che occorra integrare, rafforzare e migliorare il sistema positivo in modo che sia garantita alla predetta posizione una protezione, il più possibile, piena, adeguata e concretamente soddisfacente<sup>39</sup>.

In quest'ottica, Greco – come si è già avuto modo di sottolineare – sostiene che, in molti casi, l'interesse legittimo finale (non solo oppositivo, ma anche pretensivo) può essere realizzato o salvaguardato anche attraverso la contestazione giudiziale di vizi dell'atto aventi carattere solo formale o procedimentale.

L'opinione dottrinale sopra riferita, pur essendo certamente condivisibile sul piano teorico e sistematico, non appare, tuttavia, in linea con quanto stabilito dall'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990: si rammenta che quest'ultima disposizione prevede la non annullabilità del provvedimento adottato "in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti", qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato. La stessa disposizione prescrive, altresì, che il provvedimento non può essere annullato per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che non avrebbe potuto assumere una decisione diversa da quella emanata.

Come noto, il precetto innanzi riportato è espressivo dei principi generali della strumentalità delle forme e del raggiungimento dello scopo e, come tale, è finalizzato a salvaguardare gli atti amministrativi invalidi, ma sostanzialmente giusti<sup>40</sup>: in applicazione dei surriferiti principi, il legislatore ha ritenuto,

---

di completezza della motivazione, ecc.), sia sul piano della disciplina processuale (superando, ad esempio, con una adeguata e tempestiva istruttoria l'attuale incapacità del singolo giudizio di esaurire la materia del contendere). Tuttavia nel complesso non si può non riconoscere che l'interesse legittimo ha vinto la sua battaglia. Infatti, di fronte ad obbiettive insufficienze del passato in termini di satisfattorietà della posizione sostanziale, l'interesse legittimo non è stato travolto – imponendo il soccorso del diritto soggettivo –, ma è sopravvissuto, trasformandosi al suo interno (con il fondamentale passaggio da interesse strumentale a interesse finale) ed ottenendo altresì adeguata tutela".

<sup>38</sup> Si fa riferimento alla già citata opera di Greco *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, pp. 520-521.

<sup>39</sup> In tal senso si veda, oltre all'Autore e all'opera citata nella precedente nota, anche F.G. SCOCA, in *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit., p. 929.

<sup>40</sup> Sulla disposizione in esame, oltre alla dottrina citata nella precedente nota 28, si rinvia a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, pp. 581-616;

quindi, superflua l'eliminazione dell'atto illegittimo che, a seguito della pronuncia cassatoria, potrebbe essere emendato dal vizio formale riscontrato e riadottato con il medesimo contenuto dispositivo dell'atto precedente, caducato<sup>41</sup>.

La predetta concezione, recepita nell'art. 21-octies della legge n. 241/1990, appare criticabile sotto diversi profili: innanzitutto non tiene conto del fatto che la deduzione e l'accoglimento di censure meramente formali può procurare al ricorrente, anche qualora siano impugnati provvedimenti vincolati, concrete ed effettive utilità, di ordine sostanziale. Si è già segnalato che l'annullamento dell'atto per meri difetti formali o procedurali è comunque idoneo a tutelare efficacemente l'interesse legittimo oppositivo, pur se l'amministrazione rinnova la determinazione in precedenza assunta, in quanto garantisce, in ogni caso, la conservazione del bene della vita per il periodo pregresso alla emanazione dell'atto illegittimo e al suo annullamento e sino all'adozione di un nuovo atto, impedendo così che l'eventuale reiterazione del provvedimento produca effetti retroattivi<sup>42</sup>.

In diverse ipotesi, poi, la caducazione dell'atto per illegittimità di natura formale o procedurale conduce direttamente e immediatamente alla definizione del rapporto controverso: non infrequentemente, invero, l'eliminazione del

---

D.U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); D. CORLETTI, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 33 ss.; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 319 ss.; F. FRACCHIA, M. OCCHIANA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, comma 2: quando il legislatore non può e non deve*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); ID., *Art. 21-octies, comma 2*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE e A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006, p. 609 ss.; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, 2015, *passim*, spec. pp. 123-244; S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, p. 481 ss.

<sup>41</sup> Si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4278, in *Dir. e giust.*, 2023; Id., 18 ottobre 2022, n. 8848, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Id., Sez. II, 2 febbraio 2022, n. 711, *ivi*; Cons. giust. amm., Regione Sicilia, Sez. giurisd., 24 gennaio 2022, n. 116, in *Foro it.*, 2022, 3, III, c. 121; Cons. Stato, Sez. II, 2 agosto 2021, n. 5676, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Id., 30 ottobre 2020, n. 6687, *ivi*; Id., Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3387, in *Foro it.*, 2021, 7-8, III, c. 377; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 31 gennaio 2023, n. 1716, in *Foro amm.*, 2023, 1, II, c. 63; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 12 gennaio 2023, n. 276, in *Riv. giur. edilizia*, 2023, 2, I, p. 367.

<sup>42</sup> In argomento si veda D. SORACE, *ult. op. cit.*, p. 355; E. FOLLIERI, *ult. op. e loc. cit.*; G. GRECO, *Ampliamento dei poteri cognitori e decisori del giudice amministrativo nella legge n. 241/1990 e successive modifiche*, *cit.*, pp. 74-75; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *ult. op. cit.*, pp. 584-585.

provvedimento restrittivo, disposto per ragioni non sostanziali, di fatto preclude la riedizione del potere e, quindi, l'adozione di ulteriori atti amministrativi limitativi della sfera giudica del ricorrente: tale situazione si verifica, ad esempio, nel caso in cui, prima dell'annullamento, sia scaduto il termine per l'esercizio del potere o siano venuti meno i presupposti soggettivi o oggettivi per l'adozione del provvedimento (si pensi ancora all'ipotesi già prospettata in cui sia stata annullata una ordinanza contingibile ed urgente e, nelle more del giudizio, sia cessata la situazione straordinaria ed eccezionale che legittimava l'intervento *extra ordinem* dell'amministrazione).

Inoltre, qualora sia stato impugnato un atto discrezionale, il ricorrente conserva sempre un interesse alla sua rimozione, anche per un vizio formale come l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, giacché l'accoglimento di una simile doglianza dà luogo ad un nuovo esercizio del potere e, quindi, ad una nuova *chance*, per l'interessato, di ottenere la soddisfazione delle proprie pretese sostanziali<sup>43</sup>.

D'altro canto, la disciplina normativa in esame non considera che, in linea generale – e, dunque, anche nelle ipotesi di atti vincolati – la partecipazione degli amministrati al procedimento risulta sempre e comunque utile, in quanto il contraddittorio con gli interessati permette all'amministrazione di acquisire eventuali dati rilevanti, da essa non conosciuti o conoscibili, e di definire compiutamente presupposti di fatto non pacifici ed incontestati<sup>44</sup>.

Le suesposte riflessioni mettono in rilievo il difetto maggiore insito nel regime predisposto dal citato art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990,

---

<sup>43</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 187 ss.

<sup>44</sup> In tal senso R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *ult. op. cit.*, pp. 601-602; sul punto si veda pure A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 26 ss.; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, *passim*, spec. p. 36 ss.; S. TARULLO, *Le tutele del privato nel procedimento e nel processo tra logica di spettanza e logica di correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, p. 843 ss. Anche in giurisprudenza è alquanto diffuso il convincimento che “la violazione del contraddittorio procedimentale è idonea a inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe potuto fornire all'Amministrazione elementi utili ai fini della decisione”: così Cons. giust. amm., Regione Sicilia, Sez. giurisd., 8 agosto 2024, n. 649, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); nei medesimi termini si sono espressi in precedenza, tra gli altri, Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2010, n. 1476, *ivi*; Id., 18 marzo 2019, n. 1759, *ivi*; Cons. giust. amm., Regione Sicilia, Sez. giurisd., 26 agosto 2020, n. 750; Cons. Stato, Sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288, *ivi*.

ovvero quello di offrire al cittadino una tutela meramente strumentale<sup>45</sup>: la disposizione, difatti, sottende chiaramente l'idea che sia sufficiente ad assicurare una adeguata protezione all'interesse legittimo la semplice garanzia rappresentata dalla correttezza sostanziale dell'attività amministrativa<sup>46</sup>, svincolata da ogni collegamento e valutazione relativa al risultato finale perseguito dal destinatario del provvedimento<sup>47</sup>.

Contrariamente a quanto da taluni affermato<sup>48</sup>, il regime normativo, di cui si discute, in realtà, non consente o perlomeno riduce considerevolmente il

---

<sup>45</sup> In argomento si rinvia a G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., p. 109 ss.; ID., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. e soc.*, 2016, p. 204 ss.

<sup>46</sup> Al riguardo si veda Cons. Stato, Sez. II, 8 giugno 2023, n. 5642, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); ID., 30 ottobre 2020, n. 6687, *ivi*; ID., 14 ottobre 2020, n. 6220, *ivi*; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 21 gennaio 2023, n. 1716, in *Foro amm.*, 2023, I, II, c. 63; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 1 settembre 2021, n. 5679, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>47</sup> La concezione meramente strumentale della tutela offerta al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione discende, a sua volta, dalla concezione tradizionale di attività amministrativa; in particolare, risulta evidente che nella disciplina dettata dal comma 2 dell'art. 21-octies della legge n. 241/1990 si presuppone che l'attività amministrativa risponda a due fondamentali esigenze: la soddisfazione degli interessi pubblici assegnati all'autorità agente e il trattamento corretto ed imparziale degli interessi dei privati coinvolti nell'esercizio del potere (per approfondimenti sulla concezione dell'attività amministrativa ora descritta si veda F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 97 ss.). Si trascura, però, di considerare che l'ordinamento si è evoluto e che, nel vigente sistema pubblicistico, il rapporto amministrativo è configurato e disciplinato in modo tale da garantire non solo il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa, ma anche la "tutela dei diritti dei privati": cfr. M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, p. 144 (in argomento si veda, inoltre, G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1997, p. 483 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 557 ss.; ID., *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela degli interessi "procedimentali" pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 812 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *ult. op. e loc. cit.*; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, p. 19 ss.). Ed, infatti, molte delle pretese partecipative, riconosciute dalla legge n. 241/1990, sono finalizzate ad assicurare, in via primaria e diretta, la tutela della sfera giuridica e patrimoniale dei consociati coinvolti nell'esercizio del potere: sul punto sia consentito rinviare a F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2006, p. 103 ss.

<sup>48</sup> Si veda, tra gli altri, F. TRIMARCHI BANFI, *ult. op. cit.*, p. 1018, la quale afferma che la concezione sostanzialistica del rapporto amministrativo e della posizione del cittadino nei confronti della pubblica autorità trova specifiche conferme anche nell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/1990.



giudizio sul rapporto<sup>49</sup>, in quanto impedisce al giudice – qualora siano dedotte fondate censure di natura formale, inidonee ad incidere sul contenuto dispositivo dell'atto gravato – di considerare (e valorizzare) l'utilità concreta che il ricorrente può ricavare dall'annullamento in una logica della spettanza del bene della vita e di disporre eventualmente la caducazione dell'atto, qualora ritenga che la pronuncia demolitoria sia comunque funzionale alle esigenze di tutela fatte valere dal soggetto agente<sup>50</sup>. In particolare, i limiti all'annullabilità dell'atto, stabiliti dall'art. 21-*octies*, comma 2, della legge 241/1990, non tengono conto del fatto che talune forme e regole procedurali sono poste a presidio di specifici interessi sostanziali degli amministrati<sup>51</sup>.

Per le ragioni ora evidenziate, in attesa di una sua auspicabile riforma, il precetto qui analizzato dovrebbe essere interpretato in modo restrittivo e rigoroso<sup>52</sup>, al fine di evitare che la dequotazione dei vizi formali, ivi prevista, porti

---

<sup>49</sup> Osserva giustamente D. CORLETTI, *ult. op. cit.*, p. 77, che è proprio in relazione ai provvedimenti amministrativi vincolati che il giudice “giudica sulla spettanza”; infatti, qualora sia chiamato a pronunciarsi su provvedimenti discrezionali, lo stesso “valuta direttamente ... il buon uso del potere, assumendo i vizi procedurali e di forma come indizi del contrario”. Al riguardo si rinvia anche a G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 287 ss.

<sup>50</sup> In particolare, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, in *ult. op. cit.*, p. 590, sottolineano che non mancano pronunciamenti in cui si rileva che il giudice “è chiamato a giudicare del rapporto”, procedendo a una “valutazione sostanziale della posizione giuridica azionata ... a prescindere dai vizi formali che non abbiano potuto influire sulla spettanza del bene della vita”: in tal senso TAR Abruzzo, Pescara, 13 giugno 2005, n. 394, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 9 settembre 2005, n. 4207, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 9, c. 2969.

<sup>51</sup> Sul punto si veda G. PASTORI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana professori di diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 33 ss., e F. GAFFURI, *ult. op. cit.*, p. 103 ss. Si rinvia, inoltre, per ulteriori approfondimenti al prossimo paragrafo.

<sup>52</sup> Per le ragioni ora indicate nel testo appare senza dubbio preferibile l'orientamento giurisprudenziale che – in assenza di espliciti richiami nel testo della disposizione – esclude dall'ambito di operatività dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 tra l'altro, il difetto di motivazione (Cons. Stato, Sez. II, 6 settembre 2023, n. 8193, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), la mancata comunicazione del preavviso di rigetto, *ex art. 10-bis* della legge da ultimo richiamata (Cons. Stato, Sez. IV, 10 luglio 2023, n. 6715, in *Foro it.*, 2023, 10, III, c. 462) e il vizio di incompetenza (TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 15 marzo 2005, n. 533, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) rispetto al contrario indirizzo propenso ad estendere alle predette ipotesi di illegittimità il regime dei vizi non invalidanti (si veda, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 28 marzo 2023, n. 4278, cit.; Id., Sez. VI, 18 ottobre 2022, n. 8846, cit.; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 6 settembre 2021, n. 5708, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

a una definitiva sterilizzazione delle garanzie procedurali e a una inammissibile restrizione degli strumenti e dei diritti di difesa riconosciuti al cittadino<sup>53</sup>; soprattutto, appare necessario che detta norma sia applicata in conformità al principio di effettività della giurisdizione, espresso dall'art. 1 c.p.a., e in ossequio ai "principi della Costituzione e del diritto europeo", il quale impone al giudice di assicurare una tutela piena e concretamente soddisfattoria degli interessi sostanziali azionati<sup>54</sup>.

Occorre, infine, sottolineare che i limiti alla tutela demolitoria degli interessi legittimi lesi da provvedimenti affetti da vizi formali o procedurali non sono neppure compensati da una adeguata tutela risarcitoria. La giurisprudenza, infatti, è ferma ancor oggi nell'escludere la ristorabilità dei danni causati dai vizi innanzi indicati in virtù dell'assunto discutibile e semplicistico, già in precedenza ricordato, secondo cui dette doglianze, non contenendo alcuna contestazione in ordine al rapporto controverso, consentirebbero all'amministrazione di adottare, dopo il pronunciamento giurisdizionale, un nuovo atto epurato dal vizio formale o procedimentale riscontrato dal giudice ed

---

TAR Lazio, Roma, Sez. II, 11 settembre 2020, n. 9490, *ivi*). Occorre, inoltre, osservare che i vizi prima indicati quand'anche fossero qualificabili come difetti di forma, rientrerebbero, comunque, in quella specifica categoria di vizi che attengono alle c.d. "forme sostanziali", ovvero a quelle forme che rappresentano "il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo ... e, per questo, costituiscono un presidio di legalità sostanziale insostituibile" (così si è espresso, in riferimento all'obbligo di motivazione, il Consiglio di Stato, Sez. II, nella decisione 6 settembre 2023, n. 8193, già citata): in argomento si rinvia a D. SORACE, *Principio di legalità e vizi formali dell'atto amministrativo*, in Astrid-online.it, 2007; F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano 2004, p. 61 ss.; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 780 ss.

<sup>53</sup> Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *ult. op. cit.*, p. 602.

<sup>54</sup> Si ricorda che nella relazione di accompagnamento al Codice del processo amministrativo è precisato che, con il termine effettività, si intende fare riferimento alla "capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, e ciò per quanto più è possibile (quindi quando non vi ostino sicure preclusioni processuali)". Per approfondimenti si rinvia a S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2005, *passim*; S. VALAGUZZA, I. MARTELLA, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 783; I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, *ivi*, 2016, p. 401 ss.; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, *ivi*.

avente il medesimo contenuto di quello annullato<sup>55</sup>. Solo in sporadici pronunciamenti il giudice amministrativo ha rilevato che, non sempre e necessariamente, i suindicati vizi risultano inidonei a determinare il definitivo accertamento del rapporto giuridico controverso e, quindi, l'acquisizione del bene della vita sotteso all'interesse legittimo dedotto in giudizio<sup>56</sup>; simili effetti sostanziali – è stato giustamente evidenziato – sono spesso predicabili nelle ipotesi in cui il ricorrente faccia valere in giudizio un interesse meramente oppositivo e il pregiudizio lamentato riguardi proprio l'illegittima compressione delle facoltà spettanti al suo titolare determinata da provvedimenti inficiati da meri vizi formali o procedurali<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Così, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 467, in *Foro amm.-C.d.s.*, 2010, 2, c. 293; Id., 4 settembre 2013, n. 4439, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, c. 2431; Id., Sez. III, 23 gennaio 2015, n. 302, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Id., Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675, in *Dir. e giust.*, 2015; Id., 23 agosto 2016, n. 3674, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Id., 23 marzo 2018, n. 1859, *ivi*; Id., Sez. IV, 14 marzo, 2018, n. 2324, *ivi*; Id., Sez. V, 21 aprile 2020, n. 2534, in *Foro amm.*, 2020, 4, c. 811.

<sup>56</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4439, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 9, c. 2431; TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 17 settembre 2021, n. 1475, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>57</sup> Nella sentenza 24 febbraio 2011, n. 1195 (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), il Consiglio di Stato, Sez. V, ha opportunamente osservato che “La giurisprudenza che nega il diritto al risarcimento del danno, nel caso in cui non sia appurata con certezza la ‘spettanza’ del bene della vita, si è formata, essenzialmente, in relazione ai casi in cui il soggetto ricorrente faccia valere in giudizio un interesse pretensivo, per la cui realizzazione è indispensabile la mediazione di un nuovo provvedimento dell’amministrazione, che accerti, in concreto, l’esistenza di tutti i presupposti necessari per attribuire l’utilità richiesta. Nel caso, invece, della lesione di interessi oppositivi, l’annullamento del provvedimento è comunque idoneo a far emergere l’ingiustizia del nocumento subito dall’interessato, non assumendo alcun rilievo la natura e il tipo dei vizi riscontrati dal giudice. È anche vero che, in presenza di vizi formali, l’amministrazione potrebbe sempre riaprire un procedimento emendato dai vizi riscontrati, ma la nuova determinazione è destinata ad operare solo per il futuro, a meno che l’amministrazione non evidenzi, ritualmente, particolari ragioni di interesse pubblico, che giustificano la retroattività della determinazione adottata”. In forza di tali ineccepibili argomenti, il Consiglio di Stato, nella stessa decisione, è giunto ad affermare che, in relazione ai provvedimenti restrittivi ed ablatori, anche le illegittimità di natura formale e procedurale sono idonee a portare “al definitivo accertamento della c.d. spettanza del bene della vita e della correlata lesione derivante dal provvedimento amministrativo” e possono, di conseguenza, costituire un valido titolo per chiedere ed ottenere il risarcimento del danno provocato dal provvedimento annullato (nel medesimo senso si vedano le sentenze richiamate nella nota precedente).

#### 4. *Considerazioni in merito all'autonoma rilevanza e alle modalità di tutela delle pretese partecipative.*

La tesi enunciata da Greco sull'interesse legittimo e sulle sue modalità di tutela offre ulteriori spunti di riflessione: nello specifico appare ricca di suggestioni e certamente condivisibile l'affermazione secondo cui l'interesse legittimo può coesistere con il diritto soggettivo<sup>58</sup>; tale affermazione si fonda sul convincimento che lo stesso bene della vita possa essere contemporaneamente protetto da più situazioni giuridiche, afferenti ad un unico consociato<sup>59</sup>.

A parere di chi scrive<sup>60</sup>, la "pluriqualificazione" delle posizioni attive e di vantaggio riconosciute al destinatario dell'attività autoritativa pubblica può essere prospettata non solo in riferimento ad uno stesso bene della vita sottoposto a regolamentazione amministrativa<sup>61</sup>, ma anche in relazione a medesime norme che disciplinano poteri, facoltà o pretese partecipative nell'ambito del procedimento. Un simile assunto – che ovviamente si intende approfondire e giustificare nel proseguo della trattazione – non sembra, almeno in linea di principio, in contraddizione con i tratti essenziali dell'interesse legittimo e del rapporto nascente dall'esercizio del potere, posto che – come giustamente rilevato da Greco – le vicende soggettive coinvolte nell'attività di trasformazione del potere in atto hanno natura complessa<sup>62</sup> e l'interesse legittimo si sostanzia in una posizione individuale a carattere dinamico e a formazione progressiva<sup>63</sup>. In particolare, quest'ultima situazione giuridica – per opinione pacifica e

---

<sup>58</sup> Cfr. G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, cit., 598. Sul punto si rinvia, inoltre, a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 99-100 e 114-117; E. GUICCIARDI, *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, c. 33 ss., ripubb. in *Studi di giustizia*, Torino, 1967, p. 34 ss.; G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, c. 62 ss.; O. RANELLETTI, *Le garanzie amministrative e giurisdizionali della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 1930, p. 168.

<sup>59</sup> In argomento si rimanda agli Autori, alle opere e ai luoghi indicati nella nota precedente.

<sup>60</sup> Sia consentito rinviare a *Il rapporto procedimentale*, cit., p. 75 ss.

<sup>61</sup> Sul punto si veda M. OCCHIENA, *Le situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2022, pp. 329-330.

<sup>62</sup> Così G. GRECO *ult. op. cit.*, p. 616. Sul punto osserva, inoltre, M. NIGRO, in *ult. op. cit.*, p. 115, che "la posizione nei confronti della pubblica amministrazione è ... complessa ed articolata presentando profili di diritto soggettivo e profili di interesse legittimo".

<sup>63</sup> Cfr. G. GRECO, *ult. op. cit.*, pp. 604-605.

consolidata<sup>64</sup> – conferisce al proprio titolare una pluralità di poteri e facoltà atti ad influire sulla decisione finale che verrà adottata dall'amministrazione a conclusione del procedimento.

Orbene, non pare lecito escludere – quantomeno a priori e pregiudizialmente – che (almeno) taluni di detti poteri e facoltà strumentali, ora puntualmente disciplinati della legge n. 241/1990, siano normativamente definiti e configurati per soddisfare una pluralità di beni della vita facenti capo allo stesso amministrato e che, dunque, costituiscano – in virtù della loro peculiare regolamentazione positiva – non solo facoltà e poteri riconducibili alla figura dell'interesse legittimo, ma (anche e contestualmente) distinte pretese soggettive, aventi un'autonoma rilevanza, in quanto finalizzate a garantire utilità finali diverse da quelle assicurate (o, comunque, collegate) alla posizione di interesse legittimo<sup>65</sup>.

Innanzitutto, se si esaminano le singole disposizioni contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo, ci si avvede agevolmente che alcune di esse prevedono puntuali comportamenti ed adempimenti dell'amministrazione in favore dei soggetti partecipanti al procedimento.

Le disposizioni della legge n. 241/1990, che assumono i predetti connotati, sono esattamente l'art. 7, relativo all'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, l'art. 10-*bis*, attinente al c.d. preavviso di rigetto, gli artt. 2, comma 2, e l'art. 2-*bis*, riguardanti l'obbligo di concludere il procedimento in tempi certi e predefiniti e l'art. 10, comma 1, lett. b), concernente il diritto dei partecipanti di accedere a tutti gli atti e i documenti relativi alla procedura<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Si veda, per tutti, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 454.

<sup>65</sup> Si ricorda che, secondo M. NIGRO, *ult. op. cit.*, p. 115, “Il caso più importante di coesistenza”, in capo ad un medesimo amministrato, di situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo “è quello costituito, nell'ambito esclusivo della posizione del privato nei confronti della p.a., dall'emergere dell'una o dell'altra situazione in relazione ai vari ‘momenti’ di sviluppo del procedimento amministrativo e, più in genere, dell'attività amministrativa”. L'illustre Autore chiarisce, inoltre, – in *ult. op. cit.*, p. 100 – che la contemporanea titolarità di posizioni di diritto soggettivo ed interesse legittimo riferite allo stesso interesse individuale coinvolto nell'esercizio del potere dipende dalle specifiche modalità con cui è normativamente disciplinato detto interesse individuale, più precisamente dalla “mutevole valutazione che il legislatore compie del rapporto fra soddisfazione dell'interesse pubblico e soddisfazione dell'interesse privato”.

<sup>66</sup> Le altre disposizioni, contenute nella legge sul procedimento amministrativo, che contemplano diritti partecipativi prevedono e disciplinano, invece, garanzie di natura tipicamente processuale, non idonee, come tali, a generare diritti soggettivi rilevanti sul piano sostanziale: si pensi, ad esempio, al diritto di presentare memorie scritte e documenti, contemplato dal già

Tali ultime norme non si limitano ad imporre all'amministrazione doveri, generici ed irrelati, all'osservanza di astratte regole di legalità, bensì prescrivono specifiche regole di condotta, che la stessa amministrazione deve garantire, in termini di certezza, verso soggetti determinati<sup>67</sup>.

Risulta difficile negare che i precetti in questione generino obblighi in senso stretto, a carico dell'autorità procedente, e corrispondenti diritti soggettivi in capo ai beneficiari del regime in essi contemplato<sup>68</sup>: diversamente opinando, dette norme verrebbero private di gran parte del loro significato e della loro funzione<sup>69</sup>.

In linea di principio, ogni vincolo apposto all'agire pubblico costituisce, per l'amministrazione, una situazione di obbligo nei confronti di colui che dall'adempimento del vincolo trae soddisfazione in un proprio interesse e, di conseguenza, riceve un vantaggio concreto ed apprezzabile<sup>70</sup>.

Appare, inoltre, evidente che, con le norme in esame, il legislatore abbia voluto stabilire, in modo diretto ed immediato, garanzie formali e sostanziali (riconducibili ai "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.), a tutela del cittadino coinvolto nell'esercizio del potere pubblico<sup>71</sup>.

---

citato art. 10, comma 1, lett. b), della legge generale sul procedimento. Analoghe considerazioni valgono per il "diritto di presentare ... osservazioni, eventualmente corredate dai documenti", attribuito all'istante, in merito al c.d. preavviso di rigetto, nei procedimenti su iniziativa di parte dall'art. 10-bis della legge in esame. Per approfondimenti sia consentito rinviare ancora a F. GAFFURI, *ult. op. cit.*, pp. 75-105. In argomento si veda pure L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.; G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, p. 572 ss.

<sup>67</sup> Cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *ult. op. cit.*, p. 31.

<sup>68</sup> Così A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 115 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 27 ss., spec. pp. 123-152; L. FERRARA, *Dal giudizio d'ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., p. 138 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., pp. 558-560; A. ZITO, *ult. op. cit.*, *passim*, spec. pp. 19-38; A. SCOGNAMIGLIO, *ult. op. cit.*, pp. 37-39.

<sup>69</sup> In tal senso A. SCOGNAMIGLIO, *ult. op. e loc. cit.*

<sup>70</sup> In questi termini L. FERRARA, *ult. op. cit.*, p. 139.

<sup>71</sup> Cfr. M. RENNA, *ult. op. cit.*, p. 559. In particolare la Corte costituzionale, nella sentenza 24 luglio 2012, n. 207, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), ha osservato che "... più volte questa Corte ha affermato, sottoponendo a scrutinio le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241 ... che

Segnatamente, le disposizioni, di cui si discute, impongono all'autorità agente determinati vincoli di comportamento e puntuali adempimenti, non solo al fine di consentire la collaborazione dei privati interessati alla definizione del contenuto della futura decisione, ma anche (e soprattutto) per evitare che l'azione intrapresa produca effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica e patrimoniale di questi ultimi (quantomeno anzitempo, ovvero prima che venga emanato il provvedimento restrittivo o ablatorio)<sup>72</sup>.

Simili regole di condotta, dettate per la parte pubblica del rapporto e riferite al corretto svolgimento del procedimento, inevitabilmente disegnano in favore dei soggetti legittimati a richiederne l'osservanza autonome situazioni giuridiche di vantaggio<sup>73</sup> e sono fonte, quindi, di vere e proprie obbligazioni *ex lege*<sup>74</sup>.

Se sono esatte le precedenti considerazioni, è corretto arguire che, nel corso del procedimento, si instaurano tra l'autorità pubblica agente e gli amministratori coinvolti nell'esercizio del potere, non rapporti occasionali o casuali, quanto piuttosto "relazioni coscienti e durevoli, caratterizzate da una reciprocità consapevole di situazioni attive e passive"<sup>75</sup>.

---

esse definiscono livelli essenziali delle prestazioni. È opportuno ricordare, al riguardo, che il legislatore statale, con l'articolo 29 della legge n. 241 del 1990 – come modificato dall'art. 10 della legge 18 giugno 2009, n. 69 ... – al comma 2-bis, ha previsto che afferiscano ai livelli essenziali delle prestazioni le norme di legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di assicurare la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento, sia quelle tese all'individuazione di un responsabile e alla conclusione del procedimento stesso entro il termine prefissato, sia quelle relative alla durata massima dei procedimenti". In argomento si veda pure, tra le altre, Corte cost. 27 luglio 2011, n. 248, in *Foro it.*, 2011, 11, I, c. 2884; Id., 21 marzo 2011, n. 92, *ivi*, 2011, 1, c. 2923; Id., 26 marzo 2010, n. 121, in *Giur. cost.*, 2010, 2, p. 1358; Id., 11 febbraio 2010, n. 44, in *Foro it.*, 2010, 4, I, c. 1097.

<sup>72</sup> In merito alle finalità cautelari e conservative, ora segnalate, assolute dalle norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo si rinvia a F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 641; si veda, inoltre, A. SCOGNAMIGLIO, *ult. op. cit.*, p. 36.

<sup>73</sup> Cfr. L. FERRARA, in *ult. op. e loc. cit.*

<sup>74</sup> Così, in giurisprudenza, Cass. civ., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, c. 78, con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentoale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*: in tale sentenza la Suprema Corte ha riconosciuto espressamente che i vincoli all'azione amministrativa, posti dalla legge n. 241/1990, costituiscono in capo all'autorità pubblica agente "obblighi procedurali", inquadrabili nello schema contrattuale e qualificabili come "vere e proprie prestazioni da adempiere", ai sensi dell'art. 1174 c.c.

<sup>75</sup> Così M. RENNA, *ult. op. cit.*, p. 566; concordano sul punto D. VAIANO, *Pretesa di prov-*

Non sembra poi revocabile in dubbio che le disposizioni della legge sul procedimento, relative alla partecipazione, mirano ad assicurare ai beneficiari delle posizioni di vantaggio in esse definite utilità distinte, seppur correlate<sup>76</sup>, rispetto al bene della vita tutelato dall'interesse legittimo, e, quindi, svincolate dalla c.d. spettanza della pretesa finale, ovvero dell'interesse sostanziale che il destinatario del provvedimento confida di mantenere od ottenere con l'emanazione dell'atto<sup>77</sup>.

In particolare, la comunicazione dell'avvio del procedimento garantisce il diritto delle parti coinvolte, direttamente o indirettamente, nello svolgimento di funzioni amministrative, ad essere informate sull'iniziativa assunta nei loro confronti dall'autorità pubblica; analoghe finalità ed utilità sono sottese al diritto di accesso agli atti e ai documenti relativi alla procedura<sup>78</sup>; anche la comunicazione del preavviso di rigetto è preordinata ad assicurare agli interessati la conoscibilità e la prevedibilità dell'azione promossa nei loro confronti<sup>79</sup>; il termine di conclusione del procedimento ha, invece, la funzione di dare ai

---

*vedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, p. 267 ss.; L. FERRARA, *ult. op. cit.*, pp. 92-190; A. ZITO, *ult. op. cit.*, pp. 135-136.

<sup>76</sup> Al riguardo rileva A. ROMANO TASSONE, in *Funzione amministrative e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 7, che “le norme sul contraddittorio procedimentale ... proteggono in astratto, al medesimo contempo, sia l'interesse del contraddittore ad ottenere una decisione finale favorevole che quello ad un esercizio del potere rispettoso della dignità del contraddittore medesimo”; del tutto condivisibilmente osserva, inoltre, M. RENNA, in *ult. op. cit.*, p. 560, che “gli obblighi procedurali da una parte sono ‘obblighi di mezzi’, con riferimento all'esito conclusivo della procedura, ma dall'altra sono nondimeno ‘obblighi di risultato’, con riferimento a beni della vita fondamentali come quelli protetti nell'ordinamento da tutti i diritti di informazione, i diritti al contraddittorio, i diritti alla certezza giuridica, i diritti a una ragionevole durata dei processi, e via dicendo ... I diritti procedurali quindi convivono con gli interessi legittimi, sia sostanziali sia procedurali, all'interno delle multiformi vicende del procedimento e del provvedimento amministrativo: i primi, infatti, sono connessi ai secondi, senza tuttavia assorbirli né demolirli”: in senso conforme si veda A. ZITO, *ult. op. cit.*, p. 136; L. FERRARA, *ult. op. cit.*, spec. pp. 142-146. Per una analisi dettagliata dei caratteri propri degli obblighi procedurali si rinvia all'Autore e all'opera da ultimo citata, spec. p. 261 ss.; per un approfondimento sui connotati della c.d. obbligazione provvedimentale si veda, invece, F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, spec. p. 251 ss.

<sup>77</sup> In tal senso A. ZITO, *ult. op. cit.*, *passim*, spec. p. 62 ss.; M. RENNA, *ult. op. cit.*, p. 560 ss.; M. CLARICH, *ult. op. cit.*, p. 123 ss., spec. pp. 178-183; G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, p. 64 ss.

<sup>78</sup> Così F. FIGORILLI, *ult. op. cit.*, p. 115 ss., spec. pp. 122-123.

<sup>79</sup> Sul punto si veda M. RENNA, *ult. op. cit.*, pp. 559-562.



cittadini, nella cui sfera giuridica il provvedimento emanando è destinato ad incidere, la certezza dei tempi dell'agire pubblico e dei rapporti da esso nascenti<sup>80</sup>.

I suindicati interessi soggettivi paiono tutt'altro che generici ed impersonali: essi, in realtà, sono fondamentali, in taluni casi determinanti (si pensi al valore dell'informazione)<sup>81</sup>, per proteggere l'integrità personale e patrimoniale degli amministratori sottoposti all'esercizio del potere<sup>82</sup>.

Gli interessi, di cui si discute, inoltre, non hanno una natura meramente strumentale rispetto al bene della vita regolato dal provvedimento, giacché possiedono una loro specifica consistenza giuridica – nel senso che assicurano ai titolari utilità particolari, non necessariamente subordinate e vincolate all'esito finale del procedimento – e possono essere lesi indipendentemente dall'adozione del provvedimento stesso ed anche nel caso in cui quest'ultimo abbia un contenuto conforme alle aspettative dei destinatari e sia sostanzialmente legittimo<sup>83</sup>.

Le pretese partecipative, infatti, non sono pregiudicate o rese vane, in modo immediato e diretto, dall'efficacia o dall'esecuzione dell'atto conclusivo della procedura, ma eventualmente da comportamenti precedenti, omissivi o commissivi, tenuti dall'autorità agente durante lo svolgimento del rapporto procedimentale<sup>84</sup>.

Ad esempio, l'omessa comunicazione dell'avvio della procedura, a prescin-

---

<sup>80</sup> Cfr. M. CLARICH, *ult. op. cit.*, p. 178; A. ZITO, *ult. op. cit.*, pp. 53-54. Anche F.G. SCOCA, *ult. op. cit.*, p. 250, pur nutrendo, in linea generale, dubbi in merito alla configurabilità delle pretese partecipative come autonomi diritti soggettivi, afferma, tuttavia, che può essere riconosciuta "con tranquillità natura di diritto soggettivo ... alla situazione soggettiva che concerne l'adozione formale del provvedimento richiesto dal privato entro il termine perentorio previsto dalla legge".

<sup>81</sup> In tal senso A. ZITO, *ult. op. cit.*, pp. 154-155; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, p. 112.

<sup>82</sup> Cfr. G.D. COMPORTI, *ult. op. cit.*, pp. 56-60; l'Autore ritiene, infatti, che la legge sul procedimento amministrativo abbia, come obiettivo primario ed essenziale, la tutela del diritto all'integrità personale e patrimoniale dei soggetti coinvolti nell'attività amministrativa; in particolare, secondo Comporti, la tutela di tale posizione fondamentale costituirebbe il fine ultimo di ogni diritto partecipativo riconosciuto e protetto dalla legge n. 241/1990.

<sup>83</sup> Sul punto si rinvia a M. CLARICH, *ult. op. cit.*, pp. 152-157; A. ZITO, *ult. op. cit.*, pp. 54-55 e 154-156; M. RENNA, *ult. op. cit.*, pp. 558-559.

<sup>84</sup> In argomento si rimanda alla dottrina citata nella nota precedente, specialmente a A. ZITO, *ult. op. cit.*, pp. 154-160.

dere dalla natura, vincolata o discrezionale, del potere esercitato, è certamente in grado di causare danni, anche ingenti, al soggetto non informato, poiché lo stato di inconsapevolezza può aver indotto quest'ultimo ad assumere iniziative (impegni di spesa o obblighi contrattuali), che, se fosse stato reso edotto del procedimento iniziato, avrebbe evitato di intraprendere per la loro inutilità o, addirittura, incompatibilità con le conseguenze prevedibili dell'azione pubblica rivolta nei suoi confronti<sup>85</sup>.

Il fatto poi che la violazione delle regole di comportamento, stabilite dalla legge n. 241/1990, si traduca o possa tradursi in uno specifico vizio del provvedimento non impedisce né esclude che la medesima violazione sia dotata di una rilevanza sua propria e che, conseguentemente, sia fonte di separati e distinti obblighi risarcitori<sup>86</sup>.

Come si è in precedenza rilevato, agli obblighi procedurali, imposti alla parte pubblica del rapporto, corrispondono pretese individuali non coincidenti né identificabili<sup>87</sup> con la pretesa o l'aspettativa sottesa all'interesse legittimo<sup>88</sup>.

Quest'ultima ricostruzione trova, inoltre, uno specifico sostegno nell'art. 21-*octies* della legge da ultimo citata; come si è già evidenziato, infatti, la norma distingue i vizi sostanziali dell'atto da quelli formali e procedurali e stabilisce, per essi, un trattamento giuridico differenziato; in tal modo il precetto in questione sembra attestare che le posizioni soggettive tutelate in relazione alle tipologie di vizi sopra indicate sono autonome, ancorché strettamente connesse<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Così A. ZITO, *ult. op. e loc. cit.*; M. RENNA, *ult. op. e loc. cit.*; in particolare l'Autore da ultimo indicato, in *ult. op. cit.*, p. 558, osserva giustamente che la comunicazione di avvio del procedimento ha "un fondamentale valore 'esterno' al procedimento, per i soggetti direttamente coinvolti dallo svolgimento dell'attività dell'amministrazione: chi sta per essere espropriato di un immobile ha il diritto di essere informato dell'inizio della procedura di esproprio anche qualora l'espropriazione si riveli ineluttabile, da un punto di vista sostanziale, al fine di evitare, per esempio, di compiere vani investimenti finanziari o di avviare trattative contrattuali inutili in relazione all'immobile in questione, alla sua compravendita o a possibili attività edilizie o commerciali inerenti allo stesso; analogamente un imprenditore ha sempre e comunque il diritto di essere informato tempestivamente dell'avvio delle procedure di annullamento o di revoca dei provvedimenti ampliativi che gli consentono di svolgere la propria attività d'impresa".

<sup>86</sup> Cfr. M. RENNA, *ult. op. cit.*, spec. pp. 569-575.

<sup>87</sup> Sul punto si veda L. FERRARA, *ult. op. cit.*, p. 171.

<sup>88</sup> Sulla c.d. pretesa provvedimentale e sulla obbligazione da essa nascente si rinvia a D. VAIANO, *ult. op. cit.*, p. 156 ss., e a F. VOLPE, *ult. op. cit.*, spec. p. 258 ss.

<sup>89</sup> Sul punto concorda M. RENNA, *ult. op. cit.*, pp. 572-575.

Più esattamente la disposizione richiamata, stabilendo che le violazioni procedimentali (ivi comprese le violazioni dei diritti partecipativi) sono idonee a determinare la caducazione del provvedimento solo nel caso in cui abbiano inciso sul suo contenuto dispositivo (*id est* sull'assetto di interessi ivi definito), implicitamente presuppone che, ove l'inosservanza degli obblighi procedurali, imposti all'amministrazione, non abbia avuto effetti sulla decisione finale, l'eventuale inadempimento di tali obblighi sia contestabile e sanzionabile in modo separato (e svincolato dalla spettanza del bene della vita, oggetto del potere esercitato, e da qualsiasi nesso di pregiudizialità o di alternatività rispetto al rimedio demolitorio<sup>90</sup>), con strumenti processuali diversi dall'azione di annullamento dell'atto amministrativo, ovvero con l'azione risarcitoria (costituente la forma tipica ed esclusiva di tutela delle pretese partecipative, in sé e per sé considerate).

L'interpretazione ora data dell'art. 21-*octies* appare obbligata, se si vuole rendere compatibile la norma in questione con i principi costituzionali, in particolare con l'art. 113, comma 2, Cost., il quale prescrive che la tutela con-

---

<sup>90</sup> Afferma al riguardo M. RENNA, in *ult. op. cit.*, pp. 570-571, che "in diversi casi ... il soggetto privato direttamente leso dalla violazione di un obbligo procedurale da parte dell'amministrazione procedente si può trovare non soltanto nella condizione di preferire il risarcimento del danno o, meglio, di accontentarsi del risarcimento dei danni rispetto all'annullamento del provvedimento illegittimo, ma persino nell'impossibilità di ottenere l'annullamento ovvero in una situazione di totale carenza di interesse all'annullamento del provvedimento finale emanato dall'amministrazione. Si considerino in particolare gli esempi ... di un provvedimento ablativo – o di un provvedimento di annullamento o di revoca di un atto di assenso – adottato senza comunicazione d'avvio del procedimento al suo destinatario, ma reiterabile e avente un contenuto sostanzialmente ineccepibile, e quello del provvedimento ampliativo rilasciato fuori termine. In quest'ultimo caso, a ben vedere, il problema della pregiudizialità dell'annullamento del provvedimento amministrativo rispetto al risarcimento dei danni patiti dal destinatario dell'atto si rivela addirittura un falso problema, perché non sussiste alcuna possibilità, né teorica né concreta, che un atto ampliativo sia annullabile dal giudice amministrativo su richiesta del suo destinatario (se non altro per carenza di interesse a ricorrere in capo al ricorrente). L'ipotesi del c.d. danno da ritardo è quella, in realtà, che più di ogni altra appare dimostrare come la tutela dei diritti soggettivi procedimentali sia incompatibile con la regola della pregiudizialità amministrativa, dimostrando infatti molto chiaramente che la tutela risarcitoria nei confronti degli inadempimenti degli obblighi procedurali è una tutela concettualmente e giuridicamente autonoma e separata da quella di tipo demolitorio offerta dall'annullamento dell'atto amministrativo. Più in generale, quantomeno in tutte le ipotesi in cui risulti evidente l'impossibilità o l'inutilità dell'annullamento del provvedimento, alla stessa maniera dovrebbe risultare evidente anche ai giudici amministrativi più scettici che la tutela delle pretese procedurali risponde a una logica totalmente differente da quella dell'azione di impugnazione dell'atto e che, pertanto, la prima deve essere tenuta svincolata dalla seconda".

tro gli atti della pubblica amministrazione “non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi d’impugnazione o per determinate categorie di atti”<sup>91</sup>.

Si deve sottolineare, altresì, che gli obblighi procedurali, fissati dalla normativa in esame, soddisfano pure i requisiti, stabiliti dall’art. 1174 c.c., per le prestazioni oggetto dei rapporti di natura obbligatoria, atteso che – come si è notato – esigono adempimenti, da parte dell’amministrazione, aventi sicura rilevanza economica ed incidenti immediatamente nella sfera patrimoniale dei creditori della prestazione<sup>92</sup>.

Non risulta infine di ostacolo all’equiparazione tra le obbligazioni pubbliche, derivanti dal rapporto procedimentale, e le obbligazioni di diritto civile la circostanza che le garanzie partecipative, contemplate dalla legge n. 241/1990, richiedano all’autorità agente puntuali comportamenti, che assolvono (anche) ad una funzione servente ed accessoria rispetto alle utilità finali protette dall’interesse legittimo: in proposito si è già avuto modo di osservare che la natura ancillare ora descritta non rappresenta il nucleo essenziale ed indefettibile delle pretese soggettive, di cui si discute.

In definitiva, alla luce delle riflessioni in precedenza svolte, appare lecito concludere che le regole di condotta, definite dalla legge sul procedimento amministrativo, sono poste a presidio, in via primaria, di beni della vita – specificamente individuati o, comunque, facilmente individuabili in base alle singole norme disciplinatrici – autosufficienti e distinti dagli interessi sostanziali, che i destinatari del provvedimento intendono conservare od ottenere con l’esercizio del potere pubblico.

---

<sup>91</sup> In tal senso D. SORACE, *ult. op. cit.*, pp. 17-18; 94; E. FOLLIERI, *L’annullabilità dell’atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 625; M. RENNA, *ult. op. cit.*, p. 573.

<sup>92</sup> Sul punto si rinvia a L. FERRARA, *ult. op. cit.*, spec. pp. 243-158; D. VAIANO, *ult. op. cit.*, p. 277; F. VOLPE, *ult. op. cit.*, p. 278 ss., spec. pp. 287 e 300; M. RENNA, *ult. op. cit.*, p. 558 ss.



# IL CRITERIO DI “EQUIVALENZA VERTICALE” IN CASO DI APPLICAZIONE E INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO NAZIONALE DA PARTE DELLE ISTITUZIONI UE NEL CONTESTO DELL’UNIONE BANCARIA (SPUNTI DI RIFLESSIONE, IN OMAGGIO AL MAESTRO)

*Diana-Urania Galetta*

SOMMARIO: 1. Premessa (e doverosa nota introduttiva). – 2. La problematica della “equivalenza verticale” come evidenziata da Guido Greco. – 3. Lo scopo e obiettivo del presente contributo. – 4. Le intersezioni fra diritti nazionali e diritto UE e il caso particolare dell’unione bancaria. – 5. Applicazione del diritto nazionale degli Stati membri da parte della BCE e successivo controllo giurisdizionale: la sentenza *Corneli* e l’applicazione del criterio di equivalenza verticale (come estrinsecazione della “bidirezionalità” del principio di leale cooperazione). – 6. L’unione bancaria come interessante laboratorio di soluzioni da successivamente estendere? Brevi (ed ottimistiche) riflessioni conclusive.

## 1. *Premessa (e doverosa nota introduttiva).*

Non posso che aprire questo mio contributo nel *Liber Amicorum* in onore di Guido Greco con una doverosa premessa. Mi risulta, in effetti, particolarmente difficile immaginare uno scritto che possa considerarsi in qualche modo all’altezza degli insegnamenti che Guido Greco mi ha così generosamente impartito nel corso di una collaborazione scientifica che si è sviluppata (seguendo ovviamente varie fasi) lungo un arco temporale di oramai trentacinque anni; e che è stata intensa, costante, dialettica (proverbiale i suoi riferimenti alla mia testardaggine!). In ogni caso, sempre e comunque estremamente stimolante e proficua: almeno per me, che sono e mi considero, con grande fierezza, “la sua allieva”.

Lo dico subito, sapendo peraltro di non correre alcun rischio che questa possa essere considerata come una “piaggeria”: senza di lui, senza la sua costante lungimiranza (caratteristica peculiare di un grande Maestro!), nulla di

tutto quello che è, ed è stato nel mio percorso accademico, sarebbe probabilmente stato possibile.

Nel mio percorso di accademico Guido Greco mi ha influenzata praticamente su tutto, direttamente od indirettamente: nella selezione dei temi che ho scelto; o, talora, proprio per contrapposizione a lui, non ho scelto. Nell'impostazione del mio metodo di studio e ricerca, avendomi lui insegnato (e sempre rammentato) l'importanza dell'attenzione alle norme, ma anche alla giurisprudenza: perché il diritto è e vive nel tessuto sociale, e si manifesta in concreto anche e soprattutto attraverso la sua interpretazione da parte dei tribunali (amministrativi).

Una caratteristica di Guido Greco, che potrebbe sfuggire a chi non lo conosce bene, è quanto per lui lo studio del diritto (amministrativo) sia letteralmente al centro della sua vita.

In perfetta coerenza con questo suo tratto di estrema serietà, rigore e dedizione, egli mi ha sin da subito appoggiata ed indirizzata anche nelle mie scelte di formazione: lo conobbi a 21 anni, come docente del mio corso di diritto amministrativo; e mi laureai con lui, circa un anno dopo, nel novembre del 1990, con una tesi in diritto amministrativo dal titolo "Urbanistica e opere pubbliche".

Successivamente, il Maestro ha appoggiato la mia scelta di fare un master in Germania: un LL.M., in diritto pubblico tedesco ed europeo. E mi ha spinto poi, una volta rientrata dalla Germania, a continuare i miei studi con l'acquisizione di una seconda laurea: questa volta con una tesi di laurea in diritto dell'Unione europea<sup>1</sup>.

Perché dico tutto questo (visto che non è ovviamente di me che debbo parlare in questa sede): perché la mia scelta di scrivere la mia seconda tesi di laurea in diritto dell'Unione europea fu non solo appoggiata dal Maestro, ma una conseguenza diretta del mio lavoro (sin dal giorno "zero") nella assai stimolante Redazione della "Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario" (d'ora in poi, RIDPC). Una Rivista – ora autorevolissima – che venne concepita e nacque proprio all'inizio degli anni 1990, nei locali dell'allora Facoltà di Scienze Politiche milanese, grazie all'interazione e costante collaborazione fra due grandi Maestri del diritto amministrativo (europeo): Guido Greco, per l'apunto; e il suo grande amico (e "compagno di avventure" accademiche) Mario Pilade Chiti.

---

<sup>1</sup> Con il Prof. Bruno Nascimbene, un altro grande Maestro al quale sono tuttora molto legata.

Giovane laureata, ebbi il privilegio di potere assistere alle loro discussioni, alla progettazione del lavoro per iniziarne le pubblicazioni, per impostare le "rubriche", per immaginare le collaborazioni necessarie, in Italia ed all'estero. Ebbi finanche (e mi piace qui ricordarlo!) l'onore di accompagnare il mio Maestro agli uffici del Comune di Milano, il giorno in cui dovette fare autenticare la sua firma al fine di potere depositare la richiesta di registrazione della RIDPC in tribunale, con il suo nominativo come "Direttore responsabile".

Sono dei bei ricordi per me, certamente! Ma sono soprattutto l'evidenza concreta di come Guido Greco sia e debba essere considerato come uno dei Padri fondatori degli studi del diritto amministrativo europeo, in Italia (insieme, appunto, a Mario Pilade Chiti): non a caso, è a loro due che si deve il solo *Trattato di Diritto Amministrativo europeo* italiano<sup>2</sup>. Prima della nascita della RIDPC gli studi in materia erano, in effetti, assai scarsi<sup>3</sup>, del tutto sparsi e non coordinati.

Come già ho avuto modo di riferire altrove, lo scritto di Sabino Cassese pubblicato come saggio di apertura nel primo fascicolo della RIDPC si apriva, infatti, ancora con la domanda se esistesse o meno un diritto amministrativo comunitario<sup>4</sup>!

La RIDPC non soltanto ha dimostrato, in modo del tutto inconfutabile, che il diritto amministrativo comunitario (o "eurounitario", come si usa dire ora) esiste<sup>5</sup>; essa ha anche rappresentato il "punto di coagulazione" degli sforzi scientifici in materia. La RIDPC diretta da Guido Greco (e Mario Pilade Chi-

<sup>2</sup> Pubblicato con l'editore Giuffrè in una prima edizione, di 3 volumi, nel 1998; e in una seconda edizione più che "raddoppiata", di 6 volumi, nel 2007.

<sup>3</sup> Uno dei primi studi in materia è il volume *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Milano, 1989, nel quale il primo capitolo fu redatto appunto da Guido GRECO, *Profili di diritto pubblico italo-comunitario*, p. 3 ss. Subito successivo il primo tentativo di "Manuale", di M. AIROLDI, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990, che era stato fatto però oggetto di condivisibili critiche (e sull'impostazione, e sui contenuti del volume) da G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3/1991, p. 351 ss. (354).

<sup>4</sup> S. CASSESE, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/1991, p. 3 ss. (4), che riproponeva essenzialmente il ragionamento di Massimo Severo Giannini, di molti anni prima (1967), in argomento. Sul che si rinvia al recente ed assai interessante saggio di J. ZILLER, *il diritto pubblico dell'economia e il diritto dell'unione Europea secondo Massimo Severo Giannini*, in *Dir. amm.*, 1/2024, spec. par. 2. (su "La negazione di Giannini dell'esistenza di un diritto amministrativo europeo").

<sup>5</sup> A questo proposito si vedano le osservazioni di G. GRECO, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, p. 85 ss.



ti) ha cioè contribuito, in buona sostanza, alla costruzione e diffusione di questa disciplina consentendole, nel corso di oltre tre decenni, di guadagnare una sua chiara ed evidente autonomia anche in Italia e permettendo agli studiosi italiani della disciplina (fra i quali, evidentemente, anche la sottoscritta) di avere un punto di riferimento costante, che presto è diventato un punto di riferimento anche al di fuori dei confini nazionali (la RIDPC è infatti presente nelle biblioteche di praticamente tutti gli Istituti che abbiano una sezione dedicata agli “studi europei”).

## 2. *La problematica della “equivalenza verticale” come evidenziata da Guido Greco.*

Fatta questa doverosa premessa, e posto che non è certamente questa la sede per potere svolgere ampi approfondimenti, le osservazioni che seguono hanno il solo obiettivo di fornire qualche (si spera utile) spunto di riflessione sul c.d. “criterio di equivalenza verticale”, al quale Guido Greco ha fatto riferimento, per la prima volta, in uno suo scritto pubblicato sulla RIDPC nel 2008<sup>6</sup> e con riguardo a un tema che è da sempre al centro dei suoi interessi scientifici: quello delle garanzie giurisdizionali a tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei consociati<sup>7</sup>.

Riflettendo sul tema dell'autonomia procedurale degli Stati membri – e sul loro obbligo di garantire l'effetto utile della normativa comunitaria, quale limite posto dalla giurisprudenza della Corte UE all'autonomia procedurale stessa – egli sottolineava come, a suo modo di vedere, “il criterio dell'effettività finisce nel confluire in quello dell'equivalenza di tipo verticale (che presuppone una pari dignità degli ordinamenti (...))”; ne concludeva che, con rispetto alle esigenze di tutela di posizioni giuridiche soggettive “nessuno potrebbe accusare uno Stato membro di aver apprestato strumenti di tutela inadeguati. Né di aver violato il principio di leale collaborazione (art. 10 del Trattato),

---

<sup>6</sup> G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2008, p. 505 ss.

<sup>7</sup> Fra i più risalenti, G. GRECO, *Silenzio della pubblica amministrazione e problemi di effettività della tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 397 ss. e in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, II, 1980, p. 971 ss., ma, soprattutto, il suo ben noto studio monografico *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980. Da ultimo, invece, si veda in particolare il suo contributo destinato agli studi in ricordo di Antonio Romano Tassone, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 3/2014, p. 479 ss.

perché tale principio è bilaterale e vale anche per le Istituzioni comunitarie: le quali, dunque, non possono «lealmente» pretendere dagli Stati membri una tutela delle posizioni comunitarie più accentuata o, comunque, più favorevole rispetto a quella accordata dallo stesso diritto comunitario»<sup>8</sup>.

Il ragionamento sul tema è stato poi da lui ripreso – e meglio esplicitato – anche in vari scritti successivi<sup>9</sup>. Se, infatti, già nello scritto del 2008 poc'anzi richiamato Guido Greco concludeva che dovesse indentificarsi un'esigenza di equivalenza "verticale" nel senso di "equivalenza come risultato del raffronto di regimi e rimedi nazionali e comunitari"<sup>10</sup>, successivamente egli precisava espressamente che, in ossequio a detto criterio, "il test di conformità con gli obblighi scaturenti dal principio di leale cooperazione" avrebbe dovuto essere "operato alla stregua di un raffronto tra gli strumenti procedurali degli Stati membri ed il sistema procedurale e processuale dell'Unione europea"<sup>11</sup>.

### 3. *Lo scopo e obiettivo del presente contributo.*

Pur non avendo a suo tempo condiviso le conseguenze del ragionamento del Maestro ove applicate al tema specifico dell'autonomia procedurale<sup>12</sup>, devo ammettere che ne avevo senza dubbio sottovalutato la lungimiranza in termini di capacità di immaginare, già allora, i termini di un problema ineren-

---

<sup>8</sup> G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, cit., p. 510. A tale proposito vale la pena di richiamare qui anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2013 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi (2012/2024(INL)), ove si sottolinea espressamente, al considerando H, come l'adozione di tale codice "garantirebbe l'applicazione degli stessi principi di base da parte di organi e istituzioni nelle loro relazioni con i cittadini".

<sup>9</sup> V. in particolare G. GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2009, p. 819 ss. (spec. par. 8 ss.); ID., *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati Membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2014, p. 1 ss. e in U. BECKER, A. HATJE, M. POTACS, N. WUNDERLICH (a cura di), *Verfassung und Verwaltung in Europa. Festschrift für Jürgen Schwarze zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2014, p. 372 ss.

<sup>10</sup> G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, cit., p. 515.

<sup>11</sup> G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati Membri*, cit., p. 16.

<sup>12</sup> V. D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009, spec. p. 30 ss. V. tuttavia, più di recente, G. GRECO, *Giudicato nazionale, contrasto col diritto UE e autotutela amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 4/2022, p. 423 ss., rispetto a cui anche le nostre posizioni in tema di "autonomia procedurale" mi paiono totalmente "riallineate".

te, più in generale, alla portata dell'obbligo di leale cooperazione così come esso è attualmente descritto dall'art. 4, par. 3, TUE. Un problema che si è posto ora, ad esempio, nel contesto dell'unione bancaria, a causa della relazione tra primato ed obblighi di interpretazione conforme che si viene lì a delineare in un modo affatto particolare e per effetto di una previsione del diritto UE derivato del tutto singolare (di cui si dirà nel prossimo paragrafo).

In questo breve contributo il mio obiettivo è dunque unicamente di porre in evidenza come, una questione evidenziata già tempo addietro dal Maestro, sia emersa ora chiaramente nel contesto di questi più recenti sviluppi che hanno interessato i meccanismi di interazione fra diritto UE e diritto nazionale nell'ambito dell'unione bancaria, ed a conferma della sua (a me ben nota) "lungimiranza scientifica". A questo proposito è necessario qui infatti precisare, che la previsione in tema di obbligo di leale cooperazione<sup>13</sup>, di cui al vecchio art. 5 CEE e poi art. 10 TCE, è stata integrata in maniera significativa con l'adozione del Trattato di Lisbona, aggiungendovi un primo capoverso che si rivela assai importante nella prospettiva dell'equivalenza verticale. Esso prevede infatti che "In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono *reciprocamente* nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati"<sup>14</sup>. Ed è il "reciprocamente" che diventa qui assai rilevante: perché infatti – conformemente a quel criterio di equivalenza verticale descritto da Guido Greco quale estrinsecazione del principio di leale cooperazione – "la Corte non può pretendere dagli Stati membri uno standard di tutela degli interessi comunitari superiore a quello garantito dalla Comunità medesima, attraverso le sue istituzioni"<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Su cui si veda, in particolare, A. HATJE, *Artikel 10 (Verpflichtung der Mitgliedstaaten)*, in J. SCHWARZE (a cura di), *EU-Kommentar*, II ed., Baden-Baden, 2009, p. 314 ss.; M. ROSSI, W. KAHL, *Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 10 EGV)*, in Ch. CALLIES, M. RUFFERT (a cura di), *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union*, III ed., 2007, cpv. 1 ss.; M. ZULEEG, *Art. 10: Verpflichtungen der Mitgliedstaaten*, in H. VON DER GROEBEN, J. SCHWARZE (a cura di), *Vertrag über die Europäische Union und Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, VI ed., Baden-Baden, 2003, p. 668 ss. Nella dottrina giuspubblicistica italiana cfr. invece, tra i tanti, F.G. PIZZETTI, *Principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, 2006, p. 331 ss.; F. CARUSO, *Il principio di leale cooperazione: cardine del processo di integrazione europea*, in G. ROLLA (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*. Atti del convegno di Pontignano, Torino, 2003, p. 18 ss.

<sup>14</sup> L'evidenziazione in corsivo è mia.

<sup>15</sup> Così G. GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, cit., par. 8.

Questo ragionamento è stato, come vedremo, effettivamente applicato in una recente pronunzia del Tribunale UE nel contesto di una controversia insorta rispetto all'art. 4, par. 3, del regolamento (UE) n. 1024/2013 in tema di vigilanza prudenziale della BCE, e a proposito delle sue implicazioni. Si tratta di un'assai interessante pronunzia<sup>16</sup>, in cui il ragionamento del Tribunale UE culmina nell'annullamento della decisione della BCE impugnata, di assoggettamento ad amministrazione straordinaria di una banca italiana (Banca Carige SPA) e che era stata adottata dalla BCE (e successivamente prorogata) nell'esercizio dei suoi compiti di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi.

Il ragionamento *ivi* svolto dal Tribunale UE è assai interessante, ma non privo di elementi complessità. Tenterò, dunque, di illustrarlo al meglio nei paragrafi che seguono; e, nel fare ciò, spero soprattutto di non travisare il ragionamento del Maestro sul criterio di "equivalenza verticale": nel mio tentativo, appunto, di evidenziarne l'applicazione concreta in quello specifico contesto e le sue conseguenze pratiche.

#### 4. *Le intersezioni fra diritti nazionali e diritto UE e il caso particolare dell'unione bancaria.*

Prima di passare all'esame della questione specifica, ed al fine di meglio inquadrarla nel contesto di riferimento, occorre però spendere due parole sull'unione bancaria<sup>17</sup>. Questa, come noto, è stata creata a seguito della crisi finanziaria del 2008 e della successiva crisi del debito sovrano, essendo in quel momento diventato evidente, come i problemi causati dagli stretti legami tra il settore bancario e le finanze pubbliche potessero facilmente trascendere i confini nazionali e causare turbolenze finanziarie in altri paesi dell'UE, in particolare nel contesto di una unione monetaria come l'area dell'euro.

L'Unione europea è dunque intervenuta con una profonda riforma del settore della vigilanza finanziaria, che aveva quale obiettivo di creare un quadro finanziario integrato per "rinsaldare le basi del settore bancario e ripristinare la fiducia nell'euro, in una prospettiva a più lungo termine di integrazione economica e di bilancio"<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Sentenza *Corneli*, T-502/19, su cui si rinvia al prossimo par. 5.

<sup>17</sup> Per un utile quadro riassuntivo dei più importanti contributi dottrinari in materia, G. SCIASCIA, *L'unione bancaria: scritti recenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2017, p. 134 ss.

<sup>18</sup> Così si legge nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Una tabella di marcia verso l'unione bancaria*, Doc. COM/2012/0510 final, par. 1.

Dal punto di vista del diritto UE, non vi è peraltro dubbio che l'istituzione di un'unione bancaria abbia rappresentato una risposta alla crisi europea facilitata dalle disposizioni flessibili dei trattati UE<sup>19</sup>.

Come è stato opportunamente osservato in dottrina, l'unione bancaria mostra plasticamente come cambino le strutture amministrative durante il processo di integrazione amministrativa europea<sup>20</sup>.

In particolare poi, dal punto di vista dell'organizzazione amministrativa, nel contesto dell'unione bancaria vi è stato un evidente superamento del modello di congiunzione tra amministrazione sovranazionale e autorità nazionali basate sulle agenzie. Il modello organizzativo dell'agenzia si basa, infatti, sull'istituzione di un organismo europeo che risulta privo sia di poteri vincolanti, che di una posizione sovraordinata rispetto alle amministrazioni nazionali; mentre nell'unione bancaria le "relazioni operative" attivate grazie ai meccanismi di interazione previsti dai vari strumenti normativi adottati in questo specifico contesto consentono di raggiungere l'obiettivo di un'azione amministrativa veramente comune tra organi dell'Unione e organi delle amministrazioni nazionali<sup>21</sup>. Ma, proprio per questa ragione, anche i meccanismi di intreccio fra diritto nazionale e diritto UE risultano, a loro volta, ancora più complessi del solito.

In particolare, nell'ambito del primo pilastro dell'unione bancaria, quello che riguarda il Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) sono previsti non soltanto altamente intricati "procedimenti composti"<sup>22</sup>; è previsto addirittura che la BCE possa (e debba) applicare direttamente anche il diritto nazionale degli Stati membri.

Più precisamente, il regolamento (UE) 1024/2013<sup>23</sup> statuisce all'art. 4, par. 3, che "Ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente rego-

---

<sup>19</sup> V. per tutti F. MERUSI, *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale*, in G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 47 ss.

<sup>20</sup> Così osserva M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2013, p. 13 s., cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti alla molta dottrina in argomento, che ha largamente indagato la questione.

<sup>21</sup> M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, spec. p. 252 ss.

<sup>22</sup> Sul che si veda, oltre a M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., anche M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016; ID., *Palgrave Handbook of the European Banking Union*, New York, 2019; M.P. CHITI, *I procedimenti amministrativi composti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2019, p. 187 ss.

<sup>23</sup> Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

lamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni".

Si tratta, come è stato autorevolmente osservato, di una evidente "inversione dell'usuale rapporto tra diritto europeo e diritto nazionale"<sup>24</sup> che risulta essere gravida di conseguenze. Anche perché – ed è questo che qui maggiormente mi interessa fare rilevare – da questa singolare previsione scaturiscono importanti conseguenze pure rispetto alla questione della tutela giurisdizionale. In base al ben noto meccanismo di riparto delle competenze fra giudici nazionali e Corte di giustizia UE, come disegnato da Trattati, in questa ipotesi è infatti quest'ultima (e dunque il giudice sovranazionale) a dovere sindacare degli atti della BCE, pure quando questi involgano l'applicazione di norme di diritto nazionale degli Stati membri, con tutte le difficoltà e problematiche del caso.

In un recente ed interessante saggio<sup>25</sup> si è giustamente sottolineato, a questo riguardo, come la norma del regolamento (UE) 1024/2013 in questione sia una vera e propria novità per l'ordinamento dell'Unione europea. Non si tratta, infatti, di una norma che opera un mero rinvio al diritto nazionale per integrare una nozione comunitaria; o per individuare un limite alla sua applicazione. Questo non sarebbe nulla di nuovo, posto che nel diritto derivato vi sono già rilevanti casi in cui un atto normativo adottato dalle istituzioni UE rinvia espressamente al diritto nazionale, al fine di completare il diritto dell'Unione europea. Un esempio di ciò è rappresentato dal regolamento sul marchio dell'Unione europea<sup>26</sup>, il cui art. 17, che reca l'epigrafe "Applicazione complementare della legislazione nazionale in materia di contraffazione", al par. 2 specifica che "Il presente regolamento non esclude che si possano intentare azioni inerenti a un marchio UE fondate sul diritto degli Stati membri riguardante in particolare la responsabilità civile e la concorrenza sleale". Mentre l'art. 27, dedicato alla "Opponibilità ai terzi", precisa che "Fino a quando tra gli Stati membri non siano entrate in vigore disposizioni comuni in mate-

---

<sup>24</sup> L. TORCHIA, *L'unione bancaria europea: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2015, p. 11 ss. (13).

<sup>25</sup> I. ANRÒ, *Il diritto nazionale al vaglio della CGUE nell'ambito del meccanismo di vigilanza unico, tra primato e nuovi modelli di integrazione*, in *Quaderni AISDUE*, fasc. speciale 1/2024, p. 1 ss.

<sup>26</sup> Regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017.

ria di fallimento, l'opponibilità ai terzi del fallimento o di procedure analoghe è disciplinata dalla legislazione del primo Stato membro in cui tale procedura è stata avviata secondo la legislazione nazionale o convenzioni applicabili in materia".

Le previsioni del regolamento sul marchio dell'Unione europea appena richiamate rappresentano, in effetti, le due ipotesi tipiche che giustificano un rinvio al diritto nazionale per integrare e completare le norme del diritto UE: la prima ipotesi (art. 17), concerne l'esigenza di lasciare spazio alla legislazione nazionale per "completare" meccanismi di tutela giurisdizionale che non possono esaurirsi al solo livello del diritto UE. La seconda ipotesi (art. 27) riguarda invece la diversa circostanza in cui siano temporaneamente non disponibili (perché non ancora adottate) disposizioni comuni, e quindi di diritto UE, su determinati aspetti di diritto sostanziale o processuale che si ritiene possano/debbero essere successivamente coperti dal diritto UE.

La previsione di cui all'art. 4, par. 3 del regolamento (UE) 1024/2013 ha però tutt'altro contenuto e significato: con questa norma si conferisce direttamente il potere e la responsabilità di applicare il diritto nazionale ad un'istituzione dell'Unione<sup>27</sup>. Non è una novità di poco conto!

##### *5. Applicazione del diritto nazionale degli Stati membri da parte della BCE e successivo controllo giurisdizionale: la sentenza Corneli e l'applicazione del criterio di equivalenza verticale (come estrinsecazione della "bidirezionalità" del principio di leale cooperazione).*

Secondo quanto è stato osservato in dottrina, se "Il diritto europeo ha sempre camminato sulle gambe delle amministrazioni nazionali, per l'impossibilità di costruire ex novo un apparato amministrativo proprio esteso a tutti i campi di intervento dell'UE", nel caso dell'unione bancaria questo meccanismo è stato invertito<sup>28</sup>. Mi pare di potere aggiungere a questa condivisibile riflessione, che nel caso dell'unione bancaria risulta talora invertito anche il meccanismo di interpretazione conforme: nel senso che, per le ipotesi di cui all'art. 4, par. 3 del regolamento (UE) 1024/2013 già richiamato, è il giudice sovranazionale a dovere verificare il rispetto delle norme nazionali che trovano

---

<sup>27</sup> Cfr. ancora I. ANRÒ, *Il diritto nazionale al vaglio della CGUE nell'ambito del meccanismo di vigilanza unico, tra primato e nuovi modelli di integrazione*, cit.

<sup>28</sup> L. TORCHIA, *L'unione bancaria europea: un approccio continentale?*, cit., p. 13.

applicazione; e a dovere quindi interpretare egli stesso il diritto nazionale in ossequio al principio di interpretazione conforme (rispetto al diritto UE); ma anche (come vedremo) in maniera tale da non pervenire ad una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Ecco perché la giurisprudenza recente che ha avuto modo di occuparsi delle implicazioni di quest'ultima previsione mi pare, in effetti, rilevante anche con rispetto all'esigenza di rispettare il criterio di necessaria "equivalenza verticale", come descritto da Guido Greco nei suoi scritti.

Si tratta, in particolare, della decisione del Tribunale UE nel caso *Corneli*, T-502/19<sup>29</sup>, che rappresenta un primo e concreto esempio dei molti problemi con cui si dovrà confrontare il giudice sovranazionale rispetto all'applicazione della previsione dell'art. 4, par. 3 del regolamento (UE) 1024/2013.

In questa sede mi limiterò, peraltro, a porre in evidenza soltanto i punti fermi posti da questa interessante pronunzia nel contesto di un ragionamento che io identifico come una chiara estrinsecazione (seppur non esplicitata<sup>30</sup>) di quel criterio di equivalenza verticale descritto da Guido Greco come espressione del principio di leale cooperazione. Principio di leale cooperazione che – come già si è detto nel precedente par. 3 – ora ha pacificamente valenza ed applicazione bidirezionale<sup>31</sup>, in conformità rispetto alla previsione del primo capoverso dell'art. 4, par. 3, TUE, ma che era stata in qualche modo anticipata anche nell'intuizione di Guido Greco in tema di "equivalenza verticale"<sup>32</sup>.

Con l'adozione del Trattato di Lisbona – vale la pena di ribadirlo – la pre-

---

<sup>29</sup> Trib. 12 ottobre 2022, causa T-502/19, *Corneli c. BCE*, ECLI:EU:T:2022:627. Per un primo commento alla sentenza v. A. MAGLIARI, *L'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE: i nodi vengono al pettine*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2023, p. 213 ss.

<sup>30</sup> Conformemente a quanto osservava, rispetto al criterio di equivalenza verticale, G. GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, cit., par. 8: "Certo, il criterio proposto (...) non esiste tra quelli dichiaratamente utilizzati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ai fini dell'applicazione dell'art. 10. Ma ciò non significa che non possa essere prospettato ed applicato, ove logicamente plausibile e giuridicamente sostenibile: e non è detto, poi, che si tratti di criterio lontano dai canoni utilizzati dalla medesima Corte".

<sup>31</sup> Sull'obbligo di cooperazione, che investe in senso "bidirezionale" i rapporti tra gli Stati membri e l'Unione europea, v. in particolare già O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, spec. p. 7 ss. V. anche K. LENAERTS, *Le devoir de loyauté communautaire*, in J. VERHOEVEN (a cura di), *La loyauté. Mélanges offerts à Étienne Cerexhe*, Bruxelles, 1997, spec. p. 246 s.

<sup>32</sup> Ricordo, infatti, che il primo saggio dove egli fa riferimento al principio di "leale collaborazione" in questa prospettiva è del 2008 (G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, cit.); e, quindi, comunque precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.



visione in tema di obbligo di leale cooperazione è stata, infatti, non solo trasferita nel Trattato sull'Unione (art. 4, par. 3, TUE), ma è stata anche integrata in maniera significativa rispetto a quella originaria dell'art. 10 TCE, con un primo capoverso che si rivela assai importante proprio nella prospettiva dell'equivalenza verticale. Esso infatti chiarisce definitivamente come il principio di leale cooperazione non imponga obblighi solo in capo agli Stati membri, ma implichi che "l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono *reciprocamente* nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati"<sup>33</sup>. Sicché non stupisce se, nella pronunzia *Corneli*, il Tribunale UE – dopo avere ribadito che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretarlo, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva che esso intende trasporre, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima<sup>34</sup> – sottolinea però anche che "Il Tribunale ha lo stesso obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale alla luce di una direttiva allorché è chiamato, come nella presente controversia, in forza delle pertinenti disposizioni, ad applicare tale diritto"<sup>35</sup>.

È questo il primo passaggio della pronunzia *Corneli* espressivo, a mio modo di vedere, del criterio di equivalenza verticale di cui si è detto (e della chiara valenza bidirezionale dell'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 1, TUE); cui ne segue peraltro un secondo, in cui il riferimento a questo criterio è per me ancora più chiaro ed evidente. Di poi il Tribunale UE sottolinea<sup>36</sup>, infatti, come la giurisprudenza UE sia costante nel ritenere che, quando è in questione l'interpretazione di una disposizione del diritto na-

---

<sup>33</sup> L'evidenziazione in corsivo è mia. I due successivi capoversi (dell'ora art. 4, par. 3, TUE) sono rimasti invece invariati rispetto alla versione originaria di cui all'art. 10 TCE: "Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione"; "Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione". Versione che peraltro, salva qualche minima modifica testuale, corrisponde nel suo contenuto a quella dell'originario art. 5 del Trattato CEE. Sul che si rinvia, per tutti, a M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté européenne*, Paris, 1994.

<sup>34</sup> Cfr. le sentenze del 24 gennaio 2012, *Dominguez*, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33, punto 24, e del 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, punto 48 e la giurisprudenza ivi citata; v. inoltre, per analogia, la sentenza del 24 giugno 2019, *Popławski*, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, punti 55, 57 e 58.

<sup>35</sup> Causa T-502/19, *Corneli c. BCE*, punto 103.

<sup>36</sup> Causa T-502/19, *Corneli c. BCE*, punti 104-105.

zionale, "la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali va valutata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali"<sup>37</sup>; e che, tuttavia, "tale principio di interpretazione conforme del diritto nazionale conosce taluni limiti" e, in particolare, "è limitato dai principi generali del diritto, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale"<sup>38</sup>. Sicché – ed ecco qui l'ulteriore estrinsecazione del criterio di equivalenza verticale espressivo di un principio di leale cooperazione necessariamente bidirezionale – anche nell'ipotesi in cui sia il giudice sovranazionale ad essere competente, il suo "obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale (...) non può servire da fondamento ad un'interpretazione in contrasto con i termini utilizzati nella disposizione nazionale di recepimento di una direttiva"<sup>39</sup>.

Come ben illustra il Tribunale nella sua motivazione, quest'ultimo sarebbe stato invece il risultato in concreto raggiunto ove fosse stato accolto il metodo di interpretazione delle norme nazionali proposto dalla ricorrente; il primo argomento della ricorrente viene dunque respinto<sup>40</sup>.

Viene viceversa accolto il secondo motivo di ricorso proposto, con relativo esito di annullamento delle decisioni della BCE impugnate, sul presupposto che "non si può porre rimedio all'errore commesso dalla BCE nell'applicazione dell'art. 70 del testo unico bancario con un'interpretazione libera dei testi normativi che consenta di rimodellare le condizioni per l'applicazione di disposizioni concepite in modo distinto nella direttiva 2014/59 e nel diritto nazionale"<sup>41</sup>.

Sicché – e concludendo sul punto – la pronunzia del Tribunale UE nel caso *Corneli* mi sembra rendere piena giustizia alle esigenze di "equivalenza verticale" che mi paiono emergere in questo specifico contesto. Nonostante le sollecitazioni ricevute in tal senso da parte della BCE, resistente nel ricorso, e della Commissione, intervenuta a sostegno delle conclusioni della BCE, il Tribunale UE conclude infatti chiaramente nel senso che, anche allorquando siano le istituzioni UE a dovere fare applicazione del diritto nazionale in virtù di

---

<sup>37</sup> Si tratta di una giurisprudenza ormai consolidata. Cfr. sentenza del 24 aprile 2018, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence e a./BCE*, da T-133/16 a T-136/16, ECLI:EU:T:2018:219, punto 84 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>38</sup> Cfr. sentenze del 15 aprile 2008, *Impact*, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223, punto 100, e del 24 gennaio 2012, *Dominguez*, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33, punto 25.

<sup>39</sup> Causa T-502/19, *Corneli c. BCE*, punto 106.

<sup>40</sup> Causa T-502/19, *Corneli c. BCE*, punto 109.

<sup>41</sup> Causa T-502/19, *Corneli c. BCE*, punto 113.

una norma che lo prevede espressamente (come nel caso di specie), *non* è consentita loro un'applicazione del principio di interpretazione conforme che risulti difforme – e più invasiva delle prerogative del diritto nazionale – rispetto allo standard ordinario stabilito dalla Corte di giustizia nella sua consolidata giurisprudenza al riguardo. Questo sarebbe infatti – applicando sino in fondo il ragionamento di Guido Greco – contrario al principio di leale cooperazione come attualmente codificato nell'art. 4 TUE.

Vero è che, al momento della stesura di questo contributo, c'è un'impugnativa pendente rispetto alla decisione *Corneli*<sup>42</sup>; e che la trattazione di un caso analogo (causa T-612/20, *Malacalza*) è stata per il momento “rinviata” a data da destinarsi: evidentemente, nell'attesa di un opportuno riscontro sul punto da parte della Corte di giustizia. Il che non stupisce affatto, posto che il problema di come garantire una corretta applicazione del diritto nazionale, ai sensi e per gli effetti di cui alla previsione dell'art. 4. par. 3 del regolamento (UE) 1024/2013, da parte della BCE, in prima battuta, e del giudice sovranazionale, in caso di contenzioso, è davvero problema di non poco momento<sup>43</sup>.

Tuttavia, mi azzardo qui a dire che mi sembra probabile una conferma, da parte della Corte UE, almeno degli aspetti della pronuncia del Tribunale che rilevano ai fini del criterio dell'equivalenza verticale qui commentato. La questione qui veramente controversa, infatti, non è tanto quella inerente all'obbligo di interpretazione conforme ed alle sue implicazioni, ma riguarda piuttosto il principio del primato e le sue conseguenze. Nel momento in cui non è ammissibile un'applicazione “libera”<sup>44</sup> o addirittura “*contra legem* del diritto nazionale”<sup>45</sup>, la BCE e la Commissione sembrano ritenere, infatti, che l'applicazione di una disposizione di diritto nazionale sarebbe contraria al principio del primato, anche ove l'obbligo di applicarla derivasse, come nel caso di specie, da disposizioni di diritto UE derivato<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Causa pendente dinanzi alla Corte C-777/22 P.

<sup>43</sup> Sulle numerose questioni connesse all'applicazione dell'art. 4 comma 3 del regolamento (UE) 1024/2013 v. anche le interessanti riflessioni V. DI BUCCI, *Quelques questions concernant le contrôle juridictionnel sur le mécanisme de surveillance unique*, in *Liber Amicorum per Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, p. 316 ss.

<sup>44</sup> Cfr. il punto 113 della sentenza T-502/19, *Corneli*, cit., ove il Tribunale conclude che “non si può porre rimedio all'errore commesso dalla BCE nell'applicazione dell'articolo 70 del testo unico bancario con un'interpretazione libera dei testi normativi”.

<sup>45</sup> Cfr. sentenza T-502/19, *Corneli*, cit., punto 105.

<sup>46</sup> L'art. 4, par. 3 del regolamento (UE) 1024/2013, per l'appunto.

6. *L'unione bancaria come interessante laboratorio di soluzioni da successivamente estendere? Brevi (ed ottimistiche) riflessioni conclusive.*

Concludendo sulla previsione dell'art. 4, par. 3 del regolamento (UE) 1024/2013 – e per cercare (come sempre mi sforzo di fare) di vedere il bicchiere comunque mezzo pieno – richiamerei l'attenzione su un aspetto positivo di questa controversa previsione, che non mi pare peraltro sia stato sinora evidenziato in dottrina. Quale conseguenza indiretta dell'obbligo che questa norma introduce, a carico della BCE, di applicare il diritto nazionale, scaturisce la necessità, da parte del giudice sovranazionale, di interpretare (e quindi in qualche modo di "studiare") il diritto nazionale in tutte le ipotesi in cui insorga un contenzioso al riguardo. Il che non potrà, a mio parere, che aumentare l'influenza dei diritti amministrativi nazionali sul diritto dell'Unione europea.

Quest'ultimo fenomeno già esiste, ed è pure alquanto marcato. Tuttavia, è fenomeno tuttora assai meno attenzionato in dottrina rispetto all'opposto fenomeno, dell'influenza del diritto UE sui singoli diritti amministrativi nazionali.

Le ragioni di ciò sono molteplici: la prima, e forse più importante, è che queste influenze sono sovente difficili da indentificare chiaramente; e solo raramente sono riconducibili ad uno specifico diritto (amministrativo) nazionale<sup>47</sup>.

Questo è tipicamente il caso, ad esempio, per quel che riguarda lo sviluppo dei principi generali del diritto (amministrativo UE) che, anche se in taluni casi sono stati originariamente tratti (e in modo assai evidente) da uno specifico ordinamento nazionale, una volta rielaborati nel contesto della giurisprudenza della Corte UE finiscono per assumere una dimensione e un contenuto affatto propri ed autonomi<sup>48</sup>. Come è avvenuto ad esempio per il principio di proporzionalità, da me ampiamente indagato nel corso degli anni<sup>49</sup>, proprio

---

<sup>47</sup> Su questo rinvio alle molte e interessanti osservazioni di J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, *passim*.

<sup>48</sup> Cfr. da ultimo J. ZILLER, *Common Constitutional Traditions*, in L. BESSELINK, N. LUPO, M. WENDEL, *Research Handbook of European Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham, p. 31 ss., disponibile anche in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4404157>.

<sup>49</sup> Fra i miei contributi più recenti mi permetto di rinviare, in particolare, a D.-U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2019, p. 903 ss.; ID., *The EU law principle of proportionality and judicial review: its origin, development, dissemination and the lessons to be learnt from the EU Court of Justice*, in ESCB (Ed.), *Continuity and change – how the challenges of today prepare the ground for tomorrow*. ECB Legal Conference 2021, Publications Office of the European Union, Luxembourg, February 2022, ISBN 978-92-899-4990-3/978-92-899-4989-7, p. 55 ss. in <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/>

grazie alla lungimiranza del Maestro nel richiamare la mia attenzione, *illo tempore*, sulla crescente importanza di questo principio nel diritto UE e sulla esigenza di dedicarvi uno studio approfondito<sup>50</sup>.

Anche i diritti fondamentali sono stati sviluppati nel diritto UE come principi generali dell'Unione europea, e a partire dalle tradizioni costituzionali comuni e dai trattati internazionali a tutela dei diritti fondamentali<sup>51</sup>; e la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea include numerosi rinvii alla legislazione nazionale degli Stati membri.

La soluzione immaginata nel contesto dell'unione bancaria rappresenta, invece, un nuovo modello di riferimento ai diritti nazionali, ancora più diretto, e che potrà forse venire successivamente esteso anche ad altri ambiti. Se così fosse, sarà però forse necessaria anche, in prospettiva, l'adozione di un qualche accorgimento inteso a coinvolgere attivamente i giudici nazionali nel procedimento decisionale, attraverso quello che in dottrina è stato identificato come una sorta di "rinvio pregiudiziale rovesciato"<sup>52</sup>.

In questo senso, il settore dell'unione bancaria potrebbe essere servito, in effetti, da utile laboratorio per sperimentare problemi e soluzioni da poi estendere, eventualmente, anche ad altri settori.

---

ecb.ecblegalconferenceproceedings202204-c2e5739756.en.pdf, e in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021/5-6, p. 619 ss.

<sup>50</sup> Il mio primo volume monografico (non a caso, a lui dedicato) fu infatti rivolto proprio allo studio di questo principio: D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

<sup>51</sup> Sul che rinvio a quanto meglio precisato in D.-U. GALETTA, *Le fonti (del diritto amministrativo europeo)*, in S. BATTINI, E. CHITI, D.-U. GALETTA, B.G. MATTARELLA, C. FRANCHINI, G. DELLA CANANEA, M.P. CHITI (a cura di M.P. Chiti), *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2018, p. p. 91 ss., par. 4.5.

<sup>52</sup> L'espressione "*renvoi préjudicielle 'renversé'*" è utilizzata da V. DI BUCCI, *Quelques questions concernant le contrôle juridictionnel sur le mécanisme de surveillance unique*, cit., che fa però riferimento alle Corti costituzionali/supreme nazionali nel suo ragionamento al riguardo (p. 330 s.).

# PER UNA LETTURA ATTUATIVA DEI PRINCIPI DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

*Carlo Emanuele Gallo*

SOMMARIO: 1. Il ruolo dei principi nel Codice dei Contratti pubblici. – 2. Principi e regole generali. – 3. Principi e discrezionalità amministrativa. – 4. Il principio del risultato. – 5. Il principio della fiducia.

## *1. Il ruolo dei principi nel Codice dei Contratti pubblici.*

Il Codice dei Contratti Pubblici approvato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, è un testo normativo imponente sia quanto alla impostazione che quanto all'articolato: il Codice infatti è suddiviso in cinque libri e contiene 229 articoli e 36 allegati<sup>1</sup>.

Ancorché, secondo quanto viene riferito nella relazione illustrativa redatta dalla Commissione che ha elaborato il testo, sedente presso il Consiglio di Stato, il numero delle disposizioni sia inferiore rispetto a quello in precedenza vigente<sup>2</sup>, si tratta sempre di un complesso di regole che rende certamente non agevole per i soggetti che devono operare nel settore dei contratti della pubblica amministrazione individuare l'atteggiamento che debbono assumere e l'atto e il provvedimento che debbono adottare.

All'interno di questo testo, i principi occupano una parte significativa: non solo sono richiamati nell'intitolazione del Libro I del Codice ma costituiscono l'oggetto della parte prima di quel Libro, intitolata appunto "Dei principi" e addirittura vengono qualificati come "Principi generali" nel Titolo I.

---

<sup>1</sup> Qualifica il nuovo codice "mastodontico" M. PROTTO, *Il (terzo) nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1949.

<sup>2</sup> La Relazione agli articoli e agli allegati, datata 7 dicembre 2022, è pubblicata sul sito ufficiale [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

Questo titolo contiene dodici disposizioni, ciascuna delle quali, eccezion fatta per l'art. 3, l'art. 4 e l'art. 12, articolata in più commi.

La collocazione all'inizio del Codice è differente da quella che ai principi era riservata nel previgente d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che individuava nell'art. 30 i principi per l'aggiudicazione e nell'art. 29 i principi in materia di trasparenza ed è più simile a quella presente nel precedente Codice, approvato con il d.lgs. 13 aprile 2006, n. 163, che ai principi dedicava l'art. 2<sup>3</sup>.

Rispetto ai due Codici precedenti, il nuovo Codice si differenzia per il contenuto dei principi, che hanno un'impostazione certamente più generale ed aulica, finalizzata a regolare in generale l'attività della pubblica amministrazione, mentre i precedenti avevano una funzione molto più puntuale e specifica: l'obiettivo va condiviso, poiché la disciplina in materia di contratti è più garantista per il cittadino rispetto a quella generale (per esempio in tema di soccorso istruttorio e di termine per ricorrere).

Il ruolo dei principi generali e il loro significato è stato riconosciuto dalla letteratura che ha già avuto modo di occuparsi della materia ed è sottolineato dalla stessa relazione illustrativa<sup>4</sup>.

La relazione ricorda che la funzione dei principi è di esprimere i valori e i criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sottolinea che ogni Codice ha una tendenza a costituire un sistema normativo compiuto, nel quale appunto i principi consentono di comprendere il disegno armonico, organico e unitario sotteso al Codice stesso rispetto alla frammentarietà delle sue parti.

Contemporaneamente, i principi assolvono la funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela degli interessi, che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni.

È ben noto che i principi, secondo un'autorevole sistematica, possono svolgere quattro funzioni: una funzione interpretativa, e cioè volta a consentire di comprendere il significato delle singole disposizioni, una funzione integrativa, e cioè volta a completare le possibili lacune dell'ordinamento, una funzione direttiva, finalizzata a individuare l'obiettivo della disciplina, una funzione limitativa, consistente nell'esclusione della possibilità di interpretare le norme in modo contrastante con i principi stessi<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Come evidenzia F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia insieme*, 8 giugno 2023.

<sup>4</sup> Così, M. PROTTO, *op. cit.*, p. 1949; G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 287; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, p. 5.

<sup>5</sup> Si tratta della articolazione proposta da N. BOBBIO, richiamata da M.R. SPASIANO, *Prin-*

Queste funzioni però sono state svolte in modo molto differente nel tempo: le disposizioni preliminari al Codice civile, all'art. 12, attribuiscono ai principi, sostanzialmente, la prima e la seconda funzione, ricordando che ai medesimi si deve ricorrere allorché dalla lettura delle disposizioni singolarmente e complessivamente intese non emerga una regola della fattispecie concreta.

Nella Costituzione, viceversa, ai principi è chiaramente attribuita una funzione di indirizzo, come emerge dal contenuto dei principi fondamentali<sup>6</sup>.

Sia il Codice civile che la Costituzione si pongono peraltro su un piano ben diverso da quello del Codice dei contratti pubblici: il Codice civile aveva l'ambizione, di portata ancora ottocentesca, di dettare le regole complessive e tendenzialmente immutabili dei rapporti tra i soggetti dell'ordinamento con riferimento alle loro attività di carattere privatistico, la Costituzione intendeva dettare le regole di funzionamento e di sviluppo della collettività nazionale.

Il Codice dei contratti pubblici, come tutti i codici di settore, ha una funzione molto più limitata: raccogliere le regole che devono essere seguite dall'amministrazione e dagli operatori per la stipulazione dei contratti attraverso i quali l'amministrazione pubblica acquisisce lavori, servizi e forniture indispensabili per il perseguimento del pubblico interesse.

Tenuto conto poi che il Codice, a' sensi dell'art. 13, non si applica ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, ai contratti di società e alle operazioni straordinarie, né ai contratti attivi, è evidente che le sue finalità sono ancora più limitate.

È vero però che nei tempi recenti l'attenzione alla disciplina dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione è aumentata, sia perché l'amministrazione è il più consistente contraente in ciascuna comunità nazionale, sia perché proprio per questo molti operatori economici privati sono interessati alla sua attività.

La disciplina attraverso principi da un lato attribuisce una certa elasticità all'insieme, dall'altro può rendere meno facile l'individuazione della regola tanto per la pubblica amministrazione che per gli operatori, nel momento in

---

*cipi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 24/2023, p. 224, nt. 10 e da N. DURANTE, *I principi del diritto amministrativo nella giurisprudenza*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023, p. 1.

<sup>6</sup> La distinzione tra i principi del codice civile e quelli della Costituzione è ricordata da G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattiva e ordinante del nuovo codice dei contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023.



cui gli uni e gli altri si apprestano ad adottare i comportamenti e ad emanare gli atti e provvedimenti di rispettiva competenza.

Il Codice, come emerge dalla relazione illustrativa, si è posto il problema e ha ritenuto che fosse comunque preferibile dettare regole elastiche per consentire all'amministrazione di adattare le medesime alle singole fattispecie, attraverso l'utilizzazione del potere discrezionale della stazione appaltante: il potere discrezionale, del resto, è stato riconosciuto anche a livello di Unione europea come una caratteristica tipica della parte pubblica che, regolata attraverso più disposizioni rispetto a quelle che regolano i privati, deve comunque essere in grado di adattare queste disposizioni alle singole realtà nelle quali opera.

La discrezionalità amministrativa corrisponde all'impostazione del sistema amministrativo italiano, che è caratteristico di uno stato a diritto amministrativo; l'amministrazione è dotata di un potere, spesso se non normalmente di natura discrezionale, proprio perché, incaricata stabilmente di perseguire il pubblico interesse, deve poter individuare in ogni occasione qual è la modalità preferibile per raggiungere l'obiettivo, senza incontrare ostacoli insormontabili in regole di carattere generale, anche fissate dal legislatore, che possono risultare non adeguate nella singola situazione.

La p.a. è tenuta a provvedere e la necessità di provvedere non tollera né omissioni né ritardi (come risulta dal resto dalle corrispondenti norme del Codice penale e dalle disposizioni che ammettono il ricorso a ordinanze di necessità e urgenza, che possono derogare alle norme di legge).

Vi è stato però chi ha manifestato preoccupazioni per il fatto che una legislazione per principi possa rendere meno prevedibile l'azione interpretativa del giudice amministrativo, e, di conseguenza, rendere meno agevole per i cittadini e per la stessa pubblica amministrazione l'individuazione della regola che verrà riconosciuta corretta nel caso di contestazione<sup>7</sup>: si tratta di una preoccupazione importante, alla quale però non può essere attribuito troppo rilievo nella situazione data. Qualunque disciplina giuridica, anche la più precisa, si scontra inevitabilmente con la multiforme varietà delle fattispecie concrete, la sussunzione delle quali nelle fattispecie astratte presenta sempre dei margini di incertezza che vengono colmati dall'attività interpretativa. La garanzia della

---

<sup>7</sup> Per tutti, cfr. con ampia trattazione, F. SAITTA, *Interprete senza spartito, Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, che illustra una pluralità di fattispecie di natura soprattutto processuale, e P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff, Creazione giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2023, che affronta il problema anche dal punto di vista della teoria generale.

correttezza dell'operato del giudice deve essere fornita dalla democraticità dell'ordinamento istituzionale generale e speciale.

In un sistema quale il nostro, che è un sistema multilivello che opera in una realtà in costante e continua rapida evoluzione, queste difficoltà di sussunzione sono sempre più presenti e di conseguenza la necessità per il giudice di operare dei distinguo e delle interpretazioni che facciano riferimento alle linee di sviluppo che il sistema riconosce praticabili è sempre più frequente: ma è certamente meglio che vi sia un giudice che si cimenta nell'opera dell'interpretazione piuttosto che un giudice che si rifugia nell'applicazione meccanicistica o formalistica delle regole esistenti.

Il sistema della tutela, con il possibile ricorso ad autorità superiori, è istituzionalmente orientato al fine di evitare il *non liquet* e cioè di imporre l'individuazione di una soluzione a livello giurisdizionale.

In un sistema così articolato, anche i principi sono numerosi e possono trovarsi spesso in posizione almeno apparentemente antagonista: in realtà la posizione antagonista in senso proprio non vi è, perché tutti i principi cooperano per il raggiungimento delle finalità di settore, che sono unitarie, e che a loro volta trovano una propria precisa collocazione nel sistema giuridico generale e cioè nel sistema giuridico nazionale, che si ispira anche ai principi anche sovranazionali riconosciuti, in primo luogo, ai principi dell'ordinamento eurounitario.

Il Codice dei contratti pubblici, come emerge dalla relazione illustrativa della commissione, è consapevole di questa esigenza e di conseguenza individua una sorta di gerarchia tra i principi, al vertice della quale pone il principio del risultato (il secondo più importante principio è quello della fiducia).

La stessa relazione illustrativa, prima ancora di dedicarsi all'illustrazione della portata dei principi, manifesta qual è la funzione complessiva del codice affermando che si è cercato di scrivere un codice "che racconti la storia" delle procedure di gara, accompagnando amministratori ed operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto.

L'espressione "che racconti la storia" non significa che racconti la storia nel senso di *history* della contrattazione pubblica, e che cioè parta dall'allegato f) alla legge di unificazione amministrativa n. 2248/1865; in realtà, in questo caso, l'espressione "la storia" è da intendere come *story* per non dire come *tale*, e cioè come racconto dello svolgimento della procedura di gara.

Il Codice ha perciò una funzione didascalica, come del resto il Consiglio di Stato ha chiarito ormai da parecchio tempo, consentendo sia all'amministra-

zione che agli operatori economici privati di seguire un percorso scandito e di comprenderne le varie tappe.

## 2. *Principi e regole generali.*

Nei dodici articoli dedicati ai principi generali del Codice due, gli artt. 4 e 12, hanno una portata diversa dagli altri.

Il primo stabilisce qual è il criterio interpretativo e applicativo che dev'essere seguito per tutte le disposizioni del Codice: precisa che le disposizioni del Codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli artt. 1, 2 e 3.

È evidente che non si tratta di un principio generale, e cioè di un principio che esprima i valori dell'ordinamento con riferimento alla materia dei contratti pubblici, ma che si tratta invece di una regola di interpretazione espressa.

La regola è significativa proprio per la funzione didascalica anzidetta perché chiarisce in modo evidente all'interprete che gli artt. 1, 2 e 3 sono gli articoli fondamentali per l'interpretazione di tutto il Codice, di modo che ogni qualvolta vi sia un'incertezza in ordine alla portata della singola disposizione e non si possa risolvere l'incertezza attraverso la lettura della disposizione stessa, la sua collocazione sistematica all'interno dei titoli e delle parti e dei libri del Codice, il riferimento non può che essere agli artt. 1, 2 e 3.

La disposizione introduce altresì una distinzione tra gli artt. 1, 2 e 3 e gli articoli successivi.

Tutti questi articoli sono collocati all'interno del titolo I, che reca la rubrica "I principi generali": ma mentre i primi tre articoli dettano dei principi generali in senso proprio, i secondi dettano in realtà soprattutto delle regole generali.

Ora, che all'inizio di un codice o di un testo molto significativo vi possano essere mescolati insieme principi e regole non stupisce<sup>8</sup>, bastando in proposito considerare qual è il contenuto dei principi fondamentali fissati nella nostra Costituzione.

All'interno dei principi fondamentali vi sono principi e regole di carattere generale.

---

<sup>8</sup> Come evidenzia R. CARANTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1950 ss.

Ne discende che gli articoli dal 5 all'11 hanno una portata anche precettiva molto puntuale, più puntuale di quella dei principi generali, che pure hanno in sé una portata precettiva perché devono essere rispettati.

Se i principi generali però richiedono una operazione ermeneutica complessa per trarre da essi la regola applicabile nella singola fattispecie, le regole generali richiedono una operazione ermeneutica semplice, perché si tratta di un'applicazione in qualche misura più scontata.

Non costituisce in sé un principio generale neppure l'art. 12, che definisce il rinvio esterno.

Al termine della esposizione dei principi generali e delle regole generali, che hanno l'ambizione di rendere completo il sistema del codice e di consentire all'interprete con questo sistema di risolvere qualunque questione, viene introdotta responsabilmente una disposizione in tema di rinvio esterno, in modo da indirizzare l'interprete anche nell'individuazione delle norme esterne al Codice che possono diventare significative nel caso in cui non si riesca a risolvere il problema o non si possa colmare la lacuna all'interno del Codice stesso.

L'art. 12 è molto puntuale.

Per quanto concerne le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti impone l'applicazione delle disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241; per quanto concerne la stipula del contratto e la fase di esecuzione impone l'applicazione delle disposizioni del codice civile.

Si tratta in entrambi i casi di rinvii tutto sommato scontati.

È pacifico infatti nel nostro sistema che le procedure di affidamento facciano parte delle attività amministrative della p.a. e degli altri soggetti tenuti all'applicazione del codice, quand'anche non si tratti di soggetti di diritto pubblico, in applicazione di quanto puntualmente stabilito nell'art. 1 della stessa legge 7 agosto 1990, n. 241, che sul punto ha natura di principio di carattere generale, come del resto stabilito dall'art. 29 della stessa legge.

Il riferimento al Codice civile è poi un riferimento ordinario allorché si discuta di applicazioni del contratto e della sua esecuzione, perché il contratto è un istituto disciplinato nel suo carattere generale appunto dal codice civile.

Del resto, il rapporto tra codice civile e attività dell'amministrazione di natura non autoritativa è precisato negli stessi artt. 1 e 29 della legge 7 agosto 1990, n. 241, di modo che dal punto di vista sistematico la norma non ha un contenuto innovativo.

Lo ha, però, nei fatti, perché anche soltanto l'applicazione delle disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 può apparire in certi casi maggior-

mente garantista per l'operatore economico di quanto non stabilito nel Codice dei contratti, che talvolta è dimentico delle garanzie di partecipazione del singolo anche con riferimento all'attività amministrativa della p.a.

### 3. *Principi e discrezionalità amministrativa.*

La dichiarata volontà di favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze (così come si esprime la relazione illustrativa al Codice a p. 12) ha provocato prima la considerazione che si verrebbe in questo modo a riespandere la sfera del merito, poi la preoccupazione che possa essere sottratta alla valutazione del giudice amministrativo un'ampia porzione dell'attività della stazione appaltante.

Non è così, le finalità dichiarate nella relazione sono chiare: impedire che una disciplina troppo minuziosa (anche se il nuovo Codice lo è) possa condurre a risultati contrari al pubblico interesse, individuato nell'interesse all'aggiudicazione della gara al miglior offerente e alla esecuzione qualitativamente preferibile e più rapida nei tempi dell'opera, del servizio o della fornitura.

L'alleggerimento della disciplina normativa comporta inevitabilmente per l'amministrazione l'ampliarsi del potere discrezionale, che non è però riconducibile al merito: il reticolo normativo infatti è talmente diffuso e la fase nella quale il potere discrezionale della stazione appaltante si situa è talmente secondaria che non si può immaginare che la scelta discrezionale sia una scelta di merito.

Anche quando non si tratta di discrezionalità tecnica, anche quando non si tratta semplicemente delle interpretazioni di norme, la scelta discrezionale è semplicemente l'opzione volta ad individuare il comportamento preferibile in relazione all'obiettivo dato all'interno di più possibilità operative.

Questa discrezionalità amministrativa ben può essere sindacata dal giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione di legittimità, nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quando*.

L'*an* è già pregiudicato dal fatto di aver scelto di celebrare una gara, cosicché non si può che ritenere che si debba arrivare al suo compimento; il *quomodo* è pregiudicato dalle regole fissate dalla stazione appaltante nella *lexspecialis* e nelle disposizioni contenute nel Codice; il *quando* è ugualmente regolato tanto dalla *lexspecialis* che dal Codice.

Ne consegue che la scelta dell'amministrazione è semplicemente conseguente all'individuazione della regola operativa più adatta alla fattispecie.

I principi individuati nel nuovo Codice, da questo punto di vista, possono costituire uno stimolo per la giurisprudenza amministrativa a superare l'individuazione di profili di insindacabilità che essa continua a ritenere esistenti, ad esempio a proposito di determinazione dei requisiti di ammissione, o di valutazione dei campioni o di individuazione della anomalia delle offerte.

Da questo punto di vista, l'adeguamento delle regole alla fattispecie costituisce senz'altro una opzione valida, che molto spesso rientra semplicemente all'interno dell'attività interpretativa.

#### *4. Il principio del risultato.*

Il primo principio richiamato dal Codice dei contratti è il principio del risultato, è definito al comma 1 dell'art. 1 come l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Non si tratta di un principio nuovo, poiché l'attività contrattuale della pubblica amministrazione ha questa finalità, ma si tratta di un principio esplicitato per la prima volta.

E, in effetti, il comma 3 dell'art. 1 stabilisce che il principio del risultato costituisce attuazione nel settore dei contratti pubblici del principio del buon andamento e dei correlativi principi di efficienza, efficacia ed economicità (che sono del resto stabiliti nell'art. 1 della legge n. 241/1990).

Lo stesso comma 3 sottolinea che il principio di risultato è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea: si tratta anche in questo caso dell'esplicitazione di regole di comportamento incontestabili.

Questa ripetizione di regole che sembrerebbero essere ordinarie e non necessitanti una sottolineatura (il comma 4 stabilisce che il principio di risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto nonché per la valutazione della responsabilità del personale) è però significativa perché esprime l'attenzione a una esigenza che molto spesso nel tempo si è persa nell'applicazione delle regole in materia di attività contrattuali e per il vero anche nella dettatura di queste regole.

Fermo restando che l'esigenza in relazione alla quale viene indetta la gara è quella del perseguimento del risultato, nei fatti nel corso della sua conduzione molto spesso prevalgono interpretazioni formalistiche dipendenti dalla ritenuta necessità di applicare in modo rigido regole fissate nel Codice o ancor di più nella *lexspecialis* approvata dall'amministrazione che molto spesso fanno sì, come è stato detto, che l'esigenza sia quella della "gara per la gara"<sup>9</sup>.

Ancorché l'applicazione di questa regolarità formale possa in concreto consentire di aggiudicare il contratto a un'offerta che non è l'offerta economicamente più vantaggiosa, perché non è stato ammesso o perché è stato escluso dalla gara l'operatore economico che poteva o aveva presentato questa offerta e perché si sono scelte regole di lettura delle modalità di conduzione della gara le più occhiute possibili.

Per il primo aspetto, basta pensare alle variegate indicazioni in ordine ai criteri di qualificazione e di partecipazione alla gara stabilite nel Codice, nei capitoli, nei bandi di gara, per quanto concerne le seconde può pensarsi per esempio alla giurisprudenza in ordine alla conservazione delle offerte e al rigore che in passato che è stato seguito per individuare tutte le modalità attraverso le quali questa conservazione poteva essere e doveva essere garantita (fino a spingersi alla valutazione se fosse necessario un armadio chiuso in una stanza chiusa o se fosse necessaria la collocazione di una cassaforte).

È questo tipo di impostazione che il Codice vuol superare e la finalità è senz'altro meritoria.

Taluno ha sostenuto che questa finalità sia conseguenza della esasperata valorizzazione del principio di concorrenza, di derivazione eurounitaria, che sarebbe giunto a permeare completamente il nostro sistema di contrattualistica pubblica a partire soprattutto dal Codice del 2006; non è così, poiché le direttive dell'Unione europea, anche le più antiche, pur contenendo regole, ma soltanto le più antiche, più analitiche di quelle previste nell'ordinamento interno, non hanno mai raggiunto il livello di complessità e analiticità delle regole nazionali più recenti.

L'esperienza del *goldplating* è un'esperienza che il nostro legislatore e le nostre amministrazioni hanno percorso ampiamente, in uno sforzo continuo di eliminare ogni possibile infiltrazione corruttiva e di evitare ogni possibile responsabilità, con il risultato che l'obiettivo migliore per la singola amministrazione poteva anche essere non aggiudicare la gara a nessun offerente pur di rispettare in modo cieco tutte le formalità stabilite.

---

<sup>9</sup> Secondo l'espressione di M. PROTTO, *op. cit.*, p. 1949.

Il principio di concorrenza è un principio che ha un valore, perché corrisponde al principio di partecipazione degli operatori economici, e non si può certo ritenere che possa essere obliterato né il Codice non lo impone, tant'è che al comma 2 dell'art. 1 stabilisce che la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti.

Semplicemente, per garantire il rispetto di questo principio non occorre certamente irrigidire al massimo la disciplina operativa dell'amministrazione.

Del resto, è riconosciuto che se il nostro legislatore si limitasse a recepire le direttive dell'Unione europea il sistema normativo italiano in materia di contratti pubblici sarebbe infinitamente più snello.

In conclusione, per quanto concerne questo principio, può ancora osservarsi come l'affermazione del principio di risultato non conduca ad esiti diversi da quelli ai quali avrebbe dovuto condurre l'applicazione delle regole in forza delle quali l'amministrazione deve essere un'amministrazione di risultato: quando si è pensato all'amministrazione di risultato non si è pensato ad un'amministrazione che procede al di fuori della legge, ma ad un'amministrazione che procede all'interno di quanto stabilito dalla legge ma avendo presente l'obiettivo al quale deve giungere.

In questo senso del resto sono tutti i controlli di risultato che, al di là del fatto la loro capacità di funzionamento è molto ridotta, privilegiano la correttezza complessiva della gestione senza dimenticare l'esigenza del rispetto della legalità.

## 5. *Il principio della fiducia.*

Il secondo principio, fissato all'art. 2, è il principio della fiducia.

Il principio è qualificato nella relazione della Commissione sedente presso il Consiglio di Stato come innovativo e nel comma 1 è definito come il principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

Il principio della fiducia, che è sottolineato anche in ordinamenti vicini, come l'ordinamento francese, è un principio che si fonda sull'idea che l'amministrazione e consociati rispettino le regole e si comportino di conseguenza in modo corretto gli uni verso gli altri e tutti insieme nei confronti dei terzi e della comunità.

Si tratta certamente della sottolineatura di un dovere che è riconducibile



all'art. 2 Cost., che stabilisce la necessità di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

L'attenzione ai doveri del resto è un'attenzione che è stata ripresa negli ultimi tempi dopo essere stata nei fatti accantonata, ma più che dalla legislazione dalla società, negli ultimi decenni.

I doveri valgono sia per i funzionari pubblici che per gli operatori privati sia per l'amministrazione che per le organizzazioni del cittadino.

La diffusione di una mentalità che sostenga la necessità di perseguire il pubblico interesse e di rispettare i doveri di solidarietà favorisce la fiducia che è un atteggiamento indispensabile affinché un'organizzazione possa funzionare.

Questo può giustificare dal punto di vista della contrattualistica pubblica il rifiuto di regole fondate sul sospetto, soprattutto nell'individuazione dei requisiti di ammissione e nelle modalità di esecuzione del contratto.

Il nuovo Codice per il vero non sembra da questo punto di vista molto più liberale del precedente, perché le condizioni generali di ammissione sono addirittura stabilite in cinque articoli rispetto all'unico in precedenza vigente.

Ma al di là del numero delle regole è l'applicazione delle stesse che dev'essere orientata da un atteggiamento differente.

Unanime è il riferimento in questo caso al ruolo del soccorso istruttorio, che il Codice, all'art. 101, ha disciplinato in modo più ampio rispetto al passato, anche consentendo quello che è definito il *self clearing*.

Entro il termine per la presentazione delle offerte dev'essere consentito all'operatore economico di correggere i propri atti di partecipazione laddove sia incorso in errori incolpevoli che non incidano sulla comprensione dell'offerta originaria e che non ne modifichino il contenuto.

Ma al di là del soccorso istruttorio, che è da ritenere di esercizio obbligatorio, sono proprio le regole generali contenute nella *lex specialis* che debbono essere ispirate a un atteggiamento diverso ed è la lettura che di dette regole compie il giudice amministrativo che dev'essere basta sul concetto della strumentalità delle forme.

L'art. 2, dopo avere compiuto quest'affermazione di carattere generale, sembra però dimentico del fatto che i rapporti di fiducia vale nei confronti sia dell'amministrazione che degli operatori economici e si diffonde invece a dettare regole per ciò che concerne la responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici.

Se, al comma 4, meritoriamente viene introdotta la possibilità di assicurare i funzionari per lo svolgimento di queste funzioni estremamente delicate, dal momento che l'assicurazione comunque consente all'amministrazione di con-

seguire un evidente vantaggio operativo, il comma 3 persegue il tentativo di definire meglio la responsabilità amministrativa in modo che non sembra particolarmente convincente.

Vengono, infatti, introdotti vari riferimenti per qualificare la responsabilità amministrativa connotata dalla colpa grave che non sembrano più favorevoli all'impiegato di quanto non fosse in precedenza.

In realtà, qui il problema non è un problema di definizione normativa ma è un problema di comportamento interpretativo da parte della Corte dei Conti.

La Corte dei Conti ha individuato le regole della responsabilità con colpa grave in modo lineare, affermando che si deve trattare di una grave e inescusabile negligenza, di una grave e inescusabile ignoranza, ma dopo aver compiuto questa affermazione di carattere generale, molto spesso nella singola fattispecie giunge a contestare la responsabilità in riferimento a comportamenti rispetto ai quali la colpa grave non è affatto individuabile, perché si tratta di comportamenti in settori nei quali l'ordinamento ha dettato regole innovative oppure nei quali manca un orientamento giurisprudenziale consolidato oppure nei quali il rischio è una componente inevitabile della scelta.

In tutti questi casi, l'affermazione della responsabilità è ingiustificata.

Ma si tratta appunto di una attenzione che deve essere introdotta in sede interpretativa, non in sede normativa.



VALUTAZIONI RISERVATE NELLA POTESTÀ  
SANZIONATORIA DELLA AUTORITÀ  
GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO:  
*IN DUBIO CONTRA REUM?*

*Francesco Goisis*

SOMMARIO: 1. I profili liberi dell'agire sanzionatorio come uno dei principali limiti alla garanzia del cittadino nell'esperienza attuale. – 2. La tesi di Guido Greco a favore della presunzione di innocenza come presidio di tutela. – 3. CEDU e presunzione di innocenza nelle sanzioni amministrative: il caso *SA Capital OY vs. Finland* del 2016. – 4. Diritto UE e presunzione di innocenza nelle sanzioni amministrative: l'art. 48 della Carta di Nizza e la direttiva (UE) 2016/343. – 5. Conclusioni: legalità/prevedibilità, diritto al giudice, parità delle armi e presunzione di innocenza come primari principi di garanzia dell'impresa avverso la potestà sanzionatoria.

*1. I profili liberi dell'agire sanzionatorio come uno dei principali limiti alla garanzia del cittadino nell'esperienza attuale.*

Uno dei profili più fragili della tutela del cittadino avverso la potestà sanzionatoria delle autorità amministrative indipendenti e, in particolare, in Italia, della Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (AGCM), è il carattere troppo spesso fortemente indeterminato della fattispecie sanzionatoria.

Parlare di lesione della concorrenza e del mercato (art. 101 TFUE: “restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno”; art. 102 TFUE: “sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo”), ovvero, forse ancor più, di pratica commerciale scorretta (definita, sulla base dell'art. 2 della direttiva 2005/29/CE per il fatto di essere “contraria alle norme di diligenza professionale”, nonché di “falsare o essere idonea a falsare” “in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio ...”) significa, in effetti, aprire la strada a un'amplissima e

indefinita serie di potenziali illeciti, dal carattere fortemente quanto volutamente atipico.

Non a caso si è parlato, con riguardo al diritto della concorrenza, di un ramo dell'ordinamento che “*has never been, and could not be, an exclusively rule-based system*”<sup>1</sup>, ossia destinato ad operare, piuttosto che attraverso norme definite, sulla base di principi flessibili, spesso, peraltro, di origine economica e comunque dotati di una loro intrinseca complessità ed opinabilità.

Sovente consulenti anche esperti non possono che fare ipotesi, senza fornire certezze a chi chieda il loro avviso rispetto alla liceità o meno di possibili condotte<sup>2</sup>. Tutto ciò suggerisce alle imprese un approccio prudenziale: nel dubbio, meglio astenersi dalla pratica.

D'altra parte, il diritto vivente mostra, sul punto della piena sindacabilità degli apprezzamenti tecnici (o comunque opinabili) dell'AGCM, profonde incertezze.

Ancora nel 2023, la Corte regolatrice ha ripetuto la tesi tradizionale di un certo grado di riserva valutativa in capo ad AGCM, ossia quella per cui “il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, pur non estendendosi al merito con conseguente sostituzione di un proprio provvedimento con quello impugnato, comporti la verifica diretta dei fatti posti a fondamento dell'atto e si estenda anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, nel qual caso il sindacato è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante”<sup>3</sup>.

Da qui l'estremo interesse ed attualità di un recente – e come di consueto originale – contributo di Guido Greco in punto, tra l'altro, di applicazione del principio *in dubio pro reo* a favore dell'impresa cui sia contestata un illecito anticoncorrenziale<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> D. CRANE, *Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication*, in 64(1) *Wash&Lee L. Rev.*, 49, (2007), p. 55 ss.

<sup>2</sup> Sulla intrinseca imprevedibilità delle questioni concorrenziali, tra gli altri, I. FORRESTER, *Article 82: Remedies in Search of Theories?*, in 28(4) *Fordham Int'l LJ*, (2004), p. 919 ss. e M. TREBILCOCK, E. IACOBUCCI, *Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate*, in 41(3) *LoyUChiLJ*, (2010), p. 455 ss.

<sup>3</sup> Cass., Sez. Un., 22 settembre 2023, n. 27140.

<sup>4</sup> G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, p. 469 ss.

## *2. La tesi di Guido Greco a favore della presunzione di innocenza come presidio di tutela.*

Il saggio parte dall'interpretazione dell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, il quale, in adesione alla tesi delle Sezioni unite, dopo aver precisato che è compito anche del Giudice del ricorso la "constatazione" della "violazione del diritto della concorrenza", prevede che "il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame è necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima".

Ebbene, in estrema sintesi, e senza poter qui ripercorrere tutto il raffinato percorso logico del contributo, un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente (ossia CEDU) orientata della (infelice) previsione di legge imporrebbe di ritenere che laddove i fatti siano oggettivamente (ossia irrimediabilmente) opinabili, ciò debba sempre giocare a favore dell'impresa. Infatti, nel dubbio (ossia nell'opinabilità), la condotta dovrebbe dirsi lecita. Ciò in virtù del principio di presunzione di innocenza, di cui all'art. 6, par. 2, CEDU<sup>5</sup>.

Un totale ribaltamento, dunque, rispetto alla logica troppo spesso seguita – più o meno dichiaratamente – nella (si direbbe) prevalente giurisprudenza e dottrina nazionale: quella per cui l'incertezza tecnica dovrebbe invece portare a far prevalere l'apprezzamento "riservato" della Autorità indipendente, specie considerata la particolare competenza tecnica di quest'ultima.

Logica, va detto subito, presumibilmente alla base anche dell'intervento legislativo del 2017, che probabilmente proprio questo voleva dire: ossia che a fronte di una sanzione AGCM, il GA non potrebbe giungere all'annullamento in forza della mancata condivisione di un presupposto tecnico opinabile della pretesa sanzionatoria, visto che in una tale vicenda tanto varrebbe lasciar intatta la (pur soggettiva) opinione dell'organo più tecnicamente preparato, ossia quello amministrativo. Il tutto con un sostanziale impoverimento della effettività del sindacato giurisdizionale, che, in evidente deroga al canone della piechezza della giurisdizione, si riduce inevitabilmente a profili periferici rispetto al nucleo centrale della controversia: ossia la spettanza o meno della sanzione, in tutti i suoi presupposti, anche più tecnici.

---

<sup>5</sup> "Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata".

### 3. CEDU e presunzione di innocenza nelle sanzioni amministrative: il caso SA Capital OY vs. Finland del 2016.

Occorre anzitutto chiedersi quale sia il ruolo, nel diritto europeo, del principio di presunzione di innocenza rispetto alla potestà sanzionatoria della PA.

Tema, come si è visto centrale, e tuttavia, per quanto consta, mai direttamente e compiutamente indagato nella dottrina italiana.

Partiamo dalla CEDU: nessun dubbio che il principio – affermato dall'art. 6, par. 2 – riguardi tutte le sanzioni rientranti nella qualificazione penale ai sensi dei criteri *Engel*.

Si tratta, come ho già avuto modo di più volte dire e senza quindi qui doversi ripetere<sup>6</sup>, di tutte le sanzioni amministrative pecuniarie (non aventi natura meramente disciplinare), indipendentemente dalla gravità più o meno accentuata del *malum* infliggibile.

Ma soffermiamoci ora sulle sanzioni antitrust.

La Corte di Strasburgo si è direttamente occupata del rilievo per esse del principio di presunzione di innocenza.

Nel 2019, ha affrontato la vicenda finlandese di un preteso cartello e in cui, si noti, in ottimale adesione al modello CEDU del giusto procedimento penale, l'Autorità a tutela della concorrenza svolgeva solo il ruolo di attore in un giudizio avanti ad un giudice terzo ed imparziale. Nessuna inflizione unilaterale di sanzioni, dunque, ma necessità di dimostrare la pretesa sanzionatoria, (formalmente) amministrativa, attraverso prove e testimoni<sup>7</sup>.

Pacifica essendo la qualificazione sostanzialmente penale della vicenda e dato atto della complessità tecnica delle questioni, ossia del fatto che “*cases concerning restrictions of competition typically involve complex and often wide-ranging economic matters and related factual issues, which means that the relevant elements of evidence will also be multifaceted*”<sup>8</sup>, e che, d'altra parte, una imponente attività istruttoria in (reale e paritario) contraddittorio era stata in effetti

---

<sup>6</sup> Mi permetto di rimandare, sul punto, a F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative, tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

Segnalo inoltre l'ampia e ragionata dimostrazione della necessità costituzionale di uno *status* peculiare della sanzione punitiva delineata da D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Riv. reg. mercati*, 2022.

Sempre fondamentale, poi, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

<sup>7</sup> Corte EDU, Sez. I, 14 febbraio 2019, caso n. 5556/10, *SA-Capital Oy v. Finland*.

<sup>8</sup> § 78.

svolta in sede giurisdizionale, la Corte EDU passa a trattare della presunzione di innocenza quale regola probatoria.

Secondo i giudici di Strasburgo, certo, la presunzione di innocenza trova applicazione dato il carattere penale dell'accusa. Ciò era già stato peraltro chiarito, per rimanere nel campo delle sanzioni amministrative, nella nota sentenza *Grande Steven*<sup>9</sup>.

Tale principio impedisce inoltre che l'onere della prova sia posto a carico dell'accusato. Vale, anzi, il principio *in dubio pro reo*: “*the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused*”<sup>10</sup>.

Tuttavia, la complessità delle questioni di diritto della concorrenza legittima l'uso di presunzioni e una tecnica probatoria in cui, a fronte di una solida e comprovata ipotesi accusatoria, si chieda all'impresa di fornire una diversa spiegazione, nel segno della liceità della condotta. Da qui il rigetto del ricorso.

Sia chiaro: da un lato qui un'istruzione probatoria paritaria, con *cross examination* dei testimoni, vi era stata. Non è detto che a simili conclusioni si sarebbe giunti in un sistema in cui le prove vengano invece unilateralmente costituite nel corso del procedimento amministrativo; dall'altro, dal punto di vista CEDU, non possono valere le consuete spiegazioni (tipiche del sistema italiano e di tanti altri ordinamenti) in ordine al preteso valore in vario modo privilegiato e “prevalente” degli accertamenti ed apprezzamenti amministrativi. Non bastano, insomma, a ribaltare l'onere della prova in procedimenti sanzionatori amministrativi asserite presunzioni di maggior attendibilità e preparazione tecnica del pubblico ufficiale. Lo ha ricordato, ancora nel 2023, la Corte EDU nel criticare delle decisioni giudiziali in cui si era, al contrario, affermato che “*the evidence given by the police officers, some of whom were also acting as the prosecuting authority in the proceedings, carried a higher degree of credibility*”, sulla base di una pretesa “*‘presumption of good governance’ on the part of police officers and the latter’s professional know-how in respect of the situations that their statements would concern ...*”<sup>11</sup>. A ragionare così si cade inevitabilmente in una violazione dell'art. 6 CEDU.

---

<sup>9</sup> Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, casi nn. 8640/10 18647/10 18663/10, *Grande Stevens v. Italy*, §159: “*The Court also reiterates that the principle of the presumption of innocence requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused*”.

<sup>10</sup> § 107.

<sup>11</sup> Corte EDU, Sez. V, 30 gennaio 2023, casi 23158/20 31365/20 32525/20, *Makarashvili and Others v. Georgia*, § 61.



In sintesi, non v'è dubbio che il principio di presunzione di innocenza CEDU valga a proteggere anche le persone giuridiche soggette ad "accuse" di comportamenti anticoncorrenziali (mai si è dubitato, in effetti, che il diritto al giusto processo, di cui la presunzione di innocenza è parte, protegga anche le persone giuridiche). D'altra parte, confermando una certa impressione di "flaccidità" della giurisprudenza CEDU in punto di presunzione di innocenza<sup>12</sup>, quest'ultima pare accettare che la prova della responsabilità anticoncorrenziale possa essere data anche tramite presunzioni, purché ragionevoli e proporzionate.

#### 4. *Diritto UE e presunzione di innocenza nelle sanzioni amministrative: l'art. 48 della Carta di Nizza e la direttiva (UE) 2016/343.*

Sul modello CEDU, anche il diritto UE conosce il principio di presunzione di innocenza, quale strumento di tutela della persona fisica e giuridica soggetta alla potestà sanzionatoria amministrativa, e a quella in materia di concorrenza in particolare.

A tale esito era già autonomamente giunta, nel 1999, la Corte di Giustizia<sup>13</sup>. E ciò proprio in relazione a sanzioni per intese restrittive e con pertinenti citazioni della Corte di Strasburgo: premesso "... che il principio della presunzione di innocenza, quale risulta in particolare dall'art. 6, n. 2, della CEDU, fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, rammentata al punto 137 della presente sentenza e peraltro riaffermata dal preambolo dell'Atto unico europeo nonché dall'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea, sono oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario", i giudici UE osservavano che "considerata la natura delle infrazioni di cui trattasi nonché la natura e il grado di severità delle sanzioni che vi sono connesse, il principio della presunzione d'innocenza si applica alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende (v., in tal senso, in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 21 febbraio 1984, Öztürk, serie A n. 73, e 25 agosto 1987, Lutz, serie A n. 123-A)".

---

<sup>12</sup> L'espressione è di A. MACKIE, *Statutory Offences and the Burden of Proof*, in 16(1) *Nottingham LJ*, (2007), pp. 24 ss., 29, secondo cui "Convention jurisprudence examining the scope of article 6(2) can, at best, be described as flaccid".

<sup>13</sup> Corte eur. giust., Sez. VI, 8 luglio 1999, in causa C-199/92 P, *Hüls AG c. Commissione delle Comunità europee*, punti 149-150.

Non è un caso che l'art. 2 del Regolamento (CE) n. 1/2003, pur non menzionando il principio di presunzione di innocenza (coerentemente al velleitario tentativo *ivi* compiuto di negare la natura penale delle sanzioni *antitrust*<sup>14</sup>), già detti, però, una regola chiara: "In tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione".

Il che, almeno sulla carta, si traduce in una chiara garanzia, ossia quella per cui "*the Commission must produce sufficiently precise and consistent evidence to support the firm conviction that the alleged infringement took place ...*", fino alla netta affermazione, di sapore penalistico, per cui "*The evidence submitted by the Commission must therefore permit the conclusion beyond all reasonable doubt that there was an infringement*"<sup>15</sup>.

Oggi, però, il principio di presunzione di innocenza è espressamente codificato anche nel diritto scritto UE.

Anzitutto, la Carta di Nizza afferma, all'art. 48 (*Presunzione di innocenza e diritti della difesa*), che "Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata" (par. 1).

L'art. 48 cit., in necessaria coerenza con l'art. 6 CEDU di cui costituisce tutela equivalente in sede UE e alla cui luce va quindi interpretato<sup>16</sup>, riguarda

---

<sup>14</sup> Art. 23, par. 5: "Le decisioni adottate a norma dei paragrafi 1 e 2 non hanno carattere penale".

<sup>15</sup> Trib. Primo grado, 21 maggio 2014, in caso T-519/09, *Toshiba Corp. c. Commissione Europea*, punto 36.

Per una simile definizione dell'onere della prova in materia *antitrust*, nell'ordinamento USA, United States District Court, District of Colorado, 28 gennaio 2022, *United States of America v. DaVita and Kent Thiry*, secondo cui "*at trial, the government will not merely need to show that the defendants entered the non-solicitation agreement and what the terms of the agreement were. It will have to prove beyond a reasonable doubt that defendants entered into an agreement with the purpose of allocating the market for senior executives (Count 1) and other employees (Counts 2 and 3)*".

Per una analisi comparata dell'approccio sul tema, E. ALEX, *Criminal Prosecution in Anti-Trust Enforcement*, in 5 *Indian J.L. & Legal Rsch*, 1 (2023), p. 1 ss., spec. p. 6 ss.

<sup>16</sup> Come noto, ai sensi dell'art. 52, § 3, della Carta di Nizza: "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". Secondo le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), cit., *sub* art. 52: "Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei

non solo il campo del penale in senso formale, ma altresì tutto il diritto amministrativo punitivo.

È infatti noto che la Corte di Giustizia, in mancanza di una nozione di penale propria del diritto UE, ha fatto ormai propri i criteri *Engel*, ossia la medesima nozione di penale elaborata in sede CEDU.

Inoltre, il principio di presunzione di innocenza trova anche uno specifico presidio di diritto derivato, ossia la direttiva (UE) 2016/343.

All'art. 6, par. 2, essa codifica, tra l'altro, la garanzia del *in dubio pro reo* ("Gli Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta").

Ai sensi del medesimo art. 2, l'ambito di applicazione della direttiva è però circoscritto alle "persone fisiche che sono indagate o imputate in un procedimento penale" e "a ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato".

Esplicita il considerando 11 che "È opportuno che la presente direttiva si applichi solo ai procedimenti penali, nell'accezione data dall'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea ('Corte di giustizia'), fatta salva la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai procedimenti civili o ai procedimenti amministrativi, anche quando questi ultimi possono comportare sanzioni, quali i procedimenti in materia di concorrenza, commercio, servizi finanziari, circolazione stradale, fiscalità o maggiorazioni d'imposta, e alle indagini connesse svolte da autorità amministrative".

Dunque il principio *in dubio pro reo* è codificato in sede di direttiva, ma, almeno ad una prima lettura, non a favore delle persone giuridiche, né di chi è soggetto ad una potestà sanzionatoria amministrativa invece che formalmente penale.

Naturalmente, non erano mancati emendamenti del Parlamento europeo diretti ad una maggiore coerenza con il quadro CEDU<sup>17</sup>, ma essi sono stati respinti.

---

diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU".

<sup>17</sup> Emendamenti 6 and 39, EP Document of 20/04/2015, A8-0133/2015.

Per quanto la direttiva, al considerando 11, presenti un contenuto ambiguo (che significa “fatta salva la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”?; e come si fa a sostenere che la Corte di Giustizia non riconoscerebbe la natura penale delle sanzioni punitive, quando da anni fa propri i criteri *Engel*?), tale direttiva, oggettivamente, si pone attualmente ai margini del dibattito sul rilievo della presunzione di innocenza rispetto alla potestà sanzionatoria della PA.

Tuttavia, va detto subito, coerentemente con il precedente del 1999 della Corte di Giustizia<sup>18</sup>, è pacifico nella giurisprudenza UE che il principio di presunzione di innocenza di cui all’art. 48 della Carta e il suo corollario *in dubio pro reo* si estendano, nella fattispecie di interesse UE, al campo delle sanzioni antitrust e in genere amministrative, ove anche inflitte a persone giuridiche.

Ad esempio, la Corte di Giustizia, nel riformare nel 2020 una sentenza del Giudice UE di primo grado che aveva accettato una prova “debole” della partecipazione ad un cartello, ha osservato, con una sorta di interpretazione autentica della giurisprudenza UE in materia concorrenziale, che “*It is apparent from the case-law of the Court that, in view of the presumption of innocence which applies to the procedures relating to infringements of the competition rules that may result in the imposition of fines or periodic penalty payments, the benefit*

---

Emendamento 6: “*This Directive should apply to criminal proceedings, as well as similar proceedings of a criminal nature leading to comparable sanctions of a punitive and deterrent nature, such as deprivation of liberty, irrespective of whether or not the proceedings are classified as criminal. In the light of the case law of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights (ECtHR), the safeguards regarding a fair trial apply if the proceedings belong to the ‘criminal sphere’ as defined by the ECtHR. Accordingly, it is not always enough, when seeking to determine whether proceedings belong to the criminal sphere, to consider only their status under national law but also to consider the nature of the offence involved and/or the severity of the penalty which the accused person faces. The safeguards provided for by this Directive should therefore apply in all proceedings of a criminal nature, in which restrictive measures, including deprivation of liberty, are liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental, and to proceedings liable to give rise to a criminal record*”.

Emendamento 39: “*This Directive applies to criminal proceedings and similar proceedings of a criminal nature leading to comparable sanctions of a punitive and deterrent nature, against natural persons and, where applicable, legal persons suspected or accused in these proceedings, regardless of their nationality, place of residence or place of registration or incorporation, at every stage, from the time they become suspects or accused persons until the final conclusion of those proceedings, with a final judgment being handed down*”.

<sup>18</sup> Corte eur. giust., Sez. VI, 8 luglio 1999, in causa C-199/92 P, *Hüls AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit.

*of the doubt must be given to the undertaking to which the decision finding an infringement is addressed*<sup>19</sup>.

Va peraltro detto che, in un caso del 2019, relativo ad un procedimento giudiziale di messa in detenzione di soggetti che, in stato di incapacità mentale, avevano commesso un atto pericoloso per la società<sup>20</sup>, la Corte ha ritenuto applicabile la direttiva (UE) 2016/33.

Infatti, nonostante il carattere non penale della procedura (tra l'altro utilizzabile anche in caso di pericolosità non desunta da precedenti fatti di violenza contro terzi), laddove la pericolosità sia ricollegata ad un reato per cui l'autore non è imputabile, vi è, nella sostanza, un elemento di forte connessione con il diritto penale.

Come chiaro, allora, allo stato attuale di evoluzione del diritto UE, non si è ancora giunti alla diretta applicabilità della direttiva (UE) 2016/343 alle sanzioni amministrative punitive, né essa appare applicabile a tutela delle persone giuridiche. Uno sviluppo nel senso dell'estensione al campo delle sanzioni amministrative sarebbe però ben ipotizzabile, solo ove si percorresse un approccio sostanziale, quale già visto in relazione a procedimenti di ricovero coatto di incapaci socialmente pericolosi.

Ma in fin dei conti poco importa: in ogni caso, in tutte le materie di interesse UE, viene in sicuro rilievo l'art. 48 della Carta di Nizza.

In effetti, nella sua giurisprudenza, la Corte di Giustizia non dubita dell'applicabilità del principio di presunzione di innocenza alle persone giuridiche oggetto di sanzioni amministrative punitive. E ciò fa ai sensi dell'art. 48 della Carta di Nizza.

Particolarmente netta, tra le altre citabili, una ultima pronuncia del 2023. A fronte di una sanzione inibitoria amministrativa (sospensione dall'esercizio di un'attività di impresa sulla sola base di indizi della commissione di un reato, in attesa delle decisioni del giudice penale), richiamati, come di consueto, i criteri *Engel* e condivisibilmente escluso che la mera circostanza che la misura amministrativa "persegua anche una finalità preventiva sia idonea a privarla della sua qualificazione di sanzione penale. Infatti, fa parte della natura stessa delle sanzioni penali la circostanza che esse siano volte tanto alla prevenzione quanto alla repressione di condotte illecite", la Corte UE ha osservato come "L'articolo 48, paragrafo 1, della Carta ... non osti, in linea di principio, a che

---

<sup>19</sup> Corte eur. giust., Sez. VII, 14 maggio 2020, in causa C-607/18 P, *NKT Verwaltung e NKT/Commissione*, punto 237.

<sup>20</sup> Corte eur. giust., Sez. III, 19 settembre 2019, in causa C-467/18, *EP*.

una sanzione di natura penale venga imposta da un'autorità amministrativa ...". La Corte ha così esplicitato come la sanzione penale che chiama in causa la presunzione di innocenza possa ben essere formalmente amministrativa, ed anzi anche amministrativa con portata preventiva/inibitoria, invece che esclusivamente afflittiva.

Naturalmente, però, è inaccettabile che la "autorità amministrativa infligga una sanzione di natura penale senza avere prima accertato la violazione di una norma giuridica prestabilita ed aver offerto alla persona interessata la possibilità di difendersi, dovendo il dubbio andare a vantaggio di detta persona ...".

Inoltre si deve comunque garantire, in caso di accertamento amministrativo, il diritto ad un ricorso di *full jurisdiction*: "l'articolo 47 della Carta richiede che ogni destinatario di una sanzione amministrativa di natura penale disponga di un mezzo di ricorso che gli consenta di far controllare tale sanzione da un organo giurisdizionale dotato di una competenza estesa al merito (sentenza del 18 luglio 2013, Schindler Holding e a./Commissione, C-501/11 P, EU:C:2013:522, punti da 32 a 35); tale mezzo di ricorso permette, in particolare, di verificare che l'autorità amministrativa non abbia violato il principio della presunzione di innocenza"<sup>21</sup>.

Quindi: l'Autorità amministrativa deve infliggere le sanzioni sostanzialmente penali nel rispetto del principio di presunzione di innocenza nella sua declinazione di *in dubio pro reo*, ossia, anzitutto, senza inaccettabili presunzioni *contra reum*, e il giudice di *full jurisdiction* deve, tra l'altro, valutare tale profilo, nel contesto del suo totale riesame del merito della pretesa sanzionatoria.

Non solo, insomma, il dubbio non può legittimare privilegi a favore della Autorità amministrativa, ma è vero il contrario: è la pretesa dell'Autorità amministrativa di far valere il dubbio a danno dell'incolpato ad essere di per sé illegittima.

In sostanza, emerge una chiara connessione tra presunzione di innocenza e *full jurisdiction*, su cui, tra l'altro, ci soffermeremo nel prossimo paragrafo.

---

<sup>21</sup> Corte eur. giust., Sez. IV, 23 marzo 2023, in causa C-412/21, *Dual Prod SRL*, punti 41-42.

5. *Conclusioni: legalità/prevedibilità, diritto al giudice, parità delle armi e presunzione di innocenza come primari principi di garanzia dell'impresa avverso la potestà sanzionatoria.*

Siamo giunti alle conclusioni, ed è tempo di alcune distinzioni, rese più facili dal contributo chiarificatore di Guido Greco.

Presunzione di innocenza significa, in primo luogo, diritto a che non venga affermata una responsabilità sostanzialmente penale e quindi inflitta una sanzione, prima di un accertamento, all'esito di un processo secondo la legge, della responsabilità penale. Insomma, *nulla poena sine iudicio*.

In questo senso, la garanzia in questione tende a confondersi con quella del diritto al giudice, e, più in generale, al giusto processo penale.

Entra quindi subito in gioco uno dei principali elementi di interesse per la tutela del cittadino rispetto al potere amministrativo offerti dalla CEDU, ossia il canone della *ful jurisdiction*.

In altri termini, se diritto al giudice significa diritto a che l'accusa penale sia decisa nell'ambito di un giusto processo paritario, e se l'organizzazione amministrativa tradizionale non assicura, fin dal dato strutturale della confusione tra accusa e giudicante, le basi minime del giusto processo, va da sé che il giusto processo vada almeno assicurato, in via di compensazione *ex post*, in sede di ricorso giurisdizionale.

Ma come ha ormai ampiamente chiarito la Corte di Strasburgo e, sulla sua scia la Corte di Giustizia UE, questo significa riesame nel merito di ogni profilo della pretesa sanzionatoria.

Un sindacato giurisdizionale di legittimità non potrebbe compensare l'assenza di giusto processo in sede di determinazione del merito della pretesa sanzionatoria, ossia di inflizione della sanzione, per la ovvia ragione che l'oggetto della controversia sarebbe diverso e più limitato.

Occorre cioè una continuità tra fase amministrativa e, rispettivamente, giudiziale. Ragionare in termini, invece, di separazione dei poteri significherebbe rimuovere le basi logiche minime di ogni credibile ipotesi compensatoria<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Sul tema della separazione dei poteri e della sua tensione con il canone della *full jurisdiction*, rinvio, per più estese argomentazioni anche di carattere sistematico, a M. ALLENA, F. GOISIS, 'Full Jurisdiction' Under Article 6 ECHR: *Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers*, in *Eur. Publ. Law*, 26(2), 2020, p. 288 ss. e F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 1 ss.

Sul punto, da ultimo, *Dual Prod SRL* è, come noto, esplicita: “l’articolo 47 della Carta richiede che ogni destinatario di una sanzione amministrativa di natura penale disponga di un mezzo di ricorso che gli consenta di far controllare tale sanzione da un organo giurisdizionale dotato di una competenza estesa al merito”<sup>23</sup>.

Si trattava, lo sappiamo, di sanzioni inibitorie: quindi non vi può essere discussione sul fatto che il sindacato di merito di cui parla la Corte di Giustizia attenga all’*an* della sanzione, prima ancora che alla sua concreta gravità e quindi al *quantum*.

Naturalmente, altrettanto esplicita è stata, in ripetute pronunce, la Corte di Strasburgo.

Basti pensare, per limitarsi a vicende italiane, alla sentenza *Edizioni Del Roma* del 2020<sup>24</sup>, con cui si è negata una violazione dell’art. 6 CEDU rispetto ad una sanzione AGCOM in quanto, pur essendo il procedimento amministrativo non in linea con l’art. 6 CEDU tra l’altro perché carente sul piano dell’attuazione del diritto al contraddittorio, tuttavia, in concreto, “I giudici amministrativi hanno potuto verificare se, con riguardo alle circostanze particolari della causa, l’AGCOM avesse fatto un uso appropriato dei suoi poteri, e hanno potuto esaminare la fondatezza e la proporzionalità delle scelte dell’AGCOM”. Quindi, quel che si richiede è un controllo pieno, si noti, sulla condivisibilità – non mera legittimità – dell’*an* (e non solo nel *quantum*) della sanzione.

Ne deriva, tra l’altro, la necessità di un pieno riesame dei presupposti che, in Italia, definiremmo come tecnico-discrezionali o comunque qualificabili in termini di concetti giuridici indeterminati<sup>25</sup>.

E, in effetti, la Corte di Giustizia, a seguito della inequivoca affermazione della natura penale delle sanzioni *antitrust* da parte della Corte di Strasburgo<sup>26</sup>, ha ricercato (tramite la *full jurisdiction*), una conciliazione tra *enforcement* amministrativo del diritto *antitrust* e diritto all’equo processo *ex* artt. 6 CEDU e 47 della Carta di Nizza.

In tale ottica, superando la precedente impostazione in punto di rilievo so-

---

<sup>23</sup> Corte eur. giust., Sez. IV, 23 marzo 2023, in causa C-412/21, *Dual Prod SRL*, punti 41-42, ove si parla, nel testo inglese, di “unlimited jurisdiction”.

<sup>24</sup> Corte EDU, Sez. I, 10 dicembre 2020, casi nn. 68954/13 e 70495/13, *Edizioni Del Roma Società Cooperativa a R.L. e Edizioni Del Roma S.r.l. c. Italia*.

<sup>25</sup> Sul tema, esatte osservazioni in M. ALLENA, *Art. 6*, cit., p. 294 ss.

<sup>26</sup> Corte EDU, Sez. II, 7 settembre 2011, cit.



lo di errori manifesti di fatto quali possibili ragioni di annullamento dell'*an* dell'accertamento di responsabilità<sup>27</sup>, sembra aver ormai consolidato l'affermazione per cui in sede di contenzioso su tali sanzioni, la *full jurisdiction* implichi in capo al giudice "il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione adottata, resa [si noti] da un organo di grado inferiore". Sicché, "L'organo giudiziario deve in particolare essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito"<sup>28</sup>.

Soprattutto, venendo al vero punto critico, come detto dalla Corte UE nel 2013<sup>29</sup> e ribadito nel 2017, "il giudice non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, né per quanto riguarda la scelta degli elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli orientamenti né per quanto riguarda la valutazione di tali elementi, al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto"<sup>30</sup>.

Ed ancora, "sebbene negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse la Commissione disponga di potere discrezionale in materia economica, il giudice dell'Unione non deve per ciò stesso astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, dei dati di natura economica. Infatti, il giudice dell'Unione è tenuto in particolare non solo a verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono"<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Su di cui, ancora nel 2005, l'allora presidente del Tribunale di Primo grado, BO VESTERDORF, *Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement*, in *Competition Policy International*, 1(2), 2005.

<sup>28</sup> Così, da ultimo, Corte eur. giust., Sez. I, 30 aprile 2014, in causa C-238/12 P, *FLSmidth & Co. A/S c. Commissione europea*, punto 56.

<sup>29</sup> Corte eur. giust., Sez. V, 18 luglio 2013, *Schindler Holding e a./Commissione*, C-501/11 P, punto 37.

<sup>30</sup> Corte eur. giust., Sez. I, 27 aprile 2017 in causa C-469/15 P, *FSL Holdings e a. c. Commissione europea*, punti 73-74.

<sup>31</sup> Corte eur. giust., Sez. V, 10 luglio 2014, in causa C-295/12 P, *Telefónica SA*, punto 54.

Su questi temi, in dottrina, M. JAEGER, *The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review?*, in 2 *JECLAP*, (2011), p. 295 ss.; E. SHARPSTON, *Effective Judicial Protection through Adequate Judicial Scrutiny – Some Reflections*, in 4 *JECLAP*, (2013), p. 454 ss.; F. CASTILLO DE LA

Insomma, come ormai la stessa manualistica di diritto della concorrenza UE osserva in sintesi, “*It is thus clear that the EU Courts must exercise, on the one hand, full judicial review of the lawfulness of the fines imposed and, on the other hand, their unlimited jurisdiction which empowers them to cancel, reduce, or increase the fine or penalty payment imposed*”<sup>32</sup>. In sostanza, rimane sì la distinzione tra giurisdizione di “legittimità” ex art. 263 TFUE sull’*an* della sanzione e, rispettivamente, quella “di merito” ex artt. 261 TFUE e 31 del regolamento 1/2003 sul *quantum*. Ma anche la prima è piena sul piano cognitorio, per quanto ovviamente non sostitutiva (non ve ne sarebbe bisogno) sul piano decisorio, a differenza della seconda.

Sotto altro profilo, e qui veniamo ad un altro principio fondamentale codificato nell’art. 6 CEDU, va rispettata la paritarietà delle armi. E non vi può essere paritarietà delle armi senza pienezza di riesame giudiziale dei fatti tecnicamente complessi presupposto dell’esercizio di un potere unilaterale, quale quello amministrativo: un *ipse dixit* riconosciuto alla PA sul fatto che costituisce il presupposto tecnico complesso della scelta amministrativa significa negare strutturalmente e definitivamente che tra parte pubblica e privata vi possa essere anche solo una parvenza di paritarietà nei poteri astrattamente a disposizione per dimostrare la fondatezza in fatto delle rispettive tesi.

Ciò è più chiaramente emerso, in sede CEDU, per la prima volta, proprio in una sentenza relativa al sistema di giustizia amministrativa italiano, ossia in una controversia per il riconoscimento di un’infermità per causa di servizio, ove il Consiglio di Stato aveva negato il (pur richiesto) riesame dell’intrinseco di un parere medico-legale relativo all’eziologia di una malattia (reso da organo tecnico della stessa Amministrazione resistente)<sup>33</sup>. Immediata (e a ben ve-

---

TORRE, E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Cheltenham, 2017; J.L. CRUZ VILAÇA, *The Intensity of Judicial Review in Complex Economic Matters – Recent Competition Law Judgments of the Court of Justice of the EU*, in 6 *Journal of Antitrust Enforcement*, (2018), p. 173 ss.; M. VAN DER WOUDE, *Judicial Control in Complex Economic Matters*, in 10 *JECLAP*, (2019), p. 415 ss.

<sup>32</sup> A. KORNEZOV, *Steps Following the Adoption of a Commission Decision, Judicial Review of Commission Decisions and Judicial Protection*, in *EU Antitrust Procedure*, edited By E. Rouseva, Oxford, 2020, par. 18.143.

<sup>33</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2011, n. 801: “Quanto precede ad avviso del collegio pone in evidenza che il parere sopra esaminato è immune da contraddizioni, palesi illogicità o disconoscimento di fatti rilevanti, con la conseguenza che nella presente sede di legittimità ove non sono consentite, come è noto, valutazioni di merito in ordine agli accertamenti tecnici eseguiti dalla Commissioni mediche, non ricorrono le condizioni per ritenere fondate le censure avanzate dall’appellante”.

dere ovvia, se si crede alla paritarietà delle armi) la risposta della Corte di Strasburgo<sup>34</sup>: “i profili rilevanti della sentenza emessa sono stati totalmente basati sulle conclusioni della Commissione medica”. Con il che “il ricorrente non era posto in condizioni di parità con la sua controparte, lo Stato, come invece avrebbe dovuto essere in conformità al principio della parità delle armi”.

Del resto, ove anche si tratti di applicare concetti giuridici indeterminati di particolare delicatezza, quale quello di pericolosità per la sicurezza pubblica, non è consentito alle corti nazionali, di limitarsi a far rinvio a quello che la Corte EU – espressivamente – definisce “*ipse dixit* del potere esecutivo”<sup>35</sup>.

Invero, la regola generale è quella dell’inesistenza di poteri di valutazione riservata in capo all’Autorità amministrativa (tanto più ove si tratti della stessa PA nei cui confronti è stato instaurato il ricorso). Non è quindi dato ragionare secondo la logica dell’*ipse dixit*, ossia di una divisione dei poteri tra esecutivo e giudiziale che si traduca in un sostanziale disconoscimento del diritto del cittadino alla formazione della scelta sulla determinazione di diritti civili o sull’applicazione di sanzioni penali nel contesto delle garanzie del giusto processo.

Ed allora che spazio realmente autonomo residua per il principio di presunzione di innocenza?

Lo dice bene Guido Greco: si tratta di quei casi in cui – oggettivamente – manchi (e non possa che mancare) certezza su un profilo (tecnico o comunque strutturalmente opinabile) della pretesa sanzionatoria.

In un simile caso la questione, a ben vedere, non è tanto chi assuma la decisione finale, se la PA o il Giudice.

Come esplicitato dalla Corte di Giustizia in *Dual Prod SRL*, la presunzione di innocenza, intesa come regola decisoria *in dubio pro reo*, vincola non solo la PA, ma anche il Giudice.

Un conto allora è dire che il Giudice, a fronte di un fatto tecnicamente

<sup>34</sup> Corte EDU, Sez. II, 21 gennaio 2014, caso n. 48754/11, *Placi v. Italy*, §§ 78 e 79.

<sup>35</sup> Corte EDU, 10 luglio 1998, caso n. 62/1997/846/1052-1053, *Tinnelly & Sons*, § 77, che a fronte della mancata ammissione ad una procedura di appalto per pretesi rischi per la sicurezza nazionale discendenti dalle persone dei titolari dell’impresa, nota che: “[...] *the conclusive nature of the section 42 certificates had the effect of preventing a judicial determination of the merits of the applicants’ complaints that they were victims of unlawful discrimination. The Court would observe that such a complaint can properly be submitted for an independent judicial determination even if national security considerations are present and constitute a highly material aspect of the case. The right guaranteed to an applicant under Article 6, § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the ipse dixit of the executive [...]*”.

opinabile, debba nominare un ausiliario, senza affidarsi alla opinione della PA, perché, altrimenti, rinuncerebbe ad un controllo di *full jurisdiction* e lederebbe la parità delle armi (e, con ciò, anche *ex post*, negherebbe un giusto processo, impedendo la compensazione *ex post* dei limiti del procedimento amministrativo sanzionatorio).

Altro è affrontare l'ipotesi in cui, all'esito degli approfondimenti tecnici in contraddittorio paritario, residui comunque un'insolubile incertezza. In questi casi, tale incertezza "finale" non pare poter legittimare una scelta lasciata al libero apprezzamento del Giudice: quest'ultimo, pur terzo ed imparziale, deve "assolvere" il sanzionato, annullando la sanzione, in doverosa applicazione del principio di presunzione di innocenza.

Come ben osservato da Guido Greco, tale spazio di incertezza deve insomma implicare anche un ambito di liceità. Si traduce, cioè, almeno nei fatti, in una regola di sostanziale ammissibilità della condotta, quantomeno quale conseguenza della soggezione di ogni Autorità pubblica – amministrativa come giudiziale – al principio *in dubio pro reo*, quale inderogabile elemento del giusto processo penale in ogni sua fase.

Detto altrimenti, alla logica della c.d. "presunzione di legittimità" (che ancora largamente innerva il diritto amministrativo europeo<sup>36</sup>) deve, in relazione a vicende sostanzialmente penali, sostituirsi un approccio esattamente opposto: l'incertezza sull'illiceità deve andare a favore del privato accusato, invece che della Amministrazione sanzionatrice.

---

<sup>36</sup> Da ultimo, Corte eur. Giust., Sez. V, 14 marzo 2024, *Commissione c. Regno Unito*, causa C-516/22, punto 99: "gli atti di istituzioni dell'Unione godono, in linea di principio, di una presunzione di legittimità finché non sono stati annullati o ritirati".



# LA CONCESSIONE DI BENI DEMANIALI: VERIFICA DELLA SUA ATTUALITÀ E INFLUENZA DELL'ORDINAMENTO EURO-UNITARIO PER LA SUA INTERPRETAZIONE

*Marcella Gola*

SOMMARIO: 1. Premessa. “Concessione” e “proprietà”, due istituti giuridici da attualizzare. – 2. La concessione come strumento del mercato: prevale ancora l'effetto vantaggioso a favore del privato? – 3. *Segue*: il ruolo della P.a., dalla promozione dell'economia alla soluzione di conflitti e al controllo della compatibilità con l'interesse pubblico. – 4. Conclusioni. Il contributo della contabilità pubblica per la risposta – positiva – al quesito: il parametro della proficuità.

## 1. *Premessa. “Concessione” e “proprietà”, due istituti giuridici da attualizzare.*

La categoria dei beni pubblici e, tra essi, di quelli demaniali, è un tema di studio che l'ordinamento italiano conosce sin dall'unificazione del Regno, e trova conferma nella Carta costituzionale, nella norma dedicata alla proprietà.

Il risvolto amministrativo della disciplina speciale e della gestione che concerne il demanio sin dalla sua prima definizione pone l'accento sulla stretta attinenza dei relativi usi agli interessi pubblici, diretti o indiretti, enfatizzato nella funzionalizzazione che l'art. 42 Cost. assegna alla proprietà, pubblica o privata.

Proprio avviando la riflessione dal presupposto incentrato sulla proprietà – anche se la Costituzione, più neutralmente, utilizza l'espressione “appartenenza” – sono poste in evidenza le evoluzioni degli istituti giuridici qui considerati nell'ambito degli ordinamenti giuridici.

Tra queste, la posizione assegnata proprio all'istituto giuridico della proprietà in ambito europeo rivela la profonda influenza che l'ampliamento dell'orizzonte giuridico ha conosciuto, specie con riferimento al contesto dei “rapporti economici”, per riprendere la collocazione del nostro Costituente.

Questa significativa influenza, destinata a riflettersi nell'ordinamento nazionale anche oltre il dato normativo in costruzione, vincolante per il legislatore nazionale, è stata colta con riferimento all'Amministrazione dalla più attenta dottrina, che ha presto evidenziato la conseguente trasformazione del diritto amministrativo così come variamente inteso dai singoli Stati membri.

Il tema si inquadra in quello, più generale, dell'influenza del diritto europeo sul diritto amministrativo nazionale, prospettiva che la più avanzata dottrina ha saputo cogliere ancor prima dell'avvio del periodo di riforme e trasformazioni profonde che hanno caratterizzato gli studi del Diritto amministrativo dal 1990 ad oggi<sup>1</sup>.

I profili da approfondire in questo ampio contesto riguardano tanto l'istituto della proprietà pubblica, già richiamato, tanto quello strettamente connesso – in certo senso pregiudiziale – degli usi dei beni stessi, da mantenere coerenti con la funzionalizzazione del bene cui si riferiscono<sup>2</sup>. Questa caratteristica ne giustifica infatti il regime differenziato e richiede un'attenta considerazione soprattutto quando le disposizioni dell'Amministrazione cui il bene è

---

<sup>1</sup> Il pensiero è rivolto, in particolare, alla creazione della *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, attiva dal 1991, che ha realizzato un punto di incontro e confronto scientifico stabile sull'interrelazione tra ordinamento nazionale e quello delle Comunità Europee, analizzando la progressiva evoluzione, sempre più interconnessa, delle due dimensioni istituzionali considerate, evidenziando in particolare l'influenza che il livello sovranazionale, divenuto euro-unitario, ha avuto sulla trasformazione dell'Amministrazione italiana, anche oltre l'adozione di normative europee. La preziosa iniziativa, dovuta ai Direttori M.P. Chiti e G. Greco, assicura un collegamento tra studiosi dei Paesi membri dell'Unione, ampliando quindi lo studio con riferimento a modelli e istituti amministrativi presenti in ambito Europeo.

All'influenza dell'Unione europea sul diritto amministrativo Guido Greco ha dedicato molta parte della sua amplissima attività scientifica; tra gli studi che maggiormente hanno contribuito all'evidenziazione di questa nuova prospettiva cfr. *Normativa comunitaria e ordinamento nazionale*, in *Dir. econ.*, 1989, p. 371; *Profili di diritto pubblico italo-comunitario*, in *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Milano, 1989, p. 30 ss.; *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, p. 85 ss.; *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale)*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 277 ss.; *Il Sistema italiano e l'ordinamento europeo (i rapporti fra i diversi livelli di governo)*, in AA.VV., *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di Mario R. Spasiano, Napoli, 2012; *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, (3), p. 585 ss.; *L'inesauribilità del diritto europeo a rilevanza amministrativa*, in AA.VV., *Il diritto che cambia – Liber amicorum Mario Pilade Chiti*, a cura di G. della Cananea e C. Franchini, Napoli, 2016, p. 97 ss.

<sup>2</sup> Cfr. in dottrina M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in AA.VV., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione, gestione*, a cura di A. Police, Milano, 2008, p. 17 ss.; G. DELLA CANANEA, *Dalla proprietà agli usi: un'analisi comparata*, *ibidem*, p. 63 ss.

ricondotto si traducano nell'uso particolare, perciò sottratto alla collettività o, direttamente alla stessa P.a., a favore di soggetti terzi che ne traggano un vantaggio economico.

Anche il tema delle concessioni di beni demaniali è un classico per gli studi di diritto amministrativo<sup>3</sup>, eppure entrambi i distinti istituti giuridici che la locuzione unisce – beni pubblici<sup>4</sup> della categoria demaniale e potere concessorio, espressione della titolarità degli stessi, – paiono a prima vista poco in linea, poco attuali rispetto all'indirizzo che emerge dalla preferenza per l'ordinamento europeo e le sue classificazioni.

Eppure, oggi più che mai, anche alla luce del contenzioso che ha interessato il tema a tutti i livelli giustiziali, europei e nazionali, e governativi, qui comprendendo anche quelli locali – il riferimento alle c.d. “concessioni balneari” è d'obbligo<sup>5</sup> – il quadro normativo di riferimento, della cui interpretazione appunto si discute, pare radicato nel nostro sistema.

La disciplina interna e la costruzione del rapporto che ne risulta è d'altronde compatibile con la dimensione europea ove – sintetizzando – la neutralità rispetto alle scelte organizzative – comprese quelle relative alle risorse strumentali, e relativi regimi proprietari – in vigore negli Stati membri, non crea vincoli per l'adozione di modelli comuni, se non per la comune esigenza di garantire il rispetto della libera concorrenza che, quando sussiste, attiene alla scelta della parte privata.

Il riferimento, qui solo accennato, che conferma questa lettura si riscontra nella disciplina europea sull'aggiudicazione dei contratti di concessione relativi

---

<sup>3</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, in AA.VV., *I beni pubblici*, cit., p. 493 ss.; *ibidem*, M.R. SPASIANO, *L'uso dei beni in concessione per finalità non rispondenti a bisogni di interesse generale*, p. 507 ss.

<sup>4</sup> Sul tema v. M. RENNA, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, 2022, p. 149 ss.

<sup>5</sup> Sul punto, ampiamente dibattuto in dottrina e oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali, Europee e nazionali, sia consentito rinviare a M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le “concessioni balneari”: si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*, in *Dir. e soc.*, 2021, (3), p. 402 e ss.; con riferimento agli sviluppi successivi v. *Lucrezia Corradetti. Esperienze e soluzioni nella disciplina giuridica delle concessioni demaniali marittime*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), (2023), 11, p. 1 ss. Per la giurisprudenza più recente v. Cons. Stato, Sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4479, che ribadisce l'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale confliggente con la direttiva 2006/123/CE, art. 12, e con l'art. 49 TFUE (fattispecie relativa all'illegittimità delle proroghe automatiche del provvedimento concessorio, fondata sulla valutata scarsità della risorsa che ne è oggetto). In dottrina, con una diversa prospettiva, v. anche A.M. ABRUZZESE, *Evoluzioni del diritto di proprietà sui beni pubblici. Il demanio marittimo, da demanio necessario a bene comune. Il caso di Napoli*, 2023.



a esecuzione di lavori o fornitura di servizi sancita dalla direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, recepita e parte integrante del codice dei contratti pubblici, con crescente dettaglio, sia nel vigente d.lgs. n. 36/2023, spec. artt. 176-192, sia già in precedenza dai dd.lgs. nn. 163/2006, artt. 142-151, e 50 del 2016, artt. 164-173<sup>6</sup>.

Ciò premesso, e confermata quindi la non sussistenza di obblighi di modifica al sistema nazionale vigente per ottemperanza agli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, resta comunque opportuno interrogarsi sull'attualità della classificazione codicistica-civilistica-fonte della delimitazione del demanio, così come dello strumento concessorio per l'uso a titolo esclusivo dei beni che ne fanno parte, nelle ipotesi in cui questa modalità sia possibile.

In particolare, si pensi al fatto che anche la concessione di beni<sup>7</sup>, come più ampiamente indagato per quella di servizi, accentua sempre più la componente consensuale, allontanandosi dallo schema originario che esaltava la natura uni-

---

<sup>6</sup> Il "tipo" di concessione cui si riferisce l'Unione è così esplicitato nel considerando 11: "Le concessioni sono *contratti a titolo oneroso* mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Essi possono, ma non devono necessariamente, implicare un trasferimento di proprietà alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori, ma i vantaggi derivanti dai lavori o servizi in questione spettano sempre alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori". L'armonizzazione così imposta si ferma tuttavia di fronte all'operatività del "principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche", sancito all'art. 2, ove si conferma che "La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici". Resta quindi confermata la compatibilità con l'ordinamento europeo delle discipline nazionali, riconoscimento valido per gli ambiti non ricadenti nell'ambito di applicazione della direttiva richiamata come quello della concessione di beni demaniali qui considerato.

Tra i primi scritti che hanno approfondito la portata della disciplina europea sopra richiamata si segnala G. GRECO, *La direttiva in materia di «concessioni»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, (5), p. 1095 ss.

<sup>7</sup> Sul tema v. ampiamente B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, il quale sottolinea il passaggio dal concetto di destinazione a quello di funzionalizzazione: *passim*, spec., p. 210.

laterale e autoritativa propria del potere di cui il provvedimento era espressione finale. Senza negare l'esistenza di un potere – e di una correlata responsabilità – in capo alla P.a. con riferimento ai beni in questione, la necessaria presenza della convenzione che regola i rapporti tra concessionario e concedente, dal contenuto condiviso, assume una rilevanza sempre più centrale.

La concessione, infatti, oggi, è sempre un atto nominato ma decisamente meno tipico rispetto al passato, in quanto destinato ad assumere una pluralità di declinazioni, a seconda dell'oggetto, a seconda della finalità, a seconda del settore cui è destinato, così da rendere difficile la riconduzione a unità anche concentrandosi sugli effetti prodotti.

Le difficoltà emergono infatti soprattutto quando l'istituto della concessione, unitariamente considerato, debba essere sovrapposto a quella figura originaria già ricordata da parte dei Maestri della nostra disciplina<sup>8</sup>, cioè quel provvedimento – autoritativo e unilaterale – idoneo a trasferire o costituire – ipotesi già affatto distinte l'una dall'altra – un diritto in capo a un soggetto diverso dalla P.a. concedente.

Oggi effettivamente la questione sembra molto diversa: la concessione è diventata sempre di più uno strumento economico; occorre tuttavia subito anticipare che generalizzare è di principio sbagliato, specie in un caso come quello in esame in cui si intendono proprio evidenziare la pluralità e varietà dei "tipi" in cui l'atto si manifesta.

Già una prima importante differenziazione concerne ad esempio le concessioni che conferiscono la cittadinanza; si tratta di provvedimenti che richiedono un approfondimento a parte, estraneo alle finalità qui perseguite, stante la loro assoluta peculiarità. Queste sono infatti oggetto di norme speciali, anche in ragione della necessaria relazione tra P.a. nazionale e Stati di provenienza dei richiedenti e perciò richiedono tempi non sempre predeterminabili e fissi come quelli imposti per ogni attività procedimentale dalla legge n. 241/1990.

## *2. La concessione come strumento del mercato: prevale ancora l'effetto vantaggioso a favore del privato?*

Con queste premesse, la concessione non può essere certamente considerata come un atto da cancellare dal "pacchetto" degli strumenti appartenenti alla

---

<sup>8</sup> V. ampiamente M. D'ALBERTI, voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, 1988; F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milano 2007, p. 250 ss., e bibliografie ivi citate.

storia amministrativa, obsoleto in quanto superato sia da altri modelli che disegnano forme di partenariato tra P.a. e privati, sia dal ricorso a forme *tout court* negoziali, tutt'altro.

Il fatto stesso che se ne continui a discutere, suffragato dalla giurisprudenza che ne contribuisce ad arricchire la casistica, testimonia che nella realtà non ha prevalso la costruzione in termini negoziali, che ne accentua i caratteri contrattuali – dovuti in definitiva alla circostanza che gli effetti vantaggiosi cui il concessionario aspira siano raggiungibili solo su richiesta di quest'ultimo, in ciò rendendo potenzialmente amico, anziché ostacolo, il titolare del potere espresso con l'atto concessorio. Vale solo la pena di evidenziare che una visione bilaterale, incentrata sul solo rapporto a due, come suggerisce una lettura eccessivamente paritaria tra le parti in questione vanifica la ragione stessa dell'attribuzione del potere e la riserva di disposizione – per quanto attiene ai beni – in capo alla P.a., preposta alla soddisfazione dell'interesse pubblico nel caso concreto che eccede quello dell'aspirante, tanto da consentirne legittimamente l'insoddisfazione attraverso il diniego dell'istanza.

È quindi errato mettere in secondo piano il ruolo specifico della Pubblica amministrazione, non ascrivibile a quello di un semplice contraente alla ricerca di un punto di soddisfazione condiviso dalla parte richiedente l'atto e, soprattutto, i diritti esclusivi – espressione particolarmente efficace quando si tratti di proprietà e del suo godimento – che ne conseguono.

Di certo ciò che è profondamente cambiato nel corso del tempo è non tanto il ruolo dell'Amministrazione, che continua a svolgere il suo compito di miglior cura degli interessi pubblici, quanto gli strumenti e le modalità utilizzate per realizzare i fini che le sono assegnati. Come accennato, rispetto al passato un numero significativo di casi che prevedono il ricorso alla concessione vedono l'Amministrazione agire non tanto in veste di soggetto che conferisce diritti ma in quello di regolatore di un mercato, la cui libera configurazione è ritenuta garanzia dell'equilibrio tra gli interessi che ivi si confrontano.

In questi casi potremmo affermare che la P.a. agisce dando vita a una forma di sussidiarietà, intervenendo a correggere le disfunzioni ma senza cancellare la diseguaglianza tra le parti pubblica e private, che continua ad esistere, altrimenti avremo una piena liberalizzazione che escluderebbe la presenza di un atto quale quello qui considerato.

I modelli giuridici stanno cercando di adeguarsi a quelli propri dell'economia, che nascono e si sviluppano indipendentemente dal diritto, il quale è tuttavia chiamato, come visto, a trovare le risposte più efficienti in grado di assicurare quelle precondizioni – certezza e stabilità *in primis* – affinché il mercato

possa funzionare. Il riferimento alla società in questo caso appare mediato, e il ruolo del diritto meno creativo rispetto all'affermarsi degli strumenti propri dell'economia, che hanno vita autonoma nell'ambito degli spazi lasciati liberi da vincoli esternamente imposti per le ragioni di funzionalizzazione già ricordate.

Le considerazioni svolte cambiano parzialmente quando al tema "concessione" in generale si abbina l'oggetto, il bene demaniale.

Le concessioni sono state analizzate spesso come strumenti di organizzazione, prospettiva che trova conferma anche a fondamento della disciplina europea sopra richiamata, che la lega appunto alla libera scelta della P.a. l'adozione di questo modello – di esternalizzazione – per realizzare le attività di sua competenza<sup>9</sup>.

Quella proposta non è certo da ritenere l'unica lettura possibile – si pensi ancora alla concessione c.d. costitutiva, ritenuta *genus* della *species* quanto agli effetti innovativi prodotti nella sfera giuridica del destinatario –, però, effettivamente, rivela un aspetto importante dell'istituto qui in esame, che come visto regola dei rapporti di cui è parte la Pubblica amministrazione, con particolare rilevanza nell'ambito dell'economia.

Oltre a queste considerazioni occorre anche ricordare che il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come risulta dalla lettura dell'articolo 174, è indifferente – anche, potremmo dire, – al regime della proprietà scelto dagli Stati membri per definire la relazione che li lega alle vicende che interessano i beni, affermazione tuttavia da ridimensionare alla luce della casistica: si pensi ancora alla scarsità dei beni stessi, che ne limita la fruizione alterando la libera concorrenza. La natura pubblica della proprietà non è l'unico strumento giuridico idoneo a fornire idonee garanzie di accesso ai beni che rivestano un interesse pubblico qualificato ma, una volta adottato, questo ne condiziona conseguentemente i modi di esercizio e di disposizione.

L'affermata, e presunta, neutralità rispetto al regime proprietario definito dalla parte pubblica sostenuta dall'Unione europea deve essere comunque combinata sia a quegli istituti che, come sopra accennato, regolano, ad esempio, l'accesso al mercato, sia anche alla contemporanea definizione, giuridicamente molto forte, che la colloca tra i diritti fondamentali sia nella CEDU sia nella Carta europea dei diritti fondamentali.

Anche in quei testi sovranazionali sono tuttavia presenti dei parametri che, nelle varie declinazioni possibili, tengono sempre aperta la strada per un inter-

---

<sup>9</sup> Cfr. *supra*, nota 8.

vento pubblico statale, qui intendendo per “Stato” riassuntivamente il soggetto responsabile che fa parte dell’Unione europea, e che all’interno delle singole realtà nazionali potrà organizzare per l’appunto come ritenga più opportuno le proprie competenze.

Ci si trova infatti di fronte a situazioni che devono essere risolte con una scelta certo prima politica da parte del Legislatore, ma in seguito, e con costante frequenza, di natura discrezionale da parte dell’Amministrazione. Così è ove si fa riferimento a concetti come l’utilità generale, l’interesse generale, il pubblico interesse: tutte declinazioni che il nostro ordinamento nazionale già conosce, perché presenti con analoga formulazione ampia e indeterminata nella nostra Carta costituzionale.

Spetta quindi all’Amministrazione questo compito importantissimo, cioè quello di realizzare, concretizzandole, le finalità, le funzioni, le attività che soddisfino questi caratteri di rilevanza pubblica tracciati, conformemente, dagli Atti fondamentali che delineano l’ordinamento giuridico attuale, che testimoniano come i beni possano assumere una valenza essenziale per realizzare gli obiettivi dell’Unione europea.

Beninteso, la proprietà pubblica anche ai sensi dell’Unione europea dovrà sempre essere condizionata, come ogni altro fattore, ogni elemento di questo rapporto funzionale, al perseguimento dei fini, al raggiungimento degli obiettivi che giustificano l’intervento pubblico: quindi, non potrà mai essere svolta in modo contrastante con quelle che sono le finalità del Trattato.

Anche in questa prospettiva europea occorre dunque ridimensionare il valore assoluto assegnato all’asserita neutralità della proprietà all’interno dell’Unione europea, in termini che si riflettono sull’Amministrazione nazionale, fino ad assegnare una rilevanza molto forte agli interventi che l’abbiano ad oggetto. Questa infatti si può estendere fino alla delineazione del risultato da realizzare nel caso concreto, adempimento che – questo è il dato interessante, segno di quel rinnovamento dell’Amministrazione ricordato in principio, – può anche nascere col contributo dei privati.

### *3. Segue: il ruolo della P.a., dalla promozione dell’economia alla soluzione di conflitti e al controllo della compatibilità con l’interesse pubblico.*

Nei casi sopra ipotizzati la Pubblica amministrazione si può trovare anche a svolgere un ruolo promozionale dell’economia, aperto alle proposte, alle progettualità dei privati, impostando una vera e propria relazione che può rappre-

sentare un'importante occasione per rendere effettivo il principio di sussidiarietà, non sovrapponibile alla lettura che privilegia il profilo consensuale riconosciuto alla concessione amministrativa.

Il rapporto basato sul *provvedimento* concessorio dovrà realizzare il perseguimento di fini pubblici, aspetto al quale non sempre è riconosciuta la dovuta attenzione, rendendo il provvedimento concessorio idoneo a far conseguire anche un vantaggio diretto alla stessa Pubblica amministrazione che in tali casi, proprio attraverso la concessione, diventa attrice del mercato e ne regola una particolare fattispecie, valorizzando il rapporto che si instaura sin dall'origine coi destinatari dell'atto.

Si tratta, come detto, di dare vita a un'espressione del principio della sussidiarietà orizzontale, ma non si deve dimenticare che la Pubblica amministrazione non esaurisce il suo ruolo in questo momento, e non lo esaurisce nemmeno nella scelta del contraente.

Anzi, proprio in questa configurazione possiamo aggiungere un'altra connotazione, valida a interare la definizione di concessione.

La concessione non si limita più a conferire dei diritti, ma risolve dei conflitti.

Nel caso dei diritti contendibili, infatti, questo è l'effetto prevalente da misurare, non tanto quello di attribuire i diritti a chi non ne aveva, ma quello di risolvere una contesa potenziale, anche non necessariamente conflittuale, facendo una scelta, cioè svolgendo in pieno l'attività amministrativa che consiste nella ricerca e valutazione di soluzioni sia soggettive sia progettuali, prospettiva quest'ultima che nel settore dei beni risulta particolarmente interessante.

Questo ragionamento mette in luce un altro aspetto: mentre in quanto per quanto riguarda le altre realtà nei confronti delle quali possiamo rinvenire l'atto concessorio, cioè quelle attinenti ai servizi pubblici e alla realizzazione di infrastrutture, esiste una tipizzazione molto forte anche delle procedure, una stessa attenzione manca per quanto riguarda l'amplessima categoria, difficilmente riconducibile ad *un unicum*, dei beni pubblici.

Qui rileva il ruolo della Pubblica amministrazione, titolare del potere concessorio che si affianca a quello dominicale speciale. Prioritario diviene quindi assumere la determinazione sul *come* utilizzare quei determinati beni, già classificati pubblici *ex lege* e quindi connotati dal riconoscimento di presentare un interesse pubblico intrinseco, ancorché relazionale agli scopi cui sono preordinati, e sul *chi* debba svolgere quel compito: se essa stessa direttamente, quando sia possibile e conveniente, o altri soggetti, esterni all'apparato, che possano avere visioni più ampie, maggiori risorse, adottando criteri di scelta che debbono rispettare i criteri delle "3 e", e della trasparenza.

Risolti questi passaggi prioritari, non si deve dimenticare che la P.a. con-

serva il delicato compito di *controllare* che effettivamente quelle finalità cui è vincolata, anche in quanto proprietaria, siano perseguite: non è quindi corretto, come già anticipato, ritenere che il concessionario sia esclusivamente titolare di un privilegio nei confronti di altri aspiranti alla situazione acquisita, in quanto assume contestualmente al diritto di uso la responsabilità di conservare e garantire l'idoneità del bene alla sua destinazione, sostituendosi nella gestione alla P.a. proprietaria – concedente e assumendone i connessi obblighi.

Anche nei confronti della collettività il concessionario assume dunque degli impegni che non si esauriscono nel trasferimento del rischio imprenditoriale, punto centrale, di grande rilevanza se riferito allo sfruttamento economico del bene, finalità che motiva l'azione del concessionario, ma non unico elemento di obbligazione pubblica.

La Pubblica amministrazione, a sua volta, ha il dovere di controllare la continua ottemperanza agli obblighi assunti, a garanzia della funzione del bene concesso, che per sua natura può richiedere adeguamenti connessi all'interesse pubblico da soddisfare dinamicamente.

Si tratta di un aspetto non sufficientemente considerato dalla legislazione, tanto da rivelare, nei casi più gravi, la difficoltà di trovare le modalità corretta per uscire da una certa situazione che si riscontri non (più) corrispondente alla cura dell'interesse pubblico che sostiene la relazione – decadenza, annullamento o revoca? non sempre in pratica i tre distinti istituti sono facilmente sovrapponibili alle fattispecie da risolvere, come si è osservato con riferimento alle concessioni autostradali –, e per sanzionare, o in generale per reagire, di fronte a situazioni che sicuramente siano censurabili nell'ottica dell'Amministrazione proprietaria.

Molta attenzione all'*entrata* nel mercato, a vantaggio di quest'ultimo, poca alla fase eventuale dell'*uscita*, a tutela della P.a.

In questa più ampia prospettiva anche la classificazione della concessione rivela il suo valore più completo: è uno strumento per l'esercizio di funzioni pubbliche, e in questa accezione deve essere sempre interpretata.

Funzionalizzazione della proprietà pubblica ed esercizio della funzione amministrativa si fondono in questo unico atto, la concessione, che conserva quindi appieno la sua attualità nell'ordinamento vigente, pur tenendo conto delle numerose evoluzioni esterne che la P.a., in genere ha conosciuto e conoscerà per corrispondere alla società di cui è espressione.

Tra queste è compresa la riconducibilità all'istituto dell'accordo che segna l'avvicinamento tra la parte pubblica e quella privata<sup>10</sup>, senza tuttavia perdere

---

<sup>10</sup> Sul tema, ampiamente, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, spec. pp. 160, 163.

la necessaria connessione con l'attribuzione del potere alla prima delle due, e che giustifica perciò la conservazione di quei requisiti anche formali che l'ordinamento richiede, come ad esempio la necessaria forma scritta.

4. *Conclusioni. Il contributo della contabilità pubblica per la risposta – positiva – al quesito: il parametro della proficuità.*

Come anticipato in premessa, le considerazioni svolte sull'attualità, qui confermata, della concessione come provvedimento amministrativo, pur da aggiornare alla luce dei cambiamenti di cui è stata oggetto l'Amministrazione a partire, specialmente, dall'ultima decade del secolo scorso, anche sulla spinta dell'influenza europea, si intrecciano con quelle che riguardano l'oggetto qui preso in considerazione, il bene demaniale.

Categoria di "beni" che a sua volta risente della crisi della proprietà. Il tema è amplissimo, ed esula dalla finalità delle presenti osservazioni; di certo, ai fini qui perseguiti, può essere utile ricordare le origini della demanialità, nata mutuando l'ordinamento francese post-rivoluzionario per differenziare alcuni beni destinati a una funzione pubblica, il *domaine de la Nation*, ai quali, in via di eccezione rispetto alla regola, non si è ritenuto applicabile il diritto comune, come alternativa al modello precedente in cui il bene della corona poteva essere utilizzato in modo assolutamente arbitrario<sup>11</sup>.

Anche in questo caso da tempo si evidenzia l'opportunità del superamento delle attuali classificazioni della proprietà pubblica disposte dal codice civile, ritenute non più attuali e fonte di un eccessivo irrigidimento.

Occorre inoltre considerare che si stanno affacciando nuove esigenze, collegate a nuove classificazioni, che portano ad esempio alla configurazione del "bene comune"<sup>12</sup>, non presente nel codice, con la quale si intendono proporre nuove soluzioni all'esigenza di soddisfazione degli interessi pubblici che in

---

<sup>11</sup> V., tra gli studi più recenti, la puntuale ricostruzione di V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico della 'proprietà' e dei 'beni'*, Torino, 2022, p. 108 ss., ove si riconduce a quel momento anche l'affermazione del concetto di *destinazione* che connota ancora oggi i beni pubblici, pur se affiancato e superato da quello della funzionalizzazione. Cfr. anche V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979 e, dello stesso Autore, il più recente *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, in AA.VV., *I beni pubblici*, cit. p. 459 ss.

L'istituto trova ancora la sua più completa ricostruzione nell'opera monografica di E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, (1934) 1989.

<sup>12</sup> V. ancora, ampiamente, V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico*, cit., p. 149 ss., e bibliografia ivi citata cui si rinvia per l'approfondimento del tema.



precedenza si ritenevano risolte attraverso la categoria del bene demaniale. La teoria del “bene comune” si presenta come difficilmente conciliabile, per non dire direttamente incompatibile, con la stessa nozione di concessione, anche se la sua affermazione non comporterebbe un “abbandono del campo” da parte della Pubblica amministrazione, per usare un’espressione che, curiosamente, richiama proprio l’etimologia del termine “concessione”, nel senso di ritirarsi, allontanarsi.

Ecco, quindi, che torna il tema della non corretta considerazione del rapporto che si crea tra concedente e concessionario del bene nei riduttivi termini dell’attribuzione di un privilegio, ma piuttosto in quello di riconoscimento della capacità di assumere un ruolo, funzionalizzato, prioritariamente rivolto direttamente o indirettamente alla collettività, compiendo di conseguenza il proprietario responsabile – la P.a. – un “passo indietro” che comporta la sostituzione col privato che subentra nell’impegno di conforme utilizzo del bene, a fronte di un – auspicato – profitto che ne copra l’impegno professionale e l’organizzazione di mezzi.

Un parallelo interessante può essere quello della concessione di servizi pubblici locali di rilevanza economica, settore che risente di una forte influenza europea, in cui la concessione – definita “contratto di concessione” –, principale forma di esternalizzazione, è contemplata tra i modelli di gestione per i servizi a rilevanza economica, ma non è prevista la gestione diretta da parte dell’ente locale, se non nella forma imprenditoriale – privatistica – mediata della società *in house providing*.

L’effetto della sostituzione del privato al pubblico, con trasferimento non solo e non tanto di diritti ma di *responsabilità giuridiche*, caratterizza oggi l’istituto della concessione, che inserisce il privato nel sistema amministrativo: si ricorda il principio espresso dall’art. 1, comma 1-ter della l. n. 241 del 1990, che regola la posizione dei privati preposti all’esercizio di attività amministrative nei rapporti con i destinatari delle stesse, estendendo le stesse garanzie imposte al soggetto pubblico.

Ciò premesso, il giurista si deve attenere alle classificazioni codicistiche dei beni, ma ci sono anche riflessioni di carattere sostanziale da collegare per un’interpretazione più coerente con l’ordinamento attuale: l’Unione europea con la propria disciplina volta all’armonizzazione in funzione del libero mercato ha introdotto implicitamente una distinzione tra beni che possono avere un’utilizzazione, una rilevanza per lo sviluppo economico e beni che queste caratteristiche non hanno.

Il tema è complesso, e può ancora una volta richiamare il caso delle “concessioni balneari” per la parte in cui si è dibattuto sulla consistenza dell’og-

getto delle stesse, cioè se questo concernesse l'uso del bene demaniale, la spiaggia, o viceversa le attività e i servizi turistici cui il bene è strumentalmente destinato: ha prevalso, come ormai consolidato, la seconda lettura, che comporta l'operatività della "direttiva servizi" che privilegia l'aspetto dinamico della concessione, l'uso imprenditoriale del bene che perde quindi la sua centralità rispetto all'iniziativa economica che lo sfrutta.

La annosa vicenda qui ancora una volta solo accennata pone in luce tuttavia un aspetto trascurato, cioè il fatto che in genere l'interprete si ponga più frequentemente nella posizione della garanzia da offrire al privato, sia nei confronti della Pubblica amministrazione, sia di eventuali altri competitori, rispetto ai quali si chiede sia garantita la parità di accesso, mentre assai più raramente ci si pone dalla parte della P.a.

In questa diversa prospettiva i risultati di una valutazione circa la attualità della concessione di beni demaniali, secondo i criteri tradizionali più attenti agli aspetti formali del rapporto, pure importanti, non sarebbero gli stessi.

Si fa riferimento a un momento centrale, che è quello della *proficuità*, aspetto che riporta il tema del bene demaniale alla sua collocazione originaria negli studi del Diritto amministrativo, cioè alla contabilità pubblica, in cui la distinzione dei beni rileva tuttora per l'inventario del patrimonio dello Stato.

La materia qui trattata non rientra nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, testo normativo in cui oggi è evidente, se non prevalente, l'obiettivo di tutela della concorrenza, ma si applica integralmente la disciplina sulla contabilità dello Stato.

In effetti i principi espressi dal codice dei contratti sono da ritenere comuni anche alla fattispecie qui in esame, in quanto diretta espressione dello "spirito", per così dire, del Trattato sull'Unione, esprimono la finalità per cui quella disciplina è stata posta, quindi al di là del dato testuale sarebbe errato pensare che in futuro operatori amministrativi e giudici non siano influenzati dalla loro applicazione.

È quindi utile richiamare, a titolo esemplificativo, il primo principio, quello del risultato *ex* art. 1 del d.lgs. n. 36 cit., che evidenzia la funzione esercitata dalla Pubblica amministrazione nel momento in cui entra in contatto con un operatore privato.

Il primo adempimento richiestole, che del resto rappresenta la sintesi di principi già presenti ed espressi nella legislazione non settoriale, è quello di compiere una valutazione che sia basata anche sulla convenienza di quello che fa, sulla convenienza della scelta. Tale convenienza della scelta non può essere intesa in astratto, ma deve essere rapportata anche agli interessi della stessa Pubblica amministrazione, come soggetto agente.

La P.a. si pone come interprete nella definizione dell'interesse pubblico da soddisfare e, una volta effettuata la scelta di rivolgersi a un terzo ad essa esterno, avviata la gara, a quel punto deve scegliere l'offerta che, richiamando la terminologia utilizzata dall'art. 37 del codice della navigazione riferito al concorso di più domande di concessione a preferire "il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua ultimazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'Amministrazione, risponda a un più rilevante interesse pubblico".

L'attualità del testo è di tutta evidenza, e si accompagna ad altro testo, più lontano nel tempo ma in ciò ancora più interessante in quanto pone il problema alle fondamenta della costituenda Unità nazionale: la legge di contabilità 22 aprile 1869 n. 5026 sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale, che rappresenta l'antecedente per la disciplina sui controlli interni. In quel contesto, la Ragioneria generale dello Stato assume un ruolo fondamentale: infatti, il r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 attribuisce al Ministero del tesoro non solo i controlli di legittimità e contabile, ma anche quello sulla *proficuità* della spesa.

Si tratta, in sostanza, di un controllo di merito, in quanto è diretto a valutare la convenienza della spesa stessa: in definitiva, è la base per verificare la "sana gestione" delle risorse pubbliche, anticipando il controllo di gestione, elemento essenziale del budget economico oggi esteso a tutte le P.a. oltre che al sistema aziendale privato.

Si conferma nella stessa direzione il d.lgs. n. 123 del 2011, sulla riforma della regolarità amministrativa e contabile, il cui art. 2, comma 2, affida appunto alla Ragioneria dello Stato il controllo sulla proficuità della spesa.

In questo contesto, per esprimere un concetto analogo a quello che si è inteso evidenziare con il richiamo alla proficuità attesa dall'utilizzo del bene demaniale, è interessante richiamare l'art. 838 c.c., secondo il quale quando il proprietario abbandona la conservazione, la coltivazione o l'esercizio di beni che interessano la produzione nazionale, in modo da nuocere gravemente alle esigenze della produzione stessa, può farsi luogo all'espropriazione dei beni da parte dell'autorità amministrativa, premesso il pagamento di una giusta indennità. La stessa disposizione, come recita il comma 2, "si applica se il deperimento dei beni ha per effetto quello di nuocere gravemente al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica".

La norma, pur priva di applicazione, anticipa la funzionalizzazione della proprietà in questo caso direttamente collegandola all'interesse economico nazionale, espressione che a sua volta richiama quella dell'unità economica che, ai sensi dell'art. 120 Cost. motiva il superamento dell'ordine delle competenze

ripartite tra enti territoriali. I collegamenti proposti mettono in relazione norme affatto diverse, come contesto storico e sistematico ma pongono tutte in luce l'obiettivo prioritario assegnato all'utilizzo qualificato dei beni, strumenti essenziali per garantire lo sviluppo e la realizzazione dei fini pubblici.

Questo pur sintetico richiamo ad alcune disposizioni proprie della contabilità pubblica si intreccia strettamente con la materia qui considerata.

Nella legge annuale per il mercato della concorrenza del 2021, legge n. 118 del 2022, infatti, il Legislatore nazionale decide di "fare i conti" del tesoro che possiede, e decide di provvedere alla mappatura dei beni che, sorprendentemente, non esisteva e ancora non esiste al completo, mappatura dei beni che è necessaria sia per l'attuazione proprio della direttiva Bolkenstein, secondo quanto la legge che prevede questo adempimento che questa direttiva introduce, dato che per essere in linea con gli obblighi euro-unitari occorre logicamente conoscere l'entità, quantificare le risorse interessate.

Quantificazione che giustamente non esclude la qualificazione: la legge annuale per il mercato del 2021 impone in sostanza alle Amministrazioni di raccogliere ogni dato utile a verificare la proficuità dell'utilizzo economico del bene, in una prospettiva di tutela e valorizzazione del bene stesso nell'interesse pubblico. Il d.lgs. n. 106/2023, che attua la delega legislativa disposta dalla legge n. 118 cit., evidenzia preliminarmente l'eterogeneità del fenomeno delle concessioni dei beni pubblici per soddisfare le necessarie esigenze conoscitive, e torna appunto a chiedere i dati utili per valutare la proficuità della spesa.

Il dossier che accompagna la legge annuale per il mercato del 2021 – A.S. 2469 – B, XVIII Legislatura – riporta a segnalazione 1730 dell'Autorità della concorrenza e del mercato del 22 marzo 2021, l'appunto, dalla quale si rileva che nel 2019 su un totale di 29.689 concessione demaniali marittime – espressamente oggetto dell'intervento legislativo, stante la conflittualità dell'argomento divenuto centrale anche per il dibattito politico –, 21.581 sono assoggettate a un canone inferiore a 2.500 euro dalle concessioni demaniali, portando come introito complessivo allo Stato italiano 115 milioni di euro<sup>13</sup>. Non è difficile rilevare l'esiguità dell'importo a fronte del valore del mercato turistico che si intende comunque valorizzare.

Quello citato, come detto, rappresenta un caso emblematico, accompagnato nella specie da ricorrente ricorso alla sub concessione e alla proroga a tempo indeterminato, causa di un uso inefficiente dello strumento concessorio e del ruolo proprietario da parte dell'Amministrazione competente.

Il settore del demanio a scopo balneare richiedere un approfondimento che,

---

<sup>13</sup> La segnalazione è riportata nel Dossier cit. nel testo, p. 24.

come più volte affermato, non è obiettivo di queste note, anche in ragione dell'intreccio con tradizioni e valorizzazioni locali che non possono essere disperse; senza quindi entrare nel merito della vicenda, anche in ragione di questa controversa interpretazione della fattispecie occorre esprimere gratitudine all'Unione europea, in quanto da quello che, condivisibilmente o meno, è stato giudicato un nostro inadempimento è nata comunque l'occasione per recuperare valore alle risorse di cui noi, come si è visto anche inconsapevolmente, siamo dotati.

In conclusione di queste brevi note, e a riprova della complessità della materia, ricca di implicazioni che la collocano in un sistema giuridico plurisetoriale, merita di essere ricordato anche il dibattito in corso che riguarda gli immobili pubblici e le concessioni demaniali.

Anche in questo caso merita di essere richiamato lo Studio della Camera dei deputati del 26 settembre del 2022 che assegna all'Agenzia del demanio il compito di individuare le forme di rigenerazione degli immobili in uso alle Amministrazioni statali, di rifunzionalizzazione di beni non strumentali, dando vita a una categoria interessantissima di concessione che è la categoria della *concessione di valorizzazione*.

Si afferma quindi un ulteriore modello di gestione dei beni pubblici attraverso il multiforme strumento della concessione, ancora da sperimentare adeguatamente ma che sin d'ora si presenta coerente con la lettura che si è qui proposta, per evidenziare la necessità di valorizzare, anche nell'accezione patrimoniale che li caratterizza, la categoria sottostimata dei beni che presentano rilevanza economica idonea a sostenere lo sviluppo nell'interesse generale.

La conclusione non può che essere quella di ritenere la concessione di beni demaniali uno strumento tuttora attuale, anzi nel pieno della sua vitalità, che l'Amministrazione è tenuta a utilizzare *anche* a proprio diretto vantaggio, con evidenti ricadute positive sugli interessi pubblici che ne giustificano l'esistenza.

MUOVENDO DAL PENSIERO DI GUIDO GRECO,  
BREVI RIFLESSIONI SUL RICORSO STRAORDINARIO  
AL PRESIDENTE DELLA REGIONE SICILIANA:  
NOVITÀ O CONFERME?

*Maria Immordino*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tesi della connotazione amministrativa. – 3. *Segue*: tesi della sostanziale giurisdizionalizzazione. – 4. *Segue*: tesi della natura giustiziale. – 5. Ambito di operatività. – 6. Il principio di alternatività attraverso l'accentuazione o la minimizzazione dei caratteri differenziali tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale. – 7. Assonanze e dissonanze tra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana.

1. *Considerazioni introduttive.*

Del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica<sup>1</sup>, Guido Greco si è occupato nel 1980, commentando due sentenze, una del TAR Lombardia, in primo grado, la seconda del Consiglio di Stato, in grado di appello, e nel 1982, annotando una sentenza della Corte costituzionale. Offrendo, in entrambi gli studi, interessanti e originali spunti di riflessione.

Nello scritto del 1980, affronta, tra gli altri, il problema dell'applicazione alla fattispecie oggetto delle due decisioni, del principio dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale e il conseguente ambito di appli-

---

<sup>1</sup> Numerose le monografie sul ricorso straordinario, oltre agli scritti, alcuni raccolti anche in atti di convegni sul tema, senza presunzione di completezza si indicano, tra le più recenti: P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014; F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della repubblica: storia, disciplina e natura del rimedio dopo la legge 18 giugno 2009*, Roma, 2010; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008.

cazione, nonché la questione, collegata al principio stesso, dei caratteri e dei contenuti dei due rimedi.

Tale principio, che caratterizza la disciplina del ricorso straordinario, è stato introdotto dal legislatore del 1889 al momento della istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, con lo scopo di evitare una *concorrenza* tra il Consiglio di Stato in sede consultiva e il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale.

Nel principio del *parallelismo* tra i due rimedi rinvieni, quindi, il proprio presupposto l'alternatività che, qualora i contenuti dei due ricorsi sono differenti, non ha ragione alcuna di operare.

È questa infatti la regola alla quale si attengono il TAR Lombardia e il Consiglio di Stato nella fattispecie dalla quale traggono origine le due decisioni annotate dal Maestro<sup>2</sup>.

A seguito della dichiarazione di *improponibilità* di un ricorso straordinario, difettando il provvedimento impugnato di definitività, il ricorrente, vertendosi in materia di diritti soggettivi e, segnatamente, in materia di pubblico impiego e di spettanze economiche, aveva proposto, entro i termini di prescrizione, ricorso giurisdizionale, dichiarato ammissibile e fondato nel merito dal TAR Lombardia, che non aveva applicato il principio dell'alternatività, ritenendo i caratteri e i contenuti dei due rimedi profondamente diversi. Al contrario, il Consiglio di Stato era, invece, pervenuto ad una soluzione opposta, considerando minime le differenze contenutistiche e funzionali tra i due rimedi, rimarcandone così quel parallelismo al quale è condizionata l'operatività del principio. Due soluzioni diverse che si basano, come ben sottolinea Guido Greco, rispettivamente, su una *accentuazione* o su una *minimizzazione* dei contenuti e dei caratteri del ricorso straordinario che lo differenziano o lo assimilano al rimedio giurisdizionale.

Nello scritto del 1982, annotando la sentenza della Corte costituzionale n. 148/1982, relativa al potere di scelta giurisdizionale dell'ente pubblico resistente, diverso dallo Stato, il Nostro ne valorizza, sia "lo spiccato senso di garanzia della tutela giurisdizionale", per usare le sue parole, che costituisce il fondamento della decisione della Corte, la cui declaratoria di illegittimità dell'art. 10, comma 1, del d.P.R. n. 1199/1971, come ben sottolinea, si fonda sulla violazione degli artt. 3, 24, 113, Cost. e, dunque, sul principio della *parità* delle parti nel ricorso straordinario – nonché sul diritto di tutela giurisdizionale, nell'accezione di diritto alla *immediata fruizione* della tutela giurisdizionale.

---

<sup>2</sup> G. GRECO, *Ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale: alternatività e differenze oggettive delle pronunzie*, in *Riv. giust. amm. lomb.*, 1980, p. 358 ss.

zionale – sia sulle *novità* che la sentenza introduce nel sistema della giustizia amministrativa<sup>3</sup>.

La lettura di questi scritti, soprattutto del primo, rivela la complessità degli argomenti ivi affrontati. Basti pensare a quello centrale nell'economia del lavoro, relativo all'oggetto del ricorso straordinario e del ricorso giurisdizionale, quando la controversia verta, come nel caso di specie, in materia di diritti soggettivi; ma anche del secondo, poiché con quella decisione la Corte ha affermato il principio, secondo cui l'alternatività si giustifica, in un ordinamento democratico, solo a condizione che la scelta del rimedio amministrativo sia *condivisa* da tutte le parti e, dunque, anche dall'amministrazione decidente, se diversa da quella statale, stimola nel lettore riflessioni a tutto campo. Riflessioni che, non potendo essere affrontate tutte in questa sede – alcune delle quali, peraltro, sotto il profilo evolutivo, presentano ormai un rilievo diverso rispetto al momento in cui hanno visto la luce gli scritti di Guido Greco (sulla problematica, infatti, affrontata nella nota alle due ricordate sentenze, l'art. 7, comma 8, c.p.a. ha limitato l'ammissibilità del ricorso straordinario unicamente alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, escludendo così le controversie in materia di pubblico impiego c. d. contrattualizzato<sup>4</sup>) – mi hanno indotta a selezionarne alcuni tra quelli che ancora oggi sono oggetto di un intenso e acceso dibattito, sia in dottrina che in giurisprudenza. Dibattito che proietta il ricorso straordinario da "relietto storico" (così definito da Arturo Carlo Jemolo), del quale si è prospettata anche di recente l'eliminazione<sup>5</sup>, verso nuovi orizzonti, quale strumento capace di garantire ai cittadini una efficace tutela nei confronti dell'amministrazione. Ne elenco alcuni, strettamente collegati tra di loro: natura giuridica del ricorso straordinario e ambito di operatività; differenze contenutistiche e funzionali tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale che, se da un lato sono suscettibili di distinguere il ricorso straordinario dal ricorso giurisdizionale, dall'altro sembrano, invece, accentuarne una certa assimilazione. Differenziazioni e assimilazioni tra i due

---

<sup>3</sup> G. GRECO, *Ricorso straordinario e potere di scelta giurisdizionale dell'amministrazione resistente*, in *Le Regioni*, n. 6, 1982, p. 1155 ss.

<sup>4</sup> Corte cost., sentenza n. 73/2014. In dottrina, P. TANDA, *La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in P. TANDA (a cura di), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 8 ss.

<sup>5</sup> A. POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); A. PAOLANTONIO, *Art. 7*, in GAROFALI, FERRARI (a cura di) *Il Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010; E. D'ARPE, *Il ricorso straordinario al P.R.: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, p. 3224 ss.



rimedi, il cui relativo rafforzamento o decremento, lo sottolinea bene Greco, riverberano, a loro volta, sull'ambito di applicazione del principio dell'alternatività<sup>6</sup>, la cui operatività presuppone, va ribadito, che i due rimedi si trovino in una situazione di parallelismo e che la scelta del ricorso straordinario sia condivisa da tutte le parti<sup>7</sup>. Un altro tema sul quale vorrei spendere qualche considerazione concerne le dissonanze e le assonanze di disciplina tra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana.

## 2. *Natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tesi della connotazione amministrativa.*

Sul tema della natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica<sup>8</sup>, si è registrato negli anni un intenso e vivace dibattito che, in chiave diacronica, con alterne e ondivaghe vicende, si è sviluppato attorno a tre tesi: natura amministrativa; natura sostanzialmente giurisdizionale; natura giustiziale.

Se ne è prospettato, su richiesta dell'Unione Europea ai Paesi membri<sup>9</sup>, ma con scarso successo, anche l'inquadramento nell'ambito delle a.d.r., ossia delle *alternative dispute resolution instruments*, strumenti di risoluzione delle controversie, alternativi a quelli giurisdizionali, dei quali il ricorso straordinario, si è sottolineato, "possiede già il presupposto, di base, costituito dal necessario accordo di tutte le parti"<sup>10</sup>. In questa prospettiva, il ricorso straordinario viene

---

<sup>6</sup> G. GRECO, *Ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale: alternatività e differenze oggettive delle pronunzie*, in *Rivista di Giustizia Amministrativa della Lombardia*, n. 2-3, 1980, p. 358.

<sup>7</sup> G. GRECO, *Ricorso straordinario e potere di scelta giurisdizionale dell'amministrazione resistente*, cit.

<sup>8</sup> Sul ricorso straordinario, dove ampi riferimenti bibliografici, oltre ad una ricostruzione puntuale dell'evoluzione storica dell'istituto, A. TRAVI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), aggiornamento 2011.

<sup>9</sup> S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione. Adr nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; G. ROSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. un. Eur.*, 2008, p. 349 ss. Per una puntuale disamina, sia della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia dei documenti di *soft law* e atti normativi europei, M. CALABRÒ, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit. p. 81 ss., nt. 30, dove sono presenti anche ampi riferimenti bibliografici.

<sup>10</sup> Così, G. GIOVANNINI, *Brevi note sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in P. TANDA (a cura di), *op. cit.*, p. 63, con alcune proposte, finalizzate ad includerlo tra tali

configurato come uno strumento di tutela, idoneo a soddisfare le situazioni giuridiche dei cittadini, ma al di fuori del sistema processuale ordinario, non più in grado di soddisfare la crescente “domanda” di giustizia<sup>11</sup>.

Sul tema della natura giuridica del ricorso straordinario, e dunque della sua collocazione sistematica, hanno avuto un ruolo particolare anche le recenti novità normative che hanno inciso in modo significativo sulla disciplina e sulla configurazione dell’istituto. Il tema ha non soltanto un rilievo teorico, ma anche pratico, poiché dalla sua qualificazione discende altresì il regime giuridico conseguentemente applicabile al decreto decisorio.

Prima della riforma del 2009 e dell’entrata in vigore del codice del processo amministrativo nel 2010, dalla natura giuridica riconosciuta al rimedio si faceva, infatti, discendere la possibilità o meno di sollevare in quella sede la questione di legittimità costituzionale, nonché quella di esperire il giudizio di ottemperanza per la mancata esecuzione della decisione straordinaria e del giudice competente a pronunciarsi sul relativo ricorso, ai sensi dell’art. 113 c.p.a.

Ma al tema si collega, come si vedrà di seguito, anche quello dell’ambito di operatività del ricorso straordinario, che è poi la questione dell’ampliamento della sua portata o, addirittura, della sua stessa eliminazione.

Sino al 2009, la collocazione del ricorso straordinario tra i rimedi amministrativi contenziosi non è stata messa in dubbio<sup>12</sup>, nonostante la previsione del parere obbligatorio e semi vincolante del Consiglio di Stato. Lo stesso Guido Greco nella nota alle due sentenze, prima citata, nega decisamente, sia pure in un contesto narrativo particolare, che il ricorso straordinario abbia natura giurisdizionale, introducendo, sia pure implicitamente, il tema della relativa natura giuridica.

Opinione condivisa era che il parere costituisse, semmai, un tratto distintivo del ricorso straordinario rispetto agli altri rimedi amministrativi. Spettando, di fatto, ad un’autorità amministrativa, ossia il Ministro competente, privo dei requisiti di terzietà, imparzialità e indipendenza, la titolarità del potere decisorio.

---

strumenti. In senso contrario, M. CALABRÒ, *Ricorso straordinario al presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione*, in P. TANDA (a cura di), *op. cit.*, p. 74 ss.; in L. GIANI, *Gli strumenti di giustizia alternativi*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 655 ss., una puntuale disamina di detti strumenti nell’ordinamento italiano.

<sup>11</sup> P. DE LISE, *Inaugurazione dell’anno giudiziario 2011*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>12</sup> Con l’eccezione di una sentenza del lontano 1908 dell’Adunanza plenaria che lo qualificava come rimedio giurisdizionale.

Proprio per la natura amministrativa del decreto di accoglimento del ricorso non eseguito, le prime pronunzie delle Sezioni Unite della Cassazione avevano negato, negli anni Cinquanta, l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza<sup>13</sup>. In quella sede era stata cassata una decisione del Consiglio di Stato favorevole, invece, all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per la mancata esecuzione della decisione straordinaria<sup>14</sup>. Orientamento, questo della Cassazione, confermato successivamente, unitamente alla tesi della inimpugnabilità della decisione *ex art. 111 Cost.* per difetto di giurisdizione<sup>15</sup>.

Non si negava l'obbligo dell'amministrazione di uniformarsi al provvedimento, ma si escludeva che questo obbligo avesse quel carattere assoluto e vincolante tipico di un giudicato, connaturato alle caratteristiche dell'attività giurisdizionale.

La stessa Corte costituzionale, lo ha incluso tra i ricorsi amministrativi, difettando quegli elementi (bilateralità del contraddittorio, garanzia di difesa tecnica, imparzialità dell'organo decidente) tipici del ricorso giurisdizionale<sup>16</sup>, pur riconoscendone la natura di "rimedio singolare e anomalo" e mettendone in luce le tante analogie con il ricorso giurisdizionale. Analogie che, ad avviso della Corte, non consentivano, in ogni caso, di includerlo tra i rimedi giurisdizionali, né di attribuirgli natura di amministrazione attiva<sup>17</sup>. In quell'occasione la Consulta ha negato la possibilità che in sede di emissione del parere sul ricorso straordinario venissero sollevate sia questioni di pregiudizialità comunitaria, sia l'incidente di legittimità costituzionale, facendo leva sulla "natura dell'organo da cui promana, all'evidenza non giurisdizionale"<sup>18</sup>.

Eppure lo scenario in cui si collocavano le sentenze delle due Corti era differente rispetto al passato. Le stesse erano infatti successive ad una sentenza della Corte di Giustizia del 1997<sup>19</sup>, che aveva affermato che il Consiglio di Stato, anche nella suddetta sede consultiva, riveste i caratteri necessari e sufficienti per essere definito (ai sensi dell'art. 177, ora art. 267 del Trattato) *organo giurisdizionale*.

---

<sup>13</sup> Sezioni Unite della Cassazione, sentenza n.3141/1953.

<sup>14</sup> Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 430/1951.

<sup>15</sup> Sezioni Unite della Cassazione, sentenze n. 2368/1978; n. 6075/1988; n. 15978/2001.

<sup>16</sup> Corte costituzionale, tra le tante, sentenze n. 31/1975; n. 148/1982; n. 298/1986, cit.

<sup>17</sup> Tra le tante, sentenze n. 298/1986, in *Foro it.*, 1987, I, p. 674, con nota di C.E. GALLO, *ivi*; n. 1018/1987, in *Giur. cost.*, 1987, I, p. 1018, con nota di G. SILVESTRI, *ivi*.

<sup>18</sup> Corte cost. n. 254/1964; n. 31/1975; n. 148/1982; n. 298/1986, cit.; n. 392/2004; n. 254/2004; n. 282/2005.

<sup>19</sup> Corte Giust. CE, Sez. V, 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96.

L'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea si fonda sui rilievi che tale procedimento, alternativo rispetto a quello tipicamente giurisdizionale, è disciplinato con legge e si svolge davanti ad un organo stabile, composto da magistrati indipendenti che decidono applicando norme giuridiche, nel rispetto del contraddittorio. Con la conseguenza che in quella sede esso può sollevare questioni di pregiudizialità comunitaria.

Difformemente dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione, proprio a seguito di tale decisione, il Consiglio di Stato aveva rivisto il suo precedente orientamento sulla possibilità che in sede di ricorso straordinario venisse sollevato l'incidente di costituzionalità<sup>20</sup>, sul valore di cosa giudicata della decisione, con l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza<sup>21</sup> e sulla proposizione di motivi aggiunti<sup>22</sup>.

Questo differente orientamento del giudice amministrativo non intaccava, comunque, il postulato della natura amministrativa del ricorso straordinario, confermando, per certi versi la giurisprudenza, prima ricordata, della Corte costituzionale e della Cassazione. Giurisprudenza alla quale, tuttavia, si era successivamente adeguato anche lo stesso Consiglio di Stato, rivedendo la propria precedente posizione<sup>23</sup>.

Nel complesso, da questa giurisprudenza, caratterizzata da orientamenti diversi, altalenanti, contrastanti, incerti, emergeva la natura "ibrida" del ricorso straordinario, un "ircocervo", secondo la Corte costituzionale<sup>24</sup>, risultato della commistione di elementi giurisdizionali ed elementi amministrativi, soprattutto a livello procedimentale, ritenuti, quest'ultimi, in ogni caso, prevalenti.

Questo sul piano della giurisprudenza. Sul piano del dibattito scientifico<sup>25</sup>, a favore della tesi *amministrativa*, sono stati addotti diversi argomenti: facoltà del Consiglio dei ministri, ossia di un organo politico, di adottare una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato; potere decisorio, sostanzial-

---

<sup>20</sup> Cons. Stato, Sez. I, n. 650/1999.

<sup>21</sup> Cons. Stato, Sez. V, n. 5934/2001.

<sup>22</sup> Cons. Stato, comm. spec., 29 febbraio 2000, n. 201/99.

<sup>23</sup> Cons. Stato, Sez. IV, n. 5393/2003; Id., Sez. V, n. 5036 e Sez. VI, n. 3571/2009.

<sup>24</sup> Sentenza n. 298/1986.

<sup>25</sup> Per l'inquadramento del ricorso straordinario nell'ambito dei rimedi amministrativi, M. CALABRÒ, *Ricorso straordinario al presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione*, cit., p. 75, ss. In F. FRENI, *il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2012, e in M. CALABRÒ, *Modelli di tutela non giurisdizionale: i ricorsi amministrativi*, in [www.ius.pubblicum.com](http://www.ius.pubblicum.com), una ricostruzione puntuale e completa del dibattito sulla natura giuridica del ricorso straordinario.

mente in capo al Ministro competente, cui è attribuita la competenza istruttoria, in ipotesi anche possibile “parte” nel ricorso; inesistenza di un contraddittorio orale o possibilità per il ricorrente di conoscere gli atti istruttori, con l’opportunità di contestarli, elementi, questi, rispondenti entrambi agli standard richiesti per qualsiasi contraddittorio processuale, rispettoso dei principi del giusto processo di cui all’art. 6 CEDU; natura endoprocedimentale del parere del Consiglio di Stato, il quale produce effetti solo se recepito dal Ministro competente e, poi, dal decreto del Presidente della Repubblica, che è il provvedimento amministrativo che incide sulle situazioni giuridiche coinvolte, il quale può essere impugnato, alla luce dei limiti discendenti dal principio dell’alternatività, solo per *errores in procedendo*, concernenti esclusivamente momenti del procedimento successivi alla emanazione del parere da parte del Consiglio di Stato<sup>26</sup>. Anche Guido Greco, sembra riconoscerne la natura amministrativa, negandone la natura giurisdizionale e, di conseguenza, la possibilità, vertendosi in materia di diritti, che l’accertamento del diritto controverso possa assumere i caratteri dell’accertamento principale, suscettibile di passare in autorità di cosa giudicata<sup>27</sup>.

### 3. Segue: *tesi della sostanziale giurisdizionalizzazione*.

Come era inevitabile, la tesi della natura amministrativa del rimedio è stata messa in dubbio dalla già ricordata decisione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea<sup>28</sup> che ne ha, per certi versi, accentuato le analogie con il ricorso giurisdizionale<sup>29</sup>. Tesi, tuttavia, contestata dallo stesso Giudice delle leggi con la sentenza del 2004 (n. 254) che nega la natura di organo giurisdizionale del Consiglio di Stato in sede di parere sul ricorso straordinario, facendone derivare la natura amministrativa dalla possibile sottoposizione della decisione al Consiglio dei Ministri, in caso di difformità dal parere.

La sentenza della Corte di Giustizia ha, in ogni caso, innescato un processo di progressiva *sostanziale giurisdizionalizzazione* del ricorso straordinario, sia

---

<sup>26</sup> Cons. Stato, Sez. III, 19 marzo 2014, n. 1346. In dottrina una disamina puntuale in M. CALABRÒ, *Ricorso straordinario al presidente della Repubblica*, cit., p. 76 ss.

<sup>27</sup> G. GRECO, *Ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale*, cit., p. 359.

<sup>28</sup> Corte Giust. CE, Sez. V, 16 ottobre 1997, cit. Diversamente la Corte dei diritti umani nel 1999, ha escluso la natura giurisdizionale del ricorso straordinario.

<sup>29</sup> G. SANTACROCE, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in P. TANDA (a cura di), *op. cit.*, p. 4.

ad opera, ancorché discontinua e mutevole, dei giudici nazionali, caratterizzata dall'innesto nell'istituto di elementi propri del ricorso giurisdizionale, sia ad opera del legislatore, con interventi chiaramente finalizzati a rivitalizzare il rimedio (sempre previsto nei vari disegni di legge di riforma della giustizia amministrativa, fino ad essere disciplinato nel c.p.a. del 2010), del quale si è anche predicata l'inutilità sostanziale e, dunque, l'abolizione, laddove i dati statistici ne mettono in luce, a differenza del ricorso gerarchico, un ampio uso nella pratica, dovuto, tra l'altro, oltre che ai costi, prima del d.l. n. 98/2011, sicuramente più contenuti, anche al fatto che non è necessaria la difesa tecnica, ai termini più lunghi per la sua proposizione, alla circostanza che i tempi per la conclusione possono risultare più rapidi rispetto al doppio grado del ricorso giurisdizionale<sup>30</sup>, alla possibilità, per tutte le altre parti di chiederne la trasposizione in sede giurisdizionale.

L'opzione ermeneutica, maggioritaria, soprattutto in giurisprudenza, si collega al dato normativo che avrebbe consacrato la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario. Un complesso di norme che si ritiene essere finalizzato, si fa osservare, ad assicurare "un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giudizialmente"<sup>31</sup>.

Guardando al quadro normativo, si pensi all'art. 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205<sup>32</sup>, che ha esteso la tutela cautelare al ricorso straordinario; al c.p.a. e, segnatamente agli artt. 7, comma 8; 48 e 112, dirimente, sicuramente è stata la legge n. 69/2009, come sottolineato dalla Corte costituzionale<sup>33</sup>, il cui art. 69, novellando parzialmente gli artt. 13 e 14 del d.P.R. n. 1199/1971, ha reso vincolante il parere del Consiglio di Stato ed eliminato la possibilità per il Consiglio dei Ministri di deliberare in dissenso dal suddetto parere, con conseguente configurazione del provvedimento finale come meramente dichiarativo di un giudizio, e consentito che in quella sede venga sollevata questione di legittimità costituzionale *ex* art. 23, legge n. 87/1953. Secondo quanto previsto da tale articolo, la questione di costituzionalità deve essere sollevata, a pena di inammissibilità, da un'autorità giurisdizionale e nell'ambito di un giudizio. Con tale previsione, il cit. art. 69 sembrerebbe, quin-

---

<sup>30</sup> V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2020, p. 50.

<sup>31</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, n. 3513/2011; Sez. IV, n. 4638/ 2012.

<sup>32</sup> Cons. Stato, comm. spec., 3 maggio 1991, n. 16.

<sup>33</sup> Tra le più recenti, sentenze n. 133/2020 e n. 24/2018.

di, implicitamente riconoscere natura tendenzialmente *giurisdizionale* nella sostanza al ricorso straordinario<sup>34</sup>.

E veniamo alla giurisprudenza. Muovendosi lungo le linee indicate dal legislatore del 2000 e del 2009, le Sezioni Unite della Cassazione<sup>35</sup> hanno ricavato la tendenza alla giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario da alcune disposizioni del c.p.a. e, in particolare, dall'art. 7, comma 8, che, nell'ambito di una disciplina destinata alla definizione del concetto e dell'estensione della giurisdizione amministrativa, limita il ricorso straordinario "unicamente alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa", vale a dire alle materie in cui il giudice amministrativo, in ragione della consistenza della posizione soggettiva azionata o in funzione della materia di riferimento, ha giurisdizione. Escludendosi che lo stesso possa essere proposto per una controversia rientrante nella giurisdizione del G.O.<sup>36</sup>.

La "giurisdizione diventa" quindi "presupposto generale di ammissibilità del ricorso straordinario, con conseguente attrazione del ricorso straordinario nella giurisdizione amministrativa"<sup>37</sup>.

Del suddetto articolo, la Corte costituzionale, nella cit. sentenza n. 73/2014, ne ha escluso il carattere innovativo, come sostenuto nell'ordinanza di rimessione n. 269/2013 del Consiglio di Stato, con conseguente dichiarazione di non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dello stesso per contrasto con la legge delega<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> P. TANDA, *La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 15; N. PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69/2009)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); A. AULETTA, *Il legislatore "nuovo passo" (l'ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, p. 1619, ss.

<sup>35</sup> Sentenze n. 2065/2011; n. 23464/2012; n. 20569/2013; n. 10414/2014.

<sup>36</sup> Per ulteriori approfondimenti, G. SANTACROCE, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 5. Secondo Cass. civ., Sez. Un., n. 18491/2021, dalla cit. disposizione di cui all'art. 7, comma 8, c.p.a., discende la inammissibilità del ricorso ex art. 111, comma 8, Cost. volto a contestare la pronuncia d'inammissibilità del ricorso a tale rimedio, giustificata dalla appartenenza dell'atto impugnato all'ambito della giurisdizione esclusiva del TAR ex art. 120, comma 1, c.p.a. e non alla ipotesi generale di cui all'art. 7, comma 8, cit., dal momento che il vizio contestato attiene alla esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo.

<sup>37</sup> In questi termini, Cons. Stato, Ad. plen., n. 9/2013.

<sup>38</sup> Per ulteriori approfondimenti, nonché alcune considerazioni critiche, P. TANDA, *La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 8, ss. L'Autore (p. 16).

Al nuovo quadro normativo, fa riferimento anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con due sentenze (n. 18/2012 e n. 9/2013<sup>39</sup>), ha modificato il proprio precedente orientamento negativo quanto al valore di cosa giudicata della decisione, con possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza dinanzi al Consiglio di Stato quale giudice al quale va imputata la decisione finale. In quella stessa sede, dalle innovazioni normative, si è anche tratto il corollario del radicamento della competenza in unico grado del Consiglio di Stato alla stregua del combinato disposto degli artt. 112, comma 2, lett. b), e 113, comma 1, c.p.a.

Secondo tali arresti la decisione sul ricorso straordinario, conforme al parere, pur non essendo, considerata la natura dell'organo e della forma dell'atto, un atto formalmente e soggettivamente giurisdizionale, è comunque "estrinsecazione sostanziale di funzione giurisdizionale" che culmina in una decisione caratterizzata dal crisma dell'intangibilità, propria del giudicato, all'esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti<sup>40</sup>.

Per la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio, si è espresso, in linea di massima, con qualche eccezione<sup>41</sup>, anche il CGARS<sup>42</sup>.

A conferma della natura *sostanzialmente giurisdizionale* del ricorso straordinario si sono richiamati, sia i principi espressi dalla CEDU in tema di equo processo (*ex* artt. 6 e 13 Convenzione), sia il c.p.a. e, segnatamente, oltre al già ricordato art. 7, comma 8, l'art. 48, che ha introdotto una nuova disciplina dell'alternatività (se ne parlerà di seguito) e l'art. 112, comma 2, che, tra le decisioni da ottemperare ha incluso, secondo un orientamento ormai consolidato, anche quelle adottate dal Presidente della Repubblica in sede di ricorso straordinario, rese in regime di alternatività<sup>43</sup>. Sia il principio di alternatività che ne governa i rapporti con il ricorso giurisdizionale, nonché la facoltà di

---

<sup>39</sup> Annotata da F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al capo dello Stato*, in *Giur. it.*, p. 2374, ss., e da A. TRAVI, *La 'giurisdizionalizzazione' del ricorso straordinario (Nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9)*, in *Foro it.*, 2013, 9, III, p. 483.

<sup>40</sup> Successivamente, con la sentenza n. 7/2015 la stessa Adunanza plenaria ha affermato la portata innovativa e non meramente interpretativa delle predette modifiche normative, come tali inidonee "ad incidere sulla natura giuridica" di decreti presidenziali adottati prima della loro entrata in vigore.

<sup>41</sup> Parere 28 febbraio 2020, n. 61.

<sup>42</sup> Sentenze n. 695/2005; n. 971/2008 e n. 379/2008; Ad., Sez. riunite, parere n. 00171/2022.

<sup>43</sup> P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Foro amm.-TAR*, 2010, p. 2720, ss.



opposizione alla scelta del ricorrente, riconosciuta a tutti i controinteressati, per la trasposizione della controversia in sede giurisdizionale.

Prendendo spunto proprio dalla possibilità della trasposizione della controversia dalla sede amministrativa a quella giurisdizionale, la tesi è stata criticata in dottrina, sottolineandosi come, con l'opzione per la natura "sostanzialmente giurisdizionale" del suddetto rimedio, si perderebbe la *ratio* sottesa alla facoltà di scelta tra il rimedio amministrativo e quello giurisdizionale, poiché in quel caso la scelta cadrebbe su due rimedi giurisdizionali<sup>44</sup>.

Sembrerebbe, altresì, confermarne la natura giurisdizionale il d.l. n. 98/2011, con il quale è stata superata quella che costituiva una tipicità del ricorso straordinario, quale strumento di tutela dei meno abbienti, ossia la sua non onerosità. L'art. 37, comma 6, ha infatti espressamente riconosciuto al ricorso straordinario natura di "rimedio giurisdizionale", collocato all'interno del complesso "sistema giurisdizione", ed esteso allo stesso l'obbligo di pagamento del contributo unificato<sup>45</sup>. Con la conseguenza che il minor costo del rimedio rispetto al ricorso giurisdizionale è a questo punto rimesso alla sola possibilità accordata al ricorrente di non usufruire di una difesa tecnica.

È opportuno ricordare che il Consiglio di Stato ha recentemente chiarito che al ricorso straordinario non si applica la regola in base alla quale l'onere del contributo unificato è a definitivo carico della parte soccombente<sup>46</sup>. E ciò in quanto non è consentita un'azione di condanna al pagamento di tale contributo, sia perché non sono ammesse, in via di principio, in sede di ricorso straordinario azioni di condanna, trattandosi di un rimedio esclusivamente impugnatorio, sia perché la natura tributaria del contributo, esclude in materia la giurisdizione del giudice amministrativo (e, di conseguenza, *ex art. 7, comma 8 del c.p.a.*, l'ammissibilità del ricorso straordinario), rientrando le controversie relative nella giurisdizione del giudice tributario<sup>47</sup>.

Il venir meno della concorrenza tra ricorso straordinario e ricorso innanzi

---

<sup>44</sup> F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit. p. 2378.

<sup>45</sup> Per un approfondimento del tema, anche con riferimento al ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana, G. ARMAO, *Dall'art. 23 dello Statuto alla digitalizzazione del ricorso straordinario al presidente della Regione Siciliana quale rimedio giustiziale*, cit. relazione al Convegno su: *La digitalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana*, Palermo 30 maggio 2024, in corso di pubblicazione.

<sup>46</sup> Cons. Stato n. 118/2021.

<sup>47</sup> Cons. Stato, Sez. V, n. 2785/2020; Id., Sez. IV, n. 7142/2019; Id., Sez. V, n. 1670/2019.

al G.O., la nuova disciplina dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso al giudice amministrativo, le innovazioni sul giudizio di ottemperanza, la possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale, l'eliminazione della facoltà del Consiglio dei ministri di disattendere il parere obbligatorio del Consiglio di Stato, ritenuto anche dal Giudice delle leggi<sup>48</sup> elemento decisivo per l'attribuzione al rimedio della natura amministrativa, così come l'assoggettamento del ricorso al contributo unificato, peculiarità tipica degli strumenti giurisdizionali, confermerebbero, secondo parte della dottrina, l'avvenuta giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario<sup>49</sup>.

Anche le Sezioni Unite della Cassazione, prendendo atto di queste innovazioni normative, ne hanno affermato, si è detto prima, la natura *sostanzialmente giurisdizionale*, ammettendo sia l'azione di ottemperanza sia l'impugnabilità del decreto decisorio per motivi inerenti alla giurisdizione<sup>50</sup>.

Da questa opzione ermeneutica maggioritaria, si sono discostate, sul piano della giurisprudenza, sia la Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 63/2023, già ricordata, sia un parere della I Sezione del Consiglio di Stato, n. 2553/2014 e, ancora più di recente, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 11/2024; sia alcuni pareri della sezione consultiva del CGARS<sup>51</sup>, nonostante quest'ultima si fosse, in altre occasioni, lo si è già detto, dimostrata favorevole a sostenere la tesi della natura giurisdizionale della decisione sul ricorso straordinario<sup>52</sup>, e avesse esteso al ricorso siciliano le modifiche introdotte con la legge n. 69/2009.

La tesi dell'avvenuta giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, è stata criticata anche sul presupposto che la tesi renderebbe difficile spiegarne la sopravvivenza, poiché lo stesso sarebbe uno strumento "ibrido", un inutile duplicato di quello giurisdizionale o, comunque, un processo "minore e deforme, confliggente con molti parametri di rango costituzionale e convenzionale in materia di giusto processo"<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> Sentenza n. 254/2004, cit.

<sup>49</sup> Oltre agli Autori già citati, L. ROVELLI, *Nuove prospettive del ricorso straordinario: l'ircocervo prende forma?*, in P. TANDA (a cura di), *op. cit.*, p. 69 s.; P. TANDA, *La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit.

<sup>50</sup> Rispettivamente, sentenze n. 2065/2011 e sentenze n. 23464/2012, n. 20569/2013, n. 10414/2014.

<sup>51</sup> Parere n. 61 del 28 febbraio 2020, cit.

<sup>52</sup> Tra i tanti, pareri n. 379 e n. 972/2008; n. 1581/2011, dove il richiamo alla natura sostanzialmente giurisdizionale, serve a giustificare l'estensione della *translatio iudicii* nel rapporto tra ricorso al Presidente della Regione e ricorso al Capo dello Stato.

<sup>53</sup> Parere n. 61/2020 CGARS, Sez. cons., cit.

Quanto al dibattito scientifico, la tesi sulla natura giurisdizionale del ricorso straordinario è stata contestata, sia richiamando gli artt. 102, comma 2, Cost., che vieta l'istituzione di nuovi giudici speciali<sup>54</sup>, e 125 Cost., che prevede l'istituzione nelle Regioni di "organi di giustizia amministrativa di primo grado", che ne risulterebbero violati<sup>55</sup>; sia il principio del giusto processo, sia la circostanza, di rilievo, che l'istruttoria spetta al Ministro competente e, dunque, ad una autorità non giurisdizionale. Per confutare tale tesi si sono richiamati, *a contrario*, anche quegli elementi sui quali altri ne fondano il carattere sostanzialmente giurisdizionale<sup>56</sup>. Così, quanto al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato si è affermato che il Consiglio interviene non ai sensi dell'art. 113 Cost. e, dunque, in posizione di neutralità, ma *ex art.* 100 della Cost., ossia nella veste di organo ausiliario del governo e che al suo parere deve conformarsi l'amministrazione quando assume la decisione. Inoltre, il parere, anche se vincolante, si è già detto, è un atto endoprocedimentale, "interno" al procedimento, e "non è mai una sentenza"<sup>57</sup>. Dubbia è stata ritenuta anche la *giurisdizionalizzazione* fondata *sulla pienezza del contraddittorio*, poiché "non estendendosi oltre la fase iniziale e non esprimendosi oralmente in una udienza pubblica, come espressamente richiesto dalla Convenzione europea, resta allo stato embrionale"<sup>58</sup>. Il contraddittorio, del resto, è previsto per tutti i ricorsi amministrativi e, dopo la legge n. 241/1990, per tutti i procedimenti amministrativi. Quanto al ricorso di ottemperanza, per l'esecuzione del decreto del Presidente della Repubblica l'istituto non determina, a ben vedere, la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, bensì l'esecuzione del decreto presidenziale di decisione del ricorso straordinario. Con riferimento alla revocazione del decreto presidenziale, ricorrendo i presupposti previsti dagli artt. 395 e 396 c.p.c., argomento, portato anch'esso a sostegno dell'avvenuta giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, si è fatto osservare che la revocazione è istituto che opera per tutti i ricorsi amministrativi. Come la revoca, ascrivibile al procedimento di riesame, è una regola dell'attività amministrativa. Dubbi sono stati sollevati anche in ordine alla composizione del col-

---

<sup>54</sup> Osservazioni puntuali in G. GIOVANNINI, *Brevi note sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 59.

<sup>55</sup> Ma in senso contrario, Cons. Stato, Ad. plen., n. 9/2013, cit.

<sup>56</sup> E. MELE, *Notazioni minime sulla natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in P. TANDA (a cura di), *op. cit.*, p. 106 ss.

<sup>57</sup> A. TRAVI, *La "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario*, cit.

<sup>58</sup> Così F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al capo dello Stato*, cit.

legio giudicante, che risulterebbe anomala, rispetto alla composizione dei collegi giurisdizionali<sup>59</sup>. Né, la possibilità per il Consiglio di Stato di remissione alla Corte della questione di legittimità costituzionale, sembra confermare l'avvenuta giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, essendo stata riconosciuta anche ad organi non giurisdizionali, quali i Commissari regionali per la liquidazione degli usi civici, la Commissione dei ricorsi in materia di brevetti e marchi e i Consigli di Prefettura. Inoltre, va ricordato, tale facoltà è stata attribuita anche alla Corte dei Conti nell'esercizio della funzione di controllo di legittimità sugli atti del Governo. L'avvenuta giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario si scontra, inoltre, con la natura del decreto del Presidente della Repubblica, al quale non può attribuirsi il valore di una sentenza, il che ne determinerebbe la qualità di giudice in contrasto con il dettato costituzionale e il principio della separazione dei poteri<sup>60</sup>. Trattasi, invece di un provvedimento amministrativo, che può essere impugnato per vizi autonomi, con conseguente travolgimento del parere del Consiglio di Stato, ove il giudice dovesse annullarlo.

#### 4. Segue: *tesi della natura giustiziale*.

Tra le due tesi, quella amministrativa e quella sostanzialmente giurisdizionale, che nel complesso sembrerebbero presentare anomalie, come si è sottolineato, sia sotto il profilo strutturale che procedimentale, anomalie che rendono l'istituto *spurio*, in cui elementi giurisdizionali si intrecciano, sul piano procedimentale, con elementi amministrativi, parte della dottrina<sup>61</sup> nella *funzione giustiziale* dell'amministrazione ne ha individuato la dimensione giuridica, con conseguente qualificazione del ricorso straordinario come "rimedio giustiziale", a carattere impugnatorio e a struttura contenziosa.

---

<sup>59</sup> G. GIOVANNINI, *Brevi note sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 61 ss.

<sup>60</sup> E. MELE, *op. cit.*, p. 108 s.

<sup>61</sup> *Ex multis* cfr., A. CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); M. CALABRÒ, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., p. 75, ss.; ID., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012; M. SPASIANO, *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, in P. TANDA (a cura di), *op. cit.*, p. 33 ss., nonché, G. GIOVANNINI, *Brevi note sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., p. 63 s.; E. MELE, *Notazioni minime sulla natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit.

La natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, se ha determinato il riconoscimento di diversi strumenti di tutela in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, non sembrerebbe, averne determinato la sostanziale giurisdizionalizzazione, configurandosi l'istituto – come rimedio giustiziale amministrativo, un *tertium genus*, espressione di una funzione che si colloca tra l'amministrazione e la giurisdizione.

Sul piano della giurisprudenza, anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 73/2014, nonostante avesse riconosciuto al parere del Consiglio di Stato “carattere di decisione”, sottolineando il permanente regime di alternatività, lo ha ricondotto nell'ambito dei rimedi giustiziali, rilevandone *la sostanziale assimilabilità “ad un giudizio”*. Ma, con un ambito di operatività più ristretto rispetto al ricorso al giudice amministrativo. Indirizzo successivamente confermato e accolto anche dal giudice amministrativo<sup>62</sup>.

Qualificazione che discende dal fatto che l'istituto ha mantenuto, anche a seguito delle innovazioni legislative<sup>63</sup>, in particolare quelle del 2009 e 2010, da un lato, alcuni caratteri che ne ostacolano la riconduzione nell'ambito degli strumenti giurisdizionali, dall'altro, tuttavia, lo stesso ha certamente implementato quella struttura “contenziosa”, che consente di distinguerlo dagli altri rimedi amministrativi, rimanendo, comunque, alternativo ai rimedi aventi carattere giurisdizionale, pur condividendone oltre ad alcuni profili strutturali e funzionali, anche il medesimo fine, vale a dire la risoluzione dei conflitti.

Alcune precisazioni sono venute dal Consiglio di Stato, in sede consultiva<sup>64</sup>. Secondo il supremo Consesso, se è vero che il ricorso straordinario, ha perso la sua connotazione tipicamente ed esclusivamente di rimedio amministrativo, tuttavia non soltanto “non vi è coincidenza tout court con gli altri rimedi giurisdizionali sul piano dei principi applicabili”, ma l'atto conclusivo della procedura va qualificato come “provvedimento amministrativo”, equiparabile ad una sentenza “solo per certi aspetti” (art. 112, lett. d), c.p.a.), il che giustificerebbe la non piena operatività delle garanzie della pubblicità e della oralità.

Dalla configurazione dell'atto conclusivo della procedura quale *provvedimento amministrativo*, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato né ha tratto,

---

<sup>62</sup> Corte costituzionale, tra le tante, sentenze n. 24/2018; n. 13/2020, n. 63/2023 e n. 133/2026; CGARS, Sez. cons., parere n. 61/2020, cit.; Cons. Stato, Ad. plen., n. 11/2024.

<sup>63</sup> A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n.69/2009. Notazioni a margine di TAR Lazio-Roma, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1008, ss.

<sup>64</sup> Cons. Stato, Sez. I, n. 2848/2019 e n. 2935/2019.

quale conseguenza, la nullità, *ex art. 21-septies*, – legge n. 241/1990 – della decisione resa sul ricorso straordinario, per difetto assoluto di attribuzione, essendo stato in quella fattispecie il giudizio ritualmente trasposto in sede giurisdizionale, circostanza che spoglia l'amministrazione del potere di definire la controversia<sup>65</sup>.

Quanto al suo fondamento costituzionale, la “funzione giustiziale” viene ricondotta all'art. 117, comma 2, lett. l), Cost., che, nell'ambito delle materie di legislazione esclusiva dello Stato, indica, distinguendole, quella della “giurisdizione e norme processuali” e quella della “giustizia amministrativa”.

Già la Corte costituzionale, nel lontano 1986, difendeva la persistenza nell'ordinamento italiano del ricorso straordinario in considerazione del fatto che l'istituto costituiva “per la pubblica amministrazione un mezzo ulteriore di garanzia della legalità e dell'imparzialità della propria azione, che, insieme al buon andamento, sono pur sempre i valori costituzionali supremi cui deve ispirarsi l'attività amministrativa”<sup>66</sup>.

Ancora di recente, nella più volte ricordata sentenza n. 63/2023<sup>67</sup>, il Giudice delle leggi ha affermato che il processo di evoluzione che ha interessato il ricorso al Presidente della Repubblica, non ne ha comportato la giurisdizionalizzazione, rivestendo lo stesso natura di “rimedio giustiziale”.

Fino alla decisione Mediani contro Italia (sezione prima, 8 settembre 2020) la Corte EDU aveva escluso la riconducibilità del ricorso straordinario all'art. 6 della Convenzione<sup>68</sup>. Optando, infatti, per il ricorso straordinario, il ricorrente, consapevolmente, sceglie di esperire un rimedio che si pone fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione. Diversamente, nella

---

<sup>65</sup> Con. Stato, Ad. plen., n. 11/2024, cit. Secondo il supremo Consesso, “l'istruzione dell'affare da parte del Ministero competente, il parere del Consiglio di Stato ed il decreto stesso di definizione del ricorso, sono pertanto assolutamente preclusi dall'atto con il quale si opera la trasposizione del ricorso dalla sede straordinaria a quella giurisdizionale (salva l'ipotesi dettata dall'art. 10, comma 2, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199)”.

<sup>66</sup> Corte cost., ord. n. 298/1986. Successivamente, la Corte ne ha affermato la natura di “rimedio giustiziale” amministrativo nelle sentenze n. 13/2020, n. 133/2016, n. 73/2014.

<sup>67</sup> Ma già nella già cit. sentenza n. 73/2014, si legge che la natura vincolante del parere del Consiglio di Stato ha fatto perdere all'istituto la propria connotazione amministrativa, assumendo la qualità di “rimedio giustiziale” amministrativo “con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle del processo amministrativo”.

<sup>68</sup> Decisioni della III Sezione, 28 settembre 1999 (*Nardella c. Italia*); 31 marzo 2005 (*Naselli Rocca c. Italia*) e 2 aprile 2013 (*Tarantino e altri c. Italia*). Tali pronunce sono state richiamate dalla Corte cost., sentenza n. 24/2028, richiamata dal Cons. Stato, Sez. I, parere n. 2848/2019.

suindicata sentenza del 2020 ha affermato che le tutele previste dalla Convenzione e, segnatamente, quelle sulla ragionevole durata dei processi, sono riferibili anche al ricorso straordinario, alla luce delle modifiche legislative intervenute con la legge n. 69/2009.

Molteplici e diverse sono le ragioni portate dalla dottrina<sup>69</sup> a sostegno dell'utilità ed efficacia del ricorso straordinario nell'ambito della *funzione giustiziale* dell'amministrazione, tutte riconducibili all'esigenza di sopperire al decremento crescente del contenzioso giudiziario amministrativo, le cui cause possono sintetizzarsi, nel ridimensionamento, conseguente alle politiche di *spending review*, dell'azione dell'amministrazione, nell'incremento dei costi di accesso al giudizio amministrativo<sup>70</sup>, che si risolve nei fatti nella negazione di tutela delle situazioni giuridiche soggettive più deboli<sup>71</sup>, nei tempi, certamente, più lunghi del processo amministrativo, con conseguente possibile violazione del principio della ragionevole durata del processo<sup>72</sup> e, in definitiva, anche del principio dell'effettività della giustizia amministrativa<sup>73</sup>.

Ma, come emerge anche dalla ricordata tendenza alla "sostanziale giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario, l'ordinamento, come si è visto, ha privilegiato il sistema giurisdizionale, ritenuto più affidabile degli istituti di giustizia interna alla stessa amministrazione.

Affidabilità che, diversamente, è stata riconosciuta al ricorso straordinario, quale "rimedio giustiziale" oltre che da una parte, e non minoritaria, della dottrina<sup>74</sup>, anche dalla giurisprudenza più recente, sia amministrativa<sup>75</sup>, che costituzionale<sup>76</sup>. E che discenderebbe dalla circostanza che nell'ambito del ri-

<sup>69</sup> M. SPASIANO, *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 33, ss.

<sup>70</sup> F.G. SCOCA, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1414 ss.; M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, p. 18.

<sup>71</sup> Ancora M. SPASIANO, *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, cit.

<sup>72</sup> G. SCARSELLI, *La ragionevole durata del processo*, in *Foro it.*, 2023, V, c. 126 ss.

<sup>73</sup> G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 653 ss.

<sup>74</sup> A. CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); M. CALABRÒ, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., p. 75, ss.; ID., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, cit.; M. SPASIANO, *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, cit.

<sup>75</sup> Parere n. 61/2020 CGA, Sez. cons., cit.; Cons. Stato, Ad. plen., n. 11/2024, cit.

<sup>76</sup> Corte cost., tra le tante, sentenze n. 24/2018; n. 13/2020, n. 63/2023; n. 133/2026.

corso straordinario la funzione decidente spetta, ormai, ad un organo che opera in regime di imparzialità e indipendenza.

Tuttavia, la tesi, non ha mancato e non manca di suscitare qualche perplessità.

Che l'aggettivazione "giustiziale" sia sintomatica dell'"ambivalenza" "esistenziale" del rimedio, il "quale sembra rincorrere il ricorso giurisdizionale verso ogni nuova frontiera dello stesso in direzione di una maggiore effettività della tutela"<sup>77</sup>, mi sembra opinione pienamente condivisibile.

E ancora: la qualificazione del procedimento e della decisione come attività "giustiziale", non assimilabile né all'attività amministrativa, né alla funzione giurisdizionale, lascia irrisolto un interrogativo. Il nostro ordinamento, fondato sulla separazione dei poteri, sulla presenza di uno specifico regime dell'attività amministrativa (artt. 97, 103, 113, Cost.) si concilia con l'esistenza di un terzo genere, che non è, né amministrazione, né giurisdizione?

È la domanda alla quale il Giudice costituzionale, amministrativo e la dottrina sono tenuti a dare una risposta scientificamente fondata e persuasiva.

### 5. *Ambito di operatività.*

L'ambito di operatività del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dipende, sia dalla natura giuridica che si riconosce al ricorso straordinario, sia dalla struttura impugnatoria, sia, inoltre, dalle materie in cui lo stesso è ammesso<sup>78</sup>.

Indipendentemente, comunque, dalla natura, amministrativa, sostanzialmente giurisdizionale, giustiziale, il rimedio non può che riguardare i soli profili di legittimità del provvedimento impugnato<sup>79</sup>, con esclusione dei profili di merito, sia nell'accezione di un riesame, che ricondurrebbe l'istituto nell'alveo dell'autotutela, sia nella forma di un sindacato di merito, sulla scia del ricorso gerarchico, prevalendo nel ricorso straordinario l'esigenza che la decisione sia

---

<sup>77</sup> G. MORBIDELLI (*Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la legge n. 69/2009 alla luce di una monografia sul tema. Introduzione* al volume di F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit.).

<sup>78</sup> Una analisi completa e puntuale in R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo. Commentario*, IV ed., Milano, 2017, p. 2441, ss., alla quale si rinvia per la bibliografia e la giurisprudenza.

<sup>79</sup> Al riguardo la dottrina è concorde, A. TRAVI, *Alternatività fra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale ed evoluzione del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1996, p. 123.



assunta da un organo, terzo, indipendente e imparziale<sup>80</sup>.

*Ratione materiae*, il ricorso straordinario, in forza di norme legislative (art. 7, comma 8, c.p.a.), è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Con esclusione, pertanto, delle controversie devolute al giudice ordinario e, segnatamente, per quelle in materia di pubblico impiego contrattualizzato, come affermato dalla Corte nella cit. sentenza n. 73.

È affermazione condivisa che l'istituto non sia ammissibile nelle materie devolute a giudici speciali o sezioni specializzate, nonché nei casi di competenza esclusiva e inderogabile del giudice ordinario e del giudice amministrativo<sup>81</sup>. Ciononostante, il rimedio è ammesso in molti casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Coerentemente, del resto, alla sua natura di rimedio amministrativo ammesso nell'ipotesi di lesione di interessi legittimi e diritti soggettivi, alternativo al ricorso giurisdizionale<sup>82</sup>.

Non è consentito nel contenzioso sulle procedure di affidamento di pubblici contratti di lavori, servizi e forniture (art. 120, comma 1, c.p.a.), e di esecuzione di un contratto di appalto, nel caso in cui sia prevista la competenza arbitrale; nel contenzioso elettorale (art. 128 c.p.a.), per le materie attribuite alla giurisdizione della sezione autonoma di Bolzano del TRGA (art. 7, comma 3, d.P.R. n. 426/1984). Escludono l'esperibilità del ricorso straordinario i rimedi alternativi alla giurisdizione, le c. d. *alternative dispute resolutions*.

Si esclude l'esperibilità del ricorso straordinario, inoltre, sia avverso atti del commissario *ad acta*, impugnabili davanti al giudice dell'ottemperanza, tranne le ipotesi in cui si denunciano vizi autonomi del provvedimento amministrativo; sia nelle ipotesi in cui è ammesso il ricorso per l'accesso a documenti amministrativi, essendo i relativi rimedi disciplinati dall'art. 25 della legge n. 241/1990<sup>83</sup>.

Delicato e complesso, oggetto anche di un significativo dibattito, è il tema delle azioni esperibili in sede di ricorso straordinario e, segnatamente, delle

---

<sup>80</sup> Per una convincente disamina della questione, sia pure con riferimento alla natura giustiziale del rimedio, M. SPASIANO, *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 49 ss. Secondo l'Autore, l'ambito della legittimità "appare un riferimento più che adeguato a fornire all'organo decidente idonei poteri di intervento, ambiti di manovra congrui rispetto alle finalità perseguite". In senso contrario V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, p. 166.

<sup>81</sup> Tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, n. 2636/2006.

<sup>82</sup> Cons. Stato, comm. spec., n. 988/1997.

<sup>83</sup> Rispettivamente, tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, n. 1773/2001; Cons. Stato, Sez. I, n. 489/2002.

azioni di accertamento e di condanna, considerata la struttura impugnatoria del rimedio.

Quanto alle prime, il problema si è posto nei confronti del silenzio inadempimento. Infatti, mentre si ammette per il silenzio tipicizzato, di rigetto o di accoglimento, costituendo un provvedimento tacito, diversamente si esclude nell'ipotesi di silenzio inadempimento o silenzio rifiuto, mancando il provvedimento da impugnare.

In un parere del 2018 (n. 1517), il Consiglio di Stato, ha ammesso, in forza del principio di effettività della tutela – che impone di interpretare le norme nel senso della massima garanzia possibile nei confronti delle istanze di giustizia delle parti – l'esperibilità delle azioni di adempimento, *ex art. 34*, comma 1, lett. c), c.p.a., aventi ad oggetto la condanna della pubblica amministrazione all'emanazione di un provvedimento amministrativo nell'esercizio di un potere vincolato e rispetto al quale non residuano profili di discrezionalità<sup>84</sup>.

In questa stessa sede il Consiglio di Stato ha escluso, in linea con un orientamento maggioritario<sup>85</sup>, riconducibile alla asserita natura sostanzialmente giurisdizionale dell'istituto, l'ammissibilità di domande di risarcimento del danno, in ragione della natura di rimedio impugnatorio, ammesso contro atti amministrativi definitivi e per soli motivi di legittimità (art. 8, d.P.R. n. 1199/1971), ancorché si verta in materia di giurisdizione esclusiva.

Tesi contestata, sia in dottrina, per la presunta avvenuta giurisdizionalizzazione del rimedio, con contestuale ampliamento dell'ambito di operatività, ma anche in ragione, a seguito della legge n. 69/2009 e del c.p.a., dell'affermazione di una alternatività "piena" tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale, oltre che per esigenze di economicità e di concentrazione della tutela in sede di ricorso straordinario. Sarebbe, si è osservato, in contrasto con le modifi-

---

<sup>84</sup> Chiarisce il supremo Consesso, che l'ampliamento del *petitum* del ricorso straordinario all'azione di condanna, esperibile nei limitati casi di attività vincolata ovvero per la quale non residui alcun margine di discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori non implica necessariamente una sua catalogazione giurisdizionale piuttosto che amministrativa, e non altera, in definitiva la natura demolitoria del ricorso straordinario.

<sup>85</sup> Tra le tante, Cons. Stato, Sez. I, n. 11690/2014; Cons. Stato n. 3255/2010; Cons. Stato n. 11690/2014; TAR Trento, Sez. I, n. 54/2021; Id., Sez. VI, n. 3224/2011, secondo cui è ammissibile in sede di ricorso straordinario solo la domanda costitutiva di annullamento di un provvedimento amministrativo, con esclusione della domanda di accertamento di un diritto soggettivo o di condanna al pagamento di una somma di denaro, ancorché si verta in materia di giurisdizione esclusiva.

che del processo amministrativo introdotte dal legislatore, che hanno portato al superamento del criterio del c.d. “doppio binario”, mantenere l’azione di annullamento in sede di ricorso straordinario e quella risarcitoria in sede giurisdizionale<sup>86</sup>. Sia in giurisprudenza<sup>87</sup>, trattandosi di uno strumento finalizzato ad assicurare la tutela contenziosa in coerenza alla natura delle posizioni giuridiche soggettive dedotte, alla sua fungibilità ed alternatività con il ricorso giurisdizionale, sottolineandosi, altresì, la circostanza che per ragioni di economicità, speditezza e concentrazione della tutela invocata, si tende, ormai, ad espungere dal nostro ordinamento la c.d. tutela del doppio binario.

Per quanto concerne le azioni di accertamento di spettanze economiche di pubblici dipendenti, tema oggetto delle due sentenze, del TAR Lombardia e del Consiglio di Stato, annotate dal Maestro nel 1980, una impostazione restrittiva, in contrasto con quella sostenuta da Guido Greco, le ritiene non ammissibili in sede di ricorso straordinario, laddove una tesi estensiva le ammette<sup>88</sup>.

La tesi che ritiene, come già il Nostro, ammissibile il ricorso avverso atti paritetici, perviene alla conclusione che a fronte di un atto paritetico vincolato, non occorre esperire, preventivamente, ricorso gerarchico. In contrasto con la tesi sostenuta da Guido Greco, si ritiene, inoltre, che tale impugnazione sia soggetta al termine di prescrizione e non al termine di decadenza di 120 giorni, che il Maestro ritiene, condivisibilmente, più ragionevole, avendo il ricorrente optato per il ricorso straordinario.

Una volta divenuto inammissibile il ricorso straordinario in relazione al pubblico impiego privatizzato, che si svolge mediante atti paritetici, si deve coerentemente negare anche il ricorso straordinario per le pretese patrimoniali dei dipendenti.

---

<sup>86</sup> P. TANDA, *La c. d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, cit., p. 26 ss.

<sup>87</sup> Cons. Stato, Sez. II, n. 1036/2003; Cons. giust. amm. Regione Sicilia, Sez. riunite, n. 409/2008.

<sup>88</sup> Rispettivamente, tra le tante, per la prima tesi, Cons. Stato n. 466/2003, per la seconda, Cons. Stato, Ad. Gen., n. 9/1999.

6. *Il principio di alternatività attraverso l'accentuazione o la minimizzazione dei caratteri differenziali tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale.*

Nelle sentenze del 1980, annotate da Guido Greco, come si ricorderà, la soluzione positiva, cui è pervenuto il Giudice di primo grado, sull'ammissibilità del ricorso e la dichiarazione di fondatezza nel merito della questione oggetto del giudizio, si è basata sulla non applicabilità alla stessa del principio dell'alternatività, diversamente il ricorso è stato dichiarato inammissibile dal Consiglio di Stato, in considerazione del preventivo esperimento del ricorso straordinario. Due soluzioni basate, in sostanza, rispettivamente su una "accentuazione" o su una "minimizzazione", per usare le parole del Maestro, dei caratteri che differenziano i due ricorsi<sup>89</sup>. Con un risvolto sull'ambito di operatività del principio dell'alternatività. Il quale, anche se non detto esplicitamente, ma emerge tra le righe del commento, opera solo se si tratta della stessa lite, sotto il profilo soggettivo e oggettivo.

Nel principio del parallelismo l'alternatività rinviene, infatti, il proprio presupposto. Con la conseguenza che, allorché i contenuti dei due ricorsi sono differenti, non ha ragione alcuna di operare. È questa la regola alla quale si attengono il TAR Lombardia e il Consiglio di Stato nelle sentenze commentate da Guido Greco.

Il Consiglio di Stato, sia pure in un contesto relativo alla asserita natura di rimedio sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario, sembra discostarsi da tale assunto, avendo affermato che tale principio impone che ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale mantengano la loro "individualità", restino, in altri termini, due istituti "distinti e inconfondibili", se così non fosse "verrebbe meno la stessa ragion d'essere della scelta"<sup>90</sup>. Sicché, ove si accedesse alla tesi della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, questo sarebbe un mero doppione di quello giurisdizionale, con limitate garanzie. La scelta del rimedio straordinario finirebbe, invero, per penalizzare il ricorrente che non ha attivato la tutela giurisdizionale nei termini ordinari.

Ma non solo. Sposando la tesi della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, a seguito degli ultimi interventi del legislatore del 2009 e del

---

<sup>89</sup> Pur condividendo la soluzione cui perviene il Giudice di prime cure, il Maestro se ne discosta per quanto concerne le premesse ricostruttive accolte, così come qualche critica viene sollevata alla tesi opposta sposata dal Giudice di appello. Per una puntuale disamina di tali critiche si rinvia allo scritto, *Ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale*, cit., p. 350 ss.

<sup>90</sup> Cons. Stato, n. 3696/2020.

2010, l'alternatività assumerebbe la connotazione di strumento finalizzato ad evitare un contrasto tra giudicati, laddove, in via generale, si ritiene che l'alternatività sia un rimedio finalizzato ad evitare un contrasto di pronunzie da parte del Consiglio di Stato, sulla stessa lite<sup>91</sup>.

Dopo le riforme successive al 1971, il principio dell'alternatività si è venuto a configurare come divieto di un *bis in idem* bidirezionale. Nel senso che la preclusione opera per il ricorrente in una doppia direzione: esperito il ricorso straordinario non è più ammessa la proposizione di quello giurisdizionale, se non alle altre parti del ricorso; se l'atto viene impugnato con ricorso giurisdizionale, allo stesso ricorrente non è più data la possibilità di esperire il ricorso amministrativo<sup>92</sup>.

Il Giudice delle leggi si è pronunciato in tema di alternatività, con la già ricordata sentenza n. 148/1982, annotata da Guido Greco, con la quale ha affermato il principio, ormai pienamente rinsaldato, della parità delle parti nell'ambito del ricorso straordinario. In un ordinamento democratico, l'opzione del rimedio straordinario deve essere, infatti, il frutto di un accordo di tutte le parti e, dunque, anche dall'ente pubblico decidente, diverso dallo Stato, al quale va riconosciuta la possibilità di richiederne la trasposizione in sede giurisdizionale. Anche se non è detto esplicitamente nella sentenza, mi sembra condivisibile l'osservazione del Maestro che in tale statuizione ha letto l'intento della Corte di salvaguardare le autonomie locali, a fronte dei poteri istruttori e decisionali del Ministro competente.

Con l'ordinanza n. 432/2006<sup>93</sup> la Corte ha ritenuto manifestamente inammissibile, in quanto coinvolgente scelte che rientrano nella discrezionalità del legislatore, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 10 del d.lgs. n. 1199/1971, nella parte in cui non prevedono la possibilità per il giudice amministrativo di disporre il trasferimento in sede giurisdizionale del ricorso straordinario che sia stato proposto contro un atto presupposto rispetto all'atto impugnato in sede giurisdizionale, in riferimento agli artt. 3, 24, 97, 98 –, 113, Cost.

Una nuova disciplina dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso al giudice amministrativo, che attesta come tale principio renda il ricorso straordinario compatibile con l'art. 113 Cost., è stata introdotta dall'art. 48, del c.p.a. che, riconoscendo la facoltà di opposizione di cui all'art. 10 del d.P.R. n. 1199/2019, a favore di tutte le parti nei cui confronti è stato proposto il ri-

---

<sup>91</sup> Per un approfondimento del tema, R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, cit., p. 2576 ss.

<sup>92</sup> Cons. Stato n. 3696/2020, cit.

<sup>93</sup> In *Foro it.*, 2007, I, p. 1334, annotata da A. TRAVI, *ivi*.

corso straordinario (comma 1), ha confermato (art. 10, comma 2, d.P.R. n. 1199) quella particolare forma di *traslatio iudicii* prevista dal comma 3 dello stesso art. 48, con la quale è stato previsto che, qualora “l’opposizione sia inammissibile, il tribunale amministrativo regionale dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria”, mostrando, così, “di considerare il ricorso straordinario come la continuazione del medesimo giudizio” trasposto al TAR<sup>94</sup>.

Emerge da quanto detto, sia pure sinteticamente, che la regola dell’alternatività tra i due ricorsi, enunciata già dall’art. 34, r.d. n. 1054/1924, ora contenuta nell’art. 8 del d.lgs. n. 1199/1971, rimane sempre un istituto fondamentale nella disciplina dei rapporti tra i due ricorsi. Un principio, i cui connotati, oltre al suo effettivo ambito di operatività, sono collegati alla natura giuridica che si riconosce al ricorso straordinario, quale strumento, alternativo al ricorso giurisdizionale, per la tutela della giustizia del cittadino nell’amministrazione.

#### *7. Assonanze e dissonanze tra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana.*

Le dissonanze tra ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana e ricorso straordinario al Presidente della Repubblica sono sicuramente maggiori rispetto alle assonanze. I due istituti infatti, pur condividendo la “medesima genesi” e, “a legislazione vigente, la medesima struttura e, tendenzialmente, analoga disciplina”<sup>95</sup>, si sono caratterizzati, almeno fino alla recente sentenza della Corte cost. n. 63/2023, per la presenza di alcune differenze, e di non poco conto, quanto alla natura non vincolante del parere del CGARS in sede di decisione del ricorso al Presidente della Regione; all’accentramento della procedura presso la Presidenza della Regione (si pensi all’istruttoria in capo all’Ufficio legislativo e legale); alla natura e alla diversa posizione e responsabilità istituzionale, dell’organo che adotta il provvedimento finale.

La sentenza n. 63/2023, dichiarando fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373/2003, nella parte in cui consentiva al Presidente della Regione di discostarsi dal parere del CGA, inve-

---

<sup>94</sup> Ad. plen. n. 9/2013, cit. Per alcune puntuali osservazioni sugli interventi normativi sinteticamente riportati nel testo, si v. A. POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2014, p. 15 ss.

<sup>95</sup> Corte cost. n. 63/2023.

stendo della questione la Giunta regionale, laddove, diversamente, già nel 2009, con la legge n. 69, era stata affermata la natura vincolante del parere del Consiglio di Stato per il ricorso al Presidente della Repubblica, ha segnato una svolta nella disciplina dell'istituto.

Il ricorso al Presidente della Regione Siciliana è previsto dall'art. 23 dello Statuto regionale, adottato con legge cost. n. 2/1948, il quale al comma 4 disponendo che “[i] ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, s[iano] decisi dal Presidente della Regione, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato”, estende al Capo del Governo regionale, l'antico rimedio giustiziale del ricorso straordinario<sup>96</sup>.

Ne discende la copertura costituzionale dell'istituto siciliano, a differenza del ricorso al Capo dello Stato che non gode di nessuna copertura costituzionale, non ricevendo dal cit. art. 23 alcun riconoscimento, neppure “in via indiretta”, come ha chiarito un recente parere del Consiglio di Stato<sup>97</sup>.

Anche se non è previsto in Costituzione, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è, come affermato dal Giudice delle leggi, compatibile con i principi costituzionali, in particolare con l'art. 113<sup>98</sup>, poiché lo stesso, oltre ad essere rimesso alla libera scelta degli interessati, costituisce un rimedio ulteriore di tutela per il cittadino, alternativo al ricorso giurisdizionale<sup>99</sup>.

Al ricorso straordinario al Presidente della Regione si applicano le disposizioni del c.p.a. che si applicano al ricorso al Capo dello Stato.

---

<sup>96</sup> Per una puntuale ed approfondita disamina della genesi e delle successive tappe dello sviluppo dell'istituto, G. ARMAO, *Dall'art. 23 dello Statuto alla digitalizzazione del ricorso straordinario al presidente della Regione Siciliana quale rimedio giustiziale*, cit. Con sentenza n. 36/2004, la Corte costituzionale, si è pronunciata sulla legittimità costituzionale delle norme sul CGARS.

<sup>97</sup> Sez. I, parere n. 203/2021, in *Osservatorio delle fonti.it*, 2, 2021, con nota di V. CAMPIGLI, *Annotazioni in tema di Ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia e di Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica (a proposito di un parere del Consiglio di Stato)*, *ivi*, p. 625, ss. Diversamente, chi scrive, aveva sostenuto (*Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, p. 663) che la disposizione di cui all'art. 23, St. Sic., assicurasse una copertura costituzionale, sia pure indiretta, anche al ricorso straordinario al Capo dello Stato, considerato che la sua soppressione con legge ordinaria renderebbe inoperante una disposizione, quella, cioè, di cui all'art. 23 dello Statuto, di rango costituzionale; ma già, in questo senso, A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 1263 ss.

<sup>98</sup> Tra le tante, Corte cost. sentt. n. 2/1963, n. 78/1966, n. 298/1986.

<sup>99</sup> A. MAZZA LABOCCETTA, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Un rimedio per «la tutela della giustizia nell'amministrazione»*, cit.

Quanto agli atti impugnabili con il ricorso al Presidente della Regione Siciliana, possono impugnarsi solamente gli “atti amministrativi regionali”, ossia atti che siano tali sotto il profilo soggettivo ed oggettivo.

La questione relativa alla impugnabilità o meno degli atti degli enti locali siciliani, non riconducibili, per evidenti ragioni costituzionali (indicativo il nuovo Tit. V della Costituzione che ha valorizzato le autonomie locali con disposizioni che valgono anche per le Regioni a statuto speciale) alla categoria degli atti di organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione, come pure si era ritenuto, anche di recente<sup>100</sup>, nel cit. parere n. 203/2021, viene individuato un altro titolo che ne consente la configurazione come “atti regionali”, ai sensi dell’art. 23 St. Sic., comma 4.

Secondo il Consiglio di Stato, tale titolo va riscontrato nell’esistenza di una competenza legislativa esclusiva, *ex* art. 14, lett. o) dello Statuto, della Regione in materia di “regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative” e nell’art. 15, comma 2 dello Statuto, ai sensi del quale “spetta alla Regione la legislazione esclusiva e l’esecuzione diretta in materia di circoscrizione, ordinamento e controllo degli enti locali”, nonché nella circostanza che tali atti provengono da enti collocati nel territorio regionale, quindi “non atti della Regione”, ma “atti nella Regione”<sup>101</sup>.

Il tema della natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Regione, si è posto negli stessi termini, sia pure con alcune sfumature, rispetto a quello al Presidente della Repubblica. Infatti, una volta abbandonata la tesi della natura amministrativa, la tesi della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso al Presidente della Repubblica, come si è detto, si è basata su alcuni interventi del legislatore e, in particolare, sull’art. 69 della legge n. 69/2009 che, abrogando la potestà del Governo di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato, ne ha affermato la natura vincolante, con conseguente configurazione del parere come “decisione” vincolante.

La Corte costituzionale, sul presupposto che il CGARS, a sezioni riunite, costituisce una sede distaccata del Consiglio di Stato, ha ritenuto che le innovazioni introdotte con l’art. 69 della legge n. 69/2009, si applicano anche al ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana, con conseguente possibilità di sollevare in quella sede l’incidente di costituzionalità. Come si è visto prima, anche il ricorso per l’ottemperanza della decisione non eseguita

---

<sup>100</sup> Cons. Stato, Sez. I, n. 538/2020 e n. 2895/2019; CGARS, n. 104/1984.

<sup>101</sup> Per una puntuale disamina della questione, V. CAMPIGLI, *Annotazioni in tema di Ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia*, cit. p. 635 ss.



dall'amministrazione, dopo vari ripensamenti delle Corti e del giudice amministrativo, si è ritenuto ammissibile in entrambi le sedi.

È utile ricordare come, non facendo espresso riferimento alla decisione sul ricorso straordinario, l'art. 112, comma 2, del c.p.a. del 2010, il problema ha riguardato la riconducibilità del decreto presidenziale alla lett. b) ["provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo"], con conseguente riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario<sup>102</sup>; o alla lett. d) ["altri provvedimenti equiparati alle sentenze passate in giudicato"] dalla quale si ricaverebbe la natura *giustiziale* del rimedio, sia al Capo dello Stato che al Presidente della Regione Siciliana<sup>103</sup>. La questione, come si è visto, non ha trovato ad oggi una convincente soluzione.

Le dissonanze tra i due ricorsi, sono state eliminate dal Giudice delle leggi soltanto di recente, nel 2023, con la già ricordata sentenza n. 63, che ha dichiarato fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373/2003 per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. Fino a quel momento il parere dell'Adunanza delle Sezioni riunite del CGA ha mantenuto la sua natura non vincolante, a discapito delle garanzie a favore dei ricorrenti in sede di ricorso al Presidente della Regione, ampliate, invece, dalla suindicata legge per i ricorrenti in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Richiamando due proprie precedenti decisioni, ovvero le sentenze n. 254/2004 e n. 73/2014, la Corte, sottolinea come la "differenza principale tra i due istituti, legata alla natura dell'organo che adotta il provvedimento finale e alla diversa posizione e responsabilità istituzionale del medesimo rispetto al Presidente della Repubblica, rende semmai ancora più rilevante l'esigenza di fornire un adeguato corredo di garanzie in capo al soggetto che si avvale del ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana".

La Corte è intervenuta, quindi, soltanto nel 2023, a circa 14 anni di distanza dalla legge n. 69, a sanare una disparità di trattamento tra i ricorrenti, incidente sul loro diritto di difesa, in contrasto con l'art. 3 Cost., non giustificata dalla forma speciale di autonomia riconosciuta alla Regione, considerato che i due istituti hanno medesima origine, medesima struttura e, tendenzialmente, analoga disciplina, sicché tale difformità era priva di una ragionevole

---

<sup>102</sup> CGA, sez. giurisdizionale, al fine di riconoscere, l'ottemperanza, quale rimedio operante nell'ambito del ricorso straordinario, n. 971/2008.

<sup>103</sup> Tesi oggi prevalente, Corte cost., tra le tante, sentt. n. 73/2014; n. 24/2018; n. 13/2020 e n. 133/2026 e n. 63/2023; CGARS, sez. cons., parere n. 61 del 2020, cit.; Cons. Stato, Ad. plen., n. 11 /2024.

giustificazione<sup>104</sup>. Forse perché si riteneva che il citato art. 9, comma 5, fosse stato implicitamente abrogato dall'art. 69, della legge n. 69/2009<sup>105</sup>.

Tesi non condivisibile cozzando palesemente con il principio di gerarchia delle fonti, tenuto presente dalla Corte nella soluzione del caso al suo esame<sup>106</sup>.

Il d.lgs. n. 373/2003, che disciplina il ricorso regionale, contiene norme di attuazione dello Statuto regionale, quindi si tratta di una fonte speciale, "riservata" e "separata"<sup>107</sup>, sicché una legge statale ordinaria sopravvenuta non può prevalere sulla stessa<sup>108</sup>. Del resto, già la Corte costituzionale nel 2021, sentenza n. 353, cit., aveva affermato che le norme di attuazione potevano introdurre una disciplina diversa e particolare, prevalente sulla legislazione ordinaria, con il limite della corrispondenza alle finalità di attuazione dello Statuto.

Dalla natura decisoria e vincolante del parere del Consiglio di giustizia amministrativa, discende la sua immodificabilità "se non nei limitati casi di revocazione previsti dall'art. 106, comma 1, c.p.a."<sup>109</sup>.

Di recente il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana è stato "digitalizzato", processo che è stato disciplinato compiutamente da una direttiva del dicembre 2023 dell'Ufficio legale e legislativo della Presidenza, con la creazione di una apposita piattaforma informatizzata, e previsto già da una direttiva presidenziale del 2020. L'avvenuta integrale digitalizzazione, che, con il passaggio dal cartaceo al digitale, favorisce la semplificazione e la tempestività della decisione, proietta l'istituto nel futuro, collocandolo, senza dubbio, all'avanguardia del sistema della giustizia amministrativa italiana.

Si tratta sicuramente di una novità e di sicuro rilievo, accanto alle numerose conferme, nella disciplina dell'istituto siciliano.

Ci si è chiesti in dottrina<sup>110</sup> se l'obbligatorietà dell'uso della piattaforma nel procedimento concernente il ricorso straordinario al Presidente regionale, ne-

---

<sup>104</sup> In argomento, F.F. PAGANO, *Il ricorso al Presidente della Regione Siciliana e le norme di attuazione degli Statuti speciali*, nota a Corte costituzionale n. 63/2023.

<sup>105</sup> Le Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 2065/2011) prospettano una «abrogazione tacita indiretta».

<sup>106</sup> Una puntuale ricostruzione del tema in F. COSTANTINO, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ricorso straordinario alla Regione siciliana: la sorte del parere vincolante*, nota a Corte costituzionale n. 63/2023.

<sup>107</sup> Cons. giust. amm., parere n. 61/2020, cit.; TAR Palermo, Sez. III, n. 867/2019.

<sup>108</sup> TAR Palermo, Sez. III, n. 14329/2010.

<sup>109</sup> Cons. giust. amm. Sicilia, Ad. sez. riunite, n. 24/2024.

<sup>110</sup> E. GIARDINO, *Relazione al convegno di Palermo su La digitalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana*, cit., in corso di pubblicazione.

cessiti o meno di provvedimenti attuativi, i quali dovranno essere statali, se si ritiene che il ricorso straordinario abbia natura sostanzialmente giurisdizionale, riconducibile all'art. 117, lett. l) "giurisdizione e norme processuali". Diversamente, ove si accolga la tesi, ormai maggioritaria, lo si è visto prima, della sua natura di "rimedio giustiziale" riconducibile, sempre all'art. 117, lett. l), ma alla "giustizia amministrativa", l'attuazione sarà rimessa alla legislazione regionale.

Un interrogativo, quindi, al quale sono chiamate a dare una persuasiva risposta, sia la dottrina, sia la giurisprudenza.

# GLI ACCORDI TRA LE AMMINISTRAZIONI E LE “VARIANTI” INTRODOTTE DAL LEGISLATORE IN SEDE DI PROGRAMMAZIONE. I CONTRATTI DI FIUME E LA TUTELA DELLE RISORSE IDRICHE

*Carmela Leone*

SOMMARIO: 1. Introduzione: gli accordi tra amministrazioni tra passato, presente e futuro. – 2. L'accordo di programma come espressione più diffusa di accordi tra amministrazioni. – 3. La *vexata quaestio* dell'applicazione del recesso agli accordi tra amministrazioni. – 4. Accordi tra amministrazioni e contratti di fiume: inquadramento della fattispecie. – 5. Un tentativo di inquadramento dogmatico dei contratti di fiume. – 6. Brevi considerazioni conclusive.

## 1. *Introduzione: gli accordi tra amministrazioni tra passato, presente e futuro.*

Gli accordi tra pubbliche amministrazioni sono sempre stati considerati dalla dottrina<sup>1</sup> uno strumento privilegiato di tutela dell'interesse pubbli-

---

<sup>1</sup> Per una bibliografia sul tema degli accordi amministrativi si rinvia a: G. GRECO, *Art. 15*” in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, a cura di V. Italia e M. Bassani, Milano, 1991, p. 282; ID., *Accordi di programma e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Vignocchi*, Modena, 1992, p. 773; ID., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Milano, 2003; N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di giurisprudenza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte prima: profili generali*, in *Dir. econ.*, 2001, p. 631 ss.; ID., *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di giurisprudenza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte seconda: profili procedurali e contenutistici*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 53 ss.; ID., *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte terza: profili di tutela giurisdizionale*, *ivi*, p. 287; ID., *Accordi amministrativi*, in S. CASESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 83; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, pp. 57 ss. e 316; ID., *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988, p. 5; G. F. MANGANARO, *Rilievi sugli accordi tra pubbliche amministrazioni*, in AA.VV., *Scritti per Enzo Silvestri*, Milano, 1992, p. 363; E. STICCHI DA-

co<sup>2</sup>. Le speculazioni dottrinali sino ad oggi condotte sul tema orientano il

---

MIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, p. 104 ss.; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 36; M. PALLOTTINO, *Strumenti giuridici di concertazione amministrativa: l'accordo di programma*, in *Riv. amm.*, 1983, p. 847; G. DI GASPARE, *L'accordo di programma: strutture, efficacia giuridica e problemi di gestione*, in *Regioni*, 1988, p. 278; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 35; F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019; F. CARTEI, *Gli accordi di programma nel diritto comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 49 ss.; G. MANFREDI, *Modelli contrattuali dell'azione amministrativa: gli accordi di programma*, in *Regioni*, 1992, p. 349; F. MERUSI, *Procedimenti di coordinamento infrastrutturali e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993, p. 1044; E. CANNADA BARTOLI, *Accordo di programma e giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 1173; N. BASSI, *Gli accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004; S. BELTRAME, *Accordi di programma: limiti ed efficacia rispetto alle leggi in vigore*, in *Amb.*, 2002, p. 89; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012; R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, Padova, 1993; R. FERRARA, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 673; G. IACOVONE, *Accordo di programma e tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, p. 189; A. PIOGGIA, *Gli accordi di programma*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2001, p. 159; A. PREDIERI, *Accordi di programma*, in *Quad. reg.*, 1991, p. 957; G. TULUMELLO, *Accordo di programma*, in *Dig. disc. pubbl. Agg.*, Torino, 2012, p. 1; S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 418; F. FRACCHIA, *Gli accordi amministrativi nella produzione scientifica di Nicola Bassi*, in *Riv. reg. merc.*, 2017, p. 2; C. MARZUOLI, *Gli accordi di programma*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Milano, 2014, p. 443 ss.; G. D. COMPORITI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, p. 321 ss.; F. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, cit., p. 467 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001, p. 30 ss.; A. DI MARIO, *Il recesso dagli accordi tra amministrazioni abbandona l'autotutela*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 838 ss.; D. IELO, *Commento all'art. 15*, in V. ITALIA (con il coordinamento di), *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, p. 538 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, p. 118; D. PONTE, *Accordi fra pubbliche amministrazioni*, in S. COGLIANI (a cura di), *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, II ed., Padova, 2007, p. 668.

<sup>2</sup>G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, in particolare p. 175: "della negoziabilità del potere pubblico, in sede di accordi tra Amministrazioni, non si è pressoché mai dubitato. Come si è visto, infatti, il nostro ordinamento ha sempre presentato figure di tal fatta, anche quando l'azione amministrativa era saldamente ancorata al

lavoro dell'interprete che assiste alla reazione delle amministrazioni al cambiamento climatico e alle conseguenze nefaste sui propri territori<sup>3</sup>.

Si vuole, pertanto, prendere in considerazione quel “modulo di integrazione e di coordinamento dell'attività di più amministrazioni riguardo ad una fattispecie o ad un complesso di fattispecie”<sup>4</sup>, sempre più necessario per evitare che “la polverizzazione delle competenze (pur corollari inevitabili del disegno autonomistico privilegiato dalla Costituzione) si traducano in fattori di deresponsabilizzazione degli apparati amministrativi e in fonti (ulteriori) di inefficienze e ritardi”<sup>5</sup>. E soprattutto val la pena di tener presente “tutta una serie di varianti, introdotti dal legislatore in sede di programmazione (art. 2, cc 203-209, l. 23 dicembre 1996, n. 662), talora con la partecipazione anche di privati”<sup>6</sup>.

È proprio la materia ambientale<sup>7</sup>, ed in particolare il settore idrico, che consente di volgere lo sguardo al futuro per le applicazioni più proficue degli accordi tra amministrazioni, ben sapendo che nel Codice dell'ambiente trova posto l'art. 206, che disciplina procedure semplificate, tese alla conclusione di accordi e contratti e alla diffusione degli stessi<sup>8</sup>. È l'art. 68-*bis*, che ha intro-

---

carattere unilaterale del provvedere: la posizione di parità dei contraenti e l'assenza di contaminazioni derivanti dalla partecipazione dei privati convinceva in tal senso”.

<sup>3</sup> E. BOSCOLO, *Politiche idriche adattative nella stagione della scarsità. Dall'emergenza alla regolazione*, in *Piemonte delle autonomie*, 2022, p. 3.

<sup>4</sup> G. GRECO, *Accordi di programma e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Vignocchi*, cit., p. 773.

<sup>5</sup> N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di giurisprudenza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte prima: profili generali*, cit., p. 631 ss.; in particolare p. 634; e *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di giurisprudenza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte seconda: profili procedurali e contenutistici*, in *Dir. econ.*, cit., p. 53 ss. e *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte terza: profili di tutela giurisdizionale*, *ivi*, p. 287.

<sup>6</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., in particolare p. 176.

<sup>7</sup> M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come Sistema complesso, adattativo, comune*, Milano, 2007; P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2021; F. FONDERICO, *Ambiente (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XVI, 2006; A. CROSETTI, F. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari-Roma, 2018; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, tomo II, Milano, 1996, p. 1121 ss.

<sup>8</sup> In particolare, tale disposizione normativa consente al Ministero e alle altre autorità competenti di stipulare “appositi accordi e contratti di programma con enti pubblici, con imprese di

dotto i contratti di fiume che “concorrono alla definizione e all’attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto a livello di bacino e sottobacino idrografico, quali strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata che perseguono la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree”.

Benché l’acqua sia un elemento essenziale per la vita, per un buono stato ambientale, per le produzioni e l’economia, per troppi anni, la prosperità e il benessere delle nostre società si sono basate su un uso intensivo delle risorse idriche, con conseguenze negative sulla loro qualità ambientale<sup>9</sup>. Il riscaldamento globale, a seguito dell’accentuarsi degli eventi meteorologici estremi, sta aggravando situazioni già critiche di alcune aree con un aumento della frequenza e intensità delle inondazioni, o, all’opposto, della siccità, con riduzione della qualità e disponibilità di acqua e dei servizi eco-sistemi, che sta portando alcune zone del nostro Paese verso fenomeni di desertificazione.

Il potenziamento della gestione dei bacini idrografici, orientato verso l’efficienza e la sostenibilità, rappresenta una priorità che implica la necessità di sviluppare una maggiore consapevolezza del valore delle risorse idriche. Que-

---

settore, soggetti pubblici o privati ed associazioni di categoria”, soprattutto in materia di gestione dei rifiuti, di raccolta differenziata e di produzione di beni con materiali poco inquinanti.

<sup>9</sup> ISPRA, *Nota ISPRA sulle condizioni di siccità in corso e sullo stato della risorsa a livello nazionale*, luglio 2022, in <https://www.isprambiente.gov.it>; nel Rapporto ISPRA 323/2020, *Le risorse idriche nel contesto geologico del territorio italiano. Disponibilità, grandi dighe, rischi geologici, opportunità* si indica che “il settore agricolo utilizza il 60% dell’intera richiesta di acqua, il settore energetico e industriale il 25% e gli usi civili il 15%. Il consumo d’acqua pro-capite vede l’Italia al primo posto in Europa ed al terzo mondo su scala globale dopo Stati Uniti e Canada”; Per la dottrina cfr. *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, a cura di U. Pototschnig, E. Ferrari, Padova, 2000; D. CASALINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Torino, 2014; A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, III ed., Torino, 2015, p. 262; *L’acqua e il diritto*, a cura di G. Santucci, A. Simonati, F. Cortese, Trento, 2011; *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, a cura di M. Andreis, Torino, 2015; *Acqua. Bene pubblico risorsa non riproducibile fattore di sviluppo*, a cura di S. Staiano, Napoli, 2017; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012; più di recente, ID., *Water Resources Management in Italy: Institutions, Laws and Approaches*, in *Water Law, Policy and Economics in Italy*, a cura di P. Turrini, A. Massarutto, M. Pertile, A. Carli, Londra, 2021, p. 105; R. LOUVIN, *Aqua Aequa. Dispositivi giuridici, partecipazione e giustizia per l’elemento idrico*, Torino, 2018; L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, Milano, 2022, p. 115.

sto obiettivo può essere raggiunto attraverso una sinergia proficua tra le amministrazioni.

Come il lettore potrà intuire, visti il baricentro e il taglio delle premesse, il seguito dello scritto si concentrerà sulle potenzialità degli accordi tra amministrazioni, tra pubbliche amministrazioni e privati (interessati alla tutela del proprio territorio), per giungere ad analizzare un particolare e sempre più diffuso accordo tra amministrazione e privati in campo ambientale: i contratti di fiume.

## *2. L'accordo di programma come espressione più diffusa di accordi tra amministrazioni.*

Alla stregua della costante giurisprudenza, l'accordo di programma rappresenta un tipo specifico di accordo tra pubbliche amministrazioni e costituisce un istituto finalizzato alla definizione e attuazione, con eventuale incidenza sugli strumenti urbanistici, di opere, interventi o programmi che richiedono per la loro completa realizzazione l'azione integrata e coordinata di Comuni, Province e Regioni, di amministrazioni statali o di altri soggetti pubblici<sup>10</sup>. Invero, l'accordo di programma realizza il coordinamento dell'attività amministrativa attraverso la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti amministrativi preordinati alla cura dei diversi interessi<sup>11</sup>, pertanto, più che un semplice modulo procedimentale, l'accordo si configura come espressione dei poteri pubblicistici facenti capo ai soggetti partecipanti<sup>12</sup> la cui attività amministrativa viene così resa più efficiente, efficace, razionale ed adeguata alla cura degli interessi a ciascuno di essi assegnata dall'ordinamento, in ossequio ai principii fissati nell'art. 97 Cost.<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Come evidenziato dal Cons. Stato, Ad. plen., 19 febbraio 1987, n. 7 in sede di parere sul disegno di legge di disciplina del procedimento amministrativo, elaborato dalla Commissione Nigro, lo strumento degli accordi tra Pubbliche amministrazioni dovrebbe fungere da strumento normativo di sollecitazione di una possibile ricomposizione, in via consensuale, della (inevitabile) frammentazione delle competenze tra più livelli e soggetti amministrativi. *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 21 novembre 2005, n. 6467, in <https://www.giustizia.amministrativa.it>.

<sup>11</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2011, n. 1339, <https://www.giustizia.amministrativa.it>.

<sup>12</sup> Cass. civ., Sez. Un., 4 gennaio 1995, n. 91, <https://www.giustizia.amministrativa.it>.

<sup>13</sup> Cons. Stato, Sez. IV, n. 2909/2002, <https://www.giustizia.amministrativa.it>.



È stato già rilevato<sup>14</sup> che l'accordo di programma risponde all'esigenza di prevedere strumenti di concertazione tra soggetti pubblici, incisivi e giuridicamente vincolanti, all'interno del nostro ordinamento ove l'interesse pubblico è frazionato e, pertanto, deve essere ricondotto ad unità nel quotidiano svolgimento dell'attività amministrativa, a partire dalla considerazione degli ambiti di competenza attribuiti a ciascuna amministrazione. Rappresentano, per usare la definizione di altra dottrina, strumenti "volti a razionalizzare, in qualche misura, e con evidenti finalità di coordinamento funzionale, il regime delle competenze politico amministrative, troppo spesso allocate secondo criteri di disordine funzionale presso i diversi livelli di governo dell'ordinamento repubblicano"<sup>15</sup>.

È a tutti noto che la disciplina generale degli accordi fra pubbliche amministrazioni è contenuta nell'art. 15, legge 7 agosto 1990, n. 241 che, per la regolamentazione di specifiche figure di accordi, rimanda a discipline speciali<sup>16</sup>, mentre di accordo di programma si occupa l'art. 34, d.lgs. n. 267/2000. È altrettanto noto che, secondo l'insegnamento della dottrina e della giurisprudenza<sup>17</sup>, gli accordi di programma rappresentano una specie del più ampio genere degli accordi delineati dall'art. 15, comma 1 della legge n. 241/1990, quale fonte normativa di una generalizzata legittimazione all'uso di strumenti convenzionali di organizzazione e di azione amministrativa, attraverso i quali due o più pubbliche Amministrazioni coordinano, consensualmente e in funzione collaborativa, l'esercizio dei poteri (amministrativi) di cui sono rispetti-

---

<sup>14</sup> S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, cit.

<sup>15</sup> R. FERRARA, *L'accordo ... e gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. amministrazione consensuale*, in *Foro it.*, 2002, parte III, c. 136 ss.

<sup>16</sup> R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, cit., p. 27. L'Autore rileva che in relazione alla figura dell'accordo fra enti pubblici, siano individuabili "due momenti, due convergenti passaggi dell'evoluzione legislativa: una prima fase caratterizzata dalla moltiplicazione delle figure di intese e di concerti fra due o più amministrazioni pubbliche e, segnatamente, fra due o più soggetti pubblici dislocati e operanti in differenti livelli di governo (Stato/regioni, regioni/enti territoriali minori), e una seconda fase [...] in cui, oltre alla perdurante proliferazione dei modelli di intese e di concerto, si è avuta, con l'art. 15 della l. n. 241 del 1990, la canonizzazione in via generale della possibilità, da parte delle amministrazioni pubbliche, di concludere fra di loro accordi per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune".

<sup>17</sup> Per una ricostruzione degli indirizzi mi sia consentito ancora una volta il richiamo a N. BASSI, cit.

vamente attributarie, onde raggiungere uno o più fini altrimenti non perseguibili in via unilaterale<sup>18</sup>.

Se si è d'accordo con siffatta ricostruzione e quindi, giova ribadire, se tra la fattispecie dell'art. 15, legge n. 241/1990 e quella dell'art. 34, d.lgs. n. 267/2000, intercorre un rapporto da genere a specie, ne discende che ciò comporta l'applicazione della disciplina generale per gli aspetti non regolati dalla normativa di dettaglio<sup>19</sup>. Il rinvio ai commi 2 e 3 dell'art. 11, legge n. 241/1990, operato dal comma 2 dell'art. 15, completa l'individuazione della disciplina applicabile agli accordi tra amministrazioni e, di conseguenza, all'accordo di programma<sup>20</sup>, contratto ad oggetto pubblico, sussistendone gli elementi caratterizzanti, come l'esercizio del potere amministrativo e la preordinazione al perseguimento dell'interesse pubblico.

### 3. *La vexata quaestio dell'applicazione del recesso agli accordi tra amministrazioni.*

Il primo problema da affrontare concerne il significato del rinvio effettuato dall'art. 15 della legge n. 241/1990 ai soli commi 2, 3 dell'art. 11 della stessa legge, rinvio che non comprende, quindi, il comma 4, laddove è previsto il recesso unilaterale dall'accordo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico e

---

<sup>18</sup> E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale*, cit., p. 28; C.P. SANTACROCE, *Note generali sull'ammissibilità di un potere amministrativo di "recesso" unilaterale dagli accordi tra pubbliche Amministrazioni*, in *Giustamm.*, che rileva che l'art. 15, come è ben noto, ha canonizzato in via generale l'eventualità che due o più pubbliche Amministrazioni stipulino fra loro accordi (di diritto pubblico), al fine di disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. In effetti, non pare sia errato qualificare la richiamata disposizione legislativa di cui all'art. 15, comma 1 della legge n. 241/1990, quale fonte normativa di una generalizzata legittimazione all'uso di strumenti convenzionali di organizzazione e di azione amministrativa, attraverso i quali due o più pubbliche Amministrazioni (auto-)coordinano (8), consensualmente ed in funzione collaborativa, l'esercizio dei poteri (amministrativi) di cui sono rispettivamente attributarie, onde raggiungere uno o più fini altrimenti non perseguibili in via unilaterale.

<sup>19</sup> *Ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3458; Cons. Stato, Sez. IV, 24 ottobre 2012, n. 5450.

<sup>20</sup> Ciò, secondo l'unanime giurisprudenza, comporta peraltro l'estensione agli accordi di programma della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art.* 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a. (Cass., Sez. Un., 12 marzo 2015, n. 4948; ord. 29 luglio 2013, n. 18192; 4 gennaio 1995, n. 91).

salva la corresponsione di un “indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno al privato”.

L'omesso rinvio al comma 4 dell'art. 11 è stato interpretato in vario modo in dottrina. Le divergenze sul punto, a sostegno di entrambe le tesi percorribili (ossia ammissibilità o inammissibilità del recesso), testimoniano la difficoltà di individuare un'unica interpretazione. L'assenza, nell'ambito della legge n. 241/1990, di una disposizione legislativa in ordine ad un potere amministrativo di recesso unilaterale dagli accordi intercorsi tra pubbliche amministrazioni, infatti, è stata unanimemente interpretata quale “manifestazione legislativa implicita”, di cui si è fatto ampio uso tanto per negare quanto per ammettere detto potere<sup>21</sup>.

Una parte della dottrina amministrativistica italiana ha, infatti, fondato sul mancato rinvio la tesi della “intangibilità unilaterale” dei rapporti giuridici consensuali derivanti dalla stipulazione di un accordo (di diritto pubblico) tra due o più pubbliche Amministrazioni<sup>22</sup>, del pari la giurisprudenza meno recente, come si dirà di qui a poco, ha oscillato a lungo sulla possibilità di ammettere il recesso<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> C.P. SANTACROCE, *Note generali sull'ammissibilità di un potere amministrativo di “recesso” unilaterale dagli accordi tra pubbliche Amministrazioni*, cit.

<sup>22</sup> E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale*, cit.; R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, cit.; G. D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit.; F. MANGANARO, *Rilievi sugli accordi tra pubbliche amministrazioni*, in AA.VV., *Scritti per Enzo Silvestri*, Milano, 1992, p. 363 ss.; E.F. SCHLITZER, *Accordi amministrativi*, cit., p. 258 s., per il quale “il richiamo dell'art. 15 alla disciplina degli accordi con i privati non comprende il 4° comma dell'art. 11, con ciò escludendo il diritto di un'amministrazione di recedere unilateralmente dall'accordo stesso”; G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo*, cit., 112, “disciplina dell'art. 11, [...] l'art. 15 esclude proprio quella norma (il comma 4) dell'art. 11 che prevede la facoltà di recesso unilaterale dall'accordo”.

<sup>23</sup> Per la tesi favorevole al riconoscimento si rinvia a TAR Marche, 29 settembre 2003, n. 1015: “L'assenza nell'art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241 di un richiamo al comma 4 del precedente art. 11, che espressamente consente il recesso – previo indennizzo – dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, non esclude la possibilità per l'Amministrazione di recedere dall'accordo, considerato che è proprio della funzione d'amministrazione attiva il generale potere di revoca del provvedimento, del quale l'accordo ha il contenuto ed al quale è sottesa la cura di un pubblico interesse, per cui è affievolita la forza vincolante di una convenzione sottoscritta da soggetti pubblici ed è reso inapplicabile il principio civilistico per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti”. In senso sostanzialmente identico: TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 3 marzo 2006, n. 1677, e TAR Veneto, Sez. I, 16 ottobre 2006, n. 3462. S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, cit. L'autrice sostiene che la giurisprudenza amministrativa,

La soluzione della questione deve essere affrontata partendo dalla constatazione che sono difficilmente conciliabili, da un lato, l'inesauribilità della funzione amministrativa, che non tollera l'imposizione di un vincolo a non riesaminare l'assetto di interessi concordato alla luce delle sopravvenienze nell'interesse pubblico<sup>24</sup>, e, dall'altro, la non disponibilità da parte di una singola amministrazione degli interessi pubblici sottesi all'azione amministrativa esercitata in forma consensuale, che, per definizione, è affidata alla cura di più amministrazioni pubbliche.

Siffatte argomentazioni sono presenti nella maggior parte della giurisprudenza, tra le quali si segnalano due sentenze del TAR Lombardia. Degna di at-

---

esclude l'ammissibilità del recesso, per via della natura contrattuale riconosciuta all'accordo di programma, cui segue l'applicazione dei principi contenuti agli artt. 1372 ss. c.c. ma questa tesi è debole poiché "dal principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti, la giurisprudenza inferisce che è possibile sciogliere il vincolo contrattuale solo attraverso il mutuo consenso delle parti stesse. Basta però leggere qualche pagina della dottrina civilista per confermare l'impressione che il significato del principio da ultimo richiamato è molto più complesso e meno rigoroso di quanto emerge nella giurisprudenza amministrativa. Giorgio De Nova, nel suo scritto dedicato alla forza di legge del contratto, discute di 'misura' della forza di legge, dimostrando che la forza di legge del contratto 'trova smentite via via più numerose e rilevanti'. Più precisamente, emerge dagli studi civilisti che "il recesso è una forma di indebolimento della regola di cui all'art. 1372 c.c. solo quando si atteggia come potere di pentirsi".

<sup>24</sup> S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, cit., che scrive "si pensi al caso di un accordo di programma che nasca attorno all'idea di realizzare una fermata della metropolitana in un comune e che coinvolga la provincia, per la realizzazione di una strada provinciale di collegamento alla nuova fermata, e un comune finitimo, per il progetto di un parcheggio di interscambio. In questa ipotesi, per esempio, la provincia potrebbe ricorrere al recesso ove, ad esempio, vengano a mancare determinati finanziamenti o perché i finanziamenti pervenuti sono stati destinati altrove o perché, per rispettare nuove scelte di politica territoriale della regione, altre opere sono individuate come prioritarie. In queste eventualità, la provincia non avrà alcun interesse a prospettare un diverso assetto degli interessi, volendo semplicemente sottrarsi, per ragioni di interesse pubblico, agli obblighi dedotti nell'accordo di programma. E, in ogni caso, anche ammettendo che la provincia abbia altra proposta da sottoporre ai sottoscrittori dell'accordo, se si accogliesse la tesi della giurisprudenza amministrativa, sarebbero gli altri due comuni a valutare gli interessi pubblici connessi alla viabilità e al trasposto su base provinciale, che rientrano invece nelle (poche) competenze riservate all'ente provincia. Certo le conseguenze prospettate per ultimo potrebbero essere scongiurate ove si imponesse la regola per cui, al momento della sottoscrizione dell'accordo, esattamente come per l'indizione di un bando di gara, si introduca l'obbligo di individuare l'apposita copertura finanziaria per gli interventi da concordarsi. Questa ipotesi probabilmente garantirebbe una maggiore solidità all'accordo di programma, pur scontando un irrigidimento dello strumento che, data la formazione progressiva dei suoi contenuti, non potrebbe comunque considerarsi risolutiva".

tenzione è la sentenza del TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 8 novembre 2004, n. 5620<sup>25</sup> che ha sostenuto che, salvo il caso in cui siano state le stesse parti a prevedere il diritto di recesso nel momento in cui hanno concordato tra loro il regolamento pattizio, il contenuto dell'accordo sia modificabile solo mediante una nuova determinazione espressa da tutte le amministrazioni contraenti che giungono ad una nuova sistemazione concordata dell'assetto degli interessi sottostanti all'azione amministrativa. Ciò non significa che l'amministrazione pubblica che intenda sciogliersi dall'accordo *ex art. 15*, legge n. 241/1990 sia priva di strumenti di tutela di fronte al rifiuto delle altre amministrazioni di modificare l'assetto degli interessi a seguito delle intervenute sopravvenienze negli interessi pubblici sottesi all'azione amministrativa. La volontà delle altre amministrazioni non è, infatti, una volontà negoziale fondata sull'autonomia privata, ma una volontà discrezionale funzionalizzata alla tutela degli interessi pubblici. Ne consegue che l'amministrazione che intende recedere dall'accordo potrà censurare in sede giurisdizionale il rifiuto delle altre parti di modificare l'assetto degli interessi originariamente concordato, qualora tale rifiuto non sia conforme al principio di leale cooperazione tra gli enti pubblici che deve informare i rapporti tra le amministrazioni pubbliche per effetto della sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale.

Lo stesso Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia<sup>26</sup>, pronunciandosi sull'inesauribilità del potere amministrativo e sull'indisponibilità da parte di una singola amministrazione partecipante ad un accordo di programma del potere di decidere unilateralmente della sorte dell'accordo, si è posta nel solco della pronuncia n. 5620/2004. Al contempo, ha suggerito al soggetto che intende revocare (alcune previsioni o l'intero accordo) di esercitare sulle altre amministrazioni quella che si potrebbe definire una "spinta gentile", ossia presentare le proprie motivazioni nell'ambito dell'accordo di programma stesso, sollecitando le altre amministrazioni a rivedere quanto concordato, solo ove le altre amministrazioni si oppongano, i loro eventuali atti di diniego saranno oggetto di sindacato davanti al giudice amministrativo.

Pur apprezzando l'iter motivazionale seguito dal TAR, volto a sottolineare l'importanza del dialogo tra amministrazioni ed ad indicare un procedimento da seguire, la tesi non convince fino in fondo, appare molto più ragionevole immaginare che la P.A. possa sciogliersi unilateralmente per fini pubblicistici

---

<sup>25</sup> TAR. Lombardia, Milano, Sez. I, 8 novembre 2004, n. 5620, in *Urb. e app.*, 2005, p. 837 ss., con nota di A. DI MARIO, *Il recesso dagli accordi tra amministrazioni abbandona l'autotutela*, cit., p. 838.

<sup>26</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 90.

da un precedente accordo concluso con altra P.A. poiché “il grado di vincolatività dell’accordo non si può spingere sino ad escludere del tutto la revoca o il recesso, ovvero (soprattutto per ragioni di sopravvenienza) un diverso esercizio del potere discrezionale (talvolta ritenuto ‘inesauribile’ e ‘irrinunciabile’)”<sup>27</sup>.

La tesi dottrinale appena riferita è stata recepita, con qualche adattamento, dalla più recente giurisprudenza amministrativa. Se già nel 2008 il Consiglio di Stato aveva argomentato che l’Amministrazione può sempre recedere dall’accordo, in quanto tale potere è espressione “del principio di inesauribilità del potere pubblico, che caratterizza l’esercizio delle funzioni pubbliche”<sup>28</sup>, da

---

<sup>27</sup> Le parole sono di G. GRECO, *Commento all’art. 15*, cit., p. 28. In senso conforme, si v., altresì: A. PIOGGIA, *Gli accordi di programma*, cit., p. 174, ove l’Autrice evidenzia come “la *ratio* dell’omesso rinvio [alla disposizione di cui al comma 4 dell’art. 11, l. n. 241/1990] non sembra da rintracciarsi nella indiretta affermazione della impossibilità per le amministrazioni che si accordino fra di loro di far venire meno l’impegnatività dell’accordo, nonostante la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse che spingano in una direzione diversa da quella originariamente concordata”; N. BASSI, *Accordi amministrativi*, cit., p. 83, secondo cui il potere di recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico è da riconoscere, “probabilmente e pur nel silenzio della legge”, anche in relazione agli accordi tra enti pubblici; S. VALAGUZZA, *L’accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, cit. Ricondurre nell’alveo pubblicistico gli accordi di programma al fine di tracciare una linea di demarcazione netta con i contratti privatistici che non sono modificabili se non con il consenso delle parti è apparso inadeguato a chi ha chiarito che il principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti, contestualizzato nel sistema del diritto civile, non implica, sempre e comunque, l’inammissibilità del recesso diversamente da quanto ritiene fermamente la giurisprudenza amministrativa. La regola generale, che sancisce il principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto se non per mutuo consenso, si accompagna ad importanti eccezioni. Il sistema civilistico tipizza diverse fattispecie contrattuali in cui il recesso è bensì ammesso.

C.P. SANTACROCE, *Note generali sull’ammissibilità di un potere amministrativo di “recesso” unilaterale dagli accordi tra pubbliche Amministrazioni*, cit., p. 16: “Assegnare all’omesso rinvio – da parte dell’art. 15, comma 2, all’art. 11, comma 4 – il significato di una disposizione normativa finalizzata ad escludere la configurabilità di un potere amministrativo di recesso unilaterale nei rapporti convenzionali di diritto pubblico intercorrenti tra due o più pp. AA., sembra, dunque, prestare il fianco a talune obiezioni di natura sia logica che giuridica. Qualora, infatti, il percorso argomentativo dovesse partire dal riconoscimento della natura ‘limitativa’ della norma contenuta nell’art. 11, comma 4 della l. n. 241/1990, per poi giungere – passando per l’evidenziazione del già indicato ‘dato legislativo omissivo’ – all’esclusione della configurabilità di un potere amministrativo di recesso unilaterale dall’accordo, si dovrebbe giustificare – sul piano logico ancor prima che giuridico – come si possa far derivare l’asserzione circa l’inammissibilità di un potere amministrativo di recedere unilateralmente dagli accordi intercorsi tra soggetti pubblici, dal mancato richiamo di una norma che, lungi dall’attribuir detto potere limita”.

<sup>28</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

ultimo<sup>29</sup>, è stato chiaramente statuito che l'assenza nell'art. 15, legge 7 agosto 1990, n. 241 di un richiamo al comma 4 del precedente art. 11 non esclude la possibilità per l'Amministrazione di recedere dall'accordo, considerato che è proprio sulla funzione di amministrazione attiva che si fonda il generale potere di revoca del provvedimento amministrativo, con la conseguenza che è affievolita la forza vincolante di una convenzione sottoscritta da soggetti pubblici ed è reso inapplicabile il principio civilistico per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti.

È utile richiamare la questione di diritto sorta nell'ambito della sottoscrizione del Protocollo d'Intesa tra la Regione Piemonte ed il Comune di Stresa nel 2004 al fine di realizzare un sistema integrato di interventi di restauro e di recupero dei beni immobili funzionali ad avviare iniziative culturali, ricreative e turistiche di interesse generale. Tra la sottoscrizione dell'accordo e l'esecuzione nonché il completamento dei lavori intercorse una grave crisi finanziaria (negli anni 2010-2013) che comportò la cosiddetta "*spending review*", avviata a partire dal d.l. n. 78/2010, con cui vennero drasticamente ridotti i trasferimenti erariali in favore delle Regioni e vennero imposti obblighi di contrazione della spesa. Per tali motivi, la Regione chiese la sospensione dell'accordo in questione per le gravi difficoltà economiche sopravvenute. Ebbene, il Consiglio di Stato, dopo aver ricondotto l'Intesa di Protocollo tra gli accordi di programma *ex art.* 34, d.lgs. n. 267/2000, che costituisce una specie della generale categoria degli accordi, giunge a dire che le sopravvenienze di fatto e di diritto incidono sulle scelte delle amministrazioni che necessariamente e doverosamente sono tenute a modificare i termini dell'accordo per la cura del pub-

---

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 9 marzo 2021, n. 1948, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>: "secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio, l'accordo di programma costituisce una *species* del più ampio *genus* degli accordi di programmazione negoziata (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2018, n. 4413) e, in linea ancora più generale, dell'istituto degli accordi fra amministrazioni di cui all'art. 15 legge n. 241 del 1990, che ne scandisce la disciplina residuale, per quanto non espressamente previsto in quella speciale dell'art. 34 d.lgs. n. 267 del 2000 (Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 2021, n. 1948; sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3458; sez. IV, 24 ottobre 2012, n. 5450). Secondo l'interpretazione che viene data della disciplina generale che regge il suddetto istituto, quest'ultimo costituisce un modulo di semplificazione procedimentale finalizzato alla definizione e all'attuazione di opere, interventi o programmi di intervento, che implica l'azione integrata di più amministrazioni, di modo che con la sottoscrizione dell'accordo, queste assumono pari dignità in ragione della coesistenzialità dell'apporto di ciascuna di esse (Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 2021, n. 1948; sez. IV, 20 luglio 2018, n. 4413; sez. IV, 2 marzo 2011, n. 1339; sez. IV, 6 dicembre 1999, n. 2067; sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2411; sez. IV, 21 novembre 2005, n. 6467)".

blico interesse. Nel caso di specie, la grave crisi finanziaria, le misure della “*spending review*” adottate in coordinamento con le misure di “*austerity*” promosse a livello sovranazionale, i vincoli stringenti di bilancio e di contenimento della spesa configurano delle sopravvenienze tali da giustificare la richiesta di sospensione e risoluzione dell’accordo.

La previsione dell’art. 11, comma 4 è, del resto, confermativa e non derogatoria di detta regola generale in quanto il potere di recedere (nel pubblico interesse) dagli accordi amministrativi, non rappresenta altro se non la particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo iniziale anziché in forma unilaterale. Il fondamento giuridico del recesso dagli accordi – istituto che si pone in un rapporto di *species* ad *genus* rispetto al potere amministrativo di revoca – risiede, dunque, nel tratto più tipico e innato del potere amministrativo: la sua inesauribilità. Giova prendere in considerazione le parole del Consiglio di Stato nella parte in cui scrive “potrà discutersi se, nel silenzio del legislatore, il recesso di una P.A. da un accordo precedentemente concluso ex art. 15 sia legato a particolari causali ovvero sia illimitato, possa cioè essere motivato solo da sopravvenute ragioni di interesse pubblico (recesso per sopravvenienze o autotutela legata) o anche da una rivalutazione dell’interesse pubblico originario (recesso *jus poenitendi*), se esso faccia sorgere o meno l’obbligo di indennizzo, ma non pare potersi dubitare della possibilità per la P.A. di garantire nel tempo la conformità all’interesse pubblico dell’assetto giuridico derivante dall’accordo, esigenza tradizionalmente ritenuta prevalente rispetto a quella di tutela di affidamenti eventualmente creati e che attribuisce una connotazione di precarietà e instabilità ai rapporti giuridici amministrativi a contenuto discrezionale”.

Alle stesse conclusioni perviene il Consiglio di Stato, solo qualche mese dopo, in una fattispecie particolarmente interessante per le riflessioni che si stanno svolgendo: l’iniziativa dell’accordo di programma era stata presa da due società private che lamentano il recesso di un Comune dalle trattative (che avrebbero portato all’accordo) a causa di sopravvenienze di fatto (la chiusura di uno stabilimento nell’area a destinazione produttiva)<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 13 aprile 2021, n. 2999, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.



#### 4. *Accordi tra amministrazioni e contratti di fiume: inquadramento della fattispecie.*

La sentenza del Consiglio di Stato or ora richiamata a conferma della tesi dottrinale della possibilità di recesso dall'accordo di programma offre anche l'occasione per esaminare il ruolo del privato. Invero, il Consiglio di Stato nell'attenuare la tutela dell'affidamento della società privata, promotrice dell'accordo, sostiene che a fronte di un'ampia discrezionalità e latitudine del potere di governo del territorio, conferito alla gestione comunale, risulta arduo, nella maggioranza dei casi, configurare, in capo al privato, un affidamento definibile come legittimo, ossia basato non su una mera aspettativa di fatto, ma su circostanze che oggettivamente, univocamente e incontrastabilmente conducano, ragionevolmente e secondo una valutazione rigorosa, a intravedere la futura concessione del bene della vita<sup>31</sup>.

Nelle sentenze del Consiglio di Stato si ripropone la tematica della partecipazione dei privati all'accordo di programma, che impone una riflessione di carattere dottrinale sull'ammissibilità di siffatta apertura. Ebbene, per anni l'opinione quasi unanime della dottrina era fondata sull'interpretazione letterale delle norme della legge n. 241/1990 e del d.lgs. n. 267/2000, sicché si escludeva la partecipazione dei privati. Non può però essere ignorata quella dottrina che, negli ultimi anni, si è spinta fino ad una diversa interpretazione delle norme, esaltando il ruolo svolto dai soggetti privati, per lo più imprenditori, nell'esercizio dell'azione amministrativa<sup>32</sup>.

Anche a voler ammettere il ruolo del privato nell'accordo di programma, vero è che a differenza di quanto avviene negli accordi tra amministrazioni e privati sulla base dell'art. 11, nel caso degli accordi tra amministrazioni "il rapporto fra le amministrazioni e i privati interessati da questo tipo di accordi, infatti, non trova la propria fonte originaria nell'attribuzione alle prime di un potere di incidere nella sfera giuridica dei secondi; l'accordo, cioè, non rappresenta la possibile alternativa all'esercizio unilaterale di un potere pubblico. I soggetti privati sono coinvolti nell'azione pubblica come *partners* di un progetto comune: nella maggior parte dei casi, si tratta, infatti, di parti sociali, di

---

<sup>31</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 13 aprile 2021, n. 2999, cit.

<sup>32</sup> A. CONTIERI, *La programmazione negoziata, La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, p. 130; F. PUGLIESE, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 17; A. PREDIERI, *Gli accordi di programma*, in *Quad. reg.*, 1991, p. 959.

grandi imprese o consorzi di piccole e medie imprese, di rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro”<sup>33</sup>.

Quanto detto può fungere da premessa all'applicabilità di tutte le riflessioni appena svolte ai contratti di fiume<sup>34</sup>, nei quali i privati possono concorrere in misura e con gradazioni diverse alla tutela degli interessi pubblici accanto alle amministrazioni svolgendo un ruolo di assoluto rilievo nel governo dei

---

<sup>33</sup> A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 163.

<sup>34</sup> Per quanto concerne le pubblicazioni sui Contratti di Fiume si rinvia a: M. BASTIANI, A. DE CARLI, P. RIZZUTO (a cura di), *Il finanziamento dei processi e dei Programmi d'azione dei Contratti di fiume. Stato dell'arte e prospettive*, in *Creiamo PA*, 2021; M. BASTIANI, S. MAZZUCA, G. SCANU (a cura di), *Coinvolgimento e partecipazione dei portatori d'interesse. Approcci, metodi e strumenti per i processi di Contratto di Fiume*, in *Creiamo PA*, 2019; M. BASTIANI, A. BIANCO, G. CONTE, G. GUSMAROLI, *L'approccio win-win nei Contratti di Fiume. Integrazione a scala locale delle politiche di gestione dei corpi idrici attraverso la partecipazione*, in *Osservatorio Nazionale Contratti di Fiume*, 2022; M. BASTIANI, R. FIDANZA, G. GUSMAROLI, P. RIZZUTO (a cura di), *Il monitoraggio dei Contratti di Fiume. Percorsi per il rafforzamento della capacità di monitoraggio dei Contratti di Fiume italiani*, in *Osservatorio Nazionale Contratti di Fiume*; A. BRUSAROSCO, F. VISENTIN, *Costruire Contratti di Fiume. Riflessioni, percorsi, pratiche*, Udine, 2024; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, e concessioni*, cit., p. 65 ss.; E. BOSCOLO, *L'approccio win-win nei Contratti di Fiume. Integrazione a scala locale delle politiche di gestione dei corpi idrici attraverso la partecipazione*, cit., p. 45; M. BASTIANI, *Dalla valorizzazione degli ambiti fluviali ai contratti di fiume*, in *Contratti di Fiume. Pianificazione strategica e partecipata dei bacini idrografici. Approcci-Esperienze-Casi studio*, Palermo, 2011; D. D'ORSOGNA, S.S. SCOCA, *Note in tema di pianificazione idrografica e contratti di fiume*, in *Nuove Autonomie*, 2, 2023; P. DURET, *"Crossing the great divide". Spunti per un approccio sussidiario alla gestione dell'acqua*, in *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, in M. ANDREIS (a cura di), *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, Torino, 2015, p. 49 ss.; G. PINESCHI, G. GUSMAROLI, *Gestione partecipata con i contratti di fiume*, in *Ecoscienza*, 3, 2015, pp. 91-92; A. FORMICA, *Il contratto di fiume quale strumento privilegiato per il contrasto al dissesto idrogeologico*, in *Riv. giur. urb.*, 4, 2021, p. 49 ss.; A. F. PUBUSA, *Forme e strumenti della partecipazione degli interessi diffusi e collettivi nell'azione amministrativa: i "contratti di fiume"*, in *Dir. e proc. amm.*, in *Quaderni*, 25, 2017, p. 195 ss.; V. PARISIO, *Risorse idriche, Contratti di Fiume e amministrazione condivisa*, in <https://www.federalismi.it>, 2023; L. MORAMARCO, *I "Contratti di Fiume": gestione negoziata del territorio fluviale per la tutela delle acque e la mitigazione del rischio idrogeologico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2017, p. 910; A. PORTERA, *I Contratti di Fiume*, consultabile sul sito <https://www.federalismi.it>, 2017; M. VERNOLA, *I Contratti di Fiume nella pianificazione ambientale*, in *Riv. giur.*, <https://www.ambientediritto.it>, 2021, 2, p. 1 ss.; S. VALAGUZZA, *Partenariati Pubblico Privato nella gestione condivisa e sostenibile dei territori*, in *Il supporto finanziario ai processi e Programmi d'Azione dei Contratti di Fiume, Stato dell'arte e prospettive*, cit.

territori soprattutto nella materia ambientale ed in particolare nella tutela delle acque, che costituisce l'angolo visuale che qui si vuol privilegiare<sup>35</sup>.

In via di prima approssimazione i contratti di fiume rappresentano lo strumento per coordinare l'azione delle diverse amministrazioni (risolvendo così le inefficienze di una complessità multilivello) e nel contempo per ottenere l'apporto da un lato, dei cittadini interessati al miglioramento delle politiche ecologiche delle acque e, dall'altro, degli stakeholders, capaci di investire risorse economiche (come si dirà di qui a poco).

La corretta gestione dei bacini idrografici<sup>36</sup>, unita a un'efficace azione di tutela delle acque, oggi più che mai, è per il nostro Paese una delle questioni prioritarie da affrontare con maggiore determinazione e pragmatismo, alla luce soprattutto degli ormai evidenti e sempre più gravi effetti dei cambiamenti climatici, con conseguenti costi economici, ambientali e di vite umane. Gli eventi alluvionali che hanno colpito l'Italia hanno evidenziato gli errori fatti in passato: molti bacini idrografici sono stati in parte alterati da estrazioni d'ac-

---

<sup>35</sup> V. PARISIO, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, in <https://www.federalismi.it>, 2023. Che scrive "L'amministrazione condivisa si distingue da quella tradizionale autoritativa, da quella di prestazione nonché da quella di regolazione in quanto soggetti pubblici e privati non si pongono in una posizione antagonista ma piuttosto di collaborazione, 'fanno sistema' nel perseguimento di un obiettivo comune, quello del soddisfacimento di bisogni collettivi". Così anche M. BROCCA, *Nuovi modelli di amministrazione del paesaggio. La rilevanza del paesaggio agrario*, in N. FERRUCCI, M. BROCCA, a cura di, *Il paesaggio agrario dal vincolo alla gestione negoziata*, Milano, 2019, p. 113.

<sup>36</sup> La Corte costituzionale, con sentenza del 23 luglio 2009, n. 232, ha rilevato che la corretta gestione dei bacini si realizza anche con una corretta predisposizione del piano di bacino, che costituisce il fondamentale strumento di pianificazione in tema di difesa del suolo, lotta alla desertificazione e tutela delle acque, e pertanto esso appartiene alla materia della tutela dell'ambiente. Sui piani di bacino cfr. da ultimo a D. D'ORSOGNA, S.S. SCOCA, *Note in tema di pianificazione idrografica e contratti di fiume*, in *Nuove Autonomie*, 2, 2023; P. STELLA RICHTER, *I piani di bacino*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, p. 526; G. PASTORI, *Tutela e gestione delle acque: verso un nuovo modello di amministrazione*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Modena, 1996, p. 1298; P. M. PIACENTINI, *Aspetti della funzionalità amministrativa nella nuova legge sulla difesa del suolo*, in *Riv. trim. app.*, 1989, p. 869 ss.; U. POTOTSCHNIG, *La difesa del suolo (ovvero le regioni senza difesa)*, in *Le Regioni*, 1991, p. 19 ss.; G. PASTORI, *Tutela e gestione delle acque: verso un nuovo modello di amministrazione*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Modena, 1996, p. 1298. G. PASTORI, *Il seicentosedici rovesciato*, *ivi*, 1991, p. 25 ss.; A. LOLLI, *Piano regolatore generale degli acquedotti, disciplina urbanistica e nuovi modelli di amministrazione introdotti dalla legge 18 maggio 1989, n. 183*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, p. 11 ss.; L. RAINALDI, *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183 del 1989*, Milano, 1992; A. MASSARUTTO, *La politica ambientale a livello di bacino idrico: tre esperienze a confronto*, in *Econ. fonti energia ambiente*, 1993, p. 141 ss.

qua non controllate, da un'eccessiva cementificazione dei territori, da una inadeguata manutenzione, con conseguenze negative sulla qualità e disponibilità di acqua e impatti sugli habitat naturali.

L'emanazione della direttiva quadro sulle acque (direttiva 2000/60/CE), che prevede il raggiungimento del buono stato ambientale per tutti i corpi idrici, ha sicuramente portato a un progresso nella gestione dei bacini idrografici europei, con l'obiettivo generale di prevenire il deterioramento qualitativo e quantitativo dello stato delle acque e di favorire un utilizzo sostenibile delle stesse. Ha anche evidenziato che è necessario adottare un approccio integrato, superando quello settoriale, con una governance delle acque e dei suoli basata sullo stretto coordinamento tra le diverse politiche e sulla partecipazione e collaborazione con le comunità e i portatori di interesse.

Con la direttiva 2007/60/CE è stato introdotto il concetto di "gestione" del rischio alluvioni che richiede una stretta connessione tra le politiche volte alla riduzione del rischio alluvione e le politiche di tutela e gestione delle acque, per evitare possibili conflitti nelle azioni implementate<sup>37</sup>. Emerge chiaramente che l'adozione di misure strutturali di difesa idraulica, come ad esempio argini, briglie e serbatoi di laminazione, può influenzare la dinamica dei processi geomorfologici e idrologici, generando impatti sugli ecosistemi. Il rapporto conclusivo della Commissione europea del 2019 sul primo ciclo di pianificazione dei Piani di gestione del rischio alluvioni ha identificato diverse aree che richiedono miglioramenti, tra cui la necessità che i Piani di gestione del rischio alluvioni (PGRA) si impegnino a favorire "il coinvolgimento dei portatori di interessi, attraverso la partecipazione attiva nel processo di pianificazione e l'integrazione dei loro contributi nei piani di gestione dei bacini idrografici"<sup>38</sup>.

In questo contesto, i Contratti di Fiume svolgono un ruolo cruciale perché presuppongono la partecipazione sia di diverse amministrazioni, quali quelle regionali, provinciali e locali, sia di diverse categorie di privati, come gli imprenditori della zona, le associazioni istituite per la promozione turistica o i singoli cittadini, proprietari, ad esempio, di appezzamenti di terreno

---

<sup>37</sup> V. MOLASCHI, *La partecipazione dei privati al governo della gestione delle acque. Riflessioni sull'attuazione della direttiva 2000/60/CE*, in M. ANDREIS (a cura di), *Acqua, Servizio pubblico e partecipazione*, Torino, 2015, p. 143 ss.

<sup>38</sup> Cfr. sul punto E. BOSCOLO, "Orientamenti per la diffusione delle misure win-win". *L'approccio win-win nei Contratti di Fiume. Integrazione a scala locale delle politiche di gestione dei corpi idrici attraverso la partecipazione*, a cura di M. Bastiani, A. Bianco, G. Conte, G. Gu-smaroli, 2022, p. 45.

prossimi ai corsi d'acqua. Ciascuno di questi soggetti interviene a vario titolo nel progetto, apportando contributi di varia entità e natura e ottenendone una utilità.

La dottrina, che prima di tutti ha studiato siffatti strumenti, ha sottolineato che la portata innovativa del Contratto di Fiume risiede nel fatto che introduce nell'ordimento giuridico italiano uno strumento volontario che concorre alla definizione e attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto attraverso l'adesione volontaria da parte di attori pubblici e privati a un processo di partecipazione condiviso "che attiva meccanismi di responsabilizzazione di ciascun soggetto nell'attuare gli impegni assunti e nel portare avanti le azioni concordate per la salvaguardia di un 'bene comune', in una logica 'custodiale' della risorsa"<sup>39</sup>.

In altre parole, i Contratti di Fiume (CdF), strumenti volontari di programmazione negoziata e partecipata<sup>40</sup>, volti al contenimento del degrado eco-paesaggistico e alla riqualificazione dei bacini e sottobacini idrografici coinvolgono soggetti che operano nel territorio, incentivando il sostegno e la responsabilità nelle azioni che si intendono perseguire, e favorendo una maggiore consapevolezza del pubblico sul valore del bene acqua, degli ecosistemi acquatici<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> E. BOSCOLO, *ult. cit.* L'Autore ricorda come le tracce di una radicale revisione del paradigma valoriale erano già presenti in U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 1025.

<sup>40</sup> R. FERRARA, *La programmazione negoziata fra pubblico e privato*, cit., p. 429 ss.; E. CROCI, G. PESARO, *Nuovi strumenti di politica ambientale. Gli accordi volontari*, Milano, 2004; S. CASABONA, *L'accordo in materia di ambiente*, Padova, 2008, p. 136; G. CIAGLIA, *L'evoluzione dell'accordo di programma: da strumento di programmazione delle opere pubbliche a generale modello di semplificazione delle procedure di applicazione di interventi complessi*, in *L'Ufficio tecnico*, 3, 2013, p. 51; G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2010.

<sup>41</sup> La prima rilevazione statistica dei CdF in Italia è stata presentata dal Tavolo Nazionale dei Contratti di Fiume nel novembre 2012. In tale data venivano rilevate 67 esperienze di CdF, di cui 10 annunciati, 51 attivati (29 con processo partecipato in essere) e 6 sottoscritte, interessando 16 diverse Regioni e Province Autonome. Il più recente censimento sistematico, ad opera dell'Osservatorio Nazionale dei Contratti di Fiume (ONCdF) istituito presso il MITE, basato sui dati comunicati da Regioni e Province Autonome (al dicembre 2021 e attualmente in fase di validazione), segnala una crescita significativa nel numero dei processi di CdF che passano da 67 a 206, di cui 50 annunciati, 111 attivati e 45 sottoscritti. Ad oggi (aprile 2022) risultano più di 50 CdF giunti alla sottoscrizione del formale atto d'impegno (prevalentemente nella forma di accordo di programmazione negoziata, ai sensi della L. n. 662/96) e all'attuazione dei rispettivi PdA. Tutte le Autorità di Bacino Distrettuali hanno

Un esempio può orientare il lettore nella comprensione dell'interazione pubblico privato. Il Contratto di Fiume Seveso è stato sottoscritto nel 2006 nella forma dell'Accordo Quadro di Sviluppo Territoriale da 46 comuni, 3 Province (Como, Monza-Brianza e Milano), 6 Enti Parco, l'Agenzia Interregionale per il PO, l'Autorità di Bacino del Po, l'Ufficio Scolastico per la Lombardia, la Regione e l'ARPA Lombardia. I principali obiettivi che il Contratto di Fiume Seveso si prefigge di raggiungere riguardano la riduzione dell'inquinamento delle acque e del rischio idraulico, la riqualificazione del sistema ambientale e paesistico; la riqualificazione dei sistemi insediativi all'interno del territorio del bacino del Seveso; la condivisione delle conoscenze sul fiume e delle informazioni sulle azioni in corso o in progetto, lo sviluppo di attività di comunicazione, formazione ed educazione ambientale adeguate al raggiungimento degli obiettivi condivisi. Nel 2019, vi è stato un secondo aggiornamento del Programma d'azione del 2014, con l'individuazione di soluzioni concordate con il mondo imprenditoriale e i gestori del Servizio Idrico Integrato utili a diminuire la presenza di Micro Inquinanti Emergenti (MIE) in uscita dagli impianti di trattamento reflui urbani di Fino Mornasco e Carimate, all'interno della proposta progettuale Green Water And Textile Como condivisa tra il gestore Como Acque (i gestori Alto Lura, ASIL, Comodepur, Lariana Depur, Sud Seveso Servizi, Valbe Servizi), e Unindustria Como, Centro Tessile Serico di Como, Università dell'Insubria e Politecnico di Milano. Il progetto è finalizzato al conseguimento di una maggiore sostenibilità ambientale di distretto, da raggiungere necessariamente attraverso una miglior integrazione della filiera tessile comasca e di tutti i suoi portatori di interessi, nella condivisione di un approccio metodologico ai problemi e alle possibili soluzioni. La sinergia pubblico privato si realizza anche attraverso il coinvolgimento dei proprietari di aree private (aree boscate, giardini, orti, aree agricole, aziende). Le attività proposte hanno l'obiettivo di fornire ai cittadini le competenze tecniche per una migliore gestione delle aree private in funzione del rischio idraulico<sup>42</sup>. Infine, i gruppi locali di Protezione Civile, si sono impegnati ad

---

previsto i CdF nei loro Piani di Gestione e il 95% circa delle Regioni e Province Autonome italiane ha adottato delibere o altri atti aventi ad oggetto i CdF.

<sup>42</sup> A partire da una mappatura delle aree e dei comportamenti ritenuti più critici sono stati organizzati laboratori di cura e gestione del verde rivolto ai proprietari di giardini, orti e ad associazioni impegnate nella cura e valorizzazione del territorio, oltre che a proprietari di aree boscate e agli agricoltori, alternando momenti di formazione ad interventi sul campo. Rispetto agli usi del territorio verranno promosse attività di sensibilizzazione (incontri pubblici e distribuzione di materiale informativo) rivolte alle imprese locali e ai cittadini proprietari di aree situate lungo i corsi d'acqua per la riduzione degli elementi di rischio e l'adozione di usi

installare una rete intercomunale di telecamere per il monitoraggio del torrente Seveso in punti poco accessibili per il controllo e l'evoluzione dei fenomeni alluvionali da monte a valle. L'attività intende fornire alla comunità locale uno strumento che aiuti nel monitoraggio degli alvei per la segnalazione di situazioni di degrado e pericolo dovuti alla presenza di materiale vegetale, detriti e rifiuti, ovviando alla mancanza di un numero sufficiente di accessi al fiume.

Alla base della scelta delle amministrazioni vi è quindi la volontà di raccogliere le sollecitazioni che provengono dalla capacità di auto-organizzazione delle comunità afferenti il corpo idrico interessato, stimolando atteggiamenti proattivi volti a sollecitare e promuovere intese che si aprono al coinvolgimento dei privati.

Non sfugge allo studioso che legge con attenzione i contratti di fiume una evidente dinamica evolutiva. In una prima fase di diffusione spontanea dei Contratti di Fiume, infatti, l'azione delle politiche idriche è stata volta al coinvolgimento delle diverse amministrazioni titolari delle eterogenee competenze e della popolazione locale, capace di esprimere una conoscenza dei luoghi e accumulata da interessi identitari e fruitivi rispetto ai quadranti fluviali. I contratti di fiume si affermano come strumenti volti a garantire in primo luogo il dialogo tra amministrazioni che portano nella formazione del contratto competenze tecniche, decisionalità locali, per combattere principalmente l'inquinamento dei fiumi dialogando con le popolazioni locali, sopperendo anche alla mancanza di un'azione programmatica pubblica in relazione ai corpi idrici degradati<sup>43</sup>.

---

più idonei delle aree stesse (es. come collocare materiali lungo le sponde, come e dove realizzare piccole strutture per il riparo dei materiali, come diminuire la quantità d'acqua piovana riversata in fognatura e nei fiumi, ecc.).

<sup>43</sup> Sul punto Cfr. D. D'ORSOGNA, S.S. SCOCA, *Note in tema di pianificazione idrografica e contratti di fiume*, cit., ritengono gli Autori che "nell'ambito delle prime esperienze messe a punto nella prassi i Contratti di Fiume hanno assunto un ruolo di supplenza rispetto alla (assente o incompleta) pianificazione idrografica e, quindi, di preparazione e stimolo di questa". E ancora "Se è senz'altro vero, infatti, che i CdF hanno svolto una funzione di stimolo, se non anche supplenza, della pianificazione prima della loro normazione nel t.u. Ambiente, è possibile tuttavia affermare che oggi, ormai riconosciuti e normati nel t.u., dell'Ambiente, essi siano rientrati a pieno titolo nell'alveo del sistema previsto dal legislatore e che nell'ambito di questo essi siano chiaramente collocati a un livello sotto-ordinato rispetto agli strumenti di piano in senso proprio. Più agili e flessibili di questi ultimi, i CdF consentono di attingere a compiti che appaiono preclusi a (o che difficilmente possono essere assolte da) i piani. Essi possono operare da un lato su un ambito territoriale che non solo prescinde dalla circoscrizione degli enti locali ma che, in concreto, può anche intercettarne più d'una e, dall'altro, captano e abbracciano l'ambito di operatività di una pluralità di funzioni diverse: la gestione del territorio,

Questa prima fase termina con l'adozione da parte del legislatore dell'art. 59 della legge 28 dicembre 2015, n. 2211, che ha inserito al Capo II del Titolo II della parte terza del Testo unico dell'Ambiente, l'art. 68-*bis*, già richiamato<sup>44</sup>.

L'art. 59 della legge n. 221/2015 è stato preceduto e succeduto da plurimi interventi normativi regionali, così come da protocolli d'intesa nazionali e locali. Tali interventi aiutano a definire gli elementi chiave dei contratti di fiume

---

del paesaggio, dell'ambiente e dello sviluppo economico. Una gestione integrata plurifunzionale del bacino o sottobacino che mira a una inedita alleanza tra tutti i soggetti interessati e le amministrazioni, al fine di sviluppare forme alternative (o non abituali) di implementazione del governo del territorio, inteso in tutte le sue componenti”.

<sup>44</sup> Il World Water Forum definisce, già nel 2001, i contratti di fiume come forme di accordo che permettono di “adottare un sistema di regole in cui i criteri di utilità pubblica, rendimento economico, valore sociale, sostenibilità ambientale intervengono in modo paritario nella ricerca di soluzioni efficaci per la riqualificazione di un bacino fluviale”. Era già allora acquisita la consapevolezza che il traguardo di un simile obiettivo richiede uno sforzo di natura non solo istituzionale, ma anzitutto culturale, affinché le acque, non solo i fiumi ma anche gli ambienti acquatici e, più in generale, i territori dei bacini possano essere percepiti e governati come “paesaggi di vita”. Va evidenziato che il 68 bis è stato inserito nel Capo II, “Strumenti”, del Titolo II “Distretti Idrografici, Gli Strumenti, Gli Interventi”, della sopra richiamata parte III del d.lgs. n. 152/06. Questo a conferma che i CdF sono da considerarsi, a tutti gli effetti, un ulteriore strumento di riferimento per il perseguimento degli obiettivi della normativa sulle acque, per la difesa del suolo e per la gestione dei bacini idrografici rispetto a quelli già stabiliti negli altri articoli dello stesso Titolo II (es. Piano di bacino distrettuale, Piani stralcio per la tutela dal rischio idrogeologico e le misure di prevenzione). Si sottolinea che i CdF, a differenza di altri strumenti, non sono obbligatori e non sono dei nuovi livelli di pianificazione ma strumenti di programmazione strategica che si applicano volontariamente, in ragione della casistica da affrontare e delle specificità dell'area di interesse. La scala territoriale di azione dei CdF, come peraltro detto esplicitamente nell'art. 68-*bis*, è il bacino o sottobacino idrografico. Si tratta pertanto di parte di un'area del distretto idrografico, quest'ultimo definito dalla lett. t), comma 1, dell'art. 54, del d.lgs. n. 152/2006, in conformità alla DQA. Di conseguenza un CdF può interessare acque di diverse categorie, fiumi, laghi, acque di transizione e acque marino costiere, per la cui definizione deve farsi riferimento al già richiamato comma 1, dell'art. 54 del d.lgs. n. 152/2006, che recepisce quanto dettato dall'art. 2 della direttiva 2000/60/CE. I contratti di fiume, poiché concorrono all'attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto, sono coerenti, necessariamente, con le finalità e gli obiettivi di tali piani distrettuali, in cui ricadono le aree oggetto del CdF. Si ritiene che per gli strumenti di pianificazione di distretto, richiamati all'art. 68-*bis*, debbano intendersi principalmente i Piani di bacino distrettuale, detti anche Piani di Bacino, di cui all'art. 65 del d.lgs. n. 152/2006, ma anche il Piano di gestione del rischio alluvioni di cui all'art. 7 del d.lgs. 23 febbraio 2010, n. 49, “Attuazione della direttiva 2007/60/CE relativa alla valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni”.



me, fornendo al contempo un quadro sistematico oramai abbastanza delineato<sup>45</sup>. Molti di tali interventi, per qualche verso, fanno implicitamente o esplici-

---

<sup>45</sup> Nel 2003 la Regione Lombardia, prima tra tutte, ebbe ad indicare quattro modelli di programmazione regionali tra i quali, nel medesimo anno, giusto art. 45 della legge reg. n. 26/2003, scelse l'Accordo Quadro di Sviluppo Territoriale (AQST) per promuovere adeguatamente i contratti di fiume. La norma, pur non richiamando alcuna nozione specifica di CDF, poneva in evidenza la "partecipazione di soggetti pubblici e privati" e allargava lo strumento di programmazione anche al "contratto di lago". Fu per tal verso possibile l'elaborazione di bozze di AQST relative a diversi bacini idrografici prima tra le quali quello del fiume Olona-Bozzente-Lura nel cui contratto, oltre ad individuare i soggetti responsabili ed attuatori, si prevedevano anche le ipotesi di inadempimento e revoca (art. 16), nonché di recesso (art. 17), con rinvii, evidentemente non solo fonetici, agli istituti privatistici in tema di contratto. Fece seguito la Regione Piemonte che col D.C.R. n. 117-10731 del 13 marzo 2007 previse esplicitamente, al secondo comma dell'art. 10, la promozione di "modalità di gestione integrata a livello di bacino e sottobacino idrografico, che perseguono la tutela e valorizzazione delle risorse idriche e degli ambienti connessi, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico. In tal caso gli strumenti di programmazione sono denominati Contratto di Fiume o Contratto di Lago". Successivamente, istituito il "Tavolo tecnico di Coordinamento regionale dei processi di pianificazione partecipata attuati con i Contratti di fiume o lago", con Decreto della Giunta Regionale del 19 settembre 2011, la medesima Regione Piemonte deliberò di approvare le "Linee Guida regionali per l'attuazione dei contratti di Fiume e di Lago" in aderenza con quelle nazionali. In tali linee era posta in evidenza soprattutto la fase preparatoria che doveva "garantire la costruzione di un percorso partecipato che conduca il territorio in modo consapevole e condiviso alla firma del Contratto". Di tale fase fa parte un accordo preliminare, detto Protocollo di Intesa, "da sottoscrivere in fase di avvio del percorso di Contratto, quale elemento aggregante della partecipazione e catalizzatore degli altri interessi diffusi sul territorio". Emergono, in breve, l'elemento della negoziazione e quello dell'accordo preliminare, sempre con indubbi rinvii alle fasi della formazione del contratto. Fecero poi seguito la normativa veneta, quella del Lazio, del Friuli e da ultimo quella della Campania la quale, se per un verso già nel 2013 aveva aderito alle linee guida nazionali, per l'altro nel 2019 ha adottato una Legge Regionale apposita. In particolare, all'art. 2 della legge reg. 6 maggio 2019 n. 5, il "contratto di fiume" viene indicato come "accordo di programmazione strategica, integrata e negoziata e volontario, (...) finalizzato alla tutela e alla corretta gestione delle risorse idriche, alla valorizzazione dei territori del bacino idrografico o sottobacino di riferimento mediante la riqualificazione ambientale e la rigenerazione socioeconomica, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico e contribuendo allo sviluppo locale di tali aree". Tale concetto è esteso anche al "contratto di lago, di costa, di acque di transizione, di foce e di falda, quali fattispecie declinate su differenti ambiti idrografici", ampliandosi così il raggio d'azione dello strumento di programmazione. Tra i vari presupposti generali, sono individuati il requisito della volontarietà (art. 2, comma 4), l'obbligatorietà del contratto in caso di sottoscrizione (art. 2, comma 5), nonché infine la struttura per così dire 'articolata' del contratto in sé i cui organi sono indicati dall'art. 4 nell'Assemblea, Cabina di regia, Coordinatore della Cabina di regia e Segreteria tecnica.

citamente riferimento ai principi contenuti nella “Carta Nazionale dei contratti di fiume” del 2010, cui ha fatto seguito il documento guida intitolato “Definizioni e requisiti qualitativi di base dei contratti di fiume”, redatto il 12 marzo 2015 dal Ministero dell’Ambiente e della tutela del territorio e del mare in collaborazione con l’Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA).

Siffatti interventi legislativi segnano il passaggio e un ampliamento degli interessi perseguiti: non più solo lotta all’inquinamento, al dissesto e all’erosione dei suoli, ma anche progetti di valorizzazione del paesaggio identitario (attribuendo al paesaggio e alla sua percezione, una funzione determinante per la qualità ambientale, abitativa, di relazione sociale della vita della popolazione) e dello sviluppo del turismo. In altre parole, il punto di partenza resta il riequilibrio idrogeologico e la qualità ecologica degli ambienti legati al fiume, il punto di arrivo sono progetti che si fondano anche sulla patrimonializzazione del paesaggio e delle sue peculiarità identitarie per la riattivazione dei sistemi economici locali, con la costruzione di filiere integrate agricoltura/turismo/cultura<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Contratto di fiume Marecchia, in *All-2\_CDF-MARECCHIA\_-Firma.Pdf* (<https://www.fiumemarecchia.it>), Azione C1. Val la pena, per comprendere la portata dello strumento e prima di ricostruire il piano soggettivo e oggettivo dei contratti di fiume, orientare il lettore con un esempio. Nel 2014 il Comune di Rimini, dieci Comuni della Valmarecchia, la Regione, l’Autorità di Bacino, le associazioni ambientaliste presenti sul territorio, decidono di sviluppare un approccio innovativo di collaborazione tra Rimini e l’entroterra, a partire dal riconoscimento del fiume quale elemento aggregante, e di impostare nuove strategie e pratiche di programmazione e pianificazione integrata e condivisa. Il lavoro si svolge in tre fasi: analisi partecipata (individuazione di punti di forza e criticità del Fiume); confronto di scenari, soluzioni e idee (settembre-ottobre 2014), ed infine le proposte per il Contratto di Fiume. Gli obiettivi perseguiti sono molteplici: analisi e azioni per contenere il rischio idrogeologico, tutela degli ecosistemi minacciati dalla presenza di nitrati nella falda acquifera, sviluppo di un concetto di paesaggio identitario, tutela del turismo. Molteplici sono, del pari, le azioni. Il contratto di fiume, mira a sviluppare una completa ed aggiornata analisi delle tendenze evolutive dell’alveo fluviale evidenziandone squilibri e criticità per valutare, alla luce di tali risultanze, le segnalazioni e le istanze raccolte nel corso del processo partecipativo. L’azione è parte della strategia condivisa da seguire per affrontare e dare risposte alle istanze territoriali sulle questioni legate alla manutenzione del fiume e del suo territorio con particolare riguardo per gli aspetti sentiti come problematici, concernenti le dinamiche fluviali del sovralluvionamento/erosione. Si pone altresì l’obiettivo di contenere il sversamento di nitrati nelle falde a causa anche delle concimazioni utilizzate in agricoltura attraverso a) la diffusione della conoscenza di opere e di tecniche agricole utili a una diminuzione dell’erosione e del dissesto e alla valorizzazione delle funzioni dei suoli agricoli di versante; b) la condivisione di esperienze costruttive svolte da agricoltori e da aziende del territorio in merito alla protezione del suolo agricolo,

Non è questa la sede per approfondire nel dettaglio l'*iter* procedimentale complesso che porta alla conclusione di un Contratto di Fiume<sup>47</sup>, ma val la

---

a pratiche virtuose di gestione dei terreni di versante riguardo all'erosione e del dissesto e alla salvaguardia della sostanza organica in esso contenuta; c) l'informazione su modalità e tempi di presentazione delle domande di sussidi derivanti dal PSR 2014-2020 per investimenti, per l'adozione di pratiche di gestione sostenibile di terreni agricoli acclivi e per la costituzione di gruppi operativi; d) lo sviluppo di un'analisi ricognitiva del territorio della valle allo scopo di individuare le porzioni di versante maggiormente problematiche per rischi di dissesto ed erosione dei suoli derivante dalle attività agricole. Numerosi sono, infine, gli strumenti per raggiungere gli obiettivi ora richiamati, in un caleidoscopio variegato che si poggia sulla raccolta dati tecnici, che fa leva sulla condivisione delle informazioni e che giunge a immaginare l'utilizzo di Pes (*Payments of ecosystem service*) sul modello sviluppato già da tempo da Romagna acque. Dal 2001, infatti, la società ha messo in opera uno schema di pagamento per incoraggiare i proprietari di terreni (pubblici e privati) ad adottare pratiche sostenibili di gestione forestale.

<sup>47</sup> Non può essere taciuto che siffatto procedimento si apre con la condivisione di un Documento d'intenti, che deve contenere le motivazioni e gli obiettivi generali, la metodologia di lavoro prescelta, le criticità specifiche. Si tratta di un documento iniziale, ma che deve già coinvolgere tutti gli attori che prendono parte al processo, per avviare correttamente il procedimento di formazione del CdF. Il Documento d'intenti è affiancato da un'analisi preliminare integrata inerente gli aspetti ambientali, sociali ed economici del territorio in considerazione. Successivamente, si procede alla somministrazione di un questionario sulle esigenze, sulle potenzialità e sulle problematiche, alle comunità coinvolte, alle amministrazioni e alle realtà associative del territorio in oggetto. Grazie ai dati raccolti, viene redatto un Piano di Azione che, attraverso l'istituzione di una segreteria tecnico – scientifica, ha l'obiettivo di coordinare le politiche di sviluppo locale del territorio e la pianificazione inerente il bacino fluviale, in un orizzonte temporale di medio – lungo termine, e di fornire una descrizione sintetica del contributo delle singole azioni e della loro compatibilità con le finalità proprie della normativa dell'Unione Europea. L'obiettivo è quello di chiudere tale percorso, attraverso la definizione della strategia di azione, della ripartizione dei rischi e delle concrete risorse a disposizione. Dall'analisi critica delle diverse esperienze di Contratto di Fiume già avviate possono essere riconosciute alcune fasi comuni che costituiscono nodi peculiari del processo di programmazione negoziata. Tali fasi non rappresentano un unico modello di processo valido per tutte le diverse realtà territoriali e amministrative che oggi e in futuro si cimenteranno in tali accordi, quanto piuttosto una struttura di percorso da modellare a seconda delle rispettive esigenze. Animazione e costruzione della rete: si costituisce una rete di attori locali accomunati innanzitutto dalla volontà di dialogare per il perseguimento di obiettivi comuni volti alla riqualificazione dei territori fluviali. Definizione di regole e strumenti: gli attori del processo si dotano di regole e strumenti condivisi per la gestione del processo la cui efficienza ed efficacia è tanto maggiore quanto più ampia è la capacità degli attori di definirne congiuntamente la struttura. Costruzione della visione scelta degli obiettivi prioritari condivisi: si elabora una rappresentazione condivisa del territorio allo stato attuale che consenta il passaggio alla visione di un progetto di territorio coerente con le reali opportunità e potenzialità che questo esprime. Si declinano obiettivi di tutela e riqualifica-

pena sottolineare che tutte le fasi dell'*iter* di formazione dei CdF si caratterizzano per la partecipazione attiva dei diversi soggetti coinvolti, i quali assumono su di sé impegni e responsabilità specifiche. Si parla, in tale contesto, di processi partecipativi aperti ed inclusivi proprio perché si cerca di raggiungere una piena condivisione di intenti. Solo al termine di questa attività preparatoria, si procede alla conclusione del CdF vero e proprio, cioè quell'atto di impegno vincolante che formalizza le decisioni condivise nel processo partecipativo, definendo gli impegni specifici di ciascun contraente.

Alla luce del quadro tracciato nei paragrafi precedenti non vi è dubbio che i Contratti di Fiume ben trovino posto tra gli accordi tra amministrazioni, e dovrebbe essere a questo punto evidente che nei Contratti di Fiume il coordinamento tra attori istituzionali si sviluppa sia in direzione verticale (con la partecipazione di Comuni, Comunità Montane, Parchi, Province, Regioni, Autorità di bacino/distretto, Stato, Unione Europea), che in direzione orizzontale (con la partecipazione delle comunità locali).

Il cuore propulsivo di processi di tal fatta è la ricostruzione di una visione condivisa del bacino idrografico<sup>48</sup>. Tale rappresentazione deve essere capace di guidare i sottoscrittori del contratto ad elaborare un progetto coerente con le reali potenzialità che il territorio esprime.

---

zione territoriale, definendo adeguate azioni progettuali. La partecipazione al processo deve essere stimolata da una costante animazione territoriale praticata a vari livelli dai diversi soggetti partecipanti, ognuno secondo le proprie capacità e funzioni.

<sup>48</sup> E. BOSCOLO, *"Orientamenti per la diffusione delle misure win-win"*, cit., p. 45. Lo strumento cardine è individuato all'art. 65 del TUA, che definisce il Piano di bacino distrettuale quale strumento conoscitivo, normativo e tecnico-operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, alla difesa e alla valorizzazione del suolo e alla corretta utilizzazione delle acque, sulla base delle caratteristiche fisiche ed ambientali del territorio interessato. Ad esso viene attribuito il valore di piano territoriale di settore a cui riferire i diversi strumenti di pianificazione che si legano ai due macro-ambiti delineati dalla norma: assetto idrogeologico del territorio e assetto delle risorse idriche. Tali strumenti di pianificazione costituiscono, singolarmente considerati, stralci funzionali del piano di bacino distrettuale (art. 65, comma 8, TUA), in continuo aggiornamento, di cui il Piano di Gestione Acque (PGA) e il Piano di Gestione del Rischio di Alluvioni (PGRA) costituiscono dei piani stralcio. Gli artt. 66, 67 e 68 del TUA, quindi, definiscono le procedure di adozione, mentre l'art. 68 bis ha codificato a livello normativo i Contratti di Fiume. L'art. 68 bis del TUA, con i Contratti di Fiume, in ogni caso, non introduce nuovi livelli di pianificazione ma – assumendo il bacino o sottobacino idrografico quale scala di azione – li fa assurgere a strumenti idonei alla territorializzazione delle politiche pubbliche e, in quanto essi concorrono all'attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto, devono giocoforza essere coerenti con le finalità e gli obiettivi dei piani distrettuali sovraordinati sopra detti.

Quanto detto nella prima parte di questo lavoro impone di prendere in considerazione il recesso. Ebbene, se la soluzione generale del recesso dagli accordi di programma non può prescindere dalla più recente giurisprudenza del giudice amministrativo che fa leva sulla tesi dell'inesauribilità del potere amministrativo, per quanto riguarda gli accordi di fiume non sfugge che i contratti prevedono sempre ed espressamente il recesso unilaterale delle amministrazioni partecipanti. Siffatto recesso dovrebbe essere non solo motivato, ma ancorato a sopravvenuti motivi di interesse pubblico per non mettere in discussione la stabilità dei contratti di fiume, proprio alla luce delle conclusioni or ora formulate.

### 5. *Un tentativo di inquadramento dogmatico dei contratti di fiume.*

A questo punto della trattazione non può essere ignorato il problema dell'inquadramento dogmatico dei Contratti di Fiume e a tal fine occorre superare l'equivoco che suscita il termine contratto. È necessario sgombrare il terreno da possibili malintesi, considerando che l'utilizzo di una terminologia di stampo privatistico non è adeguatamente spiegato neppure nei documenti parlamentari. Questa evidente lacuna solleva il dilemma se il riferimento al "contratto" sia da attribuirsi a una semplice svista o a un'influenza di matrice francese. In quest'ultima prospettiva, va notato che nei primi anni '80 del secolo scorso si sono diffusi i "Contrat de Rivière"<sup>49</sup>. Nella *Circulaire du Mini-*

---

<sup>49</sup> L'esperienza francese si caratterizza, invero, per l'adozione di due diverse leggi nazionali, le quali hanno avuto il merito di orientare, con largo anticipo rispetto agli altri Stati, la concreta adozione dei contratti di fiume. In Francia, quindi, già con la legge 16 dicembre 1964, n. 1245 venivano individuati sei bacini fluviali, la cui gestione è stata affidata all'operato congiunto dell'*Agence de l'Eau* e del *Comité de Bassin*. Le *Agences de l'Eau* sono le istituzioni pubbliche del Ministero per lo sviluppo sostenibile. Oggi, in Francia, ci sono sei *Agences de l'Eau* e hanno la missione di contribuire a ridurre tutte le forme di inquinamento e a proteggere le risorse proprie dei bacini idrici (cfr. <http://www.lesagencesdeleau.fr>). Il *Comité de Bassin* è una assemblea, alla quale partecipano i diversi protagonisti dell'accordo e che redige il piano di azione. Il processo di formazione dei contratti di fiume è stato concretamente avviato attraverso una prima individuazione dei bacini idrografici già a partire dal 1981. Successivamente, con la legge 3 gennaio 1992, n. 3, il Legislatore francese ha valorizzato il ruolo delle risorse idriche, evidenziandone il carattere plurifunzionale e introducendo il SDAGE (*Schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux*, schema direttore di pianificazione e gestione delle acque). Si tratta di un documento che definisce, in linea generale, gli orientamenti per una gestione integrata dell'acqua in un arco temporale ampio (15-20 anni) e che fissa gli obiettivi qualitativi e quantitativi). Il numero dei contratti di fiume in Francia è in costante aumento.

*stre de l'Environnement* del 5 febbraio 1981, dopo aver posto in evidenza la difficoltà gestionale, per taluni corsi fluviali, derivante dai vincoli stringenti imposti nei decreti in materia, si rinviava al *contrat de rivière* individuato come “strumento di realizzazione di una carta d'obiettivi di qualità che fa appello non tanto alla procedura regolativa, bensì a quella contrattuale. L'attuazione di tali contratti era devoluta ad un accordo tra tutti i residenti e gli enti locali in merito sia agli obiettivi da raggiungere, sia all'impegno finanziario da impiegare”.

Molteplici sono le ragioni che si oppongono ad una ricostruzione dei contratti di fiume in chiave privatistica, non persuadono neanche le ulteriori ricostruzioni, pur presenti negli scritti giuridici, e volti a ricondurre i Contratti di Fiume nell'interno dell'art. 11 della legge n. 241/1990 da un lato, e nei Partenariati pubblici e privati dall'altro.

Ebbene, in primo luogo, nei Contratti di Fiume l'interesse pubblico sotteso, dunque la causa dell'accordo, è preindividuato dall'art. 68-*bis* nella tutela e corretta gestione delle risorse idriche, nella valorizzazione dei territori fluviali, nella salvaguardia dal rischio idraulico e, infine, nello sviluppo locale delle aree interessate. Una serie, quindi, di interessi pubblici protetti che, ben al di là dei meri interessi privati, collimano anche con quelli sovranazionali richiamati dagli artt. 1 delle già citate direttive 2000/60/CE e 2007/60/CE.

Pertanto, le Autorità amministrative, coinvolte nella elaborazione di impegni reciproci anche con soggetti privati, agiscono nell'esercizio di un compito di interesse pubblico conferito loro direttamente dalla legge. Agiscono come “autorità”, nell'esercizio di una specifica potestà amministrativa e non nell'esercizio della propria sfera di autonomia privata. Il reiterato vincolo di scopo al perseguimento dell'interesse pubblico che presiede alla formazione dei contratti di fiume impedisce una ricostruzione dello stesso nel solco del diritto privato, che rileva solo sotto il profilo dell'“accordo” tra le parti (*ex art. 1321*)<sup>50</sup>.

---

Oggi, se ne individuano circa 200, con una forte partecipazione dei privati (di gran lunga superiore agli apporti del Ministero dell'Ambiente). Il bacino fluviale più interessato è quello del Rodano (cfr. per la dottrina P. BILLET, M. E. ZAMUTH, *Les contrats de rivière. Outils pratiques de gestion globale fondés en droit?*, in *Actes, Les cahiers d'action juridique*, 1992, n. 78, p. 13; A. GROSSERIES, *Les contrats de rivière*, Amén, 1997, disponibile su: <http://www.academia.edu>; M. BASTIANI, relazione su *Diffusione dei Contratti di Fiume in Italia*, RemTech, Ferrara 21 settembre 2012; G. COURAUD, K. PETIT, J. MICHON, *Les schémas d'aménagement et de gestion des eaux: vingt ans d'existence*, Office national de l'eau et des milieux aquatiques, luglio 2014).

<sup>50</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 118.

In secondo luogo, è il medesimo art. 68 *bis* a parlare esplicitamente di strumenti di “programmazione strategica e negoziata”. Sul piano qualificatorio, dunque, i Contratti di Fiume sono riconducibili al multiforme universo della programmazione negoziata. La Regione Lombardia avvertendo una esigenza pressante di “giuridificazione quale imprescindibile condizione per il proprio intervento (anche finanziario) diretto ... ha optato per la riconduzione dei contratti di fiume entro l’alveo categoriale degli accordi quadro di sviluppo territoriale e, più di recente, entro la cornice dei progetti strategici di sottobacino di nuovo conio<sup>51</sup>”. Anche gli altri legislatori regionali, come si è più volte ribadito, inquadrano i Contratti di Fiume nella c.d. programmazione negoziata di cui all’indicato art. 2, comma 203, lett. a), legge 23 dicembre 1996, n. 662<sup>52</sup>.

Tutto ciò consente, e a dispetto del *nomen iuris* utilizzato dal legislatore, di inquadrare i contratti di fiume nell’alveo degli accordi ad oggetto pubblico.

Non è condivisibile, inoltre, l’ulteriore tesi che inquadra<sup>53</sup> i Contratti di Fiume nella categoria degli accordi sostitutivi di cui all’art. 11, legge n. 241/1990, riconducendoli, più in particolare, nell’alveo dei c.d. contratti ecologici.

Il Contratto di Fiume non sostituisce né integra un provvedimento amministrativo, non vi è nessuna azione consensuale da preferire rispetto ad un *agere* unilaterale anche in considerazione del ruolo delle parti private nei contratti di fiume.

Infatti, come il lettore avrà a questo punto compreso, seppur il contratto di fiume rappresenta uno strumento volontario che concorre alla definizione e attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto attraverso l’adesione volontaria da parte di attori pubblici e privati ad un processo di partecipazione condiviso (che attiva meccanismi di responsabilizzazione di ciascun soggetto nell’attuare gli impegni assunti e nel portare avanti le azioni concordate per la salvaguardia di un “bene comune”, in una logica “custodiale” della risorsa), le parti del contratto di fiume sono (allo stato attuale dello studio) prevalentemente pubbliche amministrazioni. Per il che appare sicuramente preferibile

---

<sup>51</sup> E. BOSCOLO, *ult. cit.*, p. 78. Legge reg. Lombardia, 11 marzo 2005, n. 12, art. 55-*bis* (introdotto dalla legge reg. 22 febbraio 2010, n. 12).

<sup>52</sup> Il legislatore lombardo, in un primo momento, aveva definito i contratti di fiume come Accordo Quadro di sviluppo territoriale (Contratto di fiume Seveso, Lambro, Olona), per poi definirli nei contratti di fiume più recenti come Progetti strategici di sottobacino.

<sup>53</sup> L. MORAMARCO, *I “contratti di fiume”: gestione negoziata del territorio fluviale per la tutela delle acque e la mitigazione del rischio idrogeologico*, in *Nove leggi civ. comm.*, 5, 2017, p. 910 (in part. p. 914 ss.).

una ricostruzione che privilegi l'accordo tra amministrazioni e quindi l'applicazione dell'art.15 e non l'11 della legge n. 241/1990. In altre parole, si tratta di accordi c.d. orizzontali e non verticali, solo questi ultimi si caratterizzano per far emergere la disparità delle posizioni dei soggetti contraenti<sup>54</sup>.

A ben vedere sono ancora pochi i Contratti di Fiume che vedono una rilevante partecipazione dei privati intesi come imprenditori. È d'obbligo segnalare il Contratto di fiume Misa, nel quale ha assunto un'importanza preponderante il finanziamento di un soggetto privato (la società Loccioni) che ha finanziato il progetto di bonifica e messa in sicurezza dei 2km di tratto del fiume Esino, che costeggiano le sedi Loccioni e si snodano tra i ponti di Scisciano e di Apiro. Un investimento totalmente privato, che dà vita a un laboratorio di innovazione e di progettazione congiunta con le istituzioni; un investimento nel futuro per mettere in sicurezza e valorizzare l'area fluviale, e per riscoprire il fiume come risorsa energetica e culturale.

Questa considerazione concorre a contestare la tesi pur sostenuta<sup>55</sup> che l'art. 68-*bis*, d.lgs. n. 152/2006 in materia di CdF introdurrebbe uno strumento duttile e utile, pienamente compatibile con il modello di Partenariato pubblico-privato ("PPP"). L'analisi delle esperienze dei Contratti di Fiume non consente, se non nelle rare occasioni di cui si è ora riferito, di rinvenire un soggetto privato che diviene partner di quello pubblico, quantomeno nella fase di costruzione del contratto di fiume.

Sicché la dottrina, che con maggior rigore ha affrontato il tema dei PPP, è giunta a dire "che i Contratti di Fiume possono essere considerati dei contratti di partenariato in senso ideale, in quanto raccolgono la partecipazione e le idee della comunità, ma non in senso giuridico. Il Contratto di Fiume attualmente è una sorta di protocollo procedurale con cui i portatori d'interesse locali condividono un procedimento decisionale di carattere politico. Nel caso dell'esperienza di Regione Lombardia, nei Contratti di Fiume si trova qualcosa di più simile all'Accordo di Programma che non alla convenzione standard di Partenariato Pubblico-Privato. Il Contratto di Fiume è dunque contratto nel senso di 'patto', quale protocollo di procedimento, ma finché non viene portato alla fase attuativa, non contiene ancora l'iniziativa partenariale in senso proprio, cioè si configura più come uno strumento di programmazione, che di regolamentazione della dinamica partenariale intesa in senso giuridico"<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo, Letture*, IV ed., Milano, 2013, p. 207.

<sup>55</sup> A. PORTERA, *I contratti di fiume*, cit.

<sup>56</sup> S. VALAGUZZA, *Partenariati Pubblico Privato nella gestione condivisa e sostenibile dei territo-*



La fase giuspubblicistica è doppiata da una fase caratterizzata (questa sì) dal ruolo dei privati che possono realizzare gli obiettivi della programmazione negoziata in differenti modi: potranno assumere il ruolo di appaltatori (ad esempio per la costruzioni di dighe o argini; realizzazione di ponti, percorsi pedonali o piste ciclabili circumfluviali), concessionari (es., costruzione e gestione di centrali idroelettriche), partner, sovvenzionatori (esempio l'impresa Loccioni, ma anche la Fondazione Cariplo che ha finanziato numerosi obiettivi di contatti di fiume)<sup>57</sup>.

In conclusione, i Contratti di Fiume sono (fino a questo momento, ma con la possibilità che si possano modificare nel tempo, come sembrano suggerire contratti ancora in embrione<sup>58</sup>) più facilmente inquadrabili nel *genus* degli ac-

---

ri, in *Il supporto finanziario ai processi e Programmi d'Azione dei Contratti di Fiume, Stato dell'arte e prospettive*, a cura di M. Bastiani, A. De Carli, P. Rizzuto. Nella ricerca di un modello convincente di inquadramento dei contratti di fiume l'Autrice ritiene che "alcuni Contratti di Fiume descrivono un tracciato di governance incredibilmente intenso che non può essere appiattito dall'applicazione delle norme del Codice dei contratti pubblici che richiedono che il promotore si assuma un rischio di gestione di domanda o di disponibilità. L'approccio delle procedure ad evidenza pubblica già oggetto di una regolazione volta alla promozione dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, è una cosa, il mondo cooperativa per identificare correttamente l'interesse pubblico, è un'altra. Laddove si mette tutto sotto lo stesso cappello, si perde di vista l'oggetto che deve essere governato e che è identificato all'interno di un processo di management che consenta all'Amministrazione di governare l'interesse pubblico. È interessante utilizzare in questo tipo di PPP la logica che, nel concepire le regole del contratto, sposta il punto di vista da modelli tipicamente avversaria a schemi cooperativi: l'approdo diventa quello degli accordi collaborativi, intesi come disciplina di rete per organizzare rapporti tra le parti dei diversi contratti, con l'obiettivo di mirare alla creazione di valore pubblico aggiunto attraverso una ampia alleanza che affronti criticità e sappia cogliere anche opportunità impreviste. La base giuridica di questa nuova species è individuata tra il Codice Civile e la legge sul procedimento amministrativo. Gli accordi collaborativi sono accordi atipici, che non trovano corrispondenza in tipi regolati dal Codice Civile né dal Codice dei Contratti Pubblici ... I Contratti di Fiume, come gli accordi collaborativi di rete che si pongono al di sopra dei singoli contratti, non travalicano, quindi, le discipline del contratto pubblico tradizionale, ma lo integrano valorizzando le sinergie tra i diversi contraenti che sono coinvolti nel medesimo programma e fissano dei target, che danno sostanza e che rafforzano la capacità del gruppo di raggiungere i propri obiettivi".

<sup>57</sup> V. PARISIO, *op. cit.*; A. FORMICA, *Il contratto di fiume quale strumento privilegiato per il contrasto al dissesto idrogeologico*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, p. 49 ss.

<sup>58</sup> Cfr. D. D'ORSOGNA, S.S. SCOCA, *Note in tema di pianificazione idrografica e contratti di fiume*, cit. Gli Autori rilevano che "I primi tentativi di inquadramento della figura, facendo leva sull'elemento consensuale, hanno sostenuto la tesi della natura privatistica (negoziale o contrattuale) dello strumento o all'opposto quella dell'accordo pubblicistico. Riguardo alla riferita tesi della natura negoziale o contrattuale dei CdF può tuttavia osservarsi, quanto me-

cordi di programmazione negoziata<sup>59</sup> e, in linea ancora più generale, nell'istituto degli accordi fra amministrazioni di cui all'art. 15, legge n. 241/1990<sup>60</sup>, che ne scandisce la disciplina residuale, per quanto non espressamente previsto in quella speciale dell'art. 34, d.lgs. n. 267/000. Del resto, gli strumenti di programmazione negoziata sono collocati nella disciplina dettata di recente dalla Regione Lombardia (con la legge reg. 29 novembre 2019, n. 19, "Disciplina della programmazione negoziata di interesse regionale"), tra gli accordi tra pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15, legge n. 241/1990<sup>61</sup>. In

---

no: in primo luogo che è la norma stessa a qualificare i CdF come strumenti di programmazione negoziata (in quanto tali non ascrivibili alla categoria contrattuale, ma al più a quella degli accordi amministrativi tra amministrazioni e tra amministrazioni e privati); in secondo luogo, riguardo al nomen: sebbene esso sia ispirato al *contrat de rivière* di matrice francese, non può essere assimilato a questo, anche in ragione del fatto che nell'esperienza giuridica italiana, come è noto, non è accolta la categoria dei *contrat de droit public*.

Invero è lo stesso art. 68-bis a qualificare i contratti di fiume come strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata, e a rinviare dunque agli istituti di programmazione negoziata, senza tuttavia inquadrare questi, necessariamente, in un tipo particolare. Detto in altri termini: 'contratto di fiume' è espressione di sintesi che rinvia a molteplici fattispecie e strumenti giuridici che trovano il loro riferimento più diretto e immediato negli istituti di programmazione negoziata, negli artt. 11 e 15 legge n. 241/1990, nonché artt. 30 e 34 TUEL, ma non si esauriscono in questi".

<sup>59</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2018, n. 4413; cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 marzo 2021, n. 1948; Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3458; Sez. IV, 24 ottobre 2012, n. 5450.

<sup>60</sup> M. CICORIA, *Brevi riflessioni sui profili privatistici del "contratto di fiume"*, in <http://www.amministrativamente.com>; F. PUBUSA, *Forme e strumenti della partecipazione degli interessi diffusi e collettivi nell'azione amministrativa: i "contratti di fiume"*, in F. PUBUSA, D. MARANGIU (a cura di) *Ambiente, paesaggio, territorio, Principi e vicende*, Napoli, 2017; F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio del Notariato diretto da Pierlingeri*, 2019, p. 183. Sostengono gli autori: "il contenuto dei contratti di fiume può essere molto vario, come si evince anche dalle prime applicazioni, ma è chiara la funzione di programmazione territoriale a contenuto ambientale che essi assumono. L'accostamento più evidente, sottolineato anche dalla dottrina è quello degli accordi di programma, sebbene in questo caso debba essere precisato che alla stipula possono concorrere anche soggetti privati".

<sup>61</sup> Sulla riconducibilità degli accordi di programmazione negoziata al più ampio *genus* degli accordi tra pubbliche amministrazioni si vedano nello specifico: E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001; F.G. SCOCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008, pp. 557-567; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata: la consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2005, p. 141; R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993, p. 137; G. CORSO, *Accordi di programma, L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Centro di formazione e studi per il Mezzogiorno* a cura di A. Masucci, 1988, p. 39 ss.; S. CIMINI, *La concertazione amministrativa: note sugli accordi di programma*, in *Diritto della regione*, 1999, pp. 647-682; V. SAVOIA, *Strumenti di*

particolare, all'art.10, comma 7, della citata legge regionale è previsto espressamente che: “resta, in ogni caso, impregiudicata l'applicazione, ove ne ricorrano i presupposti, dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibile, ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme sul procedimento amministrativo), in particolare riguardo agli effetti derivanti dal recesso dei partecipanti all'accordo o da inadempiamenti rispetto agli impegni assunti e alle correlate responsabilità per i pregiudizi eventualmente arrecati, con la necessaria adozione, da parte delle amministrazioni competenti, delle conseguenti determinazioni”.

## 6. *Brevi considerazioni conclusive.*

È il momento di provare a formulare delle conclusioni che non possono prescindere dalla constatazione della difficoltà di partenza quando si parla di beni comuni<sup>62</sup>: il tentativo di bilanciamento fra la libertà individuale e l'interesse generale, in grado di evitare la nota “tragedia dei beni comuni”<sup>63</sup> teoriz-

---

*programmazione negoziata: gli accordi di programma come strumento di finanziamento per gli interventi di bonifica*, cit.; C. LIBORIO, A. GORGA, *Gli accordi ex art. 15 della legge 241/90 quali strumenti di regolazione dei rapporti tra una pubblica amministrazione e un ente pubblico di ricerca*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 2021, pp. 1-19.

<sup>62</sup> M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, in *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, in *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, a cura di M. Bombardelli, 2016; F. CORTESE, *Che cosa sono i beni comuni? In Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, in *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, cit., 2016; F. CORTESE, *Dalle Valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 1170; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi* pubblicato su <http://www.giustamm.it/> tra gli *Scritti in onore di Franco Bassi*; P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in <http://www.giustamm.it/>, 2012.

<sup>63</sup> G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 162, p. 1243 ss. Per dimostrarlo Hardin usa l'esempio di un pascolo. Tutti i pastori vi possono accedere e ciascuno, secondo la logica economica, è incentivato a portarvi più capi di bestiame possibile. Nel tempo, se tutti i pastori si comportano così, si arriverà all'esaurimento dell'erba per ovvio sovrasfruttamento. Ciò accade perché mentre il beneficio per ciascun pastore è individuale, il costo del ripristino del pascolo è ripartito tra tutti. E qui scatta la dimensione tragica del bene comune: il massimo interesse di ciascuno conduce alla rovina di tutti. Ecco il cuore del contributo di Hardin: siamo di fronte ad un “problema senza soluzione tecnica” che richiede invece un cambiamento dei valori umani o delle idee morali. Per evitare la “tragedia”, stante l'inefficacia di un generico imperativo morale da imporre a tutti, quale soggetto deve occuparsi di questo “arbitraggio”, ovvero di limitare l'uso del bene comune per preservarlo?. Le soluzioni alla “tragedia” sono state

zata da Garrett Hardin. Il nucleo della sua tesi poggia sulla constatazione che se esiste un bene che non appartiene né ai privati né allo Stato (pensiamo agli usi civici o ai beni ambientali), la conseguenza inevitabile è quella di appropriarsene individualisticamente e di sfruttarlo generando diseconomie esterne crescenti, beneficiando oltremodo del possesso e dando in tal modo vita al saccheggio di tali beni. Di fronte a quella che l'autore definisce una tragedia la "non soluzione" prospettata è duplice: affidare il bene a privati che però produrranno una indisponibilità diffusa oppure rendere il bene comune un bene pubblico, sottoposto al governo della politica, utilizzare strumenti coattivi di comando e controllo, con il prezzo di un'inefficienza economica.

È stato già rilevato dalla dottrina più attenta a questi temi<sup>64</sup> che "poiché sarebbe ora superfluo indulgere nel dettaglio dei pro e dei contro di questi collaudati dispositivi istituzionali, mi limito a ricordare che, muovendo dalla constatazione dei molti punti deboli della più consueta strumentazione di comando e controllo, una linea di pensiero consolidatasi in area economica, ormai divenuta anch'essa trasversale, caldeggia la sperimentazione di un percorso alternativo e invita ad appurare se, al cospetto di problemi di indivisibilità e di 'effetti esterni', la mano pubblica, anziché frettolosamente affidarsi al rimedio sostitutivo della scelta collettiva e dei procedimenti decisionali accentrati, non possa piuttosto attivarsi per rimuovere gli ostacoli ai processi di scambio e per ritrovare soluzioni efficienti attraverso il corretto funzionamento del mercato"<sup>65</sup>.

Le riflessioni che non possono che essere condivise assumono a premessa un lavoro illuminante, apparso, tempo fa, negli Stati Uniti *Governing the commons* (*Governare i beni collettivi*) della premio Nobel per l'Economia Elinor Ostrom<sup>66</sup>.

La studiosa ha compiuto un'indagine sul campo nella quale ha dimostrato

---

trovate successivamente da Cfr. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge (UK), 1990. Sul dibattito tra Hardin ed Ostrom e per gli studi successivi, oltre all'imprescindibile lavoro appena citato, si veda D. FEENY, F. BERKES, B.J. MCCAY, J.M. ACHESON, *The Tragedy of the Commons: Twenty-Two Years Later*, in *Human Ecology*, vol. 18, n. 1, 1990; B.M. FRISCHMANN *et al.*, *Retrospectives: Tragedy of the Commons after 50 Years*, in *Journal of economic perspectives*, vol. 33, n. 4, fall 2019, pp. 211-228.

<sup>64</sup> M. CAFAGNO, *Dilemmi sociali e cooperazione: tra norme e regolarità, Dalle regole ai comportamenti*, Conversazioni in tema di Amministrazione e Persuasione, *Ciclo Di Seminari Presso L'università Degli Studi Dell'Insubria, 2020/2021*, a cura di M. Cafagno, E. Boscolo, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio, G. Cavalieri, p. 113.

<sup>65</sup> C. CAFAGNO, *op. cit.*, p. 113.

<sup>66</sup> E. OSTROM, *Working Together, Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*, Princeton, 2010; S. OTTONE, L. SACCONI, *Beni comuni, economia comportamentale ed istituzioni*, in AA.VV., *Beni comuni e cooperazione*, a cura di S. Ottone, L. Sacconi, Bologna, 2015.

che vi sono numerosi esempi nel mondo di progetti di risorse della comunità, come ad esempio il mantenimento di terreni agricoli comuni, i sistemi di irrigazione dei suoli e della pesca dei laghi. Giunge così a superare la dimensione tragica dell'egoismo umano imponendo, però, a garanzia della buona riuscita dell'autogoverno comunitario una serie di condizioni: la garanzia di flussi di informazione condivise fra i gestori dei beni, l'elevato livello di fiducia reciproca, il rispetto di regole e controlli e la presenza di incentivi alla cooperazione.

Imprescindibile è la "la partecipazione alla formazione delle regole per la gestione quotidiana di un sistema di risorse può essere parte di un processo evolutivo. [...] Le risorse comuni che ricorrono a questo principio sono maggiormente capaci di adattare le regole alle circostanze locali, dal momento che sono proprio gli individui a contatto reciproco con l'ambiente fisico a modificare le regole nel tempo, adattandole alle necessità specifiche<sup>67</sup>".

I lavori ispirati al pensiero della Ostrom, eludendo la fuorviante contrapposizione tra scelte atomistiche di mercato e decisioni accentrate dell'autorità, mostrano che il fenomeno della cooperazione è da ricercare semmai nella terra di mezzo in cui si sviluppano gli schemi relazionali e le abitudini di vita dei gruppi che condividono i beni comuni<sup>68</sup>.

I contratti di fiume ben si inseriscono in queste premesse, fronteggiare il rischio idrogeologico, elevare la qualità delle acque, sviluppare congiuntamente azioni di potenziamento turistico dei luoghi limitrofi ai corsi d'acqua richiede, oggi, lo sviluppo di una cooperazione pubblico e privato declinato nei termini della prevenzione e non più della gestione emergenziale. I contratti di fiume presuppongono che il bene pubblico debba beneficiare tutti e che il suo deterioramento danneggi tutti e che, pertanto, si debba riscoprire il ruolo delle comunità locali, da sempre attive nella gestione del territorio. Il tavolo nazionale dei contratti di fiume si basa proprio sulla partecipazione attiva delle comunità locali, il coinvolgimento delle comunità in un contesto di sussidiarietà orizzontale e verticale, e sull'inversione della rotta nella gestione dei territori.

Gli strumenti per perseguire siffatti obiettivi sono incisivi, difatti, i contratti di fiume diventano il luogo privilegiato per sviluppare progetti di formazione della popolazione sui temi ambientali (si pensi al progetto *water value*)<sup>69</sup>,

---

<sup>67</sup> E. OSTROM, *Né mercato né stato nella gestione delle risorse collettive*, in *La Questione Agraria*, 1996, n. 64, p. 7 ss.

<sup>68</sup> G. SAPELLI, *Commons: libertà e diversità*, in *Beni Comuni*, a cura di J. Akwood, 2019.

<sup>69</sup> Il progetto WaterValues è un progetto che rientra nelle buone pratiche, esperienze/iniziative/progetti che abbiano applicato i principi dello sviluppo sostenibile e prodotto effetti mi-

per sviluppare accordi con gli agricoltori, per favorire la conclusione di pagamenti di servizi ecosistemici. Non è questa la sede per approfondire siffatti strumenti, ma non si possono non menzionare le potenzialità di tali accordi a tutela dell'ambiente. È noto che in tutto il mondo, ma soprattutto in America Latina sono stati sviluppati diversi modelli di tutela ambientale che, nell'ottica di una maggiore flessibilità, e al fine di incoraggiare comportamenti virtuosi, valorizzano il mercato e le sue dinamiche.

Al fine di evitare lo sfruttamento delle risorse naturali e per assicurare la salvaguardia dei servizi ecosistemici, anche a beneficio delle generazioni future sono stati introdotti espedienti per riconoscere un valore ai servizi naturali e

---

gliorativi nel loro specifico contesto. Premio nazionale contratto di fiume 2020, "WaterValues – Il valore dell'acqua" è un progetto di dialogo sull'acqua in cui ricerca universitaria, impresa e cittadinanza attiva hanno contribuito alla valutazione partecipata del capitale naturale legato alle risorse idriche del territorio. In accordo con gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile SDG 6 e 11, il progetto ha come obiettivo la (ri)scoperta dei profondi legami tra cittadini e le risorse idriche del territorio, per i quali, malgrado la crescente sensibilità, spesso manca la reale consapevolezza del loro valore. Il progetto – finanziato dall'Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione e realizzato con il supporto di ReteSviluppo – ha visto il coinvolgimento attivo della cittadinanza del Comune di Figline e Incisa Valdarno nella gestione della risorsa idrica del territorio comunale. Attraverso un percorso di consultazione/formazione rivolto alla popolazione, è stata sperimentata l'idea di una valutazione partecipata dei servizi ecosistemici volta a promuovere un maggiore coinvolgimento della cittadinanza nella gestione delle risorse idriche e a dimostrare le potenzialità dell'integrazione tra il giudizio degli esperti e il sapere locale. Nel territorio del Comune di Figline e Incisa Valdarno l'acqua rappresenta un elemento centrale, sia per la presenza del fiume Arno, sia per i suoi numerosi affluenti, che caratterizzano le circostanti zone collinari. Le risorse idriche sono alla base dell'agricoltura che rimane una delle attività principali nell'ambito del territorio comunale, con produzioni di eccellenza quali olio, vino e ortaggi. Il paesaggio sviluppato intorno e grazie al fiume Arno, oltre alla valenza turistica, produce molteplici benefici per la popolazione residente, sia dal punto di vista ambientale che socioculturale. Il rapporto tra Figline e Incisa Valdarno e l'acqua è contraddittorio in quanto accanto a una visione dell'acqua come risorsa esso, spesso, è interpretato in termini negativi a causa delle forti problematiche relative alla regolazione del deflusso (basti pensare all'alluvione del 1966 che interessò tutta l'area metropolitana fiorentina) o alla scarsità idrica, particolarmente critica negli ultimi anni. Partendo da questa duplicità, WaterValues ha promosso un cambio di prospettiva nella gestione delle risorse idriche, in cui alla valutazione del rischio si affianca il riconoscimento e la quantificazione dei servizi ecosistemici legati all'acqua. Il progetto ha affrontato in modo innovativo le connessioni tra società e acqua con un percorso di approfondimento partecipato che parte dai valori dei cittadini, sintetizzandoli in proposte per nuovi modelli di gestione ambientale condivisa. In dottrina: G. CASTELLI, T. PACETTI, E. BRESCI, E. CAPORALI, *Water Values: participatory assessment of riverine ecosystem services for sustainable water management in the Arno basin*, in *International Conference Daylighting Rivers: Inquiry Based Learning for Civic Ecology*, Firenze, 2020, p. 81.

sono stati utilizzati strumenti contrattuali per implementare i meccanismi di remunerazione. Si tratta di contratti in cui “l’impatto dell’ambiente non pesa soltanto come parametro meritevole di ponderazione, ma assurge a oggetto specifico della transazione pubblica”<sup>70</sup>.

I contratti di fiume rappresentano un luogo privilegiato anche per lo sviluppo di Pes, come si evince dall’esempio del contratto di fiume Marecchia (che contiene un rinvio ai primi pagamenti di servizi ecosistemici in Italia da parte di Romagna acque), per la straordinaria capacità dello strumento di favorire la convergenza di azioni delle istituzioni e delle comunità a tutela dell’ambiente.

Margaret Levi, nel corso dell’intervista rilasciata dopo l’assegnazione del premio Nobel, chiese a Elinor Ostrom perché si fosse interessata alle risorse idriche<sup>71</sup>. La studiosa raccontò di aver frequentato durante gli studi universitari un seminario con il professor Vincent Ostrom sulla diversa organizzazione dei bacini idrici e di aver scelto di svolgere le sue ricerche sul campo, recandosi lì tutti i giorni, per partecipare alle riunioni delle associazioni che si erano costituite per risolvere il problema di erigere una barriera per impedire all’oceano di penetrare nei pozzi acquiferi. Definì meravigliosa la possibilità di utilizzare la memoria storica della comunità e di accedere a materiali che altrimenti non avrebbe mai avuto a disposizione. Nessuna tragedia dei beni comuni, ma impegno a ostacolare i free rider, a stimolare il raggiungimento di elevati livelli di responsabilizzazione, dando così vita a nuove sinergie pubblico-privato capaci di sorvegliare il rispetto di un insieme di regole relative all’uso di risorse collettive.

Nella risposta si percepisce, ancor più rispetto al passato, l’importanza degli attuali studi sui contratti di fiume.

---

<sup>70</sup> C. CAFAGNO, *L’ambiente nei contratti pubblici: due angoli visuali e una morale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, p. 860; C. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. econ.*, 2019, p. 155. L’autore riporta i casi più noti di PES: assai famoso è il caso della fonte d’acqua minerale Vittel, situata nel nord-est della Francia: La Nestlé Waters, produttrice dell’acqua minerale, preoccupata dal pericolo che la fonte fosse contaminata da nitrati, ha instaurato con i proprietari agricoli e forestali un sistema di pagamento dei servizi ecosistemici, volto a compensare l’adozione di pratiche più sostenibili. Altro esempio, spesso riportato dalla letteratura, è quello dell’accordo sottoscritto tra l’azienda municipalizzata addetta alla fornitura dei servizi idrici della città di New York e i proprietari forestali del bacino di captazione. Tramite l’accordo i proprietari si sono impegnati a gestire i boschi secondo uno specifico programma di gestione forestale. La compensazione del servizio ecosistemico di provvista dell’acqua potabile è stata finanziata da un’addizionale sulla tariffa idrica, pagata dagli utenti finali del servizio. Ulteriore esempio proviene dalla Costa Rica, quando nel 1996 la legge forestale ha reso illegale rimuovere le foreste su terreni privati e ha creato il programma nazionale *Pago por Servicios Ambientales* (PSA).

<sup>71</sup> Il dialogo è riportato nello scritto di J. AKWOOD (a cura di), *Il metodo Ostrom*, in *Beni Comuni. Diversità, Sostenibilità, Governance. Scritti di Elinor Ostrom*, 2019.

# I COLLEGI CONSULTIVI TECNICI

*Andrea Maltoni*

SOMMARIO: 1. Lineamenti generali della disciplina in tema di Collegi consultivi tecnici. – 2. La natura ibrida dei CCT. – 3. Le regole applicabili alla costituzione, al funzionamento e allo scioglimento del CCT. – 4. Gli atti adottati dai CCT: i pareri e le determinazioni.

## *1. Lineamenti generali della disciplina in tema di Collegi consultivi tecnici.*

L'istituto del Collegio consultivo tecnico è stato oggetto di svariati interventi legislativi o sarebbe forse meglio dire di veri e propri ripensamenti da parte del legislatore.

Dopo essere stato aggiunto tra i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale dall'art. 207 del Codice dei contratti del 2016, venne espunto dall'art. 121, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 e poi fu reintrodotta dall'art. 1, commi 11-14, d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. sblocca cantieri), nell'attesa che si provvedesse a ri-disciplinarlo col regolamento unico previsto dall'art. 216, comma 27-*octies*, d.lgs. n. 50/2016.

Tale normativa è stata successivamente sostituita da quella contenuta nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 (artt. 5 e 6), che è stata in parte modificata dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. dalla legge 29 luglio 2021, n. 233, dal d.l. 27 gennaio 2022 n. 4, conv. dalla legge 28 marzo 2022, n. 25, e dal d.l. 30 aprile 2022, n. 36, conv. dalla legge 29 giugno 2022, n. 79.

La disciplina di rango primario è stata poi integrata dal decreto 17 gennaio 2022, n. 12 del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile, recante “adozione delle linee guida per l'omogenea applicazione da parte della stazioni appaltanti delle funzioni del collegio consultivo tecnico”.

Gli artt. 215-219 e l'allegato V.2 del d.lgs. n. 36/2023, con cui è stata data attuazione al criterio direttivo contenuto all'art. 1, comma 1, lett. II), legge 21



giugno 2022, n. 78<sup>1</sup>, ripropongono sostanzialmente, con qualche aggiunta, le disposizioni sopra richiamate del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, che erano applicabili fino al 30 giugno 2023.

La disciplina sui CCT è in particolare riferibile a tutti i soggetti che risultano ascrivibili alla categoria delle stazioni appaltanti<sup>2</sup>, ma non agli enti concedenti, dal momento che all'art. 216, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 e agli artt. 1, comma 1, 2, comma 1 e 4, comma 2 dell'allegato V.2 si fa riferimento esclusivamente alle stazioni appaltanti.

A ciò si aggiunga che nelle disposizioni che si sono indicate l'unico elemento considerato è il completamento dell'opera e non si fa mai riferimento ai rischi addossati al concessionario e alla gestione dell'opera e/o del servizio, che tuttavia costituiscono aspetti essenziali ai fini della qualificazione di un contratto pubblico come concessione<sup>3</sup>.

Per tali ragioni deve ritenersi che gli enti concedenti siano stati esclusi dall'ambito di applicazione soggettiva delle disposizioni che disciplinano i casi in cui il CCT è a costituzione obbligatoria.

La costituzione dei CCT con riferimento all'esecuzione di appalti non è sempre obbligatoria, dal momento che in alcuni casi la stessa è facoltativa. Risulta obbligatoria allorquando la realizzazione dei lavori pubblici è di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea e l'importo della fornitura di beni o di servizi è pari o superiore al milione di euro<sup>4</sup>. Inoltre, tale disciplina appare applicabile anche all'esecuzione degli appalti pubblici ad oggetto misto<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> È stato dato in particolare attuazione al seguente criterio direttivo: "estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale".

<sup>2</sup> All'art. 1, comma 1, lett. a) dell'allegato I.1 si definisce stazione appaltante: "qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice".

<sup>3</sup> A norma dell'art. 2, comma 1, lett. c) dell'allegato I.1. sono "contratti di concessione" o "concessioni", "i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

<sup>4</sup> Una delle modifiche più significative introdotte dal nuovo Codice dei contratti è appunto individuabile nell'estensione dell'obbligo di costituzione obbligatoria del CCT all'esecuzione di appalti di servizi e di forniture di beni di importo pari o superiore ad un milione di euro, si v. in particolare l'art. 215, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>5</sup> I giudici amministrativi hanno ricondotto l'appalto integrato alla categoria dei contratti

Due appaiono le ipotesi i cui i CCT sono ad istituzione facoltativa.

La prima è individuabile per sottrazione rispetto a quanto si è testé indicato, nel senso che il CCT può essere istituito allorquando il valore degli appalti da eseguire risulta inferiore alle soglie sopra indicate, rispettivamente, con riguardo ai lavori e ai servizi e alle forniture di beni.

La seconda ipotesi di costituzione facoltativa del CCT, che differisce in modo sostanziale dalla precedente – con la conseguenza che sono propriamente individuabili due modelli di CCT –, è da ricondursi ad una scelta delle stazioni appaltanti o (in virtù di un'espressa previsione anche) degli enti concedenti, che possono ravvisare l'opportunità di costituire un Collegio per la risoluzione di “problemi tecnici o giuridici di ogni natura suscettibili di insorgere” “nella fase antecedente alla esecuzione del contratto”<sup>6</sup>.

Nel modello ad istituzione facoltativa di cui all'art. 218, d.lgs. n. 36/2023, i CCT sono chiamati a svolgere un'attività di supporto alla stazione appaltante, nel senso che la coadiuvano, ad esempio, nel definire le “caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito”, oppure in sede di “verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione e di aggiudicazione”<sup>7</sup>.

Inoltre, si prevede la possibilità di passare da detto modello di CCT ad istituzione facoltativa, la cui attività è destinata a cessare con la conclusione della

---

misti, ritenendo, in particolare, che per la costituzione del CCT non dovesse attendersi l'inizio dell'esecuzione della realizzazione dei lavori, posto che, diversamente opinando, “si sottrarrebbe all'intervento del Collegio Consultivo Tecnico tutta quella parte delle attività contrattuali relativa alla definizione della progettazione esecutiva, la quale costituisce la prima e basilare attività di esecuzione del contratto di appalto ‘integrato’, da cui peraltro dipendono anche le attività successive, strettamente correlate alle prime, con la conseguenza che sarebbe sottratta al C.C.T. una fase del contratto, nella quale pure potrebbero sorgere quelle controversie e dispute tecniche inerenti, in ogni caso, alla realizzazione dell'opera pubblica, che lo strumento mira a rapidamente risolvere, con possibili conseguenti ritardi nell'esecuzione e completamento dei lavori”, si v. TAR, Sicilia, Catania, Sez. I, 20 giugno 2022, n. 1638, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ed il commento a tale pronuncia di M.E. COMBA, *Collegio Consultivo Tecnico: risoluzione per inadempimento e appalto integrato*, in *Giur. it.*, 2023, p. 162 ss.

<sup>6</sup> Si v. l'art. 218, d.lgs. n. 36/2023. Come è stato osservato in dottrina (si v. I. LOMBARDINI, *Riflessioni sul nuovo Collegio Consultivo Tecnico negli appalti pubblici (art. 6 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, cd. “Decreto Semplificazioni”, convertito con modifiche in l. 11 settembre 2020, n. 120)*, in *Riv. arb.*, 2020, p. 860), il CCT “quando interviene nelle fasi prodromiche all'affidamento, nell'affidamento vero e proprio, e nelle decisioni di sospensione” “si sovrappone all'amministrazione ordinaria come una sorta di ‘amministrazione parallela’, con rilevanti poteri di condizionamento delle scelte della stazione appaltante”.

<sup>7</sup> Si v. l'art. 218, d.lgs. n. 36/2023.

fase dell'evidenza pubblica, all'altro modello sopra indicato, al fine di consentire a tale Collegio – che, a seconda che siano o meno raggiunte le soglie sopra indicate, è ad istituzione facoltativa o obbligatoria –, dopo la stipula del contratto, di “prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti”<sup>8</sup>.

Tuttavia, l'indicata possibilità, prevista dall'art. 6, dell'allegato V.2, di convertire tale CCT facoltativo, che risulta a composizione interamente pubblica, in un CCT aperto alla partecipazione dell'operatore economico esecutore, presenta alcuni profili di criticità, non essendo assicurate le stesse garanzie che sono ordinariamente previste per i CCT a composizione mista pubblico privato. Più precisamente, in tale operazione di conversione, in cui si realizza semplicemente la sostituzione di uno dei componenti designati dalla stazione appaltante con uno di nomina privata, viene ad essere preclusa la possibilità di designare un Presidente – diverso da quello nominato nel Collegio facoltativo istituito per fornire supporto nella procedura di evidenza pubblica – sulla base di un accordo con l'appaltatore<sup>9</sup>.

Inoltre, nel caso in cui il CCT sia ad istituzione obbligatoria, l'appaltatore non ha strumenti per opporsi alla predetta conversione, con la conseguenza che il medesimo è costretto a subirla ogni qual volta la stessa sia prescelta dalla stazione appaltante, che ritenga opportuno, per svariate ragioni, far proseguire i lavori al CCT già operante, mediante la sostituzione di uno soltanto dei suoi componenti.

## 2. La natura ibrida dei CCT.

Come è stato sottolineato da più parti, il CCT è una figura ibrida di ADR<sup>10</sup>, in quanto a tale Collegio, in base alla disciplina positiva, sono attribuiti svariati compiti, *i.e.* ausiliari e consultivi per la stazione appaltante, nonché di precontenzioso<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Si v. l'art. 215, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>9</sup> Si v. I. LOMBARDINI, *Riflessioni sul nuovo Collegio Consultivo Tecnico negli appalti pubblici*, cit., p. 861.

<sup>10</sup> Secondo una parte della dottrina (si v. F. FRANCIOSI, *Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in Giustiziainsieme.it, 15 luglio 2022) si tratta di una ADR atipica perché diversa dai ricorsi amministrativi e dall'arbitrato.

<sup>11</sup> Si v. D. ANSELMI, F. SMERCHINICH, *Il Collegio consultivo tecnico tra natura, obblighi e ambito applicativo: una prima pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Urb. e app.*, 2022, spec. p. 679.

Inoltre, la disciplina *de qua* può considerarsi a maglie strette, con la conseguenza che esigui spazi di regolamentazione del CCT sono rimessi all'autonomia privata.

È stato altresì evidenziato in dottrina che il modello a cui sembra essersi ispirato il legislatore, nel delineare la disciplina del CCT, è quello del *dispute board*, che ha avuto un'ampia diffusione nella contrattualistica internazionale<sup>12</sup>.

Non si è mancato altresì di evidenziare che il CCT è un organo straordinario della stazione appaltante con competenze polifunzionali (*i.e.* di consulenza, di prevenzione del contenzioso e di gestione del medesimo), che presenta notevoli differenze rispetto all'istituto dell'arbitrato, in ragione dell'assenza di terzietà e indipendenza dei componenti del medesimo, con la conseguenza che il medesimo deve considerarsi “un organo non di giustizia, ma di amministrazione”<sup>13</sup>.

Inoltre, altre differenze con l'arbitrato appaiono desumibili dal fatto che il CCT è destinato ad operare solamente nel corso dell'esecuzione del contratto<sup>14</sup>, al fine di prevenire ed evitare l'insorgenza di liti (e non per dirimerle ad esecuzione del contratto già conclusa)<sup>15</sup>, in modo da assicurare il perseguimen-

---

<sup>12</sup> Si v. I. LOMBARDINI, *Riflessioni sul nuovo Collegio Consultivo Tecnico negli appalti pubblici*, cit., spec. p. 844, che ha richiamato, in particolare, i modelli contrattuali FIDIC di Construction Contract e le Dispute Boards Rules dell'ICC. Più in generale, in tema si v. M. NUNZIATA, *Il dispute board nei contratti di appalto internazionali. Prospettive di prevenzione e di risoluzione delle controversie*, Torino, 2021.

<sup>13</sup> Si v. sul punto F. AULETTA, *Sulle conseguenze possibili e le implicazioni non necessarie dell'opzione in favore della “natura del lodo contrattuale” per le determinazioni del collegio consultivo tecnico*, in *Riv. arb.*, 2022, spec. p. 487 s. Più in generale, in tema si v. G. GRECO, *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 157.

<sup>14</sup> Come sottolinea F. GOISIS, *Il collegio consultivo tecnico e la sua veste arbitrale: profili sostanziali e di tutela giurisdizionale*, in *Giustizia Insieme.it*, 21 marzo 2024, anche là dove il collegio è chiamato ad adottare lodi contrattuali, occorre tener conto del fatto che le controversie possono essere dedotte in arbitrato irrituale fintanto che il CCT non viene sciolto con la conclusione del rapporto contrattuale, sia essa naturale o anticipata.

<sup>15</sup> Si consideri che l'arbitrato, la cui disciplina è contenuta nel Codice dei contratti pubblici, è riferibile a tutte le controversie riguardanti diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di beni, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli artt. 210 e 211, d.lgs. n. 36/2023, di tal che sono ritenute arbitrabili, a titolo esemplificativo, le controversie che riguardano la risoluzione contrattuale, l'esercizio del diritto di recesso dal contratto, l'applicazione delle penali.

mento dell'interesse pubblico alla rapida realizzazione dell'opera ovvero inerente alla tempestiva fornitura di beni o di servizi <sup>16</sup>.

A ciò si aggiunga che all'art. 1, comma 2, dell'allegato V.2, è stata confermata la previsione secondo cui i componenti del CCT, tanto nell'ipotesi in cui sono scelti di comune accordo dalle parti (CCT a nomina concordata), quanto in quella in cui ciascuna parte procede all'individuazione di uno o due componenti (CCT a nomina di parte) – a seconda che il CCT sia composto da tre ovvero da cinque membri – possono essere individuati “anche tra il proprio personale dipendente ovvero tra persone a esse legate da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa in possesso dei requisiti previsti dal comma 1” <sup>17</sup>. Tale previsione rende evidente come non siano richiesti quei requisiti di indipendenza e terzietà che sono invece prescritti per la nomina ad arbitro <sup>18</sup>, nelle ipotesi in cui i collegi arbitrali siano costituiti per

---

<sup>16</sup> Si v. sul punto P. OTRANTO, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico. L'esperienza dei dispute boards e del collegio consultivo tecnico*, Napoli, 2023, p. 328 e 316. Altra parte della dottrina ha evidenziato come, anche tenuto conto che in alcuni casi il CCT è ad istituzione obbligatoria ed adotta determinazioni che hanno natura di lodo contrattuale, non siano prospettabili profili di illegittimità costituzionale, dal momento che la sussistenza di tali caratteri del CCT non contravviene al divieto di arbitrato obbligatorio, là dove si tenga conto che non sussiste un obbligo di deferire necessariamente ogni controversia al CCT (si v. A. ANIELLO, *Il Collegio Consultivo Tecnico come arbitrato obbligatorio? Spunti di riflessione*, in *Riv. arb.*, 2022, spec. p. 527 ss., ad avviso del quale l'aspetto più rilevante è costituito dal fatto che la compromissione in arbitrato irrituale della lite è solo eventuale, potendo una delle parti escluderla).

<sup>17</sup> Occorre però tener conto che la disciplina attuativa di tale previsione dell'allegato V.2 è tutt'ora individuabile in quella contenuta sub punto 2.5. delle Linee guida, approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibile del 17 gennaio 2022, che prevede una serie di incompatibilità per i membri e il presidente del CCT, atteso che il comma 3 dell'art. 1 dell'allegato V.2 del d.lgs. n. 36/2023 rinvia sul punto a tali Linee guida, nell'attesa che siano adottate nuove Linee guida con decreto del MIT, su conforme parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, per la definizione dei “requisiti professionali e [dei] casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del Collegio consultivo tecnico, [dei] criteri preferenziali per la loro scelta”.

<sup>18</sup> Basti considerare che all'art. 213, comma 6, lett. b), c), d) e) f), g), d.lgs. n. 36/2023 sono indicate una serie di circostanze, la previsione delle quali risulta preordinata ad evitare che del collegio arbitrale siano chiamati a far parte tutti quei soggetti che, a vario titolo, abbiano intrattenuto rapporti con le parti della controversia ovvero abbiano svolto compiti o funzioni incidenti direttamente o indirettamente sulle questioni oggetto dell'arbitrato amministrato. A quest'ultimo riguardo, particolare rilievo assume la fattispecie di divieto prevista dall'art. 213, comma 6, lett. g), d.lgs. n. 36/2023, che si configura come norma di chiusura rispetto a quel-

la risoluzione di controversie derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici<sup>19</sup>.

Con riguardo alle modalità di nomina dei componenti e del presidente dei CCT, all'art. 1, comma 2 dell'allegato V.2 del d.lgs. n. 36/2023 si prevede in particolare che, nel caso in cui i componenti nominati da ciascuna parte non riescano, entro dieci giorni dall'avvio dell'esecuzione del contratto, a trovare un accordo per la nomina del terzo o del quinto componente, con funzioni di presidente, quest'ultimo "è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e di Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse".

In dottrina si è in modo condivisibile sottolineato che risulta preferibile il primo modello (*i.e.* quello in cui il CCT è a nomina concordata), che si basa su un accordo tra le parti, dal momento che in tale modello sono garantire maggiormente l'indipendenza e l'imparzialità del collegio, in ragione del fatto che ciascuna parte sarà indotta, di regola, a manifestare il proprio assenso soltanto nel caso in cui i nominativi proposti presentino effettivamente requisiti di professionalità e di indipendenza<sup>20</sup>.

Le disposizioni contenute nel Codice dei contratti non chiariscono tuttavia se, in caso di impossibilità di raggiungere un accordo, occorra passare dal CCT a nomina concordata a quello a nomina di parte.

La *ratio* complessiva della disciplina in esame porta a ritenere che debbono essere evitate situazioni di blocco nella nomina dei componenti del CCT (là dove, naturalmente, il Collegio sia ad istituzione obbligatoria), di tal che appare inevitabile che il CCT, in tale ipotesi, divenga a nomina di parte e, là dove non si riesca a trovare l'accordo sul Presidente, si chieda l'intervento sostitutivo del MIT o di un altro Ente territoriale tra quelli sopra indicati. Se ciò

---

le previste dalle lettere precedenti della stessa disposizione, essendo applicabile a tutti "coloro che hanno partecipato a qualunque titolo alla procedura per la quale è in corso l'arbitrato".

<sup>19</sup> Infatti, oltre a trovare applicazione l'art. 815 c.p.c., all'art. 215, comma 6, d.lgs. n. 36/2023 è contemplata una serie di ipotesi di incompatibilità alla nomina ad arbitro, rivolte ad evitare che sussistano situazioni di conflitto di interessi e a garantire l'indipendenza dei nominati. Requisiti di terzietà e indipendenza che sono stati oltretutto rafforzati dalla c.d. riforma Cartabia (si v. l'art. 3, comma 51, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), che ha apportato modifiche e integrazioni alla disciplina generale sull'arbitrato (si v. in particolare gli artt. 813 e 815, comma 1, n. 6-*bis*, c.p.c.).

<sup>20</sup> Si v. sul punto P. OTRANTO, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*, cit., spec. p. 332, che osserva come il CCT a nomina di parte risulti sbilanciato a favore delle parti pubbliche.

appare coerente con la previsione dell'obbligo di procedere, in determinati casi, su richiesta di ciascuna parte, alla costituzione obbligatoria del CCT<sup>21</sup>, occorre però rilevare come risulti poco comprensibile la scelta del legislatore che ha previsto, in caso di blocco – derivante dal fatto che una delle parti non ha adempiuto all'obbligo di (o risulta in ritardo nel) nominare il componente di propria spettanza (ossia uno o due dei componenti a seconda che il CCT sia composto da tre o cinque membri) – allorché la costituzione del CCT è obbligatoria, soltanto la possibilità per la parte non inadempiente di rivolgersi al Presidente del tribunale ordinario “ove ha sede la stazione appaltante, individuata quale sede del CCT”<sup>22</sup>. La disciplina *de qua* sarebbe risultata più coerente se fosse stata prevista la possibilità di rivolgersi al Presidente del Tribunale ordinario non soltanto nelle indicate situazioni (*i.e.*: nei casi di inosservanza dell'obbligo di provvedere alla nomina o di ritardo nella stessa), ma anche nell'ipotesi in cui ciascuna parte provveda alla nomina del/i componente/i a cui è tenuta, ma non si raggiunga l'accordo tra le stesse in ordine alla nomina del presidente del CCT, come in genere dispongono le convenzioni d'arbitrato *ex art.* 810, comma 4, c.p.c.

### 3. *Le regole applicabili alla costituzione, al funzionamento e allo scioglimento del CCT.*

Con riguardo alla costituzione del CCT, la giurisprudenza, in passato, aveva affrontato la questione della natura giudica sia dell'atto di rigetto dell'istanza di costituzione del CCT (allorquando il Collegio è ad istituzione obbligatoria) che del silenzio serbato dalla stazione appaltante, a fronte della presentazione della medesima istanza da parte dell'appaltatore.

Deve al riguardo rilevarsi come, con riferimento alla previgente normativa, i giudici amministrativi avessero in particolare ritenuto che l'atto di rigetto dell'istanza di costituzione del CCT configurava un provvedimento autoritativo vincolato – in ragione della “finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico” e della “disciplina di carattere pubblicistico dell'istituto”<sup>23</sup> –, mentre avessero qualificato come silenzio inadempimento l'inerzia delle am-

---

<sup>21</sup> Si v. l'art. 215, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>22</sup> Si v. l'art. 2, comma 1, dell'allegato V.2.

<sup>23</sup> Si v. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 20 giugno 2022, n. 1638, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

ministrazioni intime alla costituzione del CCT dagli appaltatori<sup>24</sup>.

Per quanto già sotto la vigenza della previgente normativa si potesse dubitare della correttezza di tale ricostruzione, la stessa, alla luce della disciplina contenuta nel Codice dei contratti, ha ulteriormente perso di consistenza sul piano giuridico.

La nuova disciplina normativa, come si è sopra evidenziato, stabilisce infatti che, nel caso in cui una delle parti non abbia adempiuto all'obbligo di (o risulti in ritardo nel) provvedere alla nomina del/i componente/i, l'altra parte adempiente possa rivolgersi al Presidente del tribunale ordinario affinché provveda a detta nomina. Ciò rende evidente come l'eventuale atto di rigetto dell'istanza di costituzione del CCT o il silenzio serbato dalla stazione appaltante non siano sindacabili dal giudice amministrativo, non essendo riconducibili all'esercizio (o al mancato esercizio) di un potere autoritativo. In effetti, nel contesto normativo qui considerato non appare rinvenibile alcuna norma attributiva di un potere amministrativo.

Inoltre, va osservato che nelle ipotesi di inosservanza dell'obbligo di provvedere alla (o di ritardo nella) costituzione del CCT è stato previsto un rigoroso regime sanzionatorio, avente una chiara funzione deterrente. Si stabilisce in particolare che, nel caso di affidamenti superiori alla soglia di rilevanza europea, detti comportamenti quando sono ascrivibili ai dirigenti della stazione appaltante possono rilevare ai fini della configurazione della responsabilità dirigenziale e di quella amministrativa per danno erariale e, allorché sono imputabili all'operatore economico, possono assumere rilievo sul piano dell'osservanza della buona fede contrattuale<sup>25</sup>.

Pertanto, nel caso di inerzia della stazione appaltante nella costituzione del CCT, l'appaltatore potrebbe presentare un esposto alla Procura della Corte dei conti, mentre nell'ipotesi in cui l'inosservanza dell'obbligo di provvedere alla nomina del componente è da ascrivere all'appaltatore, come è stato rilevato dall'ANAC, tenuto conto che il principio di buona fede costituisce estrinsecazione del principio di correttezza, la violazione di tali principi potrebbe

---

<sup>24</sup> Si v. TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 22 ottobre 2021, n. 3167, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>25</sup> Si v. l'art. 2, comma 1 dell'allegato V.2. Per quanto tale disposizione si limiti ad indicare gli affidamenti superiori alla soglia di rilevanza europea, in realtà tale riferimento può propriamente essere riferito ai lavori, ma non anche alle forniture di beni e di servizi. Occorre infatti tener conto che la medesima disposizione dell'allegato V.2. si riferisce ai casi di CCT ad istituzione obbligatoria e che all'art. 215, comma 1, d.lgs. n. 36/2023 si stabilisce con riguardo agli appalti di servizi e a quelli di forniture di beni, una soglia più alta di quella di rilevanza europea, essendo pari ad un milione di euro.



configurare un inadempimento contrattuale<sup>26</sup>. In quest'ultimo caso verrebbe in particolare in rilievo l'inadempimento di un obbligo di condotta da parte dell'appaltatore, a cui il medesimo risulta sottoposto in ragione della sussistenza del rapporto contrattuale.

Tuttavia, sebbene la valutazione dell'inerzia dell'appaltatore sia rimessa alla stazione appaltante, in applicazione del principio del risultato – che in questo caso non può che essere declinato nel senso di conservare il rapporto contrattuale in essere – è da ritenere che la stessa sia tenuta a rivolgersi al Presidente del Tribunale affinché provveda alla nomina del componente del CCT, anziché proporre i rimedi contro l'inadempimento contrattuale.

L'efficiente e celere funzionamento del CCT è assicurato soprattutto da misure di carattere sanzionatorio, indicate all'art. 4, comma 1 dell'allegato V.2.

#### *4. Gli atti adottati dai CCT: i pareri e le determinazioni.*

La disciplina in esame prevede, in via generale, che il CCT sia tenuto a rilasciare pareri, nonché ad adottare determinazioni aventi natura di lodo contrattuale, *ex art. 808 ter c.p.c.*, sempre che le parti non abbiano, in sede di insediamento del Collegio, espresso una volontà contraria<sup>27</sup>.

Occorre poi distinguere i pareri obbligatori da quelli facoltativi: mentre i primi debbono essere acquisiti in base alla legge, i secondi attengono a questioni sottoposte al Collegio da una delle parti e sono emessi nelle ipotesi in cui almeno una di loro abbia manifestato la volontà contraria all'attribuzione della natura di lodo contrattuale alle decisioni.

Sono, innanzitutto, da ascrivere alla categoria dei pareri obbligatori (non vincolanti) quelli che debbono essere acquisiti nei casi di sospensione, volontaria o coattiva, dell'esecuzione dei lavori sopra soglia e dell'esecuzione di appalti di forniture di beni o di servizi di importo pari o superiore ad un milione

---

<sup>26</sup> Si v. ANAC, delibera n. 265 del 7 giugno 2022, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

<sup>27</sup> Si v. l'art. 215, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 e l'art. 2, comma 2 dell'allegato V.2. Si tratta di disposizioni di particolare rilievo in quanto condizionanti il rapporto tra tale istituto e gli altri rimedi alternativi alla giurisdizione. In particolare, il silenzio serbato dalle parti in merito alla natura di lodo contrattuale delle determinazioni assunte dal CCT, determinando la configurabilità di tale natura alla stregua della disposizione di cui trattasi, si ritiene che precluda l'attivazione degli altri rimedi: si v., in tal senso, C. DEODATO, *I rapporti con gli altri rimedi precontenziosi*, in *Linee guida per l'applicazione delle funzioni del collegio consultivo tecnico*, a cura di F. Francario, M. Sessa, A. Zambrano, Roma, 2021, p. 40.

di euro, con riferimento ai quali, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 216, comma 1, d.lgs. n. 36/2023, trovano applicazione, in quanto compatibili, anche i commi 3, 6, secondo periodo, e 8 quarto periodo dell'art. 121, a cui fa rinvio il comma 11, ultimo periodo del medesimo articolo<sup>28</sup>.

Si deve poi tener conto che occorre distinguere le ipotesi in cui il parere obbligatorio non può essere sostituito da una determinazione avente natura di lodo contrattuale dalle ipotesi in cui invece detta sostituzione risulta ammessa.

In realtà, le disposizioni qui in considerazione si limitano a stabilire che si rientra nella prima ipotesi (*i.e.* di esclusione) allorquando “è richiesto il parere sulla sospensione coattiva e sulle modalità di prosecuzione dei lavori”<sup>29</sup>, mentre sono riconducibili alla seconda ipotesi (*i.e.* di possibile sostituzione del parere col lodo contrattuale) i casi di sospensione, che sono imposti “da gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti”<sup>30</sup>, in cui il parere obbligatorio del CCT è successivo, nel senso che deve intervenire entro quindici giorni dalla comunicazione dell'avvenuta sospensione, previo accertamento dell'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori, ed avere ad oggetto l'indicazione delle modalità con cui proseguire, nonché le eventuali modifiche necessarie da apportare.

Oltretutto non appare agevole operare distinzioni tra i casi di sospensione dei lavori riconducibili, rispettivamente, alla categoria dei pareri obbligatori e a quella delle determinazioni con valore di lodo contrattuale.

Una zona grigia appare individuabile anche in quei casi in cui i pareri sono obbligatori, ma non sono stati espressamente ricondotti alle due categorie, *i.e.* quella dell'esclusione e quella della possibile sostituzione. Deve al riguardo tuttavia rilevarsi che, in base al principio di legalità, non è sufficiente che il diritto positivo individui i casi in cui il CCT adotta pareri obbligatori, dal momento che risulta altresì necessario che stabilisca in modo espresso che questi ultimi possono essere sostituiti da una determinazione avente natura di lodo contrattuale.

In termini riassuntivi, si può dunque osservare che le decisioni del CCT possono consistere in: i) una determinazione avente valenza di lodo contrattuale, a meno che la stessa non sia stata espressamente esclusa, ogni qual volta

---

<sup>28</sup> Si v. l'art. 216, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>29</sup> Si v. l'art. 217, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>30</sup> Si v. gli art. 216, comma 4, e 217, comma 1, ultimo periodo, d.lgs. n. 36/2023.

l'acquisizione del parere è prevista come facoltativa; ii) un parere (facoltativo), quando la valenza di lodo contrattuale, pur essendo ammissibile è stata esclusa per volontà di una delle parti; iii) un parere obbligatorio nei casi in cui non è prevista espressamente la possibilità che il medesimo possa essere sostituito con una determinazione avente valore di lodo contrattuale; iv) una determinazione avente natura di lodo contrattuale nelle ipotesi in cui la sospensione è imposta da gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non si è raggiunto un accordo tra le parti, oppure, se detta natura viene esclusa da una delle parti, un parere (obbligatorio).

Per quanto attiene al procedimento da seguire al fine di ottenere una decisione del CCT, deve porsi in rilievo come quest'ultimo possa esprimersi soltanto previa formale richiesta, sulla base della presentazione di un quesito scritto, in via congiunta dalle parti oppure distintamente da ciascuna parte<sup>31</sup>.

Con riguardo alle ipotesi in cui il CCT deve essere costituito, si è osservato in dottrina che non pare coerente che siano soltanto le parti a decidere se e quando sottoporgli le controversie che insorgano tra loro, dovendosi invece riconoscere che, dal momento che non è espressamente stabilito che le decisioni assunte in mancanza dell'iniziativa di una delle parti sono sanzionate con la nullità, il CCT possa pronunciarsi anche su iniziativa d'ufficio<sup>32</sup>.

Tuttavia, tale ricostruzione non appare aderente al dato normativo, atteso che, ai sensi dell'art. 3, comma 1 dell'allegato V.2, l'attivazione del procedimento per il rilascio dei pareri o l'adozione delle determinazioni da parte del CCT viene rimessa *expressis verbis* all'iniziativa di ciascuna delle parti, addossandosi alle medesime non soltanto l'onere di formulare un quesito in forma scritta, ma altresì l'onere di presentare a corredo del medesimo "tutta la documentazione necessaria a illustrare le ragioni della contestazione" e di preci-

---

<sup>31</sup> Si v. l'art. 3, commi 1 e 4 dell'allegato V.2.

<sup>32</sup> Si v. sul punto F. GOISIS, *Il collegio consultivo tecnico e la sua veste arbitrale: profili sostanziali e di tutela giurisdizionale*, in *GiustiziaInsieme.it*, 21 marzo 2024, che propone altresì di interpretare la locuzione "può", contenuta al comma 1 dell'art. 3 dell'allegato V.2, alla stregua di un dovere sussistente per il RUP di sottoporre tempestivamente quesiti scritti al CCT, in caso di riserve e di altre controversie in senso proprio di cui venga a conoscenza. Occorre però tener conto che agli artt. 210 e 211, d.lgs. n. 36/2023 si disciplina un altro strumento di risoluzione delle controversie alternativo alla tutela giurisdizionale, *i.e.* l'accordo bonario, la cui attivazione presuppone che si sia proceduto all'iscrizione di riserve nel registro contabile. A ben vedere, se si ritenesse che la sottoposizione di quesiti sulle riserve al CCT, da parte del RUP, costituisca oggetto di un obbligo anziché di una facoltà, non risulterebbe più utilizzabile l'istituto dell'accordo bonario.

sare “quale sia la domanda proposta”. Di tal che, è da ritenere che, nel caso di specie, non possa che trovare applicazione il noto brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. A ciò si aggiunga che, anche nella prospettiva di una ricostruzione sistematica dell’istituto *de quo*, la disciplina del CCT deve raccordarsi con quella contenuta nel Codice dei contratti riguardante altri rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, segnatamente con quella relativa all’accordo bonario, da cui si desume che è prevista una facoltà (e non un obbligo, tranne nelle ipotesi di pareri obbligatori) di sottoporre al CCT ad istituzione obbligatoria, in modo tempestivo, quesiti riguardanti (anche) riserve che possano costituire ostacolo alla celere esecuzione del contratto<sup>33</sup>. Detta facoltatività è in particolare da connettere alla possibilità di avviare, in via alternativa, un procedimento di accordo bonario, sempre che ricorrano le condizioni previste dalla disciplina positiva. Ciò, tanto più che, come è stato rilevato dalla Consulta, occorre tener distinta la possibilità di definire mediante l’accordo bonario le riserve iscritte, con riferimento alle quali è individuato un limite quantitativo, dalla iscrizione delle riserve nel registro di contabilità – dal momento che oltre il limite legale è “certamente inibito accedere all’accordo bonario, mentre non risultano precluse azioni giudiziarie” –; ed inoltre che “per orientamento uniforme del diritto vivente, sono indifferenti all’istituto dell’iscrizione di riserve e, dunque, sono sempre ammissibili le azioni risolutorie e quelle ad esse correlate, a partire dal risarcimento del danno di cui all’art. 1453 cod. civ.”<sup>34</sup>.

A differenza dell’ipotesi in cui sia avviato un procedimento di accordo bonario, va osservato come l’attività del CCT non sia subordinata all’iscrizione di riserve al raggiungimento di una certa soglia, per quanto al medesimo Col-

---

<sup>33</sup> Si consideri, in particolare, che nelle Linee guida approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibile del 17 gennaio 2022, si era stabilito che: “6.1.2. In caso di attribuzione della natura di lodo contrattuale, *ex art. 808-ter* del codice di procedura civile, la decisione del CCT è da ritenersi alternativa all’accordo bonario. ... 6.1.4. Nel caso in cui il CCT sia chiamato ad esprimersi su riserve regolarmente iscritte sui documenti deputati a riceverle, l’acquisizione della relazione riservata della Commissione di collaudo è rimessa alla discrezionalità del responsabile unico del procedimento. In tale caso i termini di cui al punto 3.3.4 rimangono sospesi sino all’acquisizione della predetta relazione riservata”. Per quanto tali previsioni delle Linee guida non sono state trasfuse nella disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici, si deve tener conto che all’art. 3, comma 1, secondo periodo dell’allegato V.2 si stabilisce che “resta fermo l’onere delle iscrizioni delle riserve secondo la disciplina vigente”.

<sup>34</sup> Si v. Corte cost. 27 maggio 2021, n. 109, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), in cui si evidenzia che “i rimedi contrattuali di natura risolutoria, e le correlate azioni anche risarcitorie, non sono, secondo un orientamento costante del diritto vivente, subordinati al rispetto dell’onere di iscrivere riserve”.

legio le parti possano sottoporre questioni tecniche connesse a riserve, che sono di ostacolo alla celere prosecuzione dei lavori oggetto dell'appalto.

Inoltre, la facoltà di sottoporre dei quesiti al CCT, segnatamente da parte dell'appaltatore, deve considerarsi piena e non circoscrivibile da parte della stazione appaltante, considerato che, come è stato rilevato dall'ANAC, una limitazione al funzionamento del CCT si porrebbe in contrasto "con l'obbligatorietà della relativa costituzione e con la predeterminazione *ex lege* delle relative attribuzioni"<sup>35</sup>.

Nonostante, poi, all'art. 3, comma 3 dell'allegato V.2 si faccia riferimento alle determinazioni del CCT, vari elementi ivi contenuti, tra cui, segnatamente, il termine previsto, le previsioni in tema di contraddittorio, di obbligo di motivazione, nonché quelle riguardanti particolari esigenze istruttorie appaiono riferibili anche ai pareri (obbligatori e facoltativi). Ciò, a prescindere dal fatto che, a norma dell'art. 4, comma 2 dell'allegato V.2, determinate conseguenze sanzionatorie sono previste in relazione soltanto alle determinazioni. Ad opinare diversamente si dovrebbe infatti concludere che i pareri, nei casi in cui non siano qualificabili come lodi contrattuali, possano essere espressi dal CCT anche in un lasso di tempo molto ampio rispetto al momento in cui il quesito viene inoltrato al CCT. Il che, tuttavia, si porrebbe in evidente contraddizione con la ratio complessiva dell'istituto, che è quella "di prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura"<sup>36</sup>.

In termini riepilogativi, dal quadro piuttosto articolato che si è indicato deve rilevarsi come non risulti delineata in modo preciso la distinzione tra i pareri, che dovrebbero costituire estrinsecazione di un'attività di consulenza, e le determinazioni aventi natura di lodo contrattuale, che dovrebbero invece essere espressione di compiti di prevenzione e risoluzione delle controversie.

Deve infatti rilevarsi come sia individuabile una commistione tra le due tipologie di attività. Ciò risulta evidente, ad esempio, allorquando le decisioni del CCT hanno natura di lodo contrattuale, ma si prevede che l'attività di mediazione e di conciliazione svolta sia in ogni caso "finalizzata alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte"<sup>37</sup>, di tal che la soluzione individuata deve assicurare primariamente il perseguimento dell'interesse pubblico a tale celere esecuzione.

---

<sup>35</sup> Si v. ANAC, delibera n. 206 del 9 marzo 2021, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

<sup>36</sup> Si v. l'art. 215, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>37</sup> Si v. l'art. 215, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

Detta commistione è ravvisabile anche là dove si stabilisce che, nel caso in cui, per qualsiasi motivo, i lavori non possano proseguire con l'appaltatore, nel parere (obbligatorio), che deve essere reso dal CCT prima di procedere alla risoluzione contrattuale, occorre individuare la soluzione preferibile tra quelle espressamente contemplate (*i.e.*: l'esecuzione in via diretta dei lavori; l'interpello, in via progressiva, dei soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara; l'indizione di una nuova procedura di gara; la richiesta alle autorità governative della nomina di un commissario straordinario).

Oltretutto, si deve tener conto che anche l'inosservanza dei pareri<sup>38</sup>, oltre che delle determinazioni, può comportare l'applicazione di determinate sanzioni, dal momento che tale inosservanza è valutabile ai fini dell'accertamento della responsabilità amministrativa per danno all'erario e può configurare un "grave inadempimento degli obblighi contrattuali"<sup>39</sup>, con la conseguenza che anche i pareri, ancorché non vincolanti, risultano connotati da una certa "precettività, pur se indiretta"<sup>40</sup>. In proposito, è da rilevare come non risultino perspicue le ragioni a fondamento delle diverse conseguenze sul piano giuridico che la disposizione di cui trattasi riconnette all'inosservanza (e, rispettivamente, all'osservanza) dei pareri (anche facoltativi *ex art.* 217, comma 2, del Codice) e delle determinazioni del CCT. In particolare, dall'inosservanza non soltanto delle determinazioni, ma anche dei pareri possono trarsi elementi di valutazione in ordine alla sussistenza di ipotesi di responsabilità erariale del soggetto agente; tuttavia, la disciplina positiva prevede che soltanto l'osservanza delle determinazioni (e non anche dei pareri) configura un'ipotesi di esclusione della responsabilità per danno erariale<sup>41</sup>. L'indicata diversità sul piano delle conseguenze giuridiche, delineata con riguardo a tali tipologie di atti, appare invero non giustificabile, dal momento che tanto le determinazioni quanto i pareri, seppur in termini diversi, sono idonei a conformare il comportamento e le decisioni della stazione appaltante<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Si v. l'art. 217, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>39</sup> Si v. l'art. 215, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>40</sup> Si v. P. OTRANTO, *op. cit.*, pp. 362-363.

<sup>41</sup> Si v. l'art. 215, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>42</sup> Un assetto diversificato viene parimenti delineato sul versante giurisdizionale, atteso che, mentre le determinazioni aventi natura di lodo contrattuale sono annullabili in base alle previsioni dell'art. 808-ter c.p.c., nei confronti dei pareri resi dal CCT non è contemplata l'attivazione, in modo specifico, di strumenti di tutela, pur essendo configurabili degli effetti pregiudizievoli in ragione dell'inosservanza degli stessi.

Inoltre, occorre rilevare come, non diversamente dagli atti con cui la stazione appaltante manifesta la volontà di transigere, o quelli ascrivibili al procedimento rivolto alla conclusione di un accordo bonario<sup>43</sup>, anche le decisioni adottate dai CCT (*i.e.* pareri e determinazioni) hanno natura privatistica<sup>44</sup>. Di ciò costituisce peraltro indiretta conferma la previsione, contenuta nelle Linee guida del 2022, secondo cui “in caso di attribuzione della natura di lodo contrattuale, *ex art.* 808-*ter* del codice di procedura civile, la decisione del CCT è da ritenersi alternativa all’accordo bonario”<sup>45</sup>. Per quanto le previsioni delle Linee guida richiamate non siano state recepite dal legislatore del 2023, l’alternatività tra i due strumenti sembra comunque potersi ricostruire in via interpretativa, in ragione sia del riferimento, contenuto all’art. 3, comma 1, secondo periodo dell’allegato V.2, al fatto che “resta fermo l’onere delle iscrizioni delle riserve secondo la disciplina vigente”, sia della conferma nel nuovo Codice dei contratti della previgente disciplina in tema di accordo bonario.

Ferma restando la natura privatistica di tali atti, dalla disciplina positiva si evince in particolare la valenza decisoria e l’effetto conformativo delle determinazioni<sup>46</sup>, tenuto conto che: i) tali atti hanno natura di lodo contrattuale e

---

<sup>43</sup> Sia consentito rinviare sul punto, per maggiori approfondimenti sulla ricostruzione in chiave privatistica dei procedimenti indicati nel testo, ad A. MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, spec. p. 140 ss.

<sup>44</sup> Per una diversa opinione si v. D. ANSELMi, F. SMERCHINICH, *Il Collegio consultivo tecnico*, cit., p. 681, ad avviso dei quali dai pareri del CCT, obbligatori o facoltativi, per quanto non “autonomamente impugnabili”, “la stazione appaltante se ne può discostare ... previa motivazione (anche se la norma non sembra richiederla)”, anche in ragione del fatto che la scelta di risolvere un contratto discostandosi o meno da un parere del CCT potrebbe rappresentare “un esercizio di potere autoritativo e di discrezionalità”.

<sup>45</sup> Si v. § 6.1.2 delle Linee guida approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibile del 17 gennaio 2022. Nel medesimo senso disponevano anche le Linee guida del Consiglio Superiore dei Lavori pubblici per l’omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del Collegio consultivo tecnico di cui agli artt. 5 e 6 del d.l. n. 76/2020 n. 76, conv. dalla legge n. 120/2020, in [www.lavoripubblici.it/](http://www.lavoripubblici.it/) del 21 dicembre 2020.

<sup>46</sup> Si v. sul punto P. OTRANTO, *op. cit.*, p. 362 s., che rimarca la natura aggiudicativa e l’efficacia vincolante della determinazione-lodo, derivante da una previsione di legge e dalla mancata esternazione di una volontà contraria. Inoltre, I. LOMBARDINI, *op. cit.*, p. 854 sottolinea come le determinazioni integrino o modifichino il contenuto del contratto stipulato dalle parti.

sono impugnabili nei casi e modi indicati dall'art. 808-ter, comma 2, c.p.c.<sup>47</sup>; ii) soltanto nel caso di ingiustificato ritardo nell'adozione di tali atti la stazione appaltante può assumere le decisioni che le competono, prescindendo dall'acquisizione della decisione del CCT<sup>48</sup>; iii) l'osservanza (soltanto) di tali atti del CCT esclude la configurabilità della responsabilità amministrativa per danni all'erario, salvo che non sia rilevabile una condotta dolosa<sup>49</sup>; iv) tali atti debbono essere corredati da una succinta motivazione, integrabile nei quindici giorni successivi<sup>50</sup>; v) nel caso in cui la parte vincitrice non abbia osservato la determinazione ed il provvedimento con cui viene definito il giudizio risulti corrispondente al contenuto della medesima determinazione, il giudice di tale giudizio deve escludere la ripetizione delle spese sostenute da detta parte, riferibili al periodo successivo all'adozione della stessa, nonché condannare al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente e al versamento allo Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato<sup>51</sup>.

Infine, il fatto che si preveda che, di regola, nell'assumere le determinazioni deve essere garantito il contraddittorio<sup>52</sup>, nonché assicurato il rispetto dell'obbligo di motivazione, non diversamente da altre fattispecie, è da porre in relazione essenzialmente all'esigenza di rendere conoscibili le ragioni che sono poste a fondamento di determinate decisioni delle stazioni appaltanti o che le inducono a formulare certe proposte nei confronti dei privati<sup>53</sup>, dal momento che tali determinazioni non sono qualificabili in termini pubblicistici.

---

<sup>47</sup> Si v. l'art. 217, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>48</sup> Si v. l'art. 4, comma 2 dell'allegato V.2.

<sup>49</sup> Si v. l'art. 215, comma 3, d.lgs. n. 36/2023. Tale previsione se per un verso rafforza un orientamento già affermatosi nell'ordinamento, di cui costituiscono espressione l'art. 11-bis, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e l'art. 1.1, legge n. 20/1994, per l'altro conferma la scelta legislativa, rivolta ad arginare il fenomeno della c.d. burocrazia difensiva, operata con l'art. 21, comma 2, d.l. n. 76/2020, conv. dalla legge n. 120/2020.

<sup>50</sup> Si v. l'art. 3, comma 4, secondo periodo, dell'allegato V.2.

<sup>51</sup> Si v. l'art. 3, comma 5, dell'allegato V.2, in cui si stabilisce altresì che "resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile".

<sup>52</sup> All'art. 3, comma 3 dell'allegato V.2 si prevede, espressamente, che le modalità di svolgimento del contraddittorio debbano (necessariamente) essere specificate nel verbale di insediamento.

<sup>53</sup> Si v. ancora A. MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico*, cit., p. 156.





# NOTE SULL'USO DEL DEMANIO MARITTIMO PER FINI TURISTICO-BALNEARI

*Francesco Manganaro*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cenni riepilogativi della vicenda. – 3. Demanio e disciplina della normativa sui servizi. – 4. L'uso della spiaggia nei piani territoriali ed ambientali. – 5. L'attuale situazione di fatto. – 6. La disciplina delle strutture inamovibili ed il principio dell'affidamento. – 7. Principio dell'affidamento ed indennizzo.

## 1. *Premessa.*

Torna a proporsi nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>1</sup> e del Consiglio di Stato<sup>2</sup> l'irrisolta vicenda delle concessioni delle spiagge per fini turistico-balneari<sup>3</sup>.

La questione è stata oggetto di numerosi interventi legislativi, sentenze di varie Corti e ampie analisi della dottrina, ma tuttavia rimane ancora incerta<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte cost, 16 aprile 2024, n. 109. La nota più sorprendente di questa sentenza è che il governo, per dimostrare l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione siciliana che prevedeva la proroga delle concessioni fino al 2033, rinvia alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato, in netta contraddizione con le proroghe da esso stesso emanate.

<sup>2</sup> Tra le ultime: Cons. Stato, Sez. VII, 19 marzo 2024, n. 2679; Cons. Stato, Sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4479; Cons. Stato, Sez. VII, 20 maggio 2024, nn. 4480 e 4481.

<sup>3</sup> Sulle concessioni di beni pubblici ed i rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e quello nazionale, si veda: G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 3/4, p. 381 ss.; ID., *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. 2, II ed., 2007, p. 827 ss.; ID., *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 1, p. 1 ss.; ID., *La direttiva in materia di "concessioni"*, 2015, 5, p. 1095 ss.; ID., *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 3/4, p. 505 ss.

Le presenti note non intendono né possono dare risposte che spetterebbero ad un legislatore più avveduto, ma intendono solo esaminare alcuni profili, al fine di individuare se sussista qualche possibile novità regolatoria<sup>5</sup>.

## 2. Cenni riepilogativi della vicenda.

Come è noto la giurisprudenza comunitaria e, di seguito, quella nazionale, hanno ritenuto che l'uso di un bene demaniale come la spiaggia per finalità turistico-balneari sia soggetto alla direttiva servizi 2006/123/CE, con tutto ciò che ne consegue in ordine alla disciplina della concorrenza.

L'apertura della prima procedura di infrazione da parte della Commissione europea, che risale al 2008, ha comportato la modifica dell'art. 37 del Codice della navigazione che prevedeva il c.d. diritto di insistenza sul bene ed il rinnovo automatico della concessione.

Tuttavia, il legislatore non ha proceduto ad una nuova regolamentazione, ma ad una serie di proroghe delle concessioni in scadenza.

Nonostante la Corte di Giustizia abbia ribadito, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa srl e Mario Melis, l'obbligo di applicare la disciplina servizi, il legislatore nazionale ha prorogato ulteriormente la validità delle concessioni dei beni demaniali per uso turistico-balneare per ulteriori quindici anni (art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145/2018), prevedendo come termine l'anno 2033.

Tale disposizione è stata ritenuta contraria al diritto euro-unitario dalle

---

<sup>4</sup> È impossibile citare, anche solo in sintesi, la dottrina sul punto, vista la sua vastità. Più di recente: G. COLOMBINI, *Beni pubblici, gestioni patrimoniali, concessioni demaniali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, p. 675 ss.; M. RENNA, A. GIANNELLI, *Concessioni balneari: l'onda lunga della disapplicazione raggiunge anche il milleproroghe*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2023, p. 638 ss.; A. FLORIO, *Le concessioni demaniali marittime tra vecchia disciplina e auspicata riforma alla luce degli interventi dell'Unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2023, p. 997 ss.; D. GRANARA, *Le concessioni balneari tra le Corti e il Legislatore, dialoghi o monologhi?*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2710 ss.; ID., *Le concessioni balneari al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2024, p. 884 ss.; G. MARCHEGIANI, *Le vicissitudini delle concessioni balneari e la precarietà della loro situazione*, in *Urb. e app.*, 1, 2024, p. 5 ss.; G. MARI, *Demanio costiero e uso generale: la "scarsità della risorsa naturale"* (nota a TAR Puglia, Lecce, nn. 1223 e 1224 del 2023), in *Giustiziainsieme.it*, 7 febbraio 2024. Si segnala, altresì, il fascicolo speciale della Rivista *Dir. e soc.*, 3, 2021.

<sup>5</sup> Sul punto, di recente: M. GNES, (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettiva*, Milano, 2023.

sentenze c.d. gemelle del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, che hanno evidenziato il contrasto con le norme UE in tema di libertà di stabilimento e di non discriminazione tra operatori economici, con la conseguente necessità di disapplicare la proroga anche da parte delle pubbliche amministrazioni.

Il legislatore nazionale ha, in un primo tempo, tenuto conto dell'orientamento del Consiglio di Stato e con l'art. 3 della legge n. 118/2022, ha stabilito che tali concessioni demaniali continuassero ad avere efficacia solo fino al 31 dicembre 2023, salvo prevedere un ulteriore anno di proroga per la necessaria complessa attuazione della nuova disciplina.

Invece, in un secondo momento, con il c.d. decreto milleproroghe (d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito in legge 24 febbraio 2023, n. 14), il termine è stato posposto al 31 dicembre 2025, suscitando la reazione del Presidente della Repubblica, che, pur promulgando la legge, ne ha rilevato la contrarietà con il diritto euro-unitario e con le sentenze della Corte di Giustizia e del giudice amministrativo.

La necessità di ricorrere ad una gara ad evidenza pubblica trova poi nuova conferma nell'ulteriore sentenza della Corte di Giustizia nella C-348/22, proposta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato contro il Comune di Ginosa, che aveva deciso di prorogare, nel suo territorio, le concessioni fino al 2033. La sentenza afferma, infatti, che sussiste "l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombono ai giudici nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali".

Sulle più recenti sentenze dei giudici nazionali, che confermano la necessità di adeguarsi alla disciplina euro-unitaria, si tornerà più oltre. Intanto, facendo un passo indietro, vediamo quali sono le questioni poste dalla dottrina e come potrebbero essere risolte alla luce di una carenza normativa e di una granitica interpretazione giurisdizionale a tutti i livelli istituzionali.

### 3. *Demanio e disciplina della normativa sui servizi.*

La dottrina ha rilevato che l'uso della spiaggia per motivi turistico-ricreativi è oggetto di un difficile *incaglio regolatorio*<sup>6</sup> ed è assai più complessa perché coinvolge differenti piani di ragionamento: prima di tutto, ovviamente, la na-

---

<sup>6</sup> M. DE BENEDETTO, *Dalle spiagge alle coste: una strategia regolatoria*, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., p. 35.

tura concessoria o autorizzativa degli atti che consentono l'uso privato del demanio marittimo, ma anche altri temi generali quali l'efficacia diretta della normativa euro-unitaria nei confronti del legislatore e delle amministrazioni nazionali, il ruolo della giurisprudenza a fronte dell'inerzia del legislatore, i rapporti tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali, l'applicabilità di principi generali quali la concorrenza e l'affidamento, ma anche il coordinamento delle concessioni della spiaggia con la più ampia gestione delle coste o con i piani paesaggistici e con quelli ambientali.

Dirimente appare la questione circa l'applicabilità della disciplina sui servizi contenuta nella direttiva 2006/123/UE al caso in questione, seppure tutta la giurisprudenza sul punto la consideri scontata.

Una parte della dottrina ritiene, infatti, che i beni pubblici individuati dal nostro ordinamento non trovino la loro regolamentazione nella direttiva 2006/113/UE, cosicché non sarebbero sottoposti al diritto tiranno della concorrenza<sup>7</sup>.

Si osserva che le spiagge e gli arenili sono innanzitutto beni ambientali, sottoposti alle regole della relativa tutela e su cui si svolgono attività di vario genere, molte delle quali senza finalità commerciali, come la pesca o lo sport amatoriali. Sarebbe, perciò, inesatto considerare la spiaggia come bene demaniale sottoposto *tout court* alla disciplina della direttiva europea sui servizi. Ove il decisore politico voglia, come può, destinare parte del demanio ad un servizio imprenditoriale, solo allora ci sarà bisogno di una valutazione comparativa tra offerte, seppure non una vera e propria gara come nella disciplina euro-unitaria sui servizi.

Si rileva, a sostegno di questa tesi, che anche la Corte di Giustizia, affrontando il punto della "scarsità della risorsa" come presupposto per l'applicazione della disciplina concorrenziale, afferma che è a livello comunale che deve verificarsi se le aree sottoposte a sfruttamento economico siano o meno in numero limitato (sentenza *Promoimpresa*), cosicché gli Stati potrebbero preferire più che una disciplina generale per tutto il territorio nazionale, prevedere una valutazione caso per caso a livello comunale o, comunque, in un ambito limitato (sentenza *Ginosa*)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> E. SCOTTI, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato: pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., p. 141 ss.

<sup>8</sup> E. SCOTTI, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato: pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., p. 148. Secondo Ginevra GRECO,

Al di là di questo ultimo profilo che riprenderemo più oltre, l'incertezza sulla sottoposizione al diritto euro-unitario del bene-spiaggia non contraddice l'esigenza, nella stessa ricostruzione appena indicata, che quella parte di essa destinata ad attività imprenditoriale richieda almeno una valutazione comparativa tra diverse proposte

Questa tesi, quanto all'assegnazione di parti della spiaggia per fini economici finisce per coincidere con la dottrina prevalente secondo cui la gestione della parte di spiaggia destinata a fini turistici e ricreativi costituisca un rilevante settore economico, con la conseguenza che debba essere sottoposto alle regole europee e nazionali sulla concorrenza<sup>9</sup>. È stata, a questo proposito, rievocata la tesi di Benvenuti che, fin dal 1965, quando ancora molto timida era la regolazione della concorrenza, affermava che il bene demaniale può diventare strumentale al conseguimento di un utile, divenendo così un bene produttivo<sup>10</sup>.

È stato di recente opportunamente rilevato, più in generale, che la tutela ambientale ha esteso la sua portata con le recenti innovazioni costituzionali, contenute non solo nella modifica dell'art. 9 Cost., ma viepiù nell'integrazione dell'art. 41 Cost., ove l'ambiente è considerato un limite anche all'iniziativa economica<sup>11</sup>.

#### 4. *L'uso della spiaggia nei piani territoriali ed ambientali.*

Riservandoci di tornare più oltre sulle questioni maggiormente oggetto di studio come i canoni concessori o la scarsità della risorsa, è utile ampliare

---

*La Corte di Giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14 giugno 2023, sussiste una certa contraddizione tra la giurisprudenza comunitaria che consentirebbe, a livello locale, una valutazione caso per caso sulla scarsità della risorsa e la giurisprudenza del Consiglio di Stato che non la ammette.

<sup>9</sup> M. GNES, *Le spiagge e le coste: problema o risorsa?*, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., p. 11 ss.

<sup>10</sup> F. BENVENUTI, *Demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, p. 154 (ora in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 2006, p. 2392).

<sup>11</sup> G. DELLA CANANEA, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., p. 32. L'Autore osserva altresì che la previsione di una gara per la concessione non è solo un principio della concorrenza, ma un principio di giustizia distributiva per garantire l'eguaglianza.

l'orizzonte della disciplina regolatoria della spiaggia, osservando in quale ambito si inserisca.

La spiaggia non è che una porzione di uno spazio più ampio, che è la costa, vero oggetto della tutela, visto che è sulla costa che si svolgono le attività umane più diverse di cui quelle turistico-balneari sono solo una parte. Perciò la regolazione dell'uso delle spiagge dovrebbe essere inserita nella più ampia disciplina della gestione integrata delle zone costiere, prevista dalla Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2002/413/CE<sup>12</sup>.

Inoltre, la spiaggia deve essere considerata nella più ampia gestione del governo del territorio, che prevale anche sulla disciplina della concorrenza: per questo la regolamentazione della spiaggia è soggetta al piano regionale ed a quello comunale<sup>13</sup>, ma anche al piano paesaggistico che, avendo un oggetto più ampio, prevale sul piano di tutela delle coste<sup>14</sup>.

Emerge peraltro, come in tutti i casi di tutela del territorio, l'interesse prevalente della sostenibilità ambientale, secondo gli Obiettivi di sviluppo sostenibile, cosicché anche l'eventuale sfruttamento economico della spiaggia è sottoposto a quei criteri minimi ambientali a cui si ispirano anche, nel nostro ordinamento, i c.d. appalti verdi previsti all'art. 57 Codice appalti<sup>15</sup>.

Può essere utile qualche notazione circa la disciplina che regola le spiagge in altri ordinamenti nazionali, al fine di dimostrare che, anche nella vigenza del diritto europeo della concorrenza, possono essere individuate soluzioni nazionali diverse rispetto a quelle proposte nel nostro Paese.

Alcuni Paesi europei, come il nostro, sono stati destinatari di procedure di infrazione. Al Portogallo è stata contestata la norma che prevede un diritto di prelazione del precedente concessionario in caso di rinnovo delle concessioni, alla Spagna la mancanza di criteri trasparenti di selezione e l'eccessiva durata dei rinnovi delle concessioni sulla parte retrostante la battigia.

---

<sup>12</sup> M. DE BENEDETTO, *Dalle spiagge alle coste: una strategia regolatoria*, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., p. 141 ss.

<sup>13</sup> G. TORELLI, *Concessioni balneari e governo del territorio*, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 87.

<sup>14</sup> Così, L. DI GIOVANNI, *Il ruolo della pianificazione paesaggistica nella difesa delle coste italiane*, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., p. 101, seppure solo cinque Regioni abbiano prodotto il piano paesaggistico.

<sup>15</sup> C. LAURI, *I criteri di sostenibilità nelle procedure per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime*, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., p. 109 ss.

Tuttavia, l'ordinamento spagnolo prevede concessioni di lunga durata, ma solo per la zona retrostante alla spiaggia, mentre la battigia rimane sempre libera oppure oggetto di concessioni di breve durata, al contrario di quanto accade nel nostro ordinamento ove il Codice della navigazione prevede concessioni d'uso estese alla battigia<sup>16</sup>.

Anche in Francia la normativa è diversa poiché sussiste un generale divieto di impiantare in via permanente opere funzionali all'attività balneare e si prevede che l'80% della spiaggia resti libera da attrezzatura inamovibili.

In Grecia parte della spiaggia viene data in concessione, per periodi variabili, tramite gare pubbliche, che vengono bandite direttamente dai Comuni. Anche in Croazia la concessione si ottiene con una gara pubblica per una durata massima di venti anni.

### 5. *L'attuale situazione di fatto.*

Indicati i principi ispiratori di una corretta gestione delle spiagge e del loro retroterra, è il caso di soffermarci più compiutamente sulle principali questioni affrontate nella giurisprudenza delle Corti e nella dottrina.

Infatti, ammesso che si tratti di un bene demaniale che può (anche) essere assegnato a fini imprenditoriali (come di fatto è avvenuto nel nostro ordinamento) si deve considerare in concreto come esso sia stato utilizzato, verificando la situazione concreta su cui intervenire.

I dati statistici rilevano che, nel nostro Paese, vi sono tra 21.500 e 25.000 concessioni (la mancanza di dati certi è segno del pressappochismo con cui il problema è stato affrontato nel tempo) ed esse insistono su più della metà degli 8.000 chilometri di costa.

Se dovessimo ragionare secondo il neonato modello dell'autonomia differenziata dovremmo aspettarci regolazioni differenti. Se alcune Regioni hanno concessioni sul 70% del loro territorio non vi è dubbio che, configurandosi la spiaggia come una risorsa scarsa, sarebbe legittima l'applicazione del principio di concorrenza. Non così per quelle altre Regioni in cui le concessioni occupano non più del 40% del territorio, non configurandosi come una risorsa scarsa. Vedremmo così quali disparità può provocare l'autonomia differenziata con l'effetto paradossale secondo cui la Liguria dovrebbe fare le gare e la Cala-

---

<sup>16</sup> Riprendo sul punto le più ampie osservazioni, a cui rinvio, di: F. DI LASCIO, *I nodi delle concessioni di spiaggia: spunti di comparazione*, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., p. 65 ss.



bria no. Sarebbe più auspicabile una disciplina nazionale di principi ed una pianificazione regionale e comunale che tutelasse una parte di spiaggia libera, nel rispetto del principio di eguaglianza<sup>17</sup>.

#### 6. *La disciplina delle strutture inamovibili ed il principio dell'affidamento.*

Una seconda questione attiene alle infrastrutture inamovibili, la cui eventuale presenza sulla spiaggia potrebbe influire sull'affidamento del gestore uscente e sull'eventuale indennizzo.

Non vi è dubbio che sia apprezzabile l'impegno imprenditoriale di quei concessionari che hanno realizzato impianti che consentono la balneazione nel rispetto delle norme sulla sicurezza o sulla disabilità, offrendo un servizio apprezzato da turisti e residenti. Tuttavia, non possiamo dimenticare che ove vi sia – come spesso avviene al fine di offrire servizi migliori – un'opera realizzata sul demanio pubblico, bisogna verificare la compatibilità edilizia ed ambientale.

A questo proposito l'art. 49 del Codice della navigazione prevede ancora oggi esplicitamente che, al cessare della concessione, ove non sia diversamente previsto, le opere realizzate dal concessionario si trasferiscono nel patrimonio dello Stato, senza alcun indennizzo per chi le ha realizzate<sup>18</sup>.

Sarebbe sufficiente questa disposizione per escludere ogni tipo di affidamento da parte del gestore uscente su un eventuale diritto di insistenza, visto che egli già sa che alla cessazione della concessione le opere realizzate si trasferiranno allo Stato, che comunque potrà indire una nuova gara.

Diversa è la questione, ove si faccia valere l'affidamento per una cessazione anticipata della concessione rispetto alla data originariamente prevista<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> G. DELLA CANANEA, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva*, cit., 29; G. TORELLI, *Concessioni balneari e governo del territorio*, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettive*, cit., p. 81 ss.

<sup>18</sup> Secondo l'art. 49 Codice della navigazione: "Salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, te stano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato". La Sezione VII del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 8010 del 15 settembre del 2022 ha sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione dell'art. 49, tuttora pendente in causa C-598/22.

<sup>19</sup> Di recente, per un'analisi delle diverse opinioni della dottrina: C. FRAGOMENI, *Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole (nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567)*, in *Giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2023.

Come è noto, l'affidamento è una situazione giuridica che si consolida ove l'amministrazione o altro soggetto pubblico abbia ingenerato con i suoi atti la certezza di un rapporto giuridico, che poi invece viene meno. Nel caso che ci occupa tale certezza è tutt'altro che consolidata, poiché la questione relativa alla cessazione della concessione delle spiagge per uso turistico-balneare è oggetto da venti anni di rilievi dell'ordinamento europeo e di sentenze della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato, che negano il rinnovo automatico.

Già le sentenze gemelle del 2021 aveva assunto una posizione molto chiara. Al punto 38 delle sentenze nn. 17 e 18, l'Adunanza plenaria, richiamando la pronuncia della Corte di Giustizia, 14 ottobre 2010, C-67/09, affermava che “qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato”.

Perciò, sempre secondo la sentenza citata, non sussistono le condizioni per far valere l'affidamento, tanto più che “prima e a prescindere dalla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato aveva già affermato che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, Id., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825)”.

Tale orientamento viene ribadito nelle più recenti sentenze, anche dopo la vicenda relativa al contrasto giurisprudenziale con le Sezioni unite della Cassazione che con sentenza 24 ottobre 2023, n. 32559 aveva ritenuto erronea la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 18/2021, ritenendo necessaria l'integrazione del contraddittorio.

Secondo tali più recenti sentenze “*nessun legittimo affidamento dell'appellante può ritenersi sussistente* non venendo neppure in rilievo i poteri di autotutela decisoria dell'amministrazione ove solo si consideri che l'atto con cui il Comune di Lavagna ha inizialmente attestato l'avvenuta proroga della concessione ha assunto una valenza meramente ricognitiva, essendo l'effetto di cui si discute scaturito direttamente dalla legge (corsivo nostro)”<sup>20</sup>.

Peraltro, non si può far valere alcun affidamento degli attuali concessionari, perché l'applicazione della direttiva 2006/123/CE e/o dell'art. 49 TFUE al

---

<sup>20</sup> Cons. Stato, Sez. VII, 19 marzo n. 2679, par. 5.

settore delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative “impone l'immediata apertura del mercato”, cosicché “ogni esigenza correlata all'affidamento degli attuali concessionari non può certo giustificare proroghe automatiche o il rinvio delle procedure di gara, ma al massimo può essere valutata al momento di fissare le regole per la procedura di gara ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 12 della stessa Dir. 2006/123/CE (v. Corte di Giustizia UE, 14 luglio 2016, nelle cause C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, par. 52-56)”<sup>21</sup>.

### *7. Principio dell'affidamento ed indennizzo.*

Sotto un altro profilo, si potrebbe ricorrere all'affidamento quanto all'eventuale indennizzo che il concessionario uscente potrebbe ottenere per la cessazione anticipata.

Sul punto, invero, le sentenze appena citate, pur ritenendo la questione non oggetto delle proprie decisioni, si pronunciano in maniera da lasciare aperta la porta alle scelte future del legislatore.

Già le sentenze gemelle del 2021, sulla scorta della decisione *Promoimpresa* della Corte di Giustizia, affermano esplicitamente che “l'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi”. Su questa scia si pongono le sentenze successive secondo le quali l'ammortamento degli interventi fatti dal concessionario uscente devono essere “prese in considerazione” nel bandire la nuova gara<sup>22</sup>.

Ma una significativa novità si può riscontrare nelle più recenti sentenze del 2024. Infatti, nel giudicare sulle richieste di indennizzo, tali decisioni non solo le ritengono possibili, ma lo fanno richiamando l'art. 4, comma 2, lett. i) della inattuata legge delega n. 118/2022, secondo cui un principio della futura legge è la “definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo

---

<sup>21</sup> Cons. Stato, Sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4479; Cons. Stato, Sez. VII, 20 maggio 2024, nn. 4480 e 4481.

<sup>22</sup> Secondo Cons. Stato, Sez. VII, 19 marzo 2024, n. 2679 “l'ammortamento degli investimenti sostenuti dovrà, ove ne ricorrano i presupposti, costituire oggetto di considerazione in sede di indizione delle procedure competitive di assegnazione delle concessioni, potendo essere supportato dal riconoscimento di un indennizzo in favore dei concessionari uscenti”.

da riconoscere al concessionario uscente, *posto a carico del concessionario subentrante* (corsivo nostro)".

Richiamando i principi della delega, il giudice amministrativo "suggerisce" al legislatore una soluzione che potrebbe soddisfare le parti di un conflitto che ha comportato una incertezza regolatoria ventennale, senza entrare in conflitto con le decisioni della Corte di Giustizia: rigettata l'ipotesi di un ristoro per il concessionario uscente a titolo di affidamento, si potrebbe prevedere un indennizzo ovviamente non a carico della parte pubblica concedente, ma del concessionario subentrante.

La discussione sull'eventuale indennizzo comporta una valutazione sui costi effettivamente sostenuti dai concessionari.

È noto che i ricavi che lo Stato ottiene da tali concessioni sono irrisori rispetto ai ricavi dei concessionari, come confermato in tutte le analisi svolte e, anche di recente, dalla Corte dei conti nel rendiconto dello Stato 2023.

È stato da molti osservato che l'esiguità dei canoni concessori e la scarsa capacità di esigerli sia anche dovuto al fatto che il soggetto che gestisce la spiaggia (il Comune) non ha interesse a vigilare sul concessionario poiché i ricavi spettano allo Stato<sup>23</sup>.

Come in ogni giallo che si rispetti il colpevole è sempre il maggiordomo, così anche nella diuturna vicenda delle concessioni turistico-balneari il colpevole è prima di tutto il legislatore.

Ma se c'è una vittima quella è la certezza del diritto<sup>24</sup>, oltraggiata da comportamenti inerti e contraddittori che fanno male alla fiducia che i cittadini ripongono nelle tradizionali funzioni dello Stato, sia esso il legislatore, il giudice o il pubblico amministratore.

Per questo, considerati gli spiragli di novità che si possono cogliere nella giurisprudenza più recente, sarebbe il caso di trovare al più presto una definitiva soluzione.

---

<sup>23</sup> In tal senso anche: G. DELLA CANANEA, M. DE BENEDETTO, F. DI LASCIO, in M. GNES (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze della regola. Progressi, problemi, prospettiva*.

<sup>24</sup> Sia consentito rinviare a F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2019, p. 297 ss.



# INTELLIGENZA ARTIFICIALE, POTERI PUBBLICI E *RULE OF LAW*\*

*Barbara Marchetti*

SOMMARIO: 1. I termini del problema. – 2. Differenti IA e differenti criticità: il problema dell'IA ML per decidere. – 3. IA e *rule of law*. – 4. Il regolamento europeo sull'IA. – 5. Alcune esperienze nazionali. – 6. Quale spazio per i legislatori nazionali dopo l'*AI Act*? – 7. Conclusioni.

## 1. *I termini del problema.*

L'intelligenza artificiale (IA) sta modificando non solo la società e l'economia, ma anche l'arena pubblica, cambiando gli strumenti con cui operano le amministrazioni, alterando la relazione tra pubblico e privato, proponendo sulla scena globale poteri senza confini, opachi e *disruptive*<sup>1</sup>.

L'UE sta promuovendo massicciamente la transizione digitale. Da essa si aspetta un aiuto fondamentale per l'attuazione della transizione ecologica, che costituisce a sua volta la strategia che reggerà i prossimi decenni delle politiche

---

\* Questo scritto è dedicato a Guido Greco ed incrocia molte delle riflessioni che l'A. ci ha fornito sui rapporti tra il diritto dell'Unione e il diritto amministrativo nazionale. Lo scritto viene consegnato per la pubblicazione quando l'*AI Act* europeo è stato definitivamente approvato ma non ancora pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

<sup>1</sup> Si parla in proposito di passaggio dall'E-government all'I-government: l'espressione è usata da J.V. FERNANDEZ, *Artificial Intelligence in Government: Risks and Challenges of Algorithmic Governance in the Administrative State*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2023, p. 65; su tale sviluppo v. anche D.-U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 3, 2, 2019; sia consentito rinviare anche a B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (dir.), *Funzioni amministrative*, in *Enc. dir., I tematici*, III, 2022, p. 75, in cui la distinzione è tra digitalizzazione formale e sostanziale.

europee. Dalla transizione digitale, che porta inevitabilmente con sé lo sviluppo dell'IA, dovrebbero arrivare ricette per l'innovazione, strumenti per guidare lo sviluppo economico e per rendere l'economia compatibile con l'ambiente, soluzioni per la protezione degli ecosistemi, per la preservazione delle risorse naturali, per facilitare i progressi sociali. Dunque l'UE punta sull'IA e ne promuove la ricerca e lo sviluppo. Ne abbiamo una chiara testimonianza nel *Next Generation UE*, ma non solo <sup>2</sup>.

Se l'IA costituisce un fattore di sviluppo anche per i pubblici poteri, essa comporta, come è noto, una serie di rischi che si legano ai suoi caratteri: essi si avvertono sul fronte del suo potenziale discriminatorio, della *accountability* e della trasparenza, della *privacy*, della giustiziabilità (e dunque dell'accesso alla giustizia), tutti elementi essenziali per la *rule of law*.

Stante questi rischi, una regolazione che disciplini l'uso di IA anche da parte di soggetti pubblici non può non farsi carico di queste sfide.

La proposta di regolamento dell'aprile 2021 della Commissione europea, ora giunta alla approvazione (a conclusione di un iter di circa 3 anni in cui vi è stato un lungo e acceso dibattito che ha coinvolto *stakeholders*, Parlamento e Consiglio) trova la sua base normativa nell'art. 114 TFUE e nell'art. 16 TFUE: si tratta di una regolazione funzionale ad assicurare la circolazione nel mercato dei sistemi di IA a condizione che rispettino certi requisiti – a seconda dei gradi di rischio che presentano – posti a protezione dei diritti dei consumatori, la cui verifica è rimessa alla procedura di marchio comunitario (CE), già applicabile ad altri prodotti <sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> L'UE sta spingendo e sostenendo la transizione digitale e con essa la ricerca e lo sviluppo di tecnologie di IA fin dalla Strategia del 2018 sulla *European AI*, che aveva lo scopo di posizionare l'Unione europea tra i principali global player del settore. Ad essa sono seguiti innumerevoli atti volti a promuovere la transizione digitale e ad accompagnarla sia sul fronte dei finanziamenti, sia sul fronte della regolazione. Al di là del Libro Bianco sull'intelligenza artificiale (2020) e del regolamento sull'IA ora approvato, vanno qui ricordati il *Digital Services Act* e il *Digital Markets Act*, entrambi del 2022, emanati per creare un ambiente armonizzato e competitivo per i servizi digitali, oltre agli interventi legislativi relativi alla gestione e al riutilizzo dei dati (oltre al GDPR del 2016, al *Governance Data Act* e al *Data Act*), di importanza cruciale per la digitalizzazione, ed una serie di atti fondamentali di *soft law* destinati ad accompagnare e stimolare l'intero processo della c.d. transizione blue (dal *Digital Compass 2030*, alla Strategia in tema di *Cybersecurity*, alla *European AI Alliance* e alle *Ethical Guidelines on AI*).

<sup>3</sup> Direttiva 2009/48 sulla sicurezza dei giocattoli e direttiva 2001/95 sulla sicurezza dei prodotti. R. TRICKER, *CE Conformity Marking and New Approach Directives*, Butterworth-Heinemann, 2000; D. HANSON, *CE Marking, Product Standards and World Trade*, Elgar Publishing, Northampton, 2005; A. NOWAK-FAR, *National versus European Component in the*

Si tratta di una regolazione adeguata? Più specificamente, può essa da sola bastare a garantire la *rule of law*, ossia che l'impiego di IA (anche da parte dei pubblici poteri) non si traduca in una minaccia per i valori pubblicistici che devono essere assicurati dalle amministrazioni? Oppure essa dovrebbe essere affiancata e accompagnata da una disciplina statale atta a fissare ulteriori limiti o condizioni che meglio garantiscano lo Stato di diritto?

Per rispondere a questi interrogativi, si proverà a seguire un itinerario che analizzi anzitutto la compatibilità tra IA e *rule of law*, verifichi in seguito eventuali criticità della disciplina europea e infine discuta se (e quale) possa essere lo spazio per il legislatore nazionale.

## 2. *Differenti IA e differenti criticità: il problema dell'IA ML per decidere.*

Ad un'osservazione delle realtà delle amministrazioni pubbliche nazionali, può rilevarsi come la diffusione dei sistemi di IA sia crescente e come essa sia intervenuta al di fuori di una cornice normativa e senza alcuna regia<sup>4</sup>. Se si osserva la realtà italiana, ma anche quella delle amministrazioni europee e statunitensi, ciò appare incontroverso: sistemi di IA sono utilizzati per fare cose diverse, ma certamente per fare molte cose. Hanno funzioni conoscitive e di facilitazione (*chatbot*), e dunque preparano l'azione dell'amministrazione pubblica attribuendole conoscenze fondamentali per l'adozione delle proprie *policies data-driven*, rendono più efficiente le funzioni di vigilanza e di controllo, possono assistere la p.a. nell'adozione di decisioni in procedure standardizzate (come ad es, nel noto caso della Buona scuola, con esiti più o meno infelici) o elargire *benefits* o ancora individuare potenziali soggetti responsabili di frodi allo stato sociale (come è stato per il sistema SyRI in Olanda)<sup>5</sup>.

---

*European Union Product Conformity Regulation*, in R. GRZESZCZAK (ed.), *Re-nationalisation of the Integration Process in the Internal Market of the European Union*, 2018, p. 37; O. BORRAZ, *Governing Standards: The Rise of Standardization Processes in France and in the EU*, in *Governance*, 20, 2007, p. 1. Sulla procedura di conformità stabilita dall'*AI Act* v. E. THELISSON, H. VERMA, *Conformity Assessment under the EU AI Act General Approach*, 3 gennaio 2024, scaricabile da <https://link.springer.com/article/10.1007/s43681-023-00402-5>.

<sup>4</sup> K. GLAZE, D.E. HO, G.K. RAY, C. TSANG *Artificial Intelligence for Adjudication: The Social Security Administration and AI Governance*, in J. BULLOCK (ed.) et al. *The Oxford Handbook of AI Governance*.

<sup>5</sup> Il Governo olandese aveva utilizzato l'algoritmo System Risk Indication (SyRi) per individuare tra i cittadini provenienti da alcuni quartieri poveri di alcune città olandesi coloro che, in base ai dati raccolti da 17 banche dati, risultavano sospetti di frode nei confronti dello



Il loro utilizzo decisorio è ancora minimo, solo il 2% dei sistemi, ma la crescita di impiego dell'IA da parte delle p.a. è esponenziale: se nel 2015 erano rintracciabili a livello europeo 5 applicazioni di IA, nel 2021 erano 167 e in un solo anno sono poi giunte a 686<sup>6</sup>.

Le implicazioni dell'uso di queste applicazioni per la *rule of law* sono di due tipi. Anzitutto si determina un'influenza dei poteri privati sull'azione pubblica, dato che le amministrazioni si procurano per lo più sul mercato le applicazioni di cui hanno bisogno. Tale fenomeno rischia di produrre una esternalizzazione delle scelte pubbliche, che finiscono così per essere sottratte ai vincoli propri del diritto pubblico. Inoltre l'addestramento del sistema può richiedere la cessione o lo scambio di dati in possesso della p.a., anche di carattere personale, altro aspetto potenzialmente problematico.

In secondo luogo, esistono diversi *trade-off* legati all'uso dell'IA da parte dell'amministrazione, in ragione della natura deterministica o *machine learning* (ML) degli algoritmi impiegati. I primi sono utilizzati di frequente dall'amministrazione, anche se spesso non per finalità decisorie, e non creano problemi complessi. Lavorano come calcolatori sofisticati, di cui può essere complicato ricostruire la logica, ma pongono sfide limitate ai principi del diritto amministrativo.

I secondi si basano sull'apprendimento automatico e sulle reti neurali profonde, e poiché sono quelli meglio in grado di raggiungere risultati performanti che sfruttano appieno il patrimonio di dati disponibile, sono destinati ad essere utilizzati in maniera crescente dalle amministrazioni. È su questi che ci soffermeremo maggiormente.

### 3. IA e rule of law.

Se si considerano i c.d. *core elements* che secondo la Commissione di Venezia costituiscono la *rule of law checklist*, un dato ordinamento può dirsi fondato sulla *Rule of law* se assicura *legality*, *legal certainty*, *equality* (e *non discrimi-*

---

Stato. Migliaia di cittadini erano così stati inseriti in speciali liste di controllo. La Corte distrettuale dell'Aja il 5 febbraio 2020 ha dichiarato discriminatorio e illegittimo per violazione della privacy il sistema SyRI, costringendo il Governo a dimettersi. A. RACHOVITSA, N. JOHANN, *The Human Rights Implications of the Use of AI in the Digital Welfare State: Lessons learned from the Dutch SyRI Case*, in *Human Rights Law Review*, 2022, p. 22.

<sup>6</sup> V. il Rapporto del 2022 della Commissione europea "*Artificial Intelligence in public Services*", scaricabile al sito <https://joinup.ec.europa.eu/collection/elise-european-location-interoperability-solutions-e-government/document/infographic-artificial-intelligence-public-sector>.

nation) *before the law*, *access to justice* e previene gli abusi di potere, se dispone cioè di misure in grado di limitare l'arbitrio dei funzionari pubblici.

Per comprendere l'impatto dell'IA rispetto a tali valori, occorre riprendere la distinzione tra algoritmi deterministici (detti anche sistemi esperti o *model based*) e di apprendimento automatico (ML e DL), e tra un loro impiego in funzione decisoria e quasi-decisoria o in funzione conoscitiva/di facilitazione.

Gli algoritmi deterministici (che sono automatici ma non autonomi) possono porre dei problemi di conoscibilità e comprensibilità, ma in considerazione della loro struttura, fondata su regole predefinite, è possibile ricostruirne la logica decisoria e fornire una spiegazione del loro funzionamento. Il loro impiego, quindi, non altera in modo significativo il potere, benché richieda di tradurre la regola tecnica in regola giuridica. Risolto l'aspetto della loro pubblicità e comprensione, essi presentano soprattutto vantaggi in termini di prevedibilità, rapidità e certezza del diritto, senza presentare particolari rischi. Il loro uso, del resto, è già assai diffuso.

Gli algoritmi di apprendimento automatico, invece, non si prestano ad essere spiegati: essi apprendono continuamente dall'esperienza, secondo logiche proprie, e dunque sono *autonomi* ed *imperscrutabili*. Non è facile immaginare meccanismi partecipatori efficaci nei loro confronti, né si presentano le condizioni per una loro giustiziabilità, dato che le Corti, oltre a non essere attrezzate dal punto di vista dell'*expertise*, non possono rintracciare alcun nesso di causalità tra i dati immessi (quand'anche conosciuti ed etichettati) e gli *output* prodotti, essendovi tra i due estremi del procedimento algoritmico una mera correlazione statistico-probabilistica.

Anche le tecniche di sindacato tradizionale appaiono, pertanto, inservibili.

Il loro impiego in funzione decisoria è dunque ad oggi difficile da conciliare con la *rule of law*, intesa come diritto alla legalità e alla spiegazione delle decisioni e alla loro giustiziabilità.

Essi non appaiono nemmeno compatibili con le esigenze di certezza e non discriminazione, dato che – come è stato dimostrato – il rischio di discriminazioni risulta assai elevato, in ragione sia dei *bias* che possono essere incorporati nei dati, sia di quelli inseriti più o meno consapevolmente dal programmatore<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> V. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, in *Geo. I.J.*, 105, 2017, p. 1167; C. COGLIANESE, D. LEHR, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Administrative Law Review*, 71, 7, 2019; H. PALMER OLSEN, J. LIVINGSTON SLOSSER, T. TROELS HILDEBRANDT, *What's in the box?*, in H. MICKLILTS, O. POLLICINO, A. REICHMAN, A. SIMONCINI, G. SARTOR, G. DE GREGORIO, *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge Univ. Press, 2021, p. 219 e nello

Le criticità non si arrestano però all'uso decisorio dell'IA: anche la funzione di assistenza al decisore umano può diventare problematica se influenza in modo decisivo l'adozione di una decisione che impatta sui diritti perché, come è stato dimostrato, esiste un pericolo concreto di cattura da parte della macchina. Il c.d. *anchoring effect* o effetto *moutonnier* (pecorone), secondo l'espressione usata da Garapon e Lassegue<sup>8</sup>, può rendere il passaggio umano solo formale, se non vi sono accorgimenti sostanziali (e regimi di responsabilità) in grado di assicurare che il ruolo della macchina sia davvero solo servente rispetto alla decisione umana. Ciò è poi particolarmente cruciale se si considera che le amministrazioni non hanno forza lavoro con competenze adeguate a sorvegliare e controllare tali applicazioni, ad operare cioè come *human in the loop*.

Se tutto questo è vero, quali regole devono governare tale fenomeno?

#### 4. *Il regolamento europeo sull'IA.*

Il regolamento europeo oggi giunto all'approvazione finale affronta la sfida della regolazione dell'IA: posto che una sua disamina compiuta non è qui possibile, se ne esamineranno i soli tratti funzionali al nostro tema.

Come è noto, il regolamento trova la sua base normativa nell'art. 114 TFUE e, per la parte che concerne il trattamento e la tutela dei dati personali, nell'art. 16 del TFUE. Esso regola principalmente il buon funzionamento del mercato interno dell'IA attraverso regole armonizzate sullo sviluppo, l'immissione nel mercato e l'utilizzo di prodotti e servizi che ricorrono all'IA o di sistemi di IA *stand-alone*.

Si tratta di un approccio regolatorio basato sul livello di rischio dei sistemi, concerne sia sistemi basati su algoritmi deterministici sia ML (sistemi con diversi gradi di autonomia), e distingue tra categorie di applicazioni vietate (rischio inaccettabile), ad alto rischio (soggetti a verifica di conformità ai requisiti del regolamento), a rischio limitato e a rischio minimo (per i quali sono previsti solo oneri di informazione e l'adesione volontaria a codice di condotta)<sup>9</sup>. Esso ha poi previsto, in corsa, una disciplina specifica per la c.d. *general*

---

stesso volume, F. PASQUALE, *Inalienable due process in an Age of AI: limiting the contractual creep toward automated adjudication*, p. 42.

<sup>8</sup> A. GARAPON, J. LASSEGUE, *Justice digital*, Paris, 2018; sia consentito rinviare a B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa*, in *Bio-law Journal*, 2021, 2, p. 395.

<sup>9</sup> C. NOVELLI, F. CASOLARI, A. ROTOLO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *AI Risk Assessment: A*

*purpose AI*, distinguendo tra modelli con elevata capacità computazionale, e dunque a rischio sistemico, e modelli meno potenti, in cui è assente il rischio sistemico<sup>10</sup>.

Con riguardo specifico alle autorità pubbliche, il regolamento si applica loro sia in quanto *provider* dei sistemi (sviluppo *in house*) sia in quanto *deployers* degli stessi. Vi sono una serie di norme che interessano particolarmente le amministrazioni pubbliche in ragione della stretta relazione in cui sono poste le applicazioni di IA (regolate) e il loro utilizzo per l'esercizio di specifici compiti, funzioni e servizi pubblici.

Anzitutto vi sono sistemi espressamente vietati se usati dalle p.a.: si tratta dei sistemi di *social scoring* e dei sistemi di identificazione biometrica in tempo reale (art. 5) impiegati per l'esercizio delle funzioni di polizia. Essi in generale non sono ammessi, anche se vengono dettate, nel regolamento stesso, condizioni per il superamento del divieto.

Il regolamento identifica poi come potenzialmente ad alto rischio i sistemi di IA utilizzati in un elenco di settori in cui sono tipicamente coinvolte autorità pubbliche (contenuto nell'allegato III del regolamento) inclusi quelli per l'*identificazione e la categorizzazione biometrica delle persone fisiche* (al di fuori dei casi in cui sono vietati); per la *gestione e il funzionamento delle infrastrutture critiche*<sup>11</sup>; per determinare l'accesso o l'ammissione agli istituti di istruzione di tutti i livelli; quelli per l'assunzione o la selezione di persone fisiche, per valutare i candidati nel corso di colloqui o prove o per *adottare decisioni* in materia di promozione e cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, (...) per la *valutazione delle prestazioni e del comportamento delle persone nell'ambito di tali rapporti di lavoro*.

---

*Scenario-based Proportional Methodology for the AI Act*, in *Digital Society*, 2024, scaricabile da <https://link.springer.com/article/10.1007/s44206-024-00095-1>; F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Dir. un. eur.*, 2021, 3-4, p. 453. Sia consentito rinviare anche a C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal*, 2021, 3, 415.

<sup>10</sup> Sulla GPAI v. L. FLORIDI, *AI as agency without intelligence: on ChatGPT, Large Language Models and other generative models*, scaricabile da: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-023-00621-y>; in termini critici sulla disciplina prevista nell'*AI Act* per l'intelligenza artificiale per finalità generali, v. C. NOVELLI, F. CASOLARI, P. HACKER, G. SPEDICATO, L. FLORIDI, *Generative AI in EU Law: Liability, Privacy, Intellectual Property, and Cybersecurity*, 2024, scaricabile da: <https://ssrn.com/abstract=4694565>.

<sup>11</sup> Si tratta dei sistemi di IA destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza nella gestione del traffico stradale e nella fornitura di acqua, gas, riscaldamento ed elettricità.

Vi rientrano inoltre quelli per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle *prestazioni, ai benefit e ai servizi di assistenza pubblica*, nonché quelli per concedere, ridurre, revocare o recuperare tali prestazioni; per valutare *l'affidabilità creditizia delle persone e individuare possibili frodi*, per inviare servizi di emergenza di primo soccorso o per stabilire priorità in merito all'invio di tali servizi, compresi vigili del fuoco e assistenza medica.

Per lo svolgimento delle attività di polizia, sono inoltre ad alto rischio i sistemi utilizzati per effettuare valutazioni individuali del rischio delle persone, per valutare l'affidabilità delle prove, per valutare tratti della *personalità* (compresa la c.d. macchina della verità) e per profilare persone indagate o detenute. Inoltre, sono ancora ad alto rischio le applicazioni utilizzate per gestire l'immigrazione ed il controllo delle frontiere, comprese quelle basate su IA emotiva, per stabilire la pericolosità di un individuo o per assistere le autorità pubbliche competenti nell'esame delle domande di asilo, di visto e di permesso di soggiorno e dei relativi reclami.

Anche i sistemi di IA destinati ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e nell'applicazione della legge ad una serie concreta di fatti o impiegati nei procedimenti elettorali rientrano tra i sistemi ad alto rischio.

Un sistema di IA impiegato in tali settori, tuttavia, può non essere considerato ad alto rischio, diversamente da quanto era stabilito nella proposta iniziale della Commissione, se non pone "*a significant risk of harm to natural persons or the environment*" (art. 6, comma 2), ciò che potrebbe escludersi, per esempio, quando il sistema compie un'attività preparatoria rispetto ad una valutazione umana successiva, o migliora i risultati di una precedente attività umana o esegue un limitato passaggio procedurale (art. 6, comma 3, lett. a)-d).

Da ciò discendono, dunque, due regimi distinti. Se l'IA ha una funzione meramente preparatoria, non è tenuta al rispetto dei requisiti di conformità previsti dal regolamento per i sistemi ad alto rischio, benché sia usata in ambiti "sensibili" come quelli dell'allegato III. Se invece l'IA sostituisce la decisione finale del decisore umano o la influenza significativamente – ma è chiaro che la linea di demarcazione non è così certa – e da ciò deriva un pericolo per le persone o per l'ambiente – il suo impatto impone l'eliminazione o almeno la mitigazione dei rischi.

In tali ipotesi, l'applicazione di IA deve rispettare una serie di requisiti, stabiliti negli artt. da 9 a 15 del regolamento<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Da notare che, nella proposta della Commissione, la verifica di conformità del sistema era affidata per lo più allo stesso *provider*, salvo eccezioni (ad esempio relative ai sistemi di

In particolare, rilevano ai nostri fini soprattutto i requisiti fissati negli artt. 10, 13 e 14.

Nello specifico l'art. 10 del regolamento, relativo a *Dati e Governance dei dati*, stabilisce che i set di dati usati per l'addestramento di modelli ML devono essere soggetti a pratiche di gestione dei dati volte ad evitare possibili distorsioni e carenze, in applicazione del principio *garbage in, garbage out*. I dati devono essere, tra l'altro, *pertinenti, sufficientemente rappresentativi, e per quanto possibile esenti da errori e completi*.

Per effetto dell'art. 13, i sistemi di IA ad alto rischio devono inoltre essere progettati e sviluppati in modo da garantire che il loro funzionamento sia *sufficientemente trasparente* da consentire agli utenti di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo adeguatamente. A tal fine, le istruzioni d'uso che accompagnano un sistema di IA devono comprendere informazioni *concise, complete e chiare* che siano pertinenti, accessibili e comprensibili per gli utenti.

Stabilisce poi l'art. 14 che i sistemi ad alto rischio devono essere progettati e sviluppati in modo da poter essere *efficacemente supervisionati* da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema è in uso, specificando l'insieme di misure che deve essere posto in essere per realizzare adeguatamente l'interazione uomo-macchina.

Si tratta di condizioni e requisiti che mirano a realizzare tre obiettivi: assicurare una trasparenza sufficiente dell'algoritmo e della sua logica decisoria; garantire l'accuratezza del sistema e la qualità dei suoi *output*, attraverso un controllo della qualità e completezza dei dati in ingresso, così da evitare errori e discriminazioni; infine, scongiurare l'autonomia decisoria della macchina, attraverso la garanzia della sorveglianza umana, la quale deve poter in ogni momento riconoscere gli *output* prodotti, correggerli o determinare l'interruzione del suo funzionamento.

In astratto, il rispetto di tali requisiti dovrebbe assicurare la minimizzazione dei rischi precedentemente analizzati: tali obbligazioni, tuttavia, da un lato rischiano di non essere effettive (sul piano tecnologico e operativo) e, dall'altro, non risolvono del tutto i problemi.

In ordine al primo aspetto, è stato osservato che non è tecnicamente facile assicurare che i dati in ingresso abbiano queste caratteristiche, soprattutto nel caso di ML con apprendimento non supervisionato (in cui, cioè, non avviene

---

identificazione biometrica ad alto rischio). Nella versione finale, invece, la verifica può essere interna allo stesso provider o affidata ad un organismo certificatore terzo al variare di una serie di condizioni e a seconda del settore in cui il sistema impiegato, secondo quanto è stabilito dal Regolamento in ordine alla procedura di verifica di conformità (art. 47).

l'etichettatura dei dati per l'addestramento dell'algoritmo): la loro rappresentatività, inoltre, non elimina il rischio di proiettare nella macchina i *bias* presenti nei dati (e nella realtà) determinando conseguentemente esiti discriminatori, come è stato nel caso del noto algoritmo COMPAS utilizzato dalle Corti statunitensi per stabilire la pericolosità degli imputati ai fini della custodia cautelare<sup>13</sup>.

L'obbligo poi di assicurare che il funzionamento del sistema sia *sufficientemente trasparente* da consentire l'interpretazione degli *output* e un utilizzo adeguato non sembra soddisfare l'esigenza di conoscere le ragioni della decisione concreta e individuale, tanto più se il sistema si basa su algoritmi di autoapprendimento, inspiegabili nella loro logica decisoria<sup>14</sup>.

Anche la garanzia della sorveglianza umana soffre del medesimo problema di effettività: essa si presenta come estremamente difficile da assicurare, considerata la complessità degli algoritmi basati sulle reti neurali, l'*automation bias* e, più nello specifico, la mancanza di adeguate competenze dei funzionari pubblici.

Proprio la consapevolezza della possibile inadeguatezza di queste garanzie, spiega l'innesto nella versione finale del regolamento di due ulteriori requisiti: si tratta dell'obbligo di effettuare una valutazione di impatto sui diritti fondamentali (art. 27)<sup>15</sup>, e del diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali (art. 86), entrambi riguardanti i soli *deployer* pubblici (e i privati incaricati di un pubblico servizio). L'introduzione di queste disposizioni, che realizzano una differenziazione delle regole destinate ai soggetti pubblici e ai soggetti privati, mira a garantire, da un lato, una attenta ponderazione *ex ante* degli effetti prodotti dall'algoritmo sui destinatari dell'azione pubblica e, dall'altro, una spiegazione circa il ruolo svolto dal sistema in un processo decisorio di portata individuale. Si tratta di una garanzia che, lungi dall'equivalere ad una vera e

---

<sup>13</sup> Cfr. C. ENGEL, L. LINDHARDT, M. SCHUBERT, *Code is law: how COMPAS affects the way the judiciary handles the risk of recidivism*, in *Artif. Intel. Law*, 2024, scaricabile da <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-024-09389-8>.

<sup>14</sup> Così anche L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., p. 132, secondo cui "la spiegazione delle inferenze operate dall'algoritmo non può infatti esaurire la motivazione della decisione presa e, peraltro, nel caso degli algoritmi che operano secondo il c.d. *machine learning* non supervisionato è impossibile verificare *ex post* quali dati sono stati utilizzati per giungere ad un determinato esito, con la conseguente opacità delle inferenze, che restano quindi prive di spiegazione". Non a caso, il Parlamento ha proposto una modifica di tali oneri in caso di decisione individuale assunta mediante IA.

<sup>15</sup> Questa valutazione non era stata prevista nella proposta della Commissione ma è stato introdotta con un emendamento del Parlamento a metà maggio 2023.

propria motivazione, cerca quantomeno di precisare la relazione esistente tra gli output della macchina e la successiva decisione lesiva.

Lo sforzo compiuto dall'Unione è dunque certamente meritorio, ed è anche unico nel panorama globale. Ma se esso pare assicurare una costruzione del prodotto AI potenzialmente accurato e umano-centrico, non è chiaro se sia anche sufficiente a legittimare il potere dell'amministrazione di impiegare algoritmi complessi (ML) in fase decisoria.

Chi di noi vorrebbe che la propria carriera, la promozione lavorativa o l'assunzione, l'accesso ai benefits pubblici, l'ingresso in un Paese dipendesse da un algoritmo opaco e basato su *big data* raccolti dalle più diverse fonti pubbliche e private<sup>16</sup>? Quanto il rispetto dei requisiti stabiliti negli artt. 10-15 del Regolamento assicura garanzie equivalenti a quelle affermate negli artt. 42 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e nei principali diritti amministrativi nazionali?

Questi interrogativi spingono a riflettere sui rapporti tra regolazione europea e diritti amministrativi nazionali, sulle scelte fino ad ora operate dagli Stati membri rispetto a tale problema e sullo spazio che, una volta divenuto applicabile l'*AI Act*, potrebbe riconoscersi ai legislatori nazionali per porre una propria disciplina. La scelta del regolamento invece della direttiva, come è noto, è finalizzata ad assicurare una disciplina uniforme sul territorio europeo, e ciò ha l'effetto di limitare fortemente lo spazio di manovra degli Stati<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Da ultimo si veda la sentenza resa il 16 febbraio 2023 dal I Senato della Corte Costituzionale tedesca che a proposito della valutazione (analisi) automatizzata di dati per finalità di polizia ha da un lato riconosciuto che il legislatore e l'amministrazione possono ripartirsi l'emaneazione delle norme per regolare tipologia e volume di dati trattabili e metodi di elaborazione consentiti, ma devono essere nel complesso definiti, documentati in modo affidabile e pubblicati *i criteri e i principi direttivi* per l'esecuzione dell'analisi (a tutela del diritto all'autodeterminazione informativa) alla luce del principio di proporzionalità tra trattamento e analisi dei dati per finalità predittiva e interesse alla sicurezza pubblica.

<sup>17</sup> È stabilito nei considerando, in relazione alla scelta dello strumento del regolamento che *"The choice of a regulation as a legal instrument is justified by the need for a uniform application of the new rules, such as definition of AI, the prohibition of certain harmful AI-enabled practices and the classification of certain AI systems. The direct applicability of a Regulation, in accordance with Article 288 TFEU, will reduce legal fragmentation and facilitate the development of a single market for lawful, safe and trustworthy AI systems. It will do so, in particular, by introducing a harmonised set of core requirements with regard to AI systems classified as high-risk and obligations for providers and users of those systems, improving the protection of fundamental rights and providing legal certainty for operators and consumers alike"*.



### 5. *Alcune esperienze nazionali.*

In attesa della prima regolamentazione europea, e a scongiurare un'applicazione selvaggia e deregolamentata nel settore pubblico dei sistemi di IA, alcuni Paesi hanno già parzialmente regolato il fenomeno, prevedendo regole e limiti all'uso dell'IA da parte delle amministrazioni pubbliche, talvolta in via legislativa, talvolta in via giurisprudenziale.

Per l'Italia, come è noto, una prima regolamentazione è stata fornita dai giudici, che si sono trovati ad affrontare un primo caso di applicazione di IA (seppure di tipo deterministico) in fase decisoria nell'ambito di un procedimento del Ministero dell'Istruzione per l'assegnazione delle sedi scolastiche. La vicenda ha sollevato numerosi problemi: da quello della base legale dell'amministrazione algoritmica, alla questione dell'accesso, della pubblicità e della comprensibilità dell'algoritmo, alla sua compatibilità con le garanzie della legge n. 241/1990 e dell'art. 97 Cost., alla sua giustiziabilità.

Il percorso argomentativo seguito dalla giurisprudenza ha mostrato una significativa apertura alle nuove tecnologie, ma ha richiesto l'enucleazione di nuovi diritti e garanzie pensati per l'amministrazione algoritmica e fondati nel GDPR: il diritto alla conoscibilità dell'algoritmo, il diritto alla sorveglianza umana e il diritto a non essere discriminati<sup>18</sup>. Tali regole, poste a fronte di un algoritmo deterministico, potrebbero tuttavia non essere applicabili agli algoritmi ML usati in fase decisoria, per le ragioni già esaminate sopra<sup>19</sup>.

Al di fuori dei nostri confini, sia la Germania che la Francia hanno stabilito, ad esempio, regole sull'uso di algoritmi in funzione decisoria: per la prima, l'impiego di IA deve trovare fondamento in una espressa previsione normativa e non può comunque riguardare l'attività discrezionale (si tratta dunque di algoritmi per lo più di tipo deterministico, basati su una logica causale); per la seconda, il giudice costituzionale ha escluso l'ammissibilità di algoritmi di apprendimento automatico con finalità decisorie, proprio in ragione della impossibilità di fornire al destinatario una spiegazione della decisione<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> La giurisprudenza del Consiglio di Stato è stata successivamente recepita nell'art. 30 del codice dei contratti pubblici, dedicato all'impiego di IA e *blockchain* nell'attività contrattuale della p.a. (d.lgs. n. 36/2023). Nella stessa direzione pare ora muoversi il disegno di legge presentato lo scorso aprile recante disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale.

<sup>19</sup> Si tratta delle decisioni TAR Lazio, Sez. III, n. 9227/2018, Cons. Stato n. 881/2020, n. 2270/2019 e n. 8472/2019), ampiamente annotate dalla dottrina.

<sup>20</sup> Per l'ordinamento tedesco, rileva l'art. 35 della legge sul procedimento amministrativo

L'impiego di algoritmi ML in funzione decisoria non è comunque la sola ragione di preoccupazione dei legislatori nazionali: a generare allarme e a giustificare limiti è anche l'uso di ML con finalità investigative ed istruttorie, i quali hanno mostrato evidenti limiti e conseguenze discriminatorie, causando l'imbarazzo o addirittura la caduta di Governi europei, come nel caso del sistema SyRI<sup>21</sup>.

Resta inoltre da capire, più in generale, come assicurare un sindacato giurisdizionale pieno su decisioni il cui contenuto viene deciso anche da una macchina, considerata la difficoltà di verificarne le logiche decisorie.

## 6. Quale spazio per i legislatori nazionali dopo l'AI Act?

L'*AI Act*, come detto, trova la sua base legale nell'art. 114 del Trattato. Tuttavia come si evince da quanto detto finora, il suo effetto non è solo quello di regolare il mercato comune, stabilendo le condizioni in presenza delle quali i sistemi di IA, come prodotti, possono circolare ma anche l'uso che ne fanno le amministrazioni, individuando scopi proibiti e consentiti, settori di impiego e garanzie degli interessati. Così facendo, l'Unione disciplina, dunque, il modo in cui il *potere pubblico usa l'IA* definendo diritti e garanzie dei privati di fronte ad esso<sup>22</sup>.

Se l'ammissione all'Università, la possibilità di godere di un sussidio pubblico, il permesso di soggiorno, la valutazione di pericolosità di un individuo vengono stabiliti da algoritmi ML, le garanzie dei cittadini di fronte a quelle decisioni sono costituite dal rispetto dei requisiti fissati nel capitolo II del regolamento.

Per le ragioni che si sono dette, tuttavia, tali requisiti non sembrano assicurare lo stesso livello di protezione garantito dalle principali discipline nazionali

---

(VwVfG), su cui v. E. BUOSO, *Fully automated administrative Acts in the German Legal System*, in *ERDAL*, 2020, 1, 1-2, p. 113; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Fully digitalized Administrative Procedure in the German Legal System*, in *ERDAL*, 2020, vol. 1, 1-2, p. 106; la decisione del *Conseil Constitutionnel* francese è invece la n. 765/2018.

<sup>21</sup> *Supra*, nota 5.

<sup>22</sup> Sui fattori di influenza del diritto dell'Unione sull'ordinamento nazionale si ricordano qui gli scritti di G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI, G. GRECO, (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, tomo II, II ed., Milano, 2007, p. 933 e *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, *ivi*, p. 827; in particolare l'influenza sui diritti processuali si trova approfondita anche in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici*, Milano, 2010.

e dagli artt. 42 e 47 della Carta UE, né sembrano rispettosi delle scelte operate a livello nazionale. Ciò costituisce un punto su cui riflettere. La disciplina europea fondata sull'art. 114 TFUE potrebbe infatti avere un impatto significativo e generale sul rapporto potere /libertà e sulla *rule of law* degli Stati membri.

Ovviamente non è inedito che il diritto dell'UE (con atti normativi o tramite la giurisprudenza della Corte) penetri nei diritti amministrativi statali<sup>23</sup>, ma il fenomeno presenta qui caratteristiche peculiari.

Da un lato si tratta di regole che potrebbero trasmettersi per osmosi all'intera attività dell'amministrazione, e non solo a quella esercitata sotto l'ombrello del diritto dell'Unione, poiché sembra difficile prospettare un diverso regime di garanzie a seconda che l'IA venga impiegata dalle p.a. per svolgere compiti regolati dal diritto interno o dal diritto europeo<sup>24</sup>.

Dall'altro, sono regole che rischiano di *diminuire* le garanzie nazionali, se si considera ad esempio quanto è attualmente previsto in Germania e in Francia riguardo all'uso dell'IA da parte dell'amministrazione, mentre tradizionalmente il diritto posto dall'Unione ha avuto un effetto espansivo delle garanzie del cittadino.

Se si guarda alla lettera del regolamento e ai suoi considerando (1, 2 e 67), infatti, finalità di uniforme applicazione del regolamento paiono escludere spazi di intervento degli Stati membri, quanto meno nella definizione delle categorie di rischio e del sistema di *governance*, con le poche eccezioni contemplate nel testo stesso, ad esempio, per i sistemi vietati e le *sandboxes*.

## 7. Conclusioni.

L'IA ha un potenziale enorme in termini di progresso e miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della nostra società. Non stupisce quindi che l'UE spinga nella direzione di favorire lo sviluppo e la ricerca di IA, e che an-

---

<sup>23</sup> G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in U. BECKER, A. HATJE, M. POTACS, N. WUNDERLICH, *Verfassung und Verwaltung in Europa*, Auflage, Nomos, 2014, p. 372; D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise lost?*, Torino, 2009.

<sup>24</sup> Recita ora l'art. 2, par. 3: "This Regulation shall not apply to areas outside the scope of EU law and in any event shall not affect the competences of the Member States concerning national security, regardless of the type of entity entrusted by the Member States to carry out the tasks in relation to those competences".

che nell'impiego di IA da parte della p.a. veda un fattore di sviluppo economico, di miglioramento dei servizi e di modernizzazione dell'azione pubblica.

Il potenziale conoscitivo che l'IA basata sull'autoapprendimento può fornire non ha però solo effetti positivi: taluni impieghi possono minacciare gli stessi valori fondanti dell'Unione europea, perché per le sue caratteristiche è suscettibile di minacciare lo Stato di diritto, estraendo le decisioni pubbliche dal loro circuito naturale per incorporarle in sistemi progettati da soggetti privati, opachi, tesi a logiche di massimizzazione dei risultati e non improntati al rispetto dei *public values*, primo fra tutti l'eguaglianza e la sindacabilità giurisdizionale.

Il regolamento europeo cerca un complesso equilibrio tra ragioni economiche, giuridiche e tecnologiche, ma rischia di non garantire efficacemente la *rule of law* quando l'IA è impiegata nella sfera pubblica: inoltre la stessa effettività di alcune sue norme non pare facile da assicurare, e con essa la tenuta complessiva della disciplina in termini di rispetto dello Stato di diritto. Spetta dunque ai legislatori nazionali stabilire, nel rispetto della disciplina europea, quando e per quali usi l'IA non rappresenta una minaccia per lo Stato di diritto e quando, invece, il suo impiego da parte delle amministrazioni rischia di compromettere in modo intollerabile i diritti di partecipazione e di difesa dei cittadini.



# L'OSCILLAZIONE DEL PENDOLO TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO: GUIDO GRECO UN GARANTE DELLA TRADIZIONE GIUSPUBBLICISTICA

*Marco Mazzamuto*

SOMMARIO: 1. Nel solco della tradizione giuspubblicistica. – 2. L'intreccio tra diritto pubblico e diritto privato. – 3. L'ascendenza: Antonio Amorth. – 4. I contratti della pubblica amministrazione. – 5. Conclusioni.

## *1. Nel solco della tradizione giuspubblicistica.*

È un piacere e un onore omaggiare un così autorevole giurista, il Professor Guido Greco, che, insieme ad altri studiosi<sup>1</sup>, ha avuto il gran merito di correre alla difesa della tradizione giuspubblicistica in decenni di imperante deriva filoprivatistica e persino di momenti di svalutazione dello stesso *logos* giuridico.

Deve subito evidenziarsi che siamo nel solco della nostra migliore ascendenza disciplinare, quella che rimonta a Vittorio Emanuele Orlando. Non si tratta soltanto dei percorsi di una genealogia accademica facilmente individuabile: il Maestro del Nostro, Antonio Amorth, ebbe a formarsi nel clima dell'indirizzo orlandiano, sotto l'influenza di Oreste Ranelletti, e nel quadro di stretti rapporti con Donato Donati e con Enrico Guicciardi. Ciò che si vogliono soprattutto sottolineare sono gli aspetti primari di affinità con il lascito della tradizione.

È un'affinità di “metodo”, di metodo “giuridico”. Il Nostro è un autentico giurista, dotato di piena padronanza tecnica, che ha saputo felicemente coniugare, secondo quel modello di esemplarità del giurisperito romano indicato da

---

<sup>1</sup> Come già evidenziato in M. MAZZAMUTO, *Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano e Franco Gaetano Scoca*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. IV, Milano, 2020, p. 3610.

Orlando, la dimensione pratica e quella teorica dell'esperienza giuridica. Gli scritti testimoniano la continua attenzione, anche favorita dallo svolgimento della nobile attività forense, alle vicende concrete del diritto positivo, comprese quelle con una più spiccata valenza ordinamentale, come nel caso dell'avvento dei principi del diritto europeo, e senza mai rinunciare a momenti ricostruttivi di concetti o di spaccati sistematici.

È anche un'affinità di "merito". Non è difficile rintracciare, non diversamente dalla nostra gloriosa giuspubblicistica liberale, lo spirito garantista che ne informa gli itinerari di studio, già ravvisabile nella ripetuta disamina di temi riguardanti la giustizia, nella dedizione al perfezionamento delle tecniche di tutela o nella riflessione teorica sulla nozione di interesse legittimo.

E non è altresì difficile rintracciare, proprio in vista della tutela, la consapevolezza della necessità dello specifico strumentario pubblicistico. Ciò perfettamente in linea con le risalenti indicazioni dei *patres*: "fare del diritto pubblico qualche cosa in cui si parla di tutto meno che di diritto, è certamente un deplorabile sviamento; ma costruire il diritto pubblico in maniera da perdersi affatto quella sua speciale fisionomia che dal diritto privato lo distingue, è un altro abuso non meno dannoso" (Orlando) e vi è "una differenza sostanziale fra la posizione dell'amministrazione e quella dei privati. La prima è, di regola, più vincolata di questi" (Santi Romano).

In alcun caso, negli scritti del Nostro, potrà ravvisarsi una caduta nella tentazione di poter fare a meno del diritto pubblico e della giustizia amministrativa. Lapidarie sono, anche di recente, le sue parole in tal senso: "se con tale operazione (la soppressione del Giudice amministrativo) si ritenesse non di ridurre, ma di incrementare la tutela giurisdizionale accordata ai consociati nei confronti della Pubblica amministrazione, davvero non riesco a comprendere il senso della proposta. Dato che non pare proprio che lo strumento indicato sia idoneo allo scopo e non conduca viceversa ad una drastica riduzione (quasi ad un azzeramento) di detta tutela"<sup>2</sup>.

## 2. *L'intreccio tra diritto pubblico e diritto privato.*

Gli intrecci tra diritto pubblico e diritto privato non costituiscono certo una novità nella storia della nostra tradizione disciplinare. Basti al riguardo menzionare Santi Romano, il quale, già nel primo volume del *Trattato Orlando*,

---

<sup>2</sup> G. GRECO, *Monismo e dualismo nel sistema di giustizia amministrativa: l'influenza del diritto dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, p. 135 ss.

osservava che, tra diritto pubblico e diritto privato, “i rapporti dell’uno e i rapporti dell’altro ... spesso si uniscono e s’intrecciano fra loro” e che “sia un errore assai comune di escludere dai rapporti di diritto pubblico ogni principio che trova la sua sede consueta nel diritto privato”.

Ma tali intrecci costituiscono non a caso uno dei principali ambiti di impegno scientifico di Guido Greco e ciò, ci sembra, per almeno due ragioni.

In primo luogo, è evidente come la sensibilità verso questo ordine di questioni riconduca al Maestro, Antonio Amorth, che ebbe a dedicare all’argomento un importante contributo nel 1938. Si tratta cioè di tematiche già metabolizzate nello stesso percorso di formazione dello studioso e che hanno contribuito a delinearne l’orizzonte problematico.

In secondo luogo, in anni di pressante diffusione del verbo filoprivatistico gianniniano, era inevitabile che il confronto tra diritto pubblico e diritto privato dovesse tornare in primo piano nell’agenda scientifica. Le vicende del Nostro sono, sotto tale profilo, ben rappresentative di un’intera epoca segnata da un inusitato attacco alle sorti del diritto pubblico.

Certo è, dovendo tralasciare il resto, che tra i più importanti contributi di Guido Greco sono immediatamente ravvisabili significativi lavori a ciò dedicati: dai contratti della pubblica amministrazione agli accordi, dalle concessioni al tema guicciardiano delle transazioni.

Certo è altresì, in uno sforzo mai semplificatorio, ma analitico, mai puramente dommatico, ma attento ai dati del diritto positivo, che il confronto tra diritto pubblico e diritto privato non induce nel Nostro a indebite marginalizzazioni del primo, che anzi finisce pur sempre per mantenere una posizione di tutto rilievo.

Guido Greco, scorrendo dell’attività contrattuale delle amministrazioni in Amorth, ci parla di una “sintonia perfetta” con il Maestro, come “condivisione delle conclusioni e del metodo”, nonché “del modo di svolgimento dell’indagine, della sequenza logica del pensiero”<sup>3</sup>.

L’ascendenza del Maestro è in effetti ravvisabile sia nel metodo e nelle tematiche d’interesse, sia nell’indirizzo complessivamente perseguito, quantomeno, per ciò che si vuole qui sottolineare, nel segno della difesa del diritto pubblico. Ci sembra che sia pure possibile cogliere, se non si erra, una simile tecnica pendolare: un’iniziale apertura alla contaminazione privatistica, cui segue, pur con diverse articolazioni, un sostanziale ritorno, se non addirittura un’espansione del ruolo del diritto pubblico.

---

<sup>3</sup> G. GRECO, *Gli studi di Antonio Amorth sull’attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in V.G. CASARI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Antonio Amorth*, Milano, 2005, p. 104.



### 3. *L'ascendenza: Antonio Amorth.*

Proprio in ragione di quella dichiarata “sintonia”, non si può anzitutto non risalire al contributo del 1938 del Maestro, intitolato “Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato”.

Amorth intende aprire uno spazio tra l'attività pubblica, ove l'amministrazione persegue le sue finalità fondamentali e che è retta dal diritto pubblico, e l'attività privata, di carattere meramente accessorio rispetto alle suddette finalità e che è retta dal diritto privato, con l'enucleazione di una terza specie intermedia, l'attività amministrativa di diritto privato, ricavabile per integrazione del criterio formale con quello sostanziale: quest'ultima, perseguendo le finalità fondamentali dell'amministrazione, sarebbe pur sempre un'attività amministrativa, dunque pubblica in senso sostanziale, ma svolta nelle forme del diritto privato, dunque privata sul piano formale, sicché occorre appunto distinguere tra un'attività amministrativa (aggettivo che si sostituisce a pubblica) di diritto pubblico e un'attività amministrativa di diritto privato.

Per costituire il campo elettivo d'azione della nuova categoria enucleata Amorth tematizza così la questione della sostituibilità del procedimento pubblicistico con quello privatistico, poiché è pur sempre di attività amministrativa che si sta parlando, la quale di regola sussiste in quanto è stata prevista dal legislatore nelle forme pubblicistiche.

Una siffatta impostazione infatti non investe di per sé il tema delle qualificazioni, anzi presuppone per data una qualificazione pubblicistica, solo rispetto alla quale può prospettarsi l'eventualità di una “sostituzione” con la forma privatistica: ben inteso, non nel senso che la qualificazione pubblicistica venga soppiantata da una privatistica (ad es. mutando un provvedimento concessorio in un contratto privatistico di locazione), ma nel senso che una forma privatistica possa essere adottata in alternativa a quella pubblicistica.

Non a caso il problema della qualificazione viene per lo più in considerazione per quanto strettamente necessario a mantenere uno spazio sistematico per la categoria introdotta. È sufficiente affermare come non possa seguirsi l'opinione che riconduce radicalmente ogni attività amministrativa ad un comune denominatore pubblicistico (Mortara), che finirebbe per soppiantare *in toto* la forma privatistica, o che, sul carattere immediato o mediato della finalità perseguita, fonda una rigida separazione tra attività pubblica e privata (Ranelletti), non lasciando terreno franco per l'attività amministrativa di diritto privato.

L'Autore non sembra certo voler intaccare il patrimonio delle qualificazioni pubblicistiche. Si concede “senz'altro che il diritto pubblico amministrativo

sia il diritto *normale* degli enti pubblici”, purché soltanto non si rifiuti pregiudizialmente che anche nell’attività pubblica, *rectius* amministrativa, possa esservi uno spazio per un’alternativa forma privatistica. Né sembra essere di ostacolo la bilateralità, anzi essa costituisce terreno fertile per il mantenimento delle qualificazioni pubblicistiche, tanto che se “la qualificazione giuridica del rapporto di pubblico impiego è tuttora aperto: tuttavia sembra sicuro che, anche se si vuol parlare di contratto, si dovrà sempre concludere per una figura contrattuale di diritto pubblico” e ciò “si può ripetere per certe concessioni amministrative”. Semmai il problema della sostituibilità con forme privatistiche si potrà porre parimenti rispetto ai contratti di diritto pubblico.

Ma quando in effetti è configurabile siffatta sostituibilità e, in caso positivo, quali sono le conseguenze sul regime giuridico?

La risposta a queste domande non porta a risultati pratici tanto apprezzabili, quanto quelli teorici, e ciò, ad avviso di chi scrive, perché ci troviamo di fronte ad un Autore che non intendeva affatto mettere in discussione il ruolo primario del diritto pubblico. Siamo pur sempre nel solco glorioso della tradizione: lo stesso Amorth, a parte le rigorose rassegne critiche della dottrina del 1940-41, non mancò, nel 1977, in un saggio su Santi Romano, di manifestare perplessità, e condivisibilmente, per le nuove dottrine (il riferimento è a *Cultura e politica del diritto amministrativo* di Sabino Cassese, che dava per “moribonda” la scienza amministrativistica), insuscettibili di un confronto, poiché di esse non si riusciva (e, aggiungeremmo, non si riesce ancora) a cogliere una “diversa e ben assestata metodologia” che dovesse sostituire quella tradizionale, confermando invece “il vanto di questa gloriosa ascendenza”, quella di Santi Romano e di Ranalletti, e concludendo, rispetto al primo, “di poterlo accogliere tra noi per le sue opere vive e neppure, per quanto pare (*ndr* a Sabino Cassese), moribonde”.

Lo spazio reale per la “sostituibilità”, pur ben confezionata come premessa, appare subito assai problematico. A parte i casi nei quali è la stessa legge a prevederne la possibilità, si è costretti ad un percorso non poco accidentato, poiché l’A. è ben consapevole che, se l’amministrazione potesse “a piacere” ricorrere alla forma privatistica, ciò potrebbe tradursi in un’elusione dei vincoli pubblicistici. La sostituibilità non è affatto scontata, come vorrebbero coloro che ancora oggi e discutibilmente affermano una sorta di generale fungibilità tra mezzi pubblicistici e privatistici<sup>4</sup>, ma sottoposta a condizioni, e special-

---

<sup>4</sup> Ben a ragione G. GRECO, *Antonio Amorth, Maestro e gentiluomo*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 115 ss., mette in guardia dalla riconducibilità al pensiero del Maestro di certe dottrine favorevoli ad un’impostazione privatistica ed in particolare di quelle che intendono la sostituibilità come sostituibilità del regime giuridico dell’atto.

mente al fatto che il ricorso (sostitutivo) alla forma privatistica deve consentire di raggiungere lo “stesso” risultato conseguibile con la forma pubblicistica alla luce di un’attenta disamina di ciascuna fattispecie normativa: condizioni la cui ricorrenza – si riconosce – deve escludersi in ampi settori dell’attività amministrativa. Su questo assunto, si prospettano in positivo talune esemplificazioni: procedimenti esecutivi forzati, espropriazione e requisizione, procedure coattive privilegiate e, soprattutto, la significativa apertura al campo delle concessioni.

Ciò che maggiormente colpisce, al di là dell’effettiva misura dei casi suscettibili di sostituzione, è però, sul piano del relativo regime giuridico, l’intensità del recupero dei principi pubblicistici.

Certo se si prospetta la forma giuridica privatistica, se ne dovrà avere un qualche risvolto pratico e in questo si comprende l’affermazione che “quando ci si imbatte in un istituto di diritto privato ... occorra procedere con molta cautela ... prima di crearne un doppione pubblicistico”, come avrebbe fatto Enrico Guicciardi a proposito delle transazioni. Se tutto fosse duplicabile, verrebbe meno la stessa forma privatistica e ancora una volta lo spazio per la categoria introdotta.

Ma è subito pronta, nel prosieguo del discorso, l’oscillazione del pendolo, della interferenza del diritto pubblico nella forma privatistica, e con una portata ricostruttiva che coinvolge più ampiamente la stessa attività privata in senso stretto.

Per quanto “l’attività svolta dalle pubbliche amministrazioni in regime di diritto privato non forma un blocco unitario”, si precisa che “il notato fenomeno di interferenza del diritto pubblico nel privato aumenti le condizioni favorevoli per il suo verificarsi allorché si tratti di attività amministrativa di diritto privato svolta in sostituzione di attività amministrativa di diritto pubblico”, sicché la differenza sta tutta lì (le condizioni favorevoli), mentre la ricognizione in generale di tale interferenza si atteggia tendenzialmente nei rispetti di tutta l’attività in forma privatistica, sia essa amministrativa o privata.

È anzitutto fuori discussione la struttura bifasica<sup>5</sup>, in quanto la formazione della volontà amministrativa rientra sempre nel diritto pubblico: la “attività svolta da enti pubblici ... qualunque ne sia il genere” ha “una serie di principi da osservarsi” che “appartengono al diritto pubblico” e riguardanti la “competenza degli organi” o il “modo di formazione della volontà”.

---

<sup>5</sup> Basti, per la dottrina dell’epoca, il riferimento a C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrarre*, Firenze, 1937, p. 32: “il diritto pubblico regola quindi gli atti di diritto privato della P.A. durante il procedimento della loro formazione”.

Fuori discussione è altresì che le sorti degli atti amministrativi prodromici potessero refluire sulle vicende dell'atto di diritto privato. Anzi è proprio qui che Amorth sembra voler fare un passo in avanti. Il Maestro rimprovera alla dottrina di concepire la sequenza tra fase pubblicistica e fase privatistica come una relazione del "succedersi di atti giuridici appartenenti ad ordinamenti giuridici distinti", senza che si dia "veramente ancora una penetrazione dei principi dell'uno nell'altro", cioè con una "efficacia, che si potrebbe chiamare interna, perché non opera dall'esterno sul negozio stabilito in regime di diritto privato, ma che, compenetrando elementi pubblicistici con gli elementi propri del negozio, agisce nell'ambito del negozio stesso", sicché "il diritto pubblico si inserisce di nuovo sottilmente anche in questo campo che gli sembrerebbe proibito".

Appariscente, tra l'altro, è al riguardo il ruolo dell'interesse pubblico.

Di contro all'idea dell'irrelevanza dell'interesse pubblico per il contratto di per sé stesso considerato<sup>6</sup>, il vincolo funzionale pubblicistico è un presupposto di validità di "tutta" l'attività delle amministrazioni, sia per quella in forma pubblicistica, sia per quella in forma privatistica, che si tratti dell'attività amministrativa di diritto privato, ove, come si è visto, se ne evidenzia già il rilievo come condizione della sostituibilità, o che si tratti altresì dell'attività privata in senso stretto, anch'essa non meno compenetrata al suo interno dal suddetto vincolo. Non è dunque soltanto questione di vagliare le conseguenze della invalidità della fase pubblicistica prodromica sull'atto di diritto privato, ma di vagliare non meno quest'ultimo in sé alla luce dei precetti pubblicistici.

E ancora, non meno significativamente, si ritiene che le c.d. norme di diritto speciale vadano considerate come "norme di diritto pubblico".

Non sorprende così che si parli della "supremazia del diritto pubblico sul privato" da "intuire e spiegare con facilità solo che si rifletta non tanto a che il diritto pubblico è il diritto proprio e specifico delle pubbliche amministrazioni, quanto al carattere imperativo delle sue norme", o della "naturale capacità di diritto privato riconosciuta a tutti gli enti pubblici" che "in concreto incontra limiti notevoli".

In altre parole, l'apertura alle forme privatistiche subisce poi "sottilmente",

---

<sup>6</sup> M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, pp. 95 e 241: "il pubblico interesse non inerisce al negozio", non ne investe la "causa", pur non mancando la consapevolezza che ciò riguarda il contratto "considerato in sé" e non invece gli "atti amministrativi in senso stretto che si presentano, in tempo antecedente o susseguente al contratto stesso" e da cui può derivare una "invalidità" del contratto "con efficacia notevolmente maggiore di quella che altrimenti sarebbe consentita nell'ordinario sistema privatistico".

sul terreno del regime giuridico, il reingresso imperioso del diritto pubblico, sicché alla fine, nel risultato complessivo, sia ha più l'impressione di una pubblicizzazione delle forme privatistiche che una privatizzazione delle forme pubblicistiche o comunque, quantomeno, si ha l'evidenza di un'ampia conferma della centralità del diritto pubblico, fino al punto da rendere quest'ultimo idoneo a compenetrare quel "campo che gli sembrerebbe proibito", cioè i contenuti interni delle stesse forme privatistiche.

Guido Greco, nel citato saggio del 2005, ricorda che il proprio Maestro, a proposito degli appalti, usasse "singolarmente" l'espressione "alla francese" di "contratti di diritto pubblico". Se ci è concesso intrometterci tra Allievo e Maestro, che è quasi come mettere il dito tra marito e moglie, ci pare invece che siffatta indicazione non sia affatto singolare o casuale, ma risponda a quella prospettata e vigorosa interferenza del diritto pubblico (dalla "efficacia interna" al carattere pubblicistico delle norme di diritto privato speciale) che, come abbiamo visto, riguarda in generale l'intera attività di diritto privato. Sebbene con difficoltà se ne possa predicare una piena corrispondenza al nostro diritto positivo, il paradigma francese, e, per chi scrive, del tutto condivisibilmente, assurge quantomeno a modello verso il quale tendere, valorizzando tutte quelle corde interpretative che a quel modello consentono di avvicinarsi. Del resto è su questo solco che si stava *in toto* muovendo la nostra più antica tradizione nelle materie del contenzioso amministrativo in senso stretto, se non fosse stato per quell'improvvida cesura della legge del 1865.

#### 4. *I contratti della pubblica amministrazione.*

La disamina del prezioso contributo di Guido Greco, nei limiti del presente scritto, non può che prendere le mosse dalla monografia sui *Contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato* del 1986.

Ancora una volta il punto di partenza è un'apertura alla prospettiva privatistica, dettata dalla necessità di doversi confrontare con quella, ormai influente, dottrina (Massimo Severo Giannini) che aveva dato avvio ad una decisa torsione filoprivatistica.

Una volta riconosciuta all'ente pubblico una generale capacità di diritto privato, la tradizionale premessa che gli atti dell'amministrazione sono di regola atti di diritto pubblico viene capovolta, sicché gli atti di formazione della volontà contrattuale devono presumersi di diritto privato, mentre un loro "inquadramento pubblicistico" sarebbe una "deviazione dal sistema".

Una *ouverture* questa con una portata potenzialmente dirompente del sistema vigente ereditato dalla tradizione e che certo era nelle intenzioni di Giannini. Ma lo stesso non può dirsi per il Nostro. Se la qualificazione pubblicistica non può più darsi per scontata, non per questo è impedito che ciò possa essere “dimostrato alla stregua del diritto positivo”: ecco predisposta l'anticamera dell'oscillazione del pendolo.

E così, a testimonianza di un sottostante *favor* giuspubblicistico, che “seppure i dati di diritto positivo in ordine a detto regime”, quello pubblicistico, “sono molto frammentari”, si è ben pronti ad affermare come “si può tuttavia riconoscere che essi sono sufficienti a formare – per così dire – le ‘coordinate’ di un’interpretazione generalizzante”. L'esito finale non sorprende affatto: il sistema vigente, alla luce del diritto positivo, “resiste e risulta giustificato, pur nel mutato quadro dommatico assunto a premessa” e la fase di formazione della volontà contrattuale rimane così ancorata al diritto pubblico. Si è dunque capovolta la premessa, ma non il risultato, con buona pace dei mentori della moda privatistica.

Non si rinuncia neanche a tematizzare l'eventuale rilievo di profili pubblicistici in sede di esecuzione contrattuale. Il discorso si fa più articolato, alla luce del diritto positivo, senza però che vengano meno gli indici di un *favor* giuspubblicistico, già per il fatto stesso che non si esclude come, in tale fase, che nella prospettiva filoprivatistica apparirebbe intangibile ad estranee incursioni, siano possibili momenti di qualificazione pubblicistica.

Si contesta a volte l'inquadramento pubblicistico, come nel caso della revisione dei prezzi, ma si offre pur sempre un criterio che può consentire un siffatto inquadramento, quello della fonte, ove essa sia legislativa e non contrattuale.

Vi è anche uno spunto che ci pare di particolare significato. Al pari del proprio Maestro emerge la pervasività dell'interesse pubblico: “Risulterebbe, invero, assai singolare che l'interesse pubblico e i principi che presiedono alla discrezionalità amministrativa, che assumono indubbio e positivo rilievo nella fase contrattuale ... scompaiano improvvisamente del tutto nella successiva fase di attuazione dell'assetto contrattuale”. E, se si vuole sempre “sottilmente”, si delinea un apposito viatico di incardinamento delle garanzie pubblicistiche: si lamenta infatti che gli atti “sono stati inquadrati, nella loro interezza, o nel diritto pubblico o nel diritto privato, mentre non si potrebbe escludere che anche nella fase di esecuzione si possano avere manifestazioni di volontà negoziale di diritto privato, precedute da episodi di evidenza pubblica”. In altre parole si sta prospettando una sorta di struttura bifasica anche per gli atti

dell'amministrazione che intervengono in sede di esecuzione, aprendo così potenzialmente ad un massiccio ingresso del diritto pubblico<sup>7</sup>.

Ma andiamo al corno privatistico.

Desta *prima facie* una certa sorpresa che, persino nel sottotitolo della monografia, si sia fatto proprio l'uso della formula gianniniana della "evidenza pubblica"<sup>8</sup>, atteso che essa, nell'accezione del suo inventore, determina un significativo abbattimento delle qualificazioni pubblicistiche, non condiviso dal Nostro. La ragione finisce però per emergere con chiarezza: di quella formula occorre salvare l'idea dell'esistenza di un doppio binario, che consenta di valorizzare la parte privatistica ai fini di un rafforzamento della tutela, e ben inteso senza nulla togliere alla parte pubblicistica. Da qui l'originale prefigurazione degli "atti amministrativi negoziali", cioè di atti non autoritativi a regime amministrativo, con effetti privatistici e contenuto appunto negoziale. Questo insieme di concorrenti valenze consentirà l'emergere di due situazioni giuridiche, entrambe autonomamente attivabili, di interesse legittimo, di fronte al giudice amministrativo, e di diritto soggettivo, di fronte al giudice ordinario.

La questione allora più appariscente era la sottoposizione ai principi privatistici della fase precontrattuale. Il Nostro si inserisce così nel solco di un'indicazione di Mario Nigro, e, a riprova dell'autonomia dei due percorsi di tutela – "un interesse legittimo all'aggiudicazione e un diritto soggettivo all'altrui comportamento secondo buona fede" –, evidenzia che "non ogni procedura legittima esclude la responsabilità contrattuale". Sono le premesse di quella che oggi, in giurisprudenza, è definita come "responsabilità da comportamento". Meno profetico è risultato invece il tentativo di limitare questo meccanismo alla materia considerata per fronteggiare l'obiezione che in tal modo si estenderebbe la responsabilità in altri campi dell'azione amministrativa, se di recente la Cassazione ha affermato la propria giurisdizione in ordine ai "comportamenti" amministrativi in termini generali, non solo dunque con riguardo ai procedimenti di scelta del contraente, ma con riguardo alla "dimensione re-

---

<sup>7</sup> Di recente in tale direzione si rinvia anche a M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. econ.*, 2022, p. 25. Ci si rammarica tuttavia di non avere tenuto conto in quella sede, come era doveroso e desumibile ad una più attenta rilettura, dell'innovativo contributo sul punto di Guido Greco, cui va attribuita la paternità di una così importante prospettiva. E nulla toglie a tale merito che, come Egli stesso afferma, vi siano dei cenni in Giannini, stante, nel complesso dei rispettivi costrutti, la diversità delle propensioni riguardo al ruolo del diritto pubblico.

<sup>8</sup> Sulla necessità di abbandonare l'uso della formula gianniniana, M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 50.

lazionale” che si instaura in un qualsiasi procedimento amministrativo (Cass., Sez. Un., n. 8236 /2020).

Ma è proprio necessario ancorarsi al corno privatistico, mantenendo il doppio binario? Non sarebbe possibile raggiungere i medesimi, se non migliori, risultati di tutela nell'alveo pubblicistico della giustizia amministrativa e preferibilmente con una responsabilità di diritto pubblico? Ben è oggi configurabile, se la si condivide, una risposta positiva<sup>9</sup>, ma lo stesso non poteva certo dirsi al tempo della citata monografia. È sufficiente evidenziare che allora l'interesse legittimo non era risarcibile e il giudice amministrativo non era dotato di poteri risarcitori, sicché ogni tentativo di allargare il campo della responsabilità aveva una via obbligata, quella di un'ambientazione privatistica di fronte al giudice ordinario, cui non poteva sottrarsi neanche uno studioso fedele alle garanzie pubblicistiche, ma sensibile ad un rafforzamento della tutela del cittadino: non vi era dunque alternativa al doppio binario.

Un altro fronte significativo è quello delle qualificazioni.

Anche qui sono ravvisabili i segni della conservazione del patrimonio pubblicistico e dell'influenza del Maestro.

Si è visto che Amorth non rinunci affatto alla bilateralità per mantenere le qualificazioni pubblicistiche del titolo del rapporto, e ciò anche con riguardo alle “concessioni”. Non è dunque un caso che il Nostro, e ancora una volta non per presunzione dommatica, ma sulla scorta del diritto positivo, pur superando la visione unilaterale della concessione in favore di una visione contrattuale, specie alla luce del diritto europeo, acceda ad una qualificazione in termini di contratto di diritto pubblico e nell'alveo dell'istituto degli accordi introdotto nella legge sul procedimento amministrativo. L'affermata natura contrattuale non si traduce in un'operazione puramente nominalistica, poiché da essa deriva che l'amministrazione non possa unilateralmente incidere sugli “aspetti meramente patrimoniali” e, qualora modifichi, sempre unilateralmente, le “ulteriori” pattuizioni, dovrà provvedere ad un “necessario riequilibrio degli aspetti patrimoniali”, ma è del tutto prevalente l'ambientazione pubblicistica, tanto da investire di “potestà pubblicistiche” la fase dell'esecuzione e ben al di là di quanto è ravvisabile nei normali contratti di diritto privato dell'amministrazione<sup>10</sup>. Significativo, e pienamente condivisibile da parte di chi scri-

---

<sup>9</sup> M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 84 ss.

<sup>10</sup> G. GRECO, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 993 ss. Impostazione confermata in seguito e anche di recente, sempre alla luce dei sopravvenuti dati normativi, ID., *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016)*, *ivi*, 2018, p. 505 ss.



ve, è altresì – per quanto da ultimo, come vedremo, oggetto di un “qualche ripensamento” da parte del Nostro –, che si reputi “forse non ben meditata” la giurisprudenza della Cassazione (Cass., Sez. Un., 9 novembre 2012, n. 19391/2012 e n. 28804/2011) che ha ritenuto di far rientrare nel *genus* degli appalti, oltre alla concessione di sola costruzione, anche la concessione di costruzione e gestione, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario per la fase dell’esecuzione, aggiungendo, sempre in chiave critica, che “se si seguisse tale impostazione anche per le concessioni di pubblici servizi, dovrebbe essere soppressa la giurisdizione esclusiva, che non avrebbe più giustificazione”<sup>11</sup>.

Un siffatto itinerario scientifico non poteva che inevitabilmente incrociare il tema generale degli “accordi”, cui viene pure dedicata un’importante monografia nel 2003 (*Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*). L’economia del presente scritto non consente la disamina di una tematica così complessa. È sufficiente tuttavia evidenziare come, anche in tal caso, rimangano *in toto* confermati i segni del filogiuspubblicismo, se il Nostro prospetta decisamente una qualificazione di tali accordi come contratti di diritto pubblico, e come risuoni nuovamente l’ascendenza del Maestro. Guido Greco disconosce espressamente che la tesi dell’accordo inteso come negozio privatistico sia riconducibile al pensiero di Amorth, citandone a riprova un passaggio nel quale si afferma che, nell’esercizio delle potestà pubblicistiche in forma privatistica, “la sostituzione della forma non può alterare la natura di quelle potestà”, sicché la posizione dell’amministrazione “non può ridursi sul piano contrattuale”, e concludendo che la rilettura del Maestro “mi ha reso consapevole di avere in qualche modo seguito il Suo percorso, allorché ho sostenuto analoghe tesi in un mio saggio sugli accordi amministrativi. E mi ha fatto comprendere che in fondo non ero poi stato così innovativo, rispetto a quanto lucidamente esposto oltre sessant’anni prima dal Maestro”<sup>12</sup>.

Negli scritti più recenti il Nostro, sempre attento all’evolversi dei dati positivi (dalle direttive europee agli ulteriori sviluppi della giurisprudenza della Cassazione), è invero tornato su tali argomenti con nuove sfumature e, come dicevamo, con “qualche ripensamento”. In particolare, in *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell’Unione europea)* del 2022 si prospetta tra l’altro che le concessioni andrebbero adesso considerate “o come un *tertium genus* tra accordi e contratti di diritto privato, ovvero come contratti di diritto privato *tout court*” e che, sulla scorta di un contributo

---

<sup>11</sup> G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095 ss.; nello stesso senso, M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 34.

<sup>12</sup> G. GRECO, *Antonio Amorth*, cit.

di Salvatore Raimondi, “nei contratti di diritto privato dell’amministrazione (quale che sia l’estensione del *genus*) la presenza di poteri amministrativi in sede di esecuzione” deve considerarsi “una eccezione alla regola”.

Anche qui rimane tuttavia significativo come si affermi, nel primo caso, che “se si ritenessero ormai maturi tempi per inquadrare l’istituto delle concessioni nell’ampio *genus* dei contratti di diritto privato dell’amministrazione, occorrerebbe pur sempre tener presenti i numerosi aspetti pubblicistici che tale figura presenta tuttora in fase di esecuzione”, quasi a far nuovamente risuonare l’attitudine del Maestro al recupero del diritto pubblico nelle forme privatistiche, e, nel secondo caso, che, con riguardo a critecate, sul piano del diritto positivo, qualificazioni pubblicistiche di taluni atti in sede di esecuzione da parte della giurisprudenza amministrativa, “ben si comprendono le esigenze di maggior tutela (per l’altro contraente e, in definitiva, per l’interesse pubblico), che detta interpretazione può implicare (se si tratta di atto amministrativo, la risoluzione presupporrebbe un avvio del procedimento, un previo contraddittorio, una congrua motivazione, ecc.)”; cui ci permettiamo di aggiungere le esigenze di maggior tutela dello stesso contraente, poiché una cosa è sindacare un mero atto di diritto privato, altra cosa un atto di diritto pubblico.

Queste dinamiche interpretative nelle zone di confine tra diritto pubblico e diritto privato non scalfiscono comunque le propensioni di fondo del Nostro, come nel complesso sopra delineate e che, in definitiva, rimontano alla ragione prima che giustifica il *favor* per il diritto pubblico e la sussistenza di un suo ambito intangibile di applicazione: appunto una maggior tutela dei cittadini di fronte alla pubblica amministrazione.

## 5. Conclusioni.

Chi scrive sente in tal senso una profonda affinità di pensiero col Nostro, se non forse, al margine, per una qualche differenza di grado: essere ancor più radicalmente filogiuspubblicisti di quanto già non lo sia Guido Greco.

Se in questi decenni di deriva filoprivatistica è sembrato che quanto più ci si accostasse al diritto privato e quanto più se ne valorizzassero i contenuti a scapito del diritto pubblico, tanto più un lavoro scientifico fosse meritevole di apprezzamento, è venuto forse il momento di capovolgere questo metro di giudizio, ridando primaria importanza ai momenti di consapevole tenuta della tradizione giuspubblicistica. Vi sarà chi valorizzerà il fine confronto del Nostro col diritto privato, magari per tirarlo per la giacchetta, così come è indebitamente avvenuto per il Maestro, nel solco del filoprivatismo, ma è invece a

quella tenuta che va soprattutto il nostro riconoscimento, a grande merito di chi, come il Nostro, non hai mai riposto, nei tempi bui del gianninismo, i nobili scudi delle garanzie pubblicistiche.

In un'epoca di dispersione dei valori e della stessa conoscenza della nostra tradizione, Egli è uno dei pochi Maestri del diritto pubblico che ci sono rimasti, di quei pochi che non hanno mai smarrito il significato autentico del sistema giuspubblicistico e del gigantesco patrimonio di tutela che vi è connaturato: è dunque un Maestro che dobbiamo tenerci stretto come esempio per le future generazioni.

Non potevano infine mancare, unitamente all'apprezzamento scientifico, i tributi di affetto e di ammirazione per la persona, che, per chi scrive, passano inevitabilmente per quegli espressivi ed inconfondibili tratti della migliore sicilianità: un'attitudine riservata che non rinuncia alla socievolezza di una garbata signorilità e che nasconde, negli occhi vivi di intelligenza e di umanità, la densità del pensiero e dei sentimenti. Così come Guido Greco ha detto di Antonio Amorth, non ci si può sottrarre per il Nostro all'ulteriore "sintonia" di un medesimo appellativo: *Maestro e gentiluomo*.

# LA BANCA CENTRALE EUROPEA DI FRONTE ALL'INFLAZIONE

*Fabio Merusi*

SOMMARIO: 1. L'inflazione imprevista. Banca centrale e governo della moneta. – 2. Esercizi di profezia attuale sulla base monetaria Euro. – 3. Euro digitale e sistema dei pagamenti. – 4. Comparazione dell'Euro digitale con altri equipollenti monetari. – 5. Democrazia, Banca Centrale Europea e governo sovrano della moneta. – 6. Intelligenza artificiale e atti sovrani di governo della moneta.

## *1. L'inflazione imprevista. Banca centrale e governo della moneta.*

L'improvvisa, imprevista, comparsa dell'inflazione ha riacceso l'attenzione sui poteri della Banca Centrale Europea e sui possibili interventi antinflazionistici della stessa.

Che la comparsa dell'inflazione fosse imprevista lo ha confermato il Governatore della Banca d'Italia nella sua ultima relazione annuale: "L'incremento ... dell'inflazione nell'area dell'euro, straordinario e in gran parte imprevisto, è dipeso soprattutto dal balzo altrettanto eccezionale dei prezzi dell'energia. Gli ampi errori di previsione degli esperti della BCE e dell'Euro-sistema, così come di pressoché tutti gli analisti, sono stati dovuti in massima parte alla sottovalutazione generale degli effetti dell'evoluzione geopolitica. Ancora alla fine del 2021, quando annunciammo l'avviso del processo di normalizzazione monetaria, che si riflesse subito in netto rialzo dei tassi di interesse a lungo termine, le quotazioni di mercato continuavano a segnalare l'attesa di un deciso caldo dei prezzi del gas ... L'aggressione all'Ucraina ha trasformato uno shock temporaneo sui prezzi in un fenomeno ben più intenso e persistente"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Banca d'Italia, *Considerazioni finali del Governatore. Relazione annuale*, Roma, 2023. Sul-

A dire la verità, c'è qualche dubbio che l'inflazione sia stata determinata soltanto da uno shock geopolitico sui prezzi e che, come tale, fosse *in toto* imprevedibile. Forse qualche colpa ce l'ha anche la pandemia di Covid e i provvedimenti che sono stati adottati in chiave europea – durante e dopo – per riparare i danni economici della pandemia. *In primis* la sospensione del patto di stabilità fra i Paesi dell'Unione che ha permesso ai singoli Paesi un aumento della spesa pubblica e dell'indebitamento.

Come è noto – si suppone anche in Unione Europea, che ha trascritto, seppur parzialmente, la *Stabilitätsgesetz* tedesca – la stabilità dei prezzi, cioè la non inflazione<sup>2</sup>, dipende dall'equilibrio fra base monetaria, spesa pubblica, in tutte le sue molteplici manifestazioni, e rapporto con le altre monete, in particolare il dollaro. È il c.d. “triangolo magico”. Se si muove un lato del triangolo bisogna riequilibrare con un altro dei tre lati del triangolo in modo da riequilibrare la stabilità dei prezzi e troncare così l'inizio, e poi la “corsa”, dell'inflazione<sup>3</sup>.

---

le relazioni annuali della Banca d'Italia e sulla loro portata prima e dopo l'istituzione della BCE cfr. di recente P. CIOCCA, *La Banca d'Italia. Una istituzione 'speciale'*, Torino, 2022.

<sup>2</sup> La differenza è che l'originale tedesco è una legge dinamica sulla direzione della componente pubblica dell'economia; il patto di stabilità dell'Unione Europea è invece la disciplina statica fondata su coefficienti fissi di governo di uno dei componenti del triangolo. Da tale differenza deriva che gli eventuali – e negli ultimi tempi frequenti – squilibri inflazionistici debbano essere corretti. In altre parole con la *Stabilitätsgesetz* si può “governare” la spesa pubblica; col patto di stabilità europeo fissare dei coefficienti fissi per regolare periodicamente le spese pubbliche. Con la *Stabilitätsgesetz* si può governare la spesa, col patto di stabilità viene invece normata periodicamente la determinazione della spesa. Per una esposizione sintetica ma chiara delle prescrizioni della *Stabilitätsgesetz*, anche con riferimento alle teorie economiche implicate, si rinvia a H. FABER, *Verwaltungsrecht*, G.C.B. Tübingen, 1987, 355 ss. ed in calce indicazioni su i numerosi commentari e saggi specifici che se ne sono occupati.

<sup>3</sup> Sul triangolo magico si rinvia a F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2015, 18 ss. Il triangolo magico non è né un'invenzione tedesca, né la traduzione giuridica di qualche teoria economica. Il triangolo magico deriva da una esperienza empirica, fattuale, posta in essere da un banchiere centrale, il Governatore della banca centrale olandese, e poi il Presidente della Banca dei Regolamenti internazionali, Holtrop, per controllare il fenomeno inflattivo durante l'inizio di una crisi economica. Razionalizzato nella Repubblica Federale Tedesca con la legge di stabilità e poi passato come regola per l'Unione europea. Si può leggere l'omaggio a Holtrop e la traduzione in termini di teoria economica delle sue tesi, con particolare attenzione al lato del triangolo relativo ai rapporti con le altre monete, in P. BAFFI, *L'inflazione in Europa occidentale e le monete di riserva*, in *Moneta e credito*, 1968, ora in ENTE LUIGI EINAUDI, *Paolo Baffi*, Roma, 1989, 11 ss. (“Nel piccolo mondo degli istituti di emissione al quale appartengo, questa tesi è stata elaborata principalmente dal dr. Holtrop, già governatore della Banca d'Olanda e presidente della Banca dei regolamenti internazionali.

Che non fosse tutta colpa della guerra in Ucraina implicitamente lo riconosce, poche pagine più in là, anche lo stesso Governatore. Nella sua relazione è dato infatti leggere quanto segue: “La risposta delle politiche europee alla crisi pandemica è stata forte e tempestiva. Oltre agli imponenti sforzi coordinati compiuti per il contenimento della circolazione del virus e per l’acquisto e la distribuzione tra paesi dei vaccini, anche sul piano strettamente economico l’Unione europea si è avvalsa di strumenti innovativi: sono stati concessi prestiti ai paesi membri per finanziare misure di contrasto ai rischi di disoccupazione; con la definizione del programma NGEU sono state messe a disposizione dei bilanci nazionali ingenti risorse volte a finanziare investimenti e riforme per sostenere la ripresa economica e per la doppia transizione, verde e digitale”<sup>4</sup>.

Tenuto conto che con l’inizio della pandemia erano stati sospesi i coefficienti imposti ai singoli Paesi dell’Unione per tenere in equilibrio la spesa pubblica ed, in particolare, l’indebitamento, appare evidente che, anche senza ricorrere alla consulenza del *De Divinatione* ciceroniano, era prevedibile che la stabilità dei prezzi avrebbe subito qualche alterazione, più o meno accentuata.

L’inflazione, anche se non la sua misura, e la sua progressività, era pertanto prevedibile. Se un lato del triangolo si muove, tocca agli altri lati ripristinare l’equilibrio, nel caso alla moneta. È infatti puntualmente intervenuta la Banca Centrale Europea con strumenti di governo della moneta restrittivi della base monetaria. Si potrà certamente discutere, come infatti si discute, sull’opportunità degli strumenti utilizzati e utilizzabili, ma è certo che per ristabilire l’equilibrio fra i lati del triangolo, e perciò la stabilità dei prezzi, essi andavano e andranno usati ... sempre che non si voglia lasciar correre l’inflazione ... con le tensioni sociali che ne conseguono ... *in primis* di “inseguire” l’inflazione con l’aumento delle retribuzioni pubbliche e private.

Si è parlato degli interventi della Banca Centrale sulla base monetaria, ma è forse il caso di tener conto che in questo momento la base monetaria è mobile, o potrebbe a breve veder comparire nuove componenti. Con la conseguenza che anche gli atti di governo della moneta della Banca Centrale potrebbero esercitarsi in forme e su oggetti diversi da quelli finora usati, ridotti esclusivamente all’aumento dei tassi bancari. Il che significa che anche i provvedimenti antinflazionistici della BCE di riduzione della base monetaria potrebbero cambiare, se non *in toto*, con riferimento ad alcune componenti monetarie.

---

Mi riferisco in particolare alla magistrale analisi contenuta nella rassegna generale con cui si apre la relazione della Banca d’Olanda per il 1965”).

<sup>4</sup> Banca d’Italia, *Considerazioni finali del Governatore*, cit., 11.

Ma vediamo quel che nella base euro non c'è e quel che già c'è, ma è ancora di controversa interpretazione anche nella prospettiva di possibili manovre antinflazionistiche della Banca Centrale.

## 2. *Esercizi di profezia attuale sulla base monetaria Euro.*

Il rapido sviluppo della rivoluzione economica determinata dalla rivoluzione informatica fa sì che per quasi ogni istituto giuridico si possa prospettare cambiamenti in un futuro sempre più breve<sup>5</sup>.

E così il già multiforme mondo della base monetaria dell'Euro potrebbe essere investito a breve di una novità di cui da tempo si parla: l'Euro digitale. Un istituto polimorfo, apparentemente monetario, ma, a secondo di come lo si guardi, con possibili implicazioni bancarie e finanziarie.

La logica che spingerebbe all'introduzione di un Euro digitale è enumerata in un rapporto redatto dalla stessa Autorità che dovrebbe emetterla, la Banca Centrale Europea (*BCE Report on a Digital Euro*, Frankfurt am Main, 2020). L'E.D. verrebbe introdotto per: "... a) supportare la prassi di digitalizzazione economica; b) affrontare il calo dell'uso del contante; c) combattere i rischi della creazione di monete private; d) ampliare la cassetta degli attrezzi monetari; e) mitigare la rischiosità del sistema dei pagamenti; f) rafforzare la rilevanza e l'utilità internazionale del sistema dei pagamenti; g) agevolare l'efficienza dei sistemi monetario e dei pagamenti".

Non importa in questa sede valutare le motivazioni che indurrebbero all'introduzione di una moneta digitale. Quel che rileva è che l'Euro digitale verrebbe creato da una procedura informatica, sarebbe cioè una valuta virtuale alla quale potrebbero accedere i privati operatori convertendo la loro moneta legale in moneta digitale. L'esatto opposto di quanto accade con un istituto già esistente, ma di dubbia interpretazione proprio sotto il profilo monetario, le criptovalute, in cui è la criptovaluta che si converte in moneta legale<sup>6</sup>. In un

---

<sup>5</sup> Cfr. in termini generali F. MERUSI, *Sulla "struttura" della rivoluzione economica comunicativa. Sovranità orizzontale contro sovranità verticale*, in *Lo Stato*, 2021, p. 76 ss.

<sup>6</sup> Sulle criptovalute, di cui si conta al momento un numero che supera il centinaio, suddivise fra criptovalute "totali" e *stablecoin*, cioè criptovalute agganciate al corso di una moneta legale, di solito il dollaro, e di conseguenza non soggette a variazioni di prezzo, è apparso di recente un manuale informativo che permette di destreggiarsi nel complesso mondo delle criptovalute descrivendone il funzionamento: N. CINTIOLI, V. DIOTALLEVI, *Crypto. Manuale introduttivo. Introduzione e analisi dei progetti più rilevanti all'interno della crypto-economy*,

caso e nell'altro ci si trova di fronte ad un equipollente monetario, ma con la fondamentale differenza che nel caso dell'Euro digitale l'equipollente monetario sarebbe creato dalla stessa Banca Centrale che ha il compito istituzionale di creare la moneta Euro. Un compito istituzionale che risulta codificato dall'art. 128, par. 1, del TFUE il quale prevede, fra i compiti della Banca Centrale Europea, quello di emettere moneta legale e, per traslato, eventuali equipollenti della moneta legale<sup>7</sup>. Nel nostro caso l'Euro digitale. È la convertibilità che determina l'equipollenza della moneta digitale con la moneta legale e, conseguentemente, l'identica competenza giuridica attribuita alla BCE per la sua emissione<sup>8</sup>.

---

Roma, 2023. Ad esempio, il padre di tutte le criptovalute, il *bitcoin*, è così descritto "... Bitcoin è la prima criptovaluta che sia mai stata creata ed il suo scopo è quello di essere una valuta digitale decentralizzata. Parliamo quindi di una moneta non emessa da banche centrali o da enti che possano controllarla. Bitcoin e nessuno in particolare lo emette, infatti tutti noi possiamo coniare questa criptovaluta. Il processo di emissione di Bitcoin viene chiamato 'Mining'. Con questo termine, si intende la pratica mediante la quale i 'Miners' offrono la potenza computazionale dei propri hardware, in cambio di una retribuzione basata sul lavoro svolto. L'attività che questi computer svolgono si concretizza nella convalidazione delle transazioni eseguite sulla BTC blockchain ed è proprio per questo che gli operatori ricevono un compenso in criptovaluta nativa, determinandone così l'emissione. Ciò significa che per qualunque transazione elaborata sulla rete è fondamentale il processo di validazione sopra descritto (proof of work). La tecnologia rivoluzionaria alla base di tutto ciò, come precedentemente anticipato, è la blockchain. La colonna portante di questo sistema è un registro digitale decentralizzato distribuito, condiviso tra i nodi di una rete di computer. Con distribuzione intendiamo una rete pubblica interconnessa alla quale tutti possono avere accesso. Proprio grazie a questa sua caratteristica la BTC chain è soggetta ad una bassissima probabilità di down, in quanto essendo distribuita globalmente, si ha quasi un'impossibilità di malfunzionamento dato l'elevatissimo numero di nodi. Essendo un database la sua funzione principale è la memorizzazione di informazioni, cruciali per il mantenimento di un registro sicuro, decentralizzato ed immutabile". ... Un glossario unito al testo aiuta ad intendere i termini specialistici contenuti nella sintetica descrizione.

Sui problemi giuridici determinati dal *bitcoin* e dalle altre criptovalute esiste ormai un'ampia letteratura nella quale cfr., ad esempio, G.M. NORI, *Bitcoin, tra moneta e investimento*, in *Banca Impresa Società*, 2021, p. 157 ss. e D. MASI, *Le criptoattività: proposte di qualificazione giuridica e primi approcci regolatori*, in *Banca Impresa Società*, 2021, p. 241 ss. e di recente l'ampia rassegna critica di P. RUBECHINI, *Criptoattività e blockchain*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 251 ss.

<sup>7</sup> Sui problemi giuridici che potrebbero nascere dall'introduzione dell'Euro digitale v. G. BOSI, *Digital euro e dintorni giuridici*, in *Banca Impresa Società*, 2022, p. 219 ss.

<sup>8</sup> Inconcludenti in proposito sono i riferimenti di Bosi alle nozioni giuridiche e alle nozioni economiche di moneta. Secondo l'Autore, "... al presente ... le domande di diritto mone-



Ma non basta accertare chi ha il potere. Bisogna anche accertare come potrà essere organizzato l'esercizio del potere.

*In primis* c'è da chiedersi se la gestione dell'Euro digitale prodotto dalla BCE debba restare affidato all'emittente o se debba essere affidato ad un apparato organizzativo e, in questo secondo caso, se interno all'emittente oppure esterno ad essa. Al momento sta prevalendo l'idea di affidare la gestione ad appositi operatori finanziari.

Ma è nell'utenza il vero punto critico dell'Euro digitale.

Per essere utilizzato l'utente deve disporre di un conto in Euro digitale presso l'emittente, il che significa sottrarre ad altri investimenti proprie disponibilità, *in primis* ai depositi bancari, il che comporta, ad un tempo, trasformare il gestore dell'E.D. in una banca e depauperare le banche dei depositi delle disponibilità che vengono depositate presso l'emittente o il gestore dell'E.D.<sup>9</sup>.

Una situazione per qualche aspetto comparabile a quella – che pure è stata prospettata – della Banca Centrale, la quale procedesse a creare una criptovaluta che però deriverebbe da un particolare trattamento informatico degli investimenti degli utenti, in cui, peraltro, la conversione degli investimenti in moneta legale avverrebbe a valle del procedimento di “creazione” del titolo convertibile<sup>10</sup>. Mentre la quantità degli equipollenti monetari non sarebbero nella disponibilità della Banca Centrale perché dipendenti dagli investimenti degli investitori in criptovalute.

L'esternalità del produttore di criptovalute rispetto alla Banca Centrale com-

---

tario a cui occorre rispondere sono almeno due: anzitutto, se il DE costituisca una nuova unità monetaria ufficiale (valuta pubblica) e/o un nuovo mezzo di pagamento ufficiale; quindi quali siano i suoi attributi, in rapporto alla natura monetaria che adesso si ascrive”. In altre parole si ritiene del tutto ozioso discettare sui differenziali, veri o presunti, fra la nozione, o le nozioni, economiche e la nozione giuridica di moneta. Ciò che rileva è semmai la verifica dell'*equipollenza* di un determinato tipo di moneta alla moneta legale, tipo di moneta ormai presente in tutti gli ordinamenti giuridici.

Sulla nozione di base monetaria in termini generali cfr. anche A. CHIRICO, *La sovranità monetaria tra ordine giuridico e processo economico*, Padova, 2003.

<sup>9</sup> Sul tema si rinvia a P. MOTTURA, *La banca di credito e di deposito. La stabilità monetaria e le ragioni di una regolamentazione «speciale»*, in *Bancaria*, 12/2012, p. 2 ss., nonché G. BOSI, *Digital euro e dintorni giuridici*, cit. Sulla nozione di Euro digitale e sui modi di introdurlo nell'Eurosistema si rinvia alla “appassionata” esposizione di E. BARUCCI, *Euro digitale. Una sfida da vincere nell'interesse di tutti*, Milano, 2023.

<sup>10</sup> Esiste, a dire il vero, già un caso del genere, in una repubblica centroamericana in cui la Banca Centrale ha creato una criptovaluta, il *Bitcoin*, essenzialmente per raccogliere le rimesse degli emigranti.

porta, *naturaliter*, la disciplina di diritto privato del produttore di criptovalute e il conseguente contenzioso di fronte al giudice ordinario, fino alla possibile insolvenza e alle conseguenti procedure fallimentari. Un fenomeno di recente divenuto piuttosto frequente ...<sup>11</sup>.

C'è peraltro un altro punto che potrebbe determinare un incontro fra il presente e il futuro, criptovalute ed Euro digitale: la possibile doppia anima del titolo.

Una caratteristica delle criptovalute è non solo che sono da considerarsi, come sembra dire il termine stesso, degli equipollenti monetari, ma anche dei titoli finanziari oggetto di investimento<sup>12</sup>. All'investitore in criptovalute non interessa tanto che la criptovaluta sia un equipollente della moneta, quanto che sia un titolo avente un valore commerciale, sia cioè un titolo finanziario. Dal punto di vista oggettivo la criptovaluta è un equipollente monetario, ma dal punto di vista funzionale è un titolo finanziario. Finora la giurisprudenza intervenuta, almeno quella italiana, ha privilegiato il profilo funzionale delle criptovalute, considerando il loro produttore e gestore un'impresa finanziaria, con tutte le conseguenze del caso nell'ipotesi di contenzioso<sup>13</sup>. La stessa cosa potrebbe succedere per l'Euro digitale? Accanto all'equipollenza monetaria po-

---

<sup>11</sup> Per un quadro dei fallimenti recenti di gestori di piattaforme di criptovalute cfr. *Il Sole 24ore* del 20 novembre 2022.

<sup>12</sup> Cfr. in proposito G.M. NORI, *Bitcoin tra moneta e investimento*, cit., cui *adde*, di recente, M. CIAN, *Noterelle su finanziarietà e non finanziarietà nei crypto-assets: la Suprema Corte sulla natura del servizio di exchange*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, parte seconda, p. 3 ss., secondo il quale "La finanziarietà (della criptovaluta) ... è uno stato di fatto, in quanto esprime l'interesse tipico della comunità all'accesso ad un determinato bene/rapporto, l'utilità sociale dal medesimo rivestita. In quanto stato di fatto, la finanziarietà può sussistere o non sussistere a seconda del (contesto o a seconda del) tempo in cui il bene/rapporto è trattato. In questa prospettiva, nella negoziazione di bitcoin, oggi, l'interesse a dotarsi di uno strumento di intermediazione negli scambi (denaro) sembra decisamente un interesse di retroguardia, rispetto a quello di speculare sul suo tasso di cambio, e dunque di investire capitali con l'aspettativa di una remunerazione".

<sup>13</sup> Così ha fatto la sentenza della Corte di Cassazione (Sez. pen.), 10 novembre 2021, n. 44337, commentata da Cian secondo la quale "Ove la vendita di bitcoin venga reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, si ha una attività soggetta agli adempimenti di cui agli artt. 91 ss. TUF, la cui omissione integra la sussistenza del reato di cui all'art. 166, co. 1, lett. c), TUF; pertanto, allo stato, può ritenersi il bitcoin un prodotto finanziario qualora acquistato con finalità di investimento: la valuta virtuale, quando assume la funzione, e cioè la causa concreta, di strumento d'investimento e, quindi, di prodotto finanziario, va disciplinata con le norme in tema di intermediazione finanziaria (art. 94 ss. T.U.F.), le quali garantiscono attraverso una disciplina unitaria di diritto speciale la tutela dell'investimento".

trebbe determinarsi un’“anima” finanziaria che trasformerebbe la BCE, o una sua articolazione, in una impresa finanziaria? Potrebbe accadere solo se i depositi dei privati operatori in Euro digitali diventassero competitivi rispetto a quelli bancari e facessero conseguentemente diventare l’Euro digitale un titolo di investimento e non solo uno strumento di rapido pagamento digitale ... in moneta digitale ...

Tutto dipenderà dalla futura normativa sui depositi in E.D. e dalla giurisprudenza la quale, come abbiamo visto a proposito delle criptovalute, si è mostrata particolarmente attenta al profilo funzionale del titolo traendone conseguenze giudizialmente rilevanti. E la giurisprudenza, come abbiamo visto, ha tratto conseguenze dal profilo funzionale delle criptovalute e non dalla natura giuridica di equipollente monetario della criptovaluta.

Va detto peraltro che l’anima finanziaria delle criptovalute ha tratto conforto, direttamente o indirettamente, attraverso la disciplina dei gestori di criptovalute, sia da un recente intervento dell’Autorità italiana di vigilanza sul mercato finanziario, la CONSOB, sia da un Regolamento C.E., il c.d. MICA, di prossima emanazione<sup>14</sup>.

Ipotesi che difficilmente potrebbero ripetersi per un istituto giuridico creato dalla stessa Banca Centrale.

Mentre si scrivono queste note, è giunta notizia che la SEC statunitense, l’Agenzia di vigilanza e regolazione del mercato finanziario statunitense, ha seguito un’altra via. Ha suddiviso le criptovalute in due categorie: le due criptovalute originarie, il Bitcoin e l’Ethereum, e le c.d. Altcoins, cioè tutte le altre criptovalute derivate, con variazioni, dalle due criptovalute originarie.

Le Altcoins, sotto la maschera dichiarata di criptovalute, sarebbero in realtà *securities*, cioè titoli finanziari, come le obbligazioni e le azioni, con la conseguenza che sarebbero sottoposte alla regolazione e alla vigilanza della SEC previste a tutela dei risparmiatori. Non sarebbero pertanto degli equipollenti monetari, bensì titoli finanziari. Con tutte le conseguenze che ne derivano in materia di regolazione e di vigilanza pubblica.

Diversamente le due criptovalute originarie, in quanto “materie prime” convertibili in moneta legale, sarebbero delle valute vere e proprie e, come tali, sottoposte alla disciplina propria della moneta.

Come appare evidente, il ragionamento della SEC diverge da quello della giurisprudenza italiana in precedenza richiamata che invece applica la norma-

---

<sup>14</sup> Sulla rivoluzione dei mercati finanziari si rinvia all’ampia e articolata ricerca di M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012.

tiva finanziaria propria della criptovaluta originaria, il Bitcoin. Non solo, ma il ragionamento della SEC, che distingue nettamente fra vere valute, il Bitcoin e l'Ethereum, e *securities* mascherate da criptovalute è contrario anche alla possibilità di attribuire una doppia anima, monetaria e finanziaria, alle criptovalute in generale.

### 3. *Euro digitale e sistema dei pagamenti.*

Forse più proficuo potrebbe risultare l'accostamento dell'Euro digitale ad un altro equipollente monetario, il sistema dei pagamenti, tanto più che tra le finalità indicate dal rapporto BCE citato all'inizio si afferma che l'Euro digitale verrebbe introdotto, tra l'altro, per "... mitigare la rischiosità del sistema dei pagamenti; rafforzare la rilevanza e l'utilità internazionale del sistema dei pagamenti; agevolare l'efficienza dei sistemi monetari e dei pagamenti".

L'E.D. verrebbe cioè introdotto nel sistema dei pagamenti e ne costituirebbe un "modo d'uso" condividendone conseguentemente la natura di equipollente monetario.

Ma che cosa sono i sistemi di pagamento?<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> I sistemi di pagamento sono un prodotto della rivoluzione informatica nella base monetaria come potrebbe essere, se istituito, l'Euro digitale. I moderni strumenti telematici permettono di compensare debiti con crediti e, organizzati in maniera unilaterale, permettono altresì di fare sistema: una struttura organizzata di compensazione permette di compensare debiti e crediti di una pluralità di aderenti al sistema. Portata alle estreme conseguenze una serie integrata di sistemi di pagamento potrebbe portare ad una "economia senza moneta", nella quale scompaiono sia la moneta legale che la moneta scritturale e la moneta viene ridotta ad unità di misura di compensazioni fra debiti e crediti. Una sorta di ritorno sofisticato al baratto primigenio nel quale la moneta si ridurrebbe ad uno strumento di calcolo del baratto. In questa logica l'E.D. diventerebbe anche uno strumento di calcolo quasi immediato e comunque in tempi brevi della compensazione fra debito e credito. I sistemi di pagamento sono già stati disciplinati, l'Euro digitale forse lo sarà. Cfr. in proposito *Profili giuridici dell'equipollenza monetaria dei sistemi di pagamento*, in F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali all'innovazione economica*, Torino, 2006, p. 101 ss. cui *adde*, di recente, F. CIRAIOLO, *I sistemi di pagamento tra dinamiche tecnologiche e di mercato*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 415 ss., il quale mette in rilievo come, grazie alle tecnologie informatiche, il sistema dei pagamenti si sia realizzato utilizzando anche criptovalute. Ci sarebbe stato, sempre più di frequente, una sorta di fusione fra sistema dei pagamenti e criptovalute: "... Negli ultimi anni ... i progressi registrati nel mondo del digitale hanno permesso di compiere un notevole salto in avanti, legato, in particolare, all'avvento della Distributed Ledger Technology e alla sua principale applicazione, rappresen-

I sistemi di pagamento sono un prodotto della rivoluzione informatica nella base monetaria come potrebbe essere, se è istituito, l'Euro digitale. I moderni strumenti telematici permettono di compensare debiti con crediti e, organizzati in maniera unilaterale, permettono altresì di fare sistema: una struttura organizzata di compensazione permette di compensare debiti e crediti di una pluralità di aderenti al sistema. Portata alle estreme conseguenze una serie di integrata di sistemi di pagamento potrebbe portare ad una "economia senza moneta", nella quale scompaiono sia la moneta legale che la moneta scritturale e la moneta viene ridotta ad unità di misura di compensazioni fra debiti e crediti. Una sorta di ritorno sofisticato al baratto primigenio nella quale la moneta si ridurrebbe ad uno strumento di calcolo del baratto.

In questa logica l'E.D. diventerebbe anche uno strumento di calcolo quasi immediato e comunque in tempi brevi della compensazione fra debiti e crediti. I sistemi di pagamento sono però stati disciplinati, l'Euro digitale forse lo sarà. Anche se la sua funzione non potrà certamente ridursi a quella di uno strumento di calcolo da introdurre nei sistemi di pagamento.

#### *4. Comparazione dell'Euro digitale con altri equipollenti monetari.*

Dagli accostamenti dell'Euro digitale ad altri due equipollenti monetari, le criptovalute e i sistemi di pagamenti, è possibile trarre qualche conclusione sul "colore" dell'anima dell'Euro digitale o, quanto meno, sul suo colore prevalente?

Forse che quando l'equipollente monetario è creato direttamente dalla Banca Centrale la natura monetaria è prevalente, mentre quando è creato a valle col concorso necessario degli investitori l'anima prevalente, ancorché non esclusiva, del titolo valutario è quello di strumento finanziario con le conse-

---

tata dalla blockchain. È noto, invero, che l'impiego delle nuove tecnologie si colloca alla base della crescente diffusione delle c.d. valute virtuali, oggi definite, nell'ordinamento italiano, come 'la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente' art. 1, comma 2, lett. qq, d.lgs. n. 231/07). Per quanto di specifico interesse in questa sede, dunque, rileva particolarmente l'indicazione dei profili funzionali di questo complesso e proteiforme fenomeno, essendo tra questi enunciato il possibile (ma non esclusivo) impiego come «mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi» (ossia come mezzo di pagamento".

guenze che ne derivano in un caso e nell'altro sulla loro disciplina giuridica e sul contenzioso che ne può derivare?

Potrebbe essere questa la conclusione che dunque escluderebbe di ricomprendere l'Euro digitale fra i titoli finanziari e di attrarlo nella loro disciplina. Mentre per quanto riguarda le criptovalute, a parte la recente soluzione della SEC statunitense di distinguere fra criptovalute vere e criptovalute false, rimane la soluzione generale della possibile doppia anima monetaria e finanziaria con conseguente possibilità di una "doppia" regolamentazione giuridica.

### 5. *Democrazia, Banca Centrale Europea e governo sovrano della moneta.*

Ma torniamo *ab ovo*: ai provvedimenti antinflazionistici della Banca Centrale Europea. Appena emanati i primi atti, e realizzati i conseguenti effetti negativi sullo sviluppo economico, è riemersa la problematica della legittimazione politica, ed in particolare democratica, della Banca Centrale.

In passato sulla questione sono stati versati inconcludenti fiumi d'inchiostro diligentemente "ridotti ed incanalati" in una monografia specifica<sup>16</sup>. Ma, parafrasando i canonisti, è inutile disputare "*de potestate*" quando la potestà è attribuita ad un organo sovrano da un'autorità costituente. È dall'autorità costituente che nasce la legittimazione ad esercitare un potere sovrano. Così è stato anche per la semi-federazione europea. I Paesi dell'Unione Europea hanno creato una moneta comune, l'Euro, e, conseguentemente, una Banca centrale per governarlo. Ci sono stati dunque atti "costituenti" che hanno attribuito alla BCE poteri sovrani relativi al governo della moneta comune costituita con un atto, appunto, costituente, dei Paesi dell'Unione<sup>17</sup>.

Ne consegue che la Banca Centrale Europea può emanare atti sovrani riferiti e riferibili ad ogni componente della base monetaria dell'Euro, alla moneta

---

<sup>16</sup> Cfr. F. MOROSINI, *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca Centrale Europea (BCE)*, Pisa, 2014.

<sup>17</sup> Numerose sono le opere di recente dedicate al costituzionalismo per lo più sotto il profilo delle creazioni di nuovi diritti fondamentali, ma anche con riferimento all'attribuzione di poteri sovrani a nuovi organi statali e non. Con riferimento a quanto affermato nel testo cfr. in particolare M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, nonché ID., *Stato costituzionale in trasformazione*, Modena, 2021. Nonché *adde*, fra le tante, A. BALDASSARRE, *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale. Una teoria alternativa al positivismo giuridico e al giusnaturalismo*, Modena, 2020 e L. FERRAIOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena 2017.

legale, nelle sue possibili manifestazioni, così come ad ogni possibile equipollente della moneta legale, quelli finora comparsi e quelli futuribili, come ad esempio l'Euro digitale. Comprese le criptovalute? Tutte, o almeno quelle ritenute equipollenti della moneta?

La risposta dovrebbe essere positiva se si ritiene che la Banca centrale abbia costituzionalmente ottenuto il governo di tutta la base monetaria riferita all'Euro. In questo caso le criptovalute, tutte, o almeno quelle convertibili in una moneta legale, potrebbero essere sottoposte ad una doppia disciplina, quella della Banca centrale, come moneta, e quelle concorrenti delle Autorità di vigilanza del mercato finanziario, come titoli finanziari di investimenti. Un fenomeno già comparso nel variegato mondo del diritto pubblico, sia costituzionale che amministrativo.

Ma se la Banca centrale non crea le criptovalute, come è possibile che governi anche le criptovalute? Evidentemente il gestore delle criptovalute è un funzionario di fatto che compie una gestione d'affari in pro della Banca centrale, la quale, al momento della conversione della criptovaluta in moneta legale, compie un atto di riconoscimento della gestione altrui. Salvo varianti sempre nella logica della gestione d'affari<sup>18</sup>.

E il preteso deficit di democrazia della Banca centrale? Esso è comunque coperto dal fatto che gli Stati costituenti la Banca Centrale Europea sono tutti Stati a democrazia rappresentativa<sup>19</sup> e che, proprio con riferimento all'organo

<sup>18</sup> In proposito cfr. il classico lavoro di E. CAPACCIOLI, *La gestione di affari nel diritto amministrativo*, Padova, 1956, nonché, di recente, E. FREDIANI, *Il diritto amministrativo reticolare e la natura delle cose: rileggendo la Gestione di affari di Enzo Capaccioli*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 981 ss.

Secondo STEFAN EICH (*Teoria politica del denaro*, Bologna, 2023), invece, che ha ricostruito nel tempo i profili politici della gestione del denaro, sia teorici che, soprattutto, storicamente reali, "... i sistemi di pagamento digitali e le criptovalute si presentano come una nuova moneta globale, o meglio come una forma di democratizzazione decentralizzata del potere monetario radicato. La realtà è ben diversa. È importante qui distinguere tra le criptovalute e i progetti di pagamento digitale di aziende fintech e piattaforme internet mondiali. Le criptovalute promettono un futuro in cui il denaro è indipendente non solo dallo Stato e dalle banche, ma anche e soprattutto dalla fiducia, visto che ogni singola informazione viene immagazzinata in un registro pubblico decentralizzato mentre la crittografia assicura l'unicità di ciascuna voce. La tecnologia è usata per superare la fragilità dei rapporti umani. Ma è tutta apparenza. Le criptovalute attuali sono denaro solo di nome. Le loro folli fluttuazioni di prezzo, le inefficienze intenzionali e l'impatto ambientale le rendono a dir poco inadatte a fungere da moneta. Sono infatti, principalmente, asset speculativi che vendono una menzogna" (p. 421).

<sup>19</sup> Sulle varie forme di rappresentanza cfr. di recente P. PINNA, *La rappresentanza democratica e aristocratica*, Modena, 2021.

che caratterizza la democrazia rappresentativa, il Parlamento europeo e dei singoli Stati componenti, sono previsti raccordi tra Banca Centrale Europea e il Parlamento europeo e i singoli Parlamenti degli Stati che hanno costituito la Banca centrale<sup>20</sup>. Senza contare che, nella logica dell'equilibrio fra poteri sovrani che caratterizza il c.d. "triangolo magico" anch'esso costituzionalizzato negli atti costituenti della semi-federazione europea, il Parlamento federale e i Parlamenti degli Stati membri hanno pur sempre la possibilità di intervenire sulla spesa pubblica eventualmente "claudicante" in modo da ristabilire l'equilibrio e di combattere l'inflazione ristabilendo la "stabilità dei prezzi" ... e così evitare o correggere "atti sovrani" della BCE sulla base monetaria, comunque composta, e pro futuro componibile ...

#### *6. Intelligenza artificiale e atti sovrani di governo della moneta.*

La qualificazione dei provvedimenti monetari della BCE come atti sovrani permette di rispondere ad un altro quesito emerso in occasione degli interventi antinflazionistici della Banca Centrale Europea. È possibile affidare all'intelligenza artificiale, ad un algoritmo, di decidere, con provvedimenti automatici, al determinarsi dei presupposti inflattivi, la correzione dello squilibrio nei prezzi?

Di per sé non sembra un problema irrisolvibile. Anzi, era già stato prospettato all'origine della teorizzazione dei provvedimenti dei pubblici poteri. Che altro è un semaforo posto ad un incrocio stradale da una pubblica amministrazione se non un "emanatore automatico" di provvedimenti amministrativi? Il rosso è un ordine, il verde un'autorizzazione, emanati alternativamente in base all'accertamento di un presupposto temporale predeterminato e, col progresso tecnologico recente, ora spesso anche a seguito dell'accertamento automatico dei flussi di traffico. Il progresso tecnologico, prima elettronico e poi informatico, ha un po' complicato le cose e permesso atti automatici in passato inimmaginabili, ma il fenomeno del governo della moneta con la comparsa dell'intelligenza artificiale non sembra impossibile<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Sui possibili rapporti delle Banche centrali con i Parlamenti si rinvia ai risultati della ricerca su "Parlamenti e banche centrali: separazione o interazione?" e ai commenti alla stessa nella giornata di studi promossa dall'Università di Firenze e dalla Fondazione Cesifin, 22 maggio 2023, entrambi in corso di pubblicazione.

<sup>21</sup> Sull'applicazione dell'intelligenza artificiale alla Pubblica Amministrazione fra l'ormai sterminata letteratura anche per ulteriori citazioni e descrizione di casi concreti di applicazio-



Se tecnicamente è possibile, non lo è giuridicamente. Ma se la produzione di moneta e il suo governo sono atti sovrani posti in essere da un soggetto costituzionalmente sovrano occorre tener conto che gli atti sovrani sono per loro natura liberi nella decisione. Chi ha un potere sovrano non può non decidere un provvedimento sovrano. Può servirsi di qualunque strumento per la produzione dell'atto. Ma chi è investito di un potere sovrano non può delegare la decisione ad altri ... macchine comprese<sup>22</sup>. È così anche per i provvedimenti di esercizio della sovranità monetaria.

Diverso è il discorso per i provvedimenti amministrativi pure attribuiti alla Banca centrale nell'ambito di un'altra funzione non sovrana, quella di vigilanza sul sistema bancario per i quali non sono prospettabili ostacoli ad una elaborazione algoritmica, se e quando ne esistano i presupposti.

---

ne si rinvia alle recenti pubblicazioni di A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. 2, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, Bologna, 2022, e G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, 2019, nonché alla rassegna di M. MACCHIA, A. MASCOLO, *Intelligenza artificiale e sfera pubblica: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. pubbl.*, 2022, p. 556 ss.

<sup>22</sup> Cfr. in proposito, sia pur con riferimento ad altra problematica, F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 215 ss.

# LA DISCIPLINA EDILIZIA È EFFETTIVAMENTE MATERIA DI LEGISLAZIONE CONCORRENTE?\*

*Giorgio Pagliari*

SOMMARIO: 1. Considerazioni sulle leggi regionali in materia edilizia. – 2. La problematicità giuridica della competenza legislativa concorrente. – 3. Analisi della giurisprudenza costituzionale in materia edilizia. A) Le categorie di interventi edilizi. – 3.1. Analisi della giurisprudenza costituzionale in materia edilizia. B) I titoli abilitativi. – 3.2. Analisi della giurisprudenza costituzionale in materia edilizia. C) Altri “principi fondamentali”. – 3.3. Analisi della giurisprudenza costituzionale in materia edilizia. D) Limiti ulteriori non desunti dalla legislazione “statale” urbanistico-edilizia. – 4. Conclusioni.

## *1. Considerazioni sulle leggi regionali in materia edilizia.*

La materia “edilizia”, come noto, è ricompresa nel “governo del territorio”, che – giusta l’art. 117, comma 3, Cost. – è materia di competenza legislativa concorrente. Competenza che la Corte costituzionale riconosce propria anche delle regioni a statuto speciale, allorché il relativo statuto non ricomprensca la materia *de qua* tra le attribuzioni legislative esclusive.

Coerentemente, con questa impostazione, l’art. 1 T.U. edilizia, al comma 1, sancisce che “il presente testo unico contiene i principi generali e fondamentali e le disposizioni per la disciplina dell’attività edilizia”.

La portata di questa disposizione è precisata nel successivo art. 2, secondo il quale:

a) le regioni a statuto ordinario esercitano la competenza legislativa concorrente in materia edilizia nel rispetto dei “principi fondamentali della legislazione statale desumibili dalle disposizioni contenute nel testo unico”;

---

\* Questa riflessione è stata originata dallo studio condotto per predisporre la relazione su “I rapporti tra Stato e Regioni nella materia edilizia secondo la giurisprudenza costituzionale”, svolta durante il convegno AIDU (“Il governo del territorio tra Stato e Regioni. Dimensioni ambientali nell’urbano”) tenutosi a Cagliari il 5 e 6 maggio 2023.

b) le disposizioni, anche di dettaglio, del T.U. edilizia medesimo attuative dei principi di riordino, in esse contenute, operano direttamente nei riguardi delle regioni a statuto ordinario, fino a quando esse non si adeguino ai principi medesimi.

Un'impostazione, quest'ultima, che viene comunque già puntualmente limitata – posso dire con interventi di dubbia legittimità costituzionale perché il limite è il principio e non può essere un precetto? – tanto dal comma 4 dell'art. 6 T.U. edilizia ("Attività edilizia libera"), quanto dal comma 3 dell'art. 6-*bis* ("Interventi subordinati a comunicazione di inizio lavori asseverata"), che consentono alle regioni a statuto ordinario esclusivamente di "estendere la disciplina ad interventi edilizi ulteriori (con il limite, per il solo art. 6, di quelli soggetti a pdc e SCIA alternativa al pdc) e disciplinare – solamente – le modalità per l'effettuazione dei controlli".

In linea con questa impostazione è anche il comma 3 dell'art. 10 d.P.R. n. 380/2001 s.m.i., che sembra riconoscere al legislatore regionale solamente la competenza di individuare sia "ulteriori interventi che, in relazione all'incidenza sul territorio e sul carico urbanistico", vanno sottoposti a permesso di costruire (in seguito anche p.d.c.), sia i mutamenti, connessi o non a trasformazioni fisiche, all'uso di immobili o di loro parti, che devono essere subordinati a p.d.c. o a SCIA.

In questa sede, dovendo rinunciare all'analisi puntuale delle leggi, posso solo osservare che all'esito della ricerca ho constatato che la legislazione regionale, financo quella delle cinque regioni a statuto speciale, non contiene norme veramente "originali" rispetto al T.U. edilizia, ma si connota per un sostanziale "copia/incolla" del d.P.R. n. 380 stesso, consentendo di rilevare non solo la superfluità sostanziale delle leggi regionali in materia, ma anche di chiedersi se abbia un significato (o un'utilità) una competenza legislativa regionale, che semplicemente duplica i testi senza incidere sul quadro ordinamentale creato dalle leggi nazionali in palese contrasto con la *ratio* e la lettera del comma 3 dell'art. 117 Cost.

## 2. La problematicità giuridica della competenza legislativa concorrente.

Sia permessa una parentesi.

Lo schema della ripartizione della competenza *de qua* sembra semplice e chiaro, ma l'apparenza ... inganna!

Testimoniano ciò già le sentenze della Corte cost. 18 febbraio 1988, n. 177 e 14 dicembre 2007, n. 430.

Per la prima, "secondo il costante orientamento e consolidato insegnamento di questa Corte", è proprio della funzione di indirizzo e coordinamento,

“l’essere aliena da forme espressive così analitiche e dettagliate da non lasciare alle regioni (e province autonome) un necessario spazio di autonomia entro il quale svolgere la propria competenza legislativa e/o la propria azione amministrativa. Il totale assorbimento, da parte della disciplina statale, di ogni possibile spazio per l’ulteriore normazione regionale può dunque essere un indizio, in assenza di un manifesto e obiettivo intento contrario, della volontà del legislatore di escludere che, nel caso, si tratti di disposizioni dirette ad assolvere una funzione di indirizzo e coordinamento”.

Questa impostazione, per la stessa sentenza, trova un limite “nell’interesse nazionale, che non presenta un contenuto astrattamente predeterminabile, ma che può giustificare una disciplina statale vincolante del dettaglio allorché per dimensione e complessità detto interesse nazionale non possa essere soddisfatto senza disciplinare profili o aspetti che esorbitano dalle competenze regionali (o provinciali), ma che tuttavia sono necessariamente connessi con il tema oggetto della normativa in questione (c.d. infrazionabilità dell’interesse ...)”. E ciò ferma restando la considerazione che “... in qualsiasi caso, l’intervento legislativo dello Stato, considerato nella sua concreta articolazione, risulti in ogni caso giustificato e contenuto nei limiti segnati dalla reale esigenza di soddisfare l’interesse nazionale posto a proprio fondamento”.

Lo *spatium deliberandi* del legislatore regionale viene ulteriormente delimitato, nel contesto determinato dalla riforma del 2001 del Titolo V, dalla sentenza 14 dicembre 2007, n. 430, nella quale si legge che “il rapporto tra norma di principio e norma di dettaglio va certo inteso nel senso che alla prima spetta prescrivere criteri ed obiettivi, essendo riservata alla seconda l’individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere detti obiettivi.

Tuttavia, la specificità delle prescrizioni, di per sé, neppure vale ad escludere il carattere ‘di principio’ delle norme, qualora esse risultino legate al principio stesso, da un evidente rapporto di coessenzialità e di necessaria integrazione ...”.

Il *favor* della Corte costituzionale per il legislatore nazionale appare evidente, inducendo a porsi l’interrogativo sulla coerenza costituzionale di una simile impostazione con il principio della competenza legislativa concorrente a sua volta inscindibilmente legata al principio dell’autonomia sancito dal fondamentale art. 5 Cost.

3. *Analisi della giurisprudenza costituzionale in materia edilizia. A) Le categorie di interventi edilizi.*

Su queste premesse, mi sono chiesto se l'appiattimento regionale sulla legislazione statale sia determinato dalla mancanza di idee delle regioni o dalla posizione della Corte costituzionale.

A questo riguardo, l'analisi della giurisprudenza costituzionale è fondamentale. Ed i risultati sono di per sé estremamente significativi.

Così viene in considerazione il limite costituito dalla definizione di categoria di interventi edilizi (art. 3 T.U. edilizia), "principio fondamentale della materia concorrente del governo del territorio", che vincola la legislazione regionale di dettaglio, con la conseguenza che "pur non essendo precluso al legislatore regionale di esemplificare gli interventi edilizi, che rientrano nelle definizioni statali, tale esemplificazione, pur essendo costituzionalmente legittima, deve essere coerente con le definizioni contenute nel t.u. edilizia".

"Esemplificare" non vuol dire dettagliare; "esemplificare" non significa certo dettare norme sia pure di dettaglio e nemmeno esecutive, ma esclusivamente consente di "spiegare con esempi". Se si considera per di più che l'esemplificazione deve essere "coerente" con le definizioni dell'art. 3 T.U. edilizia, è chiaro che, pur in presenza della competenza legislativa concorrente, la Corte costituzionale preclude alle regioni a statuto ordinario (e a quelle a statuto speciale prive in statuto dell'attribuzione specifica della competenza in materia) l'esercizio della competenza legislativa concorrente in materia edilizia (*ex multis*, sentenza n. 68/2018), affermando che:

a) in materia di edilizia libera, il legislatore regionale potrebbe solo "estendere" la disciplina statale a "ipotesi ulteriori", che siano "coerenti e logicamente assimilabili", e contraddistinte dal carattere cogente della temporaneità (sentenza n. 92/2022).

Da un lato, è chiaro che la Corte costituzionale è ricorsa, nel caso, ad un esercizio lessicale e retorico per affermare la competenza esclusiva della legislazione statale in evidente contrasto con il comma 3 dell'art. 117 Cost.

La Corte costituzionale, con la pronunzia in esame, ha sostanzialmente affermato la prevalenza del comma 1 dell'art. 118 Cost. (che sancisce che le funzioni amministrative anziché ai comuni possono essere riferite agli altri enti territoriali al fine di assicurarne l'esercizio unitario) rispetto ai comma 3 e 4 dell'art. 117 Cost., cioè in deroga alle norme sulla competenza legislativa concorrente, con la conseguenza che la ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni perde ogni rilevanza, allorché emerga un'esigenza di eserci-

zio unitario di competenze amministrative nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza e sempreché siano fissate procedure atte a garantire la partecipazione dei livelli di governo interessati.

“... per giudicare della legittimità costituzionale della normativa impugnata” – si legge testualmente nella motivazione – “è necessario non già considerarne la conformità rispetto all’art. 117 Cost., bensì valutarne la rispondenza da un lato ai criteri indicati dall’art. 118 Cost. per la allocazione e la disciplina delle funzioni amministrative ..., dall’altro al principio di leale collaborazione ...”.

La tesi, per vero esposta in modo apodittico, appare difficilmente compatibile con la legalità costituzionale, già a partire dall’art. 5 Cost. (“La Repubblica ... adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell’autonomia e del decentramento”).

Ciò che colpisce di più in negativo è, però, la ricostruzione del rapporto tra art. 117, comma 3, Cost. e 118, comma 1, Cost. in termini di alternatività e di gerarchia, con la conseguenza che una disposizione di carattere organizzativo, quale il comma 1 dell’art. 118 Cost., viene fatta prevalere su una norma fondante del modello istituzionale italiano, addirittura sancendo che una scelta discrezionale del legislatore ordinario possa aggirare una disposizione costituzionale, quale è il comma 3 dell’art. 117 Cost., e porre nel nulla l’attribuzione della funzione legislativa concorrente alla Regione. Un’impostazione questa che pare in contrasto con l’assetto costituzionale, che, dopo la riforma del 2001, non si fonda certamente su un’idea “ancillare” del ruolo legislativo regionale, al contrario rafforzato dall’attribuzione della competenza legislativa esclusiva c.d. residuale operata dal comma 4 dell’art. 117 Cost.

Da un lato, infatti, il comma ora considerato è indice inequivocabile della (rigorosa) tassatività del comma 2 dell’art. 117 Cost.; dall’altro, la previsione della competenza legislativa residuale delle Regioni è “norma di chiusura” e, in coerenza con l’art. 5 Cost., valorizza l’autonomia regionale e il decentramento della funzione legislativa, mentre questa giurisprudenza costituzionale è nel segno dell’accentramento.

Dall’altro, infine, la competenza legislativa c.d. residuale è espressione di un evidente *favor* per la legislazione regionale.

Su queste premesse, non appare – a sommosso parere dello scrivente – condivisibile la tesi sostenuta dal Giudice delle leggi, che, peraltro, si fonda su un ulteriore equivoco: quello che la c.d. allocazione delle funzioni amministrative possa essere definita dal legislatore, scardinando la ripartizione della competenza legislativa.

“Estendere”, infatti, significa semplicemente “allargare l’ambito di applicazione” sul presupposto dell’intangibilità di quanto stabilito dall’art. 6 T.U. edilizia,

che, in contraddizione con il richiamato art. 2 T.U. edilizia, è, quindi, “precetto” (e non semplice norma di principio) anche per il legislatore regionale.

Dall'altro, limitare la competenza regionale alla sola facoltà di “estendere” (n.d.r.: la disciplina) a ipotesi ulteriori “coerenti e logicamente assimilabili” e contraddistinte dal carattere della temporaneità, al di là della cripticità dell'espressione, vuol dire chiamare il legislatore regionale ad un'impresa impossibile: la norma di principio, di fatto, è anche norma di dettaglio perché non è sostanzialmente declinabile! Si noti al riguardo, che non solo si impone con una norma (totalmente) in bianco la necessità che le “ipotesi ulteriori” siano “coerenti” (?) e “assimilabili” (cioè che siano fattispecie, a cui la disciplina sarebbe applicabile in via analogica), ma che siano contraddistinte pure dalla temporaneità;

b) “la linea di distinzione tra le ipotesi di nuova costruzione e quelle degli altri interventi edilizi ... non può non essere dettata in modo uniforme sul territorio nazionale” perché “se il legislatore regionale potesse definire a propria discrezione tale linea, la conseguente difformità normativa produrrebbe rilevanti ricadute sul paesaggio” (sentenza n. 305/2011). La legge regionale non può, di conseguenza, introdurre una fattispecie di ristrutturazione edilizia tramite demolizione e ricostruzione, che non rispetti la sagoma dell'edificio preesistente;

c) le regioni non possono introdurre una fattispecie di manutenzione ordinaria, come tale sottratta ad ogni obbligo di comunicazione e di controllo edilizio, che preveda l'installazione (e non la semplice integrazione o mantenimento in efficienza), all'esterno degli edifici, di impianti tecnologici o di arredo perché viola l'art. 3 T.U. edilizia, principio fondamentale (sentenza n. 231/2016).

### 3.1. *Analisi della giurisprudenza costituzionale in materia edilizia. B) I titoli abilitativi.*

Lo stesso limite è imposto al legislatore regionale per il regime dei titoli abilitativi.

Dalle sentenze del Giudice delle leggi, infatti, si apprende che:

a) le regioni non possono differenziare il regime giuridico delle opere sottoposte ad edilizia libera dislocando diversamente gli interventi tra attività de-formalizzate (= totalmente libere), soggette a CIL e CILA. E così non può essere sottratto dal legislatore regionale un intervento del regime della CILA perché “l'omogeneità funzionale della comunicazione preventiva rispetto alle altre forme di controllo delle costruzioni (permesso di costruire, DIA, SCIA),

deve indurre a riconoscere alla norma che la prescrive – al pari di quelle che disciplinano i titoli abilitativi edilizi – la natura di principio fondamentale della materia del governo del territorio” (sentenza n. 231/2016);

b) le regioni non possono modificare la normativa della SCIA e della DIA perché la disciplina sulla formazione del titolo edilizio a seguito di DIA o di SCIA rientra tra i principi fondamentali della materia concorrente “governo del territorio” in quanto “le modalità di intervento della pubblica amministrazione costituiscono il necessario completamento del regime dei suddetti titoli poiché la individuazione della loro consistenza e della loro efficacia non può prescindere dalla capacità di resistenza rispetto alle verifiche effettuate dall’Amministrazione successivamente alla manifestazione degli stessi” (sentenza n. 46/2016).

In questo quadro, si inseriscono (a) la qualificazione come principio fondamentale dell’obbligo di non iniziare i lavori se non decorsi trenta giorni dalla segnalazione (sentenza n. 2/2021), (b) l’illegittimità costituzionale di disposizioni regionali, che configurino come sottoposti *tout court* a SCIA, interventi che l’art. 22 T.U. edilizia prevede essere realizzabili, alternativamente, previa acquisizione di pdc o presentazione di SCIA (sentenza n. 231/2016), e (c) l’incostituzionalità delle previsioni regionali, che escludano in contrasto con la legge statale, per interventi di edilizia libera la necessità della CIL o della CILA (sentenza n. 282/2016);

### 3.2. *Analisi della giurisprudenza costituzionale in materia edilizia. C) Altri “principi fondamentali”.*

Sono principi fondamentali (a) il tetto del 2% per le tolleranze edilizie (sentenza n. 217/2022), (b) l’altezza minima dei locali fissata in ml. 2,70 (sentenza n. 24/2022), (c) l’art. 9 T.U. edilizia sullo stato legittimo degli immobili, compresa l’elencazione della documentazione richiesta che non può essere modificata dal legislatore regionale (sentenza n. 217/2022), (d) l’art. 94 T.U. edilizia con la conseguenza dell’incostituzionalità della legge regionale, che stabilisce che l’autorizzazione sismica sia rilasciata mediante trasmissione, entro 60 giorni dalla richiesta, per via telematica al richiedente e non tramite invio al Comune per i provvedimenti di competenza, come indicato dal legislatore statale (sentenza n. 68/2018), (e) le cinque categorie funzionali previste dall’art. 23-ter T.U. edilizia per la rilevanza del mutamento di destinazione d’uso (sentenza n. 68/2018), (f) il principio della doppia conformità per l’accertamento di conformità; l’elenco della documentazione richiesta per la richiesta dell’autorizzazione sismica (sentenza n. 232/2017).



### 3.3. *Analisi della giurisprudenza costituzionale in materia edilizia. D) Limiti ulteriori non desunti dalla legislazione “statale” urbanistico-edilizia.*

La Corte costituzionale pone altri limiti al legislatore regionale, allorché il principio fondamentale contenuto nel T.U. edilizia o, comunque, nella legislazione urbanistico-edilizia non viene considerato sufficiente.

Così con (tra le altre) la sentenza 5 aprile 2018, n. 68 stabilisce che: “... sono principi fondamentali riconducibili all’ambito materiale del governo del territorio e a quello relativo alla protezione civile, per i profili concernenti l’incolumità pubblica, le disposizioni contenute nel Capo IV Parte II del t.u. edilizia, che prevedono adempimenti procedurali, quando questi ultimi rispondano a esigenze unitarie, particolarmente pregnanti di fronte al rischio sismico, per cui eventuali deroghe al D.P.R. n. 380 del 2001 per interventi edilizi in zone sismiche possono essere previste solo con disposizioni statali”.

A nessuno sfugge che il diritto vivente scardina, in tal modo, l’art. 117, comma 3, Cost., posto che rende esclusiva una competenza concorrente e classifica “principio fondamentale” sia un intero capo del T.U. edilizia, sia norme di natura procedimentale.

Così anche la competenza legislativa primaria delle regioni a statuto speciale, statutariamente sancito, trova il limite “esterno” delle riforme economico sociali (*ex multis* sentenza n. 252/2022).

Così ancora la competenza esclusiva dello Stato in materia di conservazione dell’ambiente e del paesaggio comporta che la tutela paesaggistica apprestata dai piani paesaggistici costituisca un limite inderogabile alla disciplina (legislativa) che le Regioni e le Province autonome possono dettare nelle materie di loro competenza, con la conseguenza dell’illegittimità costituzionale di disposizioni regionali in materia edilizia, che non tengano conto del principio di prevalenza gerarchica del piano paesaggistico (sentenza n. 261/2021).

Ciò non di meno, il limite più incidente appare, alla luce della giurisprudenza costituzionale, quello costituito dalla competenza statale esclusiva in materia di L.E.P. – Livelli Essenziali delle Prestazioni.

Sul presupposto che la SCIA costituisce una prestazione attinente a diritti civili e sociali, la Corte stessa riconduce la competenza legislativa sulla stessa SCIA, compresa la fattispecie edilizia, esclusivamente allo Stato, sancendo che “... il titolo di legittimazione dell’intervento statale nella specifica disciplina della SCIA si ravvisa nell’esigenza di determinare livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, compreso quello delle Regioni a statuto speciale. In altri termini, si è in presenza di un concorso di competenze che, nella fattispecie,

vede prevalere la competenza esclusiva dello Stato, essendo l'unica in grado di consentire la realizzazione dell'esigenza suddetta" (sentenza n. 164/2012).

Peraltro, violano la competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile e penale le disposizioni regionali, che disciplinano, in difformità al T.U. edilizia, le fattispecie di mutamento di destinazione d'uso rilevante e identificano le sanzioni per i casi di violazione (sentenza n. 68/2019).

#### 4. Conclusioni.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale porta a ritenere non peregrina la constatazione che il diritto vivente ha reso "ineffettiva" (per non dire che ha abrogato) la competenza legislativa concorrente in materia edilizia, ponendo, altresì, le basi per ulteriori delimitazioni della competenza legislativa anche delle regioni a statuto speciale.

Testimoniano questo stato di cose la sostanziale impossibilità per le regioni di disciplinare tutta la materia dell'attività edilizia (dalle categorie di intervento al mutamento di destinazione d'uso, alla disciplina dei titoli edilizi, ai procedimenti, ai controlli, all'accertamento di conformità), nonché i limiti connessi alla trasversalità o alla capacità espansiva di talune materie come la tutela dell'ambiente, quella del paesaggio, quella della protezione civile e dei L.E.P.

Si tratta di un risultato che non appare giustificabile alla luce degli artt. 5 e 117 Cost., non meno che dell'art. 118 Cost., una volta che si ritenga la materia dell'attività edilizia ricompresa nel "governo del territorio". E ciò appare ancora di più verosimile se si considera che questo quadro si fonda sull'evidente stravolgimento del concetto di norma di principio o di principio fondamentale, che, come già detto, non può ridurre la competenza regionale alla mera individuazione di un regolamento di esecuzione (nemmeno indipendente!), che non può cancellare l'autonomia o, se si preferisce, la discrezionalità del legislatore regionale, al quale, al contrario, vengono "cassate" dal Giudice delle leggi financo le modifiche procedurali o il passaggio da un regime all'altro nell'ambito dell'edilizia libera o una diversa composizione della documentazione da allegare ad una istanza o, ancora, l'indicazione di un indice di tolleranza edilizia superiore al 2%.

Il principio, che diventa dettaglio, e, quindi, precetto, escludendo la competenza legislativa regionale, non è più un principio: *tertium non datur*.

La norma di principio, benché fondamentale, infatti, non può annullare – come, invece, avviene *in subiecta materia* questo ambito – lo spazio di esercizio della competenza legislativa concorrente da parte delle regioni.

Su queste basi, non può, dunque, stupire la circostanza che le leggi regionali in materia edilizia appaiano dei “copia-incolla” della legislazione statale: la giurisprudenza costituzionale non lascia altri spazi.

Alla luce di queste conclusioni, appare assolutamente attuale il rilievo, risalente al 1996, di Livio Paladin<sup>1</sup>: “in ultima analisi, predomina oggi l'impressione che il concorso delle leggi statali e regionali sia del tipo tedesco, alquanto lontano dal modello costituzionale e delle competenze concorrenti, basato sulla lettera dell'art. 117 Cost.”. E lo stesso Autore prosegue ricordando che l'art. 72 della Costituzione germanica stabilisce che, nell'ambito della legislazione concorrente, i *Länder* hanno la competenza fino a quando e nella misura in cui la Federazione non faccia uso del diritto di emanare norme legislative. Il che significa sostanzialmente che la competenza legislativa regionale è eventuale, nel senso che sussiste nella sola eventualità dell'assenza di un'iniziativa legislativa federale.

La mera lettura del comma 3 dell'art. 117 Cost. consente di rilevare che la fattispecie della competenza legislativa concorrente, per il legislatore regionale (italiano), non è caratterizzata assolutamente in tali termini, cosicché deve constatarsi che la costituzione materiale contrasta con quella formale. E ciò che è assolutamente singolare è che questo effetto è determinato dalla giurisprudenza del Giudice delle leggi.

A questo riguardo, è sufficiente richiamare l'ultimo capoverso del comma 3 dell'art. 117 Cost., che recita testualmente: “Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato”.

La Costituzione italiana, in altri termini, non prevede che la competenza legislativa regionale sia solo eventuale o assorbibile ad opera di quella statale, ma la vincola al rispetto – non alla mera trasposizione – dei principi fondamentali nella definizione della disciplina legale da applicarsi nella singola regione.

In questo quadro, risulta difficile riconoscere come costituzionalmente conforme l'evidente *favor*, che il Giudice delle leggi manifesta per la legislazione statale. *Favor*, che non sembra giustificare nemmeno in base al c.d. principio di attrazione, desunto dal comma 1 dell'art. 118 Cost., in base al quale “Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”.

---

<sup>1</sup> L. PALADIN, *Le fonti del Diritto*, Bologna, 1996, pp. 338-339.

Nella sentenza del Giudice delle leggi 13 gennaio 2004, n. 6, dove il principio di attrazione viene teorizzato in modo compiuto, si legge testualmente.

“... è incontestabile che la disciplina impugnata non contiene principi fondamentali volti a guidare il legislatore regionale nell’esercizio delle proprie attribuzioni, ma norme di dettaglio autoapplicative e intrinsecamente non suscettibili di essere sostituite dalle Regioni. Tuttavia, occorre considerare che il problema della competenza legislativa dello Stato non può essere risolto esclusivamente alla luce dell’art. 117 Cost. È infatti indispensabile una ricostruzione che tenga conto dell’esercizio del potere legislativo di allocazione delle funzioni amministrative”.

*Quid iuris?*

La lettura del testo costituzionale non pare consentire di rinvenire un fondamento alla tesi sostenuta nella sentenza in esame.

Per di più, anche a luce della separazione dei poteri, non è dato capire come una disposizione sull’attribuzione di una funzione amministrativa possa prescindere dal rispetto della norma costituzionale sulla ripartizione della funzione legislativa sancita dal comma 3 dell’art. 117 Cost.

Sul piano sistematico, infatti, non appare accettabile che la necessità dell’esercizio unitario di una funzione amministrativa possa avere come effetto l’aggiramento della ripartizione della competenza legislativa, che della prima è (e deve essere) la fonte con la conseguenza logicamente incontrovertibile che è il legislatore che deve trovare la soluzione per assicurare l’esercizio unitario della funzione amministrativa nel rispetto del comma 3 dell’art. 117 Cost. e non prescindendo da questo.

Del resto, non solo “esercizio unitario” non vuole necessariamente dire “esercizio accentrato”, ma anche non può nemmeno escludersi, che l’unitarietà, intesa come esercizio ispirato agli stessi principi o alle medesime regole, possa realizzarsi anche senza prescindere dall’art. 117, comma 3, Cost.

La lettera dello stesso comma 1 dell’art. 118 Cost., peraltro, questo sottolinea nel momento in cui circoscrive l’eccezione alla generale titolarità comunale delle funzioni amministrative al ricorso di esigenze di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Ed è chiaro che il comma 1 dell’art. 118 Cost. è stato redatto in coerenza con la visione “ancillare” della funzione amministrativa, per la quale attraverso quest’ultima si attua la legge, cosicché la ripartizione delle competenze questa finalità deve avere. Il che esclude che possa mai essere condiviso l’ulteriore passaggio della richiamata sentenza, là dove si sostiene: “Conseguen-

temente, per giudicare della legittimità costituzionale della normativa impugnata, è necessario non già considerarne la conformità rispetto all'art. 117 Cost., bensì valutarne la rispondenza da un lato ai criteri indicati dall'art. 118 Cost. ...".

A ben vedere, infatti, sul piano sistematico l'accertamento della rispondenza ai criteri dell'art. 118 Cost. presuppone e si fonda sul rispetto dell'art. 117 Cost., ch  diversamente viene messa in discussione la medesima possibilit  di applicare il comma 1 dell'art. 118 Cost.

N  pu  tacersi che il *favor* per il legislatore statale (e cos  lo stesso principio di attrazione)   in evidente contrasto con la lettera e l'impostazione dell'art. 117 Cost., che sancisce espressamente, in coerenza con il principio autonomistico dell'art. 5 Cost., la competenza legislativa esclusiva residuale delle Regioni al comma 4 dell'art. 117 stesso, escludendo di riconoscere alla competenza legislativa statale una sorta di supremazia rispetto a quella regionale. Ed ognuno si avvede della portata fondamentale di questo enunciato anche sul piano ermeneutico, posto che sta ad indicare, sul piano della legalit  costituzionale, che la competenza legislativa regionale   intangibile, se non nei limiti espressamente indicati dalla medesima carta costituzionale.

La non condivisione dell'orientamento giurisprudenziale della Consulta non impedisce di riconoscere che quest'ultima, ancora una volta,   costretta a confrontarsi con la crisi istituzionale.

Da un lato, infatti, lo stato regionale mostra sempre pi  crepe per la debolezza e l'inefficienza del potere centrale nonch  per il conseguente protagonismo di quello regionale con i presidenti regionali, che tendono ad atteggiarsi come, quanto meno, i governatori degli Stati federati negli USA.

Dall'altro, l'inerzia del legislatore nazionale spinge, anche per necessit , quello regionale a legiferare in autonomia a prescindere dai limiti posti dall'art. 117 Cost.

Con chiarezza, non si pu  che tornare alla questione di fondo, cio  alla fragilit  del modello di ripartizione della competenza legislativa tra Stato e regioni o se si preferisce al suo anacronismo legato all'evoluzione del modello istituzionale italiano, che, sul piano della costituzione materiale,   profondamente cambiato e che abbisognerebbe di una profonda revisione, risultata fino ad oggi impossibile.

# POTERE DISCREZIONALE E CONTRATTO DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DEL RISULTATO

*Luca Raffaello Perfetti*

SOMMARIO: 1. La riflessione di Guido Greco tra contratto e amministrazione di risultato. Cenno introduttivo. – 2. Potere discrezionale e principio del risultato. – 3. Il principio realizzativo o del risultato come criterio ordinante l'interesse pubblico. Conseguenze sulle valutazioni discrezionali.

## *1. La riflessione di Guido Greco tra contratto e amministrazione di risultato. Cenno introduttivo.*

1.1. Può presumersi più che noto il complesso dei contributi di Guido Greco in materia di contratti di cui siano parte di soggetti pubblici – o tenuti all'applicazione delle regole dettate per questi ultimi<sup>1</sup>.

Si tratta di una riflessione che notoriamente si sviluppa intorno al crinale tra diritto pubblico e privato (sicché mette conto osservare le recenti disposizioni del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 anche in questa prospettiva), cui fanno eco le profonde trattazioni sia in materia di accordi procedurali<sup>2</sup> che quelle relative all'attività amministrativa

---

<sup>1</sup> Principalmente, G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; tuttavia, non si potrà prescindere da ID., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione, tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 413; ID., *Attività consensuale dell'Amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 457; ID., *Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 223; ID., *Gli studi di Antonio Amorth sull'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, in *Il Pensiero giuridico di Antonio Amorth*, Milano, 2005, p. 95; ID., *Il contenuto degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 971.

<sup>2</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, ma an-

senza esercizio di poteri<sup>3</sup>, accompagnando tutto il complesso processo di trasformazione della normativa nazionale in conseguenza della recezione del diritto dell'Unione<sup>4</sup>.

1.2. Il risultato di queste riflessioni riesce in buona parte confermato dalla disciplina dei principi dettati dal nuovo codice dei contratti e dal rilievo che in esso assume l'esercizio del potere pubblicistico. Tuttavia, quest'osservazione – pure necessaria – riuscirebbe incompleta se non si inserisse questo rilievo del potere (in specie, discrezionale) nella sistematica dei principi dettati dal codice e particolarmente in relazione al principio del risultato.

Volendo onorare il pensiero di Guido Greco, sembra opportuna una riflessione sulla relazione tra potere (discrezionale) dell'amministrazione committeente e principio realizzativo<sup>5</sup> (o, per usare l'espressione – meno precisa – della legge, del risultato).

## 2. Potere discrezionale e principio del risultato.

Il problema del rilievo del potere pubblico nella sequenza negoziale dell'amministrazione è notoriamente controverso. Indipendentemente dall'opi-

---

che, prima, ID., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione, tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 413.

<sup>3</sup> G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, p. 69.

<sup>4</sup> Almeno, G. GRECO, *Contratti "misti" e appalti comunitari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 1262; ID., *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, *ivi*, 2000, p. 993; ID., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, *ivi*, 2005, p. 61; ID., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, *ivi*, 2008, p. 1029; ID., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel D.Lgs. 53/2010*, *ivi*, 2010, p. 729; ID., *La direttiva in materia di concessioni*, *ivi*, 2015, p. 1095.

<sup>5</sup> Ho provato a tracciarne il profilo in L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, 2020, p. 143 e, successivamente, in ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, vol. II, Torino, 2021, p. 888.

nione che si possa nutrire in sede teorica, da un punto di vista dogmatico occorre prendere atto che il legislatore del codice dei contratti pubblici ha dettato una disposizione, all'art. 1, comma 4, che non lascia margine a dubbi, prevedendo che “Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto”. Poiché, stando all'art. 1, comma 1, del codice il principio del risultato estende la sua influenza sull'“affidamento del contratto” e la “sua esecuzione”, anche a voler attrarre la seconda alla sfera del diritto privato – in coerenza con la tradizione, con la relazione al codice e non poche disposizioni puntuali – non si può negare che il codice affermi il rilievo del potere discrezionale nell'attività dell'amministrazione che contratta – e, quanto ad esso, il “criterio prioritario” del “principio del risultato”.

Sembra, quindi, rilevante occuparsi della relazione tra principio del risultato e decisione discrezionale.

Quest'indagine sembrerebbe priva di scopo laddove si condividesse l'opinione di autorevolissima dottrina in ordine al principio del risultato<sup>6</sup>. Infatti, laddove si consideri che sono i principi generali sull'attività amministrativa – siano essi dettati dalle disposizioni europee, costituzionali o legislative nazionali – ad avere rilievo e non quello del risultato, questa discussione sarebbe inutile e frutto solo della manifestazione del consenso al principio – che anch'io ho manifestato – “senza troppo chiedersi che cosa ciò in concreto comporti”; se, infatti, si condividesse l'idea che dal principio del risultato “nulla viene aggiunto (né tolto) alla fisiologica ponderazione sulla base dei principii cui l'agire dell'amministrazione deve attendersi”, scomparirebbe “l'idea che il risultato costituirebbe il criterio prioritario ordinante la valutazione discrezionale”<sup>7</sup>; la gerarchia introdotta dal codice riguarderebbe “interessi da ponderare”<sup>8</sup> e non principi. Per conseguenza, non si potrebbe trarre alcunché di nuovo da una “inoffensiva, icastica e eufonica applicazione nominalistica dei principi costituzionali e di quelli generali dell'azione amministrativa”<sup>9</sup>.

Tuttavia, mi pare vi siano serie ragioni per pensarla diversamente, sicché la riflessione circa la relazione tra discrezionalità e principio del risultato dovrebbe anche dare conto del perché non si condivide quest'impostazione – come,

---

<sup>6</sup> R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Art. 1. Principio del risultato*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Pisa, 2024, p. 3.

<sup>7</sup> R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, p. 5.

<sup>8</sup> R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, p. 7.

<sup>9</sup> R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, p. 8.



peraltro, almeno quanto al rilievo del principio del risultato, sembra fare la gran parte della dottrina<sup>10</sup>.

Nell'ambito, però, di questo più ampio orientamento dottrinale si trovano atteggiamenti assai differenziati quanto alla relazione tra principio del risultato e potere discrezionale del committente.

Per un verso, infatti, v'è chi ha ritenuto che il nuovo codice sia una risposta all'"attacco alla discrezionalità amministrativa, vale a dire un atteggiamento, assunto sia dal legislatore sia talora dalla giurisprudenza, intesa questa volta in senso romanistico, di aperta ostilità verso la discrezionalità amministrativa"<sup>11</sup>, attraverso il "rilancio della discrezionalità amministrativa e la citata qualificazione del risultato come criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto"<sup>12</sup>. Una considerazione analoga è condotta da chi ha evidenziato come la logica delle discipline precedenti induceva a "non discostarsi dalla stretta osservanza della procedura maggiormente formalizzata che le avrebbe condotte a un'aggiudicazione quan-

---

<sup>10</sup> Per vero, a fronte di un ampio consenso dottrinale, R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1951, pur ponendo in luce le differenze con il precedente codice, liquida i principi di quello attuale come "cose note" (1952) o "tiritera". Di opposto avviso G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2023, p. 793; G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023; G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, *ivi*, 2023; nel senso che il codice proponga "una nozione per certi versi inedita del principio del risultato" M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, Milano, 2023, p. 1.

<sup>11</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023, p. 3. Sulla difficoltà di coordinamento tra i principi, però, F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2023.

<sup>12</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 5. Il "rilancio" della discrezionalità si salderebbe quindi con il principio della fiducia, sicché "si chiede alla stazione appaltante di adoperare la discrezionalità amministrativa e di sciogliere le questioni di interpretazione del diritto positivo nel segno del risultato, dall'altro lato il legislatore manifesta la sua fiducia nell'operato dell'amministrazione, sancendo in modo espresso l'abbandono della cultura del sospetto e aggiungendo al comma 3 dell'art. 2 alcune previsioni che hanno lo scopo di circoscrivere, in particolare, la responsabilità contabile di chi assume decisioni", p. 7; nella relazione tra risultato e fiducia anche R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione*, in *Federalismi*, 2023, p. 271.

to più possibile automatica”, mentre se “l’obiettivo primario diventa quello del risultato finale, le amministrazioni saranno obbligate ad individuare caso per caso il *modus procedendi* migliore che non necessariamente coincide con lo svolgimento di una gara pubblica”<sup>13</sup>. In queste sottolineature, si coglie una possibile tensione tra legalità e risultato che, tuttavia, a ben guardare è più apparente che reale giacché gli autori in questione non pensano affatto ad un distanziamento dalla legalità – quanto, piuttosto, sembrano influenzati dall’impressione che il rispetto della legalità riesca d’impaccio alla rapidità, con la quale (erroneamente) si potrebbe voler far coincidere il risultato.

Su altro versante, pur non facendosi questione di estensione o riduzione della discrezionalità, v’è chi<sup>14</sup> ha valorizzato<sup>15</sup> il principio (pur dubitando della sua natura e preferendo annoverarlo tra i fatti, per costruire in modo più articolato il principio<sup>16</sup>) sul versante del sindacato giurisdizionale, sicché ne deriverebbe “una

---

<sup>13</sup> Così, G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 291.

<sup>14</sup> S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Dir. e soc.*, 2023, p. 551.

<sup>15</sup> Una forte valorizzazione dell’uso dei principi è in P. CARBONE, *Iniziativa e autonomia decisionale del funzionario pubblico. I nuovi principi di fiducia e di risultato nel Codice dei Contratti Pubblici: la prospettiva di un comparatista*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, p. 505.

<sup>16</sup> Seguendo la qualificazione normativa, la più parte dei commentatori identifica quello del risultato come principio o principio-valore (ad esempio, G. MORBIDELLI, *Introduzione a un dibattito sui principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023, p. 10.

Sul punto ho preso posizione più volte (se si vuole si potrà vedere, L.R. PERFETTI, *Introduzione*, in ID., *Codice dei contratti pubblici Commentato*, Milano, 2023, p. V; ID., *Commento all’art. 1. Principio del risultato*, *ivi*, p. 3; ID., *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, p. 5). La nostra dottrina (e soprattutto la giurisprudenza) tende a trattare come endiadi principi e clausole generali (per tutti, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; nel diritto amministrativo, certamente, S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*, Milano, 1993, p. 286; ID., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; G. SALA, *Le clausole generali nell’età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, da p. 1191; più recentemente, M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali. Un dialogo*, Pisa, 2021; se si vuole L.R. PERFETTI, *Per una sistematica dell’equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, 2011, p. 653) in quanto entrambe norme senza fattispecie (L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 8; ID., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 9; ID., *I principi generali del diritto e la*

diversa tipologia del sindacato sulla discrezionalità”, avvicinandosi a quello “compiuto dal giudice amministrativo austriaco” ed, in conclusione, non ci si dovrebbe “meravigliare se – a seguito dell’entrata in vigore del codice dei contratti – dovremo ripensare seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa”<sup>17</sup>.

Infine, coglie – a mio modo di vedere – pienamente nel segno chi<sup>18</sup> ha collocato il principio in questione nella prospettiva della prevalenza di contenuto deontologico rispetto alle singole disposizioni puntuali, con l’obiettivo di tracciare un disegno armonico ed unitario; in altri termini, il “plusvalore dei principi”<sup>19</sup> mostra una capacità deontologica propria, non solo per ragione di una (discutibile) maggior forza normativa, ma soprattutto perché è in grado di orientare la valutazione discrezionale, tipizzando l’interesse pubblico nel senso dell’“obiettivo primario” della “realizzazione della prestazione individuata e regolata nel contratto” perché quella prestazione costituisce “la migliore via per la soddisfazione del problema collettivo sul tappeto”, declinandosi il risultato nella prospettiva di quello che altra volta a me era sembrato potersi defi-

---

scienza giuridica, nel volume collettaneo, *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 317; C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29 – concezioni riprese, di recente, da A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Europa e dir. pri.*, 2021, p. 31 – anche per i riferimenti) o vaghe (G. D’AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza. I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte Costituzionale nella costruzione dell’ordinamento attuale. Principi fondamentali*, vol. I, Napoli, 2007; nella linea dell’estroversione delle clausole generali è A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539; nel senso opposto dell’introversione delle clausole – in considerazione dell’autonomia del sistema giuridico rispetto a quello sociale – P. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizz. dir. comm.*, 2010). Tuttavia, è ben chiara la distinzione tra principi e clausole (per tutti, F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, p. 597); alle clausole generali possono certamente assegnarsi significati (limitatamente) differenti tra loro e svolgono una funzione sistematica di coordinamento tra disposizioni, a completamento della legalità; come tali, sono sintagmi che entrano a comporre la fattispecie astratta di norme (raramente con natura di principi), normalmente per qualificare un fatto o una condotta anche attraverso il rinvio alla sensibilità del tempo; i principi, invece, indicano finalità da raggiungere, obiettivi, sicché non sembra si possano nutrire dubbi circa il corretto inquadramento del risultato come principio.

<sup>17</sup> S. PERONGINI, *op. ult. cit.*, p. 556.

<sup>18</sup> G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir econ.*, 2024, p. 11.

<sup>19</sup> G.D. COMPORTI, *op. ult. cit.*, p. 17.

nire come “il principio realizzativo finale” che “diviene nuovo fattore sistematico di ordinazione e gerarchizzazione delle varie policies che nel tempo hanno affollato l'arena dell'evidenza pubblica”<sup>20</sup>.

In altri termini, se non sembra essere sfuggito il rilievo del principio realizzativo in confronto al potere discrezionale, esso viene inteso lungo una gamma di significati che va dal potenziamento degli spazi discrezionali del committente – consentendo una maggiore aderenza delle procedure e dei criteri di accesso alla selezione all'obiettivo del singolo contratto – alla più penetrante capacità del sindacato giurisdizionale sulle decisioni amministrative e, più radicalmente, alla definizione dell'interesse pubblico specifico, con gerarchizzazione legislativa dei suoi diversi profili<sup>21</sup>.

### 3. *Il principio realizzativo o del risultato come criterio ordinante l'interesse pubblico. Conseguenze sulle valutazioni discrezionali.*

Per quanto la nostra dottrina non si sia particolarmente interessata al problema, non mi è sembrato senza importanza il fatto che si sia molto studiato il problema del pubblico interesse nell'attività contrattuale in relazione al suo rilievo circa l'applicazione delle norme privatistiche, ma si sia sostanzialmente ignorata<sup>22</sup> la questione della definizione dell'interesse pubblico specifico dell'amministrazione committente<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> G.D. COMPORTI, *op. ult. cit.*, p. 20. Deve essere sottolineata l'osservazione dedicata (19) al principio del risultato nella prospettiva dell'amministrazione per risultati (tema evocato da quasi tutti gli autori), sicché il testo dell'art. 1 per Comporti (condivisibilmente) supera l'obiezione assai nota posta da autorevolissima dottrina al concetto di amministrazione per risultati (S. CASSESE, *Che cosa vuol dire “amministrazione di risultati”*?, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941).

<sup>21</sup> Per una più ampia discussione circa la pluralità dei profili dell'interesse pubblico specifico, sia consentito rinviare a L.R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *PA Persona e amministrazione*, vol. XIII (2/2023), p. 45.

<sup>22</sup> Su questi temi S. ROSE-ACKERMAN, B.J. PALIFKA, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge, 1999; E.A. POSNER, *Economic Analysis of Contract Law after three Decades: success or failure?*, in *Yale Law Journal*, 112, (2003), p. 829; J.J. SNIDER SMITH, *Competition and Transparency: what works for public procurement Reform*, in *Public Contract Law Journal*, 38, (2008), p. 85; R.P. MCAFEE, J. MCMILLAN, *Bidding for Contracts: A Principal-Agent Analysis*, in *The RAND Journal of Economics*, 17, (1986), p. 326; S. SCHOONER, *Desiderata: Objectives for a system of government contract law*, in *Public Procurement Law Review*, 11, (2002), p. 104; A. GYULAI-SCHMIDT, J. ZIEKOW (a cura di), *Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften*, Berlin, 2020.

<sup>23</sup> Per l'idea che il principio del risultato faccia riemergere la funzione di committenza ri-

Tuttavia, non credo possa sfuggire ad alcuno che – sia da un punto di vista teorico che dogmatico – l'amministrazione committente persegue una pluralità di finalità pubblicistiche nella sua attività negoziale.

Riproponendo una sistematizzazione già avanzata<sup>24</sup>, si può riassuntivamente osservare che l'amministrazione committente potrà declinare il pubblico interesse nella prospettiva sia della sua integrità e correttezza – o legalità in senso formale –<sup>25</sup>, sia dell'efficienza economica e del buon andamento<sup>26</sup>, sia in funzione

---

petto a quella della semplice celebrazione delle gare, G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, p. 288; ID., *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Astridonline*, 2023. In argomento anche le dense considerazioni di M. CAFAGNO, *Committenza (servizi di)*, in *Enc. dir., I tematici, III, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 251 che, tuttavia, finisce per dare prevalenza all'amministrazione banditrice piuttosto che committente.

<sup>24</sup> L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, cit. e ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile*, cit.

<sup>25</sup> Integrità che, a sua volta, si declina lungo i profili della (i) prevenzione della corruzione, (ii) assicurazione di parità di trattamento evitando favoritismi, (iii) della tutela dell'immagine dell'autorità amministrativa come soggetto imparziale e corretto, (iv) della esclusione di operatori economici scorretti o che presentano compromissioni con vicende penali, violazioni della disciplina fiscale, previdenziale, di sicurezza sul lavoro, di protezione dell'ambiente e simili dall'accesso alla sottoscrizione di contratti o concessioni, (v) nonché che l'interesse personale dei funzionari possa inquinare quello pubblico nelle scelte. Si tratta di un elemento che presenta un serio fondamento (a) istituzionale – a garanzia della correttezza dell'amministrazione pubblica; (b) economico – essendo noto che la corruzione determina costi di transazione aggiuntivi; (c) sociale – perché si avrebbe un'alterazione del confronto concorrenziale tra le imprese ed effetti sui loro lavoratori.

Si tratta certamente di un interesse diretto dell'amministrazione, giacché vale a presidiare profili che attengono alla stessa organizzazione pubblica che ricorre al diritto privato e, tuttavia, a mio modo di vedere, non è specifico dell'attività di diritto privato, essendo destinato a valere anche per l'attività di diritto pubblico sicché se non soccorresse il principio realizzativo o del risultato non vi sarebbe alcuna differenza rispetto all'esercizio della discrezionalità in generale, come ritiene la dottrina già richiamata.

<sup>26</sup> Anche in questo caso è agevole ravvedere il profilo di pubblico interesse: l'amministrazione pubblica spende denaro ricevuto dai contribuenti, esso stesso pubblico e destinato a funzioni pubbliche. Ne consegue il rilievo dell'interesse pubblico a che esso sia utilizzato in modo conveniente (*value for money*). Nel diritto positivo, il suo fondamento, non è meno significativo del primo. Non solo troverà giustificazione (a) nella necessità che il denaro prelevato dai cittadini venga speso in modo efficiente, (b) nella sostenibilità del bilancio pubblico, (c) nella corretta organizzazione della pubblica amministrazione nella prospettiva costituzionale del buon andamento ma anche (d) nella garanzia dell'efficienza del mercato. Anche in questo caso il fondamento istituzionale, economico e sociale è evidente e, tuttavia, anche per questo profilo, si tratta di elementi del pubblico interesse destinati a valere per ogni attività degli enti pubblici, non specifico di quella contrattuale, con le stesse conseguenze tratte alla nota che precede.

di garanzia della trasparenza ed imparzialità dell'amministrazione pubblica<sup>27</sup>, che del corretto funzionamento del mercato<sup>28</sup>. Oltre a questi macro-profilo dell'interesse pubblico nell'appalto e nelle concessioni, ve ne sono di specifici affermati dal legislatore (la protezione dell'ambiente, la sicurezza sul lavoro, la sostenibilità, la crescita delle medie imprese, ecc.)<sup>29</sup>.

Questi profili riassuntivi del pubblico interesse, nelle loro varie ed articola-

---

<sup>27</sup> Si tratta di un profilo intrinseco all'esercizio della funzione pubblica, sicché questo profilo di pubblico interesse è comunque immancabile nella composizione della regola. Inoltre, questo criterio non è solo strutturale dell'azione amministrativa ma è altrettanto necessitato dalla procedura selettiva, giacché sarebbe una contraddizione logica quella di porre in essere una selezione discriminatoria. Il suo fondamento è iscritto nell'intima struttura dell'azione delle amministrazioni pubbliche. Inoltre, l'imparzialità è un profilo di interesse pubblico che corrobora anche quelli di integrità ed efficienza economica e, tuttavia, non vi si confonde ed anzi può presentare elementi di tensione con essi. Per un lato, infatti, appare evidente come l'esigenza di assicurare integrità all'amministrazione pubblica che procede sarebbe smentita dalla conduzione discriminatoria delle gare contrattuali; tuttavia, se non c'è integrità senza uguaglianza, non è vero il contrario, perché l'esigenza sostanzialistica di trattare nel medesimo modo situazioni uguali e diversamente quelle che tra loro uguali non sono, potrebbe invitare l'amministrazione a richiedere la produzione di set documentali differenziati – ad esempio, sul versante dei requisiti concernenti i precedenti penali – per concorrenti che provengono da diversi Paesi, dimodoché gli oneri che incidono sugli offerenti siano uguali o equivalenti, ma le informazioni relative al rispetto delle norme penali da parte degli amministratori possa essere ridotto per alcuni offerenti. Non può essere trascurato che il principio di uguaglianza o il dovere di imparzialità in capo all'autorità sono di rango costituzionale nella gran parte degli ordinamenti occidentali e, comunque, a livello dogmatico, nello specifico, nel nostro ordinamento nazionale si tratta certamente di una rilevante ed immancabile caratteristica costituzionale dell'amministrazione in quanto tale.

<sup>28</sup> L'interesse pubblico è quello a (i) garantire la piena concorrenzialità del mercato rilevante, (ii) attraverso questo la crescita economica complessiva e in particolare delle imprese efficienti – con esclusione dal mercato di quelle che tali non sono ovvero (iii) che non operano nel rispetto dell'integrità – con il risultato complessivo (iv) di assicurare all'amministrazione – mediamente – l'offerta economicamente più efficiente e (v) scelta in modo non discriminatorio e, quindi, con imparzialità. Si tratta di interessi che sono per lo più indirettamente propri dell'ente pubblico – giacché la loro affermazione si risolve a suo vantaggio, pur essendo diretta a garantire interessi che, in via immediata, appartengono al mercato e non all'autorità pubblica, e tuttavia assegnati espressamente ad essa dalla legge e dalle norme dell'Unione.

<sup>29</sup> Per una condivisibile retrocessione del ruolo di alcuni tra questi profili (con importanti riflessioni sul PNRR) si vedano E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 667 e G. NAPOLITANO, *Committenza*, cit., p. 5; per alcuni profili critici sia consentito il rinvio a L.R. PERFETTI, *La semplificazione amministrativa in materia di appalti pubblici*, in G.P. DOLSO (a cura di), *Governare la ripresa. La pubblica amministrazione alla prova del Recovery Plan*, Trieste, 2022, p. 129.

te declinazioni, vengono assunti dalla dall'amministrazione e dalla giurisprudenza l'uno a discapito dell'altro, secondo una logica caso per caso che rende imprevedibile l'azione amministrativa e conserva margini amplissimi di sottrazione della discrezionalità al sindacato giurisdizionale – con evidenti problemi rispetto ai principi dello Stato-di-diritto.

La questione – almeno per come a me sembra – è che il problema dell'inconoscibilità dell'interesse pubblico specifico e della (sostanziale) sottrazione della decisione discrezionale al sindacato (situazione che la ritenuta insignificanza del principio del risultato non fa che conservare) non può essere superato senza (i) l'identificazione legislativa del profilo dominante dell'interesse pubblico e (ii) la gerarchizzazione dei restanti rispetto ad esso e tra loro. Il che vale quanto dire che se il principio del risultato nella sua collocazione gerarchica con gli altri dettati dal codice fosse insignificante e ci si dovesse orientare nell'interpretazione ed applicazione solo alla luce dei principi generali nazionali e dell'Unione in materia di azione dei pubblici poteri, perdurerebbe l'imprevedibilità dell'amministrazione e del giudice rispetto ad una ponderazione di interessi condotta caso per caso.

In questo senso si coglie pienamente il rilievo del principio realizzativo o del risultato per come costruito dal codice dei contratti.

*Anzitutto*, il principio in questione non viene semplicemente definito ed affermato; piuttosto, esso viene collocato al vertice di un sistema ordinato di principi. Dunque di un sistema si dispone, i diversi profili del pubblico interesse sono individuati dal legislatore, definiti e posti in un ordine gerarchico.

*Quindi*, proprio la positivizzazione e gerarchizzazione dei principi consente di fornire una definizione razionale e controllabile del pubblico interesse in concreto. Una volta identificato il fine pubblico prioritario per il quale l'amministrazione contrae, i restanti profili (trasparenza, imparzialità, legalità, convenienza, efficacia, tutela della concorrenza, ecc.) sono ad esso subordinati e tra loro coordinati; conseguentemente, la discrezionalità delle valutazioni e l'ampiezza interpretativa circa le norme vaghe risultano profondamente limitati, giacché si dispone di una regola di legge che consente di ridurre fortemente le opzioni sia all'attività valutativa che a quella interpretativa, con il risultato di consentire il controllo razionale e giurisdizionale della discrezionalità e dell'interpretazione. La stessa relazione al codice è chiara nell'affermare che si "codifica il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice", fornendo un criterio decisivo per l'assunzione delle decisioni ed il sindacato su di esse.

*Conseguentemente*, la legge ordina la valutazione discrezionale e l'operazione interpretativa secondo uno schema chiarissimo: (i) l'interesse pubblico che de-

ve essere perseguito dai soggetti appaltanti o concedenti è quello dell'affidamento del contratto e dell'esecuzione della prestazione secondo regole che massimizzano tempestività e rapporto qualità/prezzo, legalità, trasparenza e concorrenza, giacché l'intera attività è (ii) diretta al "soddisfacimento dei fabbisogni della collettività" – soddisfazione che è, quindi, il reale fine pubblico perseguito dal committente; (iii) a questa soddisfazione sono ordinati i restanti profili di pubblico interesse giacché il "principio del risultato costituisce criterio prioritario"; (iv) pertanto, "l'individuazione della regola del caso concreto" avviene alla luce del principio del risultato e la gerarchia ch'esso pone relativamente ai restanti principi, (v) in attuazione delle regole costituzionali (di cui all'art. 97 Cost.), essendo "attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento", "degli obiettivi dell'Unione europea" e dei principi generali dell'azione amministrativa nonché, *soprattutto*, della struttura stessa del potere pubblico descritta dalla dinamica costituzionale, secondo la quale esso non può che essere funzionale al godimento dei diritti da parte della persona e delle comunità: "esso è perseguito nell'interesse della comunità". È da osservare che rispetto a quest'ordine non si può avvertire una tensione con il principio di legalità, giacché non v'è ragione di pensare che l'attuazione ed interpretazione possano avvenire se non nel rispetto della legge. Piuttosto, l'individuazione dell'interesse pubblico specifico da parte della legge attua la legalità-indirizzo<sup>30</sup> e non la contraddice. Ciò che maggiormente rileva è che il principio realizzativo definisce un criterio attuativo o interpretativo destinato a guidare – e rendere quindi razionalmente controllabile – l'attività ermeneutica e l'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante o concedente, giacché (art. 4) "Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3", sicché i restanti profili dell'interesse pubblico sono funzionalizzati al risultato sia nella fase procedimentale di formazione del contratto che in quella esecutiva della prestazione ("La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità")<sup>31</sup>. Non può sfuggire il rilievo di una previsione di diritto positivo che stabilisca che un sistema di principi giuridici ordinati a sistema guidi l'applicazione delle norme, vale a dire l'esercizio del po-

<sup>30</sup> Evidente il riferimento a C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, *passim*.

<sup>31</sup> Per queste considerazioni, con minore sintesi, L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, cit., ID., *Commento all'art. 1. Principio del risultato*, cit.



tere discrezionale. Non si tratta di limiti esterni alla valutazione discrezionale, né di vincoli procedimentali diretti a far emergere l'interesse pubblico specifico nel confronto procedimentale ma senza alcuna predittibilità. Piuttosto, si tratta di previsioni di diritto destinate ad indirizzare la scelta, definire l'interesse funzionale da perseguire, costituire un parametro interno alla decisione in grado di renderla sindacabile.

È, infatti, del tutto esplicita la costruzione gerarchica perché (a) il principio del risultato è "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto", (b) anche rispetto ai principi sanciti dagli artt. 2 e 3, giacché (art. 1, comma 2) "la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti" e "la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole", assicurandone "la piena verificabilità" e l'insieme dei principi di cui ai primi tre articoli (per come gerarchizzati dall'art. 1) (c) sono prioritari rispetto agli altri, giacché le "disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base" ad essi.

Ne deriva un effetto plateale circa la discrezionalità amministrativa.

Se quanto sopra è corretto è piuttosto irrilevante che i suoi margini di adattamento alla fattispecie concreta siano incrementati o meno; quel che è chiaro, piuttosto, è che non ci si trova innanzi all'affermazione di uno slogan vuoto di contenuto, ma alla costruzione di un sistema che si esplicita attraverso la definizione normativa dei diversi profili dell'interesse pubblico e la loro gerarchizzazione, sicché sia la valutazione discrezionale che il sindacato ad essa relativo sono disciplinati dal diritto, razionalmente valutabili, prevedibili e criticabili.

DIRITTO INTERNAZIONALE O DIRITTO  
EUROUNITARIO? NOTE IN MARGINE ALLA SENTENZA  
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLA UNIONE EUROPEA  
21 DICEMBRE 2023 C-333/2021

*Eugenio Picozza*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La qualificazione della FIFA della UEFA e *ob relationem* della FIGC nel c.d. diritto internazionale globale dello sport. – 2.1. Problematiche di diritto eurounitario. – 3. Le problematiche a livello della disciplina giuridica nazionale. – 4. Prime conclusioni.

1. *Premessa.*

Ho scelto questo tema proprio per onorare la persona dell'amico Guido Greco uno dei fondatori insieme a Mario Pilade Chiti (e anche al sottoscritto) della dottrina e dell'interesse scientifico, didattico e soprattutto professionale del c.d. diritto amministrativo comunitario o più restrittivamente della influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo italiano. Ho avuto l'onore di collaborare con loro numerose volte sia come autore, revisore e membro del Comitato Scientifico della Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, indubbiamente, almeno a mio avviso, la più prestigiosa di questo delicato settore; che ha avuto tra l'altro anche il merito di rendere indipendente la materia dalla sfera degli studiosi di diritto internazionale pubblico e privato i quali all'epoca, non sempre sembravano aver recepito le profonde innovazioni del diritto eurounitario, anche in chiave di ordinamenti giuridici multilivello e di "dialogo" tra Supreme Corti dei rispettivi ordinamenti. Il caso (o la fortuna) ha voluto che proprio in questi giorni la Corte di Giustizia della Unione Europea, con la sentenza citata nel titolo, abbia assunto una posizione "dirompente" e di grande interesse non solo in ordine ai principi del TUE e del TFUE, ma anche dell'intero diritto europeo comprese le azioni in

materia di sport previste dall'art. 165 del medesimo TFUE sotto il Titolo XII "Istruzione, formazione professionale, gioventù e sport"<sup>1</sup>.

Della sentenza hanno scritto tutti i giornali e anche primi commenti a caldo: mi preme rilevare che in essa la FIFA e la UEFA sono considerati a tutti gli effetti del TUE e del TFUE come associazioni di imprenditori e non come organismi di diritto pubblico. Giova sottolineare che proprio recentemente la stessa Corte era intervenuta con la sentenza 3 febbraio 2021 riguardante la FIGCC investita dal Consiglio di Stato della questione circa la sua possibile qualificazione come organismo di diritto pubblico<sup>2</sup>.

Ebbene, come giustamente hanno notato Autori specialisti del diritto sportivo<sup>3</sup> "La decisione non è stata *ex se* risolutiva della questione, giacché ha soltanto stabilito alcuni criteri per l'accertamento della natura giuridica delle Federazioni Sportive, la cui concreta valutazione è stata però demandata al giudizio soggettivo del giudice nazionale di rinvio"<sup>4</sup>.

Come è noto la vicenda si è poi conclusa al Consiglio di Stato che con la sentenza Sezione VI 15 luglio 2021, n. 5348 ha ritenuto che la FIGC non può essere annoverata tra gli organismi di diritto pubblico agli effetti della normativa comunitaria sugli appalti pubblici (direttiva 24/2014) e agli effetti della disciplina nazionale di ricezione della direttiva medesima d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. art. 165: "1. L'Unione contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa. 2. L'azione dell'Unione è intesa a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi. 3. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di istruzione e di sport, in particolare con il Consiglio d'Europa. 4. Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo: – il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando in conformità della procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri".

<sup>2</sup> Ordinanza Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2019, n. 1006.

<sup>3</sup> G. LIOTTA, L. SANTORO, *Lezioni di diritto sportivo*, VI ed., Milano, 2021, pp. 78-80.

<sup>4</sup> *Op. ul. cit.*, p. 79. Gli Autori forniscono anche una efficace sintesi dei punti principali della sentenza in questione.

<sup>5</sup> V. infatti le conclusioni finali della sentenza citata "Alla luce delle considerazioni che precedono, deve dunque concludersi che la Federazione Italiana Giuoco Calcio non è riconducibile al novero degli organismi di diritto pubblico, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3,

## 2. *La qualificazione della FIFA della UEFA e ob relationem della FIGC nel c.d. diritto internazionale globale dello sport.*

La nozione di diritto globale dello sport<sup>6</sup> è molto controversa come del resto le più ampie nozioni di diritto amministrativo globale<sup>7</sup> o di diritto pubblico globale<sup>8</sup>. Limitandoci al c.d. diritto globale dello Sport la maggiore difficoltà per accordare efficacia e non solo rilevanza giuridica<sup>9</sup> consiste nel fatto che dal punto di vista della organizzazione del diritto internazionale pubblico, FIFA e UEFA come lo stesso CIO (Comitato Internazionale Olimpico) non sono vere e proprie organizzazioni ufficiali (come il WTO o l'Unesco) ma secondo i rispettivi Statuti, associazioni senza fine di lucro. Dal punto di vista funzionale manca una vera e propria Convenzione Internazionale come ad esempio quella Unesco di Parigi sui beni culturali debitamente ratificata dall'Italia con legge dello Stato e quindi efficace ai sensi degli artt. 10, 11 e 117, comma 1 della Costituzione italiana e dagli indirizzi giurisprudenziali delle Supreme Corti<sup>10</sup>. Indubbiamente se il diritto internazionale pubblico seguisse la teoria classica dell'ordinamento giuridico – che Massimo Severo Giannini ha così efficacemente applicato agli ordinamenti sportivi<sup>11</sup> – molti problemi inerenti alla natura giu-

---

lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016 ed all'art. 2, primo comma, p.to 4 della direttiva UE n. 24 del 2014. Ne consegue il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in favore di quello civile, in ordine alla specifica vertenza per cui è causa, con conseguente applicazione del regime processuale di cui all'art. 11 Cod. proc. amm.”.

<sup>6</sup> V. per tutti L. CASINI, *Il diritto globale dello Sport*, Milano, 2010.

<sup>7</sup> V. tra gli altri P. CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law (Foundations and Challenges)*, Cambridge, 2015 e la bibliografia ivi riportata in particolare alla nota 1 di p. 588.

<sup>8</sup> V. tra gli altri G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.

<sup>9</sup> Argomenti trattati in molte delle opere del Maestro Angelo Falzea: v. in particolare *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, *ad vocem*.

<sup>10</sup> V. per tutti Cons. Stato, Ad. plen., sentenza n. 1/2022.

<sup>11</sup> M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici e sportivi*, in *Riv. dir. sportivo*, 1949, p. 1 ss.; ID., *Ancora sugli ordinamenti giuridici e sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1886, p. 671 ss. senza dimenticare la Trilogia sul concetto di ordinamento giuridico V.E. PICOZZA, *I rapporti generali tra ordinamenti*, in C. FRANCHINI (a cura di), *Gli effetti delle decisioni dei giudici sportivi*, Torino, 2004. Una acuta analisi delle tesi di Giannini è quella compiuta da R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Milano, 2007. Cfr. anche F. LILLO, *I limiti dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e il suo rapporto con la giurisdizione amministrativa*, tesi presentata al Master in Diritto ed Economia della Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria 2008.

ridica del CIO e delle Federazioni internazionali, europee e nazionali – potrebbero essere risolti più agevolmente.

Nella realtà queste entità svolgono anche (se non addirittura prevalentemente) attività economiche; e non a caso la Corte di Giustizia (secondo me con una punta di malizia, ma in coerenza con i suoi precedenti applicati perfino agli Ordini e Collegi Professionali) le ha considerate come associazioni di imprenditori, come tali sottoposte alle regole della libera prestazione dei servizi, e della concorrenza.

Tuttavia occorre riconoscere che la teoria dell'ordinamento giuridico si è basata sulla dottrina dello Stato e quindi sullo Stato persona giuridica come entità che dettava le regole del gioco. La crisi dello Stato, degli stessi ordinamenti sovranazionali e internazionali, anche al più alto livello (come purtroppo vediamo in questi anni); l'emergere del potere dei mercati soprattutto finanziari e l'ampia crisi delle fonti del diritto hanno fatto il resto. Nella visione classica degli elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico, sia generale che sezionale, non avrebbero certo destato molto scalpore le dichiarazioni della FIFA e della UEFA nei confronti delle società che vorrebbero organizzare la c.d. Superlega. In effetti tuttora da un punto di vista obiettivo al mondo dello sport sia a livello internazionale, che europeo o nazionale, non manca alcuno degli elementi costitutivi: c'è una normazione multilivello (anche se di ordine "interno" come ben descritto a suo tempo da Franco Bassi<sup>12</sup>); c'è una plurisoggettività e c'è una organizzazione di vertice. Come ci ha insegnato Hans Kelsen non può mancare la sanzione che rende la norma "perfecta"<sup>13</sup>. Quindi applicando queste nozioni non ci si sarebbe dovuti scandalizzare più di tanto delle dichiarazioni della FIFA e della UEFA. Ma lasciando da parte il peso politico della sentenza della Corte di Giustizia (non si sono mai visti a mia memoria tanti interventi di Stati nel giudizio in oggetto e non certo a favore della ricorrente!), tuttavia la visione ordinamentale è in crisi e tanto più quella di ordinamento globale come riconosciuto negli ultimi tempi dallo stesso autore di *Ordine Mondiale* Henry Kissinger<sup>14</sup> che in realtà avanza – come è stato efficacemente sottolineato – una triplice possibile risposta: La risposta, secondo Kissinger, include tre livelli di ordine: l'ordine mondiale descrive il concetto sostenuto da una regione o civiltà riguardo alla natura dei giusti accordi e alla distribuzione del potere che si ritiene applicabile al mondo intero. Un ordine

---

<sup>12</sup> F. BASSI, *La norma interna lineamenti di una teorica*, Milano, 1963.

<sup>13</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1963.

<sup>14</sup> *Ordine mondiale* trad. it. Milano, 2015.

internazionale è l'applicazione pratica di questi concetti ad una parte sostanziale del globo, abbastanza grande da influenzare l'equilibrio globale del potere; gli ordini regionali implicano gli stessi principi applicati a un'area geografica definita<sup>15</sup>.

Premesso che il concetto di ordine non equivale automaticamente a quello di ordinamento giuridico, subordinato nella Sua visione al concetto di ordine o ordinamento politico, al fine di assicurare la pace e il progresso, proprio i fattori che ho sottolineato in precedenza non consentono più a mio giudizio di attribuire questo potere esclusivamente agli Stati, alla Unione Europea o alla Organizzazione delle Nazioni Unite.

Un giovane studioso in un bel libro ha dedicato un apposito capitolo alla ricostruzione delle teoriche sui rapporti tra ordinamento giuridico generale e fenomeno sportivo ed in particolare alla visione "critica" del concetto di ordinamento giuridico applicato allo sport<sup>16</sup>; giungendo però alla conclusione secondo cui "Il fenomeno sportivo, e dunque il suo ordinamento (visto quale complesso di norme emanate dalla comunità sportiva) può pertanto essere analizzato anche a prescindere dalla sua qualificazione quale autonomo ordinamento giuridico, avuto riguardo alla sua evidente dimensione sociale (e aggiungo io soprattutto 'politica'), in grado di coinvolgere interessi di matrice pubblicistica, sia all'attività sua propria di gestione, organizzazione e regolamentazione dell'attività sportiva" "Proprio tali aspetti, quali espressione di autonomia privata riconosciuta dall'ordinamento statale e comunitario, devono essere dagli stessi tutelati, nei limiti del rispetto dei principi e delle norme fondamentali di titolarità di quest'ultima"<sup>17</sup>.

Orbene, si può essere o non essere d'accordo con la tesi che riconduce al fenomeno dell'autonomia privata i principi, l'organizzazione, l'attività e la stessa dimensione giurisdizionale del fenomeno sportivo, (personalmente sono solo parzialmente d'accordo); ma non si può negare che questa tesi non risolve da un punto di vista sostanziale (e non solo formale) i complessi problemi del diritto internazionale "sportivo". Dal mio punto di vista come ho avuto occasione di scrivere pressoché in tutti i miei Manuali<sup>18</sup>, sia la nozione di diritto

---

<sup>15</sup> A. MUCEDOLA, *Henry Kissinger come ottenere un nuovo ordine mondiale*, in *Oceanic for future on line*, 1° dicembre 2023.

<sup>16</sup> S. PAPA, *Il processo sportivo dopo il Codice Coni*, Torino, 2017 in particolare il primo capitolo.

<sup>17</sup> ID., *op. cit.*, p. 19.

<sup>18</sup> E. PICOZZA, *Il diritto pubblico della economia nella integrazione europea*, II ed., Roma, 1998; ID., *Diritto dell'economia disciplina pubblica*, in *Trattato di diritto dell'economia*, vol. II,

globale che di diritto europeo sono nozioni prevalentemente di ordine culturale (se non addirittura ideologico), mentre le nozioni a fondamento del diritto internazionale pubblico come pure del diritto comunitario (oggi più modernamente denominato euro-unitario) sono nozioni strettamente giuridiche che hanno le loro teorie generali, le loro dogmatiche e soprattutto costituiscono “diritto vigente” come dimostra la sentenza della Corte di Giustizia UE che qui si commenta.

Per esempio uno dei problemi applicativi, nell’ambito del problema generale della “rilevanza” e/o “efficacia” dell’ordinamento sportivo internazionale rispetto al diritto internazionale pubblico, è proprio quello del campo di applicazione e dei limiti della sentenza “superlega” nei confronti della FIFA e della UEFA.

Entrambe le Associazioni hanno sede principale in Svizzera ed operano in conformità alle leggi della Svizzera compreso il famoso TAS (Tribunale Arbitrale dello Sport)<sup>19</sup>.

La Svizzera come è noto non fa parte della Unione Europea, bensì del SEE (spazio Economico Europeo) ed in base all’accordo istitutivo del 1994 ha concluso oltre 120 accordi con la UE tra cui un accordo molto complesso concernente la cooperazione in merito alla applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza concluso il 17 maggio 2013 ed entrato in vigore mediante scambio di note il primo dicembre 2014. Come tutti gli “accordi” prevede il consenso di entrambe le istituzioni per mettere in pratica le regole che lo costituiscono. In questo contesto è di particolare interesse ai nostri fini la nozione di “diritto della concorrenza” e di “atto anticoncorrenziale” rispettivamente contenuti nei paragrafi 3 e 4 dell’art. 2 “Definizioni”. In particolare per atto anticoncorrenziale si intende “qualsiasi atto che possa essere oggetto di un divieto, di sanzioni o di altre misure correttive da parte delle (rispettive) autorità in materia di diritto della concorrenza di una delle Parti o di entrambe le Parti”. Sebbene parte preponderante dell’accordo sia dedicata alle violazioni concorrenziali riguardanti le “concentrazioni” tra imprese, non di meno si può ritenere che il campo di applicazione riguardi tutto il diritto della concorrenza e quindi anche le intese vietate e l’abuso di posizione dominante di cui agli artt. 101 e 102 del TFUE. Pur tuttavia mi sembra indubitabile che le sentenze della Corte di Giustizia UE e segnatamente quella che qui si commenta non siano automaticamente ricono-

---

Padova, 2005; ID., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II ed., Torino, 2004; ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, II ed., Padova, 2018.

<sup>19</sup> Inoltre le singole Federazioni nazionali del gioco del calcio come in Italia la FIGC operano secondo le leggi del proprio Stato.

sciute (non sono oggetto di un accordo particolare)<sup>20</sup> dallo Stato Svizzero e non sono oggetto di notificazione obbligatoria tra le Parti come invece gli atti di esecuzione delle rispettive Autorità di Concorrenza. Ma ciò ancora non è sufficiente: prima di tutto occorrerebbe analizzare il profilo soggettivo delle due Federazioni secondo il diritto svizzero e i rapporti tra l'efficacia delle sentenze del TAS e quelle della Corte di Giustizia della Unione Europea.

Ora io non sono uno studioso né del diritto svizzero né tanto di quello comparato pubblico o privato che sia. Mi basta aver segnalato la problematica nei suoi limiti generali con applicazione al caso particolare del regime di applicabilità delle sentenze della Corte di Giustizia UE all'ordinamento giuridico svizzero. Quale che sia la soluzione, in ogni caso anche in base all'accordo di cooperazione sopra citato, saranno le competenti autorità svizzere a decidere sia in ordine alla natura giuridica delle due federazioni secondo la legge svizzera, sia (e solo nel caso in cui diano loro natura giuridica di associazioni imprenditoriali) a riconoscere in piena autonomia e sovranità l'autorità della citata sentenza della Corte di Giustizia UE.

Tornando ora un attimo alla tesi che riconosce "autonomia privata" alle suddette Federazioni compresa la FIGC (Federazione Italiana Gioco Calcio), anche il concetto di autonomia privata nella stessa ricostruzione del diritto dei privati di Cesarini Sforza<sup>21</sup> poggia le sue radici nella teoria dell'ordinamento giuridico e più propriamente nel fenomeno della pluralità degli ordinamenti giuridici medesimi. Come sopra ho già ricordato nella stessa ricostruzione del fondatore Santi Romano, non si metteva in discussione il ruolo dello Stato (persona) come ordinamento giuridico generale cui spettava riconoscere un ruolo di semplice rilevanza o di stabile efficacia agli ordinamenti particolari fossero essi di tipo organizzatorio (come quello militare); sezionale (come l'ordinamento creditizio) o interno (come quello sportivo). Non a caso la prima ricostruzione in ordine storico-giuridico dei rapporti tra lo Stato italiano e la Comunità Economica Europea venne fatta dagli studiosi di diritto internazionale pubblico in chiave di rapporti paritari tra ordinamenti, orientamento cui aderì la stessa Corte costituzionale. Solo in un secondo momento si affacciò la tesi della esistenza dell'ordinamento multilivello, delle limitazioni permanenti di sovranità e della distinzione tra vincoli imposti dal diritto comunitario e obblighi imposti dall'ordinamento internazionali come codificato nell'art. 117, comma 1, Cost. Di questi tempi tuttavia la "crisi della sovranità" che in

---

<sup>20</sup> V. la lista degli accordi settoriali UE in [fedlex.admin.ch](http://fedlex.admin.ch).

<sup>21</sup> *Il diritto dei privati*, Milano, 1963 e soprattutto *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1381 ss.



termini fattuali ma anche giuridici non appartiene più completamente né ai singoli Stati, né all'Unione Europea e tanto meno alle organizzazioni internazionali pone in difficoltà la stessa teoria giuridica dell'ordinamento multilivello nella quale probabilmente sarebbe stato più agevole sistemare i rapporti tra ordinamenti giuridici e ordinamenti sportivi anche a livello di diritto comunitario e internazionale. Le fonti del diritto che sono elemento essenziale e costitutivo della sovranità stanno mutando pelle. Non ci si limita al richiamo ai c.d. concetti giuridici indeterminati, ma vi sono moltissime fonti di provenienza privata soprattutto in campo bancario, assicurativo, societario e finanziario<sup>22</sup>. E questo fenomeno non esclude il calcio (e probabilmente numerosi altri sport) non a caso si parla e si scrive di "calcio mercato". La sentenza della Corte di Giustizia UE è una reazione a questo fenomeno. Una consapevole presa d'atto dei mutati rapporti tra ordinamento giuridico degli Stati membri e *lex mercatoria* di carattere questa sì globale, internazionale, europea e nazionale (non solo ma anche regionale, provinciale e perfino comunale!).

## 2.1. *Problematiche di diritto eurounitario.*

Premesso che la Corte di Giustizia UE non ha tenuto un indirizzo giurisprudenziale sempre coerente, riconoscendo in alcuni casi l'autonomia e addirittura la prevalenza delle norme e delle sanzioni dell'ordinamento sportivo internazionale su quelle comunitarie, il problema di maggiore spicco su cui gli interventi degli Stati membri si sono maggiormente appuntati, riguardava la possibilità di sottrarre la vicenda alle norme sul mercato unico, la libera concorrenza e perfino la libera prestazione dei servizi, in virtù della particolare natura della azione comunitaria in materia di sport<sup>23</sup>. Sotto questo profilo l'argomento principale usato dagli intervenuti ed utilizzato anche in altre materie è che quando manca una disciplina regolamentare o convenzionale sostitutiva e comunque uniformante quella degli Stati, o almeno una disciplina di armonizzazione attraverso le direttive comunitarie *self executing* o meno, gli Stati rimarrebbero liberi di disciplinare la materia (nel caso l'attività sportiva) come meglio ritengono. Tuttavia la Corte di Giustizia fin dai primi anni di esistenza ha costantemente richiamato gli Stati alla necessità di osservare i principi del diritto originario (nel caso quelli del TFUE) sia scritti che desumibili, compre-

---

<sup>22</sup> V. per tutti A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, 2015.

<sup>23</sup> Sulle politiche europee e in particolare sulle azioni in materia sportiva v. per tutti E. PICOZZA, S. OGGIANU, *Politiche dell'Unione Europea e diritto dell'economia*, Torino, 2015.

si i principi di “creazione” giurisprudenziale proclamati dalla stessa Corte di Giustizia<sup>24</sup>. Quindi ha affrontato la specifica questione in modo ampio nel paragrafo 3 della decisione concludendo che l’azione non armonizzata prevista dall’art. 165 del TFUE non esclude le Federazioni FIFA e UEFA dalla applicazione delle norme sulla concorrenza arrivando benignamente a stabilire anche le condizioni alle quali esse potrebbero usufruire di una esenzione!

A mio avviso l’unico modo *de jure condendo* per sottrarre la attività sportiva nella sua componente economica e di mercato sarebbe quella (preannunciata da rappresentanti del Governo Inglese che però non fa più parte della UE) di una legge nazionale che le qualifichi come soggetti partecipanti all’esercizio di un pubblico potere) secondo le originarie disposizioni del combinato disposto degli artt. 58 e 64 del Trattato CEE di Roma<sup>25</sup>. Si ritornerebbe cos’alla primitiva legislazione del ’42, legge 6 febbraio 1942, n. 426, che qualificava espressamente le Federazioni Nazionali Sportive come organi della persona giuridica CONI indubbiamente ente pubblico ai sensi della normativa e degli indici di riconoscibilità dell’ente pubblico vigenti a quell’epoca. Ma attenzione: per ottenere tale qualificazione (che non coincide necessariamente con quella di organismo di diritto pubblico nozione molto più ristretta del soggetto privato partecipante all’esercizio dei pubblici poteri) occorrerebbe scorporare e rendere del tutto indipendenti dal CIO dalla FIFA e dalla UEFA il ramo di attività direttamente o indirettamente economiche. La Corte UE infatti si basa su criteri oggettivi e non sul mero *nomen juris* per accertare se il soggetto partecipa “esclusivamente” anche se occasionalmente all’esercizio dei pubblici poteri, ovvero se questo sia un semplice escamotage per eludere e comunque sottrarsi alle norme sul mercato interno, la libera prestazione dei servizi, e le regole della concorrenza<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Su questa specificità dell’ordinamento comunitario e in particolare sul valore precettivo dei principi enucleabili dalle sentenze della Corte di Giustizia v. per tutti E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e Diritto comunitario*, II ed., Torino, 2004.

<sup>25</sup> V. rispettivamente art. 51 TFUE: “Sono escluse dall’applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all’esercizio dei pubblici poteri” e art. 54: “Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l’amministrazione centrale o il centro di attività principale all’interno dell’Unione, sono equiparate, ai fini dell’applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro”.

<sup>26</sup> I precedenti sono talmente numerosi e costanti che ci esimono da farne un puntuale e dettagliato riferimento.

Una riforma di questo tipo sarebbe una vera controrivoluzione l'unica in grado di resistere alle contestazioni delle imprese sportive interessate; ma dubito che l'attuale equilibrio dei rapporti politici, giuridici, economici e sociali tra Mercati e Stati permetta a questi ultimi riforma di tale portata. Anche qui chi detta le regole è la comunicazione massmediatica e non solo le televisioni pubbliche o commerciale che si si debbano definire. Ci sono piattaforme digitali che consentono di seguire partite di calcio a pagamento in ogni angolo del globo. È una delle tante applicazioni del "villaggio globale" costituito da internet, dalle comunicazioni satellitari private che addirittura possono influire sull'andamento delle guerre, delle epidemie, ecc. figuriamoci sullo Sport e segnatamente sul calcio. La conclusione è che per quanto riguarda gli effetti della sentenza che qui si commenta sul piano eurounitario, gli Stati e ogni loro articolazione (potere legislativo, potere esecutivo, ordine giurisdizionale) la debbono eseguire applicando ove possibile in modo conforme al diritto europeo la propria disciplina o al limite "disapplicandola". Le Società della Superlega in difetto potrebbero agire civilisticamente contro gli Stati membri per la c.d. responsabilità comunitaria<sup>27</sup>.

Molto più complesso invece sarebbe configurare una azione di responsabilità della FIFA ed UEFA a livello di diritto internazionale (a meno che dalla Carta Olimpica e dalle farie fonti di diritto internazionale sportivo sia possibile desumere una contrarietà delle attività sportive imprenditoriali rispetto ai principi delle medesime fonti sportive).

### *3. Le problematiche a livello della disciplina giuridica nazionale.*

Paradossalmente tali problematiche diventano ancora più complesse a livello nazionale.

In primo luogo lo sport con la recente riforma costituzionale del 2023 è stato inserito nel titolo II Rapporti etico-sociali!!! nella parte prima Diritti e Doveri dei cittadini<sup>28</sup>.

Più particolarmente la riforma è stata fatta aggiungendo un nuovo e ultimo comma dell'art. 33 dedicato come è noto alla libertà della scienza e dell'arte e al riconoscimento della c.d. "autonomia ordinamentale" di alcuni Enti Pubblici e Privati pur "nei limiti delle leggi dello Stato". In questo contesto "La

<sup>27</sup> V. già la sentenza 5 marzo 1986 in cause 43 e 48 *Brasserie du Pecheur e Factortame*.

<sup>28</sup> Già Salvatore Pugliatti dava il massimo rilievo ai rapporti tra rubricazioni e loro contenuto; *Grammatica e Diritto*, Milano, 1978.

Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme".

Non è male ricordare che secondo la dottrina costituzionale riconosce che tutti i cittadini fanno parte della Repubblica sia come singoli che nelle formazioni e associazioni, riconosciute o non riconosciute, e non solo i c.d. tre poteri dello Stato. Anzi secondo l'art. 2 è molto utile riportarlo per chi se lo è scordato "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

Come ricordano i grandi Maestri esiste una distinzione tra lo Stato Persona ed lo Stato Comunità<sup>29</sup> e quindi il riferimento alla Repubblica nell'art. 114 si riferisce solamente agli enti ed organi che fanno parte dello Stato come persona giuridica anche di diritto internazionale. Tanto premesso, la norma fondamentale a livello di costituzionale materiale che definisce in linea generale i rapporti tra ordinamento giuridico statale e ordinamento (normativo) sportivo è tuttora contenuta curiosamente in una norma "processuale" il d.l. 19 agosto 3003 convertito con modificazioni nella legge 17 ottobre 2003, n. 280, art. 1 Principi Generali: "1. La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale. 2. I rapporti ((tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica)) sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di ((...)) rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo". Di questa norma anticipatrice della riforma costituzionale dello sport, interessa qui sottolineare non il riconoscimento della "autonomia" nel quadro dei fenomeni della rilevanza e/o efficacia giuridica nei confronti dello Stato, ma il precetto che l'ordinamento sportivo nazionale è un'articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al CIO. Una lettura frettolosa potrebbe far pensare ad un richiamo generico più che altro di valore politico e sociale: ma non è così. Questa disposizione normativa infatti forma un ideale combinato disposto con diverse disposizioni normative contenute in un'altra legge fondamentale il d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 e le sue disposizioni precettive si applicano sia al CONI sia a tutte le federazioni sportive di rilevanza nazionale inclusa naturalmente la FIGC. V. rispettivamente art. 2 (Statuto): "1. Il CONI è la Confederazione delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate e si conforma ai principi dell'ordinamento sportivo internazionale, in armonia con le delibera-

---

<sup>29</sup> V. per tutti F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, II ed., Padova, 1996.

zioni e gli indirizzi emanati dal Comitato olimpico internazionale, di seguito denominato CIO”. Art. 5 Compiti del Consiglio Nazionale (del Coni): ”1. Il Consiglio nazionale, nel rispetto delle deliberazioni e degli indirizzi emanati dal CIO, opera per la diffusione dell’idea olimpica e disciplina e coordina l’attività sportiva nazionale, armonizzando a tal fine l’azione delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive nazionali”. Art. 16 (Statuti delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate): “1. Le federazioni sportive nazionali e le discipline sportive associate sono rette da norme statutarie e regolamentari sulla base del principio di democrazia interna, del principio di partecipazione all’attività sportiva da parte di chiunque in condizioni di parità e in armonia con l’ordinamento sportivo nazionale ed internazionale”. Da queste numerose disposizioni traggio la conclusione che si sia liquidata troppo in fretta la teoria sviluppata soprattutto dal mio Maestro Massimo Severo Giannini circa la natura giuridica del fenomeno sportivo come ordinamento “giuridico” particolare. Ma soprattutto non solo la legge quadro sostanziale sulla attività sportiva ma anche quella processuale sul riparto di giurisdizione tra giurisdizioni statali e giurisdizione sportiva “riconoscono” l’esistenza e la giuridicità dell’ordinamento sportivo internazionale. I costituzionalisti potrebbero approfondire in dettaglio la natura particolare di questa forma di rinvio recettizio, in quanto non è diretto alla applicazione di singole norme o leggi, ma ai principi generali di un ordinamento internazionale particolare quello sportivo retto a livello organizzativo dal CIO e funzionale dalla Olympic Charter e numerose altre disposizioni che potremmo genericamente definire di *soft law*. Dal punto di vista dei canoni ermeneutici il risultato è però a mio avviso molto chiaro: le disposizioni statutarie del CONI e delle Federazioni Sportive Nazionali incompatibili con tali principi sono illegittime in base all’art. 97 Cost. e all’art. 1 della legge n. 241/1990 (principio di subordinazione della attività amministrativa alla legge. Questo effetto riguarda anche qualora si ritenga che le Federazioni siano entità dotate di autonomia private. Sempre Giannini ricostruì il concetto di conformazione giuridica pubblica della persona giuridica privata e dell’attiva privata sia civile che commerciale, e di recente se ne è fatto ampio uso in materia di poteri delle Autorità Amministrative indipendenti nei confronti dei soggetti gestori dei servizi di pubblica utilità<sup>30</sup>. Del resto anche in materie come l’ambiente in cui si intrecciano convenzioni internazionali ratificate, fonti comunitarie, costituzionali e legislative, è sempre più frequente il richiamo ai “principi” in quanto maggiormente ido-

---

<sup>30</sup> V. SOLINAS, *Il “contratto amministrato”. La conformazione dell’operazione economica agli interessi generali*, Napoli, 2018.

nei delle singole norme a regolare fenomeni giuridici complessi. Ma quel che colpisce nel caso di specie è la globalità del rinvio che non sembra significare genericità ma interezza. Quindi in pratica le norme dell'ordinamento giuridico statale rinviano con disposizioni di piena efficacia giuridica "in conformità ai principi" all'intero sistema o ordinamento sportivo internazionale. Altrettanto non si può dire nei confronti dell'ordinamento sportivo europeo sia perché la nozione di diritto sportivo europeo è soggettivamente più estesa di quella di diritto sportivo comunitario (art. 165 del TFUE); sia perché oggettivamente essa è diretta da associazioni internazionali e non comunitarie (come appunto la UEFA e sopra di lei la FIFA).

#### 4. *Prime conclusioni.*

La complessità del fenomeno sportivo a livello mondiale, internazionale, europeo e anche nazionale non consente secondo il mio giudizio di affermare che necessariamente la sentenza Corte di Giustizia UE che qui si commenta sia totalmente "rivoluzionaria" e "innovativa". Ancora nel 2014 il Consiglio di Stato, Sezione V con sentenza 3958/72014 del 27 maggio 2014 ha declinato la competenza propria e di qualsiasi giudice nazionale a favore di quella arbitrale in unico grado del TAS (v. punti 2, 3, 4 della importante decisione). Può accadere che CIO, FIFA e UEFA si allineino volontariamente alle indicazioni della Corte di Giustizia UE in punto di precisione, chiarezza, trasparenza non discriminazione e imparzialità nei confronti delle imprese per quanto riguarda la parte di attività non propriamente sociale ma piuttosto economica commerciale e finanziaria. In questo contesto potrebbero decidere di "scorporare" le suddette attività come prescritto dalla direttiva 723/1980 per assicurare la trasparenza nelle relazioni finanziarie tra imprese pubbliche e pubblici poteri (anche se in questo caso i soggetti sono "pubblici" nel senso di collettivo, massmediatico e transnazionale grazie alle trasmissioni televisive e alle apposite piattaforme digitali).

Potrebbe al contrario accadere che le suddette ispirino una convenzione internazionale sullo Sport sul modello di quella Unesco sulla cultura.

Non è neanche da escludere, vista la riserva di giurisdizione esclusiva a favore del giudice amministrativo *ex art. 133, lett. z)* con competenza funzionale esclusiva del TAR del Lazio *ex art. 134*, che la vicenda abbia un seguito giudiziario, con l'emissione e conseguente impugnativa di atti sanzionatori emessi dalla FIGC nei confronti di squadre partecipanti alla Super Lega come preannunciato. Profetiche come al solito le parole di Massimo Severo Giannini a chiusura del suo ultimo saggio "ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi".

“Dopodiché se finora non si sono verificati contrasti clamorosi tra i due gruppi di ordinamento, ciò è accaduto per la buona volontà degli interessati: se si stesse alle normazioni positive, di contrasti se ne potrebbero avere quasi di continuo”<sup>31</sup>.

Non invidio pertanto la giurisdizione amministrativa ed in particolare il collegio e il giudice relatore cui toccherà pronunciarsi in primo o secondo grado sulla legittimità (costituzionale e comunitaria) di tali provvedimenti amministrativi.

In definitiva la vicenda va inquadrata nella perenne battaglia tra la c.d. *lex mercatoria* e le fonti del diritto pubblico, ma questa volta in una dimensione potenzialmente mondiale. Non posso che essere d'accordo con la tesi del Maestro che li qualifica espressamente come “ordinamenti giuridici sportivi”. Indubbiamente l'indipendenza “o l'indifferenza” da parte dello Stato è parzialmente venuta meno: prova ne è l'ampiezza della giurisdizione amministrativa esclusiva in materia. Ma l'ordinamento sportivo internazionale gode di un asset che non sempre è in possesso degli ordinamenti giuridici internazionali, europei o nazionali: il consenso degli spettatori! Il senso della giustizia sportiva è talmente radicato da aver praticamente costretto le autorità ad introdurre il c.d. VAR (che pure rare volte sbaglia anche lui). L'influenza politica e sociale di queste organizzazioni è enorme. Il peso politico e sociale dello Sport ha determinato il Parlamento Italiano ad inserire lo sport nella prima parte della Costituzione (lo era già nella seconda parte dove veniva definito ai sensi dell'art. 117, comma 3 materia di competenza concorrente: ma questa articolazione riguarda solo i poteri del c.d. Stato Persona). In conclusione è molto difficile stabilire chi vincerà la guerra: non sarei sorpreso che per lo meno a livello nazionale ci sia una lunga contesa dall'esito estremamente incerto proprio in base ai principi e valori costituzionali assegnati allo Sport.

---

<sup>31</sup> ID., *op. cit.*, p. 449.

L'ACCESSO AGLI ATTI *SENZA* ISTANZA.  
RIFLESSIONI A PRIMA LETTURA SULLA NUOVA  
DISCIPLINA (SOSTANZIALE E PROCESSUALE) IN MATERIA  
DI ACCESSO AGLI ATTI GARA\*

*Paolo Provenzano*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le novità di natura sostanziale. – 3. Le novità di natura processuale. – 4. Conclusioni.

*1. Introduzione.*

Seguendo un'impostazione già rodada nei precedenti codici dei contratti pubblici, anche il legislatore del nuovo codice ha ritenuto opportuno introdurre nello stesso una disciplina speciale relativa all'accesso agli atti. Disciplina, quest'ultima, che si dipana negli artt. 35 e 36. I quali, come vedremo, in parte seguono direttrici già tracciate dalla (pre)vigente normativa e in parte ne sviluppano di nuove.

La prima di tali previsioni (l'art. 35), sia pur contenendo qualche importante novità, si pone in buona sostanza nel solco del (pre)vigente art. 53 del d.lgs. n. 50/2016<sup>1</sup>. Rispetto a detta previsione esso, infatti, ripropone in mo-

---

\*Il presente contributo, che rappresenta lo sviluppo della relazione svolta dall'A. in occasione del Convegno "Città, infrastrutture e contratti pubblici" (8-9 maggio 2023), organizzato dall'Università IUAV di Venezia nell'ambito del PRIN 2020 Re.S.To.R.E. – "Recovering the State Towards a Reformed Economy", è dedicato al Prof. Guido Greco.

La vita mi ha riservato la fortuna di avere incontrato il Prof. Greco diciassette anni or sono, e da allora di averlo frequentato quotidianamente. La passione per lo studio e per la professione, la determinazione e al contempo la misura, lo spirito di sacrificio e il sommo equilibrio, sono tra i tanti preziosi insegnamenti che, con il suo esempio silenzioso, mi ha impartito in questo lungo tempo. Insegnamenti che è mia cura costante cercare di mettere in pratica, pur nella consapevolezza che l'allievo mai sarà in grado nemmeno di eguagliare il Maestro.

<sup>1</sup>Relativamente alla disciplina sull'accesso agli atti contenuta nel d.lgs. n. 50/2016 si ve-



do pressoché pedissequo sia i casi in cui l'accesso deve essere necessariamente differito, sia le limitazioni all'accesso<sup>2</sup>.

L'art. 35 contiene comunque, come si è già anticipato, anche due novità degne di nota. Da un lato, detta norma richiama espressamente la disciplina

---

dano: M. LIPARI, *Informazione dei candidati e degli offerenti e accesso agli atti di gara*, in *Trattato sui contratti pubblici*, (diretto da) M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, vol. III, Milano, 2019, p. 341 ss.; P. ADAMI, *L'accesso civico agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2018, p. 242 ss.; M. LUCCA, *Principi di trasparenza presenti nel d.lgs. n. 50 del 2016*, in *Riv. trim. app.*, 2018, p. 249 ss.; L. MINERVINI, *Accesso agli atti e procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici*, in *Foro amm.*, 2019, p. 949 ss.; V. VARANO, *È ancora fervido il dibattito in materia di accesso agli atti nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 2020, p. 386 ss.; P. RUBECHINI, *Appalti pubblici e diritto di accesso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 232 ss. Sul tema della trasparenza nei contratti pubblici cfr. M. COZZIO, *La trasparenza nei contratti pubblici tra significati consolidati e nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, p. 545 ss.

<sup>2</sup> Il citato art. 35 stabilisce, al comma 2, che “fatta salva la disciplina prevista dal codice per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, l'esercizio del diritto di accesso è differito: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli 94, 95 e 98 e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all'aggiudicazione; d) in relazione alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all'aggiudicazione; e) in relazione alla verifica della anomalia dell'offerta e ai verbali riferiti alla detta fase, fino all'aggiudicazione”. E prevede, al successivo comma 4, che “fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, e salvo quanto disposto dal comma 5, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione: a) possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; b) sono esclusi in relazione: 1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; 2) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; 3) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale”.

sull'accesso civico<sup>3</sup>, positivizzando opportunamente l'approdo cui è giunta l'Adunanza plenaria con la sentenza n. 10/2020<sup>4</sup>. L'art. 35, infatti, chiarisce che anche l'accesso civico può essere (almeno teoricamente<sup>5</sup>) utilizzato per ot-

---

<sup>3</sup> Sul rapporto tra accesso *ex d.lgs. n. 50/2016* e accesso *ex d.lgs. n. 33/2013* cfr. G. ARIEMMA, *Le diverse forme di accesso nell'ordinamento italiano: il rapporto tra accesso ordinario e accesso civico generalizzato in materia di contratti pubblici*, in *Riv. giur. eur.*, 2020, p. 89 ss.

<sup>4</sup> Com'è noto, prima dell'avvento dell'Ad. plen. n. 10/2020 si erano formate in giurisprudenza due antitetici orientamenti in merito alla possibilità di accedere, ai sensi e per gli effetti del d.lgs. n. 33/2013, agli atti relativi all'affidamento di un contratto pubblico.

Secondo una prima impostazione, "l'istituto dell'accesso civico generalizzato non trova(va) applicazione [con riguardo a detti atti, attesa] la formulazione utilizzata dall'articolo 53, comma 1, del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016" (così TAR Lazio, Roma, Sez. II, 14 gennaio 2019, n. 425, in termini si vedano, tra le tante, TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 18 luglio 2018, n. 197 e TAR Marche, Ancona, 18 ottobre 2018, n. 677, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

A tale impostazione se ne opponeva, come si è già anticipato, un'altra, secondo cui "l'accesso civico (...) in *subiecta materia* [può essere] temporalmente vietato, negli stessi limiti in cui ciò avviene per i partecipanti alla gara, e dunque fino a che questa non sarà terminata, ma non escluso definitivamente" (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 45, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Come si è parimenti già anticipato, detto contrasto giurisprudenziale è stato definitivamente risolto dall'Adunanza plenaria, che, sposando la seconda di dette impostazioni, ha giudicato che "la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta *in toto* la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza" (così Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Per un commento a tale pronuncia si rinvia a A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2020, 16; M. IPPOLITO, *La 'cultura' della trasparenza nell'accesso agli atti della fase esecutiva di un procedimento ad evidenza pubblica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2020, p. 7; S. MASTROIANNI, *L'integrazione tra la disciplina del diritto di accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no a buchi neri nel principio di trasparenza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2020, p. 4.

<sup>5</sup> All'atto pratico risulta infatti assai difficile che l'istanza di accesso civico non vada a "intercettare" taluna delle eccezioni all'accesso civico enucleate dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 50/2016. Relativamente a tali eccezioni cfr. E. FURIOSI, *L'accesso civico 'generalizzato', alla luce delle Linee Guida ANAC*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2017.

tenere l'ostensione degli atti relativi all'affidamento e all'esecuzione di un contratto pubblico.

D'altro lato, il citato art. 35 dispone inoltre che l'accesso agli atti avviene, ormai unicamente, in modalità telematica e, più precisamente, tramite l'accesso alla piattaforma di approvvigionamento digitale<sup>6</sup> di cui si avvale la stazione appaltante, nella quale devono essere "salvati" tutti i verbali di gara oltre alle offerte presentate dai concorrenti.

Ma gli aspetti più innovativi della nuova disciplina si rinvergono indubbiamente nel successivo art. 36.

Tale disposizione, titolata "norme procedimentali e processuali in tema di accesso", introduce molteplici e notevoli novità sia di natura sostanziale, sia di natura processuale. Di tali novità si passa partitamente a trattare.

## 2. Le novità di natura sostanziale.

L'art. 36 segna un netto cambio di paradigma rispetto al passato. Esso, infatti, supera l'impostazione tradizionale, seguita *in primis* dalla legge n. 241/1990 e, "a ruota", dalle discipline *ad hoc* via via susseguitesi nel tempo, secondo la quale qualsivoglia tipologia di accesso agli atti presuppone, sempre e comunque, un atto di impulso (*id est* la presentazione di una istanza) da parte del soggetto che anela all'ostensione dei documenti.

La norma in parola introduce, dunque, un – fin qui inedito – "accesso *senza istanza*" che trasforma l'accesso ai documenti di gara da strumento di "*user driven transparency*" (o "*reactive transparency*" che dir si voglia), a strumento di "*proactive transparency*"<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> La disciplina relativa alle piattaforme di approvvigionamento digitale la si rinviene all'art. 25 del d.lgs. n. 36/2023. Sul punto cfr. D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2023 e G. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2023. Più in generale sulla digitalizzazione dei contratti pubblici si rinvia a G. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLI PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, p. 332 ss.

<sup>7</sup> Sulla differenza tra *reactive* e *proactive transparency* cfr. F. FAIANI, M. PALMIRANI, *The Right to Know and Digital Technology: Proactive and Reactive Transparency in the Italian Legal System*, in A. KO, E. FRANCESCONI (a cura di), *Electronic Government and the Information Systems Perspective*, Berlino, 2018, p. 164 ss.

Ne deriva, dunque, che in materia di accesso agli atti si è passati, nel giro di due lustri, da un regime (quello tradizionale, contenuto nella legge n. 241/1990) in cui l'accesso imponeva ed impone sempre la presentazione di un'istanza motivata; ad un accesso (quello civico, di cui al d.lgs. n. 33/2013) nel quale l'istanza deve essere prestata, ma non motiva; per giungere, infine, a una disciplina, quella oggi scolpita nel nuovo codice dei contratti pubblici, in cui, come detto, non è più necessario presentare nessuna istanza e, di conseguenza, addurre alcuna motivazione a sostegno della richiesta di accesso<sup>8</sup>.

L'art. 36, in particolare, sfruttando al massimo le potenzialità della piattaforma di approvvigionamento digitale già richiamata, prevede che, di regola, i documenti (ivi incluse le offerte dei candidati) debbano automaticamente essere messi a disposizione, contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione, mediante l'accesso alla suddetta piattaforma.

Più precisamente, tale norma prevede al riguardo due diversi regimi, sui quali ci soffermeremo di qui a poco. Regimi il cui *trait d'union*, lo anticipiamo, consiste, in negativo, nell'assenza di un atto di impulso di parte, e, in positivo, nella messa a disposizione, proprio tramite la suddetta piattaforma digitale, dei documenti pertinenti.

Il primo di tali regimi è compiutamente disciplinato dal comma 1 del citato art. 36. Il quale dispone che l'offerta dell'aggiudicatario (e solo di esso) è, unitamente alla comunicazione dell'aggiudicazione, automaticamente resa disponibile a tutti (e si ripete tutti) i candidati diversi da quelli definitivamente esclusi<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Con riferimento all'evoluzione che ha avuto negli ultimi anni il tema dell'accesso agli atti si vedano, a mero titolo esemplificativo, F. FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 262 ss.; L.A. MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, 1998; M.A. SANDULLI, (voce) *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir., Agg.* vol. IV, 2000, p. 6 ss.; E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 579 ss.; D.-U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza delle vite degli altri?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018, n. 10; A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 577 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 453 ss.; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 65 ss.; A. SIMONATI, *Il trattamento di dati personali e gli accessi amministrativi "generali": le dinamiche frontiere della discrezionalità*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2023, p. 1 ss.

<sup>9</sup> Per "soggetti definitivamente esclusi" dovrebbero intendersi i soggetti rispetto ai quali il relativo provvedimento di esclusione sia divenuto inoppugnabile o quelli la cui esclusione sia stata ritenuta legittima da una sentenza passata in giudicato.

Il comma 2 di tale medesima norma, nel disciplinare il secondo di tali regimi, stabilisce, a sua volta, che l'accesso agli atti di gara è altresì consentito ai primi cinque classificati, ai quali vengono messe a disposizione le reciproche offerte.

L'art. 36 nulla dice, di contro, in merito alle modalità di accesso alle offerte degli eventuali soggetti classificatisi *oltre* la quinta posizione.

Nel silenzio non impeditivo della legge, pare potersi ritenere che detti soggetti possano comunque avvalersi della (pur sempre vigente) disciplina generale di cui alla legge n. 241/1990 e, quindi, presentare un'istanza di accesso agli atti motivata<sup>10</sup>.

D'altronde, non sembra ammissibile ritenere che a tali concorrenti venga in radice preclusa la possibilità di accedere alla documentazione di gara. Opinando diversamente, infatti, attesa la stretta correlazione che lega l'accesso agli atti alla tutela giurisdizionale (il primo è, come noto, funzionale alla seconda<sup>11</sup>), saremmo al cospetto, a tacer d'altro, di una disciplina incompatibile con l'art. 113 Cost.

Tornando ai due innovativi regimi introdotti *ex novo* dall'art. 36, si deve sottolineare che la loro *ratio* pare rinvenirsi non solo nell'intento di rendere il più trasparente possibile le procedure di gara, ma anche (e direi soprattutto) in quello di superare la poco commendevole prassi diffusa tra le stazioni appaltanti di dilazionare il più possibile il momento dell'accesso al fine di disincentivare, sul nascere, la proposizione di ricorsi. Prassi alla quale è stato invero inferto un duro colpo dalla Plenaria n. 12/2020<sup>12</sup>, che, ancorando il termine di

---

<sup>10</sup> Tale ricostruzione trova un appiglio normativo nel comma 1 dell'art. 35 del d.lgs. n. 36/2023, il quale dispone che "le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme [anche] ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241".

A tale conclusione è giunto anche l'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa (cfr. *Relazione sulle ricadute del nuovo Codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 22).

<sup>11</sup> Com'è stato a più riprese chiarito dalla giurisprudenza delle Corti UE "la consultazione del fascicolo rientra (...) tra le garanzie procedurali miranti a tutelare i diritti della difesa e a garantire, in particolare, l'esercizio effettivo del diritto di contraddittorio" (Tribunale di primo grado, 18 dicembre 1992, Cimenteries CBR SA e altri c. Commissione, cause riunite da T-10/92 a T-12/92 e T-15/92).

<sup>12</sup> Con tale pronuncia, com'è noto, si fissa il principio di diritto per cui "la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta" (così Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Con riferimento a tale pronuncia cfr. M.A. SANDULLI, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclu-*

impugnazione dell'aggiudicazione all'ostensione dei documenti, ha notevolmente limitato le condotte dilatorie e strumentali delle stazioni appaltanti.

Ora, pur condividendo la filosofia che sta alla base della riforma (l'uso sapiente delle nuove tecnologie per rendere più trasparente e dinamico l'operato delle stazioni appaltanti<sup>13</sup>), mi pare in tutta franchezza che, come spesso accade alle nostre latitudini, si sia passati da un eccesso all'altro<sup>14</sup>.

Relativamente al primo regime (ossia all'accesso integrale da parte di tutti i concorrenti all'offerta dell'aggiudicatario)<sup>15</sup> mi pare che esso determini un'apertura eccessiva (e come tale sproporzionata)<sup>16</sup>, rispetto alla quale nutro le

---

*de i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020.

<sup>13</sup> Sono fermamente convinto, com'è stato a più riprese evidenziato in dottrina, che l'uso (e – si badi bene – non l'abuso) delle nuove tecnologie sia fondamentale per attuare quel diritto ad una buona amministrazione scolpito nell'art. 41 della Carta di Nizza. In tal senso cfr. D.-U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2022 e (prima ancora) D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo fra diritto UE e tecnologie TIC)*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, p. 85 ss.

<sup>14</sup> Di tale tendenza dà atto A. CARAPELLUCCI, *L'imbroglia della semplificazione*, Roma, 2016, pp. 57-58.

<sup>15</sup> Sotto tale profilo si legge nella relazione di accompagnamento alla bozza di Codice licenziata dal Consiglio di Stato che "l'offerta selezionata all'esito di una procedura di gara, una volta individuata dalla stazione appaltante, diventa di 'interesse pubblico' in quanto, rispetto alla collettività, è l'offerta che l'amministrazione si impegna a realizzare e a pagare con soldi pubblici con la possibilità di essere conosciuta da tutti i cittadini e, quindi, a maggior ragione, dai partecipanti alla procedura di gara che sono legittimati a conoscere gli atti della medesima e a sapere come l'amministrazione ha fatto la sua scelta, anche per tutelare i propri interessi in sede processuale" (così Consiglio di Stato, *III Relazione agli articoli e agli allegati*, in data 7 dicembre 2022, p. 53, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>16</sup> Valgono al riguardo, a mio modo di vedere, le stesse preoccupazioni avanzate in dottrina con riferimento alla disciplina dell'accesso civico, rispetto al quale si è osservato che bisogna diffidare dagli "eccessi consistenti nel considerare 'la massima trasparenza' come ottimale, senza preoccuparsi di applicare il principio di proporzionalità alle relative previsioni normative e di cercare un giusto equilibrio fra 'costi e benefici'" (D.-U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 1035).

In altri termini, non si deve obliterare che "il diritto di 'tutti a vedere tutto' implic(a) una sorta di voyerismo diffuso, che porta conseguenze negative sia sul piano culturale che sul piano pratico" (G. TROPEA, *Forme di tutela giurisdizionale dei diritti d'accesso: bulimia dei regimi, riduzione delle garanzie?*, in *Il Processo*, 2019, p. 71).

stesse identiche preoccupazioni che hanno indotto, come si legge nella relazione d'accompagnamento dello schema del codice, a limitare il campo di applicazione del secondo dei regimi in esame ai "soli" primi cinque classificati<sup>17</sup>.

Non può escludersi, infatti, che l'accesso integrale all'offerta dell'aggiudicatario da parte di tutti i concorrenti, e quindi anche da parte di quelli che non hanno manifestato l'intenzione di avvalersi della documentazione per fini difensivi, finisca per incentivare la partecipazione alle gare "a mero titolo esplorativo"<sup>18</sup> e, quindi, solo per acquisire, in vista di future gare, documentazione da cui trarre utili spunti o, nella peggiore (e forse più realistica) delle ipotesi, da copiare pedissequamente.

In tale ottica l'accesso agli atti di gara, da strumento propedeutico alla tutela in giudizio della posizione giuridica del concorrente, si trasforma in una sorta di, ossimorico, diritto di accesso generalizzato riservato ai soli concorrenti. Il quale, al contrario del vero accesso generalizzato, non è però controbilanciato da tutte le molteplici limitazioni che l'accesso *ex d.lgs. n. 33/2013* incontra<sup>19</sup>.

Anche il secondo regime presenta, a mio sommo avviso, taluni aspetti critici.

Mi sembra, anzitutto, che, consentendo ai primi cinque classificati l'accesso incrociato alle rispettive offerte, si corra il serio rischio di incentivare la proposizione di ricorsi che mai sarebbero stati proposti sulla base della (pre)vigente (e più rigorosa) disciplina.

Alla luce della normativa contenuta nel codice dei contratti pubblici del 2016, infatti, anche il più interventista e mordace degli avvocati tendeva a disincentivare il quinto e il quarto classificato dall'intraprendere alcuna iniziativa e, anzitutto, dal presentare istanza di accesso.

Del resto, presentare con successo un'istanza di accesso da quarto o da quinto classificato all'offerta dei concorrenti classificatisi nelle prime tre o quattro posizioni, pur non essendo materialmente impossibile, risultava, all'atto pratico, complicato, mi sia consentita una metafora, come scalare il Nanga Parbat in inverno e senza ossigeno supplementare.

Il che, inevitabilmente, ha avuto un effetto deflattivo del contenzioso. È assai difficile, infatti, imbattersi in pronunce scaturite da ricorsi presentati da concorrenti classificatisi oltre la terza posizione.

Ma il discorso ovviamente cambia se le offerte dei primi tre o quattro clas-

---

<sup>17</sup> Cfr. ancora Consiglio di Stato, *III Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 53.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Ci si riferisce alle già menzionate eccezioni all'accesso civico di cui all'art. 5-*bis* del d.lgs. n. 33/2013.

sificati vengono messe, su un “piatto d'argento”, a disposizione del quarto o del quinto. I quali, in tale evenienza, sono incentivati a studiare le offerte degli altri *competitor* e a presentare ricorsi che nel (pre)vigente contesto normativo verosimilmente mai avrebbero anche solo pensato di proporre.

Sotto tale ultimo profilo la nuova disciplina mi sembra, quindi, foriera di contenzioso e si pone in antitesi a tutte le riforme succedutesi negli ultimi anni che (talvolta – va detto – in modo abnorme) hanno, viceversa, tentato di disincentivare la proposizione di ricorsi<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Com'è stato osservato in dottrina, “da qualche anno (e soprattutto dal 2014), il legislatore ha cercato (...) strumenti artificiali di ‘deflazione’ del contenzioso amministrativo, particolarmente incisivi *in subiecta materia*, individuabili: – nell’inaccettabile incremento del contributo unificato da versare per le controversie di maggior impatto economico (...); – nell’obbligo di definire i ricorsi sull’affidamento dei contratti pubblici in tempi estremamente contratti e con sentenza redatta ordinariamente ‘in forma semplificata’ (difficilmente compatibile con l’oggettiva complessità della materia) e la preferenza generalmente riconosciuta a questo strumento (difficilmente conciliabile con il ruolo conformativo dell’attività amministrativa che il sistema costituzionale ha voluto conferire al giudice amministrativo e con il ricordato ruolo ‘regolatorio’ attribuitogli, sia pure impropriamente, dal legislatore); – nell’imposizione di limiti dimensionali agli scritti difensivi e di apposite regole di redazione di questi ultimi (limiti che, se si combinano con l’introduzione del processo telematico obbligatorio e i tempi necessariamente circoscritti della discussione orale, rendono vieppiù oggettivamente difficile la dimostrazione della fondatezza delle censure e delle eccezioni formulate); – nell’imposizione di ulteriori limiti al potere giurisdizionale di sospensione dei provvedimenti relativi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici: l’art. 120, comma 8-ter c.p.a., per un verso, assoggetta il potere cautelare alle medesime regole e ai medesimi limiti di incisione sul contratto previsti, dagli artt. 121 e 122, per la decisione di merito e, per l’altro, (non ritenendo evidentemente sufficiente il mero, tradizionale, bilanciamento dei diversi interessi, già in qualche modo sbilanciato a favore di quello pubblico dall’art. 119, commi 3 e 5) impone al Collegio di valutare l’istanza cautelare tenendo conto delle pretese ‘*esigenze imperative connesse ad un interesse generale all’esecuzione del contratto*’ (laddove l’unico interesse generale *in subiecta materia* è all’evidenza quello, sottolineato anche dalla direttiva 2007/66/CE, che le violazioni alle regole sostanziali non producano i loro effetti); – nell’imposizione di limiti ancora più incisivi al potere del giudice cautelare nei giudizi relativi alla progettazione e alla realizzazione delle c.d. ‘*infrastrutture strategiche*’ (che deve tenere conto, ‘*delle probabili conseguenze del provvedimento per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell’opera*’ (preminenza aprioristicamente stabilita dalla legge, dunque), e valutare l’[effettiva] ‘*irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente*’, da comparare in ogni caso ‘*con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure*’ e, in termini ancora più gravi, nella previsione della non incidenza delle pronunce di annullamento e/o di sospensione assunte in tali giudizi per vizi diversi da quelli (più gravi) individuati dall’art. 121 sui contratti eventualmente già stipulati (art. 125 c.p.a.)”. Così M.A. SANDULLI, *L’Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i “ricorsi al buio” in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, cit., pp. 8-9.



Compiendo un passo indietro occorre sottolineare che la nuova disciplina, nell'imporre in entrambi i regimi analizzati, un sostanziale automatismo nell'ostensione dei documenti pare persino porsi in contrasto con la pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha ritenuto che "l'articolo 18, paragrafo 1, e l'articolo 21, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 50, paragrafo 4, e l'articolo 55, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che essi *ostano* a una normativa nazionale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici la quale imponga che, con la sola eccezione dei segreti commerciali, le informazioni trasmesse dagli offerenti alle amministrazioni aggiudicatrici siano integralmente pubblicate o comunicate agli altri offerenti"<sup>21</sup>.

In particolare, la Corte di Giustizia è giunta ad affermare tale principio dopo aver posto in evidenza che "gli operatori economici (...) devono poter comunicare alle amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi informazione utile nell'ambito di una procedura (...) senza temere che esse rivelino a terzi elementi di informazione la cui divulgazione potrebbe recare pregiudizio a tali operatori"<sup>22</sup>, potendo essere utilizzati "per falsare la concorrenza sia in una procedura di aggiudicazione in corso, sia in procedure di aggiudicazione successive"<sup>23</sup>.

Da qui l'esigenza, che traspare in filigrana da detta giurisprudenza, che l'accesso venga, di volta in volta, disposto "a valle" di un bilanciamento tra il "principio della tutela delle informazioni riservate" e "le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale"<sup>24</sup>. Bilanciamento che la nuova disciplina premette del tutto imponendo sempre e comunque l'ostensione anche in favore di soggetti che non hanno manifestato, tramite un'istanza, la volontà di contestare gli esiti della gara.

Vi sono due ulteriori aspetti della disciplina in esame che mi lasciano perplesso.

L'accesso automatico alle offerte impone, infatti, alle stazioni appaltanti un *facere* (*id est* la valutazione delle richieste di oscuramento di alcune informazioni formulate dai concorrenti in sede di gara<sup>25</sup>) di cui l'amministrazione è

---

<sup>21</sup> Così Corte Giust., Sez. IV, 17 novembre 2022, in causa C-54/21, ECLI:EU:C:2022:888, § 68, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>22</sup> *Ibidem*, § 49.

<sup>23</sup> *Ibidem*, § 49.

<sup>24</sup> *Ibidem*, § 50.

<sup>25</sup> Sul punto si legge nella già citata Relazione di accompagnamento alla bozza di Codice elaborata dal Consiglio di Stato che "La stazione appaltante già nella fase procedimentale della valutazione delle offerte ha (...) modo di considerare la sussistenza e la rilevanza delle ragioni di segretezza dichiarate dai partecipanti per la presenza di segreti tecnici o commerciali; proprio per ottimizzare i

allo stato tenuta a farsi carico solo in modo occasionale e, più precisamente, solo se vi sono istanze di accesso.

In tutta franchezza non mi pare, dunque, che si possa, all'atto pratico, ritenere che detta disciplina, come si legge nella relazione d'accompagnamento allo schema di codice, "ottimizz(i) i tempi"<sup>26</sup>. Essa, infatti, comporta sempre e comunque un aggravio per l'amministrazione che attualmente è solo eventuale.

Si consideri poi che, in assenza di un'istanza, è assai complicato operare quella valutazione di stretta indispensabilità dell'accesso difensivo che consente, come noto, di "vincere" le esigenze di riservatezza<sup>27</sup>.

La giurisprudenza, infatti, è costante nel ritenere che "al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare [nell'istanza] non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio"<sup>28</sup>.

Ne deriva che, venuta meno l'istanza e con essa l'esplicitazione dei motivi per cui l'istante chiede di accedere ai documenti, si corre il serio rischio che le stazioni appaltanti, che sono tenute a scegliere in fretta onde evitare di aggravare il rallentamento di cui si è detto prima, siano indotta a valutare come riservate tutte le informazioni che il concorrente dichiara essere tali nella propria offerta.

Si tratterebbe, però, di impostazione non solo inconciliabile con la già richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia (che ha ritenuto non conforme al diritto UE "la prassi delle amministrazioni aggiudicatrici consistente nell'accogliere sistematicamente le richieste di trattamento riservato motivate da segreti commerciali"<sup>29</sup>), ma che determinerebbe altresì (e ciò sarebbe para-

---

tempi, quindi, già in quella fase si valuterà se l'offerta, nel caso in cui dovesse risultare selezionata, potrà essere estesa a tutti i partecipanti, nella sua interezza oppure andranno mantenute coperte, perché ritenute segrete, le parti indicate" (Consiglio di Stato, *III Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 53).

<sup>26</sup> Cfr. ancora Consiglio di Stato, *III Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 53.

<sup>27</sup> Com'è stato rammentato in dottrina "Il diritto all'accesso agli atti, esercitato per fini difensionali, prevale (...) rispetto alle eventuali esigenze di riservatezza delle informazioni di rilievo industriale o commerciale delle imprese opposte dai controinteressati" (così F. MANGANO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 750).

<sup>28</sup> Così Cons. Stato, Sez. III, 13 luglio 2021, n. 5290, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>29</sup> Così Corte Giust., Sez. IV, 17 novembre 2022, in causa C-54/21, ECLI:EU:C:2022:888, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

dossale considerati gli intendimenti del legislatore) un arretramento rispetto allo stato dell'arte.

Vi è, infine (ma non per ultimo), un'ulteriore novità di carattere sostanziale su cui pare opportuno soffermarsi.

L'art. 36 introduce *ex novo*, al comma 6, una sanzione amministrativa pecuniaria volta a punire chi abusa delle istanze di oscuramento. Detta norma, infatti, prevede, che “qualora vi siano reiterati rigetti di istanza di oscuramento” l'operatore economico è passibile di essere sanzionato dall'ANAC. La quale agisce a seguito di apposite segnalazioni delle inviategli dalle stazioni appaltanti.

Ebbene, al di là della singolarità nell'“epoca della *privacy*”<sup>30</sup> di una sanzione volta a punire l'eccesso di riservatezza, si deve osservare che la norma in questione non chiarisce cosa debba intendersi per “reiterati rigetti”, apparendo, sotto tale profilo, indeterminata. Il che, considerata la natura punitiva della sanzione in questione, ne rende dubbia la legittimità costituzionale<sup>31</sup>.

Si consideri, poi, che non pare felice la formulazione della norma *de qua* nella parte in cui descrive la segnalazione delle stazioni appaltanti all'ANAC (prima) e l'irrogazione della sanzione da parte dell'ANAC (poi) in termini di possibilità e non di doverosità. La norma, infatti, prevede che la “stazione appaltante può” inoltrare la segnalazione all'ANAC e che quest'ultima “può” irrogare la sanzione in caso di reiterate violazioni, prevedendo, così, almeno sulla carta, un margine di discrezionalità per le stazioni appaltanti e per l'ANAC che mal si concilia con la natura punitiva e deterrente insita in ogni sanzione.

---

<sup>30</sup> Per un'attenta disamina del rapporto che lega (e deve legare) il diritto di accesso agli atti e quello alla riservatezza si rinvia ad A. SIMONATI, *Il trattamento di dati personali e gli accessi amministrativi “generali”: le dinamiche frontiere della discrezionalità*, cit.

<sup>31</sup> Del resto, “è noto che la fattispecie normativa dell'illecito penale (e così di quello amministrativo, se è ad esso equiparabile) deve presentare i caratteri della determinatezza, della accessibilità e della prevedibilità” (così G. GRECO, *Discrezionalità tecnica, margini di opinabilità delle valutazioni e sanzioni amministrative*, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it), 2022, p. 2. Sul punto si veda M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e prevedibilità*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2007).

### 3. *Le novità di natura processuale.*

Come si è anticipato, l'art. 36 contiene anche previsioni di natura processuale<sup>32</sup>. Le quali, segnatamente, sono allocate nel comma 4, nel comma 5 e nel comma 7 di tale previsione.

Il comma 4 stabilisce, anzitutto, che le decisioni assunte dalle stazioni appaltanti in merito all'accoglimento o meno delle istanze di oscuramento di talune informazioni formulate in sede di offerta dai concorrenti e rese pubbliche all'atto della comunicazione dell'aggiudicazione, sono impugnabili tramite ricorso *ex art.* 116 c.p.a.

Sin qui, *nihil sub sole novi*. A essere innovativo non è, infatti, l'assoggettamento di tali impugnazioni al rito camerale di cui al citato art. 116 c.p.a., sibbene il termine entro il quale tale ricorso deve essere presentato, quello entro il quale le parti intime possono costituirsi in giudizio e, infine, quello entro cui deve celebrarsi la relativa camera di consiglio.

La norma in questione dispone anzitutto che il ricorso *de quo* debba essere notificato e depositato entro dieci giorni e che, entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica, le parti intime possono costituirsi in giudizio. Essa prevede altresì che il ricorso deve essere deciso in camera di consiglio da fissarsi nei termini pari alla metà di quelli previsti dall'art. 55 c.p.a. e, quindi, entro dieci giorni dalla notifica del ricorso.

Ne deriva, dunque, che il legislatore ha introdotto un rito super iper accelerato che, a prima lettura, pare presentare diversi aspetti problematici.

In primo luogo, occorre osservare che nella legge delega da cui è scaturito il nuovo codice non pare francamente rinvenirsi alcun criterio direttivo che consentisse al legislatore delegato di introdurre previsioni di natura processuale, che dunque potrebbero essere considerate tali da integrare un eccesso di delega.

Lasciando da parte tale, pur non secondario, aspetto, e venendo al contenuto di detta novella, mi sembra in primo luogo poco condivisibile la scelta in sé di introdurre un termine per contestare le decisioni in materia di accesso così tanto ridotto. Il termine di appena dieci giorni, pur essendo conforme a quanto previsto dalla direttiva 66/2007<sup>33</sup>, appare con tutta evidenza eccessi-

---

<sup>32</sup> Con riferimento a tali previsioni cfr. così M.A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutela giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2023, p. 26 ss.

<sup>33</sup> L'art. 2-*quater* della direttiva 66/2007 dispone, com'è noto, che "qualsiasi ricorso avverso una decisione presa da un'amministrazione aggiudicatrice nel quadro di o in relazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto disciplinata dalla direttiva 2004/18/CE debba

vamente ridotto e, come tale, di dubbia compatibilità col principio di effettività della tutela.

Al riguardo si consideri poi che, per una sorta di eterogenesi dei fini, un termine così stringente rischia di aumentare il contenzioso e non di diminuirlo. Il poco tempo a disposizione per meditare sulla opportunità o meno di proporre ricorso inevitabilmente induce a presentare impugnative che, *re melius perpensa*, non sarebbero state proposte. Del resto la fretta è, com'è noto, una cattiva consigliera.

Ma v'è di più. Per com'è attualmente formulata, la disciplina in questione non consente il contraddittorio scritto. A fronte di una camera di consiglio da fissarsi in dieci giorni dalla notifica del ricorso non è, infatti, materialmente possibile calcolare a ritroso i termini dimezzati di cui all'art. 73 c.p.a. per il deposito della prima memoria e di quella di replica.

Risulta inoltre singolare l'individuazione dello stesso termine (dieci giorni dalla notifica) sia per la costituzione in giudizio delle parti intimare, sia la fissazione della camera di consiglio. L'individuazione di tale unico termine astrattamente potrebbe in determinati casi comportare che le difese delle parti intimare vengano depositate "in termini" lo stesso giorno in cui si celebra la camera di consiglio. Il che inevitabilmente potrebbe incidere, conculcandola, sulla possibilità del ricorrente di replicare, quanto meno oralmente, a dette difese.

Per completare il quadro evidenzio, infine, che in base al già citato comma 7 dell'art. 36 la sentenza deve essere depositata entro cinque giorni dall'udienza e che essa può consistere anche "in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie"<sup>34</sup>.

---

essere presentato prima dello scadere di un determinato termine, quest'ultimo è di *almeno dieci giorni civili*".

Con riferimento alla direttiva 66/2007 cfr. G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010 e G. GRECO (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa. Atti del convegno 20 maggio 2011, Università degli Studi di Milano*, Milano, 2012.

<sup>34</sup> Pur non essendo ancora entrata in vigore tale norma è già stata richiamata in giurisprudenza. Ci si riferisce alla sentenza del Cons. Stato, Sez. IV, 2 maggio 2023, n. 442, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nella quale si legge che "che nel codice del processo amministrativo non solo non si rinviene un divieto di riportare il contenuto di scritti di parte ma è espressamente affermato il principio opposto, suscettibile di applicazione in tutti i casi in cui prevalgono esigenze di peculiare speditezza del giudizio (...) Tale modalità redazionale della sentenza è stata di recente confermata dal nuovo codice dei contratti pubblici, a conferma di un *trend* legislativo orientato ad assicurare la massima celerità del giudizio, attraverso il ricorso a

Tale forma di motivazione *per relationem* non costituisce, com'è risaputo, un'assoluta novità. Essa, infatti, è già prevista dall'art. 129 c.p.a. in materia di ricorsi elettorali<sup>35</sup>.

Sotto tale aspetto mi sembra opportuno evidenziare che il giudice, in applicazione di tale norma, non può certo limitarsi a operare un mero richiamo agli atti di parte che ritiene dirimenti senza riproporne pedissequamente il contenuto nella sentenza.

Tale *modus operandi*, infatti, pur consentendo alle parti in causa di comprendere le ragioni della decisione, lo precluderebbe in radice a tutti coloro che, non essendo parte in causa, non hanno accesso agli scritti difensivi. Ciò non può certamente ammettersi.

La motivazione della sentenza, del resto, è “strumento di legittimazione e di razionalizzazione” del potere giurisdizionale<sup>36</sup> e, come tale, costituisce un adem-

---

strumenti di semplificazione. (...) Da quanto precede può dunque desumersi il tendenziale consolidarsi di un principio di portata generale secondo cui nel bilanciamento tra esigenze di garanzia e quelle del buon andamento del processo, inteso come forma necessaria del giudizio e quindi dell'accertamento giudiziale, le esigenze di celerità e quelle proprie dell'amministrazione c.d. di risultato, giustificano l'ammissibilità di tecniche motivazionali finalizzate a semplificare la fase di stesura della motivazione – spesso connotata da particolare complessità e quindi suscettibile di dilatare in modo significativo i tempi di deposito della sentenza e quindi di definizione del processo, in tal modo vanificando la stessa utilità della decisione – anche mediante il solo il rinvio alle argomentazioni delle parti che il giudice, condividendole, ritenga di far proprie, assumendole al fine di dare evidenza all'*iter* logico giuridico che ha condotto alla decisione”. In tale pronuncia si evidenzia altresì che “l'unico limite a tale possibilità è rappresentato dalla necessità che la motivazione, in tal modo predisposta mediante l'ausilio diretto del contributo ricostruttivo ed interpretativo delle parti, non sia una motivazione apparente ma realmente idonea a dar conto delle ragioni giuridiche della decisione; siffatte ragioni, sebbene formalmente elaborate dalle parti nella dinamica del contraddittorio, ben possono essere fatte proprie dal giudice e così assunte a volontà oggettiva dell'ordinamento nel procedimento di sussunzione dei fatti nello schema astratto delle fattispecie normativamente predeterminate e di qualificazione giuridica che ne consegue. Non si tratta di acritica ricezione di argomentazioni altrui ma di una mera semplificazione del processo di giustificazione formale della decisione giudiziale assunta, che presuppone, in ogni caso, un attento vaglio critico ed una accurata selezione degli argomenti giuridici da comporre in un discorso argomentativo chiaro, esaustivo, rispetto a tutte le questioni poste e trattate dalle parti e, soprattutto, logico, nella connessione dei fatti accertati e delle ragioni giuridiche adottate”.

<sup>35</sup> L'art. 129 c.p.a. dispone, infatti, al comma 6 che “il giudizio è deciso all'esito dell'udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi nello stesso giorno. La relativa motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie”.

<sup>36</sup> Così M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 834.

pimento costituzionalmente imposto finalizzato a rendere intellegibile per *tutti* (e quindi non solo per le parti in causa) il modo in cui si è esercitato il potere giurisdizionale che, lo si ricorda, è esercitato nel nome del popolo italiano.

Sempre con riferimento all'art. 36, occorre infine evidenziare che esso prevede molto opportunamente al comma 5 che, là dove vengano rigettate le richieste di oscuramento, l'amministrazione non può consentire l'accesso prima che sia decorso il termine di dieci giorni per l'impugnazione della relativa decisione da parte del soggetto che ha visto la sua richiesta rigettata.

Siffatta, sin qui inedita, ipotesi di *stand still* mi pare da accogliere con favore perché evita quanto, viceversa, avviene oggi giorno nella prassi, in cui le stazioni appaltanti, consentendo l'accesso contestualmente alla decisione sull'istanza di accesso, precludono al soggetto che a detta istanza si era opposto di agire in giudizio per ottenere un pronunciamento, anche solo cautelare, prima che sia troppo tardi e, quindi, prima che la documentazione venga trasmessa al richiedente.

#### 4. Conclusioni.

Alla luce di quanto detto, pur apprezzando gli intendimenti che hanno indotto il legislatore a riformare la disciplina sull'accesso agli atti e pur ritenendo talune delle novità introdotte degne di apprezzamento, ritengo sommessamente che, sia da un punto di vista sostanziale, sia da un punto di vista processuale, la nuova disciplina presenti molteplici aspetti critici che meriterebbero di essere quanto prima corretti.

# LA BUONA FEDE “DIGITALE” NEI CONTRATTI PUBBLICI

*Gabriella M. Racca*

SOMMARIO: 1. L’evoluzione digitale della buona fede nei contratti pubblici. – 2. La fiducia digitale e gli obiettivi di concentrazione e di effettività della tutela. – 3. La prospettiva funzionale della responsabilità e la necessaria gestione del rischio nel *procurement* pubblico.

## 1. *L’evoluzione digitale della buona fede nei contratti pubblici.*

L’esperienza pandemica ha evidenziato la necessità di una buona amministrazione digitale che assicuri sostenibilità ambientale e sociale per affrontare le prossime crisi. In quel momento, nel 2020, si è scelto di positivizzare i principi di collaborazione e buona fede all’interno della legge generale sul procedimento amministrativo<sup>1</sup>. Da tempo molti non dubitavano dell’applicabilità ai rapporti con le pubbliche amministrazioni; tuttavia, questa positivizzazione potrebbe contribuire al superamento di alcune interpretazioni ancora incerte<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 1, comma 2-*bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall’art. 12, comma 1, lett. 0a), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con legge n. 120/2020. Lo scritto è destinato, in una versione più estesa, al Volume che raccoglie gli atti del Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici” svoltosi nell’Università degli Studi di Torino il 21 e 22 marzo 2024, con la presentazione della ristampa anastatica di: E. CASETTA, *L’illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953.

<sup>2</sup> Come noto, già G. GRECO, *I contratti dell’Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, spec. p. 121, chiariva il necessario assoggettamento dell’amministrazione appaltante agli obblighi di correttezza derivanti dall’art. 1337 c.c. e ciò “sin dal bando di gara”. Seguendo il Maestro, componente del Collegio di Dottorato di Milano, si era successivamente sostenuta la necessità di un comportamento corretto e non contraddittorio non solo dopo l’aggiudicazione, su cui sia consentito il rinvio a G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, confermata di recente dalla recente giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, e ripreso dalle Ad. plen. nn. 19, 20 e 21/2021. Così, anche di recente: G. GRECO, *La buona*



La buona fede nel rapporto giuridico amministrativo nel settore dei contratti pubblici riguarda i rapporti con operatori economici – che sono organizzazioni complesse e non singoli individui (cittadini)<sup>3</sup> – e viene ribadita anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici<sup>4</sup>. Si riconosce espressamente l'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, seppur sempre funzionalizzata al perseguimento dei fini istituzionali e dei connessi risultati<sup>5</sup>. Fini istituzionali che orientano la capacità di diritto privato dello Stato e degli enti pubblici e che richiedono la “collaborazione e buona fede” reciproca fra le parti, con la possibilità di contestare anche la scorrettezza del privato, operatore economico<sup>6</sup>.

La funzionalizzazione dell'attività amministrativa, integrata dalla formalizzazione delle trattative, come previsto nei bandi di gara, implica un aggravamento degli obblighi di lealtà e correttezza<sup>7</sup>, che si integrano con gli autolimiti posti nei documenti di gara<sup>8</sup>. Le attività precontrattuali, volte all'affidamen-

---

*fede nell'esercizio del potere amministrativo*, relazione nel Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit.

<sup>3</sup> Come già evidenziato da: A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, n. 1/1998, pp. 18-19. Cfr. F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2000, p. 13 ss.

<sup>4</sup> Art. 5, comma 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici*. Sul tema: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022, pubblicato ad esito del Convegno “Contratti pubblici e innovazioni”, Roma, 6 aprile 2022, le cui riflessioni sono confluite nel successivo Convegno “Contratti Pubblici e Innovazioni nel nuovo Codice”, organizzato dal Consiglio di Stato con l'Università di Torino il 4 ottobre 2023, *Ius Publicum Network Review e Public Contracts in Legal Globalization Network* e nel successivo volume: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA, *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024.

<sup>5</sup> G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, n. 3-4/1999, p. 381 ss., spec. p. 392, notava che “parlare ancora di provvedimenti amministrativi, con riferimento ai vari atti in cui si articola l'evidenza pubblica, appare erroneo sotto vari profili”, sia perché si esclude che vi sia esercizio di potestà amministrativa, sia perché, dal punto di vista del regime tale inquadramento ciò precluderebbe “ogni ipotesi di responsabilità precontrattuale: in contrasto, a tacer d'altro, con la specifica previsione comunitaria in proposito”.

<sup>6</sup> Così: D. SORACE, *Conclusioni nella Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni*, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

<sup>7</sup> P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, vol. III, Milano, 2021, spec. p. 284.

<sup>8</sup> S. TORRICELLI, *Buona Fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, p. 29 ss.;

to diretto, ovvero alla selezione del miglior contraente, comportano pertanto l'esercizio della funzione appalti che risulta comunque sempre funzionalizzata e connessa anche solo “mediatamente all'esercizio di potere pubblico”<sup>9</sup>, con possibile superamento delle residue questioni di giurisdizione relative alla fase di scelta del contraente.

I principi di “collaborazione e buona fede”, posti a protezione di tutti i rapporti giuridici amministrativi nel perseguimento della buona amministrazione, vanno oggi attuati ordinariamente mediante strumenti digitali<sup>10</sup>. Come noto, nel tempo l'ambito delle responsabilità degli enti pubblici ha conosciuto un progressivo ampliamento e si è configurato attraverso varie forme, secondo principi giuridici che la rilevazione digitale permetterà di perfezionare<sup>11</sup>. Tale quadro è spesso oscurato da questioni di giurisdizione anche in relazione al recepimento, talora appesantito dal *goldplating*, pur vietato anche dalla recente legge delega. Tuttavia, la necessità di garantire un costante equilibrio di bilancio richiede ulteriori cautele nella prospettazione delle violazioni risarcibili, per evitare un eccessivo ampliamento delle stesse<sup>12</sup>.

In questo contesto, ricostruire una pluralità di significati tra gli elementi

---

M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, p. 59 ss.; G.M. RACCA, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, 201 ss., in *P.A.*, n. 2/2022.

<sup>9</sup> Art. 7, comma 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*. Cfr. G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, p. 601 ss., spec. p. 614.

<sup>10</sup> Si veda, per tutti: R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020. Più di recente: D.-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, *Evolving AI-based Automation. The Continuing Relevance of Good Administration*, in *European Law Review*, n. 6/2023, p. 617 ss.; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2018, p. 121 ss.; nella prospettiva digitale: G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, n. 3/2019, pp. 593 ss.

<sup>11</sup> Per l'evoluzione giurisprudenziale in materia: D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. amm.*, n. 2/2009, p. 379 ss.

<sup>12</sup> Corte Giust. UE, causa C-547/22, *Ingsteel spol. s.r.o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, sentenza della Corte (Sezione V) del 6 giugno 2024, per il risarcimento del danno da perdita di opportunità subito dall'impresa esclusa dalla gara pubblica, che recepisce le Conclusioni dell'Avvocato Generale del 7 dicembre 2023. Si veda, per tutti: M.P. CHITI, *“La responsabilità civile della pubblica amministrazione nella intersezione del diritto nazionale e del diritto europeo”*, relazione nel Convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit.

comportamentali dell'azione amministrativa, se da un lato appare “opera necessaria”<sup>13</sup>, dall'altro oggi può essere perseguita dall'intelligenza artificiale, che consente di rilevare e delineare un nuovo catalogo di “figure sintomatiche” della scorrettezza in ragione delle più frequenti fattispecie riscontrate<sup>14</sup>. Evoluzione che si fonda su una nuova funzione conoscitiva pubblica digitale<sup>15</sup> che consente di far emergere i profili più rilevanti sia sull'*an* (la condotta scorretta) ma anche sul *quantum* risarcibile secondo proporzionalità e adeguatezza<sup>16</sup>.

Nel risarcimento in materia di appalti pubblici, la quantificazione del dieci per cento del valore dell'appalto – con potenziale equivalenza della quantificazione dell'interesse negativo a quello positivo<sup>17</sup> – ha nel tempo incentivato prassi distorsive con domande di risarcimento senza la contestuale richiesta di annullamento dell'aggiudicazione<sup>18</sup>. Tale orientamento è stato superato in Ita-

<sup>13</sup> A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, n. 2/2004, p. 209 ss.

<sup>14</sup> G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., p. 601 ss.

<sup>15</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967. Da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *Principi e autonomia nella disciplina dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA, *contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024, p. 41 ss.; ID., *Ratio decidendi e intelligenza artificiale*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, Torino, 2024, p. 297 ss.

<sup>16</sup> I dati mostrano che, nonostante oltre centomila richieste di risarcimento per provvedimenti illegittimi negli ultimi venti anni, solo ottocento sono state accolte, evidenziando l'irrisorietà dei risarcimenti. Un'analisi digitale e tramite intelligenza artificiale potrebbe dunque dimostrare come il risarcimento dei danni sia uno strumento di tipo residuale, spesso impiegato impropriamente dai privati. Così: S. SANTORO, relazione nel Convegno “A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno”, 16 dicembre 2019, Cons. Stato, Roma, 16 dicembre 2019. Cfr. G. TULUMELLO, *I principi della buona fede e della fiducia nella fase dell'affidamento e in quella dell'esecuzione del contratto*, relazione nel Convegno “Il codice dei contratti pubblici ad un anno dalla riforma”, Cons. Stato, Roma, 4 marzo 2024. Cfr. G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, Bologna, 2022.

<sup>17</sup> P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 275 ss. Per una prospettiva critica sulla caducazione del contratto rispetto al rimedio per equivalente, per i costi che si producono sia per le imprese che per l'amministrazione: G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2008, p. 1029 ss.

<sup>18</sup> G.M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, nota a Cass., Sez. I, sentenza 12 maggio 2015, n. 9636, in *Giur. it.*, n. 8-9/2015, p. 1963 ss. Sul punto: G. GRECO, *La buona fede nell'esercizio del potere amministrati-*

lia dal nuovo codice del processo amministrativo e dalla giurisprudenza, ammettendosi una valutazione equitativa solo in presenza di impossibilità o di estrema difficoltà di una precisa prova del *quantum* del danno<sup>19</sup>.

Nondimeno, si rileva la persistente tendenza del giudice nazionale a condannare l'amministrazione a risarcire ampiamente i privati, a differenza delle Corti francesi, inglesi e statunitensi, ove in particolare non è riconosciuto alcun danno precontrattuale. La giurisprudenza europea ci ricorda che la nozione di danno (e il relativo risarcimento) in materia di appalti pubblici va ricondotta all'"autonomia procedurale degli Stati membri"<sup>20</sup> senza che si possa riconoscerla come nozione autonoma e uniforme del diritto dell'Unione<sup>21</sup>.

La correttezza richiesta nel procedimento di scelta del contraente non è qualificabile come generico dovere di condotta, ma appare qualificata ed esprime un preciso obbligo di collaborazione e fiducia (digitale) tra le parti coinvolte nelle trattative "parallele" o "multiple"<sup>22</sup> volte all'aggiudicazione del con-

---

vo, relazione nel Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit. Cfr. P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/2002, p. 638 ss.

<sup>19</sup> Criterio indicativo proposto come orientativo nel 1998 per responsabilizzare le amministrazioni (G.M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Atti del 43° Convegno di studi amministrativi, "Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi"*, Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1997, Milano, 1998, e in *Dir. amm.*, n. 1/1998, pp. 156 ss., spec. p. 161), poi accolto in giurisprudenza, con successiva estensione della tutela risarcitoria, fino alla progressiva limitazione della quantificazione su cui si v. da ult. l'Ad. plen. n. 2/2017 del Consiglio di Stato che ha escluso la possibilità di ottenere l'equivalente del 10% della base d'asta per il risarcimento da perdita di *chance*.

<sup>20</sup> Corte Giust. UE, causa C-547/22, *Ingsteel spol. s.r.o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, cit. Cfr. Corte Giust. UE, causa C-314/09, sentenza 30 settembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG*, p.to. 34. Si veda, di recente: M.P. CHITI, *"La responsabilità civile della pubblica amministrazione nella intersezione del diritto nazionale e del diritto europeo"*, relazione nel Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit.; S.V. TREUMER, *Basis and conditions for a damages claim for breach of the EU public procurement rules*, in D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart, Oxford, 2011, p. 150 ss.; H. SCHEBESTA, *Damages in EU Public Procurement Law*, Heidelberg, 2016, p. 52 ss.

<sup>21</sup> I diversi orientamenti nazionali sui danni risarcibili appaiono "espressione di scelte interpretative e applicative, piuttosto che di una eterogeneità strutturale dell'istituto". Così: G. GRECO, *Conclusioni del Convegno*, in G. GRECO (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa. Atti del Convegno 20 maggio 2011*, Università degli Studi di Milano, Milano, 2012, p. 231 ss.

<sup>22</sup> Cons. Stato, Ad. plen., sentenza 4 maggio 2018, n. 5, come ripreso dalle Ad. plen. nn. 19, 20 e 21/2021, che accolgono le prospettazioni proposte: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., p. 41 ss.

tratto<sup>23</sup>. Pare da rilevare che anche in altri settori dell'economia si delineano degli obblighi di cooperazione delle imprese verso l'amministrazione, come ad esempio nella *cooperative compliance*<sup>24</sup>, che per il privato costituiscono espressione del generale dovere di fedeltà alla Repubblica, mentre, come noto, al funzionario pubblico è richiesta oltre alla fedeltà, anche la disciplina e l'onore (art. 54 Cost.)<sup>25</sup>.

Nelle relazioni tra organizzazioni complesse<sup>26</sup> l'asimmetria risulta spesso rovesciata a favore del privato, imponendo di riconsiderare l'affidamento e la reciproca buona fede, con le connesse conseguenze in termini di responsabilità, di tutela risarcitoria e dei connessi profili assicurativi<sup>27</sup>.

Ora, anche la giurisprudenza pare riconoscere un rapporto amministrativo strutturato disciplinato dalla legge, anche se asimmetrico (e non sempre a favore della parte pubblica) che richiede correttezza e collaborazione reciproca, anche più intensa per la parte pubblica (correttezza rafforzata), ma imprescindibile per entrambe<sup>28</sup>, da sviluppare sulla base di un rapporto di "fiducia digitale" tracciabile mediante l'uso di piattaforme e l'analisi dati che dia evidenza della effettiva buona amministrazione<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> Si veda: G. GRECO, *La buona fede nell'esercizio del potere amministrativo*, relazione nel Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit., che richiama le previsioni sull'obbligo di buona fede e correttezza nella legge generale sul procedimento amministrativo e più di recente nel nuovo codice dei contratti pubblici. Principio collegato, nel Codice, a quello della fiducia tra amministrazione appaltante e operatori economici. Si può rinviare a: G.M. RACCA, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. fed.*, n. 2/2023, p. 357 ss.

<sup>24</sup> D.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, *Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23. Cfr. A.F. URICCHIO, *L'accertamento tributario*, Torino, 2014; L. STRIANESE, *La tax compliance nell'attività conoscitiva dell'Amministrazione finanziaria*, Roma, 2014 e più di recente: A. TROPEA, *I profili giuridici dell'adempimento collaborativo*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 3-4/2017, p. 789 ss.

<sup>25</sup> F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009.

<sup>26</sup> Per un'analisi sulle relazioni organizzative, anche con riguardo alla cooperazione tra amministrazioni acquisite, si veda: F. D'ANGELO, *Pluralismo degli enti pubblici e collaborazione procedimentale: per una rilettura delle relazioni organizzative nell'amministrazione complessa*, Torino, 2022.

<sup>27</sup> Così anche: R. CAVALLO PERIN, Introduzione al Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit.

<sup>28</sup> Su cui: Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017 n. 2; cfr. art. 41, comma 2, d.lgs. n. 104/2010.

<sup>29</sup> G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., p. 601 ss.

## 2. *La fiducia digitale e gli obiettivi di concentrazione e di effettività della tutela.*

La prospettiva dell'attività conoscitiva digitale consente, come detto, la ricomparazione e comparazione di ciò che ha da essere corretto nei rapporti con l'amministrazione pubblica nelle diverse aree di azione per rispondere agli obiettivi di innovazione e buona amministrazione nel quadro europeo<sup>30</sup>.

Ambito che, nel corso del tempo, si è arricchito di norme sostanziali, costituendo un corpus normativo ampio e dettagliato<sup>31</sup>, anche nella prospettiva della Corte di Giustizia sulla effettività della tutela e la responsabilità, pur riconoscendo, come ricordato, "autonomia procedurale degli Stati membri", purché ciò non escluda l'effettività della tutela.

La rilevata mancata integrazione dei mercati dei contratti pubblici rivela, tuttavia, le peculiarità italiane dei recepimenti delle direttive, e le scelte di *goldplating* ancora da superare richiedono il superamento della informatizzazione e la effettiva digitalizzazione a favore degli operatori del mercato, non tanto per assicurare concorrenza, ma per il risultato di buona amministrazione digitale<sup>32</sup>.

Sul fronte del diritto interno, i recenti sviluppi nel diritto amministrativo hanno modificato il rapporto tra amministrazione e i privati, richiedendo un'evoluzione del contratto pubblico: da modello di parti contrapposte, con i normali comportamenti opportunistici, verso modelli di accordo collaborativo, fondato sulla modellazione digitale<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> R. CAVALLO PERIN, Introduzione al Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit. Si veda anche: ID., *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2021, p. 73 ss., cfr. Commissione UE, *Una nuova agenda europea per l'innovazione*, Strasburgo, 5 luglio 2022; Commissione UE, *Rafforzamento dello spazio amministrativo europeo (ComPAct)*, Bruxelles, 25 ottobre 2023 ove si identificano gli appalti pubblici come settore ad alto grado di innovazione. Si veda per tutti: M.P. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6/2001, p. 979 ss.

<sup>31</sup> Corte Giust. UE, causa C-547/22, *Ingsteel spol. s.r.o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, cit. Sul punto anche: M.P. CHITI, "La responsabilità civile della pubblica amministrazione nella intersezione del diritto nazionale e del diritto europeo", relazione nel Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit.; più in generale, sempre: ID., *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/2009, p. 505 ss.

<sup>32</sup> Corte dei conti UE, *Appalti pubblici nell'UE. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021, relazione speciale n. 28/2023*, 25 ottobre 2023 e le Risposte della Commissione, 28 novembre 2023, nonché le Conclusioni del Consiglio del 24 maggio 2024.

<sup>33</sup> G.M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. fed.*, n. 3/2019, p. 739 ss.; EAD., *I contratti pubblici collaborativi e le pro-*

La prospettiva di un'alleanza digitale consente di sanzionare con il risarcimento del danno precontrattuale l'operatore economico che abbia concorso all'esito della gara illegittimo, ma anche che non accetti le nuove "regole del gioco digitale"<sup>34</sup>. Questo potrebbe verificarsi, ad esempio, nel caso in cui l'operatore presenti offerte anomale e l'occultamento dei costi obbligatori, che saranno oramai tracciabili con l'intelligenza artificiale, definendo nuove casistiche di figure sintomatiche dello sviamento e della scorrettezza, in ragione dei più frequenti tipi di trattativa<sup>35</sup>.

L'attività amministrativa non è mai libera ma deve sempre perseguire l'interesse pubblico, sicché si chiarisce che il potere pubblico è sempre funzionalizzato e trova nella vicenda contrattuale specifica rappresentazione<sup>36</sup>, come chiarito dalla Corte costituzionale<sup>37</sup>. La legittimazione straordinaria di ANAC<sup>38</sup> e dell'AGCM<sup>39</sup> evidenziano la necessità di assicurare che anche in attività di mercato la parte pubblica persegua sempre gli obiettivi di interesse della collettività, anche quando questi si pongano non in linea e persino in contrasto con quelli degli operatori economici<sup>40</sup>.

---

*spettive innovative della modellazione digitale (il Building Information Modeling)*, in G.F. FERRARI (dir.), *La prossima città*, Milano, 2020, p. 581 ss.; G.M. DI GIUDA, G.M. RACCA, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (BIM) in public procurement*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., p. 223 ss.

<sup>34</sup> Art. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023; art. 124, d.lgs. n. 104/2010. Sul concorso di colpa del creditore: P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998, spec. p. 272.

<sup>35</sup> Come già prospettato in: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., p. 251. Cfr. D.-U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 4/2020, p. 501 ss.

<sup>36</sup> Sul tema di recente: E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022. Cfr. M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

<sup>37</sup> Corte cost. 23 novembre 2017, n. 401, spec. p.to 6.8.

<sup>38</sup> Art. 220, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, cit. Tale strumento (prima disciplinato dall'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016) è stato utilizzato da ANAC per la prima volta nel contenzioso sul caso Asmel. Sul tema: G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2/2021, p. 185 ss.

<sup>39</sup> Art. 21-bis, legge 10 ottobre 1990, n. 287.

<sup>40</sup> Si veda di recente: P. LAZZARA, *Legittimazione a ricorrere di ANAC e centralizzazione delle committenze*, nota a sentenza: TAR Lombardia Milano, Sez. II, 3 febbraio 2020, n. 240, in *Foro*

Si evidenzia la necessità di un corretto rapporto di fiducia, in cui sia attribuito al giudice amministrativo il ruolo di garante delle responsabilità, configurando così una giurisdizione esclusiva per i contratti pubblici, per assicurare il risultato della "buona contrattazione digitale"<sup>41</sup>. La funzionalizzazione dell'attività contrattuale al perseguimento dell'interesse pubblico consente di superare e ricomporre le diverse questioni di giurisdizione, sicché si può affermare che il giudice amministrativo ha giurisdizione sulle trattative, a prescindere dall'ambito della sua giurisdizione esclusiva<sup>42</sup>.

Superando la tesi secondo cui il riconoscimento dell'illegittimità dell'atto era considerato il presupposto necessario per qualificare la condotta dell'amministrazione come oggettivamente illecita, pare potersi affermare, come da tempo evidenziato, che nella fattispecie che genera responsabilità è il "comportamento" tenuto dall'amministrazione nell'esercizio della funzione appalti ad essere rilevante, il quale può includere, ma non si limita necessariamente, all'atto amministrativo e ai profili di illegittimità<sup>43</sup>. Si tratta, come sostenuto da tempo, di una responsabilità non da provvedimento, ma da comportamento<sup>44</sup>; mai da comportamento mero, bensì sempre tenuto nell'ambito dell'eser-

---

amm., n. 5/2020, p. 999 ss.; ID., *Legittimazione straordinaria ed 'enforcement' pubblico dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, n. 1/2018, p. 65 ss.

<sup>41</sup> Principio che pare potersi desumere dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 104/2010. Così: G. GRECO, *La buona fede nell'esercizio del potere amministrativo*, relazione nel Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit.

<sup>42</sup> Così: G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., p. 413 ss. Cfr. A. POLICE, *Giurisdizione esclusiva*, nel *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. Cassese), vol. III, Milano, 2006, p. 2754 ss. Più di recente: F.G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle posizioni soggettive*, intervento al Convegno "I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione", Sapienza Università di Roma, 9 giugno 2022, Presentazione del volume: A. ROMANO (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, Torino, 2022.

<sup>43</sup> Così già: E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., *passim*; Cfr. G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., spec. 310 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, cit., p. 209. Di recente: G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., p. 413 ss.

<sup>44</sup> G. GRECO, *La buona fede nell'esercizio del potere amministrativo*, relazione nel Convegno "Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici", cit., con posizione critica sulla distinzione tra i profili di validità e di responsabilità, sottolineando che il canone di buona fede, come norma "strumentale all'esercizio del potere amministrativo", può ben incidere sulla le-



cizio di un pubblico potere, in cui il giudizio sull'illegittimità si distingue da quello sulla responsabilità, pur potendo, per certi versi, sovrapporsi.

### 3. *La prospettiva funzionale della responsabilità e la necessaria gestione del rischio nel procurement pubblico.*

La dimensione costituzionale del “rapporto giuridico amministrativo”<sup>45</sup> e delle connesse responsabilità delle organizzazioni pubbliche richiede, come ricordato, di partire dalla prospettiva funzionale, che oscilla tra il risarcimento e le differenti sanzioni (penale, civile, amministrativa, disciplinare) sia per gli enti, sia per gli agenti.

Sembra possibile riconsiderare la responsabilità della pubblica amministrazione<sup>46</sup> verso una responsabilità “per rischio”<sup>47</sup>, oggi correlato alla trasformazione digitale<sup>48</sup>. Rispetto alle tradizionali concezioni compensativa e preventiva, pare

---

gittimità dell'esercizio del potere, con riconoscimento anche a livello comunitario dove la tutela dell'affidamento può portare all'annullamento dell'atto amministrativo.

<sup>45</sup> A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, cit., p. 209 ss.

<sup>46</sup> Sul tema già: E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., *passim*; R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955, spec. p. 143 ss.; E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984; G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 115 ss.; G. SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2000, p. 31 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, n. 1/1999, p. 3222 ss., nota a Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005; G.U. RESCIGNO, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana (dialogando con Andrea Orsi Battaglini a proposito del suo libro Alla ricerca dello stato di diritto)*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2006, p. 111 ss. Si veda, più di recente: G. MANNUCCI, *La Costituzione «dimenticata» le responsabilità proprie dei funzionari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2021, p. 361 ss., nota a Cass. civ., 16 maggio 2019, n. 13246; M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, p. 705 ss.

<sup>47</sup> P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 13. Cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (dir.), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, spec. p. 79. Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, spec. p. 19 ss.

<sup>48</sup> OECD, *Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure*, Paris, 2023. Si veda: V. CANTINO, P. DE VINCENTIIS, G. RACCA (a cura di), *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, London, UK, 2016, spec. p. 835 ss.

da considerare la prospettiva funzionale, con un riequilibrio di posizioni e la conseguente allocazione dei rischi, con individuazione dei costi/benefici, dei profili assicurativi, con analisi dell’impatto delle decisioni, anche giurisdizionali<sup>49</sup>.

Le trasformazioni digitali richiedono, in particolare, una ridefinizione del modello organizzativo e della gestione dei rischi “di posizione” – o dell’“apparato” – che permetta l’individuazione delle misure di monitoraggio, controllo e riduzione e riconoscano l’imputazione degli atti, anche automatizzati, per individuare le relative responsabilità<sup>50</sup>. Le responsabilità del funzionario pubblico (con una evoluzione della definizione dell’errore digitale scusabile) e il danno correlato alla deviazione dagli *standard*<sup>51</sup> potrebbe essere attribuito all’organizzazione o al produttore della tecnologia, congruamente assicurato, secondo gli indici statistici o ormai predittivi, desunti dall’intelligenza artificiale<sup>52</sup>.

Si è visto come l’assicurazione sia parsa mostrarsi utile a integrare le funzioni tradizionalmente associate alla responsabilità per rispondere a fini di interesse generale<sup>53</sup>; prospettiva che trova conferma nelle recenti iniziative euro-

<sup>49</sup> P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 3 ss.; S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e «valori»*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4-5/1994, p. 543 ss.; ID., *Intervento al Convegno “A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno”*, Consiglio di Stato, Roma, 16 dicembre 2019. Si veda, più di recente: G. SDANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l’effettività del diritto alla salute, in federalismi.it*, n. 5/2022, p. 214 ss. Un’indagine di tipo “funzionale” della responsabilità civile è, come noto, evidenziata nell’opera di G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975. Sull’evoluzione e sulla funzione “sociale” dell’assicurazione nel sistema della responsabilità medico-sanitaria: M.P. MANTOVANI, *L’assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017, spec. p. 14 ss. Sul collegamento tra responsabilità civile e assicurazione: G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. ec. ass.*, n. 2/2011, p. 571 ss.

<sup>50</sup> Sulla prospettiva della responsabilità in relazione ai profili di “rischio digitale” si veda: C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ.*, n. 4/2023, p. 1073 ss.

<sup>51</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Public Administration Algorithm Decision-Making and the Rule of Law*, in *European Public Law*, vol. 27, 1/2021, p. 103 ss.; D. MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un “pre-software” in lingua italiana*, in *Riv. dir. amm. el.*, n. 4/2003.

<sup>52</sup> R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell’amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, cit., p. 73 ss.; ID., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, p. 305 ss.

<sup>53</sup> D. DE PRETIS, intervento conclusivo al convegno “Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici”, cit.

pee sul digitale<sup>54</sup> e sulle attività svolte e monitorate mediante piattaforme<sup>55</sup> che permettono di ridurre gli errori e gli scostamenti dagli *standard* predefiniti, con il limite individuato dal necessario rispetto del principio di legalità<sup>56</sup>.

Le responsabilità delle amministrazioni pubbliche, da tempo ricondotte all'organizzazione, anche dalla Corte di Giustizia UE<sup>57</sup>, richiedono infatti una nuova sistematica che tenga conto anche delle interpretazioni funzionali connesse alla allocazione dei costi e benefici e alla gestione dei rischi, recuperando in modo innovativo le ormai superate configurazioni di modelli organizzativi e gestionali che non sono parsi idonei a prevenire abusi e condotte illecite<sup>58</sup>.

Si tratta di affermare, anche verso la pubblica amministrazione, in transizione digitale, i generali obblighi di protezione (declinati oggi anche come gestione dei rischi) e di prestazione sicché la loro violazione determina responsabilità "da inadempimento" di obblighi sempre più standardizzati dalla pubblicazione del bando e la presentazione delle offerte su piattaforme e *e-forms* che ne permettono la piena tracciabilità digitale<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Profili rilevanti per la disciplina dell'intelligenza artificiale sono presenti nel *Digital Services Act Package*, composto dal *Digital Market Act* (DMA) e dal *Digital Service Act* (DSA). V. rispettivamente: Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sui mercati digitali); Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali).

<sup>55</sup> C. CASTALDO, *Big Data, Power, and Knowledge. Regulatory Aspects of Access to Big Data and the Digital Services Act Package*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2022.

<sup>56</sup> B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir. (I tematici)*, Milano, 2022, p. 75 ss. Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 5 ss.; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2019, p. 1149 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019.

<sup>57</sup> Corte Giust. UE, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG*, cit.

<sup>58</sup> Il riferimento è al modello di *governance* societaria di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000*, n. 300. Sul tema: V. CANTINO, P. DE VINCENZIIS, G. RACCA (a cura di), *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, cit., e specialmente i contributi pubblicati nella sezione "*Integrity Public Sector Risk Management: Public Procurement Sector*", p. 835 ss.

<sup>59</sup> La pubblicazione elettronica dei bandi di gara dal 25 ottobre 2023 richiede l'uso di *e-Forms* per raccogliere e pubblicare i dati sugli appalti al fine di rispettare il principio dell'invio

La giurisdizione del giudice amministrativo riguarda quelle condotte amministrative che si evidenzino, mediante la tracciabilità digitale, come scorrette, contraddittorie e non collaborative, includendo ogni comportamento che risulti connesso all'esercizio della funzione appalti anche solo in via mediata<sup>60</sup>. Può trattarsi anche solo dell'omessa adozione di atti organizzativi del servizio pubblico, come di recente precisato dalla Corte costituzionale<sup>61</sup>, che ha escluso la giurisdizione amministrativa solamente sui comportamenti meramente materiali non riconducibili all'esercizio di poteri pubblici (insidie e trabocchetti, omissione di custodia)<sup>62</sup>.

In tale rinnovata prospettiva digitale la giurisdizione “unica” del giudice amministrativo sulla responsabilità da scorrettezza<sup>63</sup>, intesa come violazione degli *standard* e delle nuove forme digitali, assicura – ed è l'unica a poter assicurare – una tutela piena ed effettiva, secondo i principi costituzionali e del diritto europeo (art. 6 CEDU), garantendo anche quella concentrazione delle tutele funzionale al giusto processo (art. 111 Cost.) imprescindibile nella necessaria transizione digitale<sup>64</sup>.

---

unico del dato. Cfr. Direttiva 2014/23/UE, art. 33; Direttiva 2014/24/UE, art. 51; Direttiva 2014/25/UE art. 71, nonché il Regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780 della Commissione del 23 settembre 2019. Si v.: W. RHODRI, *New rules on digital forms*, in *Public Procurement Law Review*, n. 3/2020, p. 81 ss. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023.

<sup>60</sup> Corte cost., sent. 15 luglio 2022, n. 178, in cui si dichiara la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento all'art. 133, comma 1, lett. p), c.p.a., che sulla scorta della giurisprudenza della Corte di cassazione, assunta a “diritto vivente” devolverebbe alla giurisdizione esclusiva del g.a. il danno da comportamenti meramente materiali della p.a. nella gestione del ciclo dei rifiuti. Viene così chiarito che la connessione dei comportamenti, anche solo omissivi, con l'esercizio di poteri pubblici può riguardare non solo quelli autoritativi, ma anche organizzativi ed esercitati mediante moduli consensuali. Sul punto: G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., p. 413 ss., ove si evidenzia che tali attività e valutazioni non risultano estranee al giudice amministrativo.

<sup>61</sup> G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., p. 601 ss.

<sup>62</sup> Così: Corte cost. 29 aprile 1999, n. 156. Si veda, più di recente: Cass. civ., Sez. III, sentenza 9 giugno 2016, n. 11802 che afferma la responsabilità della p.a. da custodia, ex art. 2051 c.c., in caso di sinistro stradale a causa di una “insidia” causata da una caduta d'acqua su pubblica via.

<sup>63</sup> Si veda: G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/2010, p. 729 ss., per cui “l'eventuale responsabilità precontrattuale, derivante dai danni subiti a seguito dell'illegittima procedura di aggiudicazione, pare comunque di competenza del G.A.”.

<sup>64</sup> Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 104/2010. Cfr. E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà*

Evoluzione che permette di prospettare una responsabilità “funzionalizzata” che supera la dicotomia tra modello giuridico extracontrattuale e contrattuale, verso un sistema di gestione dei rischi e di riallocazione e redistribuzione delle risorse<sup>65</sup>. La responsabilità civile, ed in particolare quella nei confronti della pubblica amministrazione, riflette, infatti, l’evoluzione di nuovi interessi, cui sono correlati nuovi problemi e nuove regole.

L’obiettivo diviene regolare i rapporti e i flussi fra i grandi “bacini” di risorse connesse alle funzioni pubbliche, come il sistema sanitario e di previdenza sociale, con i connessi meccanismi assicurativi dei rischi, le transazioni per i fatti dannosi, che solo in minima parte determinano giudizi di responsabilità. Evoluzione che richiede sistemi e strumenti di riequilibrio, che, tramite rilevazioni digitali, correggano le distorsioni e prevengano i rischi e le attività dannose, incentivando comportamenti corretti.

Le ricerche sulle responsabilità, anche delle pubbliche amministrazioni, dovranno sviluppare queste analisi, sempre a partire dalle solide basi di conoscenza giuridica degli interessi pubblici e dei principi esaminati dai nostri Maestri.

---

della vicenda contrattuale negli appalti pubblici, cit., p. 311 ss. Sul diritto ad un equo processo, per tutti F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna 2012, p. 113 ss.

<sup>65</sup> P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 90 ss., spec. p. 108, in cui si segnala come “la responsabilità civile può essere lo strumento per una redistribuzione dei danni secondo la direttiva economica che vuole addossato all’imprenditore il rischio lecito d’impresa”. Si veda anche: ID., intervento al Convegno “Sistema e senso della responsabilità civile”, Università degli Studi di Trento, 6 aprile 2017.

## CONSIDERAZIONI BREVI (E NON BENEVOLE) SUL DECRETO INGIUNTIVO PREVISTO DALL'ART. 118 DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

*Salvatore Raimondi*

Tale articolo prevede che nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, si applicano le norme del codice di procedura civile che disciplinano il decreto ingiuntivo (artt. 634-635 c.p.v.)<sup>1</sup>.

Come è noto, la notevole estensione, effettuata con il d.lgs. n. 80/1998, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ed il superamento, disposto con la sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500/1999, della riserva al giudice ordinario della materia del risarcimento dei danni nei confronti della pubblica amministrazione avevano destato notevoli perplessità circa l'idoneità del giudizio amministrativo a fornire un'adeguata tutela.

In particolare, considerati i limitati poteri, istruttori e decisionali, dei quali dispone il giudice amministrativo rispetto a quelli del giudice civile sussisteva la preoccupazione che, relativamente alle materie che venivano assegnate alla giurisdizione esclusiva del primo, la tutela giurisdizionale non fosse adeguata.

Donde la soluzione prospettata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, di riconoscere al giudice amministrativo il potere di adottare provvedimenti cautelari atipici che facessero luogo dei provvedimenti di ingiunzione<sup>2</sup>.

Tale rimedio, tuttavia, era apparso inadeguato poiché la misura cautelare

---

<sup>1</sup> Sull'argomento, A. GIORDANO, *Il procedimento ingiuntivo nel processo amministrativo: un banco di prova per la "pienezza" e l'"effettività" della tutela*, in *Riv. dir. econ., trasporti e ambiente*, 2014, p. 143 ss.; C. LEONE, *Le ordinanze ingiuntive ed il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2000, p. 567 ss.; M. VALENTE, *Opposizione a decreto ingiuntivo e processo amministrativo: primi spunti di riflessione* (nota a TAR Abruzzo, 25 gennaio 2002), in *Foro amm.*, 2002, p. 605 ss.

<sup>2</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 30 marzo 2000. n. 1, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1292.

richiede la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile (art. 55 c.p.a.), circostanza irrilevante per le ingiunzioni previste dal codice del processo civile. Inoltre l'ordinanza cautelare perde ogni effetto una volta adottata la decisione di merito, mentre i provvedimenti di ingiunzione diventano definitivi se il giudizio si estingue.

La legge n. 205/2000 aveva introdotto una nuova disciplina della materia. Aveva disposto, all'art. 8, comma 2, che nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, il tribunale amministrativo regionale, su istanza di parte, disponesse in via provvisoria, con ordinanza provvisoriamente esecutiva, la condanna al pagamento di somme di denaro in ordine al credito azionato, in presenza dei presupposti di cui all'art. 186-*bis* (somme non contestate) ed all'art. 186-*ter* (prova scritta) c.p.c.

Veniva prevista, su istanza di parte, la discussione nella prima camera di consiglio utile, e comunque entro 30 giorni dal deposito del ricorso.

Con riferimento all'art. 118, che costituisce l'oggetto specifico delle presenti note, si assume che il contenuto dell'art. 8, legge n. 205 sarebbe stato sostanzialmente trasposto in tale articolo, il quale, con riferimento alla disciplina applicabile, richiama integralmente il codice di procedura civile, salva la competenza per l'ingiunzione e le modalità di proposizione dell'opposizione<sup>3</sup>.

In realtà l'integrale rinvio al codice di procedura civile (artt. 633-656), lungi dal costituire una semplice trasposizione dell'art. 8, legge n. 205/2000, e comunque lungi dal costituire una semplificazione, si risolve in una complicazione poiché l'attribuzione al giudice amministrativo di strumenti tipici del processo civile, del tutto estranei al modello classico di processo amministrativo di tipo impugnatorio è destinato a dare origine ad incertezze applicative.

In un pregevole commento ad una sentenza del TAR Abruzzo<sup>4</sup> si manifestano condivisibili ragioni di perplessità in relazione alla concessione, disposta con tale sentenza, della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo in pendenza del giudizio di opposizione<sup>5</sup>, disposta peraltro soltanto per una parte dell'importo per il quale era stato emesso il decreto ingiuntivo: "esercitando un potere di cui il giudice non è dotato. Infatti l'art. 648 c.p.c. gli attribuisce

---

<sup>3</sup> R. TUCCILLO, *Commento all'art. 118*, in R. CHIEPPA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2022, p. 717.

<sup>4</sup> M. VALENTE, *op. loc. cit.*

<sup>5</sup> Si rammenta al riguardo che il decreto ingiuntivo, giusta l'art. 642 c.p.c., può essere dotato già al momento della sua emissione di efficacia esecutiva.

il potere di concedere con ordinanza l'esecuzione provvisoria per una somma corrispondente a quella indicata nel decreto ingiuntivo, e non per una somma minore, perché ciò comporterebbe l'esercizio, da parte del suddetto giudice, del potere, non attribuitogli, di sostituire o modificare il decreto".

Tale principio è pacifico nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale solo nell'ipotesi in cui le parti si siano conciliate nel corso del giudizio di opposizione il giudice istruttore ha il potere, a norma dell'art. 652 c.p.c., di ridurre la somma o la quantità indicata nel decreto nei limiti di quella stabilita dalle parti<sup>6</sup>.

In conclusione, ad avviso dello scrivente, l'introduzione nel codice del processo amministrativo dell'art. 118 si è rivelata un'innovazione non positivamente apprezzabile.

Quanto si assume è confermato dalla circostanza che lo strumento di cui all'art. 118 c.p.a., in contrasto con il principio del doppio grado al quale si ispira la disciplina del processo amministrativo, non consente di adire il giudice d'appello. Invero l'art. 8, comma 4 ed ult. comma, legge n. 205/2000 aveva disposto: "Il procedimento di cui ai commi 1 e 2 si applica anche al giudizio innanzi al Consiglio di Stato".

Si legge al riguardo nella decisione del Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana 15 luglio 2022, n. 193: "Tale previsione era ritenuta frutto di una svista del legislatore: alcuni ne avevano esclusa in radice l'applicabilità per possibile violazione del principio del doppio grado di giudizio, altri ne avevano escluso in assoluto la concreta realizzabilità, altri ancora ne avevano circoscritto l'applicazione ad un unico caso, quello della sopravvenuta riforma della sentenza di primo grado di condanna, a fronte del quale l'appellante richieda, nello stesso giudizio di appello, con decreto ingiuntivo, la restituzione di quanto corrisposto in esecuzione della sentenza riformata, al fine di precostituirsì il titolo esecutivo per la successiva effettiva restituzione. Opportunamente, la previsione non è riprodotta nel c.p.a., Sicché deve escludersi qualsiasi utilizzo del procedimento ingiuntivo in appello".

---

<sup>6</sup> Cass. 7 luglio 1976, n. 2594.





## VALUTAZIONI TECNICHE ANTITRUST E SINDACATO GIURISDIZIONALE. RILEGGENDO GUIDO GRECO

*Margherita Ramajoli*

SOMMARIO: 1. L'art. 9, par. 1, della direttiva 2014/104/UE nella lettura fornita da Guido Greco. – 2. L'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017 nella lettura fornita da Guido Greco. – 3. La giurisprudenza in tema di valutazioni tecniche complesse alla ricerca di un punto di equilibrio e l'influenza esercitata da Guido Greco.

### *1. L'art. 9, par. 1, della direttiva 2014/104/UE nella lettura fornita da Guido Greco.*

Guido Greco ha dedicato riflessioni attente e originali al tema del sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e lo ha fatto a più riprese, sollecitato dagli interventi normativi europei e nazionali in materia.

Il primo contributo, dal titolo *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, compare nel 2016<sup>1</sup> e parte dall'analisi dell'art. 9, par. 1, della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014, che all'epoca del saggio non era stata ancora trasposta nel nostro ordinamento. Come è noto, l'articolo statuisce che “una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'Autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso” deve essere considerata “definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno” proposta davanti ai giudici nazionali, ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, oppure ai sensi del diritto nazionale della concorrenza<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> In *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 999 ss.

<sup>2</sup> Il considerando 34 della direttiva chiarisce che “l'effetto della violazione dovrebbe ... riguardare soltanto la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e

La disposizione è fortemente innovativa per il nostro ordinamento giuridico inserendosi in un contesto in cui la giurisprudenza civile ha da sempre rivendicato la propria autonomia di giudizio rispetto agli accertamenti compiuti dall'Autorità garante. Prima dell'intervento normativo in questione, infatti, la Cassazione riteneva costantemente che, nel giudizio civile di risarcimento dei danni subiti da terzi in relazione alla violazione della normativa antitrust da parte di un operatore di mercato, le conclusioni assunte dall'Autorità antitrust oppure le decisioni del giudice amministrativo di conferma o di annullamento di quelle decisioni costituissero semplicemente "una prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso", con la conseguenza di non escludere la possibilità alle parti di offrire prove a sostegno di tale accertamento o contrarie ad esso<sup>3</sup>.

La novità normativa, con la sua inedita soggezione del giudice alla decisione di un'amministrazione, porta Greco a domandarsi se la perdita della cognizione piena del giudice ordinario in ordine all'accertamento dell'illiceità, nell'ipotesi in cui essa sia stata già oggetto di decisione da parte dell'Autorità garante, non conduca a un "deficit (complessivo) di tutela giurisdizionale, che sarebbe difficilmente compatibile con nostri precetti costituzionali"<sup>4</sup>.

La risposta al quesito presuppone lo scioglimento di alcuni nodi concettuali esistenti sul piano sostanziale, relativi alla ricostruzione dell'attività di accertamento della condotta anticoncorrenziale. Infatti, il legislatore europeo avrebbe forzato alcuni capisaldi giuridici nell'accordare all'accertamento dell'illecito da parte dell'Autorità una particolare forza giuridica, "facente stato" nell'eventuale successivo giudizio civile risarcitorio. Secondo Greco l'attività dichiarativa in questione non costituirebbe di per sé espressione di un potere provvedimentale, non esercitando l'Autorità poteri autoritativi, ma limitandosi ad accertare fatti già esistenti. L'attività sfocerebbe in un "mero atto amministrativo non provvedimentale", in base alla "sequenza norma-fatto-effetto (o qualificazione giuridica), che è tipica dei diritti soggettivi e dei giudizi sui diritti soggettivi"<sup>5</sup>. Ma an-

---

territoriale, come determinata dall'Autorità garante della concorrenza o dal giudice del ricorso nell'esercizio della sua giurisdizione".

<sup>3</sup> Cfr., per tutte, Cass., Sez. III, 14 marzo 2011, n. 5942.

<sup>4</sup> G. GRECO, *L'accertamento*, cit., pp. 1002-1003; in senso analogo cfr. M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Conc. e merc.*, 2014, p. 313 ss.

<sup>5</sup> G. GRECO, *op. cit.*, p. 1010. In senso contrario cfr. B. GILIBERTI, *Public e private enfor-*

che volendo individuare un vero e proprio provvedimento dell'Autorità, a detta di Greco si sarebbe di fronte a una "decisione con funzioni giudiziali (o semicontenziose o paragiurisdizionali)", in ragione delle conseguenze derivanti sul giudizio civile risarcitorio<sup>6</sup>. Più precisamente, l'accertamento dell'Autorità sarebbe "un segmento (forse il più rilevante) della (potenziale) controversia tra privati in ordine al risarcimento dei danni, sostituendosi in tale compito al Giudice ordinario"<sup>7</sup>.

Fornite queste premesse d'ordine sostanziale l'interesse di Greco si concentra sui profili processuali. La questione attiene, ovviamente, al sindacato giurisdizionale e Greco lamenta che il processo amministrativo in materia antitrust sia configurato tradizionalmente seguendo schemi e logiche del giudizio d'impugnazione del provvedimento finale, in cui il giudice si avvale di poteri istruttori, cognitori e decisorio tipici della giurisdizione di legittimità. In particolare, di fronte a valutazioni tecniche opinabili, il controllo del giudice non potrebbe spingersi oltre i canoni di ragionevolezza, logicità, coerenza, senza mai sovrapporre la propria valutazione a quella previamente compiuta dall'amministrazione<sup>8</sup>.

Tuttavia, secondo l'Autore, un sindacato giurisdizionale così configurato, se in linea con i principi del giusto processo fino a che il giudizio amministrativo non si ripercuoteva automaticamente sui possibili giudizi risarcitori promossi da terzi davanti al giudice ordinario, non risulta però più conforme a tali principi una volta che l'Autorità antitrust prima e il giudice amministrativo poi sono chiamati per legge ad accertare l'illecito con effetti vincolanti su detti giudizi<sup>9</sup>.

---

*cement nell'art. 9, c. 1 della Direttiva antitrust 104/2014: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 7 ss.; F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 45 ss.; per un inquadramento generale del fenomeno dell'accertamento amministrativo cfr. B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001; cfr. altresì M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012, p. 116 ss.

<sup>6</sup> G. GRECO, *op. cit.*, p. 1011, che effettua un parallelismo con le ipotesi in cui le Autorità di regolazione sono investite di un potere decisorio su controversie privatistiche.

<sup>7</sup> "Essendo l'accertamento operato (anche) in funzione giustiziale su controversie tra privati, esso dovrà essere condotto secondo le regole proprie dei rapporti tra privati" e "la decisione riguarderà, dunque, diritti, doveri e obblighi di diritto privato" (G. GRECO, *op. cit.*, p. 1012).

<sup>8</sup> G. GRECO, *op. cit.*, pp. 1013-1014.

<sup>9</sup> "Perché in questo nuovo contesto il Giudice amministrativo è chiamato non solo a giudicare sulla legittimità o meno del provvedimento sanzionatorio, ma anche a giudicare su una

Per motivi di coerenza sistematica il giudice amministrativo in sede di sindacato sulla materia antitrust dovrebbe esercitare poteri cognitori e decisorio non inferiori a quelli di cui solitamente dispone il giudice ordinario. Altrimenti, si verificherebbe quel *deficit* di tutela giurisdizionale paventato dalla domanda da cui ha preso le mosse la riflessione giuridica dell'Autore. Si auspica quindi che il giudice amministrativo si avvalga degli stessi poteri del giudice civile e valuti l'esistenza dell'illecito antitrust alla stessa stregua di un qualsiasi illecito civile, nonché alla stessa stregua del giudice civile in materia di illecito amministrativo ai sensi della legge n. 689/1981<sup>10</sup>.

Le ragioni della necessaria implementazione dei poteri del giudice amministrativo nel contenzioso antitrust vengono fatte poggiare non solo sul "raffronto con quelli del Giudice ordinario", ma discendono anche dalla circostanza secondo cui il giudizio sulla sussistenza dell'illecito antitrust è "un giudizio su questioni di diritto soggettivo (si tratta di un illecito compiuto da imprese private, sicché non si tratta certo di illecito lesivo di interessi legittimi)". Nel passaggio "dallo schema del giudizio sull'atto a quello del giudizio sul rapporto, ma non rapporto amministrativo, sibbene rapporto di diritto privato", le valutazioni tecniche dell'Autorità non sono in grado di costituire un limite al sindacato del giudice amministrativo, che ben potrà "sostituirle con valutazioni giudicate più plausibili"<sup>11</sup>.

---

componente fondamentale (l'illiceità della condotta) del rapporto risarcitorio, in luogo del Giudice ordinario" (G. GRECO, *op. cit.*, p. 1014).

<sup>10</sup> Con un'importante precisazione. La Corte di Cassazione ha puntualizzato che nei giudizi c.d. *stand alone*, a differenza di quelli introdotti a seguito di un accertamento dell'Autorità (c.d. *follow-on actions*), "sono particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie in cui versano i privati che agiscono in giudizio, a fronte di fatti complessi di natura economica (com'è quello del 'mercato rilevante') che spesso si trovano nella sfera del soggetto che ha posto in essere il presunto illecito. La difficoltà è accentuata sia dagli alti costi necessari per l'acquisizione degli elementi indispensabili per il compimento di indagini tecnico-economiche che difficilmente sono alla portata dei singoli, sia dalla necessità di confrontarsi con elementi controfattuali da comparare con ciò che è avvenuto nella realtà ... A differenza del c.d. *public enforcement*, nel quale le Autorità amministrative nazionali a tutela della concorrenza dispongono di numerosi e penetranti poteri istruttori d'ufficio ... invece nell'ambito del c.d. *private enforcement* gli strumenti a disposizione del giudice sono quelli limitati forniti dal codice di rito" (Cass., Sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564).

<sup>11</sup> G. GRECO, *op. ult. cit.*, rispettivamente pp. 1015, 1017 e 1016.

## 2. *L'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017 nella lettura fornita da Guido Greco.*

La trasposizione nel nostro ordinamento giuridico della disciplina introdotta dall'art. 9 della direttiva 2014/104/UE fornisce a Greco l'occasione di tornare sul tema degli accertamenti dell'illecito antitrust operati dall'Autorità garante e sul conseguente controllo da parte del giudice amministrativo. Si fa qui riferimento saggio del 2021 dal titolo *L'illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*<sup>12</sup>, in cui oggetto di approfondimento e di critica è l'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. La disposizione, per un verso, afferma che anche il giudice del ricorso ha il potere di constatare la violazione del diritto della concorrenza, al pari dell'Autorità garante, e che questo accertamento vincola il giudice ordinario alle prese con un'azione risarcitoria per quanto riguarda “la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno”<sup>13</sup>; per altro verso, stabilisce che il sindacato del giudice amministrativo “comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima”.

Greco interpreta la disposizione nazionale come introduttiva di una regola e di un'eccezione alla stessa. La regola vuole che il sindacato del giudice amministrativo in materia “sia pieno e ... anche sostitutivo”. Pertanto, il giudice amministrativo ha il potere di “sovrapporre la propria valutazione (anche tecnica) a quella dell'Autorità”, altrimenti “non avrebbe senso da un lato demandare a detto Giudice il compito di constatare la violazione del diritto della concorrenza e, d'altro lato, la precisazione che la verifica diretta dei fatti riguarda la natura della violazione (del diritto della concorrenza) e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale”<sup>14</sup>. Quanto all'eccezione, essa attiene ai profili tecnici che presentano un oggettivo margine di opinabilità, come ad esempio la definizione del mercato rilevante. Secondo Greco, le valutazioni tecniche opinabili costituirebbero un limite al potere di cognizione e di

<sup>12</sup> In *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, p. 469 ss.

<sup>13</sup> “Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato”.

<sup>14</sup> G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale*, cit., p. 474.

decisione del giudice amministrativo, creando “un ambito di insindacabilità (o una sorta di zona franca)”<sup>15</sup>.

La tesi del sindacato forte e sostitutivo del giudice amministrativo fa leva sia sul principio di effettività della tutela previsto all'art. 24 Cost., sia sulla giurisprudenza della Corte EDU, impegnata a garantire la c.d. *full jurisdiction* tramite la valorizzazione dell'art. 6 della CEDU e alla quale si deve l'equiparazione tra procedimenti sanzionatori e procedimenti penali, con le dovute implicazioni sul piano del sindacato giurisdizionale<sup>16</sup>.

Il controllo pieno sull'intera fattispecie sanzionatoria sarebbe da riconoscere in tutte le ipotesi in cui le valutazioni tecniche non presentino un oggettivo margine di opinabilità, ossia nelle ipotesi sopra individuate come espressive di una regola generale. Con riferimento invece alle ipotesi definite come eccezionali, in cui cioè le valutazioni tecniche hanno oggettivi margini di opinabilità, secondo Greco di fronte alla lettera della legge nazionale si profilano due strade: una declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione della norma interposta, rappresentata dagli artt. 6 e 7 CEDU, oppure un'interpretazione conforme al diritto CEDU. In base alla seconda alternativa se la condotta imprenditoriale “rientra, anch'essa, tra gli apprezzamenti resi possibili dall'opinabilità delle regole tecniche, in nessun caso dovrebbe poter essere considerata illecita”<sup>17</sup>. In altri termini, la condotta basata su una valutazione possibile, ma opinabile, va ritenuta lecita e in tale contesto la limitazione normativa al sindacato del giudice amministrativo non rappresenta una riduzione di tutela, ma è “diretta conseguenza” della “irrilevanza giuridica di detto sindacato”<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 475.

<sup>16</sup> G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 483; in senso analogo cfr. P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e “materia penale”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, p. 1073 ss.; l'orientamento giurisprudenziale in esame è stato inaugurato dalla Corte EDU, Sez. II, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, su cui cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo*, cit., p. 76 ss.

<sup>17</sup> G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 487 ss., con la precisazione che la condotta imprenditoriale deve essere considerata di per sé e indipendentemente da valutazioni *a posteriori*, che possono essere di segno opposto, con la conseguenza che “l'ambito di oggettiva opinabilità, lungi dal costituire uno spazio di libertà dell'organo vigilante, finisce per costituire un segmento della fattispecie che esclude l'illecito” (G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 489).

<sup>18</sup> G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 489.

### 3. *La giurisprudenza in tema di valutazioni tecniche complesse alla ricerca di un punto di equilibrio e l'influenza esercitata da Guido Greco.*

Tanti sono gli stimoli e le sollecitazioni creati dai saggi di Greco, sia dal punto di vista del diritto sostanziale, sia dal punto di vista processuale. La sua riflessione sempre acuta ci accompagna alla ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale del singolo, istanze di natura pubblicistica demandate all'Autorità antitrust e rispetto del principio di separazione dei poteri dello Stato, all'interno di una prospettiva integrata che valorizza al massimo grado la dimensione sovranazionale. Con questo viatico è possibile svolgere qualche ulteriore considerazione in merito alle valutazioni tecniche antitrust e al relativo sindacato giurisdizionale, guardando appunto alla giurisprudenza in materia.

Nell'attuale panorama pretorio è possibile individuare due orientamenti distinti, ciascuno portatore di esigenze contrapposte<sup>19</sup>.

Secondo l'orientamento sorto per primo e per lungo tempo dominante il giudice "può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a queste riservate"<sup>20</sup>.

Il giudice amministrativo ha esplicitato le ragioni di diritto sostanziale che, a suo avviso, giustificerebbero una limitazione del sindacato sulle valutazioni tecniche antitrust. Si tratta di motivazioni di carattere sia soggettivo, sia oggettivo. Per quanto riguarda le prime, esse sono state individuate nella "rilevanza della materia tutela della concorrenza affidata ad un'Autorità amministrativa caratterizzata da una particolare composizione e competenza tecnica, oltre che

---

<sup>19</sup> Per un aggiornato quadro d'insieme sul sindacato in materia di valutazioni tecniche cfr. A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in ID. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021; L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1359 ss.

<sup>20</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2020, n. 4322; 23 aprile 2002, n. 2199; 19 luglio 2002, n. 4001; 3 ottobre 2002, n. 5156, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 597, con nota di F. LIGUORI, *Il sindacato "debole" sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti*; Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 367, con nota di M. DE BENEDDETTO, *Il caso Tekal/Italcementi*, che riforma TAR Lazio, Sez. I, 23 settembre 1996, n. 1576, la quale aveva ritenuto "incongrua" l'individuazione del mercato geografico rilevante effettuata dall'Autorità garante.



da un elevato grado di autonomia e indipendenza”<sup>21</sup>, mentre le seconde sono state ravvisate vuoi nella “non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale”<sup>22</sup>, visto che all’amministrazione “la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell’interesse pubblico nell’apprezzamento del caso concreto”, vuoi nella particolare “complessità” della valutazione tecnica richiesta all’amministrazione, che comporta l’utilizzo di “scienze inesatte e opinabili”<sup>23</sup>.

L’attività di valutazione tecnica viene scomposta in quattro fasi distinte: una prima fase vertente sull’accertamento dei fatti, una seconda fase inerente alla contestualizzazione della norma, che, facendo riferimento a concetti giuridici indeterminati, necessita di un’esatta individuazione degli elementi costitutivi dell’illecito contestato, una terza fase caratterizzata dal raffronto tra i fatti accertati e il parametro normativo individuato e una quarta fase data dall’eventuale applicazione di sanzioni<sup>24</sup>. Ad ogni singola fase del procedimento viene fatto corrispondere un sindacato di tipo diverso: i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell’Autorità antitrust possono essere verificati dal giudice sotto il profilo della verità degli stessi, mentre le fasi successive si caratterizzano per l’esercizio di un’attività valutativa tecnica che si accompagna a un sindacato di tipo debole<sup>25</sup>.

Tuttavia, non è facile distinguere tra la fase dell’accertamento dei fatti e le fasi di valutazione tecnica. A rigor di logica, l’accertamento dei fatti costituisce il presupposto per lo svolgimento di valutazioni tecniche ed esempio pacifico di tale accertamento è l’attestazione di una posizione dominante di un’impresa sul mercato. Ma la giurisprudenza in esame non accoglie siffatto inquadramento, reputando l’individuazione di una posizione dominante sul mercato non accertamento di mero fatto, bensì giudizio tecnico discrezionale<sup>26</sup>: “l’in-

---

<sup>21</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199; 1° ottobre 2002, n. 5156.

<sup>22</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 3 luglio 2002, n. 3637.

<sup>23</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2002, n. 2334.

<sup>24</sup> Così, pressoché testualmente, Cons. Stato, Sez. VI, n. 2199/2002, cit.; per analoga scomposizione dell’attività provvedimentale dell’Autorità garante cfr., in dottrina, F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 181 ss.

<sup>25</sup> Ancora, per particolare chiarezza, Cons. Stato, Sez. VI, n. 2199/2002, cit.

<sup>26</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, n. 5156/2002, cit.; TAR Lazio, Sez. I, 27 agosto 2002, n. 7444. Su questo specifico punto cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 330 ss.

dividuazione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto che non di rado presenta margini di opinabilità, sui quali il giudice amministrativo non può intervenire, sostituendosi alle valutazioni dell'Autorità, a meno che queste non risultino viziate sotto il profilo del travisamento dei fatti, della violazione di legge e della irragionevolezza<sup>27</sup>.

Data una valutazione opinabile, qualora sia stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica prescelta dall'amministrazione, il giudice deve fermarsi se il risultato al quale è giunta l'amministrazione è "uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza" e ciò "anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato"<sup>28</sup>. Il sindacato non può "consistere in una puntuale reiterazione di ogni specifico e minimo, se pure importante, passaggio logico della fase procedimentale dinanzi al Garante della concorrenza", altrimenti si verrebbe "a sostituire la valutazione soggettiva dell'adito giudice alle valutazioni dell'Autorità"<sup>29</sup>.

Questo orientamento è, per lo meno allo stato, condiviso anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui il giudice di merito "deve arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo"<sup>30</sup>.

Il secondo orientamento giurisprudenziale è più recente, non risulta ancora consolidato<sup>31</sup> e soprattutto è profondamente debitore del pensiero di Greco.

<sup>27</sup> TAR Lazio, Sez. I, 17 maggio 2021, n. 5801.

<sup>28</sup> Tra le tantissime cfr., di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2021, n. 5374; 15 dicembre 2020, n. 8061; 30 gennaio 2020, n. 779; 6 marzo 2019, n. 1550; TAR Lombardia, Sez. II, 7 febbraio 2020, n. 271.

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479. Ma cfr. altresì Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050; 6 maggio 2014, n. 2302; 13 settembre 2012, n. 4873.

<sup>30</sup> Cass., Sez. Un., 7 maggio 2019, n. 11929. Del resto, si devono alle Sezioni Unite proprio quelle espressioni che sono state testualmente riprese dall'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017, oggetto di analisi critica da parte di Greco. La nota Cass. civ., Sez. Un., 14 maggio 2014, n. 10411, afferma infatti che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti antitrust "si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità ... nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante".

<sup>31</sup> Anche se, da ultimo, si veda il cospicuo pacchetto di decisioni del Cons. Stato, Sez. VI, 30 marzo 2023, n. 3312; 29 marzo 2023, n. 3280, n. 3281, n. 3282.

Ne condivide presupposti, sviluppi e conseguenze, sostenendo che le valutazioni effettuate dall'Autorità, pur opinabili, non rappresentano un limite intrinseco al sindacato del giudice amministrativo. La sussunzione delle circostanze di fatto “nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati” è concepita come un'attività intellettuale “ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa”. Questo perché “il tratto *libero* dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni giuridiche, tecniche ed economiche”<sup>32</sup>. Di conseguenza, in presenza di norme che “rinviano a nozioni scientifiche e tecniche controvertibili o non scientificamente verificabili” il mancato confronto tra soluzioni tecniche impedisce di verificare la bontà della soluzione tecnico-scientifica adottata dall'amministrazione. Il giudice deve quindi entrare nel merito delle questioni economiche e procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie, o, con parole differenti, compiere una “piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)”<sup>33</sup>. Come afferma chiaramente la nota decisione del Consiglio di Stato n. 4990/2019<sup>34</sup>, al tradizionale “sindacato (non sostitutivo) di *attendibilità*” va contrapposto un “sindacato pieno di *maggiore attendibilità*”: il giudice non deve limitarsi a verificare se la valutazione tecnica compiuta dall'autorità rientri nella gamma di soluzioni intrinsecamente attendibili, ma può spingersi oltre per accertare se essa è anche la valutazione maggiormente attendibile.

Ciò beninteso significa non che il giudice sostituisca la propria valutazione a quella dell'amministrazione, ma che quest'ultima è messa su un piano di tendenziale parità rispetto alle valutazioni fornite dal ricorrente, con la conseguenza che il giudice, confrontando valutazioni non coincidenti, è chiamato a stabilire quella che pare meglio argomentata, oppure basata su dati empirici più solidi o sulla letteratura scientifica più accreditata<sup>35</sup>. Il ricorrente ha così non solo la facoltà di censurare il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali e gli indici di eccesso di potere, ma anche l'onere, qualora in-

---

<sup>32</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414.

<sup>33</sup> Cons. Stato, Sez. VI, n. 10624/2022, cit.

<sup>34</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 740 ss., con nota di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, che è stato *leading case* in materia.

<sup>35</sup> Il punto è ben chiarito da M. CLARICH, in M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, p. 9 ss.

tenda contestare il nucleo intrinseco dell'apprezzamento complesso, "di metterle seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica"<sup>36</sup>.

È immediato quanto questo secondo orientamento, le cui argomentazioni poggiano vuoi sull'inquadramento dell'attività di valutazione tecnica complessa alla stregua di un'attività interpretativa, vuoi sui canoni europei della *full jurisdiction* debba alla riflessione scientifica di Greco<sup>37</sup>, limpido nel sostenere che "il cittadino, prima, e il Giudice, poi, (non) debbano rassegnarsi ad accertare (in quanto insindacabile) una valutazione (tecnica) di per sé opinabile"<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167.

<sup>37</sup> Oltre che di A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 439 ss., 443-444; ID., *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 304 ss.; ID., *Per una revisione dei limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *La protección de los derechos frente al poder de la administración. Libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Caracas, 2014, p. 755 ss.; B. TONOLETTI, *L'accertamento*, cit., pp. 108 ss., 305 ss., 321 ss.; ID., *Norme imprecise, qualificazione dei fatti ed estensione della cognizione del giudice 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. 145 ss.; F. GOISIS, *L'efficacia del provvedimento autonomo AGCM*, cit., p. 45 ss.; M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1589 ss.; in tema cfr. altresì F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, *ivi*, 2018, p. 1209 ss.; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti della autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 97 ss.

<sup>38</sup> G. GRECO, *L'illecito anticoncorrenziale*, cit., p. 486.



## ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO, IMPRESA PUBBLICA E AFFIDAMENTO *IN HOUSE*

*Mauro Renna*

SOMMARIO: 1. L'attività contrattuale della pubblica amministrazione secondo Guido Greco. – 2. La soggettività del contraente pubblico. – 3. L'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica: questioni irrisolte. – 4. L'affidamento *in house providing* e la società *in house*.

### 1. *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione secondo Guido Greco.*

L'interesse di Guido Greco per il tema della contrattualistica pubblica è testimoniato dalla sua seconda monografia<sup>1</sup>, nella quale è stata prospettata la categoria degli atti amministrativi “negoziali” (cioè, non provvedimentali) per descrivere la natura degli atti adottati dall'amministrazione nelle procedure a evidenza pubblica: a regime amministrativo, ma a efficacia privatistica e contenuto negoziale.

Rigettando una netta separazione tra la fase procedurale e la fase contrattuale, l'Autore ha sostenuto che le (due) diverse situazioni giuridiche soggettive osservabili nei rapporti tra stazione appaltante e operatore – vale a dire il diritto soggettivo e l'interesse legittimo – potessero alternarsi sia prima che dopo il perfezionamento del contratto pubblico. Sicché, come nella fase di aggiudicazione possono sorgere tra le parti anche diritti soggettivi nonostante il contesto procedimentale (in cui si esplica ordinariamente un potere autoritativo), così nella fase esecutiva non va esclusa la sussistenza di interessi legittimi in determinati frangenti del rapporto “contrattuale”. Esisterebbe, insomma, un'omogeneità di situazioni che connota tutto il corso dell'evidenza pubblica.

---

<sup>1</sup> G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, spec. p. 143 ss.

Sin da allora Guido Greco aveva colto, anticipando i tempi, il carattere inafferrabile del criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla situazione soggettiva azionata, che anni dopo avrebbe condotto il legislatore – proprio nell'evidente incertezza ricostruttiva delle categorie – a conferire la materia dei contratti pubblici alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (optando per la soluzione “alla francese” ampiamente studiata nel lavoro citato). Ciò è vero anche se si guarda ai profili risarcitori, ove l'affermazione della responsabilità “precontrattuale” dell'amministrazione per violazione della buona fede nella formazione del contratto (pubblico) precede di diversi decenni la positivizzazione dei principi relazionali dell'attività amministrativa, e con essa delle conseguenti responsabilità.

Con la medesima lungimiranza dogmatica erano stati censurati tutti i limiti di quell'impostazione giurisprudenziale che consentiva la disapplicazione dell'atto amministrativo quale presupposto illegittimo di un contratto annullabile solo “relativamente”, cioè solo per iniziativa dell'amministrazione: indirizzo criticabile non solo perché fondato su premesse concettuali erranee<sup>2</sup>, ma soprattutto perché inadeguato alle fattispecie in cui la disapplicazione non implica un mero accertamento *incidenter tantum* dell'illegittimità dell'atto (ai fini di un giudizio sulla lesione di un diritto soggettivo), ma si risolve in un sindacato svolto *principaliter* su un “elemento costitutivo” dell'annullamento del contratto, ossia l'illegittimità dell'atto amministrativo presupposto. Tali considerazioni hanno contribuito ad alimentare un'intensa disputa ricostruttiva culminata, ancora anni dopo le significative riflessioni anticipatorie dell'Autore, nell'attribuzione legislativa al giudice amministrativo del potere di dichiarare inefficace il contratto stipulato sulla base di un atto di aggiudicazione illegittimo<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Poiché operava “una indebita commistione di istituti sostanziali (annullabilità relativa), con istituti processuali (la disapplicazione)” (*ivi*, p. 147).

<sup>3</sup> Il riferimento è, ovviamente, agli artt. 121 e 122 c.p.a. (a loro volta prodotti dal recepimento interno della “Direttiva ricorsi”, direttiva 2007/66/CE), su cui peraltro l'Autore ha continuato a riflettere avendo a mente la distinzione tra l'annullamento dell'aggiudicazione illegittima, la sua sospensione cautelare e la declaratoria di inefficacia del contratto. Mi riferisco, in particolare e da ultimo, a quanto osservato – con specifico riguardo all'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 125 c.p.a. in forza della disciplina emergenziale legata al Covid-19, con la conseguente inibizione della tutela cautelare e della declaratoria di inefficacia su una gamma più estesa di atti di aggiudicazione – in G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. I, Napoli, 2020, p. 2637 ss.; nonché, ancor prima e più in generale, al contributo sulla *Violazione della disciplina di affidamento degli appalti e sorte del contratto*, all'interno dell'opera curata dallo stesso A. dal titolo *Il*

Altri rilievi critici, nonostante la loro attualità e pregnanza, non hanno invece trovato riscontro nell'elaborazione giurisprudenziale e nell'evoluzione normativa. Alludo alle osservazioni dell'Autore in punto di riparto di giurisdizione sulla risoluzione del contratto di appalto pubblico per inadempimento dell'appaltatore, ove si era proposto di fare piana applicazione dei principi generali sul riparto di giurisdizione, riconoscendo in capo al giudice amministrativo la giurisdizione sulla legittimità del "provvedimento di risoluzione" (qualificato, appunto, come atto amministrativo negoziale). Tuttora la cognizione in dette controversie è riservata al giudice ordinario, non facendosi questione – secondo l'orientamento maggioritario – dell'esercizio di un potere amministrativo né della consistenza dell'interesse legittimo dell'appaltatore, ma trattandosi dell'accertamento di un fatto (l'inadempimento) che è il presupposto di una manifestazione di volontà negoziale dell'amministrazione *iure privatorum*, e degli effetti privatistici che ne conseguono.

## 2. *La soggettività del contraente pubblico.*

La posizione di tali premesse concettuali sulle questioni di maggior rilievo della materia ha consentito allo studioso di muovere l'attenzione, negli anni successivi, al problema della "soggettività" nei contratti della pubblica amministrazione. Seguendo le principali tendenze dell'ordinamento di fine secolo scorso, Guido Greco si è occupato a più riprese, anche in tempi recenti, della ricognizione del campo soggettivo di applicazione della disciplina normativa sull'affidamento dei contratti pubblici. Veniamo quindi a quella parte dell'opera dell'Autore relativa più precisamente al tema cui si intitola il presente contributo.

Commentando la nota sentenza della Corte di Giustizia che ha interpretato la disciplina comunitaria in senso favorevole all'avvalimento infragruppo, ossia legittimante la partecipazione alla gara della *holding* che dichiara di eseguire l'appalto (di lavori) con i mezzi e le risorse delle imprese collegate e controllate<sup>4</sup>, Guido Greco mutua il principio di diritto alla base della sentenza – *i.e.* l'irrilevanza delle relazioni infragruppo ai fini della disciplina sugli appalti di lavori – applicandolo ai rapporti ente-società per azioni parte-

---

*sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa. Quaderni della Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano, 2010.

<sup>4</sup> Corte di Giust. CE, Sez. V, 14 aprile 1994, c-389/92, *Ballast*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 1249 ss.



cipata<sup>5</sup>. Seppur l'Autore non si spinga a generalizzare *tout court* il principio dell'irrelevanza comunitaria degli affidamenti tra amministrazione e società partecipata, volgendo lo sguardo al più circoscritto ambito degli appalti di servizi si osserva che sarebbe essenzialmente illogico precludere a un ente pubblico la costituzione di una società di capitali senza, però, permettergli di usufruirne "per l'espletamento dei bisogni propri dell'ente stesso" (si tratta, ovviamente, di appalti di servizi strumentali). Il ragionamento, dunque, dovrebbe variare per appalti pubblici di servizi e per gli appalti pubblici di lavori, considerando per di più che nel distinto campo dei *servizi pubblici locali*, in forza dell'art. 22, lett. e), legge n. 142/1990, la società a prevalente capitale pubblico costituiva una forma "istituzionalizzata" di gestione del servizio pubblico stesso, affidato senza alcun obbligo di gara (e, quindi, senza l'osservanza di quei formalismi procedurali imposti, invece, dal diritto derivato allora vigente in materia di appalti di lavori, forniture e servizi *strumentali*).

Ancora una volta anticipando i tempi, per risolvere l'equivoco l'Autore proponeva una soluzione intermedia che prendesse spunto dalla primigenia disciplina comunitaria sugli appalti nei settori "speciali" (direttiva 93/38/CE), ove si escludevano dal perimetro di rilevanza dell'evidenza pubblica gli appalti affidati da un ente aggiudicatore a un'impresa controllata o collegata. Condizione affinché operasse l'esclusione era (ed è) che almeno l'80% della cifra media di affari realizzata dall'impresa negli ultimi tre anni fosse generato da attività svolta a favore dell'ente aggiudicatore o di altre imprese collegate.

Una soluzione, dunque, antesignana rispetto a quella accolta dalla Corte di Giustizia nel notissimo caso *Teckal*<sup>6</sup> sulla nozione di gestione dell'appalto *in house providing*.

Ma ciò che più rileva è che sin da queste primordiali riflessioni dell'Autore emerge l'esigenza di trattare unitariamente due problemi troppo spesso considerati isolatamente o a compartimenti stagni. Ci si riferisce alle questioni, sotto un certo profilo tra loro speculari, dell'evidenza pubblica "a monte", nell'affidamento di attività a un ente controllato dalla p.a., e dell'evidenza pubblica "a valle", nell'affidamento di attività da quel medesimo ente a terzi. Oggi se ne parla con disinvoltura a proposito, rispettivamente, della società *in house* e dell'organismo di diritto pubblico, ma in quel periodo i due profili stavano appena affiorando negli istituti normativi e nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

---

<sup>5</sup> G. GRECO, *La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle S.p.a. a capitale pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 1252 ss.

<sup>6</sup> Su cui si tornerà poco oltre al § 4.

Ancora, oggi è certamente improprio distinguere il regime degli appalti di lavori da quello dei servizi, posto che le ultime direttive comunitarie ne hanno definitivamente unificato il regime, avvicinando per di più – ancorché con i dovuti distinguo – la disciplina dell'appalto e la disciplina della concessione. Tanto che il nostro legislatore, con l'ultima e la penultima codificazione dei contratti pubblici, ha fatto confluire tutte queste forme "contrattuali" nell'ordinamento dell'evidenza pubblica.

Guido Greco gettava ulteriormente le basi del Suo pensiero annotando, poi, una sentenza della Sezioni Unite da molti conosciuta e criticata, nella quale la Corte di Cassazione ha optato per un'interpretazione della normativa (allora vigente) in base alla quale l'affidamento di un servizio pubblico a una società in prevalente partecipazione pubblica non avrebbe presentato, sostanzialmente, connotati pubblicistici tali da imporre l'evidenza pubblica nell'affidamento di attività a terzi da parte della società<sup>7</sup>. Ciò a differenza che per la concessione di (soli) lavori, che invece avrebbe realizzato un trasferimento di funzioni in grado di giustificare poi, a valle, l'applicazione del regime tipico della contrattualistica pubblica.

Censurando anzitutto l'impropria distinzione – sotto tale specifico profilo – tra concessione di soli lavori e concessione di servizi, l'A. sottoponeva a critica l'osservazione della Corte secondo cui non sarebbe sussistita la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti adottati dalla società a partecipazione pubblica affidataria del servizio pubblico, sulla quale l'ente pubblico socio non avrebbe esercitato alcun potere di controllo pubblicistico. Al contrario, si osservava correttamente che, da un lato, nella concessione come nell'affidamento di servizi pubblici a una s.p.a. pubblica si realizza una formale "esternalizzazione" dell'attività e che, dall'altro lato, dal punto vista sostanziale il ricorso alla società partecipata addirittura mantiene l'amministrazione pubblica a maggior contatto con l'attività affidata, svolta comunque da un soggetto cui essa partecipa e di cui seleziona gli organi apicali (a differenza che nel caso del semplice concessionario).

Non ci si sente di condividere in pieno, oggi come allora, l'osservazione dell'Autore per la quale lo schermo della personalità giuridica della società pubblica non osterebbe alla sostanziale "immedesimazione" tra ente e società<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> G. GRECO, *Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 1062 ss., a commento di Cass. civ., Sez. Un., sentenza 6 maggio 1995, n. 4991, *ivi*, p. 1056.

<sup>8</sup> *Ivi*, p. 166, ove si osserva che "al di là del velo della personalità giuridica, sussiste sempre e per molti profili un rapporto di immedesimazione tra società controllata ed ente controllo-

Ancorché la considerazione si consumi dichiaratamente su un piano “metagiuridico” e apprezzi la dimensione puramente “finanziaria” dell’apporto pubblico al capitale della società, la riconduzione materiale della società partecipata all’ente pubblico ha condotto a esiti applicativi poco desiderabili e di dubbia coerenza sistematica (come si dirà oltre a proposito della responsabilità degli amministratori di società pubbliche). L’attribuzione alla società (o, forse, sarebbe meglio dire il “mantenimento” in capo alla stessa) della personalità giuridica, da cui consegue il beneficio della segregazione patrimoniale, risulta difatti inconciliabile con una nozione, ancorché sfumata, di “immedesimazione”, la quale si addice ai rapporti tra soggetto e organo, non già alla relazione tra due soggetti giuridicamente e patrimonialmente autonomi.

Ciò che invece appare di certo condivisibile è la critica alla conclusione cui erano giunte le Sezioni Unite, secondo le quali l’affidamento di servizi pubblici locali a una società partecipata, ai sensi dell’art. 22 della legge n. 142/1990, avrebbe consentito di obliterare l’evidenza pubblica non solo “a monte” (ossia, nella selezione dell’operatore cui affidare la gestione del servizio, in assenza di un provvedimento concessorio), ma pure “a valle” (ossia, nei rapporti tra la società affidataria in via diretta del servizio e i suoi appaltatori): “con chiara elusione della disciplina comunitaria”. Per non smentire i principi affermati dalla Corte in una pronuncia precedente<sup>9</sup>, le Sezioni Unite avevano dato per presupposto un distinguo tra affidamento in concessione di lavori e affidamento in concessione di servizi pubblici che francamente appare poco comprensibile, quantomeno con le categorie odierne.

Ad ogni modo, preme in questa sede sottolineare non solo il *merito* di quanto osserva Guido Greco, che in larga misura ho già detto di condividere ampiamente seppur con un approccio agevolato dal senno del poi (che aiuta sicuramente ad apprezzare posizioni poi “accolte” dall’evoluzione normativa e dalla prassi), ma anche il *metodo* che segna questo passaggio come altri della

---

re”, di modo che l’affidamento di attività a società di capitali partecipate “manifesta connotazioni certo più pubblicistiche (quanto meno in senso metagiuridico) di quanto lo sia la concessione del pubblico servizio”.

<sup>9</sup> Secondo Cass. civ., Sez. Un., sentenza 23 dicembre 1990, n. 12221, con la concessione di soli lavori il concessionario verrebbe investito di vere e proprie funzioni pubbliche, potendo esercitare poteri e facoltà normalmente spettanti all’ente concedente, con conseguente applicazione del regime pubblicistico agli atti adottati dal concessionario nell’espletamento di tali compiti. Tali conclusioni, per cui in ultima istanza il giudice amministrativo dovrebbe conoscere delle controversie tra il concessionario e il suo appaltatore, nella successiva sentenza n. 4991/1995 cit. non sono state ritenute applicabili al caso della concessione di servizio pubblico, per le ragioni già sottoposte a critica.

Sua opera. Per divincolarsi dall'*impasse* logico-argomentativa cui avrebbe condotto l'eccessiva fedeltà alle affermazioni del giudice, nel medesimo contributo Guido Greco ricorda un punto semplice ma fondamentale per il rigore cui dovrebbe sempre attenersi il giurista: il problema giuridico – ossia l'affermazione della giurisdizione su una controversia relativa a un appalto di lavori su un'opera concessa – “è [...] e non può che essere di stretto diritto positivo”<sup>10</sup>. Tanto più che la pronuncia criticata non aveva sufficientemente considerato la normativa sopravvenuta alla giurisprudenza utilizzata dalla sentenza stessa ma precedente alla medesima, non avvedendosi che le direttive europee sull'affidamento di appalti, sui ricorsi contro gli atti di tali procedure e sull'affidamento di appalti nei settori (oggi definiti) “speciali”<sup>11</sup> deponevano in senso opposto a quanto affermato<sup>12</sup>.

L'accento alla normativa dell'inizio degli anni Novanta consente a questo punto di entrare un poco più nel dettaglio dei tre “istituti” della contrattualistica pubblica su cui l'Autore si è intrattenuto più volte nelle colonne della *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* dallo stesso diretta. I diversi studi di Guido Greco sull'organismo di diritto pubblico, sull'impresa pubblica e sulla società *in house* hanno accompagnato l'interprete nella comprensione dell'evoluzione di categorie normative divenute autonome proprio in forza delle direttive europee e della legislazione interna mutate nel tempo.

---

<sup>10</sup> G. GRECO, *Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica*, cit., p. 1067.

<sup>11</sup> Si trattava, in particolare, della direttiva 89/440/CE (con il relativo d.lgs. n. 406/1991 di recepimento) e della direttiva 90/531/CE, che non solo equiparavano all'ente pubblico persone giuridiche eminentemente private, ma più specificamente fornivano alcune nozioni (di ente aggiudicatore e impresa pubblica) che estendevano alla società a partecipazione pubblica, a determinate condizioni, il regime dell'affidamento dei contratti pubblici.

<sup>12</sup> Riconosce però l'A. (sempre *ivi*, p. 1068 ss.) che la soggezione delle società pubbliche esercenti un pubblico servizio alla normativa sull'evidenza pubblica non implicherebbe di per sé la devoluzione al giudice amministrativo della giurisdizione sulle controversie relative agli atti che ne costituiscono applicazione, poiché detti atti rimarrebbero sostanzialmente privati (dal punto di vista oggettivo e soggettivo). A tale esito, peraltro, si giungeva con l'applicazione della direttiva “ricorsi” (direttiva 89/665/CE e poi direttiva 92/13/CE), che non ammetteva discriminazione alcuna nella tutela contro gli atti adottati in materia di appalti pubblici di rilevanza comunitaria. A detta dell'A., proprio tale previsione comunitaria imponeva di devolvere al giudice amministrativo anche le controversie sugli atti adottati da enti *non* pubblici, ma comunque committenti di appalti oggettivamente pubblici poiché di rilevanza comunitaria.

### 3. *L'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica: questioni irrisolte.*

Proprio l'approccio fedele al diritto positivo conduceva Guido Greco, in un primo momento, ad affermare conclusioni pressoché opposte, in punto di soggezione agli obblighi di gara, per gli appalti di lavori e forniture<sup>13</sup>, da un lato, e per gli appalti di servizi, dall'altro. Con riguardo ai secondi, infatti, la riconduzione di un soggetto all'interno della categoria dell'organismo di diritto pubblico avrebbe comportato non già l'estensione dell'applicazione degli obblighi di gara, come con riguardo ai primi, quanto l'esenzione dall'evidenza pubblica nei rapporti tra amministrazione e organismo, proprio in forza delle disposizioni comunitarie allora applicabili<sup>14</sup> – esattamente ciò che avviene, oggi, con l'istituto dell'affidamento *in house*.

Se tale elemento verrà inesorabilmente superato dalla progressiva omogeneizzazione, nel diritto sovranazionale, della disciplina delle tre tipologie di appalto, paiono ancora oggi di grande attualità alcune considerazioni critiche spese allora dall'Autore in ordine alla corretta interpretazione dei presupposti affinché un soggetto possa essere qualificato come organismo di diritto pubblico. Non è certo un mistero che il primo dei tre elementi richiesti, ossia l'essere il soggetto "istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale", ha da sempre destato le maggiori perplessità ricostruttive.

Guido Greco innesta le sue considerazioni problematiche proprio su questo elemento, a commento della prime sentenze della Corte di Giustizia che hanno tentato, senza troppo successo, di dare una direzione chiara all'interpretazione del diritto comunitario<sup>15</sup>. E sin dalle prime riflessioni l'Autore sembra concentrarsi su due profili che, effettivamente, tuttora non paiono di pronta

---

<sup>13</sup> Disciplinati rispettivamente, all'epoca, dalla direttiva 93/37/CE e dalla direttiva 93/36/CE, ove si poneva la primigenia nozione di organismo di diritto pubblico (invero non particolarmente differente da quella attualmente in vigore).

<sup>14</sup> Ossia, l'art. 6 della direttiva 92/50/CE, su cui v. G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 1285 ss.; nonché poi ID., *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, *ivi*, 1998, p. 734 ss.

<sup>15</sup> Oltre ai due contributi citati nella nota precedente, penso a G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, *ivi*, 1999, p. 184 ss., ove si commenta la sentenza Corte di Giust. CE, 10 novembre 1998, c-360/96, *Gemeente Arnhem*, sottolineando innanzitutto che, trattandosi nel caso di specie di una concessione di servizi e non già di un appalto (ma la Corte non è stata di questa opinione, principalmente perché al concessionario sarebbe stato corrisposto un "prezzo" per l'attività di gestione dei rifiuti), la questione interpretativa sulla nozione normativa di o.d.p. non avrebbe dovuto nemmeno essere affrontata.

soluzione, potendosi invece condividere in larga misura le obiezioni dallo stesso poste e riproposte in varie occasioni.

Pare infatti inafferrabile la distinzione tra l'attività di interesse generale priva del carattere commerciale o industriale e l'attività, pur sempre di interesse generale, ma connotata da tratti "imprenditoriali". Ciò perché il criterio inizialmente accolto dalla Corte di Giustizia si incentrava su profili eminentemente finalistici, senza invece dare il dovuto rilievo al tipo di attività esercitata e, più in particolare, alla rilevabilità o meno di un rischio di impresa. L'esasperazione del profilo teleologico (il soddisfacimento di interessi generali della comunità) può condurre, in altri termini, a qualificare come organismi di diritto pubblico figure soggettive che, invero, esercitano attività economiche non dissimili da quelle svolte da imprenditori privati.

Tale ultima considerazione introduce poi il secondo problema affrontato a più riprese dall'Autore, attinente ai confini della nozione in parola con quella – parallela e normativamente distinta – di "impresa pubblica". Accedendo all'interpretazione incentrata sul profilo puramente teleologico, infatti, non è dato escludere che un medesimo soggetto possa essere a un tempo qualificato sia come organismo di diritto pubblico sia come impresa pubblica<sup>16</sup>. E ciò effettivamente pare confliggere con l'impostazione del legislatore comunitario, che innanzitutto con riferimento ai settori speciali<sup>17</sup> distingue le due nozioni proprio perché esse dovrebbero essere applicate a soggettività oggettivamente distinte, ravvisandosi o meno in esse la presenza dei tratti tipici dell'imprenditore.

Applicando il ragionamento all'ordinamento interno, finiscono per essere assimilate all'organismo di diritto pubblico figure soggettive che tradizionalmente non si faticava a definire come imprenditori, quali l'ente pubblico economico e, in generale, la società a partecipazione pubblica, certamente qualificabili come imprese pubbliche non solo in forza del diritto derivato ma, ancor prima, secondo i Trattati<sup>18</sup>.

Il pensiero dell'A. si spinge, in seguito, verso una più radicale confutazione del criterio "teleologico" o "funzionale" (puro), di cui viene scrutinato lo stesso

---

<sup>16</sup> G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2000, p. 43 ss.; il capitolo dell'opera qui citato è stato riproposto in *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 839 ss.

<sup>17</sup> In particolare, nella direttiva 93/38/CE.

<sup>18</sup> Ancorché al distinto fine di tracciare la disciplina sugli aiuti di stato e precludere indebiti vantaggi anticoncorrenziali, appunto, all'impresa pubblica.

so fondamento normativo, con esito negativo<sup>19</sup>. Esso si palesa infatti “neutro” e poco significativo per la protezione dei beni giuridici tutelati dal sistema normativo, ossia la concorrenza e il (corretto funzionamento del) mercato. Le finalità non commerciali o non industriali perseguite dall’ente di incerta qualificazione non per forza implicano la necessità di applicare la normativa pubblicistica sull’affidamento di contratti a terzi (si pensi agli enti privati del terzo settore, o comunque a soggetti collettivi non lucrativi con finalità di interesse sociale); viceversa, un ente a vocazione imprenditoriale ben potrebbe (come infatti può) essere tenuto ad applicare la disciplina del codice dei contratti pubblici: è proprio il caso dell’impresa pubblica. E allora pare debole appigliarsi alla ricognizione degli scopi dell’organismo in questione per trarre il fondamento dell’applicazione di un regime giuridico che, in fondo, trova la sua *ratio* non tanto in elementi teleologici, quanto piuttosto in profili economico-giuridici più precisi.

In tanto si danno regole gravose e stringenti per il governo dell’evidenza pubblica in quanto è necessario garantire tre obiettivi: l’affidamento al contraente più capace e alle condizioni migliori per l’acquirente pubblico; il rispetto della parità di trattamento tra operatori qualificati; la protezione dell’azione amministrativa da comportamenti illeciti (*in primis*, le corrottele), con l’applicazione di regole di trasparenza. A ben vedere, ci spiega Guido Greco, le ragioni per cui un ente è stato creato dicono ben poco o nulla sulla necessità che tale “persona” di incerta qualificazione sia assoggettata a quel blocco di regole che tutelano dette esigenze, semplicemente perché i fini istituzionali non depongono in un senso o nell’altro (e quindi sono effettivamente neutri allo scopo).

Così è stata salutata con favore, anche in tempi più recenti<sup>20</sup>, l’attenuazione delle rigidità del criterio funzionale a favore di un approccio giurisprudenziale “prevalentemente gestionale” nella ricognizione della nozione di organismo di diritto pubblico, identificato come quel soggetto che *non* operi in “normali condizioni di mercato”, non persegua lo scopo di lucro e (soprattutto) non subisca le perdite dell’attività. Laddove, segnatamente, l’ente pubblico intervenga – statutariamente o in via di fatto – a impedire il fallimento dell’impresa, sarà giocoforza ravvisare i presupposti dell’organismo di diritto pubblico.

---

<sup>19</sup> G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti “in house”: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2005, I, p. 62 ss.

<sup>20</sup> G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2019, p. 74 ss., con riferimento anzitutto alla sentenza Corte di Giust. CE, 22 maggio 2003, c-18/01, *Taitolato*.

In realtà, pure nei settori ordinari diverse “imprese pubbliche” operano al di fuori dal mercato. Di modo che, da un lato, quanto meno per gli enti a partecipazione pubblica (società, ma anche fondazioni o associazioni) la categoria dell’organismo di pubblico assorbe *a fortiori* quella delle imprese pubbliche<sup>21</sup>, poiché se è vero che l’organismo di diritto pubblico è tale se opera fuori dal mercato allora lo sono tutte quelle imprese che hanno un rapporto economico privilegiato con una determinata amministrazione, per cui di fatto non operano in un contesto concorrenziale; e che, dall’altro lato, perde aderenza al dettato normativo la distinzione accolta dalla giurisprudenza, che finisce per allontanarsi dai caratteri del soggetto (tendenzialmente giuridico-formali) concentrandosi sui caratteri dell’attività svolta o del contesto di mercato in cui opera (caratteri, cioè, economico-materiali), venendo meno così quella dimensione “formale” di cui invece necessita qualsiasi nozione giuridica affinché sia applicabile con minimo rigore e non conduca a esiti oggettivamente discutibili.

Da ultimo, non può essere dimenticato il rilievo attribuito dall’Autore, in ottica eminentemente sistematica, al perimetro nozionistico dell’organismo di diritto pubblico, da cui infatti può essere ricavato *a contrario* il confine dell’“ente pubblico” (ma solo di quello che viene definito “autarchico” o “amministrativo”, cioè dell’ente pubblico “in senso stretto” e non imprenditoriale): posto che tutti gli enti pubblici sono organismi di diritto pubblico, saranno enti pubblici quegli organismi di diritto pubblico che non siano qualificabili come imprese pubbliche (per l’assenza del carattere imprenditoriale) e ai quali non sia espressamente attribuita personalità giuridica di diritto privato.

#### 4. *L’affidamento in house providing e la società in house.*

Parallelamente allo studio della nozione di organismo di diritto pubblico, l’Autore si è occupato a più riprese del concetto e del regime dell’affidamento diretto, isolando la categoria dell’*in house providing*.

Nei contributi già citati – e quindi esaminando proprio quelle nozioni che, in tesi, ampliano l’ambito soggettivo di applicazione del codice dei contratti

---

<sup>21</sup> Ciò che viene rilevato espressamente dall’A. (in G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, V ed., cit., p. 76), laddove osserva che “anche quest’ultima chiave interpretativa [quella che accede al criterio ‘gestionale’ relativo al mercato in cui opera l’ente, *n.d.r.*], non esclude affatto che nell’ambito della nozione di organismo di diritto pubblico possano essere ricondotte varie ipotesi di impresa pubblica e, in particolare, di società di capitale, con attività imprenditoriale in qualche modo condizionata dalla proprietà pubblica”.



pubblici – emerge il chiaro collegamento tra le due dimensioni (a monte e a valle) dell'affidamento dei contratti pubblici, tale per cui l'organismo di diritto pubblico (nozione che teoricamente dovrebbe portare a *estendere* l'ambito di applicazione dell'evidenza pubblica a valle) risultava beneficiario di affidamenti diretti proprio per la sua assimilazione a un'amministrazione aggiudicatrice (con il risultato, quindi, di portare a *restringere* l'ambito di applicazione dell'evidenza pubblica a monte).

In altri lavori dedicati specificamente al tema, l'affidamento diretto di attività pubbliche viene analizzato ponendosi, anzitutto, la questione dell'effettivo perimetro dell'evidenza pubblica e della rilevanza comunitaria non solo dell'*appalto*, ma anche della *concessione* di servizi pubblici (rimasta invece sullo sfondo delle riflessioni sull'o.d.p.). Vale a dire che, innanzitutto, la legittimità dell'affidamento diretto di attività – nel settore dei servizi pubblici – non poteva confrontarsi con un dato normativo inequivocabile, attesa l'assenza di una disciplina sovranazionale sull'affidamento di servizi pubblici<sup>22</sup>. D'altra parte, pure nelle direttive sugli appalti pubblici di lavori e di forniture difettava una disposizione che stabilisse con maggiore determinatezza gli affidamenti irrilevanti per l'evidenza pubblica (a differenza di quanto previsto dalla direttiva 92/50 sugli appalti pubblici di servizi già definiti strumentali, nonché dalla direttiva 93/38 per gli appalti nei settori "speciali").

Il pregio dell'opera di Guido Greco sul tema dell'affidamento *in house providing* risiede proprio nell'aver affrontato la questione con un approccio sinottico, nel tentativo (riuscito) di porre a fattor comune le conclusioni raggiunte parziariamente dalla giurisprudenza, collocando l'istituto in un "sistema". Tali riflessioni, che in parte confermavano ciò che anni prima l'Autore si era trovato ad affermare, hanno anticipato a loro volta la direzione che avrebbe poi intrapreso l'ordinamento positivo proprio sulla scorta della giurisprudenza commentata: in estrema sintesi, l'estensione alle concessioni – anche di servizi

---

<sup>22</sup> In origine, si v. G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1461 ss., ove – a commento della fondamentale sentenza Corte di Giust. CE, 18 novembre 1999, c-107/98, *Teckal*, nonché delle coeve sentenze Corte di Giust. CE, 9 settembre 1999, c-108/98, *RI.SAN.*, e 7 dicembre 2000, c-94/99, *Arge Gewässerschutz*, sulle quali non si ha modo di soffermarsi diffusamente in queste sede – si sottolinea la necessità di un esame congiunto dei principi affermati dalla Corte (e delle vicende lì decise), nonostante l'apparente eterogeneità delle questioni trattate, proprio per ricostruire con maggiore completezza i confini del problema affrontato, superando l'inevitabile parcellizzazione che caratterizza il formante giurisprudenziale (pur sempre vincolato, anche in sede comunitaria, al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato).

pubblici – della disciplina comunitaria sull’evidenza pubblica, cui è seguita l’applicazione trasversale del meccanismo di esenzione dell’*in house providing*.

Agli occhi del giurista odierno si tratta di problemi grossomodo ormai risolti, anche grazie al contributo di chi, come Guido Greco, si è trovato a compiere un laborioso sforzo ricostruttivo delle categorie<sup>23</sup>. Su di essi, dunque, non pare il caso di soffermarsi, permanendo solo il consueto stupore per l’apparente<sup>24</sup> equilibrio raggiunto oggi in una materia tormentata, allora, da un’inesorabile complessità.

Si schiudono piuttosto nuove prospettive problematiche scaturenti proprio dall’imprevedibile metamorfosi registrata dall’istituto (oggettivo-sostanziale) dell’affidamento diretto, che ha prodotto, in tempi recenti, nuove categorie soggettivo-formali – prima tra tutte, quella della società *in house*. La progressiva “entificazione” della società soggetta al controllo analogo dei soci partecipanti ha infatti dato adito all’estensione di taluni regimi giuridici ordinariamente riservati agli enti pubblici in senso stretto (cioè, agli enti soggettivamente qualificati come tali dalle norme), con un dubbio travaso di nozioni funzionali in categorie strutturali.

Alludo, tra l’altro, alla questione della “fallibilità” della società *in house*, avviata a positiva soluzione dopo un troppo lungo periodo di incertezza dovuta proprio alla pretesa pubblicizzazione dei tratti soggettivi di un imprenditore, invero, organizzato in forma di persona giuridica privata; nonché, e direi soprattutto, all’estensione giurisprudenziale e (apparentemente) normativa della giurisdizione della Corte dei conti al danno erariale cagionato dagli amministratori e dipendenti di società *in house*, in ragione di una pretesa assimilazione

---

<sup>23</sup> I cui frutti possono cogliersi sia nel lavoro di poco successivo alle novità giurisprudenziali in parola: G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismo di diritto pubblico, affidamento “in house”: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, cit., p. 73 ss., ove si traggono le prime “implicazioni complessive” sull’ambito di applicazione – allora, in divenire – dell’evidenza pubblica; sia nel citato capitolo degli *Argomenti di diritto amministrativo*, V ed., 2019, cit., p. 77, laddove si sottolineano gli incroci tra l’istituto dell’*in house providing* e la disciplina delle società a partecipazione pubblica.

<sup>24</sup> Ricorro all’attributo dopo aver letto il più recente intervento in tema dell’A. (G. GRECO, *Concessioni affidate alle società in house: una contradictio in adjecto*, in *Giustizia insieme*, 2021), nel quale, oltre a evidenziarsi la contraddittorietà intrinseca nell’applicazione del concetto di affidamento *in house* al modello di gestione di attività proprio della concessione (che implica per definizione l’esternalizzazione dell’attività e, soprattutto, la traslazione del rischio operativo, che secondo l’A. invece non si realizzerebbero nell’affidamento diretto), si sottolineano le diverse criticità ricostruttive che affliggono la figura della società *in house*.

sostanziale della società all'ente pubblico che mal si concilia con l'autonomia patrimoniale della società e del socio.

L'opera attenta e rigorosa di Guido Greco costituirà certa fonte di ispirazione per quegli studiosi, attuali e futuri, che continueranno a ricercare la *concordia discors* del regime giuridico della società *in house*.

# IL MUTAMENTO DI DESTINAZIONE D'USO DEGLI IMMOBILI NEGLI ULTIMI QUARANT'ANNI

*Alberto Roccella*

SOMMARIO: 1. Le origini del problema. – 2. Illecito edilizio e illecito funzionale. – 3. La pianificazione funzionale. – 4. Il mutamento d'uso urbanisticamente rilevante. – 5. Modifiche della destinazione d'uso e modifiche dell'uso degli immobili. – 6. Lungi dai raccontini.

## 1. *Le origini del problema.*

La legge 28 gennaio 1977, n. 10, *Norme per la edificabilità dei suoli*, comunemente nota come *legge Bucalossi*, poneva all'art. 1, sotto la rubrica "Trasformazione urbanistica del territorio e concessione di edificare", una disposizione di carattere generale: "Ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale partecipa agli oneri ad essa relativi e la esecuzione delle opere è subordinata a concessione da parte del sindaco, ai sensi della presente legge". Questa ampia formula fece nascere negli anni successivi il problema del regime dei mutamenti di destinazione d'uso degli immobili; la legge però non trattava espressamente questo problema per il quale una prima apposita disciplina statale fu emanata soltanto dopo vari anni con la legge 28 febbraio 1985, n. 47, *Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie*.

Nella sua ampia produzione scientifica, che ha toccato aspetti vari del diritto amministrativo, Guido Greco ha dedicato al tema in oggetto tre saggi, il primo nel 1986<sup>1</sup>, subito dopo la legge n. 47/1985, il secondo nel 1991 a commento della prima sentenza della Corte costituzionale sull'argomen-

---

<sup>1</sup> G. GRECO, *La destinazione d'uso degli immobili e il relativo mutamento* (artt. 7, primo comma, 8 e 25, ultimo comma), in *Riv. giur. urb.*, 1986, pp. 133-158.

to<sup>2</sup>, il terzo nel 1999, in occasione di una modifica alla disciplina del 1985<sup>3</sup>. Da questo ultimo saggio sono ormai trascorsi venticinque anni nel corso dei quali i mutamenti di destinazione d'uso degli immobili hanno costituito oggetto di nuova disciplina statale e regionale e anche di sentenze della Corte costituzionale.

Si esaminano qui i contributi scientifici di Guido Greco (d'ora in poi per brevità GG) sui mutamenti di destinazione d'uso degli immobili e si illustrano gli sviluppi successivi del tema.

## 2. *Illecito edilizio e illecito funzionale.*

Nel saggio del 1986 GG ricordava innanzi tutto le diverse posizioni maturate dalla giurisprudenza penale e da quella amministrativa dopo la legge Bucalossi.

La giurisprudenza penale traeva argomento dall'ampia formula dell'art. 1 di quella legge per sostenere la rilevanza urbanistica delle modificazioni delle destinazioni d'uso degli immobili che comportassero la loro traslazione dall'una all'altra delle categorie indicate dal d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, il quale all'art. 2 aveva individuato sei tipi di zone territoriali omogenee, contrassegnate con le lettere dell'alfabeto da A) a F)<sup>4</sup>. Le modificazioni senza opere all'interno di una medesima categoria dovevano invece considerarsi urbanisticamente irrilevanti.

La giurisprudenza amministrativa invece si era stabilizzata, sia pure dopo alcune oscillazioni, su una posizione diversa, che svalutava l'art. 1 della legge n. 10/1977 e dava invece rilievo alla mancanza di una specifica disciplina del mutamento di destinazione d'uso senza opere, con la conseguenza che le limitazioni e i divieti a tale tipo di mutamento disposti dai piani urbanistici venivano considerati illegittimi. Dal punto di vista urbanistico ogni immobile

---

<sup>2</sup> G. GRECO, *Il mutamento di destinazione d'uso al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, pp. 195-202, in commento a Corte cost. 11 febbraio 1991, n. 73.

<sup>3</sup> G. GRECO, *Uso e destinazione d'uso, tra precetti conformativi della proprietà e jus utendi*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, pp. 115-126, pubblicato anche in *Scritti in onore di Elio Casetta*, a cura di V. Molaschi, C. Videtta, vol. II, Napoli, 2001, pp. 629-645.

<sup>4</sup> Il d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, pubblicato nella *G.U.* n. 97 del 16 aprile 1968, fu emanato in attuazione degli ultimi due commi dell'art. 41-*quinquies* della legge urbanistica, la legge 17 agosto 1942, n. 1150, aggiunto al testo originario della legge dall'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765.

era considerato suscettibile di tutte le destinazioni d'uso compatibili con la sua struttura fisica.

La legge n. 47/1985 non aveva sciolto compiutamente l'alternativa fra i due diversi indirizzi giurisprudenziali. L'art. 7 della legge aveva disciplinato le opere eseguite in assenza di concessione edilizia, in totale difformità o con variazioni essenziali e il successivo art. 8, comma 1, aveva demandato alle Regioni il compito di stabilire quali fossero le variazioni essenziali al progetto approvato tenendo conto che l'essentialità poteva ricorrere soltanto al verificarsi delle condizioni ivi indicate, la prima delle quali (lett. a) era "il mutamento delle destinazioni d'uso che implichi variazione degli standard previsti dal d.m. 2 aprile 1968".

L'art. 15, dedicato alle varianti in corso d'opera, aveva escluso che vi rientrassero quelle comportanti modifiche della destinazione d'uso delle costruzioni e delle singole unità immobiliari.

Il successivo art. 25, dedicato alla *Semplificazione delle procedure* aveva stabilito al comma 4 che "La legge regionale stabilisce, altresì, criteri e modalità cui dovranno attenersi i comuni, all'atto della predisposizione di strumenti urbanistici, per l'eventuale regolamentazione, in ambiti determinati del proprio territorio, delle destinazioni d'uso degli immobili nonché dei casi in cui per la variazione di essa sia richiesta la preventiva autorizzazione del sindaco. La mancanza di tale autorizzazione comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 10 ed il conguaglio del contributo di concessione se dovuto". Al riguardo si può osservare che la collocazione era impropria giacché la disposizione non recava affatto una semplificazione di procedura, ma ciò non sminuisce la novità e la rilevanza della disposizione la quale istituiva nuovi poteri legislativi e amministrativi (pianificatori).

Infine l'art. 26, comma 1, aveva disciplinato le *Opere interne*, non soggette a concessione né autorizzazione, individuandone le caratteristiche fra le quali quella di non comportare modifiche alle destinazioni d'uso delle costruzioni e delle singole unità immobiliari.

GG notava innanzi tutto che le nuove disposizioni introdotte dalla legge n. 47/1985 non erano sufficientemente coordinate tra loro e neanche con la normativa precedente non espressamente abrogata o modificata, cosicché i primi commentatori avevano prospettato su ogni singolo aspetto un ampio ventaglio di soluzioni tavolata fortemente differenziate. Egli si impegnava quindi in un inquadramento delle nuove disposizioni sui mutamenti di destinazione d'uso nell'ambito del regime complessivo dell'attività edificatoria, sostenendo soluzioni che assicurassero la coerenza del sistema.

Sulla base di questa impostazione di metodo egli escludeva, in consapevole contrasto con l'opinione di Predieri, che l'art. 8 sulle variazioni essenziali potesse comprendere i mutamenti di destinazioni d'uso senza opere, per una insuperabile ragione testuale consistente nel riferimento degli artt. 7 e 8 a *opere*. Egli introduceva così la distinzione tra *illecito edilizio*, consistente nella realizzazione di opere, e *illecito funzionale*, consistente soltanto nell'uso di un immobile, e attribuiva a questa distinzione un rilievo sistematico tenendo conto che per le variazioni essenziali la sanzione consisteva nella demolizione dell'immobile e, in caso di inottemperanza, nell'acquisizione di diritto gratuita al patrimonio del Comune. L'estensione di tale sanzione ai mutamenti di destinazione d'uso senza opere risultava, secondo GG, incompatibile col principio di proporzionalità della sanzione, ma anche illogica perché la sanzione ripristinatoria di un illecito funzionale consiste nella inibizione del nuovo uso non consentito, non certo nell'affittiva demolizione dell'immobile.

La correttezza di questa impostazione ha trovato conferma negli sviluppi successivi della legislazione, statale e regionale, nonché della giurisprudenza costituzionale. Il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia oggi vigente (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) ha rinnovato all'art. 31 la disciplina degli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali. La Corte costituzionale è stata investita in via principale del giudizio di una disposizione di legge regionale della Toscana in tema di mutamento di destinazione d'uso senza opere<sup>5</sup>, impugnata proprio per violazione dell'art. 31 del testo unico considerato principio fondamentale della legislazione e quindi parametro del giudizio. La Corte ha definito il giudizio chiarendo che l'art. 31 del testo unico si riferisce soltanto a "interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, o in totale difformità rispetto ad esso, che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso da quello oggetto del permesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto che dia vita a un organismo edilizio (o parte di esso) autonomamente utilizzabile: ipotesi ben distinte da quelle della mera modificazione dell'uso senza opere edilizie di un'unità immobiliare", oggetto della disposizione regionale impugnata; la censura del Governo è stata quindi rigettata<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Legge reg. Toscana, 10 novembre 2014, n. 65, *Norme per il governo del territorio*, art. 196, *Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali*, comma 8, lett. b-bis), inserita dalla legge reg. 22 novembre 2019, n. 69, art. 51, comma 6.

<sup>6</sup> Corte cost. 13 gennaio 2021, n. 2, § 15.2 del *Considerato in diritto*.

La distinzione proposta da GG tra *illecito edilizio* e *illecito funzionale* è entrata così nell'ordinamento, almeno ai fini delle sanzioni previste dall'art. 31 del testo unico. Inoltre è molto interessante notare che la legislazione regionale della Toscana ha accolto anche l'indicazione di GG sul tipo di sanzione da applicare per i mutamenti di destinazione d'uso urbanisticamente rilevanti eseguiti, senza opere edilizie, in assenza di permesso di costruire o in difformità dallo stesso. In questi casi il Comune ordina la cessazione dell'utilizzazione difforme dell'immobile disponendo che questa avvenga entro il termine massimo di novanta giorni e solo in caso di inottemperanza a questo ordine irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 e 20.000 euro<sup>7</sup>.

### 3. La pianificazione funzionale.

L'art. 25, comma 4, della legge n. 47/1985 prevedeva che la regolamentazione delle destinazioni d'uso degli immobili fosse eventuale e, in ogni caso, soggetta a legislazione regionale e al successivo esercizio da parte dei Comuni di una loro nuova potestà pianificatoria.

L'impostazione sistematica seguita induceva GG a trarre dalla disposizione la nuova categoria della *pianificazione funzionale*, a carattere eventuale e distinta da quella tradizionale relativa all'esecuzione di opere. In mancanza di legge regionale e di pianificazione comunale rispettosa della legge regionale, doveva ritenersi che il mutamento di destinazione d'uso degli immobili senza opere rientrasse nelle piene facoltà dei proprietari. GG inoltre si poneva il problema dei possibili contenuti della futura legislazione regionale sostenendo che essa non potesse conferire un potere pianificatorio in bianco ma dovesse indicare criteri, modalità e limiti della eventuale pianificazione comunale.

Le posizioni sostenute da GG hanno trovato piena conferma qualche anno dopo in occasione del giudizio di legittimità costituzionale di una disposizione di legge regionale del Veneto che assoggettava ad autorizzazione onerosa tutti i mutamenti di destinazione d'uso senza interventi edilizi, purché compatibili con le prescrizioni degli strumenti urbanistici e comportanti la corresponsione di un contributo pari alla differenza fra la precedente e la nuova destinazione<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Legge reg. Toscana, 10 novembre 2014, n. 65, art. 196, commi 2-bis e 4-bis.

<sup>8</sup> Legge reg. Veneto, 27 giugno 1985, n. 61, art. 76, comma 1, punto 2, come modificato dall'art. 15 della legge reg. 11 marzo 1986, n. 9.



La Corte costituzionale ha definito il giudizio innanzi tutto concordando con la tesi di GG della irrilevanza penale dei mutamenti d'uso meramente funzionali, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 47/1985; secondo la sentenza resa dalla Corte il riferimento di questa disposizione alle variazioni essenziali *del progetto* valeva a escludere dal regime della concessione ogni ipotesi di mutamento di destinazione non connessa con modifiche strutturali dell'immobile. La Corte ha poi affermato che la modifica funzionale della destinazione non connessa all'esecuzione di interventi edilizi poteva essere assoggettata soltanto al regime dell'autorizzazione, e solo dopo che i criteri dettati dall'apposita legge regionale prevista dall'art. 25 della legge n. 47/1985 fossero stati filtrati ed attuati in sede di pianificazione urbanistica comunale relativamente ad ambiti determinati. La nuova disciplina richiedeva dunque un preventivo apprezzamento di insieme del territorio diretto a verificare se dalla mutata utilizzazione senza opere potessero effettivamente derivare situazioni di incompatibilità con il tessuto urbanistico. Questo apprezzamento, richiedendo il concreto esame delle diverse situazioni ambientali, era possibile nel momento pianificatorio mediante strumenti idonei sia ad assicurare il soddisfacimento delle reali esigenze di ciascuno degli ambiti territoriali considerati sia a garantire di volta in volta, ai fini del rilascio o del diniego dell'autorizzazione, un'obiettivo e congrua valutazione ancorata a parametri predeterminati da detti strumenti. La norma della Regione Veneto impugnata contrastava dunque con l'art. 117 Cost. perché si sostituiva ai Comuni assoggettando direttamente ad autorizzazione tutti i mutamenti di destinazione d'uso in difformità dal principio fondamentale della legge statale, che aveva invece subordinato il regime dell'autorizzazione a preventive valutazioni d'ordine urbanistico in sede di pianificazione comunale<sup>9</sup>.

Nel commento di GG non si trovava alcun compiacimento per la precisa corrispondenza della sentenza a quanto da lui sostenuto in precedenza. Si trovava invece la cura di una precisazione che toccava la motivazione della sentenza per una parte non strettamente correlata all'oggetto del giudizio. La sentenza aveva affermato che i mutamenti di destinazione d'uso, con opere

---

<sup>9</sup> Corte cost. 11 febbraio 1991, n. 73, sulla quale, oltre al commento dello stesso G. GRECO citato alla nota 2, v. G. TULUMELLO, *Dalla corte costituzionale una conferma alle conclusioni della dottrina in materia di ricostruzione sistematica della disciplina del mutamento di destinazione d'uso*, in *Cons. Stato*, 1991, II, p. 1415 ss.; M. SICA, *Il controllo urbanistico sulla destinazione d'uso degli immobili tra legislazione regionale e pianificazione comunale*, in *Le Regioni*, 1992, pp. 305-317 che ricostruisce la giurisprudenza e il dibattito dottrinale sul tema dando ampio risalto al saggio di Greco del 1986.

edilizie, implicanti variazioni degli standard previsti dal d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 richiedevano la concessione edilizia, mentre gli altri mutamenti, sempre con opere edilizie, erano assoggettati ad autorizzazione. GG riteneva necessario precisare che nel primo caso l'equiparazione del mutamento di destinazione d'uso alle opere senza concessione edilizia era disposta dalla legge n. 47/1985 ai soli fini delle sanzioni amministrative, non anche ai fini delle sanzioni penali. Questa precisazione valeva a riprendere un'osservazione critica formulata già nel saggio precedente: la legge aveva disciplinato il versante patologico dell'abuso e non invece quello fisiologico dell'atto di assenso necessario per evitarlo e ciò costituiva una incongruenza di impostazione<sup>10</sup>.

Va ricordato infine che la pianificazione funzionale istituita dall'art. 25, comma 4, della legge n. 47/1985 non è rimasta stabile nel tempo. Nel 1996 la disposizione ora citata veniva sostituita con un nuovo testo: "Le leggi regionali stabiliscono quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, subordinare a concessione, e quali mutamenti, connessi e non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti siano subordinati ad autorizzazione"<sup>11</sup>.

Nel saggio del 1999 GG notava che secondo questo nuovo testo il potere legislativo regionale non era più preordinato a indicare i criteri utili per la pianificazione comunale bensì a indicare *tout court* la disciplina dei mutamenti di destinazione d'uso, la quale si sarebbe dunque imposta immediatamente nelle vicende urbanistiche dei singoli Comuni, senza attendere la loro applicazione attraverso i propri strumenti urbanistici<sup>12</sup>.

L'art. 25, comma 4, della legge n. 47/1985 è stato poi trasfuso nell'art. 10, comma 2, del vigente testo unico in materia edilizia con un adattamento dovuto alla sostituzione in linea generale dell'autorizzazione edilizia con la segnalazione certificata di inizio attività<sup>13</sup>. Da questa disposizione la Corte costituzionale ha tratto il principio fondamentale che prescrive, per i mutamenti di

---

<sup>10</sup> G. GRECO, *La destinazione d'uso degli immobili e il relativo mutamento*, cit., p. 155.

<sup>11</sup> Nuovo testo dell'art. 4, comma 20, del d.l. 5 ottobre 1993, n. 398, convertito dalla legge 4 dicembre 1993, n. 493, sostituito a quello originario dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662, *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*, art. 2, comma 60.

<sup>12</sup> G. GRECO, *Uso e destinazione d'uso, tra precetti conformativi della proprietà e jus utendi*, cit., pp. 122-123.

<sup>13</sup> D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 10, comma 2: "Le regioni stabiliscono con legge quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, sono subordinate a permesso di costruire o a segnalazione certificata di inizio attività".

destinazione d'uso degli immobili o loro parti, un vaglio dell'autorità amministrativa, rimesso alle più puntuali determinazioni della Regione, nel rispetto della normativa statale di principio<sup>14</sup>.

Il testo unico però ha anche stabilito direttamente che per gli immobili compresi nelle zone omogenee A<sup>15</sup> gli interventi che comportino mutamenti nella destinazione d'uso costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soggetti a permesso di costruire<sup>16</sup>. Al riguardo la Corte costituzionale ha affermato che il testo unico, interpretato alla luce della giurisprudenza amministrativa e di legittimità, impone il permesso di costruire per i mutamenti di destinazione d'uso nei centri storici anche in assenza di opere<sup>17</sup> e ha ribadito questa affermazione, aggiungendo che la peculiarità di tali zone territoriali omogenee e dunque le più gravi ripercussioni dei mutamenti di destinazioni d'uso sull'armonico sviluppo urbanistico impongono una più energica tutela, vanificata da una normativa regionale della Liguria<sup>18</sup> che riteneva sufficiente la SCIA ordinaria e prevedeva soltanto controlli successivi, normativa dichiarata costituzionalmente illegittima<sup>19</sup>.

#### 4. *Il mutamento d'uso urbanisticamente rilevante.*

Le osservazioni critiche formulate da GG nel saggio del 1986 avevano investito anche il ruolo assegnato dalla legge n. 47/1985 al d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 per la disciplina dei mutamenti di destinazione d'uso degli immobili. GG aveva notato che alcune zone previste dal decreto, in particolare quelle residenziali (A, B e C), dovevano considerarsi miste e cioè suscettibili di più destinazioni qualitativamente eterogenee ma compatibili tra loro. In effetti in tanti casi i piani urbanistici comunali avevano disciplinato gli usi consentiti nelle diverse zone miste in termini percentuali sul totale, in particolare per le

---

<sup>14</sup> Corte cost. 17 giugno 2021, n. 124, punto 3.4.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>15</sup> Nell'art. 2 del d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 le zone territoriali omogenee A) comprendono "le parti del territorio interessate da agglomerati urbani che rivestono carattere storico, artistico o di particolare pregio ambientale o da porzioni di essi, comprese le aree circostanti, che possono considerarsi parte integrante, per tali caratteristiche, degli agglomerati stessi".

<sup>16</sup> D.P.R. 380/2001, art. 10, comma 1, lett. c).

<sup>17</sup> Corte cost. 13 gennaio 2021, n. 2, punto 2.3.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>18</sup> Legge reg. Liguria, 24 dicembre 2019, n. 30, art. 3, comma 2, secondo periodo.

<sup>19</sup> Corte cost. 17 giugno 2021, n. 124.

destinazioni a uffici e per quelle commerciali, o anche ripartendo gli usi consentiti a seconda del livello dell'edificio (piano terreno e piano superiori).

In definitiva la distinzione in zone territoriali omogenee operata dal d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 era stata dettata ai fini della pianificazione urbanistica ma non si adattava bene a essere estesa anche alle destinazioni d'uso dei singoli edifici e addirittura delle singole unità immobiliari all'interno degli edifici<sup>20</sup>.

Le osservazioni critiche avanzate da GG in quel lavoro, la prima delle quali ripresa anche nella nota a sentenza del 1991, hanno avuto seguito nella legislazione statale ma soltanto a 28 anni di distanza, nel 2014, allorché un decreto-legge comunemente noto come *decreto sblocca Italia* ha integrato il testo unico delle disposizioni e regolamentari in materia edilizia del 2001 con un articolo, il 23-ter, recante la rubrica *Mutamento d'uso urbanisticamente rilevante*<sup>21</sup>.

Il nuovo art. 23-ter del testo unico ha agito su due piani. Innanzi tutto il comma 1 ha stabilito che, salva diversa previsione da parte delle leggi regionali, costituisce mutamento rilevante della destinazione d'uso ogni forma di utilizzo dell'immobile o della singola unità immobiliare diversa da quella originaria, ancorché non accompagnata dall'esecuzione di opere edilizie, purché tale da comportare l'assegnazione dell'immobile o dell'unità immobiliare a una diversa categoria funzionale tra cinque specifiche categorie così identificate: residenziale, turistico-ricettiva, produttiva e direzionale, commerciale, rurale. Queste categorie sono indipendenti dalle zone omogenee indicate dal d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 ai fini della pianificazione. La destinazione funzionale residenziale è infatti normale per le zone A, B e C, nelle quali tuttavia, come già si è notato, i piani urbanistici comunali normalmente hanno sempre ammesso altre funzioni complementari e compatibili con quella residenziale come le funzioni commerciali, artigianali e turistico-ricettive. La funzione produttiva è più ampia di quanto stabilito dal d.m. n. 1444/1968 per la zona omogenea D che contrassegna la parti di territorio destinate a nuovi insediamenti per impianti industriali o assimilati. La funzione commerciale e quella direzionale non hanno un riscontro diretto nel d.m. n. 1444/1968 ma possono essere compatibili con le zone residenziali, mentre la destinazione rurale corrisponde alle zone omogenee E, quindi alle parti di territorio destinate a usi agricoli,

---

<sup>20</sup> V. G. GRECO, *La destinazione d'uso degli immobili e il relativo mutamento*, cit., pp. 149-150.

<sup>21</sup> L'art. 23-ter è stato inserito nel testo unico (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) dal d.l. 11 settembre 2014, n. 133, convertito in legge 11 novembre 2014, n. 164, art. 17, comma 1, lett. n). Il comma 2 dell'art. 23-ter è stato poi sostituito dall'art. 10, comma 1, lett. m) del cosiddetto *decreto semplificazioni* (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120).

nelle quali è logico che siano ammesse soltanto le costruzioni funzionali allo svolgimento delle attività agricole.

Le categorie rilevanti per i mutamenti di destinazione d'uso sono così diventate specifiche e autonome dalle categorie proprie della pianificazione urbanistica<sup>22</sup>.

Lo stesso comma 1 ha inoltre fatto salva l'autonomia delle Regioni consentendo espressamente diverse previsioni di legge regionale. Inoltre il comma 3 dell'art. 23-ter ha regolato il rapporto con l'autonomia legislativa regionale in modo ben più preciso di quanto stabilito in linea generale dall'art. 2 del testo unico, il quale al comma 1 stabilisce soltanto che "Le regioni esercitano la potestà legislativa concorrente in materia edilizia nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale desumibili dalle disposizioni contenute nel testo unico". Questa formulazione generica, lasciando agli interpreti il compito di individuare i principi fondamentali e in mancanza di una legge cornice sul governo del territorio<sup>23</sup>, ha generato un amplissimo contenzioso cosicché l'individuazione dei principi fondamentali è stata rimessa alla Corte costituzionale.

Il predetto comma 3 ha infatti ripreso quanto già previsto dalla cosiddetta *legge Scelba*<sup>24</sup> stabilendo che "Le Regioni adeguano la propria legislazione ai principi di cui al presente articolo entro novanta giorni dalla data della sua entrata in vigore", e che "decorso tale termine trovano applicazione diretta le disposizioni del presente articolo". Lo stesso comma 3 ha previsto un altro spazio per l'autonomia legislativa regionale e anche per l'autonomia pianificatoria comunale stabilendo che "Salva diversa previsione delle leggi regionali e degli strumenti urbanistici comunali, il mutamento della destinazione d'uso all'interno della stessa categoria funzionale è sempre consentito". Lo spazio concesso all'autonomia legislativa regionale ha consentito alle Regioni di

---

<sup>22</sup> Si noti, tuttavia che nel testo unico è rimasto fermo l'art. 32, sulle variazioni essenziali al progetto approvato, che corrisponde all'art. 8 della legge n. 47/198: la determinazione delle variazioni essenziali è rimessa alle Regioni ma l'essentialità può ricorrere quando il mutamento della destinazione d'uso implichi variazione degli standard previsti dal d.m. 2 aprile 1968 (comma 1, lett. a).

<sup>23</sup> Per la materia del governo del territorio non è stata esercitata la delega concessa al Governo dall'art. 1, comma 4, della cosiddetta *legge La Loggia* (legge 5 giugno 2003, n. 131), per l'emanazione di decreti legislativi meramente ricognitivi dei principi fondamentali da trarre dalle leggi vigenti.

<sup>24</sup> Legge 10 febbraio 1953, n. 62, *Costituzione e funzionamento degli organi regionali*, art. 10, comma 2.

emanare discipline dei mutamenti di destinazione d'uso ampiamente differenziate<sup>25</sup>, superando i limiti che GG aveva correttamente individuato nell'assetto normativo precedente.

### 5. *Modifiche della destinazione d'uso e modifiche dell'uso degli immobili.*

Nel suo terzo contributo, *Uso e destinazione d'uso, tra precetti conformativi della proprietà e jus utendi*, GG affrontava un altro aspetto del tema in oggetto, messo in evidenza già nel titolo. Egli muoveva dalla considerazione che, per stabilire quando si avesse mutamento di destinazione d'uso di un immobile, bisognava stabilire quale fosse la destinazione precedente e affermava che a tal fine bisognava fare riferimento alla concessione o licenza edilizia originaria dalla quale derivava la funzione assegnata all'edificio tra quelle compatibili con la struttura progettuale assentita.

Sulla base di questa premessa GG distingueva la *destinazione d'uso edilizia*, che costituisce lo "statuto" del singolo edificio o della singola unità immobiliare, dalla *destinazione d'uso urbanistica*, stabilita dal piano urbanistico eventualmente sopravvenuto, da valere come parametro per le ristrutturazioni e le variazioni di destinazione d'uso con opere. Ma questa distinzione serviva a introdurre un'altra distinzione, quella tra *mutamento di destinazione d'uso* e *mutamento d'uso* degli immobili. La posizione di GG era netta: una mera variazione dell'utilizzazione dell'edificio, non accompagnata da opere, non era idonea a incidere sulla sua destinazione d'uso, neanche nel caso in cui essa comportasse variazione degli standard. Le semplici *modificazioni d'uso* degli immobili, non accompagnate da opere edilizie, andavano tenute distinte dalle modifiche strutturali d'uso, le quali presuppongono opere che incidono sulla destinazione preesistente. Da questa distinzione GG derivava alcune conseguenze tra cui quella che in assenza di una variazione del titolo giuridico, operata con una modifica della concessione, la destinazione d'uso di un edificio o di una singola unità immobiliare non cambia: il mutamento di fatto costituisce mero mutamento d'uso, non mutamento di destinazione d'uso<sup>26</sup>.

La legislazione statale successiva ha raccolto questa indicazione. Il citato

---

<sup>25</sup> Si vedano ad esempio gli artt. 51, 52 e 53 della legge reg. Lombardia, 11 marzo 2005, n. 12, e gli artt. 98 e 99 della legge reg. Toscana, 10 novembre 2014, n. 65, nei testi attualmente vigenti.

<sup>26</sup> G. GRECO, *Uso e destinazione d'uso, tra precetti conformativi della proprietà e jus utendi*, cit., pp. 119-122.

art. 23-ter del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, dedicato al *Mutamento d'uso urbanisticamente rilevante*, ha stabilito al comma 2 che “La destinazione d'uso dell'immobile o dell'unità immobiliare è quella stabilita dalla documentazione indicata dall'art. 9-bis, comma 1-bis”, quindi dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che l'ha legittimata e da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. Il recepimento dell'indicazione di GG è stato tuttavia solo parziale, in ragione di una aumentata sensibilità del legislatore anche per i semplici mutamenti d'uso. Come si è visto, infatti, il comma 1 dell'art. 24-ter considera mutamento urbanisticamente rilevante della destinazione d'uso ogni forma di utilizzo dell'immobile o della singola unità immobiliare diversa da quella originaria, ancorché non accompagnata da opere edilizie.

L'ampio spazio rimesso dal comma 3 dell'art. 23-ter all'autonomia legislativa regionale appare dunque tale da assicurare idonea copertura sia alla disciplina regionale della Toscana già considerata alla fine del paragrafo 2, sia a quella posta dall'art. 52, *Mutamento di destinazione d'uso con e senza opere edilizie*, della legge reg. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, *Legge per il governo del territorio*. Gli aspetti essenziali di quest'ultima disciplina sono quattro: 1) I mutamenti di destinazione d'uso di immobili non comportanti la realizzazione di opere edilizie, purché conformi alle previsioni urbanistiche comunali ed alla normativa igienico-sanitaria, sono soggetti esclusivamente a preventiva comunicazione dell'interessato al Comune, fatte salve le limitazioni delle destinazioni d'uso dei beni culturali poste dall'articolo 20, comma 1, del codice dei beni culturali (d.lgs. n. 42/2004); 2) qualora la destinazione d'uso sia modificata, senza opere edilizie, nei dieci anni successivi all'ultimazione dei lavori, è dovuto l'eventuale conguaglio degli oneri di urbanizzazione, corrispondente alla differenza tra gli oneri dovuti per la nuova destinazione e gli oneri riferiti alla precedente destinazione, entrambi determinati applicando le tariffe stabilite per la nuova costruzione e vigenti al momento della variazione; 3) i mutamenti di destinazione d'uso di immobili, anche non comportanti la realizzazione di opere edilizie, finalizzati alla creazione di luoghi di culto e luoghi destinati a centri sociali, sono assoggettati a permesso di costruire; 4) i mutamenti di destinazione d'uso di immobili, anche non comportanti la realizzazione di opere edilizie, finalizzati alla realizzazione o all'ampliamento di sale giochi, sale scommesse e sale bingo sono subordinati a permesso di costruire, previa verifica del limite della distanza da luoghi sensibili previsto dall'articolo

5, comma 1, della legge reg. n. 8/2013. Si tratta di limitazioni penetranti, ma che appaiono compatibili con l'art. 23-ter del testo unico<sup>27</sup>.

## 6. *Lungi dai raccontini.*

Nel 1981 fu formulata una valutazione critica della scienza giuridica del periodo precedente: “Senza voler offendere alcuno, occorre dire apertamente che una buona parte della letteratura nuova che sta venendo fuori è una letteratura di ‘raccontini’, di gente che racconta cioè come è fatta una legge, che cosa c’è dentro una legge. Anche se non si può parlare di decadenza della scienza giuridica, come alcuni hanno prospettato, il problema esiste e va controllato perché può avere degli elementi insidiosi”<sup>28</sup>.

I saggi di Guido Greco qui considerati si pongono ben lungi dalla c.d. *letteratura dei raccontini*<sup>29</sup>, che pure non sono mancati in diritto urbanistico. La capacità di cogliere insufficienze e lacune delle leggi, di inquadrare in modo sistematico nuove e parziali discipline legislative, di anticipare soluzioni giurisprudenziali, di prevedere tendenze e sviluppi possibili della legislazione poi effettivamente realizzatisi emerge ancora più chiaramente a distanza di decenni da questi saggi di uno studioso da tutti benvenuto per le sue doti personali e ammirato per la profondità del suo impegno scientifico anche nei lavori minori.

---

<sup>27</sup> Il presente lavoro era ormai in bozze quando il d.l. 29 maggio 2024, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2024, n. 105 ha ritoccato la disciplina dei mutamenti di destinazione d'uso posta dall'art. 23-ter del Testo Unico, senza tuttavia incidere sui suoi caratteri essenziali descritti nel testo.

<sup>28</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*. Atti del Convegno (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981), Milano, 1982, pp. 363-379 (le parole riportate nel testo sono a p. 375), ora anche col titolo *Il torpore della scienza giuridica negli anni Settanta*, in S. CASSESE (a cura di), *Massimo Severo Giannini*, Roma-Bari, 2010, pp. 233-246.

<sup>29</sup> Per questa espressione v. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo continuato da L. Mengoni, vol. VIII, tomo 2, Milano, 1995, p. 3.





# QUANDO IL GIUDICE AMMINISTRATIVO VA DI FRETTA

*Fabio Saitta*

SOMMARIO: 1. I tre poteri tra ansie e ritardi: in particolare, il processo (non solo) amministrativo nell'era post-pandemica. – 2. L'eccezionalità della chiusura in rito del processo come principio generale che deve orientare l'interpretazione delle norme processuali. – 3. Un'anomala ipotesi di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse. – 4. Il formalismo esasperato come fuga dalla decisione della controversia nel merito: l'inammissibilità dell'appello per omesso tempestivo deposito della sentenza impugnata. – 5. Il contraddittorio non preso sul serio. – 6. Il divieto di rinviare la trattazione della causa. – 7. L'abuso del processo come strumento per affrancare il giudice dal dovere di decidere nel merito. – 8. Quando il giudice amministrativo non ha più fretta ed è disposto ad allungare i tempi del processo, ma solo per venire in soccorso dell'amministrazione intimata. – 9. Quando è il legislatore a mettere fretta al giudice: i riti superaccelerati per i giudizi in materia di appalti pubblici e di PNRR.

## *1. I tre poteri tra ansie e ritardi: in particolare, il processo (non solo) amministrativo nell'era post-pandemica.*

Ai nostri tempi, assistiamo ad un curioso paradosso: i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario oscillano tra una diffusa ansia di decidere – legiferare, provvedere, giudicare – e altrettanto frequenti inerzie e ritardi.

Il legislatore sembra talvolta invasato, travolto da un'ansia riformatrice, tal'altra restio a disciplinare i casi “difficili”, che preferisce spesso delegare alla magistratura, costringendola a ... farsi legislatore.

La pubblica amministrazione è, a sua volta, spesso assalita da un'ansia di provvedere che l'induce a pretermettere fondamentali garanzie partecipative, tal'altra restia ad assumere responsabilità decisionali (paura della firma, burocrazia difensiva, e via dicendo).

La magistratura, infine, oscilla tra l'ossessione della ragionevole durata dei processi e dello smaltimento del contenzioso arretrato, che spesso le fa dimenticare che – come Giovanni Verde ci ricorda spesso con encomiabile solerzia –

“processo giusto è quello che si conclude con una decisione idonea a diventare regola definitiva del caso controverso pronunciata all’esito di un’istruttoria svoltasi nel contraddittorio tra le parti e idonea a fornire al giudice elementi sufficienti perché [...] si fondi un convincimento ragionevole”<sup>1</sup>, e incomprensibili ritardi e lungaggini dovuti a carenze di organico, ma anche a poca voglia di istruire e decidere nel merito le controversie.

A ragione, il Maestro afferma che il processo (civile, ma non solo) è “in ostaggio dell’economia”: nell’attuale contesto post-pandemico, in cui i fondi europei messi a nostra disposizione per la ripartenza sono subordinati alla rapidità ed efficienza del nostro sistema di giustizia, il problema non è più – o non è soprattutto – “quello di decisioni ‘giuste’, ma quello di decisioni emesse in tempi ‘ragionevoli’”<sup>2</sup>. Ecco, allora, che il nostro legislatore risponde spesso a questa richiesta dell’Europa usando le norme processuali come “deterrente”, cioè per “scoraggiare il cittadino affinché non ricorra ai giudici. Aumentano i costi; sono inserite sanzioni minacciate a chi agisce senza normale prudenza; il processo è costellato di preclusioni e decadenze contro le quali i primi a dovere protestare dovrebbero essere i giudici”<sup>3</sup>.

## *2. L’eccezionalità della chiusura in rito del processo come principio generale che deve orientare l’interpretazione delle norme processuali.*

Alla disamina delle singole ipotesi che giustificano il titolo di questo scritto va, altresì, premesso che, nell’interpretare disposizioni processuali che gli attribuiscono poteri discrezionali, il giudice deve valorizzare l’elemento sistematico, che rappresenta per lui un indispensabile sussidio, mediante l’individuazione e il bilanciamento dei principi fondamentali o generali dell’ordinamento processuale, i quali contribuiscono ad adottare una decisione ragionevolmente “giusta”<sup>4</sup>: dal principio di effettività della tutela al principio secondo cui – come si diceva poc’anzi – l’obiettivo del processo di cognizione è di pervenire a una decisione di merito, mentre sono eccezionali le ipotesi che portano alla chiusura in rito<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Da ultimo, G. VERDE, *Sul potere giudiziale e sull’inganno dei concetti (Soliloqui del crepuscolo 2021-2023)*, Torino, 2023, p. 49.

<sup>2</sup> G. VERDE, *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>3</sup> G. VERDE, *op. cit.*, p. 51.

<sup>4</sup> G. CAPOGRASSI, *Il quid ius e il quid iuris in una recente sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 57 ss.

<sup>5</sup> A. CARRATTA, *Il giudice e l’interpretazione della norma processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc.*

Non può che condividersi, pertanto, la recente giurisprudenza amministrativa che ha evidenziato che le disposizioni processuali acceleratorie che derogano incisivamente all'ordinario regime processuale e quelle dalla cui applicazione può discendere un effetto preclusivo della tutela giurisdizionale sono di stretta interpretazione<sup>6</sup> e, più in generale, che, nell'interpretazione delle norme processuali, ferma restando la preferenza per il criterio letterale<sup>7</sup>, vanno privilegiate le soluzioni esegetiche che agevolino la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini e rifiutate le opzioni ermeneutiche che la ostacolino o, addirittura, la impediscano<sup>8</sup>.

Da lungo tempo, d'altronde, financo la Corte di Strasburgo sottolinea che il diritto di accesso al giudice dev'essere sempre considerato in vista dell'obiettivo di ottenere una decisione di merito sul diritto oggetto della controversia, sicché il giudizio può concludersi con una pronuncia di rito soltanto nelle ipotesi in cui i relativi ostacoli normativi siano finalizzati a una corretta organizzazione del sistema processuale e non anche laddove gli stessi siano stati introdotti fittiziamente per privare di ogni valenza il riconoscimento del diritto di accesso al giudice<sup>9</sup>.

Vanno, dunque, evitati gli eccessi di formalismo se non si vuole somigliare troppo al giudice Pieri descritto in un divertente racconto di Bruno Capponi, che all'avvocato Galeazzo Azzo Gallé, che gli faceva "rispettosamente osservare che la legge non esiste più" in quanto "[p]er semplificare l'amministrazione della giustizia [avevano] abrogato tutte le leggi, che del resto erano diventate troppe e troppo in contrasto tra loro", diceva: "La volontà ministeriale è chiara: ogni magistratura, di ogni ordine e grado, può autonomamente dettare le condizioni di ammissibilità per i giudizi che dovrà rendere, ricorrendo le quali il giudice sarà tenuto a decidere; in difetto, nulla sarà mai deciso. Tutto sarà rinviato, o dichiarato inammissibile, menato il can per l'aia, risposto fischi per

---

*civ.*, 2020, pp. 121-123; in termini, M. VRICELLA, *Preclusioni a carico del ricorrente nel rito del lavoro nella concreta portata applicativa*, in *Lav. giur.*, 2023, p. 24. In giurisprudenza, Cass. civ., Sez. II, 5 giugno 2019, n. 15274, in *CED-Cassazione*, 2019, secondo cui "le norme processuali, se ambigue, vanno interpretate in modo da favorire una decisione sul merito, piuttosto che esiti 'abortivi' del processo"; ciò in quanto "le regole processuali costituiscono solo lo strumento per garantire la giustizia della decisione, non il fine stesso del processo".

<sup>6</sup>TAR Campania-Napoli, Sez. V, 4 giugno 2021, n. 3747, in *Foro amm.*, 2021, p. 1037; TAR Lazio-Roma, Sez. I, 25 gennaio 2005, n. 561, in *Foro amm.-TAR*, 2005, p. 114.

<sup>7</sup>Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2009, n. 2149, in *Rass. dir. farm.*, 2009, 1077.

<sup>8</sup>Cons. giust. amm. Reg. sic., 11 dicembre 2017, n. 544, in *Foro amm.*, 2017, p. 2424.

<sup>9</sup>CEDU, 18 aprile 2002, *Ouzonis c. Grecia*, in *Dalloz*, 2002, 2572, con osservazione di N. FRICERO.

fiaschi, a coppe quando regna spade, *ad libitum*". E alla domanda dell'avvocato: "Condizioni di ammissibilità, signor giudice? E di che si tratta?" così rispondeva: "Può trattarsi, come le dicevo, di qualsiasi cosa: il limite è dato solo dalla nostra fantasia"<sup>10</sup>.

### 3. *Un'anomala ipotesi di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse.*

L'esame delle singole ipotesi in cui il giudice amministrativo mostra eccessiva fretta nel chiudere in rito il processo può prendere le mosse dalla recente creazione in via giurisprudenziale di un'anomala ipotesi di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse.

Da qualche anno a questa parte, le segreterie di alcuni TAR, nel predisporre i ruoli per le udienze pubbliche dell'anno successivo, chiedono ai difensori delle parti – indicando, peraltro, soltanto il numero di registro generale della causa e non anche le parti, il che rende più complicata la ricerca del fascicolo di studio – di "rappresentare se vi sia interesse alla definizione del ricorso", trasmettendo, entro novanta giorni dal ricevimento di quella che viene definita "comunicazione di cortesia", un'istanza sottoscritta dal solo difensore, con l'avvertenza che, "[i]n caso di presentazione dell'istanza, sarà fissata l'udienza per la decisione di merito. In difetto di tale adempimento, invece, il silenzio del difensore sarà ritenuto indicativo della sopravvenuta carenza di interesse alla decisione e il ricorso sarà dichiarato improcedibile con decreto". E in effetti, laddove nessuna comunicazione sia pervenuta in segreteria entro il termine assegnato, il ricorso, "avuto riguardo alla previsione di cui all'art. 84, quarto comma, c.p.a.", viene "dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, con compensazione delle spese di lite"<sup>11</sup>.

Sulla legittimità di tale prassi si nutrono forti dubbi.

I casi in cui può essere pronunciata l'estinzione del giudizio – e in particolare l'improcedibilità del ricorso – sono rigorosamente previsti dal codice del processo amministrativo (Libro II, Titolo VI), mentre, nella specie, viene utilizzata una procedura non contemplata da alcuna disposizione codicistica, essendo stata di fatto creata in via giurisprudenziale una nuova ipotesi di estinzione del giudizio.

---

<sup>10</sup> *Le parole della giustizia*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 13 luglio 2020.

<sup>11</sup> *Ex plurimis*, TAR Sicilia-Catania, Sez. III, decreto 8 febbraio 2021, n. 189, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

L'art. 84 c.p.a., dopo aver indicato le modalità della rinuncia al ricorso, prevede invero che “anche in assenza delle formalità di cui ai commi precedenti il giudice può desumere dall'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomenti di prova della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della causa” (comma 4).

Dalla lettura della surriportata disposizione, tuttavia, emerge chiaramente che la stessa contiene una norma di chiusura del sistema, inserita dal legislatore al solo fine di consentire al giudice di estinguere il giudizio anche qualora non siano state espletate tutte le formalità previste nei precedenti commi 1 e 3 (dichiarazione sottoscritta dalla parte, firma dell'avvocato munito di mandato speciale, notifica alle controparti almeno dieci giorni prima dell'udienza, ecc.), favorendo la dichiarazione di improcedibilità sulla base di univoci elementi di prova comunque forniti dalla parte che volontariamente intenda rinunciare al ricorso; elementi manifestati in vario modo, ma pur sempre in maniera espresa e chiaramente intelleggibile dal giudice.

La giurisprudenza in esame, invece, intende desumere dal mero silenzio della parte (rispetto a una semplice “comunicazione di cortesia”) la volontà di quest'ultima di abbandonare il giudizio. Trova applicazione anche in questo caso il principio generale secondo cui, ove la legge non ricollega al silenzio alcun significato tipico (né positivo né negativo), lo stesso resta un mero fatto, privo di conseguenze giuridiche (salva, ovviamente, l'eventuale responsabilità in caso d'inadempimento a un obbligo di provvedere). Consentire al giudice amministrativo di dichiarare l'improcedibilità di un ricorso attribuendo alla formula “comportamento delle parti” un significato comprensivo del mancato riscontro a una mera “comunicazione di cortesia” della segreteria è quindi, a nostro avviso, “opzione esegetica non percorribile poiché non considera che la funzione della giurisprudenza è ricognitiva dell'esistenza e del contenuto della *regula iuris*, non già creativa della stessa”<sup>12</sup>, dovendosi interpretare la legge “alla luce dei contesti normativi di riferimento e in ossequio al principio fondamentale di coerenza del sistema giuridico”<sup>13</sup>.

Senza trascurare che, se ancora ha un senso il tanto bistrattato art. 12 delle Preleggi, va pure considerato che nell'art. 84, comma 4, c.p.a. non v'è alcun argomento letterale sul quale fondare la fantasiosa lettura di tale disposizione operata dalla giurisprudenza: valga il principio di cui al noto brocardo “*ubi lex*

---

<sup>12</sup> Cass. civ., Sez. I, 20 gennaio 2020, n. 1119, in *CED-Cassazione*, 2020.

<sup>13</sup> Cass. civ., Sez. lav., 8 maggio 2019, n. 12174, in *CED-Cassazione*, 2019.

*voluit dixit, ubi noluit tacuit*". Deve escludersi, in altri termini, qualsivoglia interpretazione estensiva, trattandosi non di ampliare la portata precettiva della norma a un caso che solo apparentemente ne sembra escluso, ma, piuttosto, di integrare la disciplina del medesimo caso contemplato con una regola aggiuntiva propria delle sentenze interpretative o additive della Corte costituzionale. Ed è altrettanto evidente come, nella specie, non ricorrano nemmeno i presupposti per il ricorso all'interpretazione analogica, avendo il legislatore manifestato espressamente la volontà di subordinare all'inattività delle parti e al mero decorso del tempo l'ipotesi della perenzione ultraquinquennale (art. 82 c.p.a.), in tal modo escludendo qualsivoglia dubbio sulla *voluntas legis*. La chiarezza e inequivocità dell'art. 84, comma 4, c.p.a. preclude pure il ricorso all'interpretazione teleologica, ammissibile solo in caso di palese contrasto tra il significato letterale manifestato dalle parole (secondo la connessione di esse) e il sistema normativo e non anche al fine di ampliare l'ambito applicativo della norma da interpretare (nella specie, le ipotesi, eccezionali e tassativamente previste, di improcedibilità del ricorso). In altri termini, non è dato attribuire a una disposizione un significato più ampio di quello legittimamente attribuibile alla medesima in forza dell'interpretazione letterale, all'evidente fine di ampliarne l'ambito applicativo per esigenze sicuramente meritevoli (nella specie, alleggerimento dei ruoli giudiziari e definizione di contenzioso reale), ma altrettanto certamente recessive rispetto al diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Per rimanere nell'alveo del sistema di giustizia amministrativa delineato dal legislatore, la comunicazione di cortesia trasmessa dalle segreterie dei TAR avrebbe dovuto sollecitare esclusivamente una formale risposta del difensore in un senso (interesse alla decisione, con fissazione in tempi brevi dell'udienza di merito) o nell'altro (dichiarazione espressa di sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione, con emissione del decreto di improcedibilità): *tertium non datur*. Il meccanismo dell'estinzione e dell'improcedibilità dei ricorsi previsto dal codice non è stato ideato per sanzionare le inerzie e le negligenze delle parti, bensì come espediente per far fronte all'accumularsi dei ricorsi rimasti troppo a lungo pendenti a causa dell'oggettiva incapacità del sistema giudiziario di definirli entro un termine ragionevole; in questa situazione, ogni eventuale dubbio circa il perfetto e tempestivo svolgimento di tutti gli adempimenti inerenti al subprocedimento di cancellazione della causa dal ruolo va risolto in favore della parte<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Cons. Stato, Sez. III, ord. 3 aprile 2013 n. 1869, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Non a caso, l'unanime giurisprudenza pronunciata sull'ultimo comma dell'art. 84 c.p.a. fa riferimento a situazioni in cui la rinuncia era stata espressamente formulata dal ricorrente, ma non secondo le formalità previste, giammai attribuendo al silenzio della parte un significato estintivo<sup>15</sup>.

L'interpretazione dell'art. 84, comma 4, c.p.a. qui proposta appare, peraltro, l'unica conforme a Costituzione e dev'essere, quindi, preferita<sup>16</sup> se non si vogliono violare il principio di ragionevolezza e la garanzia del diritto di difesa di cui agli artt. 3 e 24 della Carta.

#### *4. Il formalismo esasperato come fuga dalla decisione della controversia nel merito: l'inammissibilità dell'appello per omesso tempestivo deposito della sentenza impugnata.*

Assai diffuso è, purtroppo, l'utilizzo da parte dei giudici di un esasperato formalismo come strumento per evitare il fastidio di decidere nel merito le controversie.

Nell'ambito del processo civile, avveduta dottrina lamenta da tempo l'elaborazione, da parte della Corte di cassazione, di "strategie di chiusura, di strozzatura dell'accesso segnato da un incremento delle inammissibilità. Ne è emblema la vicenda della 'procura spillata', cruda rivelazione della direzione che sarebbe stata imboccata: l'uso del formalismo per contenere la pressione e aggirare il grande ostacolo dell'art. 111, comma 7, cost."<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr., ad es., TAR Lazio-Roma, Sez. III-ter, 18 marzo 2021, n. 3319, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha "preso atto della rinuncia al ricorso proposto dalla ricorrente che, benché non ritualmente notificata almeno dieci giorni prima dell'udienza, come previsto dall'art. 84, comma 3, c.p.a., può essere valutata alla stregua di una dichiarazione di intervenuta carenza di interesse alla decisione del gravame (art. 84, comma 4, c.p.a.)"; nello stesso senso, Sez. III-quater, 18 ottobre 2021, n. 10606, *ibidem*. Analogamente, Sez. III-ter, 4 febbraio 2021, n. 1449, *ibidem*, ha ribadito che, "benché non sia sottoscritto dal ricorrente stesso né dall'avvocato munito di procura speciale ai sensi dell'art. 84, comma 1, c.p.a., l'atto può essere valutato alla stregua di una dichiarazione di intervenuta carenza di interesse alla decisione del gravame (art. 84, comma 4, c.p.a.)"; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. VI, 11 ottobre 2021, n. 6779, *ibidem*; TAR Calabria-Reggio Calabria, decreto 16 aprile 2021, n. 45, *ibidem*; TAR Veneto, Sez. II, 17 febbraio 2021, n. 225 e 11 dicembre 2018, n. 1155, *ibidem*.

<sup>16</sup> *Ex plurimis*, Corte cost., 4 luglio 2014, n. 191, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>17</sup> B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 44. La pronuncia capostipite è Sez. Un., 22 novembre 1994, n. 9869 (in *Foro it.*, 1995, I, c. 537, con nota di F. CIPRIANI, *La procura su foglio autonomo tra certificazione e gli spilli del di-*



Vi fu, poi, l'introduzione del c.d. "quesito di diritto": come sempre ricorda la succitata dottrina, "[n]ella prospettiva di tenere a bada l'abuso del ricorso – cioè la (comprensibile) propensione dell'avvocato italiano a non farsi intimidire dalla 'fattualità' delle questioni e delle relative censure – la riforma del 2006 impo[s]e al ricorrente, a pena di inammissibilità (art. 366-*bis* c.p.c.), di porre alla Corte un preciso quesito di diritto a completamento del motivo di ricorso. [...] Quel che accad[d]e nel triennio successivo è storia. Con un accanimento di rara capziosità, in un clima di ambiguo formalismo e nella compiaciuta indifferenza dei vertici, il quesito si trasform[ò] rapidamente in una trappola per il ricorrente: l'inammissibilità per 'uso improprio' del quesito [venne] usata in maniera così massiccia da fondare il sospetto che la Corte [avesse] finalmente reperito il mezzo ideale per deflazionare il contenzioso. La situazione [fu] tale da far paradossalmente rimpiangere la trovata della procura spillata: irrazionalità per irrazionalità, almeno lì la fattispecie di inammissibilità era chiara, univoca (e quindi prevedibile) mentre nel caso del quesito [era] praticamente impossibile rappresentarsi se la sua concreta formulazione rientr[asse] o meno nelle capricciose, nebulosissime prescrizioni che la Corte [anda]va dettando negli anni successivi alla riforma del 2006"<sup>18</sup>. Come nel caso della procura spillata, la reazione della classe forense costrinse il legislatore del 2009 ad abrogare l'art. 366-*bis* c.p.c., ma il quesito si rivelò la "sperimentazione di una inammissibilità a buon mercato che diverrà di lì in poi la chiave di volta dell'atteggiamento della Corte"<sup>19</sup>.

---

*fensore*), che stabilì l'inammissibilità del ricorso che conteneva la procura speciale rilasciata al difensore non nel corpo del documento, ma in un foglio separato "spillato" materialmente a quest'ultimo. La sentenza fu seguita da un diluvio di declaratorie di inammissibilità, conseguente all'ampia diffusione della prassi a quell'epoca. Come riferisce l'A., "[l]a linea della Corte fu stroncata dalla L. n. 141/1997 provocata dalla rivolta degli avvocati" (*ivi*, nt. 6).

<sup>18</sup> B. SASSANI, *op. cit.*, p. 47.

<sup>19</sup> B. SASSANI, *op. cit.*, p. 48. Su "fasti e nefasti" del tanto criticato art. 366-*bis* c.p.c., cfr. ad es., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 26 marzo 2007, n. 7258 e 5 gennaio 2007, n. 36; Sez. III, ord. 19 dicembre 2006, n. 27130; Sez. lav., 24 luglio 2006, n. 16876; tutte in *Foro it.*, 2007, I, c. 1385 ss., con commento di R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*. Si vedano, altresì, le decisioni annotate, criticamente, da A. BRIGUGLIO, *Precisazioni e disorientamenti (veri o presunti) sui "quesiti" ex art. 366-bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2537 ss., e da R. CAPONI, *Formulazione del quesito di diritto e indicazione del fatto controverso nel ricorso in cassazione*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 520 ss. Sul tema, anche M. ACONE, *Considerazioni sull'ambito di applicazione del "quesito di diritto"*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1700 ss.; O. BOSIO, *Dall'art. 366-bis all'art. 360-bis c.p.c.*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, II, p. 382 ss.; A. DIDONE, *Note minime sul quesito di diritto ex art. 366-bis c.p.c. e sul nuovo "filtro" in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 847 ss.; M. CANTILLO, *I quesiti*

*Last but not least*, l'inammissibilità del ricorso per cassazione fondata sul c.d. "principio di autosufficienza", *id est* sull'onere di sommaria esposizione dei fatti di causa, posto quale requisito di forma-contenuto del ricorso previsto a pena d'inammissibilità dall'art. 366, comma 1, n. 3), c.p.c.<sup>20</sup>. È sempre Bruno Sassani a stigmatizzare da par suo quest'ultima invenzione della Corte: "Che si tratti di principio è articolo di fede perché nessuno sa indicare da dove si ricavi, ma tant'è. La ragionevole istanza che il ricorrente metta il collegio in grado di verificare senza complesse ricerche la fondatezza delle proprie affermazioni si è trasformata in un 'catenaccio' che getta nel panico i ricorrenti che si chiedono non solo 'cosa' debbano inserire nell'atto, ma anche 'come', per tema di sentirsi dichiarare una inammissibilità da insufficienza dei dati. Sul punto la Corte dice cose varie e fluttuanti, con buona pace della ragionevole conoscibilità delle regole del gioco"<sup>21</sup>.

Come, poi, il (presunto) principio di autosufficienza, il cui rispetto pone fatalmente le premesse per l'ampliamento del numero di pagine dell'impugnazione, nella quale dovranno essere individuati e trascritti gli atti processuali sui quali esso si fonda<sup>22</sup>, possa conciliarsi con il dovere di sinteticità degli atti processuali non è dato sapere.

Non è certo casuale, d'altronde, che, da qualche anno a questa parte, la stessa Corte di cassazione – constatato che il ricorrente, ripercorrendo meticolosamente i gradi del giudizio per sottrarsi alla lama dell'autosufficienza, finiva

---

*di diritto in cassazione: rassegna critica di un'esperienza al tramonto*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 11 ss.; E. RICCI, *Il quesito di diritto nel ricorso per cassazione: istruzioni per l'uso*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 551 ss.; E. SILVESTRI, *Il "quesito di diritto" ex art. 366-bis c.p.c.: le prime pronunce della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 337.

<sup>20</sup> La disposizione è stata, peraltro, sostituita dall'art. 3, comma 27, lett. d), n. 1), d.lgs. n. 149/2022.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 55.

<sup>22</sup> P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 473; A. ARCADI, *Il c.d. "principio di autosufficienza del ricorso" nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2009, II, p. 347 ss.; E.F. RICCI, *Sull'"autosufficienza" del ricorso per cassazione: il deposito dei fascicoli come esercizio ginnico e l'avvocato cassazionista come amanuense*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 736 ss.; A. PANZAROLA, *Sulla limitazione d'autorità del numero delle pagine degli atti giudiziari (art. 120, comma 6, cod. proc. amm.): l'ostacolo (insormontabile) del rispetto del diritto di difesa*, in *www.giustiziacivile.com*, 2014, p. 5, il quale si chiede come si possa pretendere la concisione se si esige (come ha fatto Cass., Sez. III, 18 marzo 2014, n. 6188, in *CED-Cassazione*, 2014) che il ricorrente debba addirittura allegare nel ricorso per cassazione (non bastando allo scopo le memorie ex artt. 378 e 380-bis c.p.c.) la situazione che determina l'assoggettamento del suo diritto di impugnazione alla sospensione dei termini per il periodo feriale.

spesso per dimenticare che oggetto delle sue doglianze dev'essere la sentenza impugnata e non quella di primo grado o, addirittura, l'intero processo<sup>23</sup> – stia cercando di porre rimedio al problema in sede civile e penale<sup>24</sup>.

Detto del processo civile, non può farsi a meno di rilevare come la criticata propensione al formalismo più spinto, cioè la deprecabile tendenza a sbizzarrirsi nel fabbricare inammissibilità e improcedibilità prive di buon senso, connoti spesso, purtroppo, anche l'operato del giudice amministrativo.

Emblematica è la vicenda dell'appellante che non adempia l'onere prescritto a suo carico di depositare una copia della sentenza impugnata.

Nel processo civile, sino alla legge n. 353/1990, tale omissione comportava senz'altro l'improcedibilità dell'appello, mentre oggi non è prevista alcuna sanzione (né un termine per il deposito)<sup>25</sup>. Nel processo amministrativo, di contro, l'art. 94 c.p.a. non soltanto prevede espressamente che l'appello “deve essere depositato [...], a pena di decadenza, entro trenta giorni dall'ultima notificazione [...], unitamente ad una copia della sentenza impugnata”, ma viene anche costantemente interpretato dalla giurisprudenza nel senso che l'anzidetto termine perentorio va rispettato, a pena d'inammissibilità, anche per quanto concerne il deposito della sentenza gravata<sup>26</sup>.

Mi sia consentito manifestare il mio garbato dissenso da questa lettura della surriportata disposizione codicistica, che, stando al suo tenore letterale, potrebbe essere benevolmente interpretata nel senso che il termine decadenziale per il deposito riguarda esclusivamente l'appello e non anche la copia della sentenza impugnata<sup>27</sup>, che potrebbe essere prodotta anche in un momento

---

<sup>23</sup> B. CAPPONI, *Sulla ragionevole brevità degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1086.

<sup>24</sup> N. GIALONGO, *I requisiti del ricorso in cassazione: il principio della c.d. autosufficienza*, in *www.judicium.it*, 2019, p. 1; C. PUNZI, *Il principio di autosufficienza e il protocollo d'intesa sul ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 585 ss.; già prima, G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, p. 272 ss.; R. TRIOLA, *La resistibile ascesa del c.d. principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 265 ss.; F. SANTANGELI, *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 607 ss.

<sup>25</sup> S. CAPORUSSO, *Inammissibilità e improcedibilità dell'appello*, in *Giur. it.*, 2019, p. 249.

<sup>26</sup> Tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2023, n. 10761 e 7 febbraio 2023, n. 1300, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. giust. amm. Reg. sic., 22 settembre 2022, n. 956 e 8 giugno 2022, n. 165, *ibidem*.

<sup>27</sup> Di quest'avviso è C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, XI ed., Torino, 2022, p. 349, secondo cui “per quanto concerne il ricorso il termine è perentorio, mentre per quanto concerne la sentenza, poiché il codice non stabilisce che il termine sia stabilito a pena di decadenza, l'adempimento potrà avvenire anche in seguito”. Cfr., altresì, P. BORGHI,

successivo, purché in tempo utile perché il giudice d'appello, "attraverso la consultazione del fascicolo digitale di appello, possa immediatamente e velocemente individuare, nella moltitudine di atti processuali digitalizzati, la sentenza impugnata, senza bisogno di accedere al fascicolo di primo grado"<sup>28</sup>.

Sia chi scrive le norme processuali che chi le interpreta dovrebbe sempre tenere presente che "la 'ragionevolezza' della sanzione processuale di volta in volta comminata dal legislatore per contrastare una determinata condotta delle parti o per sanzionare una determinata imperfezione dell'atto va commisurata sia con lo scopo che il legislatore intende perseguire attraverso l'introduzione di tale sanzione, sia con le conseguenze processuali che la sua applicazione determina per la parte a cui carico viene posta. Essendo evidente che, laddove dall'analisi in concreto delle conseguenze processuali connesse alla sanzione dovesse emergere una sproporzione rispetto allo scopo perseguito [...], questo è chiaro indice dell'irragionevolezza dell'operato del legislatore e di un abuso dello strumento sanzionatorio"<sup>29</sup>. Diversamente opinando, si finisce per dimenticare che "il giusto processo [...] vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano [...] ma per rendere pronuncia di merito riscrivendo chi ha ragione e chi ha torto"<sup>30</sup>.

### 5. *Il contraddittorio non preso sul serio.*

La fretta di decidere ha talvolta indotto il giudice amministrativo a limitare l'applicazione della regola dettata dall'art. 73, comma 3, c.p.a. (e dall'art. 101, comma 2, c.p.c.) non soltanto attraverso opinabili letture riduttive della nozione di "questione rilevata d'ufficio", ma anche ritenendo superflua la sotto-

---

*Inammissibilità dell'appello per omesso deposito di copia della sentenza appellata*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1174 ss., il quale cita in tal senso Cons. Stato, Sez. III, 14 giugno 2011, n. 3619, e osserva che, "a ben vedere, vi sarebbe addirittura da chiedersi se, in virtù dell'art. 372 c.p.c., [...], non si dovrebbe ritenere che la produzione possa avvenire anche oltre il termine *ex art.* 73 c.p.a. e fino all'udienza pubblica e, pertanto, fino al momento del passaggio in decisione della causa".

<sup>28</sup> Secondo Cons. giust. amm. Reg. sic., n. 165/2022, cit., sarebbe questa la finalità dell'"elementare dovere di collaborazione della parte con il giudice di appello" di cui è espressione la prescrizione, a pena di decadenza, dell'adempimento in parola contenuta nell'art. 94 c.p.a.

<sup>29</sup> A. CARRATTA, *La Corte costituzionale e l'abuso della "sanzione" processuale*, in *Giur. it.*, 2018, p. 87.

<sup>30</sup> Corte cost. 16 ottobre 1986, n. 220, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2669.

posizione al contraddittorio delle questioni rilevate d'ufficio che appaiano *ictu oculi* di scontata risoluzione.

Ne abbiamo avuto un recente esempio in una pronuncia con cui è stato affermato che, “nel rilevare d'ufficio l'inammissibilità di un motivo nuovo perché proposto per la prima volta in appello, non occorre dare alle parti l'avviso di cui all'art. 73 c.p.a. per le questioni rilevate d'ufficio”, in quanto non può configurarsi alcun rischio di decisioni “a sorpresa”, non potendo la parte appellante “non essere consapevole della propria scelta processuale e delle conseguenze giuridiche della stessa, né [...] ritenersi ‘colta di sorpresa’ dalla declaratoria di inammissibilità”<sup>31</sup>.

In tal modo opinando, oltre a dare per scontato che la novità della domanda introdotta in appello sia sempre frutto di un consapevole e premeditato “atto processuale ‘a sorpresa’” dell'appellante, che, per “gabbare” il giudice e la controparte, scorrettamente “introduce senza avviso esplicito” agli stessi “censure nuove mai esposte in prime cure”, si trascurano tutte le problematiche che pone la concreta identificazione della novità della domanda, astrattamente configurabile in presenza di una sostanziale modificazione dei motivi d'impugnazione, ma concretamente spesso assai difficile da effettuare. Come abbiamo avuto modo di evidenziare<sup>32</sup>, infatti, se, in linea generale, già prima dell'avvento del codice era ritenuta pacificamente inammissibile la proposizione in appello di censurare sostanzialmente diverse rispetto a quelle dedotte nel giudizio di primo grado<sup>33</sup>, mentre altrettanto certa era la possibilità di sviluppare in secondo grado le ragioni precedentemente esposte nel ricorso introduttivo<sup>34</sup>, non è sempre agevole stabilire in concreto quando si verta nell'ambito della prima ovvero della seconda ipotesi<sup>35</sup>. Peraltro, entra spesso in gioco la nota distinzione tra *mutatio libelli* ed *emendatio libelli*, che in molti casi è tutt'altro che agevole<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Cons. giust. amm. Reg. sic., 16 giugno 2021, n. 534, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>32</sup> F. SAITTA, *Nova in appello e sentenze della “terza via”: quando il giudice amministrativo ha troppa fretta di decidere*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 6/2021.

<sup>33</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 28 luglio 2008, n. 2137, 22 aprile 2008, n. 1837 e 28 settembre 2006, n. 5690, in *Foro amm.-CdS*, 2008, p. 2137; *ibidem*, 1202, e in *Giur. amm.*, 2008, I, 512; in *Foro amm.-CdS*, 2006, p. 2637.

<sup>34</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 1 febbraio 1995, n. 161, in *Cons. Stato*, 1995, I, p. 194.

<sup>35</sup> Per maggiori approfondimenti al riguardo, può vedersi F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010, pp. 29-36; con riguardo all'art. 104 c.p.a., ID., *Motivi aggiunti in appello: le prime indicazioni giurisprudenziali alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2416 ss.

<sup>36</sup> Cfr., *si vis*, F. SAITTA, *La “correzione del tiro” nel processo amministrativo: oscillazioni giurisprudenziali in tema di emendatio e mutatio libelli*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, p. 663 ss.

Tutto ciò considerato, risulta difficile comprendere perché non dovrebbe essere consentito all'appellante di dimostrare che, magari, il motivo che il giudice d'appello sia orientato a ritenere nuovo, *ergo* inammissibile *ex art.* 104 c.p.a., tale in realtà non sia. È per questo che, in generale, non potendosi stabilire *ex ante* se e quali argomenti le parti addurrebbero con riferimento alla questione rilevata d'ufficio, il giudice deve in ogni caso attuare il contraddittorio su di essa, anche se poi ciò si rivelerà inutile<sup>37</sup>: com'è stato efficacemente notato, "il principio del contraddittorio non si confronta con la giustizia della pronunzia"<sup>38</sup>.

## 6. Il divieto di rinviare la trattazione della causa.

Lo sfavore per il rinvio dell'udienza e la cancellazione della causa dal ruolo già da tempo mostrato dalla giurisprudenza amministrativa è stato recentemente condiviso dal legislatore, che, con il d.l. n. 80/2021, convertito dalla legge n. 113 dello stesso anno, ha introdotto nell'art. 73 c.p.a. il comma 1-*bis*, che vieta espressamente di "disporre, d'ufficio o su istanza di parte, la cancellazione della causa dal ruolo" e consente "[i]l rinvio della trattazione della causa [...] solo per casi eccezionali"<sup>39</sup>. Il rinvio, peraltro, dev'essere motivato riportando nel relativo decreto presidenziale o nel verbale d'udienza il caso eccezionale che lo giustifica, sicché è da ritenere che il rinvio ingiustificato possa comportare per il giudice che lo disponga responsabilità disciplinare e, in caso di indennizzo per l'eccessiva durata del processo, financo responsabilità amministrativa per danno erariale<sup>40</sup>.

Come osservato dalla prima giurisprudenza che ne ha fatto applicazione, tale disposizione "si inquadra nel più ampio contesto di riforma del processo

---

<sup>37</sup> F.P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, numero monografico, 73.

<sup>38</sup> C.E. GALLO, *Art. 73*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, p. 583.

<sup>39</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2022, n. 1040, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>40</sup> A. CACCIARI, *P.N.R.R. e processo amministrativo*, in [www.nuovagiustiziaamministrativa.it](http://www.nuovagiustiziaamministrativa.it) (agosto 2021), 2. Nel senso che la responsabilità del giudice per l'irragionevole durata del processo non può escludersi "sol perché lo slittamento dei tempi del giudizio sia dovuto ad una istanza delle parti, spettando comunque al giudice il potere-dovere di verificarne la fondatezza, evitando dilazioni ingiustificate dei tempi processuali", già TAR Puglia-Bari, Sez. II, 30 dicembre 2004, n. 6334, in *Foro amm.-TAR*, 2004, p. 3830.

amministrativo (contenuto nel testo legislativo indicato) volto a contrastare la 'formazione di nuovo arretrato' nella giustizia amministrativa che incide, a sua volta, sul grado di efficienza e di affidabilità dell'intero sistema economico nazionale, chiamato peraltro a fronteggiare le nuove sfide del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Con la disposizione in esame il legislatore ha, in via generale, ritenuto prevalente l'interesse pubblico alla celerità della decisione, in coerenza con il principio della ragionevole durata del processo, rispetto a quello, particolare ed eccezionale, di protrazione della trattazione della causa"<sup>41</sup>.

La norma ha contribuito a irrigidire ulteriormente la già rigorosissima prassi vigente nelle aule della giustizia amministrativa, rendendo unanime l'affermazione giurisprudenziale che le situazioni eccezionali che rendono possibile il rinvio "possono essere integrate solo da gravi ragioni idonee a incidere, se non tenute in considerazione, sulle fondamentali esigenze di tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantite", in quanto nel processo amministrativo "non vengono in rilievo esclusivamente interessi privati, ma trovano composizione e soddisfazione anche gli interessi pubblici che vi sono coinvolti"<sup>42</sup>.

Una rigidità che appare francamente esagerata, non comprendendosi, ad es., perché il rinvio debba essere negato anche quando potrebbe servire a dirimere un contenzioso con soddisfazione reciproca di entrambi i contendenti<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> TAR Lazio-Roma, Sez. II, 17 dicembre 2021, n. 13120 (in *Guida dir.*, 2021, p. 100, con commento di D. PONTE, *Con la modifica dei raggruppamenti stop alla prosecuzione della gara*), che, sulla base di queste considerazioni, ha ritenuto che la pendenza di una questione interpretativa innanzi all'Adunanza plenaria non possa giustificare il rinvio dell'udienza di trattazione in attesa della decisione del giudice della nomofilachia sul contrasto giurisprudenziale.

<sup>42</sup> Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 11 marzo 2024, n. 2329, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); già prima, Cons. giust. amm. Reg. sic., 31 gennaio 2022, n. 153, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), commentata da M. RICCIARDO CALDERARO, *Il rinvio dell'udienza nel processo amministrativo tra poteri del giudice e diritti delle parti (Nota a Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 31 gennaio 2022, n. 153)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 24 marzo 2022.

<sup>43</sup> A. CACCIARI, *ibidem*, il quale fa l'esempio dell'amministrazione che, in udienza, rappresenta di aver avviato un procedimento di ritiro in autotutela del provvedimento impugnato; M. RICCIARDO CALDERARO, *op. cit.*, § 4, il quale ritiene doveroso il rinvio dell'udienza su concorde richiesta delle parti che abbiano bisogno di più tempo per giungere ad un'eventuale soluzione bonaria del contenzioso. In giurisprudenza, nel senso che "il mero rinvio dell'udienza, ossia il rinvio non funzionale al compimento di ulteriori atti diretti alla prosecuzione della trattazione del ricorso, può essere accordato dal giudice, nel silenzio del codice di rito", oltre che nel caso in cui si renda necessario per la garanzia delle esigenze difensive delle parti, anche laddove queste ultime "rappresentino concordemente l'esistenza di vicende esterne al processo, tali da poter determinare il superamento della situazione di fatto o di diritto sulla quale si è

Come osservava, oltre un ventennio addietro, il compianto Franco Cipriani, “[d]alla norma costituzionale per la quale la legge deve assicurare la ragionevole durata dei processi, non si deve dedurre che il processo civile non deve conoscere pause, né tanto meno che nel processo civile non possono esservi udienze di mero rinvio, bensì che ognuno di noi deve poter contare su un processo suscettibile di concludersi in tempo ragionevole, ma col diritto, ove mai anche l’altra voglia temporeggiare, di riflettere per qualche tempo sul da farsi. Quindi, le cause che le parti preferiscono concordemente tenere in *sur-place*, vanno tollerate per un certo qual tempo, ma non ci devono preoccupare più di tanto e non ci devono portare a sottrarre a tutte le parti, ivi compreso quelle che hanno fretta, il diritto di disporre, almeno in via tendenziale, dei tempi del processo”<sup>44</sup>.

Si tratta di considerazioni che, seppure con moderazione, possono estendersi anche al processo amministrativo, se non altro per “ammorbidire” l’interpretazione e applicazione della locuzione “casi eccezionali” contenuta nell’art. 73, comma 1-*bis*, c.p.a.

### 7. *L’abuso del processo come strumento per affrancare il giudice dal dovere di decidere nel merito.*

Un altro strumento che il giudice amministrativo – al pari, invero, del giudice civile – ha sovente utilizzato per autoattribuirsi il potere, ampiamente discrezionale, di contrarre e rendere più difficoltoso, a proprio piacimento, l’esercizio del diritto d’azione e di difesa, dimenticando che, in assenza di norme specifiche che gli consentano di valutare la c.d. “meritevolezza” della tutela,

---

originariamente innestata la vicenda processuale, in modo da rendere la sentenza inattuale o potenzialmente interferente con lo svolgimento dell’attività amministrativa ancora in corso”, TAR Lazio-Roma, Sez. II, 28 febbraio 2018, n. 2215, in *Foro amm.*, 2018, p. 287; Cons. giust. amm. Reg. sic., decreti 18 maggio 2022, nn. 590 e 591, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui “il richiamo ad una possibile ed ipotetica composizione della lite (in assenza anche di tempi certi indicati dalle parti) non integra motivo eccezionale idoneo a giustificare il chiesto rinvio della trattazione”. In senso critico nei confronti dell’ultimo intervento legislativo, F. VOLPE, *Il processo amministrativo dopo il Covid*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2 giugno 2022, § 5, ad avviso del quale, essendo la lite nella disponibilità delle parti, rispetto alla quale le esigenze del giudice non debbono prevalere, non si capisce per quale ragione, in presenza di una richiesta di differimento proveniente da tutti i contendenti, il giudice dovrebbe essere vincolato a imporre la definizione immediata della controversia.

<sup>44</sup> *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1258.



ogni domanda portata alla sua attenzione nel rispetto delle regole processuali ha diritto di essere esaminata nel merito<sup>45</sup>, è l'abuso del processo.

Si tratta di una figura che concede al giudice un potere “smisurato” di controllare la “meritevolezza” della tutela richiesta, una discrezionalità estrema nella determinazione delle forme dell'agire delle parti nel processo<sup>46</sup>, e che, purtroppo, torna assai utile a quei giudici che vogliano sostituire alla norma scritta la disciplina che intendono imporre, anche *contra legem*<sup>47</sup>, gravandosi di compiti – come, ad es., quello di trasporre nel tessuto del processo il principio di proporzionalità e/o, peggio ancora, valori morali – ancora più ponderosi di quelli assegnati al giudice-Erocle di Dworkin, forse impossibili da realizzare<sup>48</sup>. Si tratta in sostanza dell'attribuzione al giudice di un margine di discrezionalità nella valutazione del caso concreto attraverso l'interpretazione di una norma del codice di rito intesa come clausola generale, che finisce per rappresentare un potenziale “cavallo di Troia” nella sicurezza del sistema<sup>49</sup> e per introdurre una limitazione al diritto d'azione costituzionalmente garantito affidata al soggettivismo del singolo giudice<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1455-1457 e 1467.

<sup>46</sup> A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 37 e 78-79.

<sup>47</sup> 5 Così R. VILLATA, *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1100, con riguardo alla nota giurisprudenza delle Sezioni unite, che non hanno esitato ad evidenziare l'“innegabile evoluzione dell'ordinamento verso una progressiva relativizzazione della tutela apprestata dalle regole di rito” (sentenza 21 gennaio 2015, n. 1238, in *CED-Cassazione*, 2015); affermazione giustamente definita in dottrina inquietante (E. VULLO, *Augusto Cerino Canova*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 710) e pericolosa (A. PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la proportionate justice*, *ivi*, 2016, p. 1479).

<sup>48</sup> A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze*, cit., p. 44, nt. 86, e 82-83.

<sup>49</sup> Così, con riguardo all'*exceptio doli generalis*, G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, p. 328.

<sup>50</sup> R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai cavalieri dell'apocalisse?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 110; adesivamente, G. TROPEA, *L'orizzonte degli eventi: quando l'interesse strumentale incontra l'abuso del processo ... (nota a TAR Lazio, Sez. II-quater, 6 maggio 2020, n. 4742)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1117.

8. *Quando il giudice amministrativo non ha più fretta ed è disposto ad allungare i tempi del processo, ma solo per venire in soccorso dell'amministrazione intimata.*

Curiosamente (ma non troppo), talvolta il giudice amministrativo dimentica di andare di fretta e mostra di essere disposto ad allungare i tempi del processo se si tratta di venire in soccorso dell'amministrazione intimata.

Si allude alla prassi, che va diffondendosi soprattutto presso alcuni TAR, di adottare ordinanze collegiali istruttorie che, alla faccia del principio di non contestazione, rinviando la decisione, invitando l'amministrazione intimata a costituirsi in giudizio e a controbattere adeguatamente al ricorso<sup>51</sup>.

Si tratta di un *modus operandi* che – a nostro avviso – non dà proprio l'immagine di un giudice terzo ed imparziale e sembra assecondare l'idea che la “stella polare” che deve guidare il giudice amministrativo sia l'interesse pubblico<sup>52</sup>. Simili incrostazioni dovrebbero essere del tutto eliminate, anche perché non fanno altro che fornire un'arma formidabile ai sostenitori della tesi dell'unità della giurisdizione: nella Costituzione, infatti, c'è una precisa presa di posizione a favore del carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa.

---

<sup>51</sup> Tra le più recenti, *ex multis*, TAR Lazio-Roma, Sez. V-bis, ord. 22 gennaio 2024, n. 1196, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, con riguardo all'impugnazione di un provvedimento con cui il Ministero dell'Interno aveva negato la concessione della cittadinanza a causa di una notizia di reato emersa sul conto del ricorrente, a fronte di un ricorso nel quale quest'ultimo rappresentava che risultava non essere mai stato condannato ovvero avere un procedimento penale pendente a proprio carico, versando in atti il certificato giudiziale, il certificato dei carichi pendenti e il certificato di comunicazione di iscrizione indagato, dai quali emergeva l'assenza di qualsivoglia pregiudizio a suo carico, rilevato che l'amministrazione non si era costituita in giudizio, riteneva necessario ai fini del decidere acquisire non soltanto il fascicolo del procedimento, ai sensi dell'art. 46, comma 2, c.p.a., ma anche “una documentata relazione di chiarimenti su fatti e deduzioni posti a fondamento del gravame”; nello stesso senso, Id., ord. 21 dicembre 2023, n. 19480, *ibidem*, che con riguardo ad analoga impugnazione, riteneva necessario acquisire, altresì, “una documentata relazione [...] sui motivi ostativi posti a fondamento del diniego, con particolare riferimento alla presunta disparità di trattamento rispetto alla moglie che ha conseguito lo *status civitatis* e all'eccezione di omessa comunicazione del preavviso di diniego ex art. 10-bis della legge n. 241/1990”; Id., ord. 31 marzo 2023, n. 5568, *ibidem*.

<sup>52</sup> Da ultimo, F. FIGORILLI, *La giustizia amministrativa*, in *Le riforme amministrative*, a cura di A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella e M. Ramajoli, Bologna, 2024, p. 367.

9. *Quando è il legislatore a mettere fretta al giudice: i riti superaccelerati per i giudizi in materia di appalti pubblici e di PNRR.*

Ormai da diversi anni, la dottrina processualcivilista ha constatato amaramente come il legislatore italiano abbia sempre più ceduto alla deriva aziendalista/efficientista, che vuole una giustizia celere e produttiva: “[l]a celerità e la semplificazione dei tempi e delle forme del processo sono divenute il mantra di ogni riforma che ha avvertito le forme processuali come una intollerabile zavorra che impedisce il consacrarsi dell’imperante valore della ragionevole durata del processo che soddisfa l’interesse individuale alla celerità della tutela giurisdizionale”<sup>53</sup>.

La celerità ha finito per tramutarsi in ideologia: il processo, “luogo di ponderata e necessaria lentezza”<sup>54</sup>, è profanato dall’inarrestabile esigenza di celerità, che si è elevata a “elemento ontologico della giustizia, scavalcando l’impostazione tradizionale per cui rileva fondamentale l’esattezza della decisione, piuttosto che il momento in cui si raggiunge”<sup>55</sup>.

Come per il processo amministrativo, pure con riguardo al processo civile si assiste da tempo “ad una pressione, anche massmediatica, che vede nel contenzioso un ostacolo per il fluido sviluppo degli affari e che, per quanto riguarda l’Italia, imputa al processo e alle sue disfunzioni la responsabilità per la minore fiducia degli investitori esteri e per la complessiva inefficienza del sistema Paese. [...] i parametri essenziali diventano i tempi e i costi. La giustizia della decisione e l’accertamento della verità fattuale non sono certo esclusi, ma devono essere perseguiti entro barriere temporali che si fanno sempre più stringenti.

È il tempo impiegato a decidere i casi e non la qualità delle decisioni che viene preso in esame nelle classifiche internazionali riferite all’efficienza dei singoli ordinamenti”<sup>56</sup>.

Di fatto, però, “i meccanismi pseudo-acceleratori creano situazioni di effi-

---

<sup>53</sup> S. PELLEGRINI, *Il dialogo tra magistratura e avvocatura. Per una comune cultura della giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, p. 518.

<sup>54</sup> A. TEDOLDI, *Chiarezza e sintesi tra mito e realtà*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 13.

<sup>55</sup> C. GRAZIOSI, *La nuova figura del giudice civile tra riforme processuali, moduli organizzativi e protocolli d’udienza*, in G. BERTI ARNOALDI VELI (a cura di), *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d’udienza*, Bologna, 2011, p. 167.

<sup>56</sup> P. BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 48; F. BARBIERI, *La direzione del giudice e l’economia processuale*, Napoli, 2024, p. 273 ss.

cienza apparente che non sempre soddisfano i parametri qualitativi di un sistema giudiziario che deve condurre ad eque decisioni”<sup>57</sup>. Si badi bene, non s’intende qui mettere in discussione l’esigenza di ridurre i tempi processuali, ma semplicemente “non ferire un’esigenza ancora più radicale: quella dell’aspirazione ad una decisione giusta, basata su un accurato accertamento dei fatti”<sup>58</sup>.

Ecco, la sensazione che si avverte da un po’ di tempo (anche) con riguardo al processo amministrativo è “che la esaltazione della tendenza al processo *celer* stia frustrando l’esigenza di un processo *giusto* nei confronti dell’amministrazione”<sup>59</sup>.

L’esempio più eloquente è probabilmente quello del contenzioso sugli appalti pubblici, che ha sicuramente raggiunto livelli elevatissimi di tempestività nelle decisioni, ma al contempo “prodotto soluzioni sempre più distanti dall’esigenza prioritaria di tutela del cittadino”<sup>60</sup>.

Basti pensare alla modifica dell’art. 120, comma 9, c.p.a. ad opera del c.d. “decreto semplificazioni” n. 76/2020 (convertito con legge n. 120 dello stesso anno), che ha ridotto da trenta a quindici giorni il termine, decorrente dall’udienza di discussione, entro il quale dev’essere depositata la sentenza, trascurando di considerare che conseguenze ciò possa avere sulla qualità della risposta giudiziaria<sup>61</sup>. Considerato che già allora, mediamente, si otteneva una pronuncia cautelare in trenta giorni e la sentenza definitiva in due gradi in meno di un anno, gli stessi magistrati amministrativi si sono giustamente chiesti se avesse senso accelerare ulteriormente rispetto a quanto già fatto: “Certo una decisione immediata in un mondo ideale è sempre auspicabile, ma non lo può essere se nel mondo reale vi sia il rischio di una decisione frettolosa e comprometta garanzie difensive ed effettività della tutela”<sup>62</sup>.

E non desta certo minori perplessità con riguardo alla compressione dei

---

<sup>57</sup> S. PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 520.

<sup>58</sup> P. BIAVATI, *op. cit.*, p. 49.

<sup>59</sup> A.G. OROFINO, *Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività*, in *Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. Fanti, Napoli, 2019, I, p. 515.

<sup>60</sup> A. TRAVI, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in *Giur. it.*, 2017, p. 986.

<sup>61</sup> G. TAGLIANETTI, *Normativa emergenziale e processo amministrativo: l’attuazione del PNRR a ogni costo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, pp. 159-160.

<sup>62</sup> F. GOGGIAMANI, *Celerità e contenuto della decisione nel rito appalti: semplificazione a tutti i costi?* (Relazione al Webinar su: “Le novità in materia di contratti pubblici, procedimento e processo nel decreto-legge semplificazioni”, organizzato dal TAR Lazio, 11 dicembre 2020), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2.

tempi processuali la più recente disposizione contenuta nell'art. 12-*bis*, comma 1, ultimo capoverso, del d.l. n. 68/2022 (convertito con legge n. 108 dello stesso anno), che, per accelerare ulteriormente i giudizi amministrativi in materia di PNRR, ha previsto che, in caso di riforma in appello dell'ordinanza cautelare di rigetto, qualora l'udienza di merito non si svolga nel termine di trenta giorni dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del TAR, "la misura cautelare perde efficacia, anche qualora sia diretta a determinare un nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione". Com'è ben stato notato, in tal modo "si finisce per addebitare al ricorrente vittorioso in appello il rischio della irreparabilità del danno derivante dalle more del processo, che costituisce una ulteriore ed ingiusta compressione della posizione soggettiva dedotta in giudizio, consistente nella esecuzione del contratto, in caso di sentenza di merito favorevole"<sup>63</sup>.

La produttività dei magistrati verso la quale spingono fortemente le linee d'intervento sul processo programmate dal PNRR sembra, insomma, essere perseguita dal legislatore esclusivamente attraverso la riduzione dei tempi processuali e completamente sganciata da qualsivoglia attenzione per la qualità della decisione, intesa come capacità di assicurare una risposta alta ed adeguata; esigenza, quest'ultima, che, invece, dovrebbe apparire imprescindibile<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> M. INTERLANDI, *I paradigmi costituzionali del giusto processo amministrativo alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (e del nuovo schema del codice dei contratti)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 8/2023, pp. 44-45.

<sup>64</sup> E.A. APICELLA, *Introduzione*, in *Riforme legislative ed efficienza del processo* (Atti del Convegno di Catanzaro, 23 giugno 2023), Soveria Mannelli, 2024, pp. 11 e 16.

# PROFILI CRITICI DELLA TUTELA RISARCITORIA NEI CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

*Maria Alessandra Sandulli*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il danno da mera incertezza. – 3. Il danno da lesione dell'affidamento nel provvedimento illegittimo favorevole. – 4. I limiti alla tutela risarcitoria per la cd “mancata cooperazione” del soggetto leso. – 5. Considerazioni conclusive.

## 1. *Premessa.*

Tra i numerosi temi attenzionati da Guido Greco vi è quello della tutela risarcitoria per equivalente, introdotta finalmente negli anni Novanta anche tra gli strumenti di tutela degli interessi legittimi<sup>1</sup>, ammessa dall'art. 30 c.p.a. – pur con vari limiti e condizioni – come possibile oggetto di azione giurisdizionale autonoma, e progressivamente assurta – in nome di un preteso premimente interesse generale all'esecuzione di provvedimenti utili alla ripresa economica (contratti pubblici e atti attuativi del PNRR) – a strumento primario di tutela nei confronti della p.A.<sup>2</sup>.

Significativamente, Greco, sempre attento alle peculiarità del g.a. all'effettività della garanzia che esso è chiamato ad assicurare contro l'illegittimo uso del potere pubblico, si è unito al coro di severe critiche contro quest'ultima tendenza<sup>3</sup>.

Come emerso anche in un recente dibattito celebrativo dei 20 anni dalla sentenza n. 204/2004<sup>4</sup> – con la quale, come noto, la Corte costituzionale su-

---

<sup>1</sup> Il riferimento è, ovviamente, all'art. 13, legge n. 142/1992 e alla nota sentenza Sez. Un. n. 500/1999.

<sup>2</sup> M.A. SANDULLI, *Introduzione*, in *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, Napoli, 2024.

<sup>3</sup> Da ultimo, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020.

<sup>4</sup> Tenuto il 19 giugno scorso all'Università La Sapienza, con la moderazione del prof. R. Vaccarella, redattore della sentenza.

però la questione di l.c. dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. della tutela risarcitoria sugli interessi legittimi, affermandone la natura di "strumento di tutela"<sup>5</sup> – la lettura della giurisprudenza amministrativa rivela peraltro una certa difficoltà della stessa a riconoscere in concreto un diritto al risarcimento del danno nei confronti delle pp.AA., invocando, a seconda dei casi, l'insufficienza della prova del danno, la mancanza dell'elemento soggettivo della responsabilità, il difetto di adeguata cooperazione del creditore e/o la mancanza di un "legittimo" affidamento in capo a questo.

Mentre il legislatore, nel solito settore "apripista" dei contratti pubblici di affidamento di lavori, servizi e forniture, ha, da ultimo, istituzionalizzato la proponibilità da parte del committente di un'azione di rivalsa – ma anche di un'azione risarcitoria diretta – nei confronti dell'operatore economico che, "con un comportamento illecito [espressione generica, che si presta a una lettura estensiva del termine], ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo" (art. 209, d.lgs. n. 36/2023)<sup>6</sup>.

È significativo che negli ultimi tempi il tema della responsabilità civile della p.A. abbia formato oggetto di diversi Incontri di studio, a uno dei quali (Torino, marzo 2024) ha partecipato, con un'importante Relazione, anche lo stesso Greco.

Lo spazio concesso a questo contributo non consente di affrontare con il dovuto approfondimento i numerosi problemi sollevati dalla materia, ma mi è sembrato opportuno rendere omaggio all'illustre Collega e carissimo Amico sollecitando una riflessione sul punto.

Nel ricordare che, dopo qualche incertezza, e nonostante molti dubbi in dottrina, appare ormai acquisita la costruzione della responsabilità civile della p.A. per atti o comportamenti illegittimi come responsabilità extracontrattuale (Ad. plen. n. 7/2021), della quale segue il regime, salvo che per la dimostrazione dell'elemento soggettivo, alleggerita da una presunzione di colpa dell'Amministrazione, che spetta eventualmente a questa superare, invocando l'errore scusabile, concentrerò l'attenzione su tre profili fondamentali:

I. Il danno da mera incertezza, nelle forme del danno da lesione del legittimo affidamento nel rispetto delle tempistiche di conclusione del procedimento (cd danno da mero ritardo) e del danno da valore "apparente" del provvedimento formalmente adottato, ancorché improduttivo di effetti;

II. Il danno da lesione dell'affidamento nel provvedimento illegittimo favorevole;

---

<sup>5</sup> Per una sintesi e ulteriori richiami, M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit.

<sup>6</sup> Cfr. *amplius* M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *Il giudizio*, cit.

III. I limiti alla tutela risarcitoria per la cd “mancata cooperazione” del soggetto leso,

- in termini generali: art. 30 c.p.a.;
- in riferimento all’affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: art. 124 c.p.a., come modificato dall’art. 209 del nuovissimo c.c.p.

## 2. *Il danno da mera incertezza.*

Il primo profilo si lega al problema generale dell’inerzia della p.A.: fenomeno purtroppo tradizionalmente frequente e diffuso, contro il quale l’ordinamento ha invano cercato e cerca di predisporre un sistema articolato di garanzie, ivi compresa la configurazione di specifiche responsabilità cui si correlano obblighi risarcitori o comminatorie di sanzioni<sup>7</sup>.

Significativamente la condotta omissiva (diversamente da quella attiva) non è coperta dal c.d. “scudo erariale”, introdotto dall’art. 21, d.l. n. 76/2020 e reiteratamente prorogato fino, a oggi, al 31 dicembre 2024.

Sul piano della responsabilità civile, è però, come noto, tuttora acceso il dibattito sul diritto del soggetto che ha “subito” il ritardo a ottenere un risarcimento per il solo fatto che non ha avuto contezza della decisione amministrativa nel tempo prestabilito.

Ricordo, in particolare, al riguardo, che – dopo aver affermato l’obbligo della p.A. di concludere i procedimenti che conseguano obbligatoriamente a un’istanza o debbano essere iniziati d’ufficio – la legge n. 241/1990 (artt. 2 e 2-*bis*) è espressamente attenta a sottolineare che “la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente”, costruendo poi un sistema di interventi sostitutivi e prevedendo la corresponsione di un indennizzo da “mero ritardo”, da detrarre dall’eventuale risarcimento del danno. Dopo un segnale di apertura (sentenza n. 5/2018), tuttavia, l’Adunanza plenaria (sentenza n. 7/2021), riprendendo la linea abbracciata nel 2005 (sentenza n. 7), ammette la tutela risarcitoria soltanto se la condotta (dolosa o colposa) omissiva abbia effettivamente causato un danno nella sfera giuridica dell’am-

---

<sup>7</sup>Tra gli scritti più recenti in materia, cfr., anche per gli ulteriori richiami, G. MARI, *L’obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della p.A.*, in *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, IV ed., Milano, 2023.



ministrato, arrecando una concreta lesione al bene della vita cui il suo interesse tutelato si correla. Dal momento però che la Corte costituzionale, sin dalla richiamata sentenza n. 204/2004, ha affermato la natura meramente rimediabile dell'azione risarcitoria di tale lesione e che l'art. 133 c.p.a. pone al primo posto nell'elenco delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a., l'azione di "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza delle inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo", appare logico ritenere che il legislatore abbia inteso propriamente riferirsi a un'azione risarcitoria del diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale, a prescindere dalla fondatezza della pretesa sostanziale. La questione è ancora oggetto di dibattito e, anche in giurisprudenza, non ha finora trovato soluzione univoca, tanto che alcune pronunce hanno addirittura cercato una via intermedia, quale quella – priva però di ogni supporto normativo ed evidentemente discriminatoria – che distingue tra comune operatore e impresa, riconoscendo solo a quest'ultima un diritto all'autodeterminazione che giustifica il risarcimento del danno da mero ritardo. Da qui l'indubbia opportunità di un nuovo intervento dell'organo di nomofilachia.

2.1. La tematica appena segnalata presenta qualche profilo di contiguità con il caso dell'incertezza determinata dall'adozione di un atto nullo o espressamente qualificato dalla legge come "inefficace"<sup>8</sup>. Un atto improduttivo di effetti non sarebbe infatti a stretto rigore in grado di arrecare danni. Ma purtroppo così non è, perché l'atto nullo, pur inefficace di diritto, produce risultati (effetti pratici suscettibili di valutazione giuridica) e come tale rischia di essere comunque portato a esecuzione ed erroneamente tradotto in una realtà materiale; ed è ormai consolidata la tesi che l'apparenza è *ex se* in grado di produrre danni, riconducibili a questo punto alla "condotta" tenuta attraverso la sua adozione. Anche la giurisprudenza, già subito dopo l'introduzione, nel c.p.a., di un'azione di accertamento della nullità dell'atto amministrativo, aveva affermato che il provvedimento amministrativo, ancorché nullo, ha, tuttavia, una propria efficacia "interinale" (fin tanto che la nullità non venga accertata), la quale rende possibile la sua definizione come provvedimento amministrativo dotato di imperatività e che, pertanto, si impone unilateralmente ai

---

<sup>8</sup> La bibliografia in argomento è vastissima. Ci si limita quindi a richiamare, anche per le ulteriori opportune citazioni sui profili qui segnalati, ai contributi di R. CHIEPPA, *La nullità del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, II ed., Milano, 2017 e di A. CARBONE, *L'azione di mero accertamento*, in *Il giudizio amministrativo*, cit., e alla monografia di G. CAVALIERE, *La nullità dell'atto amministrativo*, Torino, 2022.

suoi destinatari, che “non possono sottrarsi agli effetti dell’atto, ovvero agire come se l’atto non esistesse e/o fosse improduttivo di effetti (...), ma, onde tutelare le proprie posizioni giuridiche, hanno il potere di agire in giudizio al fine di ottenerne la declaratoria di nullità” (così Cons. Stato, IV, sentenze nn. 5799/2011 e 1957/2012, precisando che la regola vale anche per la p.A. “avverso provvedimenti emanati da altra autorità amministrativa ritenuti nulli, e avverso i quali la prima non è titolare di potere di autotutela”)<sup>9</sup>.

Puntando la lente sull’azione risarcitoria, dal momento che il c.p.a. pone un termine di decadenza all’azione di accertamento della nullità (anche se esso deve ritenersi limitato a quella a tutela degli interessi legittimi), viene innanzitutto da chiedersi se il soggetto leso dall’apparenza di un atto amministrativo nullo che non abbia tempestivamente proposto tale azione possa proporre un’autonoma azione di risarcimento e confidare in un suo accoglimento o il giudice potrebbe imputargli di non aver tenuto una condotta “diligente” ai sensi dell’art. 1227 c.c., per analogia con quanto previsto dall’art. 30 c.p.a. nell’ambito della disciplina per l’azione di risarcimento dei danni derivanti dall’“illegittimo” esercizio dell’attività amministrativa (v. *infra*, sub III). La risposta non può a mio avviso che essere negativa.

In ogni caso, per tornare alla questione della risarcibilità del danno da mera incertezza, il soggetto leso potrebbe proporre un’azione di risarcimento del danno comunque causatogli dall’amministrazione per la situazione di “apparenza” e “incertezza” creata dall’adozione dell’atto nullo, anche se l’esecuzione di quest’ultimo non gli ha arrecato ulteriori danni (*id est*, non gli ha *ex se* impedito di conseguire il bene della vita, né lo ha privato di quello che aveva)?. E, in caso affermativo, entro quali termini dovrà agire? In assenza di specifiche disposizioni, l’unico termine possibile sembra quello di prescrizione dei diritti.

A queste incertezze si aggiunge quella dell’individuazione del giudice, anche se la logica vuole che esso segua le regole del riparto sull’azione principale. Il fatto che l’art. 31 c.p.a. preveda un’azione di accertamento della nullità davanti al g.a. non consente invero a mio avviso di attrarre alla giurisdizione di tale giudice (e alle regole decadenziali imposte dal c.p.a.) anche le azioni di accertamento della nullità di atti incidenti su diritti soggettivi: se sono improduttivi di effetti, tali atti non “incidono”, infatti, la posizione giuridica tutelata, che, se ha natura di diritto soggettivo, va quindi protetta dinanzi al “suo” giudice naturale, che è il g.a. solo nelle materie in cui il legislatore gli ha affidato una giurisdizione esclusiva.

---

<sup>9</sup> Sulla peculiarità dell’azione di nullità nel c.p.a. e sulle sue differenze dalla tradizione civilistica cfr., da ultimo, Ad. plen. n. 11/2024.

Il discorso si complica ulteriormente per gli atti o le clausole che la legge o la giurisprudenza qualificano “inefficaci” o “*tamquam non essent*”.

Mi riferisco innanzitutto all’ipotesi generale disciplinata dall’art. 2, comma 8-*bis*, legge n. 241/1990, inserito dall’art. 12 del d.l. n. 76/2020 per porre fine all’indebito “rifiuto” della giurisprudenza di accettare la scelta legislativa di formazione del silenzio assenso e stabilizzazione della SCIA anche in mancanza dei presupposti sostanziali per l’accoglimento dell’istanza o per l’utilizzo della segnalazione<sup>10</sup>. Autorevole dottrina<sup>11</sup> ha ricondotto la riferita ipotesi di “inefficacia” alla categoria della “nullità”, facendola pertanto pericolosamente ricadere nella disciplina sostanziale di cui all’art. 21-*septies*, legge n. 241/1990 e in quella processuale dell’art. 31 c.p.a.

La confusione è alimentata dal legislatore, che, con riferimento alle clausole violative del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici (oggi incluso tra i “principi” generali della materia dall’art. 10, comma 3, d.lgs. n. 36/2023), dispone testualmente che le clausole escludenti introdotte dal committente in violazione del suddetto principio “sono nulle e si considerano non apposte”.

La formula, ancorché – anche formalmente – infelice, ricalca il ragionamento svolto, con riferimento alle disposizioni preesistenti (art. 46 c.c.p. del 2006, come modif. dal d.l. n. 70/2011, e art. 83 c.c.p. del 2016), dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (rispettivamente, sentenze n. 9/2014 e n. 22/2020 e ribadito, tra le più recenti, dalla Sez. V, sentenza n. 9277/2023), nel senso che la clausola escludente introdotta dalla legge di gara in violazione del principio di tassatività affermato dal codice contrattuale e da questo definita “nulla”, “è priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice” (Ad. Plen. n. 9/2014) e “si deve intendere come ‘non apposta’ a tutti gli effetti di legge”, ovvero, “improduttiva di effetti” e “*tamquam non esset*”. Con la – più che opportuna – precisazione che non sussiste alcun onere di impugnarla e – se anche il procedimento dura ben più dei 180 gg. previsti dall’art. 31 c.p.a. per l’esercizio dell’azione di nullità – la stazione committente non può comunque attribuire loro rilievo, fermo restando però che i suc-

---

<sup>10</sup> V. *amplius* le considerazioni svolte in M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 24 maggio 2022; nonché G. MARI, *L’obbligo di provvedere*, cit., anche per gli ulteriori richiami. A partire dal luglio 2022 (sentenza Cons. Stato, Sez. VI, n. 5746), la giurisprudenza si è progressivamente adeguata alla *voluntas legis*: tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. IV, n. 3813/2024.

<sup>11</sup> Per tutti G. CORSO, ma anche M. CALABRÒ, *opp. citt.* negli scritti di cui alla nota precedente.

cessivi atti del procedimento, inclusi quelli di esclusione e di aggiudicazione, pur basati sulla clausola nulla, conserverebbero il loro carattere autoritativo e sarebbero soggetti al termine ridotto di impugnazione previsto dall'art. 120 c.p.a., entro il quale l'interessato avrebbe l'onere di agire per ottenere l'annullamento dell'atto di esclusione (e degli atti successivi) che abbiano fatto applicazione della clausola escludente nulla. Secondo l'Adunanza plenaria, infatti non "può farsi discendere, quanto meno nell'ordinamento amministrativo, la nullità di un atto applicativo di un precedente provvedimento solo parzialmente affetto da una nullità riferita a una sua specifica clausola inidonea a inficiare la validità di quel provvedimento nel suo complesso". La costruzione non appare convincente, ritenendosi più corretto affermare che se l'atto esclude un concorrente sulla base di una clausola nulla, ovvero improduttiva di effetti, ovvero giuridicamente inesistente, esso incorre a sua volta direttamente nella violazione del principio di tassatività e non può che essere, a sua volta, nullo.

Aggiungendo confusione alla confusione, la giurisprudenza più recente (mi riferisco alle note sentenze, Ad. plen., nn. 17 e 18/2021 sulle concessioni balneari)<sup>12</sup> ha elaborato una ulteriore categoria di atti "*tamquam non essent*", distinguendoli dagli atti nulli: come è noto, i giudici amministrativi, nella richiamata ritrosia nei confronti della nullità, hanno tradizionalmente configurato la violazione del diritto UE come mera illegittimità, ma, pur espressamente ribadendo, in linea teorica, tale posizione (confermata dalla stessa Adunanza plenaria anche nella sentenza n. 20/2022), le citate pronunce, per aggirare l'insormontabile ostacolo della stabilizzazione dei titoli concessori ormai da tempo prorogati, hanno affermato, in via eccezionale, la radicale inesistenza delle proroghe delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali a uso turistico-ricreativo disposte in (asserito) contrasto con tale diritto sovranazionale.

Un'altra fonte di incertezza è rinvenibile nella sentenza Ad. plen. n. 8/2021, che afferma l'inefficacia degli atti assunti dal commissario *ad acta* dopo che l'Amministrazione abbia, pur tardivamente, provveduto, o, all'inverso, quelli adottati dalla seconda dopo che il primo abbia provveduto. La sentenza parla di inefficacia dell'atto, ma poi sostiene che se ne potrebbe chiedere la "rimozione" al giudice dell'ottemperanza, ciò che, evidentemente, ne presume l'esistenza. Con il rischio che qualche giudice ritenga l'intempestività dell'azione qualora non proposta nel rispetto dei termini del reclamo (per gli atti del Commissario) o dell'impugnazione (per quelli dell'Amministrazione)<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. il fascicolo monotematico n. 3/21 della rivista *Diritto e società*.

<sup>13</sup> L'uso promiscuo dei termini nullità, inefficacia e sostanziale inesistenza (*tamquam non esset*), indubitabilmente lesivo dell'affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche, indu-

Tornando alle questioni più strettamente legate alla tutela risarcitoria, si è detto che l'incapacità per l'atto amministrativo nullo (ma anche per quello *tamquam non esset*) di produrre effetti giuridici non toglie nondimeno il fatto che esso è stato comunque adottato e la sua esistenza formale inevitabilmente destabilizza, crea incertezza, perché produce effetti materiali e può essere portato a esecuzione. E, correlatamente, produce responsabilità: per il suo autore e – salvo che sia anche penalmente illecito, rompendo il rapporto di immedesimazione organica (ipotesi, peraltro, in cui si ritiene corretto parlare di inesistenza) – per la p.A. per conto della quale esso ha operato. Ne discende che, per coerenza del sistema, e nel rispetto del principio di buon andamento e dei suoi corollari di buona fede e correttezza nei rapporti con gli amministrati e di economicità dell'azione amministrativa, ma, prima ancora, nel rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio, anche in assenza di specifiche disposizioni di legge, l'Amministrazione deve poter auto accertare e dichiarare la nullità dei propri atti. Non solo, ma ha ben vedere il dovere di farlo, anche per garantire la certezza del diritto e per evitare un potenziale affidamento in un atto nullo<sup>14</sup>, sicché l'omissione di tale potere/dovere autodichiarativo può essere a sua volta foriera di responsabilità.

A maggior ragione, la responsabilità da atto nullo o, come si è detto, *tamquam non esset*, non può a mio avviso essere esclusa se l'affidamento è stato, come nelle ipotesi delle cd concessioni balneari, determinato dalla legge, non potendosi certo chiedere ai cittadini un'approfondita conoscenza del sistema delle fonti e dei complessi rapporti tra fonti interne e diritto UE. Si parla del resto sempre più spesso di responsabilità dello Stato legislatore<sup>15</sup>.

Il discorso sulla responsabilità da incertezza vale poi a mio avviso anche per gli atti viziati, ma non annullabili di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, legge n. 241/1990: l'atto resta comunque illegittimo e rileva ai fini della responsabilità.

---

ce quindi cautelativamente ad agire nei termini di decadenza dell'azione impugnatoria, o quantomeno di quella dichiarativa della nullità, anche per veder accertare e dichiarare l'inefficacia o la sostanziale inesistenza di atti assunti dopo la scadenza dei termini per l'esercizio del potere, pur se, laddove manchi un riferimento "testuale" alla nullità dell'atto, il principio della buona fede e l'ormai acquisito principio di atipicità delle azioni (su cui si v. per tutti la sentenza, Ad. plen., n. 11/2015) dovrebbero consentire l'ammissibilità senza limiti temporali di un'azione di accertamento della condizione di "inefficacia" o "inesistenza" dichiarata dal legislatore.

<sup>14</sup>G. CAVALIERE, *op. cit.*

<sup>15</sup>M. TORREGROSSA, *La responsabilità dello stato-legislatore e l'attività amministrativa*, Napoli, 2019, e, ID., *Ulteriori spunti sulla posizione della giurisprudenza in materia di responsabilità dello Stato-legislatore*, in *Federalismi*, 2022.

### 3. *Il danno da lesione dell'affidamento nel provvedimento illegittimo favorevole.*

Il secondo profilo meritevole di ulteriore riflessione è quello del risarcimento del danno da lesione dell'affidamento determinato da un provvedimento – o comportamento – illegittimo favorevole successivamente annullato. Esso è stato ed è tuttora oggetto di vivace dibattito con riferimento alla giurisdizione<sup>16</sup>. Come noto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno invocato il necessario legame tra giurisdizione amministrativa e contestazione dell'esercizio/non esercizio del potere a sostegno della non riconducibilità di queste controversie alla giurisdizione amministrativa: cfr. ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596/2011, costantemente confermate dalla successiva giurisprudenza, anche a seguito dell'opposto orientamento dichiaratamente espresso dal Consiglio di Stato, anche in Adunanza plenaria (sentenze nn. 19, 20 e 21/2021), di cui la Corte regolatrice ha contestato tutte le argomentazioni (ord. n. 2175/2023, ripresa dalla giurisprudenza successiva). In particolare, la S.C. ha affermato la giurisdizione del g.o. sul presupposto che il danno di cui si chiede il ristoro non sarebbe in tali casi legato all'esercizio del potere – dal quale il privato non avrebbe subito diretto pregiudizio, ma avrebbe anzi tratto vantaggio – bensì all'illiceità della condotta dell'agente, non riconducibile, in tesi, a tale esercizio, dal quale, appunto, il privato avrebbe tratto invece vantaggio.

In questo caso, diversamente da quelli sopra esaminati, l'azione risarcitoria ha quale presupposto una previa decisione (dell'Amministrazione o del g.a.) che abbia accertato l'illegittimità della condotta dell'Amministrazione, facendone conseguire l'annullamento dell'atto (esplicito o implicito) di conclusione del procedimento.

Il collegamento con l'esercizio del potere non appare quindi fondatamente negabile. O, almeno, non è inferiore a quello che ormai si riconosce a fronte di un'occupazione o di un'espropriazione dopo la scadenza di una dichiarazione di p.u. Quanto meno nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del g.a. (quali sono l'edilizia e l'affidamento dei contratti pubblici) nelle quali tradizionalmente si pone il problema.

Il problema della giurisdizione si intreccia però con quello della “ritrosia” del g.a. a condannare l'amministrazione al risarcimento per equivalente.

Le richiamate sentenze nn. 19, 20 e 21 con le quali l'Adunanza plenaria ha rivendicato la giurisdizione del g.a. sull'azione risarcitoria per i danni derivanti dalla lesione dell'affidamento riposto in un provvedimento illegittimo favore-

---

<sup>16</sup> V. *amplius* M.A. SANDULLI, *La giurisdizione amministrativa*, in *Il giudizio*, cit.

vole hanno invero individuato rigorosi paletti all'accoglimento in concreto della relativa pretesa.

Invocando la regola generale secondo cui la buona fede “non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave” (art. 1147, comma 2, c.c.), il Supremo Collegio ha infatti osservato che “Nel caso di provvedimento poi annullato, il soggetto beneficiario deve [dunque] vantare una fondata aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della quale può quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico. La tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse.

16. Nella descritta prospettiva, il grado della colpa dell'amministrazione, e dunque la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile, rileva sotto il profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento”.

Alla luce di tali considerazioni, l'Adunanza plenaria afferma che un affidamento incolpevole non è predicabile, non solo nel caso in cui l'amministrato abbia dolosamente indotto l'amministrazione ad emanare il provvedimento, ma anche “se l'illegittimità del provvedimento era evidente ed avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario”<sup>17</sup>. Se pure sembrano aver cura di delimitare tale situazione, laddove sottolineano che l'atteggiamento psicologico del beneficiario può essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in queste ipotesi (illegittimità evidente o facilmente accertabile) e non già ogniquale volta vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto, insito nella presentazione dell'istanza, le sentenze aggiungono poi che i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio, implicano che “con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui, ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm., l'azione deve essere proposta, e di difenderlo”; il che “porta ad ipotizzare un

---

<sup>17</sup> Merita peraltro segnalare la sentenza Cons. Stato, Sez. VI, n. 9879/2023, che, in caso di concorso di colpa, riconosce al titolare del titolo annullato la metà del diritto al risarcimento.

affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio". Di conseguenza, l'Adunanza plenaria afferma il principio di diritto che "la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento".

I riferiti principi di diritto hanno informato la regola affermata dal nuovissimo codice dei contratti pubblici nell'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione. Nella parte dedicata ai "principi" (artt. 1-12) il d.lgs. n. 36/2023 dispone infatti all'art. 5, comma 3, che "in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole [inutile doppia negazione per 'addolcire' la drastica affermazione che 'si considera colpevole'] se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti". La disposizione aggiunge peraltro che "Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto [dell'ente committente] sulle scelte contrattuali dell'operatore economico".

In conclusione, sembra che l'attrazione della materia al g.a. non faccia intravedere grandi prospettive di accoglimento delle azioni risarcitorie. Ciò anche se in linea teorica il ragionamento svolto dall'Adunanza plenaria dovrebbe, *a contrario*, indurre a ritenere che, laddove l'atto illegittimo favorevole non abbia formato oggetto di impugnazione, l'affidamento del beneficiario nella relativa validità si consolidi, sicché, salve le ipotesi di dolo, in caso di un suo eventuale successivo annullamento d'ufficio, l'Amministrazione abbia l'onere di risarcirne i danni.

#### 4. I limiti alla tutela risarcitoria per la cd "mancata cooperazione" del soggetto leso.

Il richiamo alla diligenza del creditore porta al terzo profilo oggetto di queste brevi riflessioni: i limiti alla risarcibilità dei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

È noto che, dopo lungo contrasto, l'azione risarcitoria per i danni prodotti dalla p.A., sia attraverso l'inerzia, sia attraverso l'adozione di atti invalidi, pur soggetta, quando si leghi alla lesione di interessi legittimi, a rigorosi termini di



decadenza (che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 94/2017 ha ritenuto costituzionalmente legittimi, anche in relazione agli artt. 47 CDFUE e 6 e 13 CEDU), è ormai esperibile (ai sensi dell'art. 30 c.p.a.) anche autonomamente dalla proposizione di un'azione "principale", diretta a denunciare l'invalidità dell'atto o l'illegittimità del silenzio.

Resta, tuttavia, il problema dei c.d. obblighi di "cooperazione" del danneggiato, cui lo stesso art. 30 condiziona il riconoscimento sostanziale del risarcimento. Leggiamo infatti, nel secondo periodo del suo comma 3, che "nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e comunque esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

Anche l'art. 124 c.p.a., con riferimento all'azione risarcitoria del concorrente ingiustamente escluso o "superato", dispone che "La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice" ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Torna quindi, anche se con riferimento ad altro profilo, il richiamo all'oneri di "diligenza" del soggetto leso, che l'Adunanza plenaria, [riconoscendovi portata ricognitiva di principi già evincibili dall'art. 1227 c.c.], ha dichiarato rappresentare un dato valutabile alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini della mitigazione e finanche dell'esclusione del danno, in quanto evitabile con l'ordinaria diligenza (sentenza n. 3/2011)<sup>18</sup>.

Dopo una prima fase in cui la giurisprudenza subordinava il risarcimento alla proposizione di un'azione principale di annullamento o di accertamento dell'invalidità dell'atto o dell'illegittimità dell'inerzia, valorizzando addirittura la mancanza di una domanda cautelare e persino la mancata richiesta di una cautela monocratica, facendo così rientrare sostanzialmente dalla finestra la c.d. pregiudiziale di annullamento, cacciata dalla porta all'esito delle note pronunce delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 2006 e del 2008, che vi avevano riconosciuto un diniego in astratto di giustizia<sup>19</sup>, la giurisprudenza più recente ritiene più correttamente sufficiente l'esperimento di strumenti di tutela procedurali.

Lo "stato dell'arte" è lucidamente rappresentato dalla sentenza Cons. Stato, Sez. V, n. 8514/2023, richiamando la "regola secondo cui la tenuta, da parte

---

<sup>18</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 962/2021 e Sez. IV, n. 7699/2020.

<sup>19</sup> V. ancora M.A. SANDULLI, *La giurisdizione*, cit.

del danneggiato, di una condotta, anche processuale, contraria al principio di buona fede e al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati, recide il nesso causale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare l'asserita condotta antigiuridica alle conseguenze risarcibili", fermo restando che "all'obbligazione cooperativa e mitigatrice del creditore e agli sforzi in capo allo stesso esigibili ex artt. 1227 Cod. civ. e 30 Cod. proc. amm. è applicabile la soglia del c.d. 'apprezzabile sacrificio' (il danneggiato è tenuto ad agire diligentemente per evitare l'aggravarsi del danno, ma non fino al punto di sacrificare i propri rilevanti interessi personali e patrimoniali attraverso il compimento di attività complesse, impegnative e rischiose: Ad. plen. n. 7/2021, cit.; Ad. plen. n. 3 del 2011, cit., che richiama anche Cass. civ., I, 5 maggio 2010, n. 10895), sicché ai fini dell'apprezzamento dell'onere di ordinaria diligenza posto in capo al privato e valutabile dal giudice in sede risarcitoria rilevano non solo gli strumenti processuali ma anche quelli procedimentali" (e, dunque, *in primis*, le diffide)<sup>20</sup>.

Si tratta di un importante passo avanti per la tutela risarcitoria nei confronti della p.A., così come lo è, sotto un profilo esclusivamente processuale, la precisazione, da parte dell'Adunanza plenaria (sentenza n. 8/2022), che, per chiedere, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., l'accertamento dell'illegittimità dell'atto laddove sia venuto meno l'interesse al suo annullamento, è sufficiente manifestare quello al risarcimento, senza che occorra – come troppo rigorosamente avevano sostenuto alcune sentenze – dare anche un 'principio di prova' del suo fondamento.

## 5. Considerazioni conclusive.

Come viene sovente osservato<sup>21</sup>, l'analisi della disciplina della responsabilità civile della p.A. e degli approdi della giurisprudenza nella sua applicazione rivela vari elementi di specialità, legati all'esigenza di bilanciare il diritto al risarcimento con il principio dell'equilibrio di bilancio, creando una "rete di contenimento" di tale responsabilità per non esporre il bilancio pubblico a esborsi eccessivi.

È un limite comune a vari ordinamenti, che hanno diversi canoni per limitare la colpa della p.A.: l'ordinamento inglese nega la responsabilità amministrativa per l'attività discrezionale; quello francese richiede una colpa partico-

---

<sup>20</sup> V. anche Cons. Stato, Sez. IV, n. 8149/2023.

<sup>21</sup> Da ultimo, L. FURNO, *Lezione ASA TRE* del 1° marzo 2024.

larmente qualificata; in Germania si applica un sistema analogo a quello del nostro art. 1227 c.c. e pure la Corte di Giustizia UE, su basi simili, individua un limite nel cd “abuso di procedura”. Anche se, a partire dagli anni Novanta, correttamente la giurisprudenza tedesca afferma che non si può pretendere che il danneggiato sia più intelligente della p.A., ribaltando così sul privato le imperizie della p.A. È un tema su cui insisto da anni a proposito delle “trappole” costituite dai nuovi strumenti di semplificazione autodichiarativa<sup>22</sup>: in un ordinamento che ha preso atto della necessità di ridurre la responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici (cfr. la recentissima sentenza n. 132/2024 della Corte costituzionale sul c.d. “scudo erariale” per le condotte attive e i progetti di riforma all’esame del Parlamento), è gravemente contrario al pur declamato principio di reciproca buona fede pretendere dal privato una capacità di reperire e interpretare le regole giuridiche e tecniche maggiore di quella richiesta ai dipendenti pubblici, chiamandolo di fatto responsabile anche degli eventuali errori di diritto – che sono ovviamente ben altra cosa dai falsi dichiarativi – commessi in sede di autodichiarazione. Significativamente, anche l’Adunanza plenaria, nella sentenza n. 5/2018 ha affermato che dalla p.A. si nutrono maggiori aspettative di comportamento corretto!

Appare molto importante su questa linea la recentissima sentenza n. 1926/2024 della VI Sezione del Consiglio di Stato sulla decorrenza del termine ragionevole di autoannullamento di un permesso di costruire: la p.A. ha l’onere di verificare subito la corrispondenza tra quanto dichiarato e quanto documentato e il ritardo di tale attività istruttoria non può farsi ricadere sulla parte istante.

Ed è auspicabile che, accanto alla riforma della responsabilità erariale, si proceda a una revisione generale della disciplina sui c.d. strumenti di semplificazione amministrativa e sulla stabilità dei titoli abilitativi.

---

<sup>22</sup> Tra gli altri, *La “trappola” dell’art. 264 del dl 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste”*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020 e, da ultimo, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l’acquisizione d’ufficio*, in *Principi e regole*, cit.

# LE DISARMONIE DEL SISTEMA GIURISDIZIONALE

*Franco Gaetano Scoca*

SOMMARIO: 1. Unicità della giurisdizione e giudici speciali. – 2. L'opera della Corte costituzionale in applicazione dell'art. 108 Cost. – 3. La Corte e la revisione di alcuni giudici speciali. – 4. Giudici speciali non trasformati in sezioni specializzate. – 5. Istituzione (probabile) di nuovi giudici speciali. – 6. Il quadro composito della organizzazione giurisdizionale e la nomofilachia. – 7. Giudici speciali nell'ambito della giurisdizione ordinaria. – 8. Magistrati professionali e magistrati onorari. – 9. Differenze e incongruenze nei mezzi di tutela giurisdizionale. – 10. Complicazioni e duplicazioni processuali. – 11. Lacune nei mezzi di tutela. – 12. Conclusioni.

## *1. Unicità della giurisdizione e giudici speciali.*

Leggendo sistematicamente le disposizioni costituzionali sulla magistratura ed esaminando il sistema giurisdizionale, quale si è andando concretizzando nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, fino alle ultime riforme, non si può fare a meno di constatare che, mentre la direttrice di fondo della disciplina costituzionale privilegia(va) la progressiva semplificazione del quadro organizzativo, l'immagine che attualmente questo presenta risulta caratterizzata da una complessità (forse) non minore di quella che aveva prima della Costituzione.

Necessita iniziare col riconoscere che il Titolo IV della Parte II della Costituzione non disegna un quadro intrinsecamente coerente del sistema giudiziario: da un lato viene affermato con decisione il principio della unicità della giurisdizione<sup>1</sup>, dall'altro vengono conservati, accanto ai giudici ordinari, i

---

<sup>1</sup> Su tale principio erano concordi i tre relatori presso la Commissione per la Costituzione, Piero Calamandrei, Giovanni Leone e Gennaro Patricolo, anche se ognuno lo intendeva in modo diverso. Secondo V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, p. 41, "è indubbio (...) che l'intero titolo IV della parte II della Costituzione risente di qualche disarmonia derivante dall'introduzione di queste due magistrature [Consi-

maggiori giudici speciali esistenti prima della Costituzione: il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e i Tribunali militari<sup>2</sup>.

---

glio di Stato e Corte dei conti] e dei tribunali militari in uno schema che si era originariamente ispirato al rigido principio della giurisdizione unica". G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, p. 709, riconosce che il Titolo IV non può "essere considerato un capolavoro di precisione e di coerenza terminologica". Più pesante è la valutazione di M. DEVOTO, voce *Ordinamento giudiziario*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, p. 4: le norme in materia giurisdizionale costituiscono "una delle parti meno felici della Costituzione, sia per la loro imprecisione che per talune ambiguità di fondo".

<sup>2</sup> L'art. 102 Cost. recita, al comma 1: "la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario"; e, al comma 2, primo periodo: "non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali". L'art. 103 stabilisce, nei suoi tre commi, che sopravvivono, come giudici speciali (in quanto non istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario), il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e i Tribunali militari. Nessun accenno si fa alla giurisdizione tributaria.

Può essere interessante conoscere come il testo di questi articoli si sia formato nei lavori costituenti.

All'esito dei lavori della II Sezione della Seconda Sottocommissione furono approvati i testi seguenti: "Art. 2. – Il potere giudiziario in materia civile e penale è esercitato dai giudici ordinari, istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario.

Le norme sull'ordinamento giudiziario debbono essere deliberate con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere.

Al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti spetta l'esercizio della funzione giurisdizionale nelle materie e nei limiti stabiliti dalla legge.

Non possono essere istituiti organi speciali di giurisdizione, se non per legge votata a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere. In nessun caso possono essere istituiti giudici speciali in materia penale.

I Tribunali militari possono essere istituiti solo in tempo di guerra.

Presso gli organi giudiziari ordinari possono essere istituite, per determinate materie, apposite sezioni con la partecipazione di magistrati e di cittadini esperti, nominati a norma della legge sull'ordinamento giudiziario".

Nel Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione, viene approvato il nuovo testo: "Art. 95 – La funzione giurisdizionale in materia civile e penale è attribuita ai magistrati ordinari, istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

Al Consiglio di Stato ed alla Corte dei conti spetta la giurisdizione nelle materie e nei limiti stabiliti dalla legge.

Presso gli organi giudiziari ordinari possono istituirsi per determinate materie sezioni specializzate con la partecipazione anche di cittadini esperti, secondo le norme sull'ordinamento giudiziario.

Le norme sull'ordinamento giudiziario e quelle sulle magistrature del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sono stabilite con legge approvata a maggioranza assoluta dei membri delle due Camere.

Per superare la evidente antinomia tra il principio solennemente affermato al comma 1 dell'art. 102 e la conservazione di giudici speciali, stabilita con l'art. 103, si è ripetutamente tentato, sia durante i lavori parlamentari<sup>3</sup>, sia, successivamente, da una parte della dottrina<sup>4</sup>, ma con poca fortuna, di qualificare anche questi giudici come giudici ordinari, ovvero di trasformarli in giu-

---

Non possono essere istituiti giudici speciali se non per legge approvata nel modo sopra indicato. In nessun caso possono istituirsi giudici speciali in materia penale.

I tribunali militari possono essere istituiti solo in tempo di guerra".

L'Assemblea, nella seduta del 21 novembre 1947, approva il testo seguente: "La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari, istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla Magistratura.

Il Consiglio di Stato e gli organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi legittimi, ed anche per la tutela di diritti soggettivi nelle particolari materie determinate dalla legge.

La Corte dei conti ha giurisdizione in materia di contabilità pubblica ed in altre materie specialmente indicate dalla legge.

I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate.

La legge determina le condizioni necessarie ad assicurare l'indipendenza dei giudici e del pubblico ministero militari di fronte al governo.

Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge".

Il testo definitivo dei due articoli deriva dalla rilettura generale effettuata dal Comitato di redazione e fu distribuito ai Costituenti il 20 dicembre 1947.

<sup>3</sup> Nella seduta della II Sezione della Seconda Sottocommissione del 6 dicembre 1946 l'avvocato palermitano Pietro Castiglia, eletto nelle file del Fronte dell'Uomo Qualunque, nell'esporre la relazione preparata da Gennaro Patricolo, anch'egli palermitano e dello stesso orientamento politico, dichiarò, in contrasto con le idee di Patricolo e di Calamandrei, che la conservazione delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, "non violerebbe il principio di unità giurisdizionale" (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, 1971, vol. VIII, p. 1900).

<sup>4</sup> Ad esempio, G. SILVESTRI, *Giudici ordinari*, cit., p. 726: "né l'assimilazione organica, né quella formale-procedurale sono indispensabili per poter considerare 'ordinaria' una giurisdizione. Questa qualificazione discende dall'omogeneità, voluta dalla Costituzione, degli status e delle garanzie di indipendenza, interna ed esterna, di tutti i soggetti che esercitano funzioni giurisdizionali tipiche, cioè non marginali, tra i quali non possono non essere compresi quegli organi che, per essere esplicitamente e nominativamente richiamati dalla Costituzione, occupano, fosse anche solo per questo fatto, una posizione centrale nel sistema giurisdizionale".

dici ordinari<sup>5</sup>, ovvero ancora di considerarli “eccezioni”, che costituiscono, perché tali, conferma del principio della “unicità e globalità della giurisdizione spettante al giudice ordinario”<sup>6</sup>. In modo da prospettare che il principio risulti assoluto e rispettato, quanto meno formalmente<sup>7</sup>.

Pur potendo esserci disparati criteri per distinguere tra giudici e giudici e per stabilire quali siano ordinari e quali siano speciali<sup>8</sup>, ciò che conta è che la Costituzione ha disegnato un sistema in cui coesistono organi giurisdizionali differentemente organizzati, differentemente governati, dotati ciascuno di un proprio ambito di giurisdizione, a cui sono addetti corpi di magistrati aventi diversi *status* e propri organi di autogoverno.

Nel disegno costituzionale la distinzione tra giudici ordinari e giudici speciali si fonda su un elemento che da alcuni Costituenti è stato definito “empi-

<sup>5</sup> Lo stesso Giovanni Leone non ebbe dubbi a sostenere che, “decisa la conservazione di taluni di essi [giudici speciali], non resti che farli diventare organi della giurisdizione ordinaria. E questo ritiene possa farsi per quelli della giurisdizione amministrativa, che rappresentano il lato più grosso del problema” (seduta 17 dicembre 1946, *La Costituzione*, cit., pp. 1930-1931).

<sup>6</sup> A.A. ROMANO, *Attività giudiziaria, potere giudiziario e pubblico ministero (considerazioni introduttive e spunti sistematici)*, Palermo, 1985, pp. 26-27.

<sup>7</sup> Sui diversi modi di intendere (e perfino di negare) il principio di unicità della giurisdizione, v. A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra “attuazione” e “adeguamento” della Costituzione*, Napoli, 1995.

<sup>8</sup> Piero Calamandrei, il più deciso sostenitore della unicità della giurisdizione, sostenne nella seduta del 17 dicembre 1946, che, “quando si parla di ‘unicità della giurisdizione’, si intende dire che l’amministrazione della giustizia, in qualsiasi materia (civile, penale e amministrativa), deve essere affidata esclusivamente ad organi previsti e disciplinati dalla legge sull’ordinamento giudiziario, cioè ai giudici ordinari. All’infuori di questi giudici ordinari non debbono esservene altri; se ve ne fossero, non potrebbero che chiamarsi giudici speciali” (*La Costituzione*, cit., p. 1929).

Per A. PIZZORUSSO, *La funzione giurisdizionale*, Bologna-Roma, 1994, p. 210, giudice speciale “è qualunque giudice che si distingue dal giudice ordinario”.

A.A. ROMANO, *Attività giudiziaria*, cit., p. 25, riprendendo un vecchio spunto di Chiovenda, ritiene che la differenza tra giudice ordinario e giudice speciale possa trovarsi nella rispettiva attività giurisdizionale, e perfino nel giudicato: l’attività del giudice ordinario “è seguita dalla formazione del giudicato in senso formale e sostanziale e tale giudicato viene in effetti a caratterizzare nel suo contenuto l’attività giurisdizionale degli organi di giustizia ordinaria”. Invece l’attività del giudice speciale “è seguita pur essa dal giudicato formale, ma la formazione del giudicato sostanziale è, in un certo senso, subordinata alla non insorgenza di questioni sulla mancanza di giurisdizione di tale giudice, in riferimento all’oggetto specifico della sua pronunzia” (v. anche p. 28). A me non sembra che tale differenza ci sia, e se ci fosse, sarebbe irrilevante.

rico” (o non ontologico), ma è comunque determinato e concreto: l'appartenenza all'ordine giudiziario, la “attinenza” all'ordinamento giudiziario, il riferimento al (l'autogoverno del) Consiglio superiore della magistratura<sup>9</sup>. Giudici ordinari sono quelli che hanno queste caratteristiche, giudici speciali quelli che non le hanno<sup>10</sup>.

Non è pertanto da porre in dubbio che gli organi giudiziari nominati nel testo costituzionale, Consiglio di Stato, Corte dei conti e Tribunali militari, siano, secondo il criterio fatto proprio dalle norme della Costituzione, giudici speciali<sup>11</sup>; e tali sono sempre stati considerati dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza sia costituzionale sia comune.

Obiettivamente risulta impossibile considerare che il sistema giurisdizionale, come risulta disegnato dalla Costituzione, e come attualmente vigente, possa considerarsi ispirato al principio della unicità della giurisdizione<sup>12</sup>. Né convince distinguere tra unicità organizzativa e unicità funzionale, negando la

---

<sup>9</sup> Il CSM è l'(unico) organo di autogoverno previsto e disciplinato dalla Costituzione. Esso, sotto questo profilo (ma anche sotto altri: si pensi, ad esempio, alla sua presidenza, attribuita al Presidente della Repubblica) è differente dagli altri organi di autogoverno, istituiti per ciascuno dei plessi dei (maggiori) giudici speciali.

<sup>10</sup> Un diverso problema, anch'esso delicato, concerne la differenza tra giudice speciale e sezione specializzata. Il problema si è posto per le Sezioni specializzate agrarie: il criterio deve desumersi, secondo la Corte costituzionale, dall'art. 102 Cost., “il quale consente quelle sole Sezioni specializzate che siano istituite ‘presso’ gli organi giudiziari ordinari: termine questo con il quale si è voluto significare l'esistenza di un nesso organico di una compenetrazione istituzionale tra le une e gli altri”; nesso organico che deve caratterizzarsi, quanto meno, dalla soggezione alla vigilanza dei capi degli uffici giudiziari ai quali sono collegate, nonché dalla utilizzazione, salvo limitate differenziazioni, delle medesime norme processuali (sentenza 30 dicembre 1961, n. 76). Il criterio non sembra chiaro e rigoroso: non si comprende, ad esempio, la ragione per cui, mentre le Sezioni agrarie composte in maggioranza di laici, siano sezioni specializzate, il Tribunale superiore delle acque pubbliche, composto quasi esclusivamente di giudici togati (ordinari e amministrativi), sia considerato giudice speciale.

Altro problema è se possano istituirsi sezioni specializzate presso i giudici speciali: seguendo la lettera del comma 2 dell'art. 102, si deve ritenere che non sia consentito, ma razionalmente non se ne vede la ragione.

<sup>11</sup> Secondo G. LANDI, voce *Magistrato, diritto vigente*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, 1975, p. 202, che tali organi giurisdizionali siano stati considerati dai Costituenti come giudici speciali “risulta dalla VI disp. trans., che espressamente li eccettua dalla ‘revisione’”.

<sup>12</sup> Osserva G. SILVESTRI, *Giudici ordinari*, cit., p. 714, che, se si ricomprendono all'interno della categoria della giurisdizione speciale anche il consiglio di Stato, i Tribunali amministrativi regionali, la Corte dei conti e i Tribunali militari (ed aggiungo: i giudici tributari), “l'intera architettura della giurisdizione italiana non risulta più improntata al principio della unità, ma a quello opposto della pluralità”.



prima e affermando la seconda (come quasi unanimemente si fa), perché i vari plessi giurisdizionali speciali, pur decidendo controversie (e per questo sono giudici), seguono discipline processuali diverse, hanno prassi diverse, soprattutto hanno organi di autogoverno diversi e, infine, organi di nomofilachia anch'essi diversi.

L'ultimo elemento di diversità è anche il più rilevante, dato che non consente, o non garantisce, che le stesse disposizioni giuridiche abbiano, nell'applicazione che ciascuno di essi ne fa, il medesimo significato.

Cosicché la inattuazione (o, meglio, la marginalizzazione) del principio della unicità della giurisdizione, nonostante la sua espressa solenne enunciazione in Costituzione, comporta anche la non univocità nella interpretazione delle leggi; e, siccome è noto (ed incontroverso) che il diritto vivente non è quello scritto, ma quello seguito dai (diversi) giudici, resta inattuato anche il principio della uni(ci)tà del diritto sostanziale, con compromissione del principio-obiettivo della certezza del diritto.

## 2. *L'opera della Corte costituzionale in applicazione dell'art. 108 Cost.*

Se il quadro costituzionale appare articolato, è tuttavia chiaramente indirizzato verso la semplificazione del sistema complessivo della funzione giurisdizionale. E, in questa prospettiva, un dato è chiaro e non desta dubbi o incertezze: il divieto di istituire nuovi giudici (speciali). Il principio della unicità della giurisdizione, che, assunto rigidamente, comporterebbe la totale assenza di giudici speciali, acquista nel testo costituzionale almeno questo più ridotto significato: sopravvivono *pleno jure* i giudici speciali espressamente nominati<sup>13</sup>, cessano (anzi, dovrebbero cessare, o almeno essere revisionati) tutti gli altri e non ne possono essere creati nuovi<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Sono "organi di giurisdizione speciale costituzionalizzati" (Corte cost. 7 ottobre 2016, n. 215).

<sup>14</sup> Cfr. Corte cost. n. 95/1971, secondo cui l'art. 102, "pur perseguendo il principio di unità della giurisdizione, che riflette le garanzie di indipendenza proprie della magistratura e si combina con esse, non impone l'unicità degli organi di giurisdizione, né esclude che possano ancora permanere giudici non regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario, la cui indipendenza sia egualmente assicurata (art. 108). La stessa Costituzione, prevedendoli espressamente (art. 103), ha mantenuto differenziati dalla magistratura ordinaria, e tra di loro distinti, gli organi della giustizia amministrativa, di quella contabile ed i tribunali militari. Ha inoltre considerato gli organi speciali di giurisdizione esistenti (VI disposizione transitoria), senza im-

Se questo è il senso effettivo del principio della unicità della giurisdizione, quale si ricava da una lettura sistematica degli artt. 102 e 103 Cost., si deve riconoscere che le disposizioni costituzionali richiamate non sono state affatto rispettate in entrambi i sensi: non sono stati aboliti, né revisionati<sup>15</sup>, tutti i giudici speciali esistenti al tempo della Costituzione, esclusi quelli ivi nominati, e sono stati creati, almeno a mio avviso, nuovi giudici speciali.

La revisione dei giudici speciali esistenti al tempo della Costituzione era (avrebbe dovuto essere il) compito preciso del legislatore ordinario, il quale, peraltro, non vi si è affatto dedicato<sup>16</sup>; e la Corte costituzionale, cui spetta la verifica del rispetto e dell'attuazione della Costituzione, ha assunto posizioni che sono ripetutamente mutate nel tempo<sup>17</sup>.

In una prima stagione la Corte ha sfrondato il folto gruppo dei giudici speciali, cosiddetti minori o "marginali", non espressamente nominati nel testo costituzionale. Ha eliminato la imbarazzante figura del Ministro-giudice<sup>18</sup>, gli organi del contenzioso elettorale amministrativo<sup>19</sup>, i Consigli di Pre-

---

porne tuttavia la scomparsa, giacché essi trovano collocazione accanto agli organi giurisdizionali ordinari nella previsione della ricorribilità in Cassazione delle loro sentenze (art. 111)". Ciò ha consentito di affermare che "per quanto sicuramente orientata in senso sfavorevole nei confronti delle giurisdizioni speciali, la Costituzione, nell'art. 102, secondo l'interpretazione generalmente accoltane e più volte affermata dalla giurisprudenza di questa Corte, si limita a porre il divieto di istituirne di nuovi. Mentre, a sua volta, la VI disposizione transitoria, prescrivendo la revisione delle giurisdizioni speciali esistenti, non ne impone la incondizionata soppressione (...) ma usa la parola 'revisione' nel suo proprio senso lessicale, facendo obbligo al legislatore di prenderle in esame, sia per sopprimerle, sia per adeguarne la disciplina ai nuovi principi costituzionali" (sentenza n. 135/1975).

<sup>15</sup> Sulla base della VI disposizione transitoria, il cui termine quinquennale è stato ritenuto ordinatorio e non perentorio (Corte cost. 11 marzo 1957, n. 41).

<sup>16</sup> La VI disposizione transitoria stabiliva un termine di cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione.

<sup>17</sup> Le difficoltà della "revisione" confermano, secondo C. MORTATI, *Le giurisdizioni speciali di fronte alla Costituzione*, (1954), ora in ID., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana – Raccolta di scritti-III*, Milano, 1972, p. 1169, "l'opinione che addebita ad una non sufficiente ponderazione la decisione presa dalla Costituente contraria alle giurisdizioni speciali".

<sup>18</sup> Corte cost. 13 luglio 1963, n. 133, con riferimento al potere di decisione del Ministro della marina mercantile sui ricorsi proposti avverso la determinazione delle indennità di requisizione delle navi.

<sup>19</sup> Corte cost. 27 dicembre 1965, n. 93; Id., 27 maggio 1968, n. 49. Su quest'ultima v. la illuminante nota di M.S. GIANNINI, *Una sentenza ponte verso i Tribunali amministrativi*, (1968) ora in ID., *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, p. 931 ss.

fettura<sup>20</sup>, le Giunte provinciali amministrative<sup>21</sup>, la Giunta giurisdizionale amministrativa della Valle d'Aosta<sup>22</sup>, l'Intendente di finanza come giudice speciale (penale) per le contravvenzioni finanziarie<sup>23</sup>, i Comandanti di porto come giudici penali<sup>24</sup> e come giudici civili<sup>25</sup>, il Presidente del consorzio autonomo del porto di Genova come giudice amministrativo<sup>26</sup>.

Particolare (e indicativa) è la vicenda del contenzioso tributario, affidato, prima della Costituzione, a speciali Commissioni, sedenti presso gli uffici dell'amministrazione delle finanze. In una prima fase la Corte costituzionale ha ritenuto pacificamente che tali Commissioni avessero natura giurisdizionale, tanto che le considerava legittimate a sollevare questioni di legittimità costituzionale<sup>27</sup>; successivamente ha mutato indirizzo e le ha qualificate come organi amministrativi<sup>28</sup>. A fronte del difetto di tutela giurisdizionale delle controversie relative alla estimazione dei redditi e dei valori imponibili, essendo esse riservate alle Commissioni tributarie, e quindi, in presenza di una chiara violazione del principio della generalità della tutela giurisdizionale, stabilito dagli artt. 24 e 113 Cost., ha mutato nuovamente indirizzo, facendo leva su fatti sopravvenuti, per verità non proprio decisivi<sup>29</sup>.

---

<sup>20</sup> Corte cost. 3 giugno 1966, n. 55.

<sup>21</sup> Corte cost. 22 marzo 1967, n. 30; Id., 27 maggio 1968, n. 49.

<sup>22</sup> Corte cost. 20 aprile 1968, n. 33.

<sup>23</sup> Corte cost. 3 aprile 1969, n. 60.

<sup>24</sup> Corte cost. 9 luglio 1970, n. 121. In precedenza la questione di costituzionalità era stata ripetutamente respinta (sentenze n. 41/1960; 79/1967; 128/1968).

<sup>25</sup> Corte cost. 7 luglio 1976, n. 164.

<sup>26</sup> Corte cost. 15 aprile 1974, n. 128.

<sup>27</sup> Corte cost. 18 gennaio 1957, n. 12; Id., 11 marzo 1957, n. 41; Id., 11 marzo 1957, n. 42; Id., 13 luglio 1963, n. 132; Id., 7 dicembre 1964, n. 103.

<sup>28</sup> Corte cost. 6 febbraio 1969, n. 6, con riferimento alle Commissioni comunali per i tributi locali; Id., 10 febbraio 1969, n. 10, con riferimento alle Commissioni per le imposte erariali.

<sup>29</sup> Corte cost. 27 dicembre 1974, n. 287. Conviene riportarne parte della motivazione: "in sostanza dunque il problema di costituzionalità è legato a quello della natura giuridica delle commissioni tributarie, e cioè a una questione lungamente e costantemente controversa, che ha rivelato i termini della sua opinabilità anche recentemente nel contrasto interpretativo in cui sono venute a trovarsi la Corte costituzionale da una parte e la Corte di cassazione dall'altra; quest'ultima rimasta ferma alla ritenuta giurisdizionalità di quelle commissioni. E la questione resterebbe probabilmente a questo punto di irrisolto contrasto se, dopo le note sentenze di questa Corte, non fossero intervenuti fatti nuovi, in sede legislativa, che debbono ritenersi abbiano autoritativamente risolto quel contrasto, decidendolo nel senso della giuri-

### 3. *La Corte e la revisione di alcuni giudici speciali.*

Questa stagione, nella quale la mannaia della Corte costituzionale si è abbattuta sui giudici speciali, in applicazione – si badi – non dell'art. 102 e del principio di unicità della giurisdizione, ma in forza dell'art. 108<sup>30</sup>, per accerta-

---

sdizionalità. Si intende qui ovviamente fare riferimento al complesso delle nuove leggi sulla riforma tributaria ed in particolare alle disposizioni della legge di delega (legge 9 ottobre 1971, n. 825) e a quelle della legge delegata in materia di contenzioso tributario (d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636). Si legge nell'art. 10, n. 14, della legge di delega che al Governo era commesso il compito di procedere 'alla revisione della composizione, del funzionamento e delle competenze funzionali delle commissioni tributarie, anche al fine di assicurarne l'autonomia e l'indipendenza, e in modo da garantire l'imparziale applicazione della legge'. Il che è quanto dire che si intendeva assicurare alle commissioni stesse la struttura, le funzioni e le finalità che sono connaturali ai veri e propri organi giurisdizionali. In relazione a siffatte direttive del legislatore delegante, si può constatare che nella legge delegata sono stati accuratamente eliminati gli aspetti dai quali traeva fondamento la tesi della natura amministrativa e accentuati i caratteri in base ai quali le commissioni venivano considerate come organi giurisdizionali. Dal che può trarsi la sicura convinzione che le commissioni tributarie, così revisionate e strutturate, debbono ora considerarsi organi speciali di giurisdizione. 6. – Quanto fin qui si è detto riguarda la natura e la qualificazione giuridica delle nuove commissioni tributarie, così come sono state 'revisionate' dalla legge di riforma. Ma è evidente che quest'ultima muove inequivocabilmente dal presupposto che giurisdizionali abbiano a considerarsi anche le preesistenti commissioni: non è dubbio, infatti, che il legislatore con la recente normativa abbia inteso esercitare il potere di revisione che la VI disp. trans. Cost. prevede proprio per gli organi speciali di giurisdizione già esistenti nell'ordinamento al momento dell'entrata in vigore della Costituzione. In definitiva la nuova legislazione – imponendo all'interprete di considerare giurisdizionale il procedimento che si svolge davanti alle nuove commissioni – esclude che, nell'interpretare la legislazione precedente, si possa attribuire alle vecchie commissioni natura semplicemente amministrativa. Non si può disconoscere che, di fronte al ricordato contrasto giurisprudenziale in ordine a quel problema, il legislatore avesse il potere di rimuovere ogni incertezza: e per le cose dette è indubbio che la legge, indirettamente ma sicuramente abbia imposto una soluzione nel senso della giurisdizionalità delle commissioni tributarie. Di ciò la Corte costituzionale non può non prendere atto e concludere in conseguenza per la non fondatezza delle proposte questioni di costituzionalità. Ed infatti, se le commissioni tributarie anteriori erano organi di giurisdizione, e le questioni di semplice estimazione avevano in esse il proprio giudice, non possono ritenersi contrarie all'art. 113 della Costituzione le norme delle varie disposizioni di legge che ne sottraevano l'esame all'autorità giudiziaria ordinaria. E per gli stessi motivi, come appare ovvio, deve ritenersi infondata anche la questione di costituzionalità proposta in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione".

<sup>30</sup> A mio avviso è rilevante, e va sottolineato, che la Corte, nell'eliminare i giudici speciali, abbia agito sempre e soltanto sulla base dell'art. 108, comma 2, Cost., ossia facendo valere il principio di indipendenza dei giudici, anche dei giudici speciali. Ciò significa che la Corte ha dato rilievo ad un carattere essenziale della figura del giudice e non ha inteso affatto, in questi

ta mancanza della indipendenza degli organi con funzioni giurisdizionali, si è chiusa a metà degli anni Settanta del secolo scorso, e non perché non ci fossero più nel panorama giudiziario giudici speciali.

Si è aperta una nuova stagione, nella quale la Corte ha valutato la composizione (dei collegi giudicanti) dei giudici speciali e, anche in caso di risultato negativo o fortemente dubbio circa la indipendenza e la imparzialità dei (o di alcuni) dei giudicanti, ha consentito che, a seguito delle necessarie modifiche, essi sopravvivessero.

Questo orientamento si è manifestato più volte.

Ad esempio a proposito delle Sezioni specializzate agrarie, in ordine alle quali, mentre ha ritenuto legittimo che i membri laici (esperti), facenti parte del collegio giudicante, fossero di numero superiore rispetto ai giudici togati<sup>31</sup>, ha viceversa ritenuto illegittime le norme che non assicuravano il possesso, da parte degli esperti medesimi, dei requisiti di idoneità e di indipendenza, quali sono prescritti rispettivamente dagli artt. 102 e 108 Cost.<sup>32</sup>

Prendendo poi in esame la composizione della Commissione dei ricorsi contro i provvedimenti dell'Ufficio italiano brevetti e marchi, che per giurisprudenza pacifica, ha natura di organo di giurisdizione speciale, ed è preesistente all'entrata in vigore della Costituzione, la Corte ha ritenuto che, poiché l'Ufficio centrale dei brevetti è, esso stesso, parte necessaria del giudizio, fosse illegittimo che tra i componenti dell'organo giudicante vi fosse il direttore dell'Ufficio<sup>33</sup>.

Con riferimento ai Tribunali regionali delle acque pubbliche, sezioni (specializzate) delle (di alcune) Corti di appello, che decidono con l'intervento di due giudici togati e di un funzionario dell'amministrazione dei lavori pubblici<sup>34</sup>, la Corte ha deciso che per tale funzionario non ci fosse garanzia di indipendenza e terzietà, dato che esso "continua[va], anzitutto, ad espletare le funzioni istituzionali nell'ufficio di appartenenza (cfr. sentenza n. 451/1989), che ha, tra le sue attribuzioni, anche le procedure amministrative in materia di acque pubbli-

---

casi, impegnarsi per conferire effettività al principio della unicità della giurisdizione. Di questo principio ha fatto applicazione in altri casi, come vedremo.

L'art. 108 viene criticato da P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Padova, 1991, p. 257, perché non ha esteso "le guarentigie di indipendenza dei giudici ordinari ai giudici che fanno parte delle giurisdizioni speciali, (...) provocando in tal modo un'ingiusta disparità di trattamento".

<sup>31</sup> Corte cost. 30 dicembre 1961, n. 76.

<sup>32</sup> Corte cost. 20 dicembre 1962, n. 108.

<sup>33</sup> Corte cost. 10 maggio 1995, n. 158.

<sup>34</sup> Di norma, un funzionario del Provveditorato alle opere pubbliche.

che (anche se quelle statali sono divenute nel frattempo del tutto residuali, a seguito del passaggio di competenze alle regioni); rimane[va], inoltre, incardinato nella amministrazione di appartenenza e quindi soggetto a tutti i condizionamenti dovuti alla sua posizione di dipendenza dall'amministrazione stessa, che ne gestisce lo stato giuridico ed economico"<sup>35</sup>.

Con il d.l. 24 dicembre 2003, n. 354<sup>36</sup>, gli esperti, funzionari pubblici, sono stati sostituiti da ingegneri "nominati con decreto del Ministro della giustizia in conformità alla deliberazione del Consiglio superiore della magistratura adottata su proposta del presidente della Corte di appello"<sup>37</sup>; e i Tribunali regionali delle acque pubbliche hanno continuato ad essere presenti nel sistema giudiziario<sup>38</sup>.

In ordine alla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, è stato dapprima stabilito che ad essa deve riconoscersi natura giurisdizionale<sup>39</sup>; è stato poi ritenuto conforme a Costituzione che il procedimento di-

---

<sup>35</sup> Corte cost. 17 luglio 2002, n. 353. La Corte ha dapprima stabilito che "l'inserimento di estranei alla magistratura in sezioni specializzate di organi giudiziari ordinari (art. 102, secondo comma, della Costituzione) o negli organi speciali di giurisdizione (art. 108, secondo comma, della Costituzione in relazione alla VI disposizione transitoria della Costituzione) non è, di per sé, incompatibile con la Costituzione e rientra in una valutazione discrezionale del legislatore, con il limite della non manifesta irragionevolezza e, per quanto riguarda le sezioni specializzate, con un ulteriore limite quantitativo (integrazione dell'organo costituito da magistrati ordinari: v. sentenza n. 49 del 1968)". Il legislatore, peraltro, "è tenuto ad assicurare gli adeguati requisiti di idoneità (art. 102, secondo comma, della Costituzione), compresi quelli attitudinali (sentenza n. 108 del 1962), in relazione alle previste funzioni specifiche da esercitare dall'«estraneo», anche a seconda delle materie affidate, oltre agli ordinari requisiti che possono essere stabiliti per gli uffici pubblici (art. 51, primo comma, della Costituzione, sentenza n. 177 del 1973)".

<sup>36</sup> Convertito nella legge 26 febbraio 2004, n. 45.

<sup>37</sup> Art. 1, d.l. n. 354/2003.

<sup>38</sup> Il contenzioso delle acque è da tempo oggetto di una auspicata e sempre rinviata revisione legislativa.

<sup>39</sup> Corte cost. 2 febbraio 1971, n. 12: "è sufficiente la constatazione, non controvertibile, che il legislatore, con espresse ed univoche statuizioni, ha conferito carattere giurisdizionale alla funzione ora esercitata dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura. A tutela dell'indipendenza dei magistrati la legislazione vigente –, riconfermando un principio che già aveva ricevuto applicazione nell'ordinamento democratico prefascista e che ancor più valida giustificazione trova nella posizione che all'ordine giudiziario nel suo complesso ed ai singoli suoi appartenenti riserva la Costituzione repubblicana – stabilisce che il procedimento disciplinare si svolga nelle forme e nei modi che sono tipici del processo, affinché al provvedimento destinato ad incidere sullo stato dell'interessato, adottato con un atto che la legge definisce 'sentenza' (cfr. la rubrica dell'art. 35 del r.d.l. n. 511 del 1946) e contro il quale è

disciplinare fosse attribuito ad una Sezione del Consiglio e non al Consiglio nella sua interezza<sup>40</sup>; è stata inoltre ritenuta legittima la struttura complessiva della Sezione, ma illegittima la sua composizione come “collegio deliberante per il singolo procedimento”<sup>41</sup>.

In una diversa occasione è stata dichiarata illegittima anche la struttura complessiva della Sezione per la “insufficienza del numero dei componenti supplenti (...) riguardo alla costituzione di un secondo collegio giudicante in caso di annullamento con rinvio per nuovo esame, da parte delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione”<sup>42</sup>. È di grande rilievo la solenne riaffermazione del principio per cui lo stesso magistrato (o, più in generale, lo stesso giudice) non può occuparsi due volte della stessa controversia<sup>43</sup>.

---

ammesso il ricorso alle Sezioni unite della Cassazione (art. 17, ultimo comma, legge 24 marzo 1958, n. 195), si addivenga con le garanzie che sono proprie e tipiche della funzione giurisdizionale. E non è senza rilievo la circostanza che il procedimento disciplinare a carico dei magistrati, a differenza dell'analogo procedimento a carico dei pubblici dipendenti, viene instaurato da un soggetto (dal Ministro della giustizia, secondo l'art. 107, secondo comma, Cost.; anche dal procuratore generale presso la Corte di cassazione, in base all'art. 14 della legge 24 marzo 1958, n. 195), rispetto al quale il Consiglio superiore è collocato in posizione di assoluta estraneità ed indipendenza”.

<sup>40</sup> Corte cost. n. 12/1971, appena citata.

<sup>41</sup> Corte cost. n. 12/1971, appena citata: “nell'ambito della sezione, il collegio deliberante per il singolo procedimento è composto, oltre che dal vice presidente, da due membri eletti dal Parlamento, da tre magistrati di Cassazione (di cui uno con ufficio direttivo) e da tre magistrati di appello o di tribunale: tutti prescelti col metodo del sorteggio fra i componenti della Sezione. In base a quanto innanzi è stato precisato, la norma risulta viziata di illegittimità costituzionale perché consente che il singolo collegio possa risultare composto con la totale esclusione dei magistrati di appello o dei magistrati di tribunale. Vero è che l'ultima parte del primo comma prevede che ‘almeno due’ dei suddetti magistrati debbano appartenere alla stessa categoria dell'incolpato e che il secondo comma stabilisce che, procedendosi nei confronti di un uditore o di un aggiunto, due dei componenti debbano essere magistrati di tribunale: ma è ovvio che anche in questi casi il meccanismo è tale da poter comportare l'esclusione dal collegio di tutti i magistrati di appello o di tutti i magistrati di tribunale. E risulta con ciò violato l'art. 104 Cost., perché nell'esercizio di una delle più delicate competenze del Consiglio, non è assicurata la presenza di tutte le categorie che, in base alla stessa legge, concorrono alla formazione del consesso unitario”.

<sup>42</sup> Corte cost. 22 luglio 2003, n. 262.

<sup>43</sup> Corte cost. n. 262/2003 appena citata: “è certo, peraltro, che in tutti i tipi di processo – quindi anche in quello disciplinare a carico dei magistrati – debbono essere previste regole sull'esercizio delle funzioni giudicanti valide a proteggere in ogni caso il valore fondamentale dell'imparzialità del giudice, in particolare impedendo che quest'ultimo possa pronunciarsi due volte sulla medesima *res iudicanda* (sentenza n. 335 del 2002)”. In quest'ultima sentenza si legge

La Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie esercita “funzioni di giurisdizione speciale”<sup>44</sup>, qualificazione pacifica nella giurisprudenza di legittimità<sup>45</sup>; e, dato che svolge un’attività di natura giurisdizionale, avverso le decisioni da essa pronunciate è ammesso ricorso per cassazione, *ex art. 111, comma 7, Cost.* Per il principio del divieto per il magistrato di pronunciarsi due volte sulla medesima *res iudicanda*<sup>46</sup>, nuovamente richiamato, è stata dichiarata illegittima la disciplina della composizione della Commissione, “nella parte in cui non prevede la nomina di membri supplenti della stessa che consentano la costituzione, per numero e categoria, di un collegio giudicante diversamente composto rispetto a quello che abbia pronunciato una decisione annullata con rinvio dalla Corte di cassazione”<sup>47</sup>.

Successivamente la Corte è ritornata sulla composizione della Commissione, che, con riferimento alla professione odontoiatrica, risultava formata da nove membri: il presidente (un consigliere di Stato); un membro del Consiglio superiore di sanità; due dirigenti, con ruoli e competenze diverse, comunque scelti tra i funzionari del Ministero della salute; cinque odontoiatri, componenti effettivi<sup>48</sup>. Il problema riguardava la presenza nella Commissione dei funzionari ministeriali: con riferimento al caso di specie e, in particolare, allo

---

che “l’incompatibilità all’esercizio di funzioni giudicanti vale a proteggere l’imparzialità del giudice, impedendo che quest’ultimo possa pronunciarsi due volte sulla medesima *res iudicanda*”.

<sup>44</sup> La Commissione è organo di secondo grado “di giurisdizione speciale con competenze in materia elettorale, disciplinare nonché inerenti alla tenuta dei rispettivi albi professionali”: decide sulle impugnazioni avverso le decisioni assunte in primo grado dai competenti organi professionali (Corte cost. 7 ottobre 2016, n. 215).

<sup>45</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un. civ., 7 agosto 1998, n. 7753.

<sup>46</sup> Il principio è stato nuovamente ribadito con carattere di assoluta generalità: “in tutti i tipi di processo, quindi anche in quello in esame, devono essere previste regole in grado di proteggere in ogni caso il valore fondamentale dell’imparzialità del giudice, impedendo, in particolare, che quest’ultimo possa pronunciarsi due volte sulla medesima *res iudicanda* (sentenza n. 335 del 2002), specie nel caso di rinvio proprio o prosecutorio (sentenza n. 341 del 1998), qual è quello in esame. La diversità del giudice-persona fisica salvaguarda la stessa effettività del sistema delle impugnazioni, poiché queste ‘rinvengono, in linea generale, la loro ratio di garanzia nell’alterità tra il giudice che ha emesso la decisione impugnata e quello chiamato a riesaminarla’ ed opera anche in senso ‘discendente’, con riguardo, cioè, al giudizio di rinvio dopo l’annullamento (sentenza n. 183 del 2013) tutte le volte in cui sia stata effettuata una valutazione definitiva sulla stessa *res iudicanda*” (Corte cost. 9 luglio 2014, n. 193).

<sup>47</sup> Corte cost. n. 193/2014, appena citata.

<sup>48</sup> La composizione era la medesima per le altre professioni sanitarie, sostituendo agli odontoiatri altrettanti membri di ciascuna delle diverse professioni.



*status* dei funzionari (dopo la loro nomina), la Corte ne ha ravvisato il contrasto con il principio di indipendenza<sup>49</sup>. I suddetti membri sono ora designati dal Consiglio superiore di sanità.

#### 4. *Giudici speciali non trasformati in sezioni specializzate.*

Dagli interventi rammentati al paragrafo precedente si deduce che il legislatore, e con esso la Corte costituzionale, hanno inteso dare attuazione alla VI disposizione transitoria, procedendo alla revisione dei giudici speciali, senza peraltro porsi l'obiettivo di abolirli, come avrebbe preferenzialmente indicato (o suggerito, se non imposto) il principio della unicità della giurisdizione; principio che, parzialmente contraddetto in Costituzione con la conservazione dei soli giudici speciali in essa nominati, avrebbe potuto attuarsi progressivamente nel sistema organizzativo della funzione giurisdizionale mediante lo sfortimento degli altri giudici speciali, quelli non "costituzionalizzati", e talvolta definiti "minori" o "marginali".

Non si è mosso in questa direzione il legislatore ordinario<sup>50</sup>, operando tuttavia nel rispetto, almeno formale, della Costituzione.

C'è da chiedersi se, oltre ad essere stati conservati molti giudici speciali, come la Costituzione consentiva, fatta salva la solenne affermazione della unicità della giurisdizione (che da principio fondamentale passa ad essere obiettivo lontano (superato?) o, comunque, mito non facilmente raggiungibile)<sup>51</sup>,

---

<sup>49</sup> Il ragionamento svolto dalla Corte è articolato: ha ritenuto irrilevante la particolare collocazione della Commissione presso il Ministero di settore; del pari irrilevante è, o sarebbe, la presenza, in sé considerata, di componenti di nomina governativa nella Commissione, incaricati all'interno dello stesso dicastero presso il quale risulta collocato l'organo in disamina nonché designati con il contributo determinante del medesimo Ministero della salute. Rilevante è, invece, la posizione processuale del Ministero quale contraddittore necessario nel procedimento che si svolge innanzi alla Commissione. Parimenti rilevante è la particolare disciplina relativa ai membri di nomina ministeriale: l'assenza di garanzia della loro attitudine e competenza; la possibile conferma del mandato e la possibile revoca in corso di mandato; la circostanza che tali membri restino incardinati, dopo la designazione, nella stessa amministrazione di riferimento (Corte cost. n. 193/2014, già citata).

<sup>50</sup> Sussistono numerosi giudici speciali non "revisionati" e tuttora operativi (v. A. PIZZO-RUSSO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 226, e indicazioni bibliografiche ivi riportate).

<sup>51</sup> Il principio, "espresso nella unicità dell'organo competente ad amministrarla", è stato affermato con decisione a proposito della giurisdizione costituzionale, con riferimento

non siano stati creati nuovi giudici speciali, nonostante il chiaro divieto contenuto nella Costituzione, o non sia stato ampliato l'ambito della giurisdizione di alcuno dei giudici speciali sopravvissuti.

Sono da analizzare due diverse ipotesi: le vicende in cui il legislatore, pur potendo riportare i giudici speciali nel solco della giurisdizione ordinaria, ha preferito limitarsi a revisionarli, e le vicende in cui, almeno apparentemente, sono stati istituiti nuovi giudici.

Tra le prime mi sembrano da includere la riforma del contenzioso tributario e la istituzione della Sezione disciplinare del CSM; tra le seconde l'affermazione della funzione giurisdizionale, in materia disciplinare, del Consiglio della magistratura militare e la "scoperta" degli organi di autodichia (o di giurisdizione domestica).

Le Commissioni tributarie erano, per giurisprudenza costante di legittimità, organi giurisdizionali, prima della Costituzione, nonostante che, a seguito delle loro decisioni, fosse previsto il giudizio (in più gradi) dinanzi ai giudici ordinari<sup>52</sup>. Non vi era, pertanto, alcun problema, prescindendo dalle "celebri oscillazioni"<sup>53</sup> della Corte costituzionale circa la loro natura, per la loro (revisione e) conservazione.

Gli organi di giurisdizione tributaria (e il processo che dinanzi a loro si svolge) sono stati più volte revisionati (o modificati) fino all'ultima riforma degli anni Venti di questo secolo, con la istituzione delle Corti di giustizia tributaria di primo e secondo grado<sup>54</sup>. Si è pervenuti ad avere giudici e processo tributario tendenzialmente in linea con i principi del giusto processo, svolto (finalmente!) dinanzi a magistrati togati, costituenti un corpo di magistrati

---

all'Alta Corte della Regione Sicilia (Corte cost. 6 febbraio 1957, n. 38; Id., 6 giugno 1961, n. 31: "il principio della unicità della giurisdizione costituzionale, coesistente alla struttura dello Stato, non tollera deroghe o attenuazioni di alcun genere"; Id., 15 gennaio 1970, n. 6).

<sup>52</sup> Era previsto "un giudizio fondato su una doppia forma di tutela, al cospetto delle Commissioni e del giudice ordinario, che (...) rimarrà in vita per oltre un secolo, fino alla riforma del sistema tributario operata con la L. 9 ottobre 1971, n. 825" (F. PISTOLESI, *Il processo tributario*, Torino, 2021, p. 3).

<sup>53</sup> A. PIZZORUSSO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 221, in nota.

<sup>54</sup> Tappe fondamentali si sono avute con il d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636 (legge delega: art. 10, n. 14, legge n. 9 ottobre 1971, n. 825), con i dd.lgss. 31 dicembre 1992, nn. 545 e 546 (legge delega: art. 30, legge 30 dicembre 1991, n. 413, e, infine, con la legge 31 agosto 2022, n. 130 e il d.lgs. 30 dicembre 2023, n. 220).

professionali, governati da un organo di autogoverno, il Consiglio di presidenza della giustizia tributaria<sup>55</sup>.

A parte il lunghissimo tempo che è stato necessario per giungere ad una soluzione che può considerarsi quasi soddisfacente<sup>56</sup>, è lecito chiedersi se ci fossero (e ci siano) ragioni teoriche o pratiche che impedissero (e impediscano) di configurare le attuali Corti tributarie come sezioni specializzate della giurisdizione ordinaria; anche in considerazione del fatto che, avverso le sentenze dell'organo di secondo grado, il ricorso va proposto (e va proposto "per violazione di legge") alla Corte di cassazione, dove già esiste una sezione (specializzata? <sup>57</sup>) tributaria.

Se, come io credo, tali ragioni non sussistono, e non mi risulta che ne siano state addotte di convincenti<sup>58</sup>, non si può che concludere che non è più il principio di unicità della giurisdizione, l'unitarietà (per quanto possibile) della sua organizzazione, l'obiettivo che il legislatore (o la società politica) tende a conseguire.

La Sezione disciplinare del Consiglio superiore della Magistratura è stata indubitabilmente disciplinata, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, come organo giurisdizionale, svolgente funzione giurisdizionale. È peraltro da chiedersi: era organo giurisdizionale anche la Corte disciplinare per la magistratura,

---

<sup>55</sup> Istituito con l'art. 17 del d.lgs. n. 545/1992.

<sup>56</sup> Anche se il collegamento con il Ministero delle Finanze, ove continua ad esistere una Direzione della giustizia tributaria, non è stato totalmente interrotto. Infatti pendono dinanzi alla Corte costituzionale numerosi giudizi, sollevati dalle Corti di giustizia tributaria.

<sup>57</sup> Ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge 31 agosto 2022, n. 130, "presso la Corte di cassazione è istituita una sezione civile incaricata esclusivamente della trattazione delle controversie in materia tributaria". È una sezione ordinaria con competenza speciale o è una sezione specializzata? Ad essa sembra che non possano accedere i (futuri) magistrati tributari professionali; e ciò comporterà che la funzione nomofilattica in materia tributaria sarà compito di "magistrati che non hanno avuto esperienze presso le Corti di giustizia tributaria" (M. BASILAVECCHIA, *No man's land. La giustizia tributaria verso la Costituzione*, Milano, 2023, p. 31).

<sup>58</sup> Secondo F. GALLO, *Presentazione*, in M. BASILAVECCHIA, *No man's land*, cit., p. 7, la riforma del 2022 avrebbe opportunamente evitato di attribuire la giurisdizione ordinaria a sezioni specializzate del giudice ordinario, perché, "se così si fosse operato, si sarebbe aggravata l'attuale crisi della giustizia ordinaria, travolgendola con migliaia di nuovi processi dall'elevato profilo tecnico". Si tratta, tuttavia, di una ragione contingente; forse nemmeno fondata nella sua drammaticità, dato che alle sezioni specializzate possono essere addetti anche "cittadini idonei estranei alla magistratura" (art. 102, comma 2, Cost.). Almeno transitoriamente potevano "applicarsi" alle sezioni specializzate gli attuali giudici tributari non professionali.

che, composta da magistrati<sup>59</sup>, esprimeva un parere “per la definitiva decisione spettante al Ministro”<sup>60</sup>, e formalizzata con decreto reale<sup>61</sup>? Forse lo erano i Tribunali disciplinari e la Corte disciplinare, istituiti nel 1946<sup>62</sup>, ma la Corte costituzionale non si dà cura di verificarlo, essendo per essa sufficiente che sia stato riconfermato, dopo la Costituzione, “un principio che già aveva ricevuto applicazione nell’ordinamento democratico prefascista e che ancor più valida giustificazione trova nella posizione che all’ordine giudiziario nel suo complesso ed ai singoli suoi appartenenti riserva la Costituzione repubblicana”<sup>63</sup>.

A me sembra che: a) il carattere giurisdizionale riferito al periodo prefascista non integri l’ipotesi di cui alla VI disposizione transitoria che riguarda organi di giurisdizione speciale “attualmente esistenti”, ossia esistenti, come organi giurisdizionali, al tempo della Costituzione; b) se la giustificazione del carattere giurisdizionale del contenzioso disciplinare dei magistrati si fonda sulla posizione che loro riserva la Costituzione, la garanzia dovrebbe estendersi a tutti i magistrati e non solo a quelli ordinari e militari; cosa che non è, né per quelli amministrativi, né per quelli contabili<sup>64</sup>, né per quelli tributari<sup>65</sup>.

Si tratta di una delle molte imperfezioni della disciplina della magistratura.

### 5. *Istituzione (probabile) di nuovi giudici speciali.*

Vediamo se possa ritenersi che siano stati costituiti nuovi giudici speciali dopo la Costituzione.

---

<sup>59</sup> Art. 236, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

<sup>60</sup> Art. 246, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

<sup>61</sup> Art. 251, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

<sup>62</sup> Art. 22, r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511.

<sup>63</sup> Corte cost. n. 12/1971, già citata.

<sup>64</sup> “Il procedimento disciplinare riguardante i magistrati amministrativi e contabili assume natura di procedimento amministrativo, il cui esito culmina in un provvedimento amministrativo, con la conseguente applicazione di tutte le regole e i principi sanciti nella legge n. 241 del 1990. Il procedimento disciplinare riguardante i magistrati ordinari assume, per contro, natura giurisdizionale e si svolge innanzi alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, con conseguenziale assoggettamento al regime delle relative impugnazioni” (Cons. Stato, Sez. VII, 5 febbraio 2024, n. 1192).

<sup>65</sup> Le sanzioni disciplinari per i giudici tributari sono deliberate dal Consiglio di presidenza e applicate con decreto del Ministro delle Finanze (art. 17 del regolamento per il procedimento disciplinare).

Il Consiglio della magistratura militare è stato istituito nel 1988<sup>66</sup> e tra le sue funzioni ha anche quella di istruire e decidere i procedimenti disciplinari concernenti i magistrati militari<sup>67</sup>. Prima della sua istituzione, e quindi non solo prima ma anche per lungo tempo dopo la Costituzione, il procedimento disciplinare aveva sicura natura amministrativa: la decisione era adottata con decreto presidenziale su proposta del Ministro della Difesa<sup>68</sup>. Attualmente, ai sensi del codice dell'ordinamento militare<sup>69</sup>, "il procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati militari è regolato dalle norme in vigore per i magistrati ordinari".

La Corte di cassazione, dovendo decidere per la prima volta sull'impugnazione avverso una decisione disciplinare del Consiglio della magistratura militare, e dubitando che potesse essere un atto (di un organo) giurisdizionale, si è rivolta alla Corte costituzionale; la quale, nonostante che tale organo non esistesse né prima né al tempo della Costituzione, e che il relativo procedimento disciplinare avesse avuto natura sicuramente amministrativa fino al 1988, ha ritenuto che il Consiglio della magistratura militare, nell'esercizio delle sue funzioni disciplinari, non costituisce un nuovo giudice speciale; e ciò – si badi – per il fatto di essere configurato e regolato dalle stesse norme vigenti per i magistrati ordinari<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Art. 1 della legge 30 dicembre 1988, n. 561, recentemente modificato con il d.lgs. 29 gennaio 2024, n. 8.

<sup>67</sup> Art. 2, lett. b), d.P.R. 24 marzo 1989, n. 158. Precedentemente, "fino alla costituzione dell'organo di autogoverno della magistratura militare, per la durata di non più di un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, i provvedimenti concernenti il personale della magistratura militare, compresi quelli disciplinari, sono adottati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro della difesa, sentito un comitato composto dal procuratore generale militare presso la Corte di cassazione, dal presidente e dal procuratore generale e dai presidenti delle sezioni distaccate della corte militare di appello" (art. 15 della legge 7 maggio 1981, n. 180).

<sup>68</sup> L'art. 15 della legge n. 180/1981 è stato dichiarato incostituzionale con sentenza 9 marzo 1988, n. 266.

<sup>69</sup> Attualmente, art. 67, comma 1, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66. La disposizione era vigente anche nel 1995: art. 1, comma 3, legge n. 561/1988.

<sup>70</sup> Questo il ragionamento della Corte: "la condizione dei magistrati militari è oggi del tutto assimilata, per stato giuridico, garanzie di indipendenza ed articolazione di carriera, a quella dei magistrati ordinari. Parallelamente l'ordinamento giuridico militare di pace si è modellato su quello previsto per la magistratura ordinaria, convergendo nella diretta attribuzione alla Corte di cassazione delle funzioni di legittimità, un tempo attribuite al Tribunale supremo militare, con una unificazione nel vertice dell'ordinamento per la funzione giudicante, rimar-

Si può convenire con la Corte sulla razionalità della soluzione del problema della natura del procedimento disciplinare riguardante i giudici militari<sup>71</sup>; ma è difficile negare che sia stato istituito un nuovo giudice speciale, un giudice che, prima della Costituzione (e anche dopo, per molti anni), non esisteva<sup>72</sup>.

È a mio avviso che con forte probabilità anche l'emersione nell'ordinamento vigente degli organi di autodichia debba essere considerato come la istituzione di altrettanti giudici speciali, anche se la Corte costituzionale lo nega (e d'altronde non può che negarlo).

La questione dell'autodichia sorge con alcune ordinanze della Corte di Cassazione del 1977, con le quali, considerandola prevista da una tradizionale "norma inespressa", di cui poteva trovarsi traccia indiretta in alcune incerte disposizioni dei regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, e dubitando della sua "legittimazione" nell'ordinamento costituzionale, sottoponeva il problema alla Corte costituzionale<sup>73</sup>.

---

cata dalla costituzione di un ufficio del procuratore generale militare presso la Corte stessa (art. 5 della legge n. 180/1981). Il rifluire della magistratura militare nell'alveo della posizione propria della magistratura ordinaria, pur mantenendosene ancora organizzativamente distinta, è significativamente comprovato dalla titolarità della presidenza del Consiglio della magistratura militare attribuita per legge al Presidente dell'organo supremo della giurisdizione ordinaria. Sicché la scelta, conforme a questa impostazione, di configurare anche il procedimento disciplinare per i magistrati militari in forme giurisdizionali non rappresenta, nonostante l'inevitabile attribuzione della competenza ad un organismo organizzativamente nuovo, l'introduzione di una nuova giurisdizione e di un nuovo giudice speciale, trovando la giurisdizionalità della funzione disciplinare radicamento in quella già prevista per la magistratura ordinaria, cui anche la magistratura militare, oramai ad essa pienamente equiparata, accede, pur mantenendo una distinzione organizzativo-ordinamentale" (sentenza 1° marzo 1995, n. 71).

<sup>71</sup> Anche se per altri corpi di magistrati il procedimento disciplinare resta di natura amministrativa.

<sup>72</sup> Soprattutto se si dà il peso che merita al criterio di ordine generale enunciato dalla Corte costituzionale che non esclude la valutazione dei profili soggettivi: "il criterio per determinare il contenuto del divieto costituzionale di istituire giudici speciali risiede dunque nella loro 'novità'. Ed essendo prevista la revisione, non necessariamente soppressiva, dei giudici speciali, la novità va riferita non solo ai profili soggettivi della articolazione degli organi di giurisdizione speciale, ma anche ai profili oggettivi della competenza di settore attribuita ad una cognizione diversa da quella del giudice ordinario, in una ineliminabile connessione tra il giudice e la materia oggetto della sua giurisdizione" (sentenza n. 71/1995, appena citata).

<sup>73</sup> Cass., Sez. Un., 31 marzo 1977, n. 408; Id., Id., 10 luglio 1980, nn. 315 e 316. Riferisce Corte cost. 6 maggio 1985, n. 154: "le Sezioni unite della Cassazione, pur riconoscendo all'autodichia radici storiche e, a quanto pare, anche logiche, pensano tuttavia che il nuovo sistema costituzionale ne abbia operato la delegittimazione. Ed in quanto al dubbio sulla compatibilità dell'autodichia delle Camere con i principi costituzionali in tema di giurisdizione,

La quale ritenne inizialmente che l'autodichia avesse sufficiente base normativa nei regolamenti parlamentari, e non serviva, quindi, richiamare alcuna "norma inespressa"; i quali regolamenti, peraltro, non erano da essa sindacabili, per i limiti alla sua competenza fissati dall'art. 134 Cost.<sup>74</sup>. Per cui, tra i dubbi di costituzionalità espressi dalla Cassazione e l'incompetenza a scioglierli da parte della Corte costituzionale, l'autodichia è sopravvissuta ed anzi si è consolidata, con la profonda revisione degli organi ad essa addetti.

Non è il caso di ripercorrere le successive vicende dell'autodichia, rilevando in questa sede solo se i relativi organi siano da considerare giudici, in particolare giudici speciali, e se siano risalenti a prima della Costituzione<sup>75</sup>. Va sol-

---

non può non convenirsi col giudice a quo, anche sulla base di principi contenuti in convenzioni internazionali, che indipendenza ed imparzialità dell'organo che decide, garanzia di difesa, tempo ragionevole, in quanto coesenziali al concetto stesso di una effettiva tutela, sono indefettibili nella definizione di qualsiasi controversia. Senonché, il dubbio sulla sindacabilità, da parte di questa Corte, ai sensi ed ai fini dell'art. 134, primo alinea, Cost., dei regolamenti parlamentari contenenti gli impugnati artt. 12.1 e 12.3 è in ordine logico pregiudiziale rispetto ai due interrogativi di cui sopra, e perciò va esaminato per primo".

Precedentemente, con sentenza 10 luglio 1981, n. 129, la Corte costituzionale aveva dichiarato che non spetta alla Corte dei conti il potere di sottoporre a giudizio di conto i tesoriери della Presidenza della Repubblica, della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

<sup>74</sup> Corte cost. n. 154/1985: con l'art. 134 "il costituente ha segnato rigorosamente i precisi ed invalicabili confini della competenza del giudice delle leggi nel nostro ordinamento, e poiché la formulazione ignora i regolamenti parlamentari, solo in via d'interpretazione potrebbe ritenersi che questi vi siano ugualmente compresi. Ma una simile interpretazione, oltre a non trovare appiglio nel dato testuale, urterebbe contro il sistema. La Costituzione repubblicana ha instaurato una democrazia parlamentare, intendendosi dire che, come dimostra anche la precedenza attribuita dal testo costituzionale al Parlamento nell'ordine espositivo dell'apparato statuale, ha collocato il Parlamento al centro del sistema, facendone l'istituto caratterizzante l'ordinamento. È nella logica di tale sistema che alle Camere spetti – e vada perciò riconosciuta – una indipendenza garantita nei confronti di qualsiasi altro potere, cui pertanto deve ritenersi precluso ogni sindacato degli atti di autonomia normativa *ex art. 64, primo comma, Cost.*".

<sup>75</sup> La Corte costituzionale si è dovuta occupare più volte dell'autodichia. Si rammentano le sentenze 9 maggio 2014, n. 120 e 13 dicembre 2017, n. 262. Con ord. 28 luglio 2003, n. 179, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile il conflitto di attribuzioni, sollevato dalla Camera dei deputati avverso la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato, circa l'appartenenza alla "competenza" degli organi di autodichia della Camera delle controversie inerenti all'affidamento degli appalti. L'autodichia riguarda soltanto le controversie della Camera (e, si deve ritenere) e degli altri organi costituzionali con i loro dipendenti, considerati, nonostante abbiano indiscussa personalità giuridica e siano controparti nei contenziosi, soggetti "interni": lo ha definitivamente statuito la Corte costituzionale con la sentenza 19 aprile 2024, n. 65.

tanto segnalato che la dottrina, nella sua amplissima maggioranza, si è dimostrata assai perplessa sulla fondatezza costituzionale della operazione effettuata dalla Corte costituzionale.

La “fonte” dell’autodichia delle Camere è assai misteriosa: la Cassazione riteneva che “vagasse per l’ordinamento” una “norma inespressa”; la Corte costituzionale ne ha ravvisato il fondamento in norme dei regolamenti interni delle Camere, che prevedevano ricorsi dei loro dipendenti decisi internamente; ricorsi che potevano essere considerati, con maggior rispetto della loro lettera, ricorsi amministrativi, necessari per giungere agli atti definitivi, oggetto possibile di successiva tutela giurisdizionale (esterna)<sup>76</sup>.

Nel 2014 la Corte ha dubitato della legittimità costituzionale dell’autodichia, osservando anche – ed è argomento assai significativo – che essa non è più prevista negli ordinamenti più vicini al nostro, quelli vigenti in Francia, Germania, Regno Unito e Spagna<sup>77</sup>; nel 2017, invece, l’ha ritenuta non solo legittima, ma necessaria per garantire l’autonomia delle Camere, anzi di tutti gli Organi costituzionali, pertanto, anche dell’autonomia della Presidenza della Repubblica, presso la quale il problema è sorto soltanto nel 2010, e non rimonta affatto a tempi precedenti alla Costituzione (dato che, ovviamente, nemmeno la Presidenza c’era)<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> La sentenza del 1985 lascia sopravvivere tali ricorsi unicamente perché stabilisce di non avere il potere di sindacare i regolamenti parlamentari; ma mette in rilievo che, ove avesse potuto farlo, avrebbe dovuto riconoscere la loro incompatibilità con i principi costituzionali (v. prec. nota 73).

<sup>77</sup> “Davanti a ciò che [...] esuli dalla capacità classificatoria del regolamento parlamentare e non sia per intero sussumibile sotto la disciplina di questo (perché coinvolga beni personali di altri membri delle Camere o beni che comunque appartengano a terzi), deve prevalere la ‘grande regola’ dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti (artt. 24, 112 e 113 della Costituzione)” (sent. n. 379/1996). Peraltro, negli ordinamenti costituzionali a noi più vicini, come Francia, Germania, Regno Unito e Spagna, l’autodichia sui rapporti di lavoro con i dipendenti e sui rapporti con i terzi non è più prevista” (sent. n. 120/2014).

<sup>78</sup> Corte cost. n. 262/2017: “come è noto, l’autonomia che la Costituzione riconosce agli organi costituzionali – per quel che qui interessa, Camere e Presidente della Repubblica – si manifesta, innanzitutto, sul piano normativo. La Costituzione ne ragiona espressamente solo in riferimento alle Camere, conferendo a ciascuna di esse il potere di darsi un regolamento (art. 64 Cost.). Questa Corte ha tuttavia già riconosciuto che anche i regolamenti approvati dal Presidente della Repubblica debbono considerarsi sorretti da un implicito fondamento costituzionale, conferendo alla legge che li prevede (legge 9 agosto 1948, n. 1077, recante ‘Determinazione dell’assegno e della dotazione del Presidente della Repubblica e istituzione



Data questa giustificazione dell'autodichia, data cioè la sua necessità di rilievo costituzionale (in quanto strumento di garanzia degli Organi costituzionali), risulta inutile verificare se essa esisteva prima della Costituzione: è da osservare, infatti, che, anche se, com'è probabile, non fosse esistita<sup>79</sup>, avrebbe dovuto comunque essere istituita; anche superando il divieto di creare nuovi giudici speciali.

Ma, secondo la Corte costituzionale, non si è affatto posto il problema di superare il suddetto divieto, perché – si badi bene – gli organi di autodichia non sono, secondo la sua qualificazione, giudici speciali, anzi non sono nem-

---

del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica') un carattere meramente ricognitivo (sentenza n. 129 del 1981).

La giurisprudenza costituzionale ha inoltre avuto modo di definire i contorni dell'autonomia normativa che la Costituzione così assegna tanto alle Camere, quanto al Presidente della Repubblica. In relazione alle Camere, questa Corte ha affermato che l'autonomia in parola non attiene alla sola disciplina del procedimento legislativo, per la parte non direttamente regolata dalla Costituzione, ma riguarda anche l'organizzazione interna (sentenza n. 120 del 2014). In relazione al Presidente della Repubblica, essa ha evidenziato che tale organo necessita di un proprio apparato organizzativo, non solo per amministrare i beni rientranti nella dotazione presidenziale, ma anche per consentire un libero ed efficiente esercizio delle proprie funzioni, garantendo in tal modo la non dipendenza del Presidente rispetto ad altri poteri dello Stato (sentenza n. 129 del 1981). Riferendosi ad entrambi gli organi, questa Corte ha in definitiva chiarito che, attraverso la potestà normativa in parola, gli organi costituzionali in questione sono messi nella condizione di provvedere alla 'produzione di apposite norme giuridiche, disciplinanti l'assetto ed il funzionamento dei loro apparati serventi' (sentenza n. 129 del 1981). Così, l'autonomia normativa logicamente investe anche gli aspetti organizzativi, ricomprendendovi ciò che riguarda il funzionamento degli apparati amministrativi 'serventi', che consentono agli organi costituzionali di adempiere liberamente, e in modo efficiente, alle proprie funzioni costituzionali. Su questo stesso fondamento poggia la potestà, riconosciuta agli organi costituzionali, di approvare norme relative al rapporto di lavoro con i propri dipendenti: infatti, il buon esercizio delle alte funzioni costituzionali attribuite agli organi in questione dipende in misura decisiva dalle modalità con le quali è selezionato, normativamente disciplinato, organizzato e gestito il personale. (...) La giurisprudenza costituzionale ha già riconosciuto che l'autonomia degli organi costituzionali 'non si esaurisce nella normazione, bensì comprende – coerentemente – il momento applicativo delle norme stesse, incluse le scelte riguardanti la concreta adozione delle misure atte ad assicurarne l'osservanza' (sentenza n. 129 del 1981, e, nello stesso senso, anche sentenze n. 120 del 2014 e n. 379 del 1996). Tale momento applicativo, ossia proprio l'autodichia di cui qui si discute, costituisce dunque uno svolgimento dell'autonomia normativa che la Costituzione riconosce esplicitamente o implicitamente alle Camere e al Presidente della Repubblica".

<sup>79</sup> Il che è certo per l'autodichia della Presidenza della Repubblica. Sui profili storici v. il recentissimo contributo di Virginia CAMPIGLI, *L'autodichia degli organi costituzionali*, Napoli, 2023, p. 31 ss.

meno giudici, anche se sono “chiamati a decidere sulle posizioni giuridiche soggettive dei dipendenti in luogo dell’autorità giudiziaria ‘comune’”<sup>80</sup>. Dato che non sono giudici, avverso le loro decisioni non è ammesso il ricorso per Cassazione *ex art.* 111, comma 7, Cost.<sup>81</sup>; il quale strumento di unità funzionale della giurisdizione, pertanto, ha vieppiù perso il (l’auspicabile e razionalmente necessario) carattere universale, ossia la estensione a tutte le decisioni di controversie riguardanti la tutela delle situazioni soggettive; carattere già compromesso dall’ultimo comma dello stesso art. 111 Cost.

In tal modo la Corte costituzionale ha fatto in modo che nuovi organi decisori di controversie giuridiche<sup>82</sup> spuntassero nell’ambito dell’ordinamento vigente<sup>83</sup>, senza (almeno apparentemente) violare il divieto di istituire giudici

---

<sup>80</sup> Corte cost. n. 262/2017, già citata: “la tutela dei dipendenti è quindi assicurata non già attraverso un giudice speciale *ex art.* 102 Cost., ma mediante organi interni non appartenenti all’organizzazione giudiziaria, in tanto giustificati in quanto finalizzati alla migliore garanzia dell’autonomia dell’organo costituzionale. L’affidamento a collegi interni del compito di interpretare e applicare le norme relative al rapporto di lavoro dei dipendenti con gli organi costituzionali di cui si tratta, nonché la sottrazione delle decisioni di tali collegi al controllo della giurisdizione comune è, in definitiva, un riflesso dell’autonomia degli stessi organi costituzionali”.

<sup>81</sup> Corte cost. n. 262/2017: “non essendo stati configurati gli organi di autodichia quali giudici speciali, avverso le loro decisioni non sarebbe neppure configurabile – come richiesto in via subordinata dalla ricorrente – il ricorso *ex art.* 111, settimo comma, Cost.”.

<sup>82</sup> Come tali, anche se non riconosciuti come giudici, ma in quanto definiti “organi di autodichia, chiamati a svolgere, in posizione *super partes*, funzioni giurisdizionali”, sono legittimati a sollevare questioni di legittimità costituzionale (Corte cost. 28 novembre 2022, n. 237; Id., 12 ottobre 2017, n. 213).

<sup>83</sup> Di tali organi di giurisdizione domestica non è nemmeno definito, allo stato, l’ambito della “giurisdizione”: nella sentenza n. 262/2017, in *ober dicta*, la Corte sembra averlo limitato alle controversie con il personale dipendente, comprese le controversie di responsabilità amministrativa e contabile (sentenza 20 luglio 2018, n. 169), ma le disposizioni dei regolamenti parlamentari e della Presidenza lo ampliano alle controversie su tutti gli atti amministrativi e i contratti posti in essere dagli Organi costituzionali. Il Consiglio di Stato (sentenza, Sez. V, 31 maggio 2021, n. 4150) e la Corte di Cassazione (Sez. Un., 12 maggio 2022, n. 15236) si sono concordemente espressi nel senso della limitazione alle controversie di lavoro interne, ma la Camera dei Deputati ha sollevato conflitto, che la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile (ord. 28 luglio 2013, n. 179). La questione non è stata ancora decisa: sarà interessante conoscere come la Corte costituzionale si pronuncerà; e, se confermerà i suoi *ober dicta*, come giustificherà che l’autonomia degli Organi costituzionale sarebbe compromessa dalla decisione “esterna” sui rapporti di lavoro, mentre non sarebbe compromessa da quella sulle controversie con i terzi, ad esempio in materia di appalti, che di norma sono molto più rilevanti, e non solo dal punto di vista economico.

speciali<sup>84</sup>: è stato sufficiente non qualificarli come giudici! *Chapeau!*

Come poi questa soluzione possa essere compatibile con il comma 1 dell'art. 24 Cost., secondo cui “*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*” (corsivo aggiunto), non mi riesce chiaro<sup>85</sup>.

## 6. *Il quadro composito della organizzazione giurisdizionale e la nomofilachia.*

Il quadro attuale si presenta vario e composito: accanto alla giurisdizione ordinaria coesistono giudici speciali nominati nella Costituzione, altri nume-

---

<sup>84</sup> Il divieto di creare nuovi giudici speciali, comporta, secondo la giurisprudenza costituzionale, anche che “la modificazione dell’oggetto della giurisdizione dei giudici speciali preesistenti alla Costituzione è consentita solo se non ‘snaturi’ la materia originariamente attribuita alla cognizione del giudice speciale” (sentenza 11 febbraio 2010, n. 39). “Il mancato rispetto del limite di ‘non snaturare’ le materie originariamente attribuite alle indicate giurisdizioni si traduce nell’istituzione di un ‘nuovo’ giudice speciale, espressamente vietata dall’art. 102 Cost.” (sentenza 14 maggio 2008, n. 130). Sulla base di questo criterio è stato dichiarato illegittimo l’art. 1, comma 1, della legge 2 dicembre 2005, n. 248, “nella parte in cui stabilisce che appartengono alla giurisdizione tributaria anche le controversie relative alla debenza, a partire dal 3 ottobre 2000, del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue, quale disciplinato dagli artt. 13 e 14 della legge 5 gennaio 1994, n. 36” (sentenza n. 39/2010). Allo stesso modo, “esclusa la natura tributaria del COSAP, l’attribuzione alla giurisdizione tributaria (...) delle controversie relative a tale canone ‘snatura’ la materia originariamente attribuita alla cognizione del giudice tributario e, conseguentemente, viola l’evocato art. 102, secondo comma, Cost.” (sentenza 14 marzo 2008, n. 64). È stata invece ritenuta legittima l’attribuzione ai giudici tributari delle “controversie relative alla debenza del canone [...] per lo smaltimento di rifiuti urbani e, quindi, della tariffa di igiene ambientale (TIA) prevista dall’art. 49 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22”, in quanto si trattava di tributi (sentenza 24 luglio 2009, n. 238).

<sup>85</sup> Mi chiedo se la Corte abbia inteso introdurre in Italia una nozione sostanziale di giurisdizione (diciamo, a modo della nozione vigente in Francia) accanto alla nozione formale (e rigorosa), accolta nella nostra Costituzione. Vale la pena di riportare alcune affermazioni dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con le quali concordo pienamente, dato che mi sembrano totalmente conformi ai dati costituzionali. L’attività giurisdizionale, ossia “quella classe di procedimenti a cui soltanto si applica la disciplina del processo”, si distingue dalle altre funzioni pubbliche “sulla base di criteri di imputazione formale e non ‘sostanziali’. (...) L’unica definizione attendibile di ‘attività giurisdizionale’ non è di tipo ontologico o ‘a priori’, bensì di tipo soggettivo. La giurisdizione è l’attività di accertamento e decisoria che l’ordinamento imputa ai ‘giudici’, come individuati dalle norme costituzionali sulla competenza (artt. 101, 102, 103)”. I giudici sono di “numero chiuso”, dato che è vietato istituire giudici speciali o straordinari (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2024, n. 11).

rosi giudici speciali, anche molto importanti (come i giudici tributari) ma privi di copertura costituzionale, e, inoltre, organi giurisdicenti, non aventi qualità di giudici, ma esercenti funzioni obiettivamente giurisdizionali e, per di più, ritenuti costituzionalmente necessari<sup>86</sup>.

Almeno sotto il profilo della organizzazione del sistema delle tutele di cui all'art. 24 Cost., non può dirsi che il principio della unicità della giurisdizione si sia realizzato<sup>87</sup> né che il sistema sia stato semplificato.

Uno dei valori, forse il principale, di tale principio va identificato nella unitaria interpretazione del diritto scritto: il numero e la varietà dei plessi giuri-

---

<sup>86</sup> Tra le funzioni decisorie non attribuite a "giudici" va collocato anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, che dopo le modifiche alla sua disciplina introdotte con la legge 18 giugno 2009, n. 69 e le aggiunte di cui al codice del processo amministrativo, ha perso le caratteristiche proprie dei procedimenti amministrativi, avvicinandosi a quelle dei procedimenti giurisdizionali. Infatti, la Corte di Cassazione ha ammesso l'impugnabilità dei decreti presidenziali di decisione per motivi inerenti alla giurisdizione fin dalla sentenza Sez. Un., 28 gennaio 2011, n. 2065; il Consiglio di Stato ha riconosciuto che a seguito delle decisioni assunte in sede straordinaria si possa ricorrere in sede di ottemperanza (Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513; Ad plen., 5 giugno 2012, n. 18); la Corte di Giustizia europea ha stabilito, per verità fin dal 1997, che le Sezioni consultive del Consiglio di Stato, in sede di giudizio su ricorso straordinario, siano legittimate a sollevare questione pregiudiziale comunitaria (sentenza 16 ottobre 1997, Garofalo ed altri); la Corte costituzionale, che prima delle accennate modifiche aveva escluso la possibilità di sollevare questioni di costituzionalità (sentenza 21 luglio 2004, n. 254), la ha successivamente ammessa (sentenza 2 aprile 2014, n. 73); la Corte EDU, infine, ha affermato che le tutele previste dalla Convenzione (e segnatamente l'art. 6 sulla ragionevole durata dei processi) sono riferibili anche al ricorso straordinario (Sez. I, 8 settembre 2020, Mediani contro Italia). "Il decreto presidenziale che recepisce il parere, pur non essendo, in ragione della natura dell'organo e della forma dell'atto, un atto formalmente e soggettivamente giurisdizionale, è estrinsecazione sostanziale di funzione giurisdizionale che culmina in una decisione caratterizzata dal crisma dell'intangibilità, propria del giudicato, all'esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti" (Cons. Stato, Ad. plen. 6 maggio 2013, n. 9; v. anche la coeva sentenza n. 10); tuttavia esso resta "un rimedio di giustizia – preordinato a risolvere conflitti – posto 'fuori' dalla giurisdizione, perché attribuito a organi decidenti diversi dalla giurisdizione statale" (Cons. Stato, Ad. plen., n. 11/2024, già citata). Si tratta, in definitiva, di un rimedio "giustiziale", non "giurisdizionale".

<sup>87</sup> Il sistema articolato e differenziato della giurisdizione non contrasta, secondo la Corte costituzionale, "con il contenuto della funzione giurisdizionale. Invero, la Costituzione (artt. 102 e 103 e disposizione trans. VI) ha espressamente riconosciuto la esistenza di differenti modi di esercizio del potere giurisdizionale, identificabili nella magistratura ordinaria e nelle altre magistrature, le quali, in coerenza logica con tali aspetti differenziati, conservano peculiarità di ordinamento quanto alla rispettiva organizzazione ed alle relative garanzie costituzionali" (sentenza 10 gennaio 1978, n. 1).

sdizionali (e para-giurisdizionali) non garantiscono affatto che la medesima disposizione scritta sia intesa nello stesso modo da interpreti diversi. Evitare interpretazioni difformi è il compito degli organi di nomofilachia.

Si potrebbe pensare (ed io lo penso) che il principio di unicità della giurisdizione comporti per sua natura, ossia necessariamente, la unicità dell'organo di nomofilachia; anzi la pluralità di tali organi non contrasta solo con quel principio ma, a ben riflettere, è in sé contraddittorio, non consentendo di raggiungere l'obiettivo cui la nomofilachia mira, ossia la univocità della "lettura" delle disposizioni scritte, in funzione del principio-cardine della certezza del diritto.

Ebbene, anche sotto questo delicatissimo profilo, il principio della unicità della giurisdizione resta inattuato; e il difetto, presente già nel testo costituzionale, è stato poi notevolmente aggravato.

La Costituzione individua nella Corte di Cassazione l'organo votato alla nomofilachia: a questo serve principalmente il ricorso previsto dal penultimo comma dell'art. 111 Cost., ammesso "per violazione di legge", e quindi anche per l'erronea interpretazione della legge, avverso le sentenze pronunciate dagli "organi giurisdizionali ordinari o speciali"<sup>88</sup>. Tuttavia restano fuori dal perimetro della nomofilachia demandata alla Cassazione<sup>89</sup>, per espressa disposizione costituzionale<sup>90</sup>, le sentenze dei giudici amministrativi e dei giudici contabili<sup>91</sup>. Presso i quali sono operativi altri organi di nomofilachia.

Il panorama comprende, quindi, tre organi di nomofilachia settoriale e nessun organo di nomofilachia generale.

Con l'ingresso degli "giudici" di autodichia nel complesso quadro organizzativo della tutela dei diritti e degli interessi legittimi, il sistema della nomofilachia si è sfrangiato ulteriormente: ciascuno dei plessi di autodichia, sedenti

---

<sup>88</sup> La mancanza di un criterio uniforme, determinato dal differente tempo e modo di disciplinare i giudici speciali, comporta che, per taluni, il ricorso va portato alle sezioni semplici della Cassazione, per altri direttamente alle Sezioni Unite. Anche questa differenza, non avendo alcuna (chiara e convincente) base razionale, va ritenuta una anomalia del sistema complessivo.

A tal proposito è singolare che la Corte di cassazione abbia dubitato della legittimità costituzionale della attribuzione del potere di decisione sui ricorsi contro i provvedimenti dei giudici militari ad una sua sezione ordinaria, anziché ad una sua sezione specializzata, da istituire. La questione è stata dichiarata infondata (Corte cost. 24 gennaio 1983, n. 1).

<sup>89</sup> Ad essa fanno capo direttamente, ossia come prosecuzione dello stesso processo, le sentenze dei giudici tributari e dei giudici militari, oltre ovviamente quelle dei giudici ordinari.

<sup>90</sup> L'ultimo comma dell'art. 111 Cost.

<sup>91</sup> Non, si badi, le sentenze dei giudici tributari e dei giudici militari.

rispettivamente presso la Presidenza della Repubblica, il Senato della Repubblica e la Camera dei Deputati<sup>92</sup>, è separato dagli altri, e non esiste, e probabilmente non può esistere (se l'autodichia è considerata garanzia della autonomia di ciascun Organo costituzionale), una sede comune di nomofilachia<sup>93</sup>. Sotto questo profilo risulta assai poco convincente, e, a mio avviso, palesemente contrario al principio di unicità della giurisdizione, l'operazione dovuta alla Corte costituzionale di sottrarre le decisioni di tali organi al vaglio della Corte di cassazione, attraverso il marchingegno di non qualificarli come giudici (speciali).

Per la razionalità del sistema, per ragioni di giustizia sostanziale e di certezza del diritto, il frazionamento della nomofilachia andrebbe superato, anche modificando i relativi dati costituzionali che lo impediscono: in una riforma realmente di fondo, dovrebbe trovare posto la creazione di un organo universale di nomofilachia, se del caso diverso nella composizione e nella collocazione rispetto a quelli oggi esistenti, e, in particolare, rispetto alle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

### *7. Giudici speciali nell'ambito della giurisdizione ordinaria.*

Alcune stranezze o, se si preferisce, alcuni organi particolari per composizione e funzioni, si ritrovano anche nel quadro organizzativo della giurisdizione ordinaria, nell'ambito del quale dovrebbero trovare posto, secondo il disegno costituzionale, accanto alle strutture tipiche, soltanto le sezioni specializzate. Invece vi troviamo organi giudicanti atipici, ritenuti (perfino) giudici speciali.

Mi limito a due casi, che mi sembrano esemplari: i Commissariati per la liquidazione degli usi civici e il Tribunale superiore delle acque pubbliche.

I primi, istituiti nel 1927<sup>94</sup>, sono affidati a uno o più magistrati ordinari, i quali, collocati fuori ruolo, svolgono (o svolgevano<sup>95</sup>) sia funzioni amministrative sia funzioni giurisdizionali, queste seconde anche ad iniziativa officiosa<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> L'autodichia è prevista anche per la Corte costituzionale.

<sup>93</sup> Tenendo conto di ciò, gli organi di nomofilachia presenti nell'ordinamento non sono più tre ma sono diventati (almeno) sei. Il che è palesemente un non senso.

<sup>94</sup> Legge 16 giugno 1927, n. 1766.

<sup>95</sup> Le funzioni amministrative sono state trasferite alle Regioni con l'art. 66 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616.

La Corte costituzionale ha ritenuto che l'esercizio di entrambe le funzioni (amministrativa e giurisdizionale) non fosse contrario alla condizione di indipendenza e di imparzialità dei Commissari<sup>97</sup>, nemmeno (per quanto possa es-

---

<sup>96</sup> Art. 29, comma 1, legge n. 1766/1927. Sulla iniziativa officiosa v. Corte cost. 19 ottobre 1992, n. 395; Id., 1° aprile 1993, n. 133. Pur avendo con entrambe le sentenze dichiarato inammissibili le sollevate questioni di costituzionalità, in esse, in particolare nella seconda, si trovano in proposito argomenti interessanti: "ad avviso del giudice a quo, il potere di impulso processuale attribuito dalla norma denunciata al commissario, mentre poteva giustificarsi nell'ordinamento originario degli usi civici, dove 'l'anomalia dell'attore-giudice era il riflesso dell'anomalia amministratore-giudice', non è più giustificabile dopo il trasferimento alle regioni di tutte le funzioni amministrative in questa materia, attuato dal d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616: 'il commissario, oggi, è soltanto un giudice che, come tale, non può e non deve essere portatore di alcun interesse particolare attinente alla materia degli usi civici, la cui cura non gli è più attribuita'. Integrato con l'assunto che il commissario non è oggi portatore di alcun interesse pubblico all'infuori dell'astratto interesse alla corretta applicazione della legge, l'argomento dovrebbe indurre a risolvere la questione sul piano esegetico, riconoscendo non più sostenibile, conformemente all'opinione di una parte della dottrina, l'interpretazione che estende l'inciso 'anche di ufficio' contenuto nel comma 1 dell'art. 29 della legge n. 1766/1927, concernente le funzioni amministrative del commissario, all'accertamento giurisdizionale dei diritti di uso civico e in genere alle funzioni giurisdizionali previste nel comma 2. Nella giurisprudenza anteriore al 1977 tale interpretazione e la conseguente natura prevalentemente inquisitoria del processo in materia di usi civici erano affermate in ragione dell'incidentalità delle controversie di competenza del commissario nelle operazioni amministrative a lui stesso affidate.

La tradizionale interpretazione estensiva, tenuta ferma dalla Corte di cassazione, può ancora sostenersi soltanto se si nega il detto carattere di incidentalità, cioè la perfetta corrispondenza delle funzioni giurisdizionali a quelle amministrative, e si ammette, invece, che il trasferimento di queste alle regioni non esaurisce il compito di cura degli interessi pubblici inerenti agli usi civici. Accanto agli interessi locali, di cui sono diventate esponenti le regioni, emerge l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio. Il potere dei commissari di provvedere d'ufficio alla tutela giurisdizionale non è riferibile se non a siffatto interesse – sancito dall'art. 1 della legge 8 agosto 1985, n. 431, che ha assoggettato a vincolo paesaggistico le zone gravate da usi civici – e, con esso, indirettamente anche all'interesse delle popolazioni titolari dei diritti civici, non sempre coincidente con gli interessi particolari portati dall'amministrazione regionale".

<sup>97</sup> Corte cost. 20 maggio 1970, n. 73: "va anzitutto rilevato che dalla pura e semplice coesistenza in testa al commissario regionale di poteri riconducibili a funzioni amministrative ed a funzioni giurisdizionali nulla può dedursi in ordine all'asserita mancanza di indipendenza e di imparzialità del commissario quale giudice. Nei casi in cui egli conosca di controversie in sede giurisdizionale senza che ci sia in corso una fase amministrativa, è da escludersi che il commissario non abbia l'indipendenza e l'imparzialità volute; per il (e nel) concreto esercizio dei poteri giurisdizionali egli non ha vincoli di precedente attività amministrativa e, apparte-

sere ritenuto davvero strano) nel caso in cui, come giudici, siano chiamati a decidere sulla legittimità (e sul merito) di provvedimenti amministrativi da loro stessi posti in essere<sup>98</sup>.

---

nendo all'ordine giudiziario, non dipende da alcuno né è tenuto a seguire istruzioni di alcuno, essendo soggetto soltanto alla legge.

Ma, anche nell'ipotesi (normale) di esercizio delle funzioni giurisdizionali nell'ambito di un procedimento incidentale ed accessorio nei confronti di quello amministrativo, si deve, parimenti, riconoscere la piena indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante, dato che la coesistenza nella stessa persona delle funzioni amministrative e giurisdizionali non comporta di per sé che l'esercizio delle prime pregiudichi quello delle seconde. La sua stessa condizione di appartenente all'ordine giudiziario è garanzia perché il commissario distingua una funzione dall'altra con assoluta obiettività".

<sup>98</sup> "La circostanza che il commissario sia chiamato a giudicare e giudichi dopo che nella materia, in ordine alla quale è insorta la controversia, abbia compiuto atti nello svolgimento delle sue funzioni amministrative, non deve far ritenere che il commissario quale giudice non sia indipendente ovvero manchi o sia messa in pericolo o in forse la sua imparzialità.

Un primo aspetto del problema si rende evidente nella eventualità che il commissario giudice abbia compiuto, nell'esercizio delle sue funzioni amministrative, atti per esempio di ricognizione o di accertamento o comunque estranei ad un concreto esercizio di poteri autorizzativi, dispositivi o concessivi, suscettibili di incidere sulle situazioni giuridiche (non giurisdizionali) non è in contrasto con l'obiettivo esercizio delle funzioni giurisdizionali. Il fenomeno non è raro a verificarsi qualora ad un organo giurisdizionale siano attribuite anche funzioni amministrative da esercitare pregiudizialmente o preliminarmente rispetto alle funzioni giurisdizionali, ed è pacifico che non compromette l'indipendenza o l'imparzialità del giudice. Altrettanto perciò deve dirsi qualora (come nella specie) ad un organo siano attribuite istituzionalmente funzioni amministrative e giurisdizionali e l'esercizio di queste ultime funzioni normalmente sia incidentale.

Un secondo aspetto del problema si coglie nell'eventualità che il commissario giudice abbia, nell'esercizio delle sue funzioni amministrative, posto in essere accertamenti o pronunce nella materia o anche sulla questione che è oggetto del suo esame in sede giurisdizionale.

Ma neppure in questo caso ricorre l'asserita mancanza della indipendenza e dell'imparzialità volute dalla Costituzione. È possibile infatti constatare che l'attività giurisdizionale non è condizionata nei suoi contenuti da quella amministrativa svolta in precedenza; e che (a conferma di ciò), in fase giurisdizionale, sul terreno probatorio il commissario può esercitare d'ufficio un potere inquisitorio o d'iniziativa e che comunque le opposizioni lo richiamano in sede giurisdizionale a nuove valutazioni in relazione ai vizi di attività che gli sono stati denunciati e sui quali deve esprimere esclusivamente la volontà della legge riferita al caso concreto.

È vero che nell'esercizio dell'attività amministrativa può accadergli di manifestare il suo pensiero sulla questione, su cui più tardi deve pronunciarsi come giudice, e che con tutto ciò, in questa seconda fase, non può essere recusato né astenersi. Ma occorre rilevare che l'esigenza di imparzialità, che in generale trova la sua manifestazione processuale nell'istituzione stessa del giudice, non è disattesa dai particolari modi di essere della disciplina legislativa dell'astensione e della ricusazione" (Corte cost. n. 73/1970, appena citata).



Originariamente i commissari erano nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'agricoltura e delle foreste, con il consenso del Ministro di grazia e giustizia. La Corte costituzionale ha ritenuto che, "residuando al Commissario funzioni prevalentemente se non esclusivamente giurisdizionali, il potere di proposta di nomina del Ministro dell'agricoltura e delle foreste appare avere, nella prospettiva della intera economia procedimentale, un rilievo eccessivo e disarmonico rispetto alle sopravvenute attribuzioni del Consiglio superiore della magistratura *ex art. 10, punto 1)*, della legge 24 marzo 1958, n. 195"<sup>99</sup>.

Il potere di nomina dei commissari è passato, quindi, al Consiglio superiore della magistratura.

Secondo alcuni commentatori<sup>100</sup>, i Commissariati, da sempre considerati giudici speciali, si sarebbero trasformati, in virtù del detto trasferimento della competenza circa la nomina dei commissari, in sezioni specializzate. La tesi non convince per una serie di ragioni, la prima delle quali è che i Commissariati non hanno alcun collegamento, nemmeno logistico, con gli organi tipici, ad esempio con i Tribunali ordinari<sup>101</sup>. Inoltre, avverso le loro sentenze il ricorso in appello va indirizzato (solo) alla Corte di appello di Roma, o, per quelli sedenti in Sicilia, alla Corte di appello di Palermo. Ancora: i commissari sono scelti sì tra i magistrati ordinari, ma una volta nominati, vengono collocati fuori ruolo. In ogni caso va detto che, anche ove dovessero essere considerati sezioni specializzate, manterrebbero caratteristiche profondamente diverse, per funzioni e procedure, rispetto all'archetipo delle sezioni specializzate.

Per il Tribunale superiore delle acque pubbliche, come giudice di unico grado delle controversie in tema di interessi legittimi nella materia delle acque pubbliche, nessuno (per quanto mi risulta) dubita della sua natura di giudice speciale<sup>102</sup>, nonostante la sua collocazione (soltanto logistica) presso la Corte di cassazione.

---

<sup>99</sup> Corte cost. 13 luglio 1989, n. 398.

<sup>100</sup> A. PIZZORUSSO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 219.

<sup>101</sup> Si rammenta quanto stabilisce la sentenza della Corte cost. n. 76/1961, già citata (nota 9).

<sup>102</sup> Il Tribunale superiore è, invece, (considerato) Sezione specializzata, allorché funziona come giudice di appello avverso le sentenze dei Tribunali regionali delle acque pubbliche (in tema di diritti soggettivi). In realtà in Tribunale superiore (TSAP) raccoglie sotto la stessa etichetta due organi giurisdizionali, diversi nella composizione, nelle funzioni e nelle procedure.

Esso giudica in una composizione particolare, ossia con l'intervento di tre magistrati di Cassazione, tre consiglieri di Stato e un tecnico<sup>103</sup>; segue una procedura propria, in parte legata ancora al codice di procedura civile del 1865; le sue sentenze sono impugnabili dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>104</sup>.

Non credo che, dati questi caratteri, possa dubitarsi che si tratti di un giudice speciale, anziché di una sezione specializzata<sup>105</sup>; può semmai destare stupore che esso sia ancora presente nell'ordinamento, nonostante la sua palese "eccentricità" e nonostante i tentativi per abolirlo<sup>106</sup>. Esso permane come mera sopravvivenza di strutture organizzative legate ad esigenze non più attuali, e, in quanto tale, complica inutilmente<sup>107</sup> il quadro della organizzazione giurisdizionale.

## 8. Magistrati professionali e magistrati onorari.

Nel disegno costituzionale, almeno in via di principio, l'esercizio della funzione giurisdizionale avrebbe dovuto essere affidato a magistrati ordinari, assunti per concorso; accanto al corpo dei magistrati ordinari avrebbero dovuto collocarsi (soltanto) i corpi dei magistrati degli organi giurisdizionali speciali di cui all'art. 103 Cost. (magistrati amministrativi, contabili, militari): tutti

---

<sup>103</sup> La Corte costituzionale, con sent. 3 luglio 2002, n. 305, ha dichiarato incostituzionale "il combinato disposto degli artt. 139 e 143, terzo comma, del regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1175 (Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici), nella parte in cui non prevede la nomina di supplenti dei membri effettivi del Tribunale superiore delle acque pubbliche in caso di astensione in presenza di uno dei motivi stabiliti dall'art. 51, primo comma, del codice di procedura civile".

<sup>104</sup> Da ultimo si veda S.S. SCOCA, *Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche come giudice amministrativo. Teoria, prassi e prospettive evolutive*, Napoli, 2021.

<sup>105</sup> Non si saprebbe a quale organo tipico (Corte d'appello, Corte di Cassazione) assegnarlo come Sezione specializzata. Sezioni specializzate di alcune Corti di appello possono invece considerarsi i Tribunali regionali delle acque pubbliche.

<sup>106</sup> Con il Capo I, d.l. 11 novembre 2002 n. 251, veniva stabilita l'abolizione dei Tribunali regionali e del Tribunale superiore delle acque pubbliche, ma il Capo non veniva convertito in legge (art. 2, legge 10 gennaio 2003, n. 1). In caso di approvazione della riforma, le controversie in tema di diritti soggettivi sarebbero passate ai Tribunali civili e quelle in tema di interessi legittimi ai Giudici amministrativi.

<sup>107</sup> Comporta anzi effetti negativi: si pensi, ad esempio, alle questioni di giurisdizione, sia rispetto al giudice amministrativo sia rispetto al giudice ordinario.

magistrati professionali, che avrebbero tutti dovuto godere del medesimo trattamento giuridico ed economico, almeno negli aspetti caratterizzanti.

Il disegno non si è realizzato sotto due profili: da un lato, amministrano giustizia numerosi magistrati non professionali; dall'altro lato, il trattamento giuridico e, in parte, anche quello economico, dei magistrati professionali, appartenenti ai vari corpi, non sono uniformi.

Quanto al primo punto, va rammentato che, nel tempo, approfittando di una interpretazione non rigorosa del comma 2 dell'art. 106 Cost.<sup>108</sup>, per far fronte all'arretrato giudiziario in continuo aumento, in particolare presso gli organi di giurisdizione ordinaria, si sono moltiplicate le figure di magistrati onorari<sup>109</sup>, non legati allo Stato (nemmeno) da un vero e proprio rapporto di lavoro (subordinato).

Le ragioni del ricorso a magistrati non professionali sono in parte condivi-

---

<sup>108</sup> Art. 106, comma 2: "la legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche selettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli". Secondo la Corte costituzionale, "il Costituente non ha, però, previsto in termini assoluti l'esclusività dell'esercizio della giurisdizione in capo alla magistratura nominata a seguito di pubblico concorso. Da una parte, ha contemplato la possibilità, con riserva assoluta di legge, di forme di partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia (art. 102, terzo comma, Cost.); possibilità che ha trovato attuazione, nel processo penale, con la previsione dei giudici popolari nelle corti di assise. Altresì possono istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura (art. 102, secondo comma, Cost.), purché sia garantita l'indipendenza dell'organo (sentenza n. 108 del 1962). Dall'altra, il Costituente si è dovuto confrontare con una situazione di fatto che, all'epoca e da lungo tempo, vedeva l'esercizio della giurisdizione anche da parte di una magistratura non già ordinaria, intesa come professionale nominata a seguito di concorso pubblico, ma onoraria, nominata diversamente, come si è sopra descritto. Il sistema dell'epoca era delineato dall'art. 4 ordin. giud. che, nella sua formulazione originaria, differenziava la magistratura onoraria da quella professionale, perché considerava come 'appartenenti' all'ordine giudiziario, quali magistrati onorari, i giudici conciliatori, i vice conciliatori ed i vice pretori onorari (secondo comma), mentre 'costituivano' l'ordine giudiziario gli uditori, i giudici di ogni grado delle preture, dei tribunali e delle corti, e i magistrati del pubblico ministero (primo comma). La scelta del Costituente fu essenzialmente conservativa. Si ritenne che una magistratura onoraria – che già esisteva da lungo tempo e che, nella cosiddetta giustizia minore, aveva dato un apporto normalmente valutato in termini positivi – potesse essere compatibile con la regola generale della giurisdizione esercitata da una magistratura professionale alla quale si accede mediante pubblico concorso. Tale ritenuta compatibilità si tradusse nella formulazione del secondo comma dell'art. 106 Cost." (sentenza 17 marzo 2021, n. 41).

<sup>109</sup> Giudici di pace, giudici onorari di Tribunale (GOT), vice procuratori onorari (VPO), giudici ausiliari di Corte di appello.

sibili: dotarsi di personale idoneo a *ius dicere* traendolo dalle categorie degli avvocati e di altre professioni giuridiche è più semplice, più rapido e meno costoso che non assumere per concorso magistrati professionali. Va, peraltro, subito aggiunto che retribuire e trattare giuridicamente in modo inadeguato, profondamente diverso dai livelli del trattamento dei magistrati professionali, i magistrati onorari, se contribuisce a ridurre per il bilancio dello Stato il costo complessivo della funzione giurisdizionale, non ne esalta il prestigio e non può nemmeno essere ritenuto equo e conforme al diritto europeo<sup>110</sup>.

Con la riforma del 2017<sup>111</sup> i magistrati onorari con funzioni giudicanti sono confluiti nella categoria dei giudici onorari di pace (GOP) e quelli con funzioni requirenti nei vice procuratori onorari (VPO); rimangono temporaneamente (fino al 31 ottobre 2025: almeno così ha stabilito la Corte costituzionale) i giudici ausiliari di appello<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Sono ricorrenti le richieste dei magistrati onorari di un migliore trattamento; ma ciò che più conta è che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza 16 marzo 2020, C-22/13, UX, ha stabilito, tra l'altro, un principio di grande rilievo: "un giudice di pace che, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, può rientrare nella nozione di 'lavoratore'". Recentemente la Commissione ha dato inizio ad una procedura di infrazione (2016/4081) nei confronti dello Stato italiano perché non adegua lo stato giuridico dei magistrati onorari alle norme europee.

Con la legge di bilancio 2024 (legge 30 dicembre 2023, n. 213, art. 1, commi 370-373) si è cominciato a provvedere nel senso indicato dalla Corte di Giustizia: è stato istituito, nello stato di previsione del Ministero della giustizia, un apposito fondo per dare attuazione agli interventi previsti dal d.lgs. n. 116/2017: è stata prevista la costituzione del ruolo a esaurimento per i magistrati onorari attualmente in servizio, che optino per il regime di esclusività delle funzioni onorarie sia per quelli che intendano esercitare tali funzioni in via non esclusiva; si è dato inizio a disciplinare il regime previdenziale e assistenziale da applicare ai magistrati onorari confermati in base all'opzione esercitata (regime esclusivo e non esclusivo); si è stabilito, con una formula non chiarissima, che il compenso corrisposto ai magistrati onorari sia "assimilato, ai fini fiscali, al reddito da lavoro dipendente".

<sup>111</sup> Con il d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, è stata impostata una riforma più o meno organica della magistratura onoraria.

<sup>112</sup> La ricostruzione storica delle vicende relative alla magistratura onoraria si trova nella sentenza Corte cost. n. 41/2021; la quale, con riferimento ai giudici ausiliari d'appello, ha dapprima confermato che "la figura di magistrato onorario già prevista dalla Costituzione (art. 106, secondo comma), compatibile con la regola generale che vuole che le nomine dei magistrati abbiano luogo per concorso (art. 106, primo comma): è quella di un giudice singolo, perché monocratico di primo grado, che solo in via eccezionale e transitoria, può comporre i collegi di tribunale"; e conseguentemente ha stabilito che "la previsione (...) dello svolgimento di funzioni (nient'affatto di giudici singoli, ma) di giudici collegiali presso le corti d'ap-

Alla presenza di magistrati onorari nella magistratura ordinaria si aggiunga che, fino a tempi recentissimi, un intero e delicato settore giurisdizionale, quello tributario, è stato interamente affidato a magistrati non professionali. Soltanto con una legge del 2022<sup>113</sup> è stato istituito il corpo (professionale) dei giudici tributari<sup>114</sup>.

Infine le giurisdizioni speciali diverse da quelle nominate in Costituzione sono affidate a personale giudicante non professionale (e nemmeno sempre esperto di diritto).

Quanto al trattamento giuridico ed economico dei magistrati professionali, va sottolineato che, a detta della Corte costituzionale, “anche se è innegabile l’unitarietà in senso lato dell’esercizio della giurisdizione, è altrettanto innegabile che, nell’ambito di tale unitarietà, trovano collocazione gli specifici e diversi ordinamenti delle indicate [diverse] magistrature, corrispondenti ai motivi di tradizione storica accolti dal Costituente”<sup>115</sup>. Ne deriva che il trattamento giuridico dei vari corpi di magistrati professionali è differenziato per modalità di nomina<sup>116</sup>, di conferimento e cambiamento delle funzioni, di progressione nella carriera, di sanzioni e (natura e forme del) procedimento disciplinare, di (più o meno larga) disponibilità di incarichi extragiudiziari, e, al-

---

pello, dove i giudici ausiliari sono strutturalmente inseriti, come già sopra descritto, risulta essere (...) del tutto fuori sistema e si pone in radicale contrasto con tale parametro, congiuntamente all’art. 106, primo comma, Cost.”. Tuttavia, per evitare “un grave pregiudizio all’amministrazione della giustizia”, “la *reductio ad legitimitatem* può (...) farsi, con la sperimentata tecnica della pronuncia additiva, inserendo nella normativa censurata un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire”, cioè al 31 ottobre 2025.

<sup>113</sup> Art. 1-*bis* della legge 31 agosto 2022, n. 130. È stato anche istituito il ruolo unico nazionale dei componenti delle commissioni tributarie, tenuto dal Consiglio di presidenza della giustizia tributaria con l’art. 4, comma 39-*bis*, della legge 12 novembre 2011, n. 183. Il primo concorso per reclutarli non si è ancora concluso.

<sup>114</sup> Che, oltre tutto, andrà a regime nel corso di numerosi anni.

<sup>115</sup> Corte cost. 16 gennaio 1978, n. 1: “l’ordinamento vigente non contempla una piena uniformità di disciplina, quanto alla attribuzione delle funzioni, quanto all’assetto strutturale degli uffici, tra i magistrati dell’ordine giudiziario e quelli del Consiglio di Stato, nonché della Corte dei conti e dei tribunali militari. Ed inoltre perché, dalla unitarietà in senso lato dell’esercizio della giurisdizione e dal fatto che la Costituzione prevede per tutti i magistrati garanzie di indipendenza, non può farsi derivare la necessità di una piena equiparazione e di una puntuale corrispondenza, sul piano della progressione nelle funzioni tra le magistrature anzidette”.

<sup>116</sup> Va ricordato che è stato considerato costituzionalmente legittimo che alcuni magistrati, in particolare alcuni consiglieri della Corte dei conti (sentenza 21 gennaio 1967, n. 1) e del Consiglio di Stato (sentenza 19 dicembre 1977, n. 177), siano nominati dal Governo.

meno in parte, per livello retributivo complessivo<sup>117</sup>. Per i soli magistrati militari, non per quelli amministrativi, contabili e tributari, la legge stabilisce che il loro *status* è identico a quello dei magistrati ordinari<sup>118</sup>.

La esistenza di organi di autogoverno per ciascun corpo di magistrati professionali<sup>119</sup> comporta, inoltre, che la forbice delle differenze di trattamento vada naturalmente viepiù allargandosi.

Posso concludere sul punto osservando che, per rendersi conto di quale ampiezza possano avere, per restare nei limiti ricavabili dalla Costituzione, le differenze di *status* tra i magistrati dei diversi corpi, è necessario preliminarmente stabilire, in via generale, se il principio della unicità della giurisdizione comporti, e fino a che punto, la uniformità del trattamento dei magistrati; e, in secondo luogo, verificare quali disposizioni della Sezione I del Titolo IV della Costituzione si debbano applicare indifferentemente a tutti i magistrati e quali, invece, si debbano applicare soltanto ai magistrati ordinari. Si tratta di un problema che, a mio avviso, non è allo stato definitivamente chiuso, e in ordine al quale le soluzioni finora offerte dalla giurisprudenza costituzionale non sembrano ispirate ad una lettura rigorosa delle suddette disposizioni, a cominciare da quella di cui al comma 1 dell'art. 106<sup>120</sup>.

### 9. *Differenze e incongruenze nei mezzi di tutela giurisdizionale.*

Dalle ricognizioni fatte nei paragrafi precedenti si ricava che il sistema delle tutele giurisdizionali non è affatto ispirato al principio della semplicità organizzativa, ed anzi si è andato viepiù complicando sotto i diversi aspetti esaminati. Non è stato costruito un sistema che, pur nella sua complessità, risponda pienamente alla “grande regola” della generale e piena tutela giurisdizionale.

---

<sup>117</sup> Si pensi, ad esempio, alle retribuzioni aggiuntive, connesse con gli incarichi extragiudiziari.

<sup>118</sup> Art. 52, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66; art. 40, comma 2, lett. a) della legge 17 giugno 2022, n. 71; art. 1, d.lgs. 29 gennaio 2024, n. 8.

<sup>119</sup> Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa è stato istituito con l'art. 7 della legge 27 aprile 1982, n. 186; il Consiglio di presidenza della Corte dei conti è stato istituito con l'art. 10 della legge 13 aprile 1988, n. 117; il Consiglio di presidenza della giustizia tributaria è stato istituito con l'art. 17 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 545. Tali Consigli eleggono nel loro seno il Presidente, scelto tra i componenti eletti dal Parlamento. Il Consiglio della magistratura militare, istituito con l'art. 1 della legge 30 dicembre 1988, n. 561, è presieduto, invece, dal Primo Presidente della Corte di Cassazione.

<sup>120</sup> Corte cost. n. 1/1967; Id. n. 177/1973, già citate.

zionale di “tutti”. Anzi la stessa complessità comporta, da un lato, differenze, anche marcate, nella tutela giurisdizionale di situazioni soggettive omogenee, e dall’altro, sia sovrapposizioni sia mancanza di mezzi di tutela.

Il disegno costituzionale delle tutele giurisdizionali è costruito intorno alle situazioni soggettive, precisamente sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi<sup>121</sup>.

Una prima osservazione di chiarimento: in relazione alle situazioni soggettive, a ciascuna delle due, si può e si deve costruire la nozione di giurisdizione generale: è tale quella che è destinata (o, competente) a tutelare sotto tutti gli aspetti, e salvo eccezioni, una delle due. Sono generali, pertanto, (solo) la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa; l’una, per esserle affidata la tutela dei diritti soggettivi, l’altra, per esserle attribuita la tutela degli interessi legittimi,<sup>122</sup>. Gli altri giudici speciali hanno ambiti giurisdizionali limitati a singole materie o singoli settori; ambiti che costituiscono “*enclaves*” rispetto all’una o all’altra delle due giurisdizioni generali<sup>123</sup>.

Una seconda osservazione, più incisiva: assumo che sia sicuro e indiscutibile che la Costituzione assicuri a “tutti” la tutela giurisdizionale piena, ossia satisfattiva secondo la formula chiovendiana<sup>124</sup>, di entrambe le situazioni sogget-

<sup>121</sup> Lo si ricava in modo (a mio avviso) chiaro e sicuro dagli artt. 24, comma 1, 103, comma 1, e 113, comma 1, Cost.

Tale affermazione non comporta che il criterio di separazione della giurisdizione del giudice ordinario da quella del giudice amministrativo debba far perno sulle situazioni soggettive nominate nel testo costituzionale. È dal 1949 che il criterio di separazione non è fondato su tali situazioni soggettive, come più volte ho messo in rilievo; ed è ora espressamente riconosciuto dall’art. 7 c.p.a.

<sup>122</sup> È, quindi, evidente che, a mio modo di vedere, giudice speciale e giurisdizione speciale sono concetti differenti, attenendo il primo al profilo organizzativo e il secondo al profilo funzionale. Il giudice amministrativo è un giudice speciale cui è attribuita una giurisdizione generale. Gli altri giudici speciali hanno giurisdizione speciale, individuata per singole materie.

<sup>123</sup> Secondo V. BACHELET, *La giustizia*, cit., p. 45, tutti i giudici speciali nominati in Costituzione avrebbero “una competenza generale in dati settori (giurisdizione degli interessi; giurisdizione contabile; giurisdizione penale sui reati militari commessi da appartenenti alle forze armate)”. La locuzione “competenza generale in dati settori” mi sembra intimamente contraddittoria: la competenza (meglio: la giurisdizione) o è generale, perché si lega ad un fattore elementare dell’ordinamento giuridico (e non è limitata ad uno o più settori), o è limitata a determinate materie, e non è generale.

<sup>124</sup> Ossia: attribuire a chi ha un diritto, tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire. Ovvero, secondo le fonti e con riferimento all’azione: *nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*.

tive; ma la pluralità dei giudici e la stratificazione delle norme processuali, spesso risalenti nel tempo, non lo consentono: non sempre i (titolari dei) diritti soggettivi e (de)gli interessi legittimi hanno a disposizione tutti i mezzi per la loro tutela; il che pone anche un problema, superato dalla Corte costituzionale con il semplice richiamo alla discrezionalità del legislatore, della parità di trattamento processuale.

L'articolazione della tutela dei diritti soggettivi consta ordinariamente di due gradi di processo di merito e del ricorso in Cassazione "per violazione di legge". Questo modo di tutela dovrebbe essere garantito a "tutti" i titolari di diritti soggettivi. Non è così.

I diritti soggettivi la cui tutela è affidata alla Corte dei conti, in tema di responsabilità amministrativa e di trattamento pensionistico, al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, e agli organi di autodichia, non possono giovare del ricorso in Cassazione per violazione di legge; gli ultimi, forse nemmeno per questioni di giurisdizione<sup>125</sup>.

A sua volta, la tutela ordinaria degli interessi legittimi è articolata su due gradi di giudizio di "merito" (inteso il termine in senso processualistico), senza lo strumento del ricorso in Cassazione, se non per motivi inerenti alla giurisdizione. Tuttavia per gli interessi legittimi la cui tutela spetta al Tribunale superiore delle acque pubbliche, da un lato è previsto un solo grado di giudizio, e dall'altro è consentito il ricorso in Cassazione (a Sezioni Unite)<sup>126</sup>.

C'è da chiedersi se queste differenze nel trattamento processuale abbiano giustificazioni razionalmente valide, ossia fondate sulla consistenza giuridica delle situazioni soggettive<sup>127</sup>. Per quanto ci rifletta, io non ne trovo alcuna. Se non ci fossero convincenti giustificazioni razionali, le differenze costituirebbero una forte violazione del principio di uguaglianza e del principio di proporzionalità; principi che, in materia processuale, dovrebbero avere una valenza severa.

Mi sembra chiaro che tali differenze siano semplicemente il portato di an-

---

<sup>125</sup> Ci possono ben essere ipotesi particolari in cui specifiche norme di legge introducono differenze rispetto alla disciplina ordinaria dei mezzi di tutela giurisdizionale, e tali casi sono abbastanza diffusi (v. ad esempio il Capo III del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150). Ed è stato molte volte stabilito dalla Corte costituzionale, fin dalla sentenza 31 maggio 1965, n. 41, che il principio del doppio grado di giudizio non è costituzionalizzato. Ma ritengo che sia irrazionale che le differenze di trattamento processuale dipendano dalla posizione (o dalla natura) dell'organo cui è affidata la tutela.

<sup>126</sup> Tralascio le altre cospicue differenze derivanti dall'affidamento della tutela agli altri giudici speciali, quelli c.d. minori o marginali.

<sup>127</sup> O da altre ragioni effettive e gravi.



tiche discipline, forse a loro tempo giustificate, che sono sopravvissute alla Costituzione, e che questa ha lasciato sopravvivere, nonostante il principio della unicità della giurisdizione, per un improvvido cambiamento di metodo normativo: mentre la tutela giurisdizionale, nella sua consistenza oggettiva, è disciplinata sulla base delle situazioni soggettive, le regole sulla giurisdizione (e sui mezzi di tutela) sono parametrize (anche, o forse principalmente) sugli organi cui la tutela è affidata<sup>128</sup>, e risentono della collocazione di tali organi nel sistema complessivo, in particolare, per limitarmi al caso più evidente, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti rispetto alla Corte di cassazione<sup>129</sup>.

Se tali osservazioni sono condivisibili, è da auspicare che le descritte differenze di grado (o di intensità) della tutela di situazioni soggettive uguali vengano eliminate, o almeno attenuate per quanto è consentito senza dover modificare la Costituzione<sup>130</sup>.

### 10. *Complicazioni e duplicazioni processuali.*

La compresenza di più plessi giudiziari, aventi ciascuno un proprio ambito di giurisdizione, comporta un notevole volume di questioni di giurisdizione; il che rende necessaria, nell'ordinario percorso processuale, una fase logicamente preliminare, non breve e non poco costosa, per stabilire quale sia il giudice cui rivolgersi per chiedere tutela. Ed è chiaro che più sono i giudici, ordinario e speciali, maggiore e più complesso è il problema di stabilire, nella infinita varietà dei casi concreti, i confini dell'ambito di giurisdizione che a ciascuno compete<sup>131</sup>.

Si ripropone su scala più ampia l'esigenza cui dette luogo, nel 1923, la creazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tale forma di giurisdizione permane ancora oggi, ma non riesce ad evitare che sorgano delicate e difficili questioni di giurisdizione, anche nelle materie ad essa ascrit-

---

<sup>128</sup> Si trascorre, cioè, da un criterio funzionale ad un criterio organizzativo.

<sup>129</sup> È soltanto così che si spiega la sottrazione delle sentenze, emesse da questi autorevoli organi giudiziari, al "controllo", per violazione di legge, della Corte di Cassazione, come stabilito dall'ultimo comma dell'art. 111 Cost.

<sup>130</sup> Impresa che non sarebbe inopportuno mettere in programma, come d'altronde è stato più volte tentato.

<sup>131</sup> Le dimensioni del problema sono documentate dal numero delle questioni decise dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione; numero che non va diminuendo con il passare del tempo.

te<sup>132</sup>; e, dato che non è idonea ad evitare l'inconveniente per il quale è stata istituita, non credo che valga la pena di conservarla; anzi, abolirla semplificherebbe il quadro complessivo<sup>133</sup>.

Peraltro, le conseguenze più rilevanti ed irrazionali dell'attuale complesso sistema di tutele giurisdizionali sono altre: alludo al contemporaneo svolgimento di più processi originati dallo stesso fatto giuridico; e, in casi estremi, alla mancata previsione di idonei strumenti di tutela.

La prima vicenda si realizza, ad esempio<sup>134</sup>, a proposito del trattamento processuale della responsabilità amministrativa<sup>135</sup>, che può essere fatta valere in due

<sup>132</sup> Rinvio, per un esempio, alla recentissima ordinanza delle Sez. Un., 16 febbraio 2024, n. 16931, che ha ribadito il principio secondo cui “spetta al giudice ordinario la cognizione in ordine alle controversie in materia di giurisdizione esclusiva (di cui all’art. 133 c.p.a.), dato che esse “si pongono ‘a valle’ rispetto alla conclusione dell’accordo sostitutivo del provvedimento amministrativo e, pertanto, non hanno direttamente ad oggetto la conclusione dell’accordo né l’esercizio dei poteri autoritativi, che l’accordo stesso sostituisce”. Nello stesso senso Sez. Un., ord. 24 giugno 2022, n. 20464.

<sup>133</sup> Per maggiori approfondimenti, mi permetto di rinviare al mio *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 ss. Sembra, comunque, opportuno riportare quanto si legge nella *Relazione* della Sottocommissione “Organizzazione dello Stato” (Ministero per la Costituente), Roma, 1946, p. 449-450: “si dovrebbe (...) legislativamente precisare che alla giurisdizione esclusiva (...) si applicano in tutto e per tutto i principi della giurisdizione ordinaria, e quindi: a) la proposizione dell’azione non è soggetta a un termine di decadenza; b) è indipendente dall’emanazione di un atto amministrativo; c) il giudice ha il potere, oltre che di annullare, ricorrendone il caso, l’atto amministrativo impugnato, anche di pronunciare una sentenza di condanna; d) tutte le questioni che si ricollegano alla materia rientrante nella giurisdizione esclusiva, principali o accessorie o consequenziali che siano, sono devolute alla giurisdizione medesima; e) *le decisioni emesse in questa materia sono impugnabili dinanzi alla Corte di cassazione anche per violazione della legge*” (corsivo aggiunto).

<sup>134</sup> Si può verificare anche per i reati compiuti da militari, ove per lo stesso fatto illecito possono attivarsi iniziative processuali in sede penale ordinaria e penale militare. Il caso è tuttavia diverso da quello esposto nel testo.

<sup>135</sup> Utilizzo la locuzione “responsabilità amministrativa” per brevità: intendo riferirmi alla responsabilità, nei confronti di amministrazioni pubbliche, di soggetti ad esse legati da rapporto di servizio. Colgo l’occasione per sottolineare, con un certo stupore, che l’esistenza di un tale rapporto è, secondo l’orientamento della Cassazione, in continua espansione. Lo si è ritenuto sussistente perfino nel rapporto contrattuale, quando il contraente privato usufruisca, mediante il corrispettivo, di contributi pubblici; da ultimo, Cass., Sez. Un., 23 novembre 2023, n. 32523, secondo cui, nella “illecita percezione del contributo pubblico, risulta decisiva la natura del danno conseguente alla mancata realizzazione degli scopi perseguiti con la contribuzione, non avendo rilevanza né la qualità del soggetto che gestisce il denaro pubblico, il quale ben può essere un soggetto di diritto privato destinatario della contribuzione, né il titolo

modi processuali diversi, entrambi esercitabili anche contemporaneamente: l'uno, dinanzi al giudice civile, ad iniziativa dell'amministrazione pubblica danneggiata, l'altro, dinanzi alla Corte dei conti, ad iniziativa della procura contabile<sup>136</sup>.

Le discipline sostanziali (e processuali) nei due casi non sono pienamente coincidenti, ma la natura della responsabilità è la stessa: ha carattere risarcitorio, nasce dallo stesso fatto, attiene allo stesso danno, riguarda gli stessi soggetti, danneggiante e danneggiato, conduce ad un solo risarcimento<sup>137</sup>.

L'esistenza di due modi processuali diversi per far valere la stessa responsabilità è, a mio avviso, una palese incongruenza; la quale sottopone il (preteso) danneggiante a due processi, presso giudici diversi, con pesi, non soltanto economici, gravi e ingiustificati, ed anche – aspetto tutt'altro che secondario – con inutile spreco di attività giurisdizionale, che è sempre più considerata (quando fa comodo) una risorsa scarsa<sup>138</sup>.

---

in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un *contratto di diritto privato*” (corsivo aggiunto). Mi chiedo (e qui è il mio stupore) se, e quando, il corrispettivo contrattuale, in ambiente sinallagmatico, possa avere natura di contributo pubblico.

<sup>136</sup> Un'altra ipotesi si ha con il ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; ma in questo caso è stata opportunamente prevista l'alternatività, per la quale una via esclude l'altra. Viene saggiamente evitata la violazione del principio *ne bis in idem*. Può accadere (ed è accaduto) che il procedimento su ricorso straordinario prosegua nonostante che la controversia sia stata trasposta in sede giurisdizionale: si può verificare (e almeno in un caso si è verificato) che sia stato violato il suddetto principio; ma ciò si può verificare solo come vicenda patologica. Si veda per la soluzione del contrasto tra la sentenza giurisdizionale e il decreto presidenziale decisorio Cons. Stato, Ad plen. n. 11/2024, già citata.

<sup>137</sup> L'eventuale condanna in sede civile non si somma alla eventuale condanna in sede contabile: prevale la condanna più pesante. Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte dei conti, si tratterebbe di due responsabilità diverse, dato che le discipline sono diverse. Si tratta peraltro di differenze che non incidono sui tratti sostanziali della responsabilità, che attiene in entrambi i casi al risarcimento del (lo stesso) danno, provocato dallo stesso danneggiante allo stesso danneggiato con la stessa condotta.

<sup>138</sup> Altra cosa è la coesistenza di due processi, civile (o amministrativo) e penale, nell'ipotesi che la condotta illecita abbia rilevanza penale, sia cioè un reato. In tal caso, infatti, si tratta di responsabilità diverse, l'una risarcitoria, l'altra sanzionatoria. V., per quanto riguarda la legittima coesistenza di processo penale e processo amministrativo-contabile, Corte EDU, 13 maggio 2014, *Rigolio c. Italia*.

Va comunque sottolineato che l'ordinamento processuale si preoccupa della coesistenza del processo penale con il processo civile originati dalla stessa condotta illecita e ne offre la soluzione con la costituzione del danneggiato come parte civile nel processo penale. La qual cosa non è prevista per il processo amministrativo-contabile; per cui colui che venga ritenuto avere procurato con la sua condotta penalmente illecita un danno all'amministrazione rischia (concretamente) di essere coinvolto in tre processi, quello penale, quello civile e quello amministrativo-contabile.

Appartiene ormai alla sensibilità giuridica diffusa tener conto che ciascun processo costituisce di per sé, a prescindere dal risultato, fattore generativo di stress, di preoccupazioni e di non lievi esborsi economici per le parti in causa<sup>139</sup>. Come ha espressamente riconosciuto la Corte costituzionale<sup>140</sup>, il processo, ogni processo, è generativo di “sofferenza”.

Il problema suindicato può essere etichettato anche come violazione del principio del *ne bis in idem*, se il principio venga inteso con riferimento alla (inutile) duplicazione di processi, e non venga limitato (soltanto) alla (al divieto di) duplicità di provvedimenti punitivi, giurisdizionali ed amministrativi<sup>141</sup>.

La possibilità per una qualsiasi persona di essere convenuta in due (o più) giudizi diversi per l'accertamento del danno provocato allo stesso soggetto, con una sola condotta (presuntivamente illecita); ovvero, nei termini usati dalla Corte costituzionale: la “prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto”, dev'essere considerata non solo in contrasto con i principi di razionalità e proporzionalità, impliciti anche nella disciplina del giusto processo, ma, secondo l'insegnamento della stessa Corte, va considerata direttamente violativa dei diritti fondamentali della persona<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> Il rilievo è, nella specie, particolarmente rilevante, perché, nelle controversie di responsabilità amministrativa, una delle parti è un'amministrazione pubblica, ossia un organismo poco sensibile alle ricadute psicologiche e finanziarie del processo, mentre l'altra parte è rappresentata da una o più persone fisiche, molto più esposte alla “sofferenza” connessa con la pendenza processuale.

<sup>140</sup> V. nota 142.

<sup>141</sup> L'esempio classico è quello delle sanzioni penali e amministrative di carattere punitivo. Le citazioni di giurisprudenza costituzionale, convenzionale (CEDU) ed europea sono alla portata di chiunque; da ultimo, M. CAPRAI, *Dal ne bis in idem europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione. Un itinerario di studio*, Napoli, 2023.

<sup>142</sup> Illuminante è l'atteggiamento della Corte costituzionale: “5.1. il diritto al *ne bis in idem*, già considerato da una risalente giurisprudenza di questa Corte come immanente alle garanzie di cui agli artt. 24 e 111 Cost. (sentenza n. 200 del 2016 e numerosi precedenti ivi citati), trova esplicito riconoscimento, a livello internazionale, nell'art. 4, paragrafo 1, Prot. n. 7 CEDU, ove si prevede che “[n]essuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato”. 5.1.1. – Come risulta evidente già in base al dato letterale di tale disposizione, la garanzia convenzionale in parola mira – lo si è già poc'anzi osservato – a tutelare l'imputato non solo contro la prospettiva dell'infrazione di una seconda pena, ma *ancor prima contro la prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto*: e ciò a prescindere dall'esito del primo processo, che potrebbe anche essersi concluso con un'assoluzione. La ratio primaria della garanzia – declinata qui non quale principio ‘ordinamentale’ a valenza oggettiva, funzionale alla certez-

Il divieto del “doppio binario”<sup>143</sup>, in considerazione della sua *ratio*, e in quanto impattante su diritti fondamentali, non può non avere validità nell’intero ordinamento processuale, non può essere limitata all’ambito penale o all’ambito del diritto punitivo (penale e amministrativo).

È ben noto, tuttavia, il contrario orientamento sul punto della giurisprudenza di legittimità; la quale fonda la giustificazione della coesistenza dei due processi, civile e amministrativo-contabile, sulla (affermata) diversità di funzioni e di presupposti della responsabilità (o delle due responsabilità), con conseguente superamento del principio del *ne bis in idem*<sup>144</sup>; e con affermazione del carattere necessario dell’azione affidata al procuratore contabile<sup>145</sup>.

---

za dei rapporti giuridici, ma quale *diritto fondamentale della persona* – è dunque quella di evitare l’ulteriore *sofferenza*, e i costi economici, determinati da un nuovo processo in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata” (corsivi aggiunti).

<sup>143</sup> Locuzione utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza citata alla nota 142.

<sup>144</sup> Giurisprudenza consolidata. Da ultimo Cass., Sez. Un., 12 aprile 2023, n. 9794: le due azioni (civile e amministrativo-contabile) “operano su piani diversi, ancorché investano gli stessi fatti materiali, e restano distinte e reciprocamente indipendenti. La prima è, infatti, volta al recupero dell’importo erogato, a tutela dell’interesse particolare dell’Amministrazione interessata; la seconda mira alla tutela dell’interesse pubblico generale al buon andamento della pubblica Amministrazione e al corretto impiego delle risorse, con funzione prevalentemente sanzionatoria. (...) La diversità di funzioni e di presupposti delle due azioni esclude, pertanto, che possa prospettarsi una violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto (v. Cass. 14 luglio 2015 n. 14632; Cass., Sez. Un., 28 novembre 2013 n. 26582), come già detto, il giudizio civile introdotto dalla P.A., avente ad oggetto l’accertamento del danno derivante dalla lesione di un suo diritto soggettivo conseguente alla violazione di un’obbligazione civile, contrattuale o legale, o della clausola generale di danno aquiliano, da parte di soggetto investito di rapporto di servizio con essa, è finalizzato al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell’interesse particolare della singola Amministrazione attrice; mentre il giudizio promosso per i medesimi fatti innanzi alla Corte dei conti dal Procuratore contabile, nell’esercizio dell’azione obbligatoria che gli compete, è volto alla tutela dell’interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse, con funzione essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria”.

<sup>145</sup> Cass., Sez. Un., n. 9794/2023, appena citata: “si è, infatti, evidenziato (v. Cass., Sez. Un., 19 febbraio 2019 n. 4883) il carattere necessario dell’azione che il Procuratore contabile è legittimato a promuovere (d.lgs. n. 165/2001, ex art. 53, comma 7-*bis*) che mai potrebbe essere condizionata, in senso positivo o negativo, dalle singole amministrazioni danneggiate che possono promuovere dinanzi al giudice ordinario l’azione civilistica di responsabilità a titolo risarcitorio, facendo valere il proprio interesse particolare e concreto in relazione agli scopi specifici che ciascuna di esse persegue” (così anche Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2014, n. 26659). Nel giudizio contabile “il Procuratore della Corte dei conti agisce non quale rappresentante o sostituto dell’Amministrazione danneggiata, ma quale pubblico ministero por-

Tale orientamento non mi sembra per nulla condivisibile, anche alla luce della recente giurisprudenza costituzionale. Non intendo affatto negare che la disciplina sostanziale della responsabilità e la disciplina processuale delle azioni (dell'amministrazione danneggiata e del pubblico ministero) siano in parte diverse: basta pensare al profilo soggettivo della colpa (lieve o grave) o al potere riduttivo della misura del risarcimento, attribuito al giudice contabile e non al giudice civile. Ma è esagerato ritenere che i presupposti, la funzione e il fine ultimo delle due discipline siano talmente rilevanti da giustificare due processi per l'accertamento di due responsabilità diverse (al fine di accertare e commisurare un solo risarcimento relativo ad un solo danno).

I presupposti della responsabilità sono gli stessi: la condotta illecita, il danno, il nesso di causalità; non può avere valore differenziale, così rilevante da identificare una responsabilità diversa da quella civile, la limitazione dell'elemento soggettivo alla colpa grave (o al dolo) <sup>146</sup>.

In secondo luogo non è esatto che la funzione della responsabilità amministrativa sia (prevalentemente) sanzionatoria <sup>147</sup>, perché la somma addossabile al danneggiante deve essere comunque calcolata sulla misura del danno, anche se poi il giudice contabile ha il potere di ridurla: la responsabilità è, quindi, risarcitoria <sup>148</sup>. D'altronde il codice di giustizia contabile prevede ipotesi di responsabilità sanzionatoria <sup>149</sup>, ma sono diverse dalla ipotesi di cui stiamo ragionando <sup>150</sup>.

Inoltre, se è vero che l'azione del pubblico ministero ha finalità pubblicistiche, connesse con il principio del buon andamento, da ciò non può dedursi che la responsabilità amministrativa sia, nella sua sostanza, diversa dalla responsabilità civile: le finalità dell'azione processuale non incidono sulla natura della responsabilità, ma servono, semmai, a giustificare che l'azione risarcitoria sia obbligatoria e affidata ad un ufficio pubblico.

---

tatore di obiettivi interessi di giustizia nell'esercizio di una funzione obiettiva e neutrale, rivolta alla repressione dei danni erariali conseguenti ad illeciti amministrativi, rappresentando un interesse direttamente riconducibile al rispetto dell'ordinamento giuridico nei suoi aspetti generali e indifferenziati" (così Cass., Sez. Un., n. 4883/2019 nel richiamare, al riguardo, Corte cost. n. 104/1989, n. 1/2007 e n. 291/2008).

<sup>146</sup> Limitazioni che non sono estranee nemmeno ad alcune ipotesi di responsabilità civile.

<sup>147</sup> Così ritiene la Cassazione: v. sentenze citate nelle note precedenti.

<sup>148</sup> In tal senso è la giurisprudenza della Corte dei conti.

<sup>149</sup> Si veda il Capo terzo del Titolo V della Parte II del codice di giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174). Le ipotesi di responsabilità sanzionatoria, dove la sanzione si muove tra un minimo e un massimo, sono una decina.

<sup>150</sup> Di cui al Titolo II della Parte II.

Da ultimo, se è pienamente condivisibile il carattere necessario (*rectius*, obbligatorio) dell'iniziativa del pubblico ministero contabile, da ciò non può farsi derivare la necessità di due processi.

Va rammentato che le amministrazioni hanno l'obbligo di denunciare il danno subito alla procura della Corte dei conti<sup>151</sup>, la quale è la sede più idonea per valutare se e come (con quali argomenti, con quali prove) agire in giudizio, per cui può apparire perfino superfluo che le amministrazioni inizino, a loro volta, una azione risarcitoria in sede civile<sup>152</sup>. In questo modo si eviterebbe almeno in parte la possibilità di un doppio processo; per eliminarlo del tutto occorrerebbe cancellare anche la proponibilità dell'azione di responsabilità civile in sede penale.

Occorre porre in evidenza – ed è un fatto di grande importanza – che la Corte costituzionale, con una recentissima e ponderosa sentenza, ha riconosciuto l'assurdità del doppio processo, laddove ha stabilito (con formula comprensibilmente moderata) che “il legislatore potrebbe intervenire per scongiurare l'eventuale moltiplicazione delle responsabilità degli amministratori per i medesimi fatti materiali e spesso non coordinate tra loro”<sup>153</sup>.

Peraltro, in una prospettiva (forse) non immediata ma, a mio avviso, auspicabile, si potrebbe stabilire che il pubblico ministero contabile presenti la sua azione dinanzi al giudice civile, cancellando la giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti<sup>154</sup>; e così eliminando in radice la possibilità di due processi<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> Sull'obbligo di denuncia v., da ultimo, G. CREPALDI, *L'obbligo di denuncia e di auto-denuncia del danno erariale: considerazioni e possibili sviluppi*, in *Dir e proc. amm.*, 2023, p. 883 ss.

<sup>152</sup> Con distrazione di personale, spese per la difesa, rischio di risultato negativo, e così via.

<sup>153</sup> Corte cost. 17 luglio 2024, n. 132, punto 11.1 della motivazione in diritto.

<sup>154</sup> Per effettuare questa riforma non occorrerebbe modificare la Costituzione. La (giurisdizione sulla) responsabilità amministrativa, come anche la materia pensionistica, non fanno parte della contabilità pubblica e si collocano, nella logica dell'art. 103 Cost., tra le “altre [materie] specificate dalla legge”. Ne deriva che la relativa giurisdizione della Corte dei conti non ha copertura costituzionale; al contrario del giudizio di conto, che, infatti, è il primo e originariamente unico strumento giurisdizionale attribuito alla Corte dei conti.

<sup>155</sup> Si consideri che, se la responsabilità viene conosciuta dal giudice civile, il processo si articola in due gradi di merito e uno di legittimità; se viceversa è conosciuta dal giudice contabile, il grado di legittimità non è previsto. Ha senso tale differenza? Va rammentato che nella *Relazione sul sistema delle garanzie* della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, istituita con legge cost. 24 gennaio 1997, n. 1 (Commissione D'Alema), era stata prevista, “sulla base della complessiva riorganizzazione della giurisdizione alla stregua del criterio della sua unità funzionale”, “l'attribuzione delle funzioni giurisdizionali relative alla responsabilità patrimoniale dei pubblici funzionari nelle materie di contabilità pubblica agli organi della giustizia amministrativa”. Pertanto, la eliminazione della giurisdizione della Corte dei conti era stata ritenuta una riforma opportuna. L'attribuzione della materia al giudice amministrativo

Ne discenderebbe non soltanto la (sia pure settoriale) semplificazione del sistema delle tutele, ma si metterebbe riparo anche al difetto del ricorso in Cassazione “per violazione di legge”, che, a proposito di controversie che riguardano diritti soggettivi, appare del tutto ingiustificato<sup>156</sup>.

### 11. *Lacune nei mezzi di tutela.*

Potrebbe perfino apparire irrealistico, ma, ove si scandagliano gli angoli remoti del sistema, si rinvencono casi in cui il percorso di tutela giurisdizionale non trova strumenti processuali per essere portato a conclusione. Ciò può dipendere, ad esempio, dal principio dell'autonomia (o indipendenza) dei processi, quando più giudici si occupano degli stessi fatti e le sentenze che ne risultano sono contraddittorie. Il problema è quello del contrasto tra giudicati e riguarda i mezzi per raggiungere un risultato unitario al termine della complessa, ma unitaria (se vista dal lato dell'interessato), vicenda processuale<sup>157</sup>.

Ci sono ipotesi in cui il contrasto tra giudicati viene considerato fisiologico e, quindi, giuridicamente irrilevante. La sentenza civile di rigetto dell'azione di responsabilità proposta da una amministrazione pubblica può coesistere (o almeno questa è la tesi più seguita) con la sentenza di condanna emessa, in ordine allo stesso fatto, dalla Corte dei conti<sup>158</sup>. Si deve sottolineare la gravità, in relazione al principio della certezza del diritto, del fenomeno del contrasto tra giudicati; e si dovrebbe ritenere che esso non possa considerarsi fisiologico in un sistema ordinato e razionale<sup>159</sup>.

---

mi sembra, invece, una inutile complicazione, dato che trattasi di responsabilità civile, rispetto alla quale sono ipotizzabili solo diritti soggettivi, non viene in considerazione alcun potere dell'amministrazione ed esiste una consolidata esperienza del giudice ordinario.

<sup>156</sup> Lo stesso utile risultato si avrebbe eliminando la (a mio avviso diventata inutile) giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

<sup>157</sup> Per una trattazione generale sui rapporti tra giudizi, v. M. CHIAVARIO, voce *Giudizio, rapporti tra giudizi*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 984 ss.

<sup>158</sup> Si è (...) ripetutamente affermato il condiviso principio secondo cui “in tema di responsabilità erariale la giurisdizione civile e penale da un lato, e la giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono il medesimo fatto materiale; l'eventuale interferenza che può determinarsi tra i relativi giudizi pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità da far valere davanti alla Corte dei conti, senza dar luogo ad una questione di giurisdizione” (cfr., tra le altre, Cass., Sez. Un., 28 novembre 2013, n. 26582; Cass., Sez. Un., 19 febbraio 2019, n. 4883; Id., 23 novembre 2021, n. 36205) (Cass., Sez. Un., n. 9794/2023, già citata).

<sup>159</sup> Sarebbe utile chiedersi quale sia il fondamento del principio dell'autonomia dei proces-



Ci sono viceversa ipotesi in cui l'ordinamento prescrive che prevalga (su alcuni aspetti della controversia) la sentenza di uno dei giudici che si occupano, sotto profili diversi, della medesima vicenda di fatto. È il caso del giudice penale, la cui sentenza prevale su quelle dei giudici civile, amministrativo o contabile per quanto riguarda l'accertamento del fatto<sup>160</sup>.

Si può dare il caso che il giudice contabile condanni al risarcimento del danno, dopo aver "accertato" la sussistenza della condotta illecita, e che, invece, il giudice penale assolva l'imputato, ossia il preteso danneggiante, per non aver commesso il fatto. In altri termini, un giudice afferma che il fatto illecito sia avvenuto, l'altro lo nega.

In questo caso la norma esiste e dà prevalenza alla sentenza penale irrevocabile<sup>161</sup>. Può succedere, però, che al momento in cui la sentenza penale diventa irrevocabile, la sentenza del giudice contabile sia passata in giudicato ovvero, anche se non passata in giudicato, può darsi che risultino esauriti i previsti due gradi di giudizio<sup>162</sup>.

Come può farsi valere, in casi del genere, la prevalenza della sentenza penale? Non è azionabile il ricorso per cassazione, dato che non si tratta di una questione di giurisdizione; non è prevista (almeno espressamente) la revocazione per sopravvenienza della sentenza penale<sup>163</sup>; non risulta che sia presente nell'ordinamento processuale un mezzo *ad hoc* per far valere la prevalenza del giudicato penale.

---

si, ma di certo non è il caso di farlo in questa sede. Nella quale può soltanto sollevarsi il dubbio che sia un principio ispirato alle esigenze dei giudici ma non alle esigenze della giustizia.

<sup>160</sup> Artt. 651 ss. c.p.p.

<sup>161</sup> Art. 652 c.p.p., comma 1: "La sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso dal danneggiato o nell'interesse dello stesso, sempre che il danneggiato si sia costituito o sia stato posto in condizione di costituirsi parte civile, salvo che il danneggiato dal reato abbia esercitato l'azione in sede civile a norma dell'articolo 75, comma 2".

<sup>162</sup> Si rammenta che le sentenze della Corte dei conti non sono impugnabili in Cassazione "per violazione di legge".

<sup>163</sup> L'art. 202 c.g.c. consente la revocazione quando "si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza" (lett. c); ma non si tratta della sopravvenienza di una sentenza penale di assoluzione per non aver commesso il fatto. Non è il mezzo studiato per risolvere questo problema, anche se possa essere utilizzato, forzando un tantino il suo significato, dato che la condanna deve per forza essere stata la conseguenza di prove false o comunque non efficaci.

Il problema nasce dalla disciplina della sospensione dei processi civile o amministrativo in pendenza del processo penale: se la sospensione fosse obbligatoria, non si avrebbe alcuna possibilità di contrasto tra giudicati<sup>164</sup>, ma il prevalere del principio della autonomia dei processi ha fatto sì che la sospensione, benché etichettata come necessaria, sia divenuta facoltativa, ossia lasciata alla discrezione del giudice; e, data la ritrosia dei giudici, di qualsiasi giudice, a sospendere i processi, ha determinato la lacuna cui si è accennato.

Si prenda la disciplina della sospensione del processo civile. La norma originaria prescriveva la sospensione obbligatoria ove fosse pendente, sugli stessi fatti, un processo penale<sup>165</sup>. Nel 1990<sup>166</sup> la norma è stata modificata nel senso che la sospensione è disposta dal giudice “in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa”. La sospensione “necessaria” si ha soltanto in caso di “pregiudizialità tecnica”, ossia quando la sentenza penale espliciti efficacia di giudicato nel giudizio civile ai sensi degli artt. 651, 652 e 654 c.p.p.; ma ovviamente tale pregiudizialità deve essere valutata del giudice della causa pregiudicata; il quale, anche ispirandosi al criterio della ragionevole durata del processo<sup>167</sup>, tende a non ravvisarla<sup>168</sup>.

Un atteggiamento anche più restrittivo è seguito dal giudice contabile, in base all'art. 106 c.g.c.<sup>169</sup>. Secondo l'orientamento che può considerarsi conso-

---

<sup>164</sup> Così era in vigore del vecchio codice di procedura penale, il cui art. 3, commi 2-4, stabiliva che “Se viene iniziata l'azione penale, e la cognizione del reato influisce sulla decisione della controversia civile, il giudizio civile è sospeso, quando la legge non dispone altrimenti, fino a che sia pronunciata nell'istruzione la sentenza di proscioglimento non più soggetta a impugnazione o nel giudizio la sentenza irrevocabile, ovvero sia divenuto esecutivo il decreto di condanna. – Le disposizioni precedenti si applicano anche ai giudizi davanti alle giurisdizioni amministrative e ai giudizi disciplinari davanti alle pubbliche Autorità. – Quando l'azione penale è già in corso, il giudice civile amministrativo o la pubblica Autorità che procede disciplinarmente ordina la sospensione del giudizio”.

<sup>165</sup> Art. 295 nella forma originaria: “Il giudice dispone che il processo sia sospeso nel caso previsto nell'articolo 3 del Codice di procedura penale e in ogni altro caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia civile o amministrativa, dalla cui definizione dipende la decisione della causa”.

<sup>166</sup> Art. 35 della legge 28 novembre 1990, n. 353.

<sup>167</sup> Anche sulla base dell'art. 75 c.p.p.

<sup>168</sup> V., ad esempio, Cass., Sez. I, ord. 3 luglio 2023, n. 18725; Id., ord. 6 marzo 2018, n. 5341; Id., Sez. VI, ord. 1° giugno 2021, n. 15248.

<sup>169</sup> Art. 106, comma 1: “Il giudice ordina la sospensione del processo quando la previa definizione di altra controversia civile, penale o amministrativa, pendente davanti a sé o ad altro giudice, costituisca, per il suo carattere pregiudiziale, il necessario antecedente dal quale dipenda la de-

lidato, il giudizio penale, che riguardi gli stessi fatti che sono oggetto del giudizio di responsabilità amministrativa, non viene considerato pregiudiziale in senso tecnico<sup>170</sup>.

Si può certamente ritenere discutibile siffatto orientamento, dato che l'accertamento del fatto, spettante al giudice penale, non può non essere considerato pregiudiziale rispetto alla definizione del giudizio di responsabilità; ma, dato che l'orientamento è consolidato, occorre provvedere perché la prevalenza del giudicato penale non resti senza effetto pratico. Per cui, in una prospettiva di intervento legislativo, si potrebbe alternativemente, introdurre (o reintrodurre) la sospensione effettivamente necessaria, ovvero aggiungere una ipotesi *ad hoc* nella disciplina della revocazione straordinaria.

## 12. Conclusioni.

Nell'atmosfera politica in cui attualmente si vive, piena di interesse per la riforma, sotto molteplici aspetti, della giustizia, mi è sembrato utile offrire un contributo, partendo dalla esposizione dei dati di fondo del disegno costituzionale, illustrando il modo in cui esso è stato (bene o male) attuato, raccogliendo alcune disarmonie, e indicando qualche possibile soluzione.

---

cisione della causa pregiudicata ed il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato”.

Secondo le Sezioni Riunite, “l’art. 106, comma 1, c.g.c. ‘reca una formulazione più restrittiva di quella contenuta all’art. 295 c.p.c., prevedendo che la sospensione del processo dinanzi alla Corte dei conti possa essere disposta, unicamente, al concomitante ricorrere di due presupposti: la sussistenza di un rapporto di dipendenza tra cause che si verifica quando la causa pregiudicante ha ad oggetto un elemento (costitutivo o impeditivo, modificativo, estintivo) della causa pregiudicata (c.d. pregiudizialità tecnica); la necessità che tale elemento debba essere accertato, secondo la legge, con efficacia di giudicato, come nei casi riguardanti lo stato e la capacità delle persone (esclusa la capacità di stare in giudizio), nonché l’incidente di falso, come previsto all’art. 14, c.g.c.’. Il Collegio contabile rileva che “a tale fine non è sufficiente la sussistenza di un qualsiasi collegamento fra due giudizi o di ragioni di mera opportunità, ma, al contrario, è necessario un vero e proprio vincolo di consequenzialità, sicché uno dei due giudizi, oltre a coinvolgere le stesse parti, deve costituire un indispensabile antecedente logico-giuridico, la cui soluzione pregiudichi, in tutto o in parte, l’esito del processo da sospendere” (principio di diritto di cui alla ord. 25 novembre 2021, n. 16/2021/RCS).

<sup>170</sup> V., da ultimo, Corte conti, Sez. I d’appello, 25 luglio 2022, n. 369: “le Sezioni Riunite hanno (...) precisato che non è possibile identificare nel giudizio penale, ancorché inerente agli stessi fatti oggetto del giudizio di responsabilità amministrativa, una causa pregiudiziale che imponga la sospensione del secondo processo a norma dell’art. 106 c.g.c., atteso che la controversia penale non è pregiudiziale in senso tecnico, non costituendo l’antecedente da cui dipende la definizione del giudizio contabile”.

Il quadro costituzionale non è perfetto: basti prendere atto che è stato disegnato dimenticandosi del tutto della giustizia tributaria; la quale, a causa di ciò, è soltanto da pochissimi anni che va avviandosi verso una configurazione in linea con gli schemi e i principi del giusto processo.

A ulteriore dimostrazione della imperfezione si aggiunga che la separazione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo è fissata dall'art. 103 su un criterio che era da lungo tempo abbandonato, i diritti e gli interessi legittimi<sup>171</sup>.

Vanno richiamate anche le numerose critiche che la dottrina ha mosso in via generale nei confronti della disciplina costituzionale del sistema giurisdizionale evidenziando la sua scarsa coerenza<sup>172</sup>.

A loro volta, le riforme intervenute nei decenni che ci separano dalla Costituzione, sebbene spesso condivisibili, non sono riuscite a semplificare razionalmente il quadro complessivo. Sono rimasti troppi giudici speciali, troppi magistrati non professionali, troppi processi in cui l'esigenza di ridurre la durata (e di semplificare il lavoro dei magistrati) prevale sulla esigenza di una giustizia vera e piena.

La Corte costituzionale, da un lato, ha contribuito efficacemente a razionalizzare il sistema, ma dall'altro lato lo ha reso ancora più complesso, ad esempio con l'introduzione (o il riconoscimento della pregressa esistenza) dei numerosi organi di autodichia.

Io credo che possano profilarsi due obiettivi all'orizzonte di un riformatore avveduto e coraggioso: l'uno più ridotto, perseguibile senza modificare il Tito-

---

<sup>171</sup> Com'è noto, il criterio vigente fin da tempi precedenti alla Costituzione, ed espressamente riconosciuto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nel 1949 (sentenza, Sez. Un., 4 luglio 1949, n. 1657), attiene all'esercizio o meno del potere amministrativo. Si veda ora l'art. 7 del codice del processo amministrativo, ove il riferimento anche agli interessi legittimi è superfluo e fonte di incertezze. Sul superamento del criterio basato su diritti e interessi v., tra molti, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, (1964), ora in ID., *Scritti*, vol. V, Milano 2004, p. 296 ss., part. p.302 ss.; V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1622 ss. Nella *Relazione sul sistema delle garanzie* della Commissione D'Alema, cit. (nt. 152) si legge: "il fin qui previsto criterio di riparto della giurisdizione sulla base della posizione soggettiva vantata dal privato nei confronti della pubblica amministrazione riflette, quindi, una situazione ormai non più rispondente all'evoluzione della realtà sociale in termini di maggiore complessità, necessariamente registrata dall'ordinamento giuridico nelle norme che costituiscono posizioni soggettive in capo ai destinatari delle stesse, e crea non pochi problemi. Si è pertanto imposta la necessità di superare la dicotomia tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, per ancorare il riparto di giurisdizione a precisi criteri individuati dalla legge sulla base di materie omogenee". Il criterio delle materie è peggiore, peraltro, di quello delle situazioni soggettive private.

<sup>172</sup> Alcuni filoni critici sono stati esposti nel § 1.

lo IV della Costituzione, l'altro più ambizioso, quello di ridisegnare completamente il sistema delle tutele giurisdizionali.

Quanto al primo, alcune delle riforme possibili sono state indicate nei paragrafi precedenti, e non è il caso di ripeterle.

In una prospettiva di riforma costituzionale globale, più volte auspicata dalla dottrina<sup>173</sup>, e talvolta inutilmente tentata dal Parlamento<sup>174</sup>, si potrebbe dare compimento al principio della unicità della giurisdizione con una formula organizzativa che tenga conto della diversità delle esigenze di tutela e, quindi, dei processi. Il disegno potrebbe prevedere più corpi di magistrati, in dipendenza delle differenti materie trattate: magistrati civili, penali, amministrativi, contabili, militari, tributari, del lavoro, e via dicendo; ma facenti capo tutti ad un unico organo di autogoverno, con un solo organo di nomofilachia di cui i rappresentanti di tutti i corpi facciano parte.

In tal modo si raggiungerebbe in modo razionale l'unicità della giurisdizione, con la uniformità dello *status* di tutti i magistrati, anche sotto il profilo delle garanzie di indipendenza; e soprattutto si avrebbe l'uniformità nella interpretazione della legge in qualsiasi processo, presso tutti gli organi giudicanti. Contemporaneamente sarebbero conservate le caratteristiche differenziali dei processi, che siano fondate sulle caratteristiche tipiche delle controversie nei diversi settori della giurisdizione.

Si avrebbe, infine, una maggiore garanzia della indipendenza della intera magistratura dagli altri poteri dello Stato; evitando tuttavia il rischio che l'ordine giurisdizionale diventi il potere giudiziario<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> G. SILVESTRI, *Giudici ordinari*, cit., p. 711 ritiene auspicabile "[l']assorbimento di tutte le attività giudiziarie nell'ambito della giurisdizione ordinaria"; A.A. ROMANO, *Attività giudiziaria*, cit. p. 65 propone "la soppressione delle giurisdizioni speciali di ogni genere e (...) la attrazione sul potere giudiziario di quelle giurisdizioni amministrative che devono perdurare"; ed aggiunge che "solo l'unificazione di tutte le attività giudiziarie sotto l'egida del potere giudiziario potrebbe determinare il completo equilibrio stabile ed efficiente tra i suddetti poteri [i poteri fondamentali dello Stato] contribuendo ad impedirne gli sbilanciamenti e le esorbitanze". V. anche le osservazioni di E. SPAGNA MUSSO, voce *Giudice*, cit., p. 940 ss., e di G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1993.

<sup>174</sup> Per le Commissioni bicamerali della IX legislatura (Commissione Bozzi) e della XI legislatura (Commissione De Mita-Iotti), v. A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale*, cit., p. 311 ss. La *Relazione* dell'on. Marco Boato (Commissione D'Alema) è stata già citata (nt. 152).

<sup>175</sup> Si tratta, com'è evidente, di semplici ipotesi di lavoro, che andrebbero attentamente valutate in tutti i loro numerosi profili, non escluso quello di fare in modo (ad esempio, attraverso la composizione del nuovo Consiglio superiore della magistratura) che l'ordine, cui fa riferimento la Costituzione non si trasformi in potere politico. Sulla nozione di potere e sulle caratteristiche del potere giudiziario, v. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 59 ss.

# TERMINE MASSIMO DI CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO E TUTELA CONTRO IL SILENZIO INADEMPIMENTO DELLA P.A.

*Marco Sica*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela avverso il silenzio inadempimento tra giurisprudenza e legislazione. – 3. Obbligo di conclusione del procedimento e termine massimo per provvedere. – 4. L'accesso diretto al giudice e l'istituto della richiesta di intervento sostitutivo. – 5. Il ricorso *ex art. 31* tra presupposto processuale e condizione dell'azione. – 6. La tutela cautelare nel rito sul silenzio.

## 1. *Premessa.*

La questione della tutela del cittadino nei confronti del silenzio della pubblica amministrazione costituisce da sempre un tema fondamentale della giustizia amministrativa e dell'intero diritto amministrativo<sup>1</sup>. Non a caso il Maestro che onoriamo ha dedicato fondamentali contributi allo studio della protezione degli interessi legittimi pretensivi<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La stretta correlazione necessariamente sussistente tra disciplina sostanziale e processuale per quanto riguarda il silenzio inadempimento della p.a. è andata accentuandosi sempre di più mano a mano che il legislatore ha ritenuto di regolamentare l'istituto sotto entrambi i profili. La legge n. 241/1990 originariamente affrontava unicamente gli aspetti di carattere sostanziale. In seguito, e per un lungo periodo fino all'approvazione del c.p.a., la correlazione cui si è accennato emergeva in modo chiaro dalla lettura dell'art. 2 legge cit. nel quale, modifica dopo modifica, sono state incluse, in un'unica fonte normativa, disposizione di legge sostanziale e processuale. Il fatto che oggi tutte le disposizioni di carattere processuale siano state incluse nel c.p.a. non fa certo venire meno la correlazione.

<sup>2</sup> Bisogna ricordare, anzitutto, il fondamentale contributo monografico dal titolo *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980. Non meno importanti sono, tuttavia, gli altri contributi, di cui uno contestuale alla monografia (*Silenzio della pubblica amministrazione e problemi di effettività della tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir.*

Il presente lavoro ha ad oggetto la tutela contro il silenzio inadempimento nei limiti qui consentiti, che non permettono di analizzare tutti i profili problematici che riguardano l'istituto. Tra le questioni che non sarà possibile affrontare specificamente vi è quella dell'accertamento della pretesa sostanziale fatta valere, magistralmente affrontata dal Maestro in più occasioni<sup>3</sup> nel costante obiettivo di trovare la migliore soluzione ai principali problemi di carattere sostanziale e processuale.

Si concentrerà, dunque, l'attenzione sull'azione avverso il silenzio oggi prevista e regolata dagli artt. 31, comma 1, e 117 del c.p.a. con la finalità di approfondire alcuni orientamenti della giurisprudenza che, senza, a quanto sembra, un valido fondamento, pongono non condivisibili limitazioni alla tutela del cittadino ed individuare le ragioni che ne suggeriscono il ripensamento. Solo in questo modo, infatti, è possibile porre le premesse, nell'attuale situazione di diritto positivo, per garantire al cittadino una tutela realmente piena ed effettiva coerente con la funzione che il termine di conclusione del procedimento ha progressivamente assunto nel nostro ordinamento.

---

*proc.*, Padova, 1979, p. 397 e in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, II, 1980, p. 971) e numerosi altri pubblicati successivamente (*Silenzio della Pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1983, III; *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 481; *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996, p. 797; *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 1; *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, in *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, a cura di M. Andreis, Milano, 2004, p. 35; *Ampliamento dei poteri cognitori e decisorii del giudice amministrativo nella L. 241/1990 e successive modifiche*, in *Quaderni de Il Foro amm.-T.A.R. n. 2, Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2006, p. 73 ss.; *La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Giustamm.*, 2011 e in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 359 ss.; *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, fasc. 3/2014, p. 585 ss.; *Ancora sulla SCIA: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 645 ss.; *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. e soc.*, 2016, p. 203 ss.; *SCIA e tutela del terzo al vaglio della Corte costituzionale: è troppo auspicare un ritorno al passato (o quasi)?*, in *Giustamm.*, 2018; *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6 ter dell'art. 19L. 241/90)*, *Scritti in onore di E. Sticchi Damiani*, Napoli, 2018). Essenziali sono anche i contributi – contenuti nell'opera *Argomenti di Diritto Amministrativo*, vol. II, parte speciale, Letture, Milano, 2019, dedicati allo studio degli interessi legittimi e, particolarmente, di quelli pretensivi e alla loro tutela giurisdizionale.

<sup>3</sup> Si pensi, ad es., al lavoro dedicato a *Il problema dell'accertamento autonomo del rapporto*, in *Argomenti di Diritto Amministrativo*, vol. II, parte speciale, p. 351 ss.

## 2. La tutela avverso il silenzio inadempimento tra giurisprudenza e legislazione.

La giurisprudenza ha avvertito l'importanza e gravità del problema già all'inizio del '900 e fin da subito compreso la necessità di trovare un modo per evitare che il silenzio della p.a. potesse costituire un'area di impunità sottratta al controllo giurisdizionale.

Dopo la ben nota sentenza Longo<sup>4</sup>, il legislatore ha atteso quasi un secolo prima di intervenire per regolamentare in termini generali la tutela avverso il silenzio inadempimento<sup>5</sup>. Benché priva di un carattere innovativo per quanto concerne l'esperibilità dell'azione contro il silenzio ammessa anche prima della novella, la legge n. 205/2000 ha segnato una svolta fondamentale perché ha introdotto un rito semplificato ed accelerato che ha permesso di decidere le controversie in materia molto più velocemente di quanto avveniva in precedenza quando venivano applicate le regole proprie del processo amministrativo di legittimità. Questa scelta dimostra la consapevolezza del legislatore dell'importanza decisiva che il fattore tempo riveste per la tutela degli interessi legittimi pretensivi specialmente nei casi di silenzio inadempimento.

Nei successivi dieci anni, si sono registrati altri tre interventi del legislatore.

Il primo riguarda la soppressione nel 2005 dell'obbligo della preventiva notifica della diffida a provvedere prima di poter adire il giudice<sup>6</sup>. Tale modifica all'art. 2 legge n. 241/1990 ha permesso al cittadino di decidere se notificare la diffida o accedere subito al giudice, consentendogli quindi di potere anticipare di altri trenta la possibilità di agire in sede giurisdizionale. Una scelta in linea con quella del 2000 di ridurre drasticamente i tempi della tutela.

Un secondo intervento si è registrato sempre nel 2005 a pochi mesi di di-

---

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez. IV, 22 agosto 1902, n. 429, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquino, A. Sandulli, Milano, 2001, p. 62 ss., con commento di M. Chiappetta, M. De Giorgi, A. Sandulli.

<sup>5</sup> Ci si riferisce all'art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205, che ha introdotto l'art. 21-bis nella legge sui TAR.

<sup>6</sup> Con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, infatti, il legislatore ha disposto che, "Decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, può essere proposto *anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente* fin tanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti" (art. 2, comma 4-bis).



stanza da quello che ha riguardato la diffida a provvedere. Si tratta di un'ennesima modifica apportata all'art. 2 legge n. 241/1990, al quale è stata aggiunta la seguente previsione: "Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza."<sup>7</sup> La novella va sicuramente letta come l'introduzione nel diritto positivo di un'azione per l'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale, azione di cui il Maestro aveva già dimostrato l'ammissibilità<sup>8</sup> e che aveva trovato riscontro anche in giurisprudenza almeno per quanto concerne i casi di attività vincolata<sup>9</sup>. Al di là di ogni altra considerazione, se ne può quindi riconoscere il carattere innovativo costituendo, al tempo stesso, una pacifica conferma sul piano del diritto positivo dell'esperibilità nel nostro ordinamento dell'azione di accertamento della pretesa sostanziale fatta valere e il fondamento per una potenziale estensione dell'ambito di applicazione dell'azione, stante la mancanza di qualsiasi limitazione espressa, anche ai casi di attività discrezionale della p.a. quanto meno per le fattispecie in cui questa venga ad esaurirsi durante il procedimento e in sede giurisdizionale. Non è questa la sede per approfondire ulteriormente il discorso. Sia consentita, tuttavia, un'ultima notazione per quanto rileva ai fini del presente lavoro. Anche questa previsione ha una valenza essenziale nella prospettiva della progressiva riduzione dei tempi per la tutela degli interessi legittimi pretesivi, costituendo il punto di partenza per limitarne il frazionamento in una molteplicità di azioni e creare le condizioni per una concentrazione in un unico giudizio delle azioni avverso il silenzio inadempiuto<sup>10</sup>.

Il terzo intervento è costituito dal decreto legislativo di approvazione del c.p.a. Si tratta di un nuovo intervento del legislatore che però si differenzia da quelli precedenti anzitutto per il fatto che la disciplina in materia è stata inserita in un unico testo normativo ed è stata sistemata in modo organico (artt. 31 e 117, nonché art. 30, per quanto concerne la tutela risarcitoria nel caso di mancata conclusione del procedimento o ritardo) e tendenzialmente completo.

---

<sup>7</sup> Tale previsione è stata introdotta nell'art. 2 cit. (5 comma) con la legge n. 80/2005 di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (art. 3).

<sup>8</sup> G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit.

<sup>9</sup> Tra le sentenze sul punto si ricorda la nota decisione del Cons. Stato, 26 febbraio 1982, n. 92, in *Giur. it.*, 1983, III, p. 136 ss., con nota di G. GRECO, *Silenzo della Pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo*.

<sup>10</sup> In questo senso v. G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, in *Argomenti di Diritto Amministrativo*, vol. II, parte speciale, p. 355 ss.

Il c.p.a. rappresenta, peraltro, il momento in cui si è verificato un radicale mutamento dello scenario rispetto al passato. Fino al 2000, la responsabilità di trovare la soluzione dei diversi problemi in tema di tutela avverso il silenzio era sempre stata lasciata alla giurisprudenza con il contributo della dottrina. Il codice rappresenta un sostanziale cambiamento di approccio in quanto, “superate le perplessità di ordine teorico, ogni residuo problema è di stretto diritto positivo”<sup>11</sup>. Ne deriva che oggi si tratta di interpretare le vigenti disposizioni codicistiche cosa che in alcuni casi non è semplice dato che la formulazione letterale delle disposizioni del codice non sempre è decisiva.

Più in generale, si deve considerare che il c.p.a. non contiene un precetto da applicare per risolvere tutte le problematiche che sono emerse nel tempo e che il giudice deve comunque dirimere. Inoltre non sempre la legge fornisce indicazioni univoche che permettano di prendere facilmente una decisione.

Ne deriva che, anche se non sempre nella giurisprudenza si registra una precisa consapevolezza di ciò, al di là delle prime impressioni le soluzioni date dalla giurisprudenza ad alcuni problemi interpretativi non rappresentano affatto conclusioni inevitabili.

In conclusione è un fatto che l'azione contro il silenzio ha un fondamento nella legge. Questo non significa che il giudice non sia comunque tenuto ad assicurare garantire che la tutela del cittadino sia piena ed effettiva (art. 1 c.p.a.). In altre parole l'individuazione della soluzione di ogni problema interpretativo deve avvenire nel rispetto della normativa in materia e degli altri principi sui quali si basa il codice<sup>12</sup>. Inoltre le soluzioni restrittive, come pure, quelle ampliative, richiedono, inoltre, una valutazione molto attenta ed approfondita per verificare il rispetto del principio di proporzionalità<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> In questo senso è chiarissimo l'insegnamento del Maestro: *Il problema dell'accertamento autonomo del rapporto*, cit., p. 342.

<sup>12</sup> La dottrina ha dedicato particolare attenzione allo studio del principio di effettività della tutela. Sul punto si rinvia a G. GRECO, *Processo amministrativo e principio di effettività della tutela*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, Napoli, 2023, p. 793 ss.

<sup>13</sup> Si rinvia a Corte cost., 9 luglio 2021, 148, secondo la quale nel nostro ordinamento trova applicazione, con portata generale, il principio che qualsiasi regola processuale deve essere “proporzionata agli effetti che ne derivano, tanto più che essa non è posta a presidio di alcuno specifico interesse che non sia già tutelato dalla previsione del termine di decadenza” (motivazione punto 4). Altro punto fermo è la necessità di adeguata proporzionalità di ogni regola processuale (di rango legislativo o giurisprudenziale) quando questa “comporta la perdita definitiva della possibilità di ottenere una pronuncia giurisdizionale di merito, con grave compromissione del diritto di agire in giudizio.” (motivazione punto 4). Ne deriva che “la definitiva impossibilità di far valere nel giudizio la situazione sostanziale sotto stante” deve costituire

Il rito previsto dal c.p.a. non rappresenta la soluzione più adeguata per garantire una tutela piena ed effettiva coerente con il regime sostanziale del silenzio. Un'evoluzione del sistema nella direzione di un'ulteriore e significativa riduzione dei tempi della tutela è possibile solo con una novella del codice<sup>14</sup>. Questo non esclude che l'interprete, a diritto vigente, possa sciogliere i nodi interpretativi che emergono volta per volta e che ciò debba avvenire, laddove possibile, nella prospettiva di garantire una tutela sempre più piena ed effettiva.

### 3. *Obbligo di conclusione del procedimento e termine massimo per provvedere.*

Prima di passare ad esaminare le singole questioni oggetto del presente lavoro, sembra necessario un breve riferimento a come è mutata nel tempo la disciplina sostanziale del termine per concludere il procedimento.

Già si è detto che il legislatore ha ormai escluso che alla p.a., dopo il decorso del termine per provvedere, debba essere concesso, come avvenuto fino al 2005, un termine "supplementare" per provvedere prima che il cittadino possa agire in giudizio. Ciò emerge chiaramente dalle modifiche legislative sopra esaminate.

A queste, basta ricordarlo in sintesi, si aggiungono quelle, di carattere sostanziale, che hanno portato all'individuazione di un termine massimo per la conclusione del procedimento e all'inquadramento di tale termine come uno dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire a norma dell'art. 117 Cost.<sup>15</sup>.

---

un'ipotesi del tutto residuale cui ricorrere solo nel caso in cui uno specifico interesse di pari rango non possa essere altrimenti tutelato.

<sup>14</sup> In questo senso mi sono già espresso in altra sede: M. SICA, *Note critiche in tema di decorrenza del termine per ricorrere e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2020, IV, pp. 231-232.

<sup>15</sup> Il termine massimo di conclusione del procedimento è uno degli aspetti del più generale tema del tempo nel diritto amministrativo (sul punto si veda il recente lavoro monografico di A. NICODEMO, *Il tempo come bene della vita*, Torino, 2024, ed ivi ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza). La previsione per legge di un termine massimo costituisce il fulcro del sistema: segna il momento temporale ultimo entro cui la p.a. può concludere il procedimento, ma ciò non esclude, da una parte, che il procedimento possa essere legittimamente concluso anche prima che il termine scada e, dall'altra parte, l'impossibilità di concludere il procedimento nel rispetto del termine massimo sia evidente già prima che questo scada. Più in generale si deve rilevare che, quando la p.a. ritenga insussistente un obbligo di provvedere il procedimento sia destinato a non avere neppure inizio. In caso del genere è davvero difficile comprendere le ragioni per cui si dovrebbe attendere l'inutile decorso del termine per provve-

A conferma della progressiva evoluzione dell'ordinamento si possono ricordare anche le innumerevoli modifiche normative di carattere sia generale, sia speciale, finalizzate a una protezione degli interessi legittimi pretensivi, modifiche consistenti nella riduzione dei termini per provvedere attraverso semplificazioni con finalità di carattere acceleratorio.

Un processo simile, a dimostrazione del fatto che si tratta di una tendenza complessiva dell'ordinamento, riguarda infine la propensione sempre più diffusa a considerare il termine di conclusione del procedimento come perentorio nel caso di esercizio dei poteri sanzionatori, ablatori, ecc.

In conclusione, per individuare il tipo di tutela che l'ordinamento assicura al cittadino contro il silenzio della p.a. occorre considerare non solo la normativa di carattere processuale, ma anche quella di carattere sostanziale, anche in ragione del carattere strumentale della prima rispetto alla seconda, di cui deve garantire l'attuazione.

#### *4. L'accesso diretto al giudice e l'istituto della richiesta di intervento sostitutivo.*

Come già si è già ricordato, la mancanza di un fondamento positivo non ha mai impedito alla giurisprudenza di riconoscere il diritto del cittadino di agire in giudizio per chiedere l'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere e l'emanazione dell'ordine alla p.a. di emanare il provvedimento.

Fino a pochi anni or sono la proponibilità dell'azione era subordinata alla notifica alla p.a., dopo il decorso del termine per provvedere, di una diffida e messa in mora giudizialmente notificata a provvedere entro trenta giorni. Prima del decorso di tale termine, il cittadino non poteva quindi rivolgersi al giudice. In altre parole, era obbligatorio tentare preventivamente di risolvere la questione in via stragiudiziale nel tentativo di provare ad evitare l'insorgere di un contenzioso. Infine, come sopra ricordato, l'obbligo della diffida è stato soppresso.

La portata e l'importanza di quest'innovazione non devono quindi essere sottovalutate soprattutto ora che una delle tante novelle di cui è stato oggetto l'art. 2 della legge n. 241/1990 ha introdotto nell'ordinamento un nuovo isti-

---

dere prima di potere agire in giudizio. Rinviare l'inizio del giudizio in situazioni del genere è esattamente il contrario di ciò che si dovrebbe fare in un ordinamento che grazie ai doveri di collaborazione si propone di evitare che il comportamento della p.a. possa causare un danno o aggravare il danno già verificatosi.

tuto (la richiesta di intervento sostitutivo) che, pur avendo una natura giuridica diversa dalla diffida<sup>16</sup>, rappresenta comunque una sorta di rimedio in via amministrativa che, sia pure in modo indiretto, mira a far cessare il silenzio della p.a. L'impatto dell'istituto della richiesta di intervento sostitutivo sul sistema generale della tutela contro il silenzio non è ancora ben chiaro.

L'Adunanza Plenaria ha ritenuto che la legge abbia introdotto un rimedio aggiuntivo all'azione di cui all'art. 31 cit.<sup>17</sup>. A prima vista sembrerebbe quindi che possano essere escluse eventuali interferenze o conseguenze di carattere pregiudizievole. In effetti, sembra che le cose stiano proprio in questi termini se il discorso resta circoscritto al rapporto diretto tra gli istituti. E tuttavia, per avere un quadro preciso della situazione è necessario affrontare il discorso nel suo complesso.

A questo scopo, conviene prendere ancora le mosse dalla citata sentenza della Plenaria che ha attribuito all'istituto "un ruolo centrale nella fattispecie di responsabilità dell'amministrazione per danno da ritardo. La sua attivazione da parte del privato è infatti indice di serietà ed effettività dell'interesse legittimo di quest'ultimo al provvedimento espresso". Ne deriva che, "in tale prospettiva, il mancato utilizzo dello strumento può concorrere a costituire comportamento valutabile ai sensi dell'art. 30, comma 3, cod. proc. amm. al fine di escludere 'il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti'".

La giurisprudenza successiva si è attenuta a tale insegnamento e si è quindi orientata nel senso di escludere il risarcimento del danno qualora l'interessato non abbia presentato la richiesta di intervento sostitutivo<sup>18</sup>. È vero che nella sentenza della Plenaria viene precisato che "la mancata attivazione dei rimedi procedurali e processuali, al pari delle ragioni che sorreggano il mancato esperimento degli stessi, non è idonea in sé a precludere la pretesa risarcitoria,

---

<sup>16</sup> Tra i due istituti sussistono diverse differenze: dal punto di vista della natura giuridica si consideri che la diffida era obbligatoria mentre la richiesta di intervento sostitutivo è facoltativo o, secondo la giurisprudenza, costituisce oggetto di uno specifico onere di cooperazione per non correre il rischio di pregiudicare il diritto al risarcimento del danno.

<sup>17</sup> Si tratta della sentenza dell'Adunanza Plenaria del 23 aprile 2021, n. 7, par. 14. La Plenaria precisa che la richiesta di intervento sostitutivo costituisce "uno strumento di cooperazione con il privato istante, finalizzato a superare l'inerzia dell'amministrazione, incentrato sul potere di avocazione dell'affare (commi 9-bis-9-quinquies)" (par. 13).

<sup>18</sup> G. GRECO, *Il problema dell'accertamento autonomo del rapporto*, cit., specialmente p. 342.

ma costituisce un elemento di valutazione che può concorrere, con altri, alla definizione della responsabilità.” (punto n. 15). In nessun punto della motivazione, tuttavia, viene chiarito che la mancata richiesta di intervento sostitutivo resta certamente priva di qualsiasi effetto nel caso in cui il cittadino abbia deciso di agire direttamente in sede giurisdizionale e, ancor più esplicitamente, il rischio che il giudice della causa di risarcimento del danno possa escluderlo o mitigarlo solo per questo motivo.

Non si può ritenere che la giurisprudenza sulla mancata cooperazione del cittadino ed esclusione/mitigazione del risarcimento del danno sia chiara ed è quindi ragionevole immaginare che il cittadino in questa situazione di incertezza finisca per essere costretto a preferire la soluzione più prudente (presentare la richiesta di intervento sostitutivo) per non correre il rischio di perdere, in tutto o in parte, il diritto al risarcimento del danno. Il fatto di avere proposto ricorso contro il silenzio, infatti, potrebbe non rappresentare una garanzia sufficiente per escludere che in futuro venga contestata la mancata presentazione dell'istanza *ex art. 2 legge n. 241/1990*. Basti ricordare, ad es., che esiste almeno un caso in cui la giurisprudenza ritiene che l'esperimento di uno strumento di tutela non escluda di per sé l'applicabilità dell'art. 30, comma 3. Ci si riferisce a quell'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la proposizione del ricorso non basta a dimostrare di avere cooperato diligentemente perché si considera indispensabile, in aggiunta alla proposizione della domanda di merito, anche la richiesta di tutela cautelare<sup>19</sup>. Portando il ragionamento alle sue estreme conseguenze si è persino giunti ad equiparare alla mancata richiesta della misura cautelare la rinuncia in corso di causa alla domanda cautelare<sup>20</sup>.

Non è possibile procedere ulteriormente ad approfondire questi orientamenti che non costituiscono lo specifico oggetto del presente lavoro. È tuttavia necessario evidenziare le conseguenze che potrebbero derivare, sia pure indirettamente, per quanto concerne la tutela avverso il silenzio inadempimento qualora dovesse consolidarsi un orientamento del genere o i cittadini fossero indotti a chiedere l'intervento sostitutivo prima di rivolgersi al giudice per limitare i rischi.

Tali conseguenze sono facilmente immaginabili e sarebbero di indiscutibile gravità: di fatto verrebbe reintrodotta, anche se non con le stesse modalità del

---

<sup>19</sup> Per un approfondimento della questione si rinvia a G. GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, in *Argomenti di Diritto Amministrativo*, vol. II, parte speciale, p. 317 ss.

<sup>20</sup> C.G.A.S., II, 29 luglio 2024, n. 598.

passato, l'obbligo di far precedere la domanda giudiziale dallo svolgimento di una preventiva fase in via amministrativa con l'inevitabile risultato che l'accesso al giudice verrebbe differito nel tempo e non di soli trenta giorni come avveniva quando era obbligatoria la diffida, bensì di un termine pari alla metà di quello originario che in tanti casi potrebbe essere anche molto più lungo di trenta giorni (art. 2, comma 5, legge n. 241).

L'introduzione di una nuova fase in via amministrativa avverrebbe, tuttavia, in mancanza di un preciso ed espresso fondamento normativo, che invece appare imprescindibile quando si tratta del diritto di agire in giudizio e ciò anche quando l'esercizio di tale diritto possa subire un rinvio. La decisione del legislatore deve naturalmente essere ragionevole e proporzionata e nella specie nessuno di questi due parametri appare rispettato. Non è questa la sede per affrontare *ex professo* il problema di che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa<sup>21</sup> e tuttavia a quanto già rilevato deve aggiungersi che un conto è affermare l'onere di fare ricorso a uno strumento di tutela (anche se sulla fondatezza di una simile conclusione esistono non poche perplessità) e un conto ben diverso è quello di arrivare al punto di ritenere che il cittadino debba esperire non uno ma due o più strumenti di tutela previsti dall'ordinamento per agire in giudizio e cercare di salvaguardare il diritto al risarcimento del danno o indennizzo. L'esperimento di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento è sufficiente perché il cittadino manifesti il proprio interesse alla conclusione del procedimento. Altrettanto deve dirsi per quanto concerne il raggiungimento dell'obiettivo di rendere edotta la p.a. della lesività dell'inerzia o ritardo nel provvedere e del rischio di dover risarcire i danni o pagare l'indennizzo<sup>22</sup>.

Per concludere, sul punto, si deve evidenziare che la questione riguarda i profili della tutela del cittadino contro il silenzio della p.a. anche sotto un altro aspetto, come traspare dalle considerazioni che precedono, perché anche con riferimento ai ricorsi in materia di silenzio si pone, come si vedrà tra breve, il problema cui si è prima fatto riferimento in termini generali circa l'onere di chiedere anche la concessione di misure cautelari<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> G. GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, cit., pp. 332-334.

<sup>22</sup> In senso contrario sembra, tuttavia, esprimersi la Plenaria laddove afferma che il cittadino ha "un onere di ordinaria diligenza – come tale valutabile dal giudice – di attivarsi *con ogni strumento procedimentale o processuale utile a salvaguardare il bene della vita correlato al suo interesse legittimo*, in modo da delimitare in termini quantitativi, anche con riguardo a ciò, il perimetro del danno risarcibile" (sentenza n. 7/2021, par. 14).

<sup>23</sup> V. *infra*, punto 6.

*5. Il ricorso ex art. 31 tra presupposto processuale e condizione dell'azione.*

Il fattore tempo quando si tratta di tutela contro il silenzio è certamente uno degli aspetti più importanti. L'introduzione di un rito speciale ha consentito di evitare di attendere per anni la fissazione dell'udienza e la decisione del giudice per poi, quasi sempre, trovarsi a dover di nuovo ricorrere al giudice contro un provvedimento di diniego.

Ciò nonostante, è lecito domandarsi se i tempi di definizione di un ricorso contro il silenzio, per quanto ridotti, possano essere considerati coerenti con le esigenze di tutela piena ed effettiva e con la necessità di garantire il rispetto del termine massimo di conclusione del procedimento o comunque che questo si concluda in un termine il più ridotto possibile fissato dalla legge o dalla stessa p.a.

Per ottenere un cambiamento sostanziale sotto questo profilo servirebbe una riforma del codice che preveda l'introduzione di una forma di tutela monitoria che azzeri o quasi i tempi di emissione del provvedimento da parte del giudice (monocratico o collegiale, a seconda della scelta del legislatore) e rimetta alla p.a. la decisione di impugnarlo o meno entro un termine molto breve. In questa prospettiva il contraddittorio diverrebbe solo eventuale e differito<sup>24</sup>.

Tale risultato, come detto, può essere ottenuto solo con l'intervento del legislatore. Nelle more, in ogni caso, il compito dell'interprete è quello di verificare se esiste la possibilità di evitare, da una parte, che i tempi già lunghi si allunghino ancora di più (e il pericolo esiste come si è evidenziato nel paragrafo che precede), e, dall'altra parte, di ridurre i tempi almeno nei limiti di quanto consentito dalla legge vigente.

Per es. un contributo per contenere i tempi della tutela, per evitare che questi vengano dilatati senza un'effettiva ragione, potrebbe derivare, almeno per una gran parte delle fattispecie, dal ripensamento dell'indirizzo secondo il quale il ricorso avverso il silenzio può essere proposto solo dopo la scadenza del termine per concludere il procedimento e l'eventuale ricorso proposto prima sarebbe da ritenere inammissibile e ciò anche se nelle more del giudizio il termine è inutilmente scaduto.

Secondo la giurisprudenza, stando al tenore letterale dell'art. 31 cit., non è ammessa in alcun caso la possibilità di proporre il ricorso prima che del decorso del termine per provvedere. Questa conclusione si fonda sul presupposto

---

<sup>24</sup> Una riforma del genere imporrebbe di valutare la possibilità di mantenere lo stesso rito anche per le azioni di accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere.



non esplicitato che l'obbligo di concludere il procedimento non può ritenersi violato fino a quando il termine non sia decorso. Più in generale si ritiene che nessuna differenza sussista tra un caso e l'altro di silenzio inadempimento. Secondo questa lettura dell'art. 31 cit., pertanto, l'azione contro il silenzio riguarderebbe una fattispecie unitaria e indifferenziata mentre la fattispecie riconducibili all'art. 31 sono più di una e sono anche molto diverse perché diverse sono le cause del silenzio.

La contrarietà ad una diversa interpretazione dell'art. 31 è talmente radicata che, pur potendosi sicuramente prospettare una pluralità di interpretazioni della legge e quindi anche interpretazioni di segno opposto comunque rispettose della formulazione letterale dell'art. cit., non vengono prese minimamente in esame.

Il primo elemento di critica all'orientamento giurisprudenziale in esame concerne l'estrema gravità della sanzione applicabile nel caso di proposizione del ricorso prima che il termine per provvedere sia scaduto. Si sostiene, infatti, che il gravame debba essere dichiarato inammissibile anche qualora il termine sia inutilmente scaduto prima del passaggio in decisione della causa: il fatto che la p.a. non abbia concluso il procedimento e che il termine sia ormai trascorso non vale ad evitare l'irrogazione della sanzione che travolge irrimediabilmente il ricorso e in tal modo impedisce la decisione del giudice dato che il decorso del termine costituirebbe un presupposto processuale e non di una condizione dell'azione<sup>25</sup>. Fino ad oggi, per quanto noto, una sola eccezione è stata riconosciuta: si tratta dei casi in cui il ricorso è stato proposto anticipatamente ma solo per errore nell'individuazione del termine da applicare e il giudice amministrativo decida di risolvere la controversia nel senso di ritenere applicabile il termine più lungo. In questo caso, e solo in questo caso, il ricorso sarebbe ammissibile e potrebbe essere esaminato qualora, nelle more del giudizio, la p.a. non abbia ancora provveduto, pur essendo nel frattempo scaduti entrambi i termini per provvedere. Il Consiglio di Stato nella motivazione della sentenza si è tuttavia premurato di indicare una serie di limiti ed e restrizioni per evitare che la deroga all'indirizzo restrittivo potesse essere applicata in altre fattispecie<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Sulla distinzione tra presupposti processuali e condizione dell'azione si v., da ultimo, B. ACCETURA, *Studio sui presupposti processuali. Evoluzioni e prospettive*, in *Riv. giur. Ambiente-Diritto.it*, 2024, fasc. n. 2 ed ivi ulteriori indicazioni di dottrina e di giurisprudenza.

<sup>26</sup> Cons. Stato, sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 989, in *Urb. e app.*, 2012, p. 782 ss. con nota di Oreste Mario Caputo.

Si tratta, com'è del tutto evidente, di considerazioni di carattere solo astratto che non tengono conto che anche in altri casi potrebbero sussistere ragioni tali da far ritenere comunque ammissibile il ricorso.

In molti casi il silenzio dipende semplicemente dal fatto che la p.a. non ritiene di avviare il procedimento perché considera che nella specie non sussista un obbligo di provvedere ma questa conclusione non si concretizza in una comunicazione o atto formale. In situazioni del genere nulla potrà accadere per tutto il tempo in cui potrebbe essere concluso il procedimento. La mancata comunicazione di avvio del procedimento può essere un indizio che si versi in una fattispecie del genere. Anche la materia cui si riferisce l'istanza del cittadino può essere utile per capire la situazione. In materia di obbligo di provvedere si registrano spesso contenziosi seriali<sup>27</sup>: in casi del genere il silenzio dipende quasi certamente dal convincimento che non sussiste un obbligo di provvedere che, in concreto, vuol dire che non esiste neppure l'obbligo di avviare il procedimento.

In altre fattispecie la causa del silenzio può essere una dimenticanza o una carenza di carattere organizzativo (particolare carico di lavoro, organico del personale sottodimensionato, ecc.) o complessità della fattispecie. In queste situazioni, attendendo la scadenza del termine previsto dalla legge, ben potrebbe accadere che la p.a., sfruttando il tempo a sua disposizione fino all'ultimo momento, possa procedere ad emanare il provvedimento che comunque ben potrebbe essere emanato anche dopo il decorso del termine e anche nel corso del giudizio tanto che lo stesso codice prevede che il cittadino, nel caso di conclusione sfavorevole del procedimento in pendenza del giudizio contro il silenzio, può impugnarlo con motivi aggiunti (art. 117 c.p.a.).

Può anche capitare che la p.a. abbia avviato il procedimento e lo abbia svolto regolarmente salvo poi arrestarsi prima dell'emanazione del provvedimento conclusivo o anche in un momento precedente.

Appare emblematico, se si considerano le cause seriali, quanto avvenuto in ordine alle cause in materia di emersione del lavoro irregolare. Per molti anni la giurisprudenza ha ritenuto, sia pure, a volte, sulla base di argomenti differenti, che la p.a. non avesse un obbligo di provvedere. Solo nel 2022 il Consiglio di Stato ha finalmente deciso di mutare orientamento e di riconoscere

---

<sup>27</sup> Si potrebbero fare numerosi esempi. Oltre a quello delle vertenze in tema di obbligo di provvedere sulle domande di emersione del lavoro irregolare di cui si dirà *infra* nel testo, si ricordano le vertenze aventi ad oggetto l'obbligo della p.a. di provvedere in ordine all'istanza presentata dal proprietario *ex art. 42-bis T.U. di espropri.*

l'esistenza dell'obbligo di esaminare la richiesta dell'interessato e concludere il procedimento nel termine di legge<sup>28</sup>; da ultimo il Consiglio di Stato ha anche accolto un ricorso per l'efficienza della p.a. proprio in materia di lavoro irregolare. In questi casi, d'altra parte, il giudice deve anche potere ordinare alla p.a. di eliminare la/e causa/e (nella specie una circolare ministeriale di cui il Consiglio di Stato ha chiesto la rimozione) che impediscono la regolare conclusione del procedimento<sup>29</sup>.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle ragioni del mutato indirizzo. Ciò che rileva in questa sede è solo che, quando esiste una causa ostativa all'avvio del procedimento e quindi anche la sua conclusione mediante emanazione di un provvedimento espresso, non serve attendere il decorso del termine per l'emanazione del provvedimento per poter agire in giudizio avverso il silenzio della p.a.

È quindi ben possibile che si verifichino casi in cui attendere il decorso del termine sarebbe del tutto inutile perché destinato inesorabilmente a scadere. In casi del genere, d'altra parte, l'azione nei confronti della p.a. è sostanzialmente diretta a dare avvio al procedimento e non può che essere implicita nel potere di ordinare l'emanazione del provvedimento conclusivo dato che indubbiamente nel più sta il meno.

Certo non si può negare che in situazioni del genere, potrebbe essere più complesso verificare se effettivamente la p.a. non ha avviato il procedimento e quindi è del tutto legittimo proporre il ricorso *ex art. 31 c.p.a.* senza attendere il decorso del termine per provvedere. Questo problema, tuttavia, si pone solo se si ritiene, pur nel silenzio della legge sul punto, che il decorso del termine vada inquadrato nella categoria dei presupposti processuali e che la sanzione per la sua inosservanza possa effettivamente essere l'inammissibilità del gravame per il solo fatto di avere anticipato la proposizione del ricorso.

Nel caso, invece, in cui il decorso del termine venisse considerato una condizione dell'azione, non sussisterebbero particolari problemi in quanto l'ammissibilità del ricorso dipenderebbe dalla verifica di un fatto oggettivo: il decorso del termine prima del passaggio in decisione della causa, salvo che la vertenza riguardi l'obbligo di avviare e/o concludere il procedimento.

Per disincentivare la proposizione di ricorsi avverso il mancato avvio del

---

<sup>28</sup> Cons. Stato, Sez. III, 3 novembre 2022, n. 9742. Sul punto, da ultimo si veda la sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 20 settembre 2024, n. 7704, che ha ritenuto fondata l'azione proposta *ex art. 1, d.lgs. n. 198/2019*.

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. III, n. 9742/2022.

procedimento o il silenzio prima del decorso del termine (al di fuori dei casi in cui ciò è effettivamente necessario), non si può ammettere l'irrogazione della sanzione dell'inammissibilità che, da una parte, non appare rispettosa del principio di proporzionalità e, dall'altra parte, non appare rispettosa del principio di efficienza. Una pronuncia di carattere processuale non impedirebbe al ricorrente di proporre un nuovo ricorso. Quindi il giudice verrebbe adito due volte e dovrebbe emettere due sentenze. Una regola del genere finirebbe quindi per risolversi in un aumento del contenzioso e dei carichi di lavoro del giudice, senza che, nel secondo ricorso, possano essere acquisiti nuovi elementi ai fini della decisione.

Se si ritiene che una sanzione debba essere irrogata e non sia sufficiente tenere conto di quanto avvenuto in sede di liquidazione delle spese, occorre cercare di individuare una sanzione più adeguata e, soprattutto, proporzionata.

#### 6. *La tutela cautelare nel rito sul silenzio.*

A differenza della questione appena trattata, il problema della tutela cautelare nei casi di silenzio inadempimento riveste carattere generale come quello della richiesta di intervento sostitutivo, con cui condivide almeno un carattere comune. Secondo la giurisprudenza, infatti, l'art. 30, u.c., cit. troverebbe applicazione anche nelle azioni di risarcimento del danno per mancato o ritardato esercizio del potere con la conseguenza che il risarcimento potrebbe essere escluso o limitato quando l'interessato non abbia richiesto la concessione di una misura cautelare nel giudizio contro il silenzio inadempimento.

Questo orientamento, nei termini in cui è stato prospettato, non convince in linea generale ed appare sorprendente, se non addirittura illogico e contraddittorio, se viene esteso ai ricorsi contro il silenzio, considerato che, con poche lodevoli eccezioni, la richiesta di tutela cautelare nei giudizi contro il silenzio inadempimento viene ritenuta inammissibile<sup>30</sup>. Imporre all'interessato di attivare gli strumenti di tutela cautelare pur consapevoli che tale richiesta è destinata quasi sempre a non essere accolta appare in contrasto con i principi di efficienza del processo e finisce con il costituire un vero e proprio spreco di

---

<sup>30</sup> Sugli orientamenti giurisprudenziali, si rinvia a G. POLI, *Il silenzio inadempimento della P.A. e i chiaroscuri della tutela processuale*, in *Federalismi*, n. 12/2023, punto 5. Cfr. anche R. GARAFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2024, pp. 608-609. In argomento si vedano anche le considerazioni del Maestro in *Il problema dell'accertamento autonomo del rapporto*, cit., pp. 348-349.

una risorsa che tutti ritengono scarsa e meritevole di essere preservata.

Non è questa la sede per una riflessione approfondita sul tema della tutela cautelare nei casi di silenzio inadempimento e, più in generale, nelle controversie per cui la legge prevede dei riti speciali.

Ci si limita, quindi, per cominciare, a rilevare che la giurisprudenza che considera inammissibile tale forma di tutela è totalmente priva di fondamento normativo. Il c.p.a. oggi consente espressamente al giudice di assicurare al cittadino una tutela cautelare atipica. Appare pertanto ammissibile la richiesta di concessione di misure cautelari nei giudizi avverso il silenzio, a differenza di quanto avveniva in passato quando l'unica misura cautelare ammessa era quella della sospensiva. Per completare il discorso su questo punto si deve aggiungere che la tesi dell'inammissibilità della tutela cautelare in ogni caso contrasterebbe apertamente con i principi costituzionali e sovranazionali dato che costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale.

In secondo luogo si deve rilevare che, fin quando la giurisprudenza riterrà sussistente l'onere di avvalersi anche degli strumenti della tutela cautelare, non si può fondatamente e ragionevolmente ritenere che le richieste di misure cautelari proposte degli interessati possano non venire prese in considerazione. Una simile conclusione, del resto, oltre ad essere infondata sarebbe anche gravemente irragionevole.

Non si ignora che l'altro argomento su cui si fonda l'orientamento contrario alla concessione di misure cautelari nei giudizi sul silenzio è quello che si tratta di un procedimento semplificato e accelerato relativamente al quale non sussiste alcuna esigenza di tutela cautelare dato che la decisione di merito può intervenire in tempi brevi. Possono valere a questo proposito le stesse considerazioni già svolte in relazione alla tesi dell'inammissibilità nel senso che la legge non circoscrive l'ambito di applicazione della tutela cautelare ad alcune controversie e, soprattutto, non vieta la concessione della misura cautelare nei casi in considerazione. Inoltre se la legge stabilisce un termine massimo entro cui la p.a. deve provvedere la decisione di merito è destinata, per definizione, ad intervenire troppo tardi anche se in tempi più brevi del solito.

In definitiva l'unico vero argomento che potrebbe giustificare la reiezione della richiesta di misure cautelari è la mancanza dei requisiti richiesti dall'art. 55, comma 10. La verifica della sussistenza del requisito del *fumus* dipende da una valutazione ad effettuare caso per caso. Non diversa è la situazione per quanto concerne la sussistenza del pericolo di danno grave ed irreparabile. Tuttavia la giurisprudenza esclude, di regola, che tale pericolo possa verificarsi. In realtà la prospettiva dovrebbe essere completamente diversa perché la tutela

degli interessi pretensivi del cittadino nei confronti della p.a. presenta limiti intrinseci che dovrebbero indurre a considerare il tema della tutela cautelare in termini diversi<sup>31</sup>.

Il Maestro che onoriamo lo ha chiaramente rilevato facendo riferimento, in particolare, al grave pericolo del frazionamento della tutela in una pluralità di giudizi<sup>32</sup>. Si tratta di un argomento dirimente ma altre considerazioni possono essere fatte a cominciare da quella che nei casi di silenzio la p.a. ha omesso di emanare il provvedimento finale ma, nella maggior parte dei casi, ha anche omesso di emanare il c.d. preavviso di rigetto, ove sussistano motivi ostativi all'accoglimento della domanda di atto di consenso. Ne deriva che il cittadino ignora del tutto le risultanze dell'istruttoria, sempre che questa sia stata effettivamente svolta. Qualora la p.a. non provveda, nei termini di legge, a depositare i documenti e gli altri materiali di cui all'art. 46 c.p.a., mi sembra che si debba ritenere sussistente una situazione di pericolo tale da giustificare l'ordine di provvedere mediante l'emissione del preavviso di rigetto nei casi di cui all'art. 10-*bis* legge n. 241/1990 ovvero, negli altri casi, il rilascio dell'atto di consenso richiesto, subordinatamente all'esito favorevole del giudizio nei casi in cui la p.a. ritenga non sussistente l'obbligo di provvedere.

Un ripensamento dell'orientamento contrario alla concessione di misure cautelari nei giudizi sul silenzio avrebbe un notevole impatto positivo sulla pienezza ed effettività della tutela cautelare ed inoltre potrebbe creare le condizioni per una diminuzione del numero dei ricorsi per il risarcimento del danno che potrebbe essere escluso a priori in tutto o almeno in parte per non parlare del fatto che la complessità del contenzioso verrebbe almeno in parte ridimensionata perché dopo la decisione sulla richiesta di misure cautelari le parti potrebbero decidere di non proseguire il contenzioso.

---

<sup>31</sup> Cfr. G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, cit., p. 379 il quale osserva che non pare "(...) forzato l'esercizio dei poteri cautelari in funzione propulsiva dell'attività dell'Amministrazione. Infatti in questo caso il danno grave e irreparabile va commisurato, a parer mio, ai tempi necessari per conseguire lo stesso risultato con il giudizio impugnatorio e, così, con la celebrazione di ben tre processi (di cui almeno due di legittimità, oltre al giudizio di ottemperanza)".

<sup>32</sup> G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, cit., p. 355 ss. L'A. individua lo strumento per evitare tale pericolo nel "mirato esercizio di poteri cautelari (i ben noti 're-mand') che in concreto si sono sempre rivelati molto efficaci".



# EFFETTI VINCOLANTI DELLA DIRETTIVA HABITAT ATTRAVERSO IL GIUDIZIO AVVERSO IL SILENZIO INADEMPIMENTO

*Renata Spagnuolo Vigorita*

SOMMARIO: 1. Direttiva Habitat: dagli studi di Guido Greco alla nuova stagione delle riforme. – 2. La direttiva Habitat e la tutela degli ecosistemi in una recente sentenza del Consiglio di Stato. – 3. *Segue*: tutela degli ecosistemi e ricorso avverso il silenzio tra poteri del giudice e natura del giudizio. Brevi spunti di riflessione. – 4. Conclusioni.

## *1. Direttiva Habitat: dagli studi di Guido Greco alla nuova stagione delle riforme.*

In uno scritto pubblicato sulla Rivista italiana di diritto comunitario nel 1999, Guido Greco si occupava della direttiva Habitat nel sistema delle aree protette. Individuandone la collocazione tra trattati internazionali e legislazione nazionale, indagava i rapporti tra i siti di importanza comunitaria e le aree protette previste dalla legge quadro n. 394/1991, nonché il regime dei siti di importanza comunitaria, la natura degli atti di localizzazione e delle misure di conservazione, tutela, sviluppo; le relative competenze<sup>1</sup>. Le questioni allora affrontate riemergono nella loro attualità in una recente vicenda giudiziaria conclusasi con una sentenza della quarta sezione del Consiglio di Stato<sup>2</sup>. Si tratta di una pronuncia che fornisce non pochi argomenti di riflessione: non solo in tema di conservazione e tutela dei siti di interesse comunitario, ma anche, direi soprattutto, in ordine agli strumenti utilizzati dal giudice nel dare risposta alle istanze di tutela dell'ambiente. Tema questo non solo al centro

---

<sup>1</sup> Per una ricostruzione del procedimento di individuazione di dei siti di interesse comunitario e delle misure di conservazione, cfr., da ultimo, Corte Giust. CE, Sez. VII, 20giugno 2024, C-85/22.

<sup>2</sup> Cons. Stato, Sez. IV, n. 3945/2024.



della riflessione giuridica ma anche, e su più livelli, delle politiche legislative. Basti pensare che in sede europea, il 17 giugno 2024, è stata approvata dal Consiglio la *Nature Restoration Law*, parte della *UE Biodiversity strategy*<sup>3</sup>, che prevede una serie di obiettivi e misure atte a ricostituire ecosistemi degradati e limitare il riscaldamento globale a 1,5 gradi centigradi. In base a tale disposizione, entro il 2030 gli stati membri dovranno ripristinare, attraverso specifici piani nazionali, il buono stato di almeno il 30% degli habitat individuati. Con priorità, nella prima fase, alle zone Natura 2000, ovvero alla rete di territori che l'UE ha indicato nella citata direttiva Habitat, garantendo altresì che le zone bonificate si mantengano nel tempo<sup>4</sup>. Mentre in Italia è stato approvato nello stesso periodo un disegno di legge<sup>5</sup> che, nel prevedere (ennesime) misure di semplificazione e miglioramento della qualità della normativa, istituisce la valutazione di impatto generazionale quale analisi preventiva dei disegni di legge del Governo in relazione agli effetti ambientali o sociali indotti dai provvedimenti sugli interessi delle generazioni future. Non senza dire che con decreto interministeriale del 25 gennaio 2024 è stata istituita una commissione per il riassetto e la codificazione della materia ambientale per raccogliere in un unico testo la normativa, anche europea, in coerenza con i nuovi artt. 9 e 41 Cost.<sup>6</sup>. Singolarmente e nel loro insieme le disposizioni cui si è fatto riferimento, peraltro a titolo esemplificativo, confermano quanto appena sopra rilevato, e cioè la centralità del tema della biodiversità e degli ecosistemi cui l'individuazione dei siti di interesse comunitario e delle zone speciali di conservazione è funzionale. Le stesse dimostrano poi, pur se scontato ormai sottolinearlo, quanto sia ineludibile per gli organi pubblici assumere decisioni che si confrontano con un quadro normativo in continua evoluzione e con la normativa sovranazionale.

---

<sup>3</sup> *Nature Restoration Law* è uno degli approdi cui si è pervenuti a seguito della firma a Montreal nel 2022, da parte di 188 governi, del *Global Biodiversity Framework*.

<sup>4</sup> La medesima disposizione prevede misure per l'agricoltura e le città.

<sup>5</sup> In data 4 giugno 2024: Disegno di legge recante "Misure per la semplificazione normativa e il miglioramento della normazione e deleghe al Governo per la semplificazione, il riordino e il riassetto in determinate materie".

<sup>6</sup> Su cui si vedano, F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'articolo 41 Cost. nella legge di riforma costituzionale 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di ambiente*, Napoli, 2022, p. 49 ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'articolo 9 della Costituzione, un approccio in negativo*, in *Dir. econ.*, 1/2022, p. 7 ss.

## 2. *La direttiva Habitat e la tutela degli ecosistemi in una recente sentenza del Consiglio di Stato.*

La difficoltà di tali confronti, frequentemente dovuta anche alla mancanza di adeguate competenze, è stata sottolineata di recente dal presidente del Tar del Lazio in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024. Ed è noto che alla evanescenza del decisore pubblico o alle sue incapacità corrisponda, direi in maniera direttamente proporzionale, un rafforzamento del ruolo di supplenza del giudice amministrativo<sup>7</sup>. E così, entro certi limiti in modo fisiologico, il giudizio amministrativo è diventato la sede deputata alla richiesta di tutela, anche dell'interesse pubblico, non sempre accordata in maniera idonea e congrua dall'amministrazione. Da questo punto di vista, la sentenza della quarta sezione del Consiglio di Stato sopra menzionata restituisce, da un lato, l'immagine di una amministrazione che si confronta con qualche difficoltà con la normativa europea; dall'altro, e contestualmente l'immagine di un giudice che usa sapientemente gli strumenti a sua disposizione muovendosi sul filo e sugli incerti confini della legittimità e del merito, della pronuncia di carattere ordinatorio e della sostituzione.

Il caso sottoposto all'esame del giudice amministrativo è rappresentato dal silenzio<sup>8</sup> serbato da una amministrazione regionale e da un ente parco in ordine alla applicazione, invocata da associazioni esponenziali di interessi legittimi collettivi relativi alla tutela dell'ambiente<sup>9</sup>, del disposto della direttiva Habitat, di cui all'art. 6.2. Le amministrazioni competenti per la gestione del sito avevano dato applicazione alla direttiva, ma non nella misura richiesta e ritenuta necessaria a recare un regime giuridico specifico e completo in grado di garantire la gestione sostenibile e la protezione efficace di un lago inserito tra i SIC/ZPS. Per verificare se e in che misura gli atti e gli interventi adottati rispondessero alla disciplina prevista dal paragrafo 6.2 della direttiva di che

---

<sup>7</sup> Il tema del rapporto tra amministrazione, giudice e legislatore è stato oggetto di relazioni tenute nel corso del convegno annuale dell'Associazione dei Professori di Diritto Amministrativo "Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere", svoltosi a Napoli nei giorni 29 e 30 settembre 2023, in corso di pubblicazione.

<sup>8</sup> Per la ricostruzione del silenzio della pubblica amministrazione e per l'evoluzione normativa e giurisprudenziale della tutela giurisdizionale avverso il silenzio, A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, II ed., Napoli, 2023, p. 145 ss.

<sup>9</sup> Sulla legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali, si veda, tra gli altri, F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 101 ss.

trattasi, il giudice richiama anzitutto la Guida all'interpretazione dell'art. 6 della direttiva predisposta dalla Commissione e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 25 gennaio 2019. Nella misura in cui tale guida si compone di un *corpus* di sentenze emesse dalla Corte di Giustizia, essa viene utilizzata allo scopo di sottolinearne l'immediata operatività negli ordinamenti interni e la portata vincolante per il giudice nazionale nell'interpretazione da esse fornite, sia in sede di rinvio pregiudiziale sia in sede di procedure di infrazione. Per quello che qui interessa, il paragrafo 6.2 della direttiva viene configurato dalla giurisprudenza richiamata dalla Guida come fonte autonoma di obblighi per gli Stati membri, dal momento in cui pone il principio di prevenzione come cardine per il contrasto del degrado degli habitat. La medesima giurisprudenza configura poi come doverosa la applicazione degli strumenti indicati dal paragrafo 6.2, a prescindere dallo stato, attuale o potenziale, del degrado: poiché tali condizioni vengono ad incidere unicamente sulla portata e sulla tipologia delle misure da adottare. La disposizione di cui si discute impone, cioè, l'adozione delle "opportune misure" che consistono in misure attive, anticicliche, in grado di evitare il degrado anche in futuro e così di invertire il processo che in assenza di iniziative di tale natura proseguirebbe irreversibilmente.

### 3. Segue: *tutela degli ecosistemi e ricorso avverso il silenzio tra poteri del giudice e natura del giudizio. Brevi spunti di riflessione.*

Chiarita la portata della disposizione europea, il giudice ne ha verificato la concreta applicabilità al caso di specie, con un'indagine sullo stato di fatto operato con la profondità che si evince già dalla ricostruzione della vicenda in questione: ritenendo noto ed accertato, senza bisogno di ulteriori evidenze istruttorie, lo stato di degrado del Sito di Interesse Comunitario/Zona Speciale di Conservazione. Dunque, attribuendo alla condizione del sito una valutazione diversa da quella offertane dalle amministrazioni preposte alla sua tutela e, sulla base del rapporto Ispra, valutando incongruenti le misure già adottate. In altri termini, per verificare l'inadempimento il giudice ha esaminato a fondo il fatto. Anzi, più correttamente, ha spinto la propria valutazione più all'interno della azione amministrativa, utilizzando un parametro che deriva dal principio di legalità, per apprezzarne la ragionevolezza e la congruità. Ha avuto, cioè, pieno accesso al fatto, senza filtri: arrivando al contesto reale in cui

andava collocato l'esercizio della funzione<sup>10</sup>. In modo da cogliere, come detto, l'aspetto della congruità e della ragionevolezza, con una operazione che non esula invero dal sindacato di un giudice di legittimità. Anche se la distanza con la giurisdizione di merito appare assottigliata<sup>11</sup>, come si vedrà anche oltre. Accertato l'inadempimento, il giudice ha infatti ordinato alle amministrazioni l'adozione delle opportune misure indicate dall'art. 6.2 della direttiva al fine di implementare l'attività dalle stesse già posta in essere. In tal modo, nella valutazione dell'inadempimento e della incongruità delle azioni intraprese dalle amministrazioni è entrata anche una diversa valutazione dell'interesse pubblico da perseguire: ricavata invero dalla *ratio* sottesa al paragrafo 6.2 della direttiva Habitat, che, come detto, è quella di tutelare gli ecosistemi con interventi anche di natura anticipatoria e preventiva. Sembra quindi non azzardato avanzare l'ipotesi che nella specie la pronuncia del Consiglio di Stato sia sorretta da ragioni del pubblico interesse, come avviene nella giurisdizione di merito. Anche per questa via, il confine tra legittimità e merito si palesa mobile, pur se il mancato perseguimento dell'interesse pubblico rende l'attività della pubblica amministrazione illegittima, non inopportuna<sup>12</sup>. Con altra operazione, non priva di interesse e fonte di spunti di riflessione, il giudice, dopo aver accertato la pretesa dedotta in giudizio, ha sostanzialmente anticipato nel giudizio di cognizione la fase di esecuzione. Ciò appare chiaro nella misura in cui non ha disposto sull'esito finale, ma si è riservato di valutarlo rimandando *ex post* il giudizio sull'adeguatezza delle misure e dunque sull'efficacia dell'adempimento. In tal modo superando di fatto le incompatibilità che derivano dalla natura semplificata del giudizio avverso il silenzio<sup>13</sup>: ancorché sulla base della ricostruzione della natura non solo della direttiva, ma di quella precipua della disposizione non applicata, cioè ricorrendo al diritto comunitario, come si è illustrato. Da questo punto di vista, il confine tra l'ordine di fare, così come impartito, e la sostituzione diretta si presenta sottile, nella misura in cui alla pronuncia di cognizione è stato attribuito un contenuto condizionante e di

---

<sup>10</sup> Così già nel 1980 V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Per una evoluzione della giustizia amministrativa*, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 2001, p. 448.

<sup>11</sup> F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, *Diritto e processo amministrativo*; F. FRANCIOSI, *L'incerto confine tra legittimità e merito*, in *Giustizia insieme*, 22 giugno 2023.

<sup>12</sup> Sul punto si veda ancora F. LIGUORI, *op. cit.*, spec., p. 7.

<sup>13</sup> N. POSTERARO, *L'azione avverso il silenzio*, in M.A. SANDULLI, (a cura di), *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, Napoli, 2024, p. 270 ss.

preciso di indirizzo per l'attività conseguenziale all'accertamento del fatto rimessa alle pubbliche amministrazioni competenti.

Come ben si vede, le premesse ricostruttive da cui muove il Consiglio di Stato ed il percorso decisionale seguito offrono prospettive di lettura di questioni nodali in ordine alle tecniche di tutela utilizzabili attraverso l'azione avverso il silenzio inadempienza, nonché alla regolazione dei confini tra legittimità e merito, tra cognizione ed esecuzione. Depongono in tal senso recenti approdi giurisprudenziali, secondo cui "l'attuazione del risultato pratico del processo non postula necessariamente (sul piano logico e giuridico) una rigida scomposizione per fasi". Con la conseguenza che "il giudice non si spoglia dell'affare all'esito della cognizione, ma sovrintende alla definizione materiale della lite"<sup>14</sup>.

La sentenza di che trattasi, come si accennava, credo possa costituirne la riprova, dal momento che risulta evidente quanto la pronuncia sul silenzio sia già orientata all'esecuzione (con le graduazioni che il giudice stabilisce di volta in volta) e appare più correttamente da inquadrare in una pronuncia dal contenuto ordinatorio piuttosto che di condanna. La questione riguarda invero, e più in generale, il perimetro del potere attribuito al giudice della cognizione. Cui è oggi demandato disporre le misure idonee ad assicurare l'esecuzione del giudicato e di tradurre in concreto, non esclusivamente nella fase esecutiva, le misure precettive<sup>15</sup>.

La sentenza di cui si discute, dunque, concorre ad evidenziare quanto il codice del processo amministrativo abbia in qualche modo ridotto la distanza in termini generali tra giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza<sup>16</sup>, almeno nella fase di esecuzione. E ripropone così, anche per questa via, la questione della individuazione dei confini tra giudizio di legittimità e di merito: l'art. 34, lett. e) del codice consente al giudice, come noto, sin dal momento della cognizione la possibilità di indicare misure attuative del giudicato, "affidando al giudice che ha accolto il ricorso e ordinato all'amministrazione di provvedere anche la competenza ad affrontare tutte le questioni relative all'adozione del provvedimento prescritto, ivi comprese quelle concernenti gli atti adottati dal commissario *ad acta*"<sup>17</sup>. Una certa giurisprudenza registra d'altronde un progressivo avvicinamento tra giudizio sul silenzio e giudizio di

---

<sup>14</sup> Cons. Stato, Sez. II, 12 maggio 2023, n. 400.

<sup>15</sup> Cfr. Cons. Stato, 7 marzo 2024, n. 2215; Sez. VI, 23 luglio 2019, n. 5181.

<sup>16</sup> A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, p. 367.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

ottemperanza sul duplice rilievo in base al quale, da un lato, la natura del commissario *ad acta* non differirebbe nei due giudizi<sup>18</sup>; dall'altro, l'inciso "ove occorra" contenuto al comma 3 dell'art. 117 c.p.a.<sup>19</sup> starebbe a dimostrare come non necessaria la nomina commissariale. Se si accetta la validità di tali opzioni ermeneutiche, si può allora convenire sulla possibilità di riconoscere al giudice del silenzio, come detto, almeno nella fase di esecuzione, una giurisdizione estesa al merito<sup>20</sup>.

#### 4. Conclusioni.

Il caso offerto dalla sentenza della quarta sezione del Consiglio di Stato, mi pare dunque offra molti spunti di riflessione. Pur se in questa sede solo accennati, (meriterebbero infatti ben altri approfondimenti), essi forniscono una sintesi efficace del rapporto tra amministrazione e giudice, del contributo che il giudice, con le sue capacità di ingegneria giuridica, può fornire perché sia data sostanza e piena effettività alla tutela dell'ambiente<sup>21</sup> e della sostenibilità. Anche a partire da un ricorso avverso il silenzio inadempimento e con l'ausilio del diritto eurounitario.

Dimostrando così che il codice del processo amministrativo, nel suo complesso, consegna al giudice uno strumentario attraverso cui dare risposta alle richieste di tutela ad alto valore e contenuto sociale, non solo economico, come quelle che riguardano l'ambiente<sup>22</sup>. A tutela anche delle generazioni future<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> Ad. plen. n. 8/2021.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2023, n. 8158.

<sup>20</sup> N. POSTERARO, *Il giudizio avverso il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il giudizio amministrativo*, cit., p. 719.

<sup>21</sup> Sulla possibilità di ricondurre l'ambiente nel novero dei diritti fondamentali e sulla conseguente opportunità di riconsiderare le forme di legittimazione a difesa, M. CALABRÒ, *L'ambiente quale diritto fondamentale a titolarità diffusa*, in *Persona e amministrazione*, 2/2023, p. 501 ss.

<sup>22</sup> F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2/2002, p. 74 ss.

<sup>23</sup> P. LOMBARDI, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi*, 1/2023, p. 149 ss.



# LA PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO QUALE FONTE DI LEGITTIMAZIONE DEL POTERE AMMINISTRATIVO

*Mario R. Spasiano*

SOMMARIO: 1. Le ragioni “storiche” della lenta e tardiva affermazione della condivisione dell’esercizio della funzione pubblica nell’ordinamento italiano. – 2. Genesi della partecipazione procedimentale nella legge n. 241/1990: il suo carattere sostanzialmente oppositivo. – 3. La partecipazione, fonte di legittimazione dell’esercizio del potere pubblico.

## *1. Le ragioni “storiche” della lenta e tardiva affermazione della condivisione dell’esercizio della funzione pubblica nell’ordinamento italiano.*

L’anno 1990 sarà di certo ricordato nella storia del diritto pubblico italiano per essere stato quello nel quale il legislatore, *ob torto collo*, si decise non solo a dar vita ad interventi normativi volti in qualche modo a recuperare la propria credibilità agli occhi dell’opinione pubblica, ma anche ad offrire l’immagine di un potere politico alla ricerca di un nuovo rapporto con l’elettorato, nel tentativo di far sentire quest’ultimo parte necessaria di un sistema che a lungo aveva invero per lo più relegato i cittadini in una condizione di assoluta soggezione nei suoi riguardi.

Negli anni Ottanta dello scorso secolo, l’azione pressante portata avanti dalla magistratura inquirente aveva completamente delegittimato il sistema dei partiti o almeno di larga parte di essi, così determinando, tra le altre conseguenze, il venir meno del principale anello di mediazione tra amministrati, da un lato, e amministratori (partiti e anche sindacati), dall’altro. L’amministrazione, per dirla con le felici parole di Giorgio Berti, era ridotta a “figlia del potere politico, anzi la più cara delle figlie di quel potere”, ben lontana dalla prospettiva di quella struttura simbolo della “operosità reciproca e socializzante delle libertà”, quello “stare insieme ... per utilizzare beni o cose secondo un intento di beneficio comune e di cooperazione”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> G. BERTI, *Vecchia amministrazione e nuove opinioni*, in *Jus*, 1990, p. 205 s.



Invero, sin dalla sua instaurazione, l'ordinamento repubblicano era rimasto connotato per un tasso di differenziazione linguistica, etnica e religiosa assolutamente trascurabile, tanto più se confrontato a Paesi come la Francia, la Gran Bretagna, per non dire gli Stati Uniti, da tempo connotati da forti ondate immigratorie e da forti influenze culturali extra-territoriali. In Italia, le comunità organizzate, espressive di minoranze, erano rimaste numericamente e culturalmente a bassa incidenza<sup>2</sup>. Questa condizione aveva teso a limitare gli spazi gestiti da corpi intermedi – e dunque la spinta partecipativa proveniente dalla società – ad eccezione di quei soggetti (ancora partiti e sindacati) che, originariamente pensati quali canali di raccolta e trasmissione di bisogni sociali nelle sedi istituzionali, avevano invece finito col consolidare prassi di patologica cogestione, in una pressoché assoluta simbiosi tra potere politico e amministrazione<sup>3</sup>, vero e proprio nodo gordiano del sistema pubblico, in buona misura tuttora irrisolto<sup>4</sup>.

Sotto ulteriore, connesso profilo, la evidenza dei bisogni primari presenti nella società, il loro carattere durevole e monolitico unitamente alla rara interferenza (conflittuale) tra interessi pubblici rendevano per lo più la norma di legge, strumento adeguato a soddisfare le esigenze del caso ed a definire, ove necessario, scale gerarchiche di priorità: all'amministrazione, il compito di dare esecuzione ai disposti normativi per lo più autosufficienti alla regolazione. Ma allorché alla fine degli anni Sessanta dello scorso secolo cominciò a prender piede anche in Italia il fenomeno espansivo dei gruppi intermedi, frutto di nuove e diffuse sensibilità culturali e sociali nei riguardi di interessi emergenti,

---

<sup>2</sup> Per una ricostruzione anche storica del tema, sia permesso rinviare a M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti. Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, Napoli, 1996, *passim*.

<sup>3</sup> P. RIDOLA, voce *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 77 ss.; F. PIZZETTI, *Partiti politici, sindacati e altre formazioni sociali*, in *Justitia*, 1984, p. 125 ss.; G. PASQUINO, *Istituzioni, partiti, lobbies*, Roma-Bari, 1988.

<sup>4</sup> E. CASETTA, nel lavoro *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 4, sottolineava lo stravolgimento dei compiti assegnati ai partiti politici dalla Costituzione, “costituitisi in gruppi di potere tendenti con mezzi leciti, e talvolta purtroppo illeciti, a conservarlo, ad accrescerlo o a conquistarlo con una logica di sviluppo che mira ad occupare sempre nuove posizioni, anche se è pur vero, ma è magra consolazione, che – come è stato notato (G. Guarino) – in sistemi di tipo autoritario la classe politica ha assai meno bisogno di espandersi, perché si è ormai appropriata di tutto”. Sul tema, cfr. M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, p. 57 ss.

nonché del conseguente spontaneismo aggregativo e organizzativo della società, svincolato (ma solo temporaneamente) da influenze e condizionamenti politici, lo Stato non tardò a manifestare la propria istintiva avversione o quantomeno il suo sospetto riguardo al fenomeno, condizione che lo indusse a reagire persino con impeto normativo<sup>5</sup> nel tentativo di inglobare le nuove soggettività, con le loro “anomale” (per l’epoca) rivendicazioni, nell’alveo del tessuto connettivo istituzionale. E così, infatti, esso scelse la via di assorbire all’interno delle proprie articolazioni organizzative, la spinta di quei corpi extra-istituzionali e lo fece mediante una serie di interventi volti a irreggimentare il fenomeno mediante una “rassicurante” azione di assorbimento: basti al riguardo pensare al d.P.R. n. 416/1974, con gli organi collegiali della scuola, che costituì la risposta alle relative istanze partecipative di studenti, famiglie ecc.; allo Statuto dei lavoratori, con la legge n. 300/1970 e le previste forme di etero-regolamentazione dei rapporti interni dell’impresa; con la nuova disciplina del diritto di famiglia, legge n. 151/1975 e così via.

La giustificazione di quella reazione fu indicata in ciò che veniva fatta passare quale volontà del potere pubblico di preservare la forma democratica anche all’interno delle inedite formazioni sociali, così conformando le istanze partecipative ai principi del dettato costituzionale<sup>6</sup>. La realtà, però, era ben diversa: si trattava chiaramente del tentativo di instaurare forme di penetrante vigilanza e persino di svuotamento dall’interno delle ambizioni di autonomia delle soggettività emergenti<sup>7</sup>. Insomma, il fine di far liberamente crescere l’identità di organismi nuovi e spontanei di una società che voleva (finalmente) appropriarsi della propria dimensione sociale e politica, affrancandosi dalle tradizionali esigenze di mediazione partitico-sindacale, veniva sostanzialmente represso con la chiusura di qualsiasi spazio atto a legittimare credibili forme di compartecipazione alla gestione della cosa pubblica<sup>8</sup>.

Nel contempo, piuttosto, tornavano alla ribalta altri meccanismi di presenza nelle istituzioni di rappresentanze ad esse esterne, ancora una volta riservate al tradizionale duopolio partiti-sindacati, persino in contesti che

---

<sup>5</sup> In termini, cfr. V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della p.a.*, in *Scritti in onore di Mortati*, vol. II, Milano, 1987, p. 30 ss.

<sup>6</sup> Sul punto, cfr. E. CHELI, *La persona e le istituzioni*, 2011, in Astrid-online.it.

<sup>7</sup> Sul tema, cfr. P. RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 68 ss.; C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, vol. III, Milano, 1978, p. 1572 ss.

<sup>8</sup> E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, p. 85 ss.

avrebbero chiaramente richiesto la presenza di competenze professionali e non di contributi di altra natura, per lo più strumenti di ingerenze indebite a finalità lottizzatoria<sup>9</sup>.

A partire dalla metà degli anni Settanta del Novecento, nonostante tutto, la complessità delle relazioni sociali, sia pubbliche che private, sospinta anche – come rilevato – dalla diffusione di sensibilità sociali e culturali verso contesti di inedito interesse quali, a titolo esemplificativo, l'ambiente, la sanità, i beni culturali, l'assistenza sociale, la difesa del consumatore, crebbe a dismisura e al pari di essa andarono affermandosi bisogni che rivendicavano autonome forme di rappresentanza, al di fuori del tradizionale schema delle consolidate (quanto degradate) forme di mediazione.

Il processo continuò a crescere e ad affermarsi tra molti contrasti di varia natura, per lo più di natura normativa, ma fu sostenuto, grazie alla applicazione diretta di principi costituzionali, da una giurisprudenza sensibile alle sollecitazioni, sospinta anche dalla allora recente (tardiva), istituzione dei tribunali amministrativi regionali.

Negli ultimi decenni, poi, come noto, la capacità aggregativa di grandi interessi economici ha costituito la più efficace forma di influenza sulla pubblica amministrazione dando vita a gruppi di potere, lobby<sup>10</sup> e consorterie in grado di influenzare in modo penetrante le decisioni di organi e istituzioni<sup>11</sup>. Feno-

---

<sup>9</sup> La vicenda emblematica, fra le tante, della composizione delle commissioni di concorso per l'assunzione di medici, fu eclatante. La disciplina legislativa impugnata prevedeva che di quegli organi di valutazione potessero far parte anche rappresentanti di forze sindacali. La questione finì innanzi alla Corte costituzionale che naturalmente ne dichiarò l'illegittimità in considerazione della *ratio* propria della composizione di organi di valutazione concorsuale che, nella specie, era unicamente quello di verificare la qualificazione professionale di concorrenti medici. A tanto si adeguò finalmente il legislatore con l'art. 35, comma 3, lett. 3, del d.lgs. n. 165/2001, con il quale dispose che tra i principi ai quali conformare le procedure di reclutamento vi fosse quello che delle relative commissioni giudicatrici non facessero parte né componenti di organi di direzione politica dell'amministrazione, né titolari di cariche politiche, né rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o da associazioni professionali.

<sup>10</sup> Sul tema delle lobby, per dovizia di indagine si rinvia a A. PRITONI, *Politica e interessi, Il lobbying nelle democrazie contemporanee*, Bologna, 2021.

<sup>11</sup> Secondo M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, p. 981 ss., la nozione di formazione sociale che deriva dal testo costituzionale deve estendersi a tutti quei gruppi "che hanno in comune qualcosa (idealità o interessi) e ne sono, ad un qualunque livello, consapevoli". Tra questi, "le *élites* ed il raggruppamento delle *élites*, i gruppi di pressione, di stimolo e di propaganda, la categoria degli imprenditori di imprese, gli enti pubblici, in quanto si pongono come corpi o addirittura come gran-

meno complesso ed eterogeneo, di certo non solo italiano, ben affermato e anche disciplinato<sup>12</sup> in numerosi ordinamenti stranieri, oltre che in quello euro-unitario.

In tale contesto, una nota continua a connotare l'esercizio delle funzioni pubbliche, ossia la crescente complessità degli interessi sottoposti alla loro azione<sup>13</sup>, la sempre più stretta connessione tra questi ultimi, la costante emergenza di nuovi e non disciplinati bisogni (o diritti<sup>14</sup>), già recepiti da norme di legge o anche solo affermati dalla giurisprudenza<sup>15</sup>, la cui tutela non può essere trascurata dalla pubblica amministrazione.

Peraltro, lo sviluppo della scienza e della tecnica, la cui velocità risulta assolutamente superiore rispetto a quella del legislatore e dell'amministrazione, impegna i poteri pubblici in una continua opera di adeguamento delle proprie determinazioni, alla ricerca della definizione di quella che da ultimo anche il legislatore, con l'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023, ha dovuto definire "la regola del caso"<sup>16</sup>, corollario del principio di risultato: una regola che implica, da parte dell'amministrazione, una preventiva, necessaria azione di raccolta e di mediazione tra interessi di varia natura, individuati in sede procedimentale, interessi che non provengono solo dalle indicazioni di disposizioni legislative, ma che emergono quale portato di istruttorie connesse ad una vasta, articolata

---

di corpi, comprendendo fra essi anche le amministrazioni con ruolo o intento egemonico (Interni, Esteri), la stessa burocrazia nel suo complesso o nelle sue grandi ripartizioni".

A. Romano, nel suo noto lavoro *Il cittadino e la p.a.*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. I, Milano 1987, p. 531 ss., rilevava come "La partecipazione all'organizzazione amministrativa che si è sviluppata in questi decenni è stata quella e solo quella, che ha reso possibile il carattere fortemente corporativizzato della nostra società". Sul tema, F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 1629 ss.

<sup>12</sup> Presso il Parlamento italiano è in discussione un d.d.l. sul fenomeno lobbying, già approvato dalla Camera in data 12 gennaio 2022. L'iniziativa parlamentare, che segue a molte altre proposte, appare di relativa incidenza nei confronti di fenomeni corruttivi.

<sup>13</sup> Al riguardo, in tema di legalità senza legge, il riferimento al fondamentale volume di G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, *passim*, appare d'obbligo.

<sup>14</sup> Sulla invasione di nuovi diritti affermati in giurisprudenza, G.M. FLICK, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Riv. ass. ital. cost.*, 2/2019, p. 156 ss.

<sup>15</sup> Sulla funzione creatrice della giurisprudenza, si rinvia a G. GRECO, *Certezza del diritto e giurisprudenza creativa*, in *Scritti in onore di Enrico Follieri*, in *Riv. dir. e proc. amm.*, Napoli, 2018.

<sup>16</sup> Sulla regola del caso, sia consentito il rinvio a M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 29 ss. In precedenza, dello stesso A., *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Riv. dir. amm.*, 2000, p. 131 ss.

e persino multiforme partecipazione che impone la ricerca di punti di mediazione non semplici da definire. L'equilibrio tra tutti quegli interessi, come osserva il Consiglio di Stato<sup>17</sup> “è ormai necessariamente mobile e dinamico e deve essere ricercato tanto dal legislatore nella statuizione delle norme, quanto dall'amministrazione in sede procedimentale secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza”: quasi a riconoscimento che l'amministrazione ha ormai cambiato i propri compiti e persino le proprie funzioni, nel silenzio del sistema di diritto positivo.

## 2. *Genesi della partecipazione procedimentale nella legge n. 241/1990: il suo carattere sostanzialmente oppositivo.*

Quando entrò in vigore la legge 7 agosto 1990, n. 241, la società italiana veniva fuori, tra l'altro, da due fenomeni di notevole portata politica e sociale: il terrorismo, da un lato; la fine dei tradizionali partiti, spazzati via dalle inchieste della magistratura, come già ricordato, dall'altro.

A quei fenomeni, si era inoltre affiancata, nel 1989, un'ulteriore circostanza: la nascita di un nuovo partito, la *Lega Nord per l'indipendenza della Padania*, generato – come noto – dalla federazione di movimenti regionalisti attivi nell'Italia settentrionale che puntava su forti spinte autonomistiche mediante una organizzazione capillare sui territori, avente carattere fortemente partecipativo. I cittadini delle aree di riferimento venivano chiamati a sentirsi e ad essere partecipi di un progetto politico che intendeva sovvertire la realtà e il futuro dell'intero Paese ponendo fine a quella condizione che veniva avvertita

---

<sup>17</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, ove tra l'altro si afferma: “Negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Così come per i ‘diritti’ (sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013), anche per gli ‘interessi’ di rango costituzionale (vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) va ribadito che a nessuno di essi la Carta garantisce una prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere «sistemica» e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca.

La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione ‘totalizzante’ come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto.

Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza”.

quale forma di (ingiustificato) assistenzialismo che imponeva alle Regioni del Nord Italia di riversare una quota rilevante del proprio prelievo fiscale per favorire gli sperperi perpetuati nel Sud (sono ben note le contraddittorie vicende e le contrastanti analisi al riguardo).

Fu la novità e la concomitanza di quelle condizioni, in una alle prime forti affermazioni elettorali della nuova formazione politica, a spingere il Parlamento a rimuovere reticenze ed a rispondere con l'approvazione di due importanti riforme che avrebbero dovuto offrire – come si è fatto cenno – un contributo in termini di riconquista del consenso: la legge 8 giugno 1990, n. 142 sull'ordinamento delle autonomie locali e la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo.

Per lunghi anni quelle stesse riforme erano rimaste in fase di gestazione in quanto fortemente avversate dal potere statale centrale, restio a concedere spazi a enti locali, da un lato, e a nuovi diritti per la cittadinanza, dall'altro. Le ragioni della ostilità venivano radicate su argomenti evidentemente pretestuosi quali quello che una forma di organizzazione aperta all'apporto degli amministratori avrebbe potuto comportare un insopportabile aggravio dei tempi di esercizio delle funzioni pubbliche, con ulteriori danni all'efficacia dell'azione amministrativa; e quello che una diversa organizzazione degli enti locali avrebbe prodotto un incremento eccessivo del loro potere amministrativo a discapito dello Stato e soprattutto delle Regioni, istituite da soli venti anni nonostante la loro previsione risalisce al testo costituzionale.

Nel venire in particolare alla legge n. 241/1990, la sua entrata in vigore avvenne senza fare scalpore, in sordina, in ciò agevolata anche dalla data della sua approvazione (7 agosto).

Come noto, la dottrina italiana si era da tempo occupata di procedimento amministrativo, almeno a partire dagli anni Trenta del Novecento, ma il tema aveva continuato ad essere studiato in termini puramente formali, secondo il metodo proprio della pandettistica, vale a dire sotto il profilo dei tipi di collegamento che si instauravano tra gli atti da cui sarebbe scaturita la volontà finale dell'amministrazione (provvedimento). Nessuno o scarso interesse era stato dedicato al profilo di come tale volontà si sarebbe formata dal punto di vista sostanziale: su quali prove, su quali accertamenti preliminari, su quali progetti e quali previsioni di risultato<sup>18</sup>.

L'unico problema fortemente discusso in dottrina risultava essere la motivazione del provvedimento.

---

<sup>18</sup> F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Aperta contrada*, [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it), 12 gennaio 2010.

Come noto, fu Forti<sup>19</sup> a cercare di spezzare la logica pandettistica del collegamento tra atti. E se Giannini, nel 1939, aveva provato a configurare il procedimento amministrativo in termini di raccordo tra pluralità di interessi pubblici e privati, senza tuttavia pervenire alla elaborazione di un sistema, la ben nota e originale opera di A.M. Sandulli, nel 1940, articolato il percorso procedimentale secondo fasi funzionalizzate all'assunzione di una determinazione finale, non ne tracciò il relativo contenuto occupandosi piuttosto della relativa scansione. Il lavoro di Sandulli esaurì per molti anni differenti o comunque complementari approcci al tema<sup>20</sup>.

Fu F. Benvenuti, verso la fine degli anni Quaranta del Novecento, a proporre la ricostruzione del procedimento amministrativo quale garanzia e forma della funzione, ma anche egli non si addentrò nella sostanza dei rapporti tra gli interessi emergenti in quella istruttoria<sup>21</sup>.

Scarsa incisività ebbero peraltro gli studi di diritto comparato in tema di partecipazione ai procedimenti, comparsi ben prima della legge n. 241/1990, ancorché negli stessi (specie nel panorama USA e in quello dei Paesi del Nord Europa) vi fossero interessanti spunti in termini di strumenti di coinvolgimento degli interessati all'azione amministrativa<sup>22</sup>.

In effetti quando venne alla luce la legge n. 241, essa, nonostante il lavoro della *Commissione Nigro*, durato anni, non fu preceduta da un ampio dibattito

<sup>19</sup> U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranalletti*, vol. I, Padova, 1931, p. 455 ss. Inoltre, G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, I, p. 297. M.P. CHITI, *Alle origini della legge sul procedimento amministrativo. Il periodo 1943-1947*, in *Ist. fed.*, 3/2020, p. 721 ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI et al. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 531 ss.

<sup>20</sup> A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940. M.P. CHITI, nel suo saggio *Alle origini della legge sul procedimento amministrativo. Il periodo 1943-1947*, cit., p. 723, rileva come ancora nel 1939, la voce "Procedimento amministrativo" del *Nuovo Dig. it.* (Torino, X, p. 527) scritta da O. RANELLETTI e A. AMORTH trattava del tema in termini principalmente processuali. Nel 1939, M.S. GIANNINI, *Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, *passim*.

<sup>21</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 126 ss.; inoltre, dello stesso A., *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, XI, Vicenza, 1964, p. 539 ss.

<sup>22</sup> Ci si riferisce agli studi di G. Ghezzi risalenti al 1971, ripresi nel volume *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, Atti del Convegno organizzato dal Centro Studi in diritto del lavoro G. Ghezzi e F. Mancini (a cura di C. Zoli), in collaborazione con l'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo – Università degli Studi di Bologna, 18 giugno 2014, Torino, 2015.

e soprattutto fu per lo più presa in considerazione per l'inedito strumento di accesso agli atti riservato ai destinatari dei provvedimenti e a terzi: nella prospettiva, la invocazione della trasparenza dell'azione amministrativa, il richiamo alla "casa di vetro" (di turatiana memoria) prevalsero<sup>23</sup>, mentre la parte normativa sulla partecipazione e le sue forme non ebbe pressoché eco<sup>24</sup>.

Soltanto la giurisprudenza diede risalto all'affermazione che i provvedimenti privi di comunicazione di avvio del procedimento erano per ciò solo illegittimi e dunque andavano annullati.

I contenuti prodotti dal successivo d.lgs. n. 15/2005, di modifica della legge n. 241, con l'enfasi dei silenzi significativi e l'ampliamento del ricorso alla d.i.a., da un lato, e il rafforzamento delle facoltà di "pentimento" della pubblica amministrazione con sanatoria del provvedimento non preceduto da comunicazione di avvio del procedimento (laddove esso non avrebbe potuto essere diverso), dall'altro, contribuirono a loro volta a non richiamare l'attenzione sul fenomeno partecipativo, sulle sue ragioni e le sue potenzialità<sup>25</sup>.

Al fondo di tali condizioni vi era evidentemente una ragione. In realtà, come fu solo in seguito rilevato dalla dottrina, la partecipazione procedimentale, dalla sua origine sino alla legge n. 241, era stata prevalentemente intesa in termini di contraddittorio a garanzia di pretese individuali, ancorché il contraddittorio fosse invero qualcosa di assolutamente diverso dalla partecipazione<sup>26</sup>. Basti considerare che quest'ultima non attiene affatto al diritto di difesa contro una pretesa altrui, di fronte ad un giudice terzo. E tantomeno è costi-

---

<sup>23</sup> Sul tema si è scritto molto da parte di autorevoli studiosi. Al riguardo si rinvia alla ancora interessante raccolta degli *Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989; M.P. CHITI, G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; per la peculiare accezione di trasparenza quale mezzo di comprensione del potere, R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 416 ss.; nonché a F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Scritti in memoria di R. Marrama*, Napoli, 2012.

<sup>24</sup> Per una ricostruzione storica, G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2021, p. 571 ss.

<sup>25</sup> Sul punto, V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica alla l. n. 241/1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005.

<sup>26</sup> Sulla natura delle forme di partecipazione procedimentale, cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 222 ss., in "Natura e significato del procedimento" e sulla "Rilevanza del procedimento".



tuita dal diritto di accesso agli atti che è strumento per successive iniziative, per lo più di tipo quasi esclusivamente oppositivo<sup>27</sup>.

La partecipazione è piuttosto finalizzata al contributo alla formazione di decisioni dell'autorità amministrativa affinché meglio si conoscano tutti gli interessi coinvolti e se ne tenga conto<sup>28</sup>. Quegli interessi non necessariamente sono contrapposti a quelli dell'amministrazione agente, possono anzi persino cooperare con loro addivenendo a soluzioni provvedimenti di comune interesse<sup>29</sup>. Peraltro, la posizione dei partecipanti al procedimento quali controinteressati o cointeressati risulta definibile, secondo una corretta sequenza logica e temporale, solo a seguito dell'esercizio del potere, ossia della adozione di un provvedimento che definisca l'assetto definitivo degli interessi ed i termini della loro soddisfazione oppure della loro mancata tutela<sup>30</sup>.

D'altronde, appare difficile negare che la legge n. 241 sia nata come legge che vede la partecipazione in funzione di contraddittorio, una forma di tutela extra-giudiziale (pre-giudiziale) delle proprie pretese<sup>31</sup>. Il legislatore con essa intendeva dare al cittadino la sensazione di potersi difendere nei confronti dell'uso del potere pubblico che a quel punto si sarebbe dovuto muovere secondo metodologie trasparenti e verificabili<sup>32</sup>. Vi sono chiari elementi che confermano tale prospettiva: tra essi, la partecipazione non a caso veniva esclusa dai provvedimenti normativi, a carattere generale, così come dagli atti di programma-

<sup>27</sup> F. SATTA, *op. loc. cit.*

<sup>28</sup> Sulla ricostruzione dell'interesse legittimo quale obbligo di presa in considerazione da parte dell'amministrazione in sede procedimentale, R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, Napoli, 1987. Di recente, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

<sup>29</sup> P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, p. 399 ss. Inoltre, P. LOMBARDI, *Le parti del procedimento amministrativo*, Torino, 2018.

<sup>30</sup> Sul tema, cfr. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1966, p. 1429 ss. Inoltre, dello stesso A., *Il nodo della partecipazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, p. 1414 ss.

<sup>31</sup> Sulle differenti finalità della partecipazione nella legge italiana sul procedimento amministrativo, da ultimo, T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna, 2022. Inoltre, F. SATTA, *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014.

<sup>32</sup> G. GRECO, *Attività consensuale dell'Amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 457 ss.

zione e di pianificazione (contrariamente alla previsione del testo elaborato dalla Commissione Nigro, ma conformemente ai dettami dell'Ad. plenaria CdS n. 7/1987): un segno evidente del suo carattere non collaborativo quanto sostanzialmente oppositivo all'adozione di provvedimenti di livello esecutivo.

D'altronde, ad un'analisi oggettiva, non sfugge che, così come configurata, la partecipazione *ex* legge n. 241, tuttora induce talvolta l'interessato a non esercitare quel diritto<sup>33</sup> affinché egli stesso, evitando in tal modo di fornire possibili elementi correttivi del provvedimento utili alla pubblica amministrazione in fase di definizione finale, possa poi, nella successiva sede giudiziaria, meglio rappresentare la difesa dei propri interessi da tutelare, innanzi ad un giudice terzo.

### 3. *La partecipazione, fonte di legittimazione dell'esercizio del potere pubblico.*

È noto che le norme sull'attribuzione di competenze non costituiscono ormai la fonte esclusiva di determinazione dell'interesse pubblico (o degli interessi pubblici) che l'amministrazione, nell'esercizio delle funzioni ad essa spettanti, sarà poi tenuta a tutelare. La definizione dell'interesse pubblico specifico necessita infatti di attenti e complessi procedimenti di raccolta di interessi pubblici e privati, di comparazione e di ponderazione. Se è vero che alla pretesa di unitarietà di significato di interesse pubblico si sovrappone nella realtà una molteplicità ineludibile di significati<sup>34</sup>, è ancor più vero che nella complessità del reale contemporaneo è dato ormai individuare la presenza di molteplici ed eterogenee situazioni giuridiche soggettive di natura pubblica o privata che di volta in volta restano coinvolte o subiscono gli effetti dell'esercizio della funzione amministrativa, e di conseguenza, in ciascuna fattispecie, esprimono proprie peculiarità.

L'unitarietà e la compattezza della nozione di interesse pubblico e delle sue manifestazioni costituiscono per lo più retaggio di un passato che più non esiste<sup>35</sup>. Piuttosto, come ampiamente noto, gli stessi interessi pubblici si rivelano

---

<sup>33</sup> Sulla configurazione della partecipazione procedimentale quale diritto dell'interessato, A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

<sup>34</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 307.

<sup>35</sup> Sia permesso il rinvio a M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti*, Napoli, 1996, p. 9 ss.

non di rado in conflitto tra loro<sup>36</sup> e la loro composizione, sfuggendo a qualsiasi possibilità di predeterminazione normativa, non può che essere affidata alla cura procedimentale dell'amministrazione. La dinamica degli interessi qualificati e la loro interrelazione entrano in una dialettica di rapporti che costituisce la storia delle fattispecie concrete e dei fatti dai quali esse sono costituite sino a consentire di pervenire, mediante un processo di progressiva sintesi, alla definizione di una regola (la regola del caso) che – come già rilevato – è frutto di una complessa azione di selezione e temperamento, in grado di vincolare non solo i terzi, ma la stessa amministrazione agente (auto-vincolo).

Consapevole di tali condizioni, il legislatore si limita ormai con frequenza ad indicare ambiti di interessi pubblici, contesti, magari evidenziandoli ma non ordinandoli. Orbene, nella composizione di questo ordine, non sfugge di certo che “se è vero che i bisogni sono illimitati, limitati sono i beni atti a soddisfarli” (F. Carnelutti): la soluzione della intricata questione, dunque, o risiede nel conflitto, la cui sede di composizione è quella giudiziaria (con conseguente allungamento delle tempistiche e rischio di esondazione dei disposti dell'ordine giudiziario in ambiti di non sua pertinenza) o, piuttosto, si rinviene nell'esercizio di un'autorevole e credibile azione procedimentale dell'amministrazione, chiamata a muoversi nella piena consapevolezza delle priorità scaturenti dal contesto ordinamentale e con un accorto esercizio della sua discrezionalità, efficace metro di realizzazione della “più giusta taglia” della misura amministrativa<sup>37</sup>.

Le scelte amministrative non sono più il portato di astratte priorità normativamente predefinite. Tanto più che i contenuti delle determinazioni pubbliche, anche in un sistema di tipicità delle fonti, sono oggetto di costante evoluzione, passibili di essere di volta in volta giustificate solo mediante l'individuazione e l'indicazione delle ragioni e delle considerazioni che le determinano.

Sotto altro, complementare profilo, si assiste ormai alla costante invasione operata dalla scienza e dalla tecnica nel mondo del diritto: i tempi dei loro aggiornamenti e la rapidità della relativa evoluzione non sono neanche lontana-

---

<sup>36</sup> Si consenta il rinvio a M.R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato sull'eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 209 ss.

<sup>37</sup> L. MARUOTTI, *Discorso di insediamento* quale Presidente del Consiglio di Stato, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023, rileva criticamente che la discrezionalità, da organo respiratorio del sistema amministrativo, viene sovente percepita come fattore di rischio criminogeno. Sul tema, sia consentito rinviare a M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4 ottobre 2023, 24/2023, p. 222 ss.

mente comparabili alla capacità del legislatore di adeguare i propri dettati, ma neanche alla possibilità di adeguamento di tecniche e modelli gestionali da parte dell'amministrazione pubblica<sup>38</sup>.

Il fenomeno si riflette dunque sulla scelta del legislatore, utilizzata negli ultimi anni, di rinviare le successive modifiche dei propri disposti a innovative sopravvenute risultanze provenienti direttamente da atti a contenuto squisitamente tecnico senza che le stesse siano previamente sottoposte a vaglio del potere legislativo (sollevando persino dubbi di legittimazione costituzionale dell'operato della pubblica amministrazione): un vero e proprio trasferimento di competenze dal piano di esercizio di poteri legislativamente definiti a quello dell'uso della ragione, come probabilmente direbbe F. Cammeo<sup>39</sup>. Nella delineata prospettiva, contesti e prassi inusitate finiscono col porre a carico delle amministrazioni pubbliche, gravi quanto inedite responsabilità quale conseguenza di determinazioni etero-indotte dal nuovo sistema, implementando ulteriormente, laddove non bastasse, i fondamenti delle logiche di una partecipazione procedimentale sostanziale (e non formalistica) di tutti gli interessi coinvolti.

La norma, ormai incapace di inglobare e governare l'universo giuridico, finisce con l'assumere spiccato carattere organizzatorio, limitandosi a garantire obiettivi minimi ovvero ad indicare ambiti di tutela, ma lasciando che la sussunzione del fatto nel sistema normativo, ai fini della individuazione della "regola del caso", avvenga attraverso la mediazione dell'interprete-funziario a seguito della valutazione e delle implicazioni di tutti gli interessi in gioco<sup>40</sup>. L'azione amministrativa diviene così essa stessa interprete e creatrice dei suoi

---

<sup>38</sup> Sul tema, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 380 ss. Sia consentito anche M.R. SPASIANO, *Il diritto amministrativo nell'era della trans-disciplinarietà*, in *Dir. e soc.*, 2021, p. 672 ss. Da ultimo, A. DE MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023.

<sup>39</sup> F. CAMMEO, nel suo *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, p. 195 s., sottolineava come l'applicazione di metodi scientifici o para-scientifici da parte di una pubblica amministrazione afferisse più all'"esercizio di una ragione che di un potere".

<sup>40</sup> Sulla incompletezza del dato normativo e l'esigenza del suo completamento mediante il procedimento, A. FALZEA, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999. Inoltre, A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004, p. 11 ss. Da ultimo, M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 30 s.

contenuti e tanto più, naturalmente, quanto maggiore è il tasso di discrezionalità di cui le sia dato disporre. La fine, insomma, del mito della esclusiva “onnipotenza del legislatore”, del suo monopolio nella definizione dell’interesse pubblico perseguito e l’avvio di una stagione che implica profondi ripensamenti non solo sulle funzioni e sui compiti dell’amministrazione, ma anche sugli ambiti e sulle modalità proprie del suo operato. Essa infatti costituisce ormai un soggetto operatore non solo esecutivo della legge, ma, in adempimento diretto di esigenze di giustizia che le attribuiscono inevitabilmente il compito di assegnare il senso ultimo all’ordinamento colmandone le inevitabili lacune, si erge a soggetto di mediazione tra gli interessi raccolti in sede procedimentale onde pervenire alla individuazione delle giuste regole dell’azione, muovendosi al fine sotto la guida dei principi generali dell’ordinamento e dei principi di settore.

È in questi termini che la partecipazione procedimentale si rivela quale vera e propria fonte necessaria di legittimazione del potere amministrativo.

Se la partecipazione è fonte di legittimazione del potere, la violazione delle sue norme o anche l’adempimento solo formale dei suoi precetti finiscono col tradursi, comunque, in altrettante ipotesi di illegittimità dell’uso del potere dal momento che in quel modo viene impedita l’acquisizione della necessaria massa critica di interessi solo in considerazione della quale è dato legittimamente disporre, per un’amministrazione. E non si tratterà della configurazione della tradizionale ipotesi di difetto di istruttoria, sanabile con successive integrazioni della stessa, o con il richiamo all’ipotesi di cui all’art. 21-*octies* della legge n. 241/1990 s.m.i., quanto di vera e propria carenza di legittimazione ad agire, in quanto tale non sanabile se non mediante una nuova istruttoria nell’ambito di un nuovo procedimento amministrativo<sup>41</sup>.

Il fenomeno in questione assumerà naturalmente maggiore rilevanza quanto più elevato sarà il tasso di discrezionalità adoperato.

Senza il corretto uso degli strumenti partecipativi volto a far emergere, sul piano della effettività del riconoscimento e della predisposizione delle eventuali successive garanzie, tutti gli interessi coinvolti nell’azione amministrativa, la pubblica amministrazione permane monca, priva cioè di una piena legittimazione ad agire. In quel caso, essa non sarà investita di (tutto) il potere necessario all’esercizio delle sue funzioni dal momento che la norma attributiva della competenza è (ormai) norma aperta e la sua corretta applicazione necessita di un corredo integrativo che può provenire solo dal compiuto e sostanziale uti-

---

<sup>41</sup> Sul punto, N. DURANTE, *I vizi formali del procedimento, alla luce decreto-legge “semplificazioni” e delle recenti pronunce dell’Adunanza Plenaria*, in *Riv. Corte Conti*, 6/2020, p. 62 ss.

lizzo dello strumento istruttorio procedimentale onde definire il proprio codice comportamentale<sup>42</sup>.

Alla luce delle esposte considerazioni, non si rivelano più accettabili affermazioni giurisprudenziali del tipo: “la motivazione finale di un provvedimento amministrativo non deve contenere un’analitica confutazione delle osservazioni procedimentali svolte dalla parte, ex art. 10-bis della l. n. 241/1990, reputando sufficiente che dalla motivazione si evinca che l’Amministrazione abbia nella sostanza tenuto conto, nel loro complesso, di quelle osservazioni e controdeduzioni per la corretta formazione della propria volontà e siano nella sostanza percepibili le ragioni del loro mancato recepimento”<sup>43</sup>. L’amministrazione non è chiamata a valutare “nel complesso” e/o tantomeno nella “sostanza”, le ragioni dei partecipanti al procedimento, ma in concreto, una per una, rendendo esplicitamente conto della eventuale inconsistenza e/o genericità delle argomentazioni addotte dall’amministrazione<sup>44</sup>.

I fenomeni evolutivi sociali, politici e istituzionali in atto sono davvero complessi<sup>45</sup>. Di tanto risulta pienamente conscio anche il potere giudiziario

<sup>42</sup> In uno studio risalente al 1994, G. BERTI (in *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994, p. 371), con consueta lungimiranza, rilevava: “L’amministrazione non è esecuzione delle leggi, allo stesso modo che non è libertà mercantile. Non può non accettare la direttiva del legislatore politico, ma non può neppure imporre al mercato imperativi e regole che questo non accolga e non faccia proprie. In realtà, l’amministrazione riceve impulsi normativi dall’una e dall’altra delle sfere or dette, ed è sua prerogativa ricavare dal confronto tra la direttiva del legislatore e la convenzione mercantile, ciò che costituisce appunto il proprio codice”.

<sup>43</sup> In termini, da ultimo, TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 5 giugno 2023, n. 3458; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 19 dicembre 2023, n. 7041.

<sup>44</sup> Al riguardo, la significativa e argomentata statuizione del TAR Campania, Napoli, Sez. III, 16 novembre 2020, n. 5262.

<sup>45</sup> Al riguardo, le riflessioni di D.-U. GALETTA, di cui al saggio *Il procedimento amministrativo come strumento di organizzazione e le conseguenze legate all’uso delle ICT*, in *Ist. fed.*, 2/2023, p. 294. La studiosa sottolinea che “Il procedimento amministrativo inteso come strumento di organizzazione (degli interessi) assume una valenza ancora più importante in un contesto di amministrazione che faccia uso delle tecnologie dell’informazione e comunicazione (ICT, se si utilizza l’acronimo della lingua inglese). Occorre infatti sottolineare come, al di là delle belle promesse, nei fatti la digitalizzazione rischi di travolgere del tutto la partecipazione al e nel procedimento amministrativo, in nome di ragioni di efficienza e rapidità decisionale”. Nelle conclusioni di quello studio (296) si rileva come “non vi siano obiezioni sostanziali rispetto alla scelta di consentire alle pubbliche amministrazioni di fare ricorso agli strumenti di automatizzazione della propria attività (...)”. Tuttavia, è necessario sottolineare che “questi strumenti debbono venire utilizzati dalle amministrazioni pubbliche in maniera

amministrativo che infatti si adegua se è vero, come è dato facilmente riscontrare, che esso da tempo opera mediante nuovi parametri di sindacato, parametri che, ove necessario (e questo accade il più delle volte), prescindono dalla applicazione di specifiche disposizioni di legge, talora tra esse contraddittorie, per ricorrere a principi guida (dell'ordinamento italiano ed europeo, generali e di settore): ciò avviene perché la composita e complessa realtà sottoposta al suo vaglio non risulta più misurabile in funzione della violazione di regole minuziose provenienti da innumerevoli e talora contraddittorie fonti del diritto, ma reclama di essere sindacata alla luce di principi-guida, persino valori dell'ordinamento, che le consentano di essere ricondotta in schemi ermeneutici coerenti e plausibili onde produrre gli effetti voluti (principio di risultato).

D'altronde, la proposta elaborata nel presente scritto appare acquisire ulteriore forza alla luce dell'entrata in vigore della novella di cui all'art. 1, comma 2, della legge n. 241/1990, nel testo introdotto dal d.l. n. 76/2020 (conv. in legge n. 120/2020), laddove esso dispone che "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede", norma evidentemente comportante l'obbligo di leale collaborazione proprio a cominciare dal procedimento amministrativo, una prospettiva decisamente antitetica rispetto al tradizionale, storico orientamento dei pubblici uffici<sup>46</sup>. E se la leale collaborazione è principio noto alla dottrina e alla giurisprudenza amministrativa (sebbene sinora affrontato prevalentemente sotto il profilo del rapporto tra enti o tra livelli istituzionali, secondo i canoni più volte indicati dalla Corte costituzionale ma ormai condivisi anche dal giudice amministrativo<sup>47</sup>), il principio di buona fede della pubblica am-

---

tale da consentire che il procedimento amministrativo continui ad assolvere anche alla sua essenziale funzione di organizzazione degli interessi. Solo così sarà possibile garantire che la digitalizzazione dell'amministrazione pubblica serva non solo allo scopo di rendere più rapida ed efficiente (in ipotesi) l'attività delle pubbliche amministrazioni. Ma anche allo scopo di garantire un'istruttoria più completa e quindi maggiormente corrispondente ai principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della nostra Costituzione, oltre che a quel diritto ad una buona amministrazione sancito espressamente dall'art. 41 della Carta dei diritti UE".

<sup>46</sup> Da ultimo, M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento nei confronti della p.a.: riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2021.

<sup>47</sup> In merito al principio di leale collaborazione, la Corte costituzionale ha da tempo chiarito che esso, in un ordinamento di tipo pluralistico come il nostro – fondato sia sulla distinzione fra le competenze, sia su una loro reciproca interferenza – è chiamato a garantire quel coordinamento e quella composizione di interessi necessari al fine di perseguire un complessivo disegno comune dell'azione della p.a. (cfr. Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 341; Corte cost.

ministrazione nei confronti del cittadino è per lo più ancora tutto da scrivere anche in considerazione delle conseguenze che esso è in grado di determinare<sup>48</sup>. L'adempimento di tale compito potrà magari aver luogo avvalendosi degli approdi ermeneutici espansivi ai quali sono approdate le più recenti elaborazioni dalla giurisprudenza civilistica, ben adusa a farvi ricorso, in particolare riconoscendo, in termini generali, che "Il principio di buona fede si concretizza nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e nel porsi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto. La buona fede pertanto si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte", ovvero che "la buona fede è un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta ... Il rispetto dei principi di correttezza e buona fede ..., espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe ... La violazione dei doveri di correttezza e buona fede costituisce inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato".

Orbene, l'attuazione della proposta elaborata nel presente studio – come già rilevato – presuppone una condizione necessaria, ossia una pubblica amministrazione consapevole, sensibile al riguardo e competente, in grado di governare i nuovi processi e modelli interpretativi.

---

14 dicembre 1998, n. 408). Interessante il disposto anche trasferibile nei contesti endo-procedimentali dell'azione amministrativa.

<sup>48</sup> Tra i pochi contributi, F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle Autonomie*, in *Annuario A.I.P.D.A. 2002, 2003*, p. 534 ss.; M. CAMMELLI, *I raccordi tra i livelli istituzionali*, in *Ist. fed.*, 6/2001, p. 1079 ss. Uno dei pochi studi sul tema della leale collaborazione in sede procedimentale, è F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995. Più recente, S. CIMINI, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimento della p.a.*, in *Persona e Amministrazione-P.A.*, 2018, p. 1. Interessanti spunti di riflessione in ordine al sindacato della buona fede da parte del giudice amministrativo in F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *www.federalismi.it*, 30 dicembre 2020, p. 42.



Siffatta pregiudiziale coinvolge allora la considerazione dei profili soggettivi del personale che opera presso la pubblica amministrazione e qui il discorso si complica ulteriormente, persino scoraggia l'investigatore poiché è fin troppo evidente come a fronte della presenza di risorse umane magari motivate, ancorché spesso numericamente inadeguate e persino prive degli strumenti necessari, si continui a versare in una condizione nella quale, pur in presenza di profondi mutamenti (persino epocali) riguardanti l'esercizio dei poteri pubblici negli ultimi decenni, non risulti essere stata ad oggi realizzata alcuna adeguata e qualificata azione formativa di rinnovamento e di aggiornamento professionale.

La cultura più diffusa nell'amministrazione centrale come in quelle locali, negli enti burocratici tradizionali come nelle più moderne autorità, continua prevalentemente a permanere quella di soggetti preposti all'esercizio di un potere sovraordinato, chiuso in sé stesso, tendenzialmente poco (o per nulla) incline ad essere compartido, misurato e tantomeno sindacato.

Formalistici e devianti meccanismi di valutazione della qualità delle prestazioni dei funzionari pubblici, fissazione di pseudo-obiettivi premiali solo fittiziamente legati al conseguimento di risultati, perdurante sottoposizione degli apparati burocratici a penetranti forme di ingerenza politica, confluenza di poteri di nomina e di revoca della dirigenza in capo agli organi politici, sono sotto gli occhi di tutti, mentre le riforme dell'apparato pubblico sin qui prodotte, ridotte massimamente a tagli e compressioni dell'azione procedimentale, sgravio di responsabilità per i funzionari amministrativi, continuano a non incidere nell'ambito della contestuale organizzazione delle competenze, che perdura in una condizione di eccessiva quanto insana frammentazione con polverizzazione dei soggetti agenti, finendo così col produrre farraginosità dell'attività e incentivo alla produzione di fenomeni di paralisi.

Non stupisce allora che la partecipazione, nelle sue diverse forme e manifestazioni, continui ad essere prevalentemente percepita dall'amministrazione pubblica quale (insopportabile) limite all'esercizio dei suoi poteri, ostacolo all'adozione delle scelte, strumento (defatigante) di intromissione nella sua discrezionalità: un'offesa all'esercizio della tradizionale azione sostanzialmente unilaterale, in sintesi un fattore ostativo all'azione. La risposta va ricercata in termini culturali e formativi.

## RILEGGENDO L'“ACCERTAMENTO AUTONOMO DEL RAPPORTO” DI GUIDO GRECO

*Aldo Travi*

SOMMARIO: 1. L'“accertamento autonomo del rapporto” e la tutela degli interessi “dinamici”.  
– 2. La ricerca di un equilibrio: l'azione di annullamento come modello, e non come soluzione generale. – 3. La strumentalità del processo amministrativo rispetto alla tutela degli interessi legittimi e il rapporto fra legge e interpretazione.

### 1. *L'“accertamento autonomo del rapporto” e la tutela degli interessi “dinamici”.*

All'origine della monografia di Guido Greco sull'“accertamento autonomo del rapporto”<sup>1</sup> vi era la convinzione che la concezione comune della tutela dell'interesse legittimo del cittadino nel caso dei c.d. interessi dinamici<sup>2</sup> fosse inadeguata: il giudizio sul silenzio, col risultato, allora pressoché pacifico, rappresentato dal mero accertamento dell'obbligo di provvedere, e il giudizio sul provvedimento negativo, col risultato, piuttosto deludente, di un annullamento che consentiva all'amministrazione di rinnovare con ampiezza il procedimento, sembravano destinati a perpetuare una condizione di inefficienza del processo amministrativo a tutto danno del cittadino. Guido Greco nella sua monografia proponeva di superare questa situazione, ammettendo un accertamento autonomo del rapporto che consentisse al giudice amministrativo di offrire una tutela più appropriata e finalmente coerente con il carattere “dinamico” dell'interesse del cittadino. Non si trattava, però, di una proposta “*de jure condendo*”: l'autore sosteneva che la soluzione dovesse ritenersi già praticabile sulla base della legislazione vigente e che il mutamento del modello fos-

---

<sup>1</sup> G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.

<sup>2</sup> Oggi, probabilmente, con espressione un po' banalizzante, si direbbe: “interessi pretensivi”.

se naturale, alla luce della specificità degli interessi “dinamici” e della esigenza di assicurare un livello di tutela omogeneo e di pari efficacia per ogni ordine di interesse devoluto al giudice amministrativo.

Chi analizzi le soluzioni proposte nel volume rileverà agevolmente il progresso rispetto ai contributi precedenti, che avevano cominciato a mettere in discussione alcuni postulati tradizionali sulle modalità di tutela degli interessi legittimi. Si pensi agli interventi di F. La Valle degli anni Sessanta<sup>3</sup>, o ai primi accenni a favore di un’azione dichiarativa nel processo amministrativo in alcuni scritti ben noti degli anni Cinquanta<sup>4</sup>, che però (come segnalava lo stesso Guido Greco) cercavano soprattutto di conservare l’utilità dell’azione di annullamento di fronte ad eventi sopravvenuti, come la revoca dell’atto impugnato, senza giungere a prospettare un accertamento autonomo del rapporto, o ad alcuni interventi incentrati su disposizioni molto particolari (come quelli che avevano tratto spunto, alla fine degli anni Settanta, dall’art. 28 del regolamento alla legge sul commercio – presto depotenziato dalla giurisprudenza e infine abrogato – che riconduceva all’annullamento del diniego il “diritto ad ottenere” l’autorizzazione commerciale richiesta<sup>5</sup>), o alle lamentele ricorrenti sulla scarsa utilità di un’azione sul silenzio meramente dichiarativa e all’auspicio di un intervento legislativo che traesse spunto dal modello tedesco dell’azione di adempimento<sup>6</sup>, o alla proposta di ammettere un’azione di adempimento che avesse come presupposto, però, una revisione della teoria dell’og-

---

<sup>3</sup> F. LA VALLE, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, p. 156 ss.; cfr. anche F. LA VALLE, *L’interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 764 ss. e p. 838 ss.

<sup>4</sup> E. GUICCIARDI, *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Giur. it.*, 1951, III, p. 121; E. CASETTA, *Osservazioni sull’ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, p. 155 ss.

<sup>5</sup> D.m. 28 aprile 1976, art. 28, comma 1: “Coloro a cui favore sia stato deciso in via definitiva un ricorso avverso il diniego all’autorizzazione hanno diritto ad ottenere dall’autorità competente il rilascio dell’autorizzazione per lo svolgimento dell’attività commerciale”. Cfr. in precedenza art. 62, comma 4, d.m. 14 gennaio 1972.

La portata di questa disposizione fu circoscritta dalla giurisprudenza successiva alle sole pronunce di annullamento che si fossero pronunciate su vizi di legittimità sostanziale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 1982, n. 620, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 1485, e Cons. Stato, Sez. V, 29 febbraio 1984, n. 203, in *Cons. Stato*, 1984, I, p. 175) e fu da ultimo omologata agli effetti di qualsiasi pronuncia di annullamento di un provvedimento negativo (Cons. Stato, Sez. V, 10 dicembre 1985, n. 468, in *Cons. Stato*, 1985, I, 1572).

<sup>6</sup> Cfr. F. MERUSI, *Verso un’azione di adempimento*, in *Il processo amministrativo*, Milano, 1979, p. 331 ss.

getto del processo amministrativo, sulla linea della concezione di Piras<sup>7</sup>. L'analisi svolta nella monografia sull'“accertamento autonomo del rapporto” ha introdotto per la prima volta una riflessione organica sull'argomento.

Non deve stupire, quindi, che le considerazioni svolte nel volume mantengano una loro attualità che non è per nulla attenuata dall'evoluzione recente della disciplina del processo amministrativo, contrassegnata prima dall'assegnazione al giudice amministrativo di una cognizione più “estesa” nel giudizio sul silenzio<sup>8</sup> e poi dall'introduzione di una vera e propria azione di adempimento nel codice del 2010<sup>9</sup>. Certamente il volume di Guido Greco è importante per comprendere il senso di questa evoluzione e per assegnare il giusto significato alle innovazioni legislative. Leggendolo si comprende, per esempio, che queste innovazioni non possono essere lette nella prospettiva di una integrazione del modello incentrato sull'azione di annullamento, ma vanno valutate più in profondità, come espressione dell'esigenza di superare l'unicità di quel modello e di introdurre, sullo stesso piano, altri modelli di azioni. E proprio perché si tratta di “altri modelli”, la loro applicazione non può essere risolta in un sistema di azioni fra loro omologabili in funzione dell'azione di annullamento, ma testimonia la compatibilità col processo amministrativo di una varietà di modalità diverse di cognizione. L'accertamento “autonomo” del rapporto risulta possibile, anzi necessario, per la tutela del cittadino in situazioni diverse da quelle determinate da provvedimenti latamente ablativi<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Si tratta della concezione espressa da A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. I e vol. II, Milano, 1962.

<sup>8</sup> Art. 3, comma 6-*bis*, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif., in legge 14 maggio 2005, n. 80.

<sup>9</sup> O, meglio, nel codice nel testo risultante dalle modifiche apportate dal secondo decreto “correttivo” (cfr. art. 1, comma 1, lett. e), d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160).

<sup>10</sup> Una tematica diversa, e a mio parere meno problematica, concerne l'ammissibilità di azioni di mero accertamento per verificare la formazione del silenzio-assenso o la legittimazione a dar corso a interventi o attività sulla base di una segnalazione certificata di inizio attività (cfr. artt. 19 e 20 della legge n. 241/1990). Questa tematica sta appassionando la giurisprudenza più recente (cfr. Trib. reg. giust. amm. Trentino Alto Adige, Trento, 3 giugno 2022, n. 105, in *Dir. proc. amm.*, 2023, p. 399 ss., con nota di V. DI CAPUA, *Richiesta di attestare un pregresso silenzio-assenso e rimedi a disposizione nei confronti dell'amministrazione inadempiente*; cfr. anche A. BERRETTINI, *Azione di mero accertamento, regime del silenzio assenso ed inefficacia provvedimentoale: nuova linfa alla tutela dichiarativa nel processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, p. 546). Concerne un'azione di mero accertamento, con la finalità caratteristica di superare una situazione di incertezza: si tratta di un quadro differente da quello considerato da Guido Greco nella sua monografia, anche se le conclusioni dell'autore, sulla necessità di

Nello stesso tempo il volume consente di misurare, oltre agli sviluppi recente della legislazione (e della giurisprudenza), anche le incertezze, spesso meno facili da cogliere, che li hanno accompagnati. Rivela la contingenza di certe soluzioni, come per esempio quella accolta dal codice del 2010 di rendere ancillare l'azione di adempimento rispetto all'azione sul silenzio e, in termini ancora più netti, rispetto a quella di annullamento del provvedimento negativo<sup>11</sup>. Si è trattato indubbiamente di una soluzione legittima, ma che rivela diffidenza e compromesso, come se l'azione di accertamento del silenzio e quella di annullamento del provvedimento negativo fossero postulati imprescindibili per una cognizione del giudice amministrativo estesa al rapporto nei termini illustrati invece da Guido Greco nel suo volume del 1980.

## *2. La ricerca di un equilibrio: l'azione di annullamento come modello, e non come soluzione generale.*

Il volume del 1980 sull'accertamento autonomo del rapporto, però, presenta oggi anche ulteriori ragioni di interesse. Innanzi tutto colpisce che, pur nella ricerca di soluzioni nuove, l'autore fosse stato capace di esprimere sempre un equilibrio di fondo fra i temi particolari trattati e le tematiche generali del processo amministrativo e del diritto amministrativo.

Prospettare nel processo amministrativo la possibilità di un accertamento autonomo del rapporto significava muoversi in un ambito che era ben diverso da quello definito dall'azione di annullamento. Il primo criterio discrezionale era rappresentato perciò dalla distinzione fra le ragioni generali del processo amministrativo e quelle specifiche dell'azione di annullamento, e dal superamento della concezione che ricercava anche le prime nella disciplina specifica dell'azione di annullamento.

La distinzione emerge con chiarezza nelle riflessioni dell'autore sui motivi del ricorso. Nell'azione di annullamento essi si identificano pacificamente con i vizi di legittimità del provvedimento impugnato. Uno svolgimento diverso viene invece prospettato rispetto al giudizio sul silenzio e rispetto al giudizio contro provvedimenti negativi. Il giudizio sul silenzio non può ammettere motivi del ricorso – come sono invece i tre vizi tradizionali di legittimità – che

---

adottare modelli di azione adeguati alle caratteristiche dell'interesse fatto valere avanti al giudice amministrativo, certamente contribuiscono a sostenere la soluzione affermativa.

<sup>11</sup> Art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., nel testo modificato dall'art. 1, d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160.

postulino l'esercizio della funzione amministrativa: se si supera il modello del mero accertamento dell'inerzia dell'amministrazione, col ricorso deve poter assumere diretto rilievo la pretesa a un esito positivo del procedimento. La stessa soluzione si profila, secondo l'autore, anche nel giudizio nei confronti del provvedimento negativo.

Al centro del processo amministrativo va collocata non l'azione di annullamento, ma la tutela dell'interesse legittimo. L'autore lo ricorda più volte, sottolineando come il punto di partenza, dopo la Costituzione, debba identificarsi con l'art. 24 e con l'art. 103 Cost., che appunto hanno come oggetto la tutela dell'interesse legittimo in ogni sua espressione. Questa tutela non può essere ancorata alle patologie su cui si fonda l'azione di annullamento (emblematiche le pagine dedicate all'impossibilità di ricondurre la tutela nei confronti del silenzio anche alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere), ma richiede “schemi concettuali nuovi”. L'accertamento autonomo del rapporto è l'accertamento della fondatezza di una pretesa, accertamento che il giudice amministrativo deve essere in grado di compiere se si voglia assegnare alla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo un valore concreto anche in presenza di interessi “dinamici”.

Con ciò Guido Greco non ricadeva nella retorica, quanto mai attuale, della trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto in giudizio sul c.d. rapporto. L'azione di annullamento di un provvedimento “ablativo” rimane sempre un'azione incentrata su un atto. Ancora una volta l'autore evita comode generalizzazioni e afferma invece l'esigenza di una riflessione misurata su una pluralità di modelli che vanno armonizzati nel processo amministrativo perché sono un riflesso dei modi oggettivamente diversi con cui si configura la relazione fra cittadino e amministrazione.

Inoltre, pur nella varietà dei modelli, si coglie con chiarezza lo scrupolo di riconoscere modelli pur sempre compatibili coi limiti generali del sindacato giurisdizionale rappresentati dal sindacato di legittimità. Questi limiti generali non sono esclusivi dell'azione di annullamento. Essi infatti sono rappresentati, in primo luogo, dal nucleo della discrezionalità amministrativa. Guido Greco si dimostrava consapevole della possibilità di paradigmi diversi, che erano stati rispecchiati nelle leggi sul contenzioso amministrativo precedenti alla riforma del 1865 e che avrebbero trovato un riscontro in alcune proposte dottrinali che avevano preceduto la legge sui Tar<sup>12</sup>. Il paradigma entro cui si muovevano

---

<sup>12</sup> Si tratta di modelli che non sono per nulla estranei alla tradizione occidentale: si pensi, per esempio, alla giustizia amministrativa in Austria, con riferimento alla giurisdizione dei giudici amministrativi periferici (cfr. i contributi sul rapporto fra giustizia amministrativa e amministrazione in Austria, pubblicati in *Landesverwaltungsgerichtsbarkeit*, a cura di Bußjäger, Gamper, Ranacher, Vienna 2017). Quanto alle proposte dottrinali che, prima dell'istituzione

le sue riflessioni rispettava pienamente l'esigenza di salvaguardare lo spazio tipico riservato all'amministrazione. In gioco è un profilo strutturale, che l'autore aveva riscontrato anche nell'esame approfondito da lui condotto sull'azione di adempimento introdotta nel processo amministrativo in Germania.

Anche in questo caso si tratta di una conclusione che oggi è sancita espressamente nel codice del processo amministrativo, proprio nelle disposizioni che postulano un accertamento autonomo del rapporto<sup>13</sup>.

Rileggere oggi il volume di Guido Greco offre, però, ulteriori occasioni di riflessione.

### *3. La strumentalità del processo amministrativo rispetto alla tutela degli interessi legittimi e il rapporto fra legge e interpretazione.*

Il volume esprime certamente una posizione innovativa, a sostegno di una strumentalità del processo amministrativo alla figura dell'interesse legittimo che in passato sembrava appannata dalla esclusività dell'azione di annullamento. Le riflessioni più intriganti nascono, però, da una prospettiva differente.

L'autore sviluppa con cura lo schema concettuale "nuovo" nel quale confida, ma nello stesso tempo si impegna ad ambientarlo nel quadro dei principi già riconosciuti. Innanzi tutto l'accertamento autonomo è possibile perché il potere amministrativo è un potere regolato da norme giuridiche. Di conseguenza, come si è già accennato, il sindacato del giudice amministrativo rimane pur sempre un sindacato di legittimità, indirizzato alla verifica della conformità dell'azione amministrativa rispetto all'ordinamento, e la discrezionalità amministrativa ha un nucleo che rimane intangibile per il giudice (pertanto, quando sia in gioco una discrezionalità, l'accertamento autonomo è necessariamente limitato). Anche certe proposte innovative di rielaborazione dell'oggetto del processo amministrativo<sup>14</sup> non vengono ritenute di per sé decisive, a favore della soluzione proposta dall'autore.

---

dei Tar, avevano sostenuto l'opportunità di assegnare in termini generali ai giudici amministrativi di primo grado anche una giurisdizione di merito: cfr. F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Vicenza, 1969, p. 205 ss., U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive dl sindacato di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito*, Firenze, 1969, oggi in *Scritti scelti*, Padova, 1999, p. 151 ss., specialmente p. 171 ss.

<sup>13</sup> Art. 31, comma 3, e art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.

<sup>14</sup> Si pensi, in particolare, alla rielaborazione proposta da A. PIRAS, *Giudizio amministrativo e interesse legittimo*, cit.

In questo quadro, obiettivo dell'indagine non era sollecitare un intervento legislativo, ma era verificare se la soluzione proposta fosse compatibile con l'assetto vigente. A questo fine non era richiesto di sovvertire i principi sulla tutela degli interessi legittimi, ma era necessario riconoscere che, nonostante autorevoli prese di posizione in senso contrario, i caratteri dell'interesse legittimo non potevano dedursi dall'azione di annullamento<sup>15</sup>. Si doveva riconoscere invece che, a maggior ragione nel caso di interessi “dinamici”, l'interesse legittimo aveva una componente essenziale di “pretesa”.

L'autore sembrava confidare nella capacità della giurisprudenza amministrativa, prima ancora del legislatore, di fare propri questi argomenti e nel volume era posto in evidenza come nelle pronunce dell'adunanza plenaria del 1978 (in particolare in quelle sul “silenzio”<sup>16</sup>) si cogliessero già spunti importanti. D'altra parte proprio alla giurisprudenza amministrativa erano dovuti gli sviluppi più importanti sui modelli alternativi all'azione di annullamento: si pensi alla giurisprudenza degli anni Trenta sulla tutela dei diritti patrimoniali avanti al giudice amministrativo. Dunque a maggior ragione si doveva ammettere uno spazio per configurare nel processo amministrativo alternative reali all'azione di annullamento. Nello stesso tempo, però, solo una cognizione che implicasse l'accertamento da parte del giudice di tutti i “fatti” rilevanti poteva realizzare il modello nuovo auspicato. Un accertamento autonomo non è possibile e diventa illusorio se il giudice amministrativo non svolge un'istruttoria completa sui fatti o si ritrae in presenza di vicende tecnicamente complesse. Guido Greco riconosceva espressamente che i giudici amministrativi in questo ambito erano ancorati a schemi piuttosto rigidi e autoreferenziali. Anche di queste considerazioni la dottrina e la giurisprudenza sono chiamate oggi a fare tesoro.

Il ragionamento svolto dall'autore per affermare la possibilità di un accertamento autonomo del rapporto da parte del giudice amministrativo merita una particolare attenzione. Guido Greco segue un criterio di lettura basato sulla effettività della tutela giurisdizionale, intesa (non nei modi ideologici e strumentali con cui viene talvolta invocata ai nostri tempi, ma) come ragione che sollecita una adeguatezza della tutela rispetto alle caratteristiche delle situazioni giuridiche tutelate e che non si rassegna a soluzioni scarsamente con-

---

<sup>15</sup> G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., p. 114, con la critica alla posizione di Allorio (ma anche, aggiungerei, almeno indirettamente a quella di Garbagnati).

<sup>16</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 10 marzo 1978, n. 10, che conteneva affermazioni (in genere non riproposte dalla giurisprudenza successiva) a sostegno di un sindacato più ampio sul silenzio dell'amministrazione.



cludenti sul piano pratico<sup>17</sup>. In questo contesto, una volta verificata la coerenza della soluzione con i principi, decisiva risulta l'insussistenza di disposizioni che escludano la soluzione stessa, mentre diventa recessiva l'obiezione secondo cui nel processo amministrativo un modello d'azione diverso dall'azione di annullamento avrebbe richiesto un fondamento positivo. Fra l'altro nel suo volume l'autore non mancava di segnalare l'emersione nel diritto positivo di alcune previsioni che sembravano avvalorare la sua tesi: si pensi al singolare istituto previsto dall'art. 33, comma 2, del testo unico del Consiglio di Stato del 1934 (e già contemplato nei precedenti testi, a partire dall'art. 27 della legge Crispi)<sup>18</sup>, che finiva col testimoniare la possibilità di una pronuncia giurisdizionale, nei limiti del sindacato di legittimità, nonostante che un atto amministrativo non fosse stato ancora emanato. Anche in questo modo si traeva una conferma della necessità di superare l'omologazione della giurisdizione di legittimità con l'impugnazione di atti amministrativi per vizi di legittimità.

Rispetto alla soluzione complessiva la posizione illustrata con ampiezza d'argomenti da Guido Greco non coincide pienamente con quella che a me pare più convincente e la divergenza non è di scarso rilievo, perché attiene in ultima analisi al peso istituzionale che viene assegnato alla legge, ossia alle scelte concrete del legislatore. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, a mio parere, rappresenta un canone fondamentale per l'interpretazione della legge processuale, ma non consente di introdurre istituti non contemplati dal diritto positivo. Il ruolo della legge nella disciplina del processo non mi sembra superabile<sup>19</sup> e la circostanza che soluzioni differenti siano idonee a costruire risultati più appaganti, in termini di pienezza della tutela giurisdizionale, non risulta decisivo<sup>20</sup>. Ricostruire un assetto diverso pone in discussione alcu-

---

<sup>17</sup> G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., p. 102, dove traendo spunto dall'elaborazione giurisprudenziale della categoria degli atti paritetici, l'autore afferma "il cennato indirizzo giurisprudenziale a me pare espressione di una realtà ipostatica che non può essere disconosciuta ad alcun sistema giurisdizionale e che consiste nella necessità di adeguare – nei limiti consentiti dalla legge – la struttura del giudizio alla particolare situazione sostanziale che è preordinato a tutelare".

<sup>18</sup> Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Osservazioni intorno all'art. 33 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 371 ss. La disposizione è stata espressamente abrogata. Le ragioni dell'abrogazione di questa disposizione non sono del tutto chiare, ma resta comunque il fatto che dall'abrogazione non si può desumere alcun argomento contrario alle tesi di Guido Greco.

<sup>19</sup> Ciò vale, a maggior ragione, dopo la riforma dell'art. 111 Cost. e l'affermazione nel comma 1 del ruolo della legge anche nell'attuazione del principio del giusto processo ("... regolato dalla legge").

<sup>20</sup> A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del*

ni canoni basilari per la disciplina del processo e introduce un ruolo “creativo” dell'interpretazione giuridica che mi sembra piuttosto rischioso e comunque dissonante rispetto all'assetto vigente. La stessa distinzione istituzionale fra il legislatore e la giurisprudenza finisce col risultare meno netta.

Si tratta di temi anche oggi di grande attualità e il dibattito in corso proprio in questi ultimi anni conferma l'importanza delle diverse prospettive in discussione<sup>21</sup>. Anche in questo contesto, però, il volume di Guido Greco risulta esemplare, per l'equilibrio dimostrato, pur nell'elaborazione di soluzioni nuove, riaffermando i principi realmente basilari ed evitando indebite generalizzazioni. Il senso costante della “misura” rende più intenso e coinvolgente l'insegnamento dell'autore<sup>22</sup>.

Non si può tacere, infine, che le vicende successive all'entrata in vigore del codice sembrano aver dato ragione a Guido Greco. Infatti l'introduzione in via generale dell'azione di adempimento è stata realizzata in occasione del secondo correttivo utilizzando formule elusive, che assumevano come già acquisita la vigenza di una tale azione<sup>23</sup>, invece che con formule che esprimessero il carattere innovativo della sua previsione.

---

*nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali* (Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 23-25 settembre 2010), Milano, 2011, p. 75 ss.

<sup>21</sup> Si veda, da ultimo, F. SAIITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2022. Queste tematiche, riferite però principalmente alla giustizia costituzionale, sono al centro anche delle riflessioni di M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

<sup>22</sup> Anche in questo senso forte della “misura” si coglie la continuità fra la riflessione scientifica di Guido Greco e l'insegnamento del suo Maestro, Antonio Amorth.

<sup>23</sup> Basti pensare alla stessa formulazione dell'art. 34, comma 1, c.p.a., nel testo modificato dall'art. 1, d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160.



## LA MOTIVAZIONE “RAFFORZATA” DELLA GESTIONE *IN HOUSE*

*Francesca Trimarchi Banfi*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Funzione della motivazione rafforzata. – 3. Lo schema legale di motivazione. – 4. La giustificazione del mancato ricorso al mercato. – 5. La congruità economica dell’operazione. – 6. Lo scrutinio giudiziale della motivazione rafforzata. – 7. La prassi. Congruità economica e convenienza economica – 8. La prassi. I vantaggi del modello *in house*. – 9. Conclusioni.

### 1. *Premessa.*

Nella motivazione con la quale un’amministrazione spiega perché ha deciso di ricorrere all’*in house* per la gestione di un certo servizio ci si aspetterebbe di trovarvi illustrati in primo luogo i riflessi operativi dei vantaggi tipici di quella forma organizzativa. Se, però, guardiamo lo schema che l’art. 192, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016 prima e l’art. 7, comma 2 del d.lgs. n. 36/2023 dopo prescrivono per motivare la decisione di optare per la gestione *in house* vediamo che le ragioni da spiegare riguardano altro: la congruità economica dell’operazione, l’economicità, l’efficienza, l’ottimale impiego delle risorse pubbliche, oltre alle più generali finalità, quali la socialità e l’universalità del servizio. Tutte qualità che si addicono all’organizzazione dei servizi pubblici in generale, qualunque sia la forma di gestione prescelta.

La peculiarità dei contenuti dello schema legale di motivazione si deve al fatto che alle ragioni che devono essere esposte nella motivazione corrispondono altrettanti risultati che si vorrebbero garantiti dalla gestione *in house*. Attraverso la motivazione, gli articoli citati intendono promuovere un ricorso ragionato al modello *in house*: le qualità del servizio elencate dallo schema legale sono i criteri per verificare la ragionevolezza del ricorso all’autoproduzione nel caso concreto.

La predeterminazione legale del processo conoscitivo e valutativo attraverso

il quale prende forma la decisione amministrativa discrezionale è inusuale, e procede dal sospetto nei confronti del modello organizzativo *in house*. Quanto tale sospetto sia fondato non interessa qui. Si vorrebbe, invece, chiarire in che senso i fatti-motivi elencati nello schema legale siano oggetto di dimostrazione da parte dell'amministrazione e, in caso di controversia, siano verificabili da parte del giudice.

La questione così posta riceve risposte diverse secondo che la motivazione "rafforzata" sia intesa come il mezzo per contenere il ricorso all'*in house* o, invece, come strumento diretto a razionalizzarne l'impiego, correggendo difetti che non sono imputabili al modello organizzativo in sé considerato, bensì ad un ricorso al modello non sufficientemente ponderato, che non abbia valutato in che misura, nel caso specifico, l'autoproduzione sia una scelta di buona amministrazione. Per l'interpretazione dello speciale onere di motivazione si farà riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

## 2. Funzione della motivazione rafforzata.

Il senso della serie di motivi che figurano nello schema legale è esplicitato dall'art. 192, comma 2, dove si legge che con la motivazione il decidente deve dare conto "delle ragioni del mancato ricorso al mercato". La formula non compare nella versione del nuovo codice, ma la sostanza non cambia. Inoltre, l'interpretazione della motivazione rafforzata si è andata delineando nella vigenza dell'art. 192, comma 2, al quale si farà dunque riferimento nelle considerazioni che seguono.

La formula citata più sopra suggerisce che con la motivazione rafforzata si intende assicurare che l'autoproduzione non comprometta i risultati che sono considerati essenziali, e che potrebbero essere messi a rischio dal mancato ricorso al mercato. Più precisamente, la prescrizione di giustificare il mancato ricorso al mercato presuppone che la messa in gara degli aspiranti affidatari del servizio sia il mezzo che garantisce la scelta migliore. Dato questo presupposto, la specificazione dei motivi del ricorso all'autoproduzione supplisce all'assenza, nell'affidamento diretto, della garanzia che viene associata alla messa in gara del servizio. Per questa ragione, l'autoproduzione richiede una giustificazione che attesti che la qualità del servizio e la sua economicità non saranno pregiudicate. Se la giustificazione c'è, l'*in house* è una soluzione organizzativa non meno adeguata delle forme alternative di gestione del servizio.

L'aggravamento della motivazione non mira a "contenere" il ricorso all'au-

toproduzione, né esprime sfavore per il modello *in house*, come talvolta si legge nella giurisprudenza<sup>1</sup>. E neppure si risolve in una “restrizione delle ipotesi nelle quali il ricorso alla gestione *in house* del servizio è consentito e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell’affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica”<sup>2</sup>, come si legge nella sentenza che la Corte costituzionale ha pronunciato sulla questione di legittimità dell’art. 192, comma 2<sup>3</sup>.

Il contenimento dell’organizzazione *in house* potrà essere, eventualmente, la conseguenza della motivazione rafforzata, ma la funzione assolta da quest’ultima è di supplire all’assenza dei meccanismi concorrenziali, non di contrastare l’impiego dell’*in house*. Se si conviene sulla differenza tra gli effetti giuridici della motivazione e le conseguenze di fatto della medesima, ne segue che il modello *in house*, in sé considerato, non risulta declassato dalla disciplina in esame, e che i vantaggi del modello hanno pieno titolo per entrare nel bilancio che conduce alla decisione circa la gestione del servizio<sup>4</sup>.

Parlando della motivazione rafforzata come “supplenza” rispetto alla garanzia “automatica” che la scelta compiuta sarà la migliore, si intende mettere in evidenza il profilo positivo della motivazione rafforzata, che consiste in questo, che se lo schema legale di motivazione è osservato, è anche assicurata la considerazione degli aspetti essenziali per la buona gestione del servizio. La motivazione rafforzata è dunque intesa a razionalizzare il ricorso all’*in house*, non a contrastarlo.

---

<sup>1</sup> È frequente il richiamo allo sfavore per la gestione *in house*, e la qualificazione di tale gestione come “residuale” o “subalterna”: Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023; Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351; Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102; Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8028; Sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564; Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444.

<sup>2</sup> Sentenza n. 100/ 2020, par. 9.2. Il passaggio trascritto è tratto dalla sentenza che, a suo tempo, ha assolto dai dubbi di legittimità l’art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, e che la Corte cita in quanto estensibile al caso dell’art. 192, comma 2. Si ricorderà che l’art. 23-*bis* ammetteva la gestione *in house* solo in presenza di situazioni eccezionali, che non consentissero il ricorso al mercato; l’articolo è poi stato abrogato con referendum.

<sup>3</sup> La questione di legittimità sottoposta alla Corte riguardava la rispondenza dell’art. 192, comma 2 ai criteri direttivi posti dalla legge delega. L’affermazione trascritta nel testo si inserisce nell’illustrazione della linea restrittiva nei confronti del ricorso all’affidamento diretto, che è costante nella legislazione degli anni recenti.

<sup>4</sup> Questo aspetto della questione sarà trattato più estesamente nel paragrafo che segue.

### 3. Lo schema legale di motivazione.

La prima domanda che lo schema legale di motivazione solleva è se esso lasci liberi gli enti interessati di addurre anche gli altri motivi che sono intervenuti nella scelta compiuta. La risposta positiva sembrerebbe scontata: lo schema legale impone all'ente di valutare alcuni fatti che sono rilevanti per la scelta, ma non per questo esclude dalla motivazione le altre ragioni della decisione. L'obbligo motivazionale rafforzato impone alcuni passaggi del processo cognitivo e valutativo che conduce alla decisione, e così facendo influisce sul bilancio complessivo dei risultati attesi, ma nel bilancio restano comunque inclusi gli altri fatti e le altre valutazioni pertinenti che il decidente ha ritenuto rilevanti – tra i quali, ovviamente, i vantaggi dell'autoproduzione. Questa interpretazione non mette in discussione la natura derogatoria dell'organizzazione *in house* – che è insita nella sottoposizione della relativa scelta ad una motivazione speciale – e, insieme, rispetta i caratteri del mezzo impiegato per assicurare che la scelta sia conforme ai canoni della buona amministrazione: la motivazione della scelta compiuta.

La conclusione di alcuni giudici è diversa: lo schema legale di motivazione escluderebbe la rilevanza di fatti-motivi tratti dai caratteri del modello *in house*, proprio perché “intrinseci” a tale modello – che la legge considererebbe recessivo. I motivi connaturati al modello internalizzato di produzione “non possono essere validati come specificamente idonei a giustificare, secondo lo stringente paradigma posto dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, il ricorso alla soluzione organizzativa residuale *de qua*”<sup>5</sup>. La tesi procede dall'idea che la motivazione rafforzata abbia la funzione di contenere il ricorso all'*in house*, anziché quella di assicurare la rispondenza della gestione alla buona amministrazione. Le ragioni che si oppongono all'idea del contenimento sono state esposte più sopra; conviene ora aggiungere una considerazione sulla presunta *ratio legis* che viene posta a fondamento di quell'idea.

La *ratio legis* è insita negli effetti giuridici della norma, non nell'intento del legislatore ricavato da elementi esterni – come l'indirizzo della legislazione del passato, che ammetteva la gestione *in house* solo in casi eccezionali. Se il legislatore ricorre alla motivazione del provvedimento amministrativo per *rendere possibile la verifica della* rispondenza della gestione *in house* a certe finalità, i

---

<sup>5</sup> Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102. Secondo Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2022, n. 2947 gli obiettivi da conseguire attraverso la gestione *in house* devono essere “percepibili al di fuori della dimensione meramente organizzativa dell'Amministrazione” (par. 11.3); uguale affermazione si legge in Cons. Stato, Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, par. 8.

caratteri della motivazione degli atti amministrativi restano fermi. Funzione della motivazione, ancorché rafforzata, resta quella di dare conto dei fatti e delle ragioni che hanno determinato la decisione. Interpretare secondo l'indirizzo della legislazione del passato la norma che prescrive alcuni passaggi della motivazione, o meglio integrare la norma con la previsione del carattere chiuso dell'elenco delle ragioni della decisione, contraddice l'essenza stessa della motivazione. E se il mezzo (la motivazione) appare inadeguato allo scopo che si presume perseguito dal legislatore, non spetta al giudice supplire alle deficienze del mezzo, in nome di una *ratio legis* che non è tale: la supposta volontà del legislatore non è la volontà della legge.

La tesi che vorrebbe sgombrare il campo dai motivi che depongono in favore dell'autoproduzione non risulta prevalente nella giurisprudenza, ma si accorda con l'indirizzo, diffuso, che riduce il confronto tra l'autoproduzione e il ricorso al mercato alla comparazione delle condizioni economiche dello scambio che sono formalizzate nel contratto tra affidante e affidatario con le condizioni che sarebbero risultate se fosse stata indetta una gara.

#### 4. *La giustificazione del mancato ricorso al mercato.*

I fatti-motivi che devono giustificare la gestione *in house* non sono omogenei: alcuni rimandano alla valutazione di dati attuali – come la congruità economica dello scambio – altri sono identificati dall'attitudine a perseguire obiettivi – come l'universalità e la socialità.

La difficoltà di dare conto delle qualità elencate in assenza di parametri di riferimento precisi può essere superata se all'elenco è attribuita la funzione di assicurare che la decisione sia assunta con la consapevolezza degli aspetti che sono rilevanti per la qualità del servizio e per la finanza pubblica, senza la pretesa che sia dimostrata l'entità dei benefici attesi. Il che è coerente con il carattere discrezionale della decisione di cui si tratta.

Al contrario, vi è una giurisprudenza che supera la difficoltà ora prospettata affermando che la gestione *in house* è legittima soltanto in presenza di un “sostanzialmente dimostrato fallimento del mercato” in ordine agli obiettivi elencati nello schema legale di motivazione. Il fallimento del mercato si considera dimostrato quando nessun operatore economico è disponibile a rendere il servizio alle condizioni offerte dal soggetto *in house*<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023, par. 10.4; Sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564, par. 5.4.



La tesi che vorrebbe limitare l'autoproduzione all'ipotesi di irreperibilità di condizioni contrattuali alternative almeno equivalenti a quelle offerte dal soggetto *in house* potrebbe addurre a conferma dell'assunto la formula dell'art. 192, comma 2, che richiede la giustificazione del "mancato ricorso al mercato". Conviene dunque soffermarsi sull'interpretazione di questa formula, iniziando con la traduzione della formula in termini giuridici: mancato ricorso al mercato sta per mancato ricorso alla procedura di gara.

Posta l'alternativa tra la gara e l'autoproduzione, giustificare il mancato ricorso alla gara parrebbe cosa non diversa dal giustificare la scelta opposta, cioè la preferenza per l'autoproduzione. L'equivalenza dei due modi di presentare la motivazione della scelta viene meno se si suppone che l'elenco delle qualità enumerate nello schema legale di motivazione esaurisca i fatti-motivi che possono essere adottati a sostegno della decisione: se i vantaggi dell'autoproduzione non trovano posto nella motivazione, il confronto tra le modalità alternative di gestione risulta circoscritto alle sole condizioni contrattuali. In quest'ordine di idee, il mancato ricorso al mercato potrebbe avere una sola giustificazione: che le condizioni offerte dal soggetto *in house* siano migliori di quelle ottenibili con la gara.

In questa interpretazione il congegno messo in atto con la motivazione rafforzata simula la concorrenza che non c'è stata, e nella simulazione il risultato dell'ipotetica gara è il termine di riferimento per il giudizio circa la scelta che deve essere compiuta in ordine alla gestione del servizio. Le condizioni che l'ente responsabile stabilisce per la provvista del servizio da parte di una propria articolazione organizzativa costituiscono "l'offerta" del soggetto *in house*<sup>7</sup>, idealmente comparabile con le offerte che sarebbero state suscitate dall'indizione della gara.

Una tale simulazione comporta delle incognite, e queste incognite sono fisiologiche quando la simulazione serve ad orientare l'ente responsabile nella scelta tra l'autoproduzione e la gara; non si può dire altrettanto se le incognite si trasformano, nel giudizio di legittimità della scelta, in fatti la cui acquisizione sia richiesta per la sufficienza dell'istruttoria amministrativa – come avviene quando il giudice censura l'amministrazione per non aver dimostrato che la gara non avrebbe consentito di ottenere le utilità particolari offerte dalla gestione *in house*<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> La finzione di un contratto che sostanzialmente non è tale è messa in luce da G. Greco con riferimento al rischio operativo della concessione, del cui effettivo trasferimento sul concessionario è dato dubitare. V. G. GRECO, *Concessioni affidate alle società in house: una contradictio in adjecto*, *Giustizia insieme*, 2021 (8 marzo 2021).

<sup>8</sup> Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102 censura la motivazione che prospetta i

La giurisprudenza in merito alla “congruità economica” dell’offerta del soggetto *in house* mostra le incognite del confronto dell’offerta suddetta con i risultati della gara che non ha avuto luogo.

### 5. *La congruità economica dell’operazione.*

Nell’art. 192, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016 l’elenco dei fatti-motivi dei quali la motivazione deve dare conto è preceduto dalla previsione che l’affidamento *in house* sia disposto avendo preventivamente valutato la congruità economica dell’offerta dei soggetti *in house*; la formula non compare nel corrispondente articolo del nuovo codice dei contratti pubblici, il quale accomuna la congruità economica della prestazione alle altre qualità del servizio che sono oggetto di valutazione. La formula merita attenzione, dato che la giurisprudenza non è verosimilmente destinata a cambiare in conseguenza della diversa collocazione della congruità economica nel testo dell’art. 7 del nuovo codice<sup>9</sup>.

Il fatto che la valutazione della congruità economica dello scambio preceda l’elenco dei risultati attesi dalla gestione *in house* non ne modifica la posizione agli effetti del sindacato giurisdizionale: si tratta di un elemento dell’istruttoria che l’amministrazione dovrà svolgere per decidere dell’organizzazione del servizio, e che confluirà nella motivazione della scelta in favore dell’autoproduzione.

Di fatto, la congruità economica costituisce il banco di prova della idoneità della motivazione a giustificare la scelta compiuta, forse perché è l’elemento che sembra meglio prestarsi ad un riscontro. Resta da chiarire cosa s’intenda per congruità economica – questione che è uno dei motivi più frequenti di contenzioso, insieme a quello della sussistenza del controllo analogo.

Il legislatore ha dato un’interpretazione autentica della formula anzidetta con l’art. 10, comma 3 del d.l. n. 77/2021: “Ai fini dell’art. 192, comma 2 del decreto legislativo n. 50 del 2016 la valutazione della congruità economica dell’offerta ha riguardo all’oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, median-

---

vantaggi della gestione “*in house*” dovuti alle caratteristiche particolari del soggetto considerato, senza dedurre gli ostacoli all’ottenimento di tali vantaggi “anche attraverso una gara, opportunamente modulata”.

<sup>9</sup> Sulla continuità della legislazione in proposito si veda Cons. Stato, Sez. VII, 2 novembre 2023, n. 9452, par. 34.

te comparazione degli standard di riferimento della società Consip s.p.a. e delle centrali di committenza regionali”. L’interpretazione del legislatore non chiarisce cosa effettivamente s’intenda per congruità, e si segnala per la rilevanza attribuita ai vantaggi connessi al “risparmio di tempo” – riconoscendo uno dei vantaggi dell’autoproduzione.

L’art. 7, comma 2 del nuovo codice degli appalti pubblici riprende il riferimento agli standard Consip e delle centrali di committenza, cui aggiunge gli altri “parametri ufficiali” e gli “standard di mercato” quali possibili indicatori non della congruità economica, bensì dell’economicità della scelta.

A sua volta, lo Schema di linee guida ANAC<sup>10</sup> in materia di affidamenti *in house*<sup>11</sup> non precisa in cosa consista la congruità economica, ma dai criteri che lo Schema indica per la verifica della medesima<sup>12</sup> si ricava che sono congrue le condizioni contrattuali che sono in linea con i prezzi medi praticati per “le medesime prestazioni o per prestazioni analoghe”, nel medesimo ambito territoriale. Secondo lo Schema, il confronto tra le condizioni offerte dal soggetto *in house* e quelle alternative non rende necessaria un’apposita ricerca di mercato: i dati possono essere tratti da varie fonti, comprese le gare bandite per l’affidamento di servizi “identici o analoghi”. L’ANAC non indica dunque parametri rigidi per il confronto, ma si mostra esigente quanto ai risultati dell’indagine che devono essere forniti dall’amministrazione, giacché precisa che la motivazione deve esplicitare i “dati di dettaglio” utilizzati<sup>13</sup>.

L’accostamento di prestazioni uguali a prestazioni analoghe, che si legge nel documento dell’ANAC, rivela la difficoltà della comparazione quando le prestazioni non sono standardizzate o quando nel progetto dell’amministrazione assumono rilevanza aspetti peculiari, collegati a specifiche caratteristiche del gestore *in house*.

---

<sup>10</sup> Del 14 settembre 2021. Le linee guida non sono vincolanti: Consiglio di Stato, parere n. 2189/2019, con riferimenti anche al dibattito dottrinale. Le linee guida ANAC erano previste dall’art. 213, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016; esse non compaiono nell’art. 222 del nuovo codice dei contratti pubblici, che al comma 2 attribuisce all’ANAC la competenza ad emanare bandi tipo, capitolati tipo, contratti tipo e “altri atti amministrativi generali”.

<sup>11</sup> Lo Schema non ha assunto forma definitiva. Verosimilmente l’ANAC è stata dissuasa dal portare a termine l’opera dal parere del Consiglio di Stato, che l’ha invitata ad approfondire l’argomento, in considerazione dell’evoluzione del quadro normativo secondo linee non compatibili con l’introduzione di “indirizzi non normativi ampliativi del campo applicativo dell’obbligo motivazionale”: Cons. Stato, parere n. 1614/2021, par. 7.

<sup>12</sup> Punto 5.1 dello Schema.

<sup>13</sup> Punto 5.6 dello Schema.

Si ricorderà che sul termine “congruità”, riferito all’offerta nei procedimenti di gara per l’aggiudicazione di contratti pubblici<sup>14</sup>, e sul relativo sindacato giurisdizionale, si è formato un indirizzo giurisprudenziale costante, che pone severi limiti all’indagine del giudice, in considerazione del carattere tecnico-discrezionale della valutazione che la stazione appaltante compirebbe quando verifica l’anomalia dell’offerta<sup>15</sup>. Non di rado, il giudice non pone limiti, invece, al sindacato circa la congruità economica della c.d. offerta del soggetto *in house* – che peraltro non è propriamente un’offerta di questo soggetto, ed esprime piuttosto la decisione dell’amministrazione in ordine alla qualità e quantità delle prestazioni che saranno rese dal servizio da parte di un’entità che è considerata come un’articolazione dell’organizzazione dell’amministrazione medesima.

L’incertezza circa il *benchmark* che possa considerarsi termine di riferimento adeguato è compatibile con il carattere meramente indicativo del parametro all’interno di una valutazione di massima; non è così quando il giudice intende la congruità economica come convenienza della gestione secondo un confronto specificato per voci contabili<sup>16</sup>, il che richiama l’attenzione sul carattere del sindacato cui è sottoposta la motivazione rafforzata.

## 6. *Lo scrutinio giudiziale della motivazione rafforzata.*

Sorprende che la giurisprudenza non mostri l’esigenza di chiarire i caratteri dello scrutinio giudiziale sulla motivazione rafforzata con riferimento alla sufficienza dell’istruttoria. Per lo più, la questione dell’ampiezza dello scrutinio in relazione alla natura discrezionale della decisione sotto esame non viene presa in considerazione. Quando la questione emerge, il giudice conferma i criteri usuali dello scrutinio giudiziale della discrezionalità, senza addentrarsi negli aspetti applicativi che ne seguono in relazione ai particolari contenuti della motivazione prescritta dall’art. 192, comma 2<sup>17</sup>. Il riferimento (peraltro non

---

<sup>14</sup> Art. 97 codice dei contratti pubblici del 2016 e art. 110 del codice vigente.

<sup>15</sup> Da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 15 settembre 2023, n. 8356, dove si ribadisce che il giudice non può “procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell’offerta e delle singole voci”, par. 7.1.

<sup>16</sup> Come si vedrà al paragrafo 7.

<sup>17</sup> Esempio recente la sentenza del Cons. Stato Sez. IV, 4 aprile 2023, n. 3494 che liquida la questione richiamandosi alla “ampia discrezionalità organizzativa” in materia, che ammette un sindacato giurisdizionale “solo *ab externo*, per macroscopiche illogicità ‘*prima facie*’ apprezzabili, non potendo viceversa il giudice indulgere in un sindacato di merito” (par. 14.1).

frequente) ai canoni di “ragionevolezza, logicità e travisamento dei fatti” sottintende l’inquadramento della questione di legittimità nell’ambito del sindacato sulla discrezionalità amministrativa, ma si tratta di un cenno, del quale non vengono esplicitate le conseguenze per l’esame cui è sottoposta la motivazione<sup>18</sup>. La sentenza del Consiglio di Stato n. 2102/2021<sup>19</sup> è raro esempio di pronuncia che pone la questione come necessaria premessa per l’analisi della motivazione – anche se le conseguenze applicative che vengono tratte non sono quelle che ci si sarebbe aspettati dalla premessa.

Il ragionamento muove dalla constatazione che la motivazione rafforzata dà atto di una valutazione “unitaria e complessa”, che sintetizza una pluralità di dati. Per questa ragione, il sindacato di legittimità non potrà procedere secondo un’analisi di tipo “atomistico e parcellizzato”, e dovrà svolgersi nelle “coordinate tipiche del potere discrezionale”; sarà dunque orientato “verso una valutazione di complessiva logicità e ragionevolezza del provvedimento impugnato”.

Il giudice osserva anche che la discrezionalità amministrativa, con i relativi limiti per il sindacato, si estende alle modalità istruttorie: spetta all’amministrazione individuare le modalità più appropriate per cogliere i dati necessari al fine di valutare la preferibilità della gestione *in house*. Il che comporta la legittimità di processi conoscitivi che non passano attraverso l’effettuazione di indagini di mercato.

Il riferimento alla discrezionalità nella conduzione dell’attività istruttoria mette in luce un aspetto centrale dei problemi applicativi della motivazione rafforzata: in che misura l’attività conoscitiva dell’amministrazione deve specificare i fatti acquisiti, a pena di censura per insufficienza dell’istruttoria? Peraltro, nel prosieguo della sentenza non si riscontra un approccio ai fatti diverso da quello usuale in larga parte della giurisprudenza: l’analisi della motivazione è parcellizzata, e all’amministrazione che argomenta i vantaggi della gestione

---

<sup>18</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351 accenna alla “ragionevolezza economica” come requisito richiesto dall’art. 192, comma 2, ma conclude censurando la motivazione per non aver fornito un’analisi “quantitativa-qualitativa” che esplicitasse le ragioni della preferibilità della gestione *in house* rispetto al ricorso al mercato. Cons. Stato, Sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6460, par. 4.5.6 richiama i caratteri del sindacato giudiziale, da svolgere “in termini ragionevolezza, logicità e travisamento dei fatti”, ma il giudizio (positivo) espresso dal giudice si basa sul raffronto, effettuato dall’amministrazione, “con le condizioni economiche cui il medesimo servizio, comparabile per qualità e quantità, è prestato in Comuni con caratteristiche demografiche e territoriali analoghe ... che abbiano fatto ricorso a procedure di evidenza pubblica” (par. 4.5.7).

<sup>19</sup> Sez. III, 12 marzo 2021; i passaggi essenziali del ragionamento saranno ripresi da Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023.

*in house* sotto il profilo della qualificazione del personale addetto al servizio, il giudice obietta che non è stato dimostrato “che nel mercato non siano reperibili soggetti ugualmente qualificati da un punto di vista professionale/esperienziale”. Analoga obiezione è rivolta ad altri vantaggi addotti dall’amministrazione in favore dell’autoproduzione.

Con o senza indagini di mercato, all’amministrazione è richiesto di dimostrare che i risultati di un’ipotetica gara non sarebbero stati almeno equivalenti a quelli offerti dalla gestione *in house*. Per questa ragione, lo scrutinio del giudice si appunta sulla sufficienza dell’istruttoria sotto il profilo dell’acquisizione dei dati che occorrono per il confronto anzidetto, e talvolta ricorre alla verifica per controllare la correttezza del calcolo di singole voci<sup>20</sup>.

In questo orientamento è determinante l’interpretazione del regime riservato all’autoproduzione come espressione di sfavore per una modalità organizzativa che arreca un “vulnus al valore primario della concorrenza”<sup>21</sup>.

### 7. *La prassi. Congruità economica e convenienza economica.*

Il sindacato giurisdizionale della motivazione sotto il profilo della congruità economica assume un’estensione variabile, con esiti imprevedibili. Non vi è accordo né sulle idee generali che stanno alla base dell’art. 192, comma 2, né sui criteri applicativi. L’idea stessa che fa del c.d. fallimento del mercato la condizione per l’ammissibilità dell’autoproduzione<sup>22</sup> è talvolta respinta perché una tale interpretazione renderebbe la gestione *in house* eccezionale, con la conseguenza che la disciplina dell’art. 192, comma 2 potrebbe essere censurata in quanto sostanzialmente riproduttiva del regime disposto dall’art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, a suo tempo abrogato con referendum<sup>23</sup>. Altre volte, l’idea del fallimento del mercato è posta come premessa dello scrutinio giudiziale, ma quando il giudizio si conclude in senso positivo per l’amministrazione, non è dato comprendere in che modo sia stato effettivamente dimostrato il fallimento del mercato<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Cons. Stato, Sez. III, 27 agosto 2021, n. 6062. La sezione utilizzerà i risultati della verifica per esaminare i motivi di censura “sovrapponibili” proposti in altro, successivo, giudizio (sentenza 19 aprile 2022, n. 2947, par. 13.4-13.5).

<sup>21</sup> Cons. Stato, sentenza n. 2102/2021, cit.

<sup>22</sup> Della quale si è detto al paragrafo 4.

<sup>23</sup> Si veda Cons. Stato, Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, par. 6.4.-7.3, che giudica manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 192, comma 2.

<sup>24</sup> Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564, par. 5.5.

La giurisprudenza non si sofferma sul significato dell'espressione congruità economica, e una parte dei giudici la intende come equivalente all'espressione convenienza economica – che viene non di rado impiegata in suo luogo<sup>25</sup>. L'equivalenza dei due termini non è scontata: nella letteratura economica la convenienza si associa alla calcolabilità dei risultati dell'operazione, mentre congruità è un termine atecnico, che nel significato corrente sta per adeguatezza/accettabilità.

L'equivalenza della congruità alla convenienza procede dall'interpretazione che subordina l'ammissibilità dell'autoproduzione alla dimostrazione che l'offerta del soggetto *in house* si attesti al livello delle offerte in una ipotetica gara. In questo orientamento si iscrive il ricorso alla verifica per accertare "l'erroneità delle determinazioni sulle quali si fonda l'offerta economica", che era stata dedotta dal ricorrente<sup>26</sup>.

Nel caso di specie, la verifica attesterà la correttezza del calcolo; quello che interessa mettere in evidenza qui è come l'assenza di criteri generali in ordine allo scrutinio della motivazione renda imprevedibile l'esito del giudizio di legittimità: all'incertezza quanto ai *benchmark* di riferimento utilizzabili da parte dell'amministrazione si aggiunge la mutevolezza dello scrutinio che il giudice svolge circa la sufficienza dell'istruttoria sulla quale poggia la motivazione. Di qui le incognite: quando il progetto dell'amministrazione prevede innovazioni<sup>27</sup>, quando il livello delle prestazioni è influenzato dalle qualità professionali del personale di un determinato soggetto *in house*<sup>28</sup> o quando quest'ultimo offra un insieme di servizi tra loro interoperanti<sup>29</sup>, mancano i dati per il confronto, ma non è neppure possibile escludere che i medesimi risultati si sarebbero ottenuti per mezzo di una gara "opportunamente modulata"<sup>30</sup>. Il confronto con i risultati dell'ipotetica gara addossa all'amministrazione l'onere di dimostrare che un'offerta conveniente sarebbe mancata.

---

<sup>25</sup> Cons. Stato, Sez. VII, 2 novembre 2023, n. 9452; Sez. V, 6 maggio 2022, n. 3562; Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351; Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8028; Sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6460.

<sup>26</sup> V. nota 20.

<sup>27</sup> Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444, par. 9.10.

<sup>28</sup> Cons. Stato, Sez. III, n. 2102/2021.

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. VII, 2 novembre 2023, n. 9452 annulla l'affidamento diretto di servizi informatici a Cineca da parte di un'Università per la mancata comparazione dei dati economici riguardo al rapporto qualità/prezzo, pur avendo riscontrato che, di fatto, l'unico offerente reperibile sul mercato sarebbe stato in grado di offrire solo una parte dell'insieme di servizi forniti da Cineca.

<sup>30</sup> Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102.

Supposta, infine, la comparabilità delle prestazioni, in assenza di un indirizzo di massima generalmente seguito, il giudizio sulla legittimità della scelta ha esiti opposti, secondo che la congruità economica sia giudicata secondo i criteri ordinari del sindacato sull'esercizio della discrezionalità amministrativa<sup>31</sup> o, invece, sia intesa come qualità da misurarsi mediante calcoli condotti su singole voci contabili che attestino l'analisi “quali-quantitativa” dei dati<sup>32</sup>.

### 8. *La prassi. I vantaggi del modello in house.*

La bizzarra tesi che esclude dalla motivazione proprio le ragioni reali che determinano la scelta dell'autoproduzione<sup>33</sup> non trova appiglio nel testo dell'art. 192, comma 2; la tesi è ispirata dall'idea che il modello *in house* sia sfavorito dall'ordinamento<sup>34</sup>. Lo sfavore dell'ordinamento è tratto dalla legislazione degli ultimi anni, a partire dall'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008<sup>35</sup>, che documenta l'orientamento negativo nei confronti del modello di gestione *in house*. L'idea che il modello sia residuale o subalterno è diffusa, anche se raramente è portata all'estrema conseguenza di escludere senz'altro che i benefici del modello possano essere addotti a sostegno della gestione *in house*. La premessa circa il carattere residuale della gestione *in house* dà luogo, piuttosto, alla tendenza a sottovalutare i vantaggi del modello nell'ambito della valutazione complessiva espressa nella motivazione della scelta che l'amministrazione ha compiuto. Paradossalmente, proprio l'evidenza dei vantaggi organizzativi dell'autoproduzione li rende inidonei a costituire motivo di preferenza: i benefici della gestione *in house* devono essere “percepibili al di fuori della dimensione meramente organizzativa dell'amministrazione”<sup>36</sup>.

È difficile valutare, anche solo approssimativamente, l'importanza che i benefici dell'autoproduzione assumono nel sindacato giurisdizionale sulla moti-

---

<sup>31</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2022, n. 3624, par. 21.2. Sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093, punto 26.

<sup>32</sup> Cons. Stato, Sez. VII, 2 novembre 2023, n. 9452, par. 39; Sez. V, 6 maggio 2022, n. 3562, par. 6.3.1; Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, par. 8.3.

<sup>33</sup> Cui si è accennato al paragrafo 3.

<sup>34</sup> Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2020, n. 154, par. 5.4; Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444, par. 9.4.

<sup>35</sup> Così anche la Corte costituzionale nella sentenza che assolve l'art. 192, comma 2 dal sospetto di illegittimità.

<sup>36</sup> Si veda la giurisprudenza citata alla nota 5.



vazione rafforzata, poiché questo dipende da come è specificata la censura di illegittimità per violazione dell'art. 192, comma 2, e da come tali benefici sono argomentati negli atti impugnati. Si può comunque affermare che raramente i vantaggi del controllo analogo sono considerati sufficienti a sorreggere la scelta della gestione *in house*<sup>37</sup>.

Va osservato, peraltro, che i benefici del modello sono di ordine diverso: alcuni attengono al rapporto tra affidante e affidatario, e non hanno riflessi immediati per la qualità delle prestazioni. Appartengono a questa categoria la possibilità di adattare il servizio al mutare delle circostanze, senza passare attraverso modifiche contrattuali, e il più agevole monitoraggio dell'esecuzione del contratto, che permette di correggere gli eventuali difetti. Invece, ha effetti diretti per la qualità delle prestazioni la possibilità che strutture dell'ente affidante prestino la propria opera in favore dell'affidatario, magari coordinando l'attività svolta dagli addetti al servizio<sup>38</sup>. I vantaggi del secondo tipo assumono rilevanza anche sotto il profilo economico, e potrebbero concorrere al giudizio di congruità economica della scelta *in house*.

La distinzione ora prospettata non trova riscontro nella giurisprudenza. Vengono bensì riconosciuti i benefici dell'adeguamento del servizio alle sopravvenienze<sup>39</sup>, e quelli del monitoraggio dell'esecuzione del contratto<sup>40</sup>, ma i riflessi che l'integrazione organizzativa tra l'amministrazione e la società *in house* può avere per la qualità dei servizi e per la congruità economica dell'operazione generalmente non vengono in considerazione<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Rara eccezione Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2021, n. 1596.

<sup>38</sup> Come nel caso deciso da Cons. Stato, Sez. III, 27 agosto 2021, n. 6062, nel quale una struttura dell'ente affidante provvedeva al coordinamento dell'attività degli addetti al servizio gestito *in house*. Il coordinamento era stato criticato dal ricorrente per motivi che non interessano qui approfondire, e che il giudice dichiara infondati, proprio in considerazione dell'inerenza del coordinamento in questione al modello di gestione *in house*. Non emerge invece la rilevanza del coordinamento per la qualità delle prestazioni e per l'economicità del servizio.

<sup>39</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093; Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351; Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8028; Sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6460.

<sup>40</sup> Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2020, n. 8028 e 26 ottobre 2020, n. 6460.

<sup>41</sup> Raro caso in cui viene attribuita rilevanza economica all'adattabilità delle modalità di erogazione del servizio alle mutate esigenze del Comune è quello deciso da Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093, par. 24.4.

## 9. Conclusioni.

Che nella scelta della gestione *in house* intervengano considerazioni che poco hanno a che vedere con la buona amministrazione è possibile. Le considerazioni svolte qui lasciano questo aspetto a studi di altro tipo. L'attenzione si concentra, invece, sulla efficacia della motivazione rafforzata rispetto al suo obiettivo, cominciando dall'individuazione di quest'ultimo.

Al riguardo si è osservato più sopra che il ricorso ad uno strumento come la motivazione manifesta un cambiamento del modo di affrontare il tipo di problema posto dall'impiego del modello *in house*: dal metodo che riduce il ricorso al modello (la gestione *in house* è eccezionale) al metodo che corregge i possibili abusi (la gestione *in house* non deve compromettere l'interesse del servizio). La correzione non riguarda dunque i caratteri del modello, bensì l'impiego del modello nelle circostanze date.

In questo ordine di idee il percorso istruttorio e motivazionale delineato dalla legge è preordinato alla consapevolezza, da parte del decidente, delle implicazioni della decisione organizzativa per la qualità del servizio e per il suo costo. A questo scopo il decidente deve dimostrare di avere soppesato le alternative possibili; in un processo decisionale di tal fatta rientrano anche le incognite insite nell'indizione della gara, che non per questo diventano oggetto di una impossibile dimostrazione da parte dell'amministrazione. Ciò che l'amministrazione deve dimostrare è l'avvenuta valutazione delle alternative e la coerenza delle conclusioni che ne sono state tratte. Il "rafforzamento" della motivazione non modifica i caratteri del sindacato cui la motivazione è soggetta nel giudizio di legittimità: l'oggetto del sindacato si amplia in corrispondenza con i requisiti della motivazione speciale, ma i caratteri del sindacato restano immutati.

Da questa premessa discendono alcune conseguenze applicative di non poco conto quanto al contenuto dell'onere motivazionale che grava sull'ente che ha la responsabilità del servizio, e quanto al tipo di sindacato che il giudice svolge sulla relativa decisione.

L'analisi della prassi giurisprudenziale svolta qui (senza pretese di completezza) mostra che il sindacato del giudice tende ad essere più penetrante quando la motivazione rafforzata è inquadrata nell'indirizzo legislativo del passato, diretto a contenere il ricorso all'autoproduzione. Si è anche visto come il Consiglio di Stato – che in generale non manca di premettere i limiti del sindacato che considera ammissibile nel giudizio sull'esercizio di un potere discrezionale – non di rado tace su questo aspetto della lite circa l'osservanza dell'art. 192,

comma 2. Accade, così, che si registrino sentenze che si discostano dai canoni consueti del sindacato giurisdizionale. L'esempio dell'applicazione del concetto di congruità economica è significativo.

L'inquadramento della motivazione rafforzata nell'indirizzo avverso al modello di gestione *in house*, e il mancato chiarimento dei caratteri del sindacato sulla motivazione medesima rendono imprevedibile l'esito del contenzioso sull'assolvimento dell'onere motivazionale da parte dell'amministrazione.

Con la presa d'atto che l'art. 192, comma 2 rappresenta una svolta nel precedente indirizzo legislativo, poiché restituisce all'autonomia degli enti che hanno la responsabilità del servizio la decisione in ordine alla modalità di gestione del medesimo, la motivazione rafforzata cesserebbe di essere esposta ad un sindacato mutevole e non di rado condotto secondo criteri che non sono coerenti con la natura della decisione cui la motivazione si collega.

# LA TUTELA DELLA BIODIVERSITÀ E IL PERSEGUIMENTO DI ALTRI INTERESSI PUBBLICI SECONDO UNA PROSPETTIVA DI COMPOSIZIONE

*Wladimiro Troise Mangoni*

SOMMARIO 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il procedimento di valutazione di incidenza. – 3. Il superamento della valutazione di incidenza negativa e l'adozione di misure compensative. – 4. Rilievi conclusivi.

## *1. Considerazioni introduttive.*

Il presente scritto muove dalle riflessioni svolte da Guido Greco in tema di salvaguardia dell'ambiente nel contributo "La direttiva habitat nel sistema delle aree protette"<sup>1</sup>.

Il saggio costituisce la rielaborazione della relazione presentata, nell'ottobre del 1999, nell'ambito di un convegno genovese sul tema "Ambiente e mercato: quale gerarchia di valori".

Dimostrando la consueta attitudine all'esame critico e informato dei risvolti giuridici della costruzione europea, specie con riguardo al diritto amministrativo interno (ciò che, al volgere del secolo, non costituiva propriamente un'abitudine consolidata nella giuspubblicistica italiana), l'Autore considera le disposizioni europee e nazionali e ferma la propria attenzione su di un tema – la tutela delle aree protette, nel rapporto con altri interessi meritevoli di tutela – di indiscussa attualità, venticinque anni fa, come ora.

La peculiarità dell'approccio assunto nell'analisi normativa si evidenzia, in piena consonanza con il titolo del convegno cui il contributo fa seguito, con riferimento al profilo del bilanciamento dei contrapposti interessi, più volte evocato, quale momento imprescindibile del rapporto tra ambiente e mercato.

---

<sup>1</sup> In *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 1207.

Prima di riprendere e aggiornare, alla luce delle coordinate fornite dalla giurisprudenza, dalla dottrina e dalla stessa Commissione europea, i condivisibili spunti evidenziati dall'Autore circa l'impianto normativo recato dalla direttiva "habitat" (direttiva 92/43/CEE) rispetto alla realizzazione di piani o interventi interferenti con le aree protette e la rete Natura 2000<sup>2</sup>, pare opportuno riassumere, almeno per temi, i profili affrontati nel saggio da cui si muove.

Premessi brevi cenni sugli istituti di diritto internazionale dell'ambiente volti a tutelare le aree protette e introdotta la legislazione comunitaria in tema di conservazione degli uccelli selvatici, degli habitat naturali e seminaturali, della flora e della fauna, l'Autore si concentra sulle misure di intervento disciplinate dalla direttiva "habitat", evidenziando come esse non si limitino alla mera salvaguardia, ma prevedano anche interventi migliorativi e di sviluppo di singole aree.

Dall'esame del quadro europeo di riferimento emerge come il carattere non immediatamente applicabile della maggioranza delle previsioni della direttiva necessiti di un'adeguata trasposizione in sede nazionale, non ancora del tutto avvenuta al momento della pubblicazione del saggio.

Quest'ultimo affronta poi il rapporto tra i siti di importanza comunitaria, di cui alla direttiva "habitat", e le aree protette disciplinate dalla legge quadro n. 394/1991, cogliendo alcune discrasie dovute all'accidentato e incompleto processo di trasposizione della normativa europea nell'ordinamento italiano, unitamente alla mancanza di coordinamento ("del tutto eluso") tra la deludente attuazione delle disposizioni europee operata dal d.P.R. n. 357/1997 e la disciplina in materia di parchi e riserve prevista dalla legge quadro.

---

<sup>2</sup> La rete Natura 2000 è costituita dai Siti di Interesse Comunitario (SIC), identificati dagli Stati Membri sulla base della direttiva n. 92/43/CEE ("Habitat"), successivamente designati quali Zone Speciali di Conservazione (ZSC) e comprende anche le Zone di Protezione Speciale (ZPS) istituite ai sensi della direttiva 2009/147/CE ("Uccelli"). L'obiettivo della rete è quello di garantire il mantenimento e, ove necessario, il ripristino, di uno stato di conservazione soddisfacente dei tipi di habitat naturali e degli habitat delle specie di interesse. La direttiva prevede che azioni che possano avere incidenze significative su un sito di interesse debbano essere sottoposte a valutazione. Ogni sei anni ciascuno Stato elabora una relazione sulle misure di conservazione adottate e sui loro effetti. Al fine di cogliere la rilevanza della rete Natura 2000, può sottolinearsi come, ad oggi, siano stati individuati da parte delle Regioni italiane ben 2310 Siti di Importanza Comunitaria (SIC), 272 dei quali sono stati designati quali Zone Speciali di Conservazione (ZSC), e 610 Zone di Protezione Speciale (ZPS); di questi, 335 sono siti di tipo C, ovvero SIC/ZSC coincidenti con ZPS. Nell'ambito dei siti Natura 2000 sul territorio italiano sono protetti 130 habitat, 89 specie di flora e 111 specie di fauna (delle quali 21 mammiferi, 11 rettili, 16 anfibi, 25 pesci, 38 invertebrati) ai sensi della direttiva Habitat, nonché circa 381 specie di avifauna ai sensi della direttiva Uccelli.

In tale contesto si colloca la riflessione circa l'attività amministrativa di bilanciamento degli interessi, prevista dall'art. 5, comma 9, d.P.R. n. 357/1997, laddove siano proposti interventi non direttamente connessi alla conservazione del sito protetto, che possano avere un'incidenza significativa sull'area oggetto di tutela.

Da ultimo, lo scritto si focalizza sul regime dei siti di importanza comunitaria, sulle zone speciali di conservazione e sull'impatto di progetti che incidano sull'habitat protetto, per poi concentrarsi sui profili attinenti alle misure finanziarie e agli incentivi (cofinanziamento comunitario) e, in chiusura, soffermarsi sul tutt'altro che lineare iter procedurale per la localizzazione dei siti di importanza comunitaria disegnato dal d.P.R. n. 357/1997 e sulle ulteriori misure di tutela e sviluppo previste dal legislatore nazionale.

Tra i diversi spunti di riflessione che lo scritto di Greco ci consegna, particolarmente meritevoli di approfondimento appaiono le riflessioni relative al bilanciamento degli interessi, nei casi in cui siano presentati progetti in grado di incidere sulle aree protette, anche alla luce dello strumento delle misure compensative.

E ciò, non solo perché la previsione di idonee misure compensative, indicata dalla direttiva, è stata – negli ultimi anni – oggetto di specifici approfondimenti dottrinali e di pronunce della Corte costituzionale<sup>3</sup>, ma anche perché il profilo della compensazione emerge come elemento-chiave di una lettura non antagonistica della tutela, da un lato, delle aree protette e della biodiversità e, dall'altro, delle esigenze di natura socio-economica che suggeriscono, su quelle stesse aree, interventi di pubblica utilità ispirati a una logica di sviluppo<sup>4</sup>.

In questo senso, rileva la novella costituzionale che ha introdotto, all'art. 9, comma 3, l'interesse delle future generazioni quale interesse prospettico rispetto al quale funzionalizzare la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli

---

<sup>3</sup> Il riferimento è a Corte cost. 23 marzo 2021, n. 46.

<sup>4</sup> In ordine alle diverse tipologie di misure compensative, conviene da subito ricordare come sussista una differenza di primario rilievo tra le misure compensative in senso classico, le quali costituiscono l'esito di una negoziazione volta a consentire la semplice realizzazione di una determinata opera, e le misure di compensazione qui considerate, le quali, come si vedrà meglio, si caratterizzano invece per la loro natura oggettiva e, quindi, per la loro attitudine a determinare una equivalenza fra ciò che si toglie e ciò che si restituisce alla natura, in ragione della realizzazione del progetto e della correlativa predisposizione di forme *altre* di tutela dello stesso bene leso. Sul punto, G. MOCAVINI, *Il prezzo del consenso. Le compensazioni amministrative nel governo dell'ambiente e del territorio*, Milano, 2020, p. 62 ss., con particolare riferimento ai canoni ispiratori dei meccanismi compensativi a livello europeo posti a protezione dell'ambiente e del territorio.

ecosistemi<sup>5</sup>. La predetta riforma, come già ho avuto occasione di evidenziare<sup>6</sup>, deve essere letta non come aprioristica presa di posizione rispetto a una pretesa “assolutizzazione” della protezione ambientale, ma quale positivizzazione, sul piano costituzionale, di interessi egualmente meritevoli di copertura costituzionale (l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, nell’ottica della tutela delle generazioni future).

Ne discende che l’interpretazione della direttiva 92/43/CEE, laddove consente, previa valutazione d’incidenza, l’effettuazione di interventi che incidano sulle aree protette, per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, anche di natura sociale ed economica, trova ora conferma nel riconoscimento della rilevanza costituzionale dei molteplici interessi in gioco e, quindi, della loro comparabilità da parte dell’amministrazione.

In questo quadro s’inscrive la previsione di misure compensative nell’ambito di piani o interventi incidenti su aree protette facenti parte della rete Natura 2000, nel quadro del Piano Nazionale Integrato per l’Energia e il Clima, inserito nel contesto della più ampia e capillare cornice del *green deal* europeo<sup>7</sup>.

Prima di procedere all’esame del tema delle misure compensative in questo peculiare contesto e di considerare i correlati profili economici e sociali che, a determinate condizioni, consentono la costruzione di opere di pubblica utilità interferenti con la piena conservazione dei siti, appare opportuno ripercorrere brevemente – e senza pretesa di esaustività – la disciplina recata dalla direttiva e dalla sua (pur non ideale) trasposizione nazionale.

---

<sup>5</sup> Si veda A. MARRA, in M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell’ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, p. 12 ss. Con riferimento alla rilevanza delle modifiche introdotte dalla riforma costituzionale, cfr., tra gli altri, F. FRACCHIA, *L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in *Dir. econ.*, 2022, 1, p. 15 ss.; M. PETRACHI, *La tutela dell’ambiente nel prisma della transizione ecologica*, Torino, 2023, p. 112 ss.

<sup>6</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a W. TROISE MANGONI, *Le misure di compensazione ambientale per la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili tra imposizione autoritativa e definizione consensuale*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, p. 863 ss.

<sup>7</sup> Il Piano “vuole rappresentare un punto di svolta della politica ambientale europea e mira a introdurre riforme ‘profondamente trasformative’ che promuovano l’uso efficiente delle risorse nel contesto di un’economia pulita e circolare, che ripristinino la biodiversità e riducano l’inquinamento” (così S. MORATTI, *Green deal europeo: nuove prospettive per la fiscalità dell’energia nelle politiche di gestione dei rischi climatici*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2020, p. 439 ss.). Sulla struttura e sulle funzioni del Piano, F. D’ANGELO, *Pluralismo degli enti pubblici e collaborazione procedimentale. Per una rilettura delle relazioni organizzative nell’amministrazione complessa*, Torino, 2022, p. 107 ss.

## 2. Il procedimento di valutazione di incidenza.

L'inserimento di un sito nella rete Natura 2000 comporta la sottoposizione di ogni proposta di piano territoriale o di intervento non direttamente connesso o necessario al mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente le specie e gli habitat presenti nello stesso, ma che possa avere un impatto significativo sui predetti valori naturali, a un particolare iter, denominato di valutazione di incidenza, disciplinato dall'art. 5 del citato d.P.R. n. 357/1997.

Si tratta, in sostanza, di verificare se un intervento in grado di mutare l'assetto del territorio interessato dalla presenza di un sito protetto sia o meno compatibile con gli obiettivi di conservazione della biodiversità ivi presente.

La valutazione preliminare relativa al rapporto sussistente tra la presenza di un sito protetto e il suo potenziale interessamento da parte di un piano territoriale o di un intervento consiste in un esame preventivo (*screening*), mediante il quale la pubblica amministrazione competente verifica se il progetto debba essere sottoposto alla valutazione di incidenza vera e propria.

A tal fine, è sufficiente che sussista il rischio che il progetto rechi un pregiudizio significativo al sito; se è così, si deve procedere alla sua sottoposizione alla verifica di incidenza. Un simile rischio, in coerenza con l'applicazione del canone della precauzione, si integra qualora non vi sia la certezza, sulla base di elementi oggettivi, che il piano o l'intervento non determinino il predetto pregiudizio.

Superata la fase di *screening*, interviene un segmento procedimentale successivo, nel quale avviene la valutazione di incidenza<sup>8</sup>. Sebbene in questa fase l'esame sia più analitico, perché deve fondarsi sui migliori dati scientifici disponibili nel settore e su di un più compiuto approfondimento delle concrete e specifiche interrelazioni tra il progetto presentato e il sito protetto, il parametro valutativo fatto proprio dall'amministrazione resta il medesimo: è necessario pervenire alla certezza dell'assenza di effetti dannosi nei confronti delle specie o degli habitat protetti<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Come chiarito dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 novembre 2018, n. 6773) la valutazione di incidenza "è il procedimento di carattere preventivo al quale è necessario sottoporre qualsiasi piano o progetto che possa avere incidenze significative su un sito o proposto sito della rete Natura 2000, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti e tenuto conto degli obiettivi di conservazione del sito stesso". Sul punto, si veda anche TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 7 maggio 2021, n. 1498.

<sup>9</sup> In ordine ai profili tecnico-discrezionali coinvolti nella valutazione, la giurisprudenza ha precisato che "la valutazione di incidenza ambientale di opere progettate sui siti di interesse



Benché, come appare evidente dai rilievi che precedono, il procedimento di valutazione di incidenza sia ispirato al massimo rigore, la ratio della previsione legislativa di uno specifico iter, volto a valutare la significatività dell'incidenza, riposa sulla consapevolezza, da parte del legislatore, circa l'assenza di assolutezza del vincolo conservativo.

Come evidenziato nel contributo dal quale prende spunto il presente scritto, l'inclusione di un sito nella rete Natura 2000 non comporta l'intangibilità o l'inalterabilità dell'area, stabilendo semmai la necessità che sia condotta un'adeguata verifica quanto alle potenziali interferenze dell'intervento progettato sul sito stesso, onde comprendere se l'indice di significatività delle stesse – ove esistenti – imponga l'esercizio del potere autoritativo di inibizione dell'intervento o l'attivazione di misure volte al bilanciamento e al contemperamento degli interessi in conflitto.

Pertanto, anche nei casi in cui l'intervento o il piano oggetto di valutazione di incidenza possano produrre effetti significativi nei confronti di un sito della rete Natura 2000, una simile circostanza non conduce automaticamente all'emanazione di un provvedimento negativo.

### *3. Il superamento della valutazione di incidenza negativa e l'adozione di misure compensative.*

Sulla scorta della disciplina comunitaria, l'art. 5, comma 9, d.P.R. n. 357/1997 prevede, che l'intervento possa essere assentito, nonostante una valutazione di incidenza dall'esito negativo, ove siano integrati congiuntamente due presupposti.

In primo luogo, deve essere acclarata l'assenza di soluzioni alternative rispetto all'intervento; in secondo luogo, deve emergere che la realizzazione di quest'ultimo risponda a motivi imperativi di rilevante interesse pubblico. Tra i predetti motivi sono inclusi quelli di natura sociale ed economica.

Se ciò accade, le amministrazioni competenti adottano "ogni misura compensativa necessaria per garantire la coerenza globale della rete 'Natura 2000'".

---

comunitario (s.i.c.) e zone di protezione speciale (z.p.s.), è finalizzata ad accertare il carattere significativo dell'incidenza dell'intervento, in relazione al rischio di compromissione dell'integrità del sito. Si tratta di esercizio di discrezionalità tecnica, sindacabile da parte del giudice amministrativo soltanto nell'ipotesi in cui l'istruttoria sia mancata o sia stata svolta dall'Amministrazione in modo inadeguato e con motivazione insufficiente (Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 2023 n. 3210; Consiglio di Stato, sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3917)" (così, TAR Marche, Sez. I, 12 dicembre 2023, n. 833).

Pertanto, in esito a una valutazione d'incidenza negativa, le autorità competenti possono scegliere se negare o rilasciare l'autorizzazione per la realizzazione del progetto, purché sussistano le condizioni ivi previste, evidenziando, nel primo caso, nell'ambito del corredo motivazionale, le ragioni per le quali il progetto, già negativamente valutato, non rientri in alcuna delle casistiche in deroga espressamente contemplate dalla direttiva e dal d.P.R. attuativo<sup>10</sup>.

Nel caso in cui l'amministrazione presti il proprio assenso all'iniziativa proposta, deve imporre la realizzazione di misure di compensazione

Come è noto, tali misure non sono oggetto di specifica definizione da parte della direttiva 92/43/CEE, né da parte del d.P.R. n. 357/1997. Su di esse si sofferma opportunamente, da ultimo, la *Guida all'interpretazione dell'articolo 6, della direttiva 92/43/CEE (2019/C 33/01)* della Commissione europea<sup>11</sup>.

In via preliminare, occorre non confondere le misure di compensazione propriamente dette con quelle di attenuazione: queste ultime sono, infatti,

---

<sup>10</sup> In tal senso, TAR Sicilia, n.1498/2021, cit.

<sup>11</sup> Il cui valore giuridico è stato recentemente apprezzato dalla Sezione IV del Consiglio di Stato, che, nella sentenza 30 aprile 2024, n. 3945, ha ritenuto che “il valore di tale Guida risied[a] [...] principalmente nel fatto che essa è fondata sulle pertinenti statuizioni della Corte di Giustizia le quali, al pari delle norme dell'Unione Europea direttamente applicabili, hanno operatività immediata negli ordinamenti interni, vincolando il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita sia in sede di rinvio pregiudiziale che in sede di procedura di infrazione (così la Corte Costituzionale, sentenza n. 227 del 2010; cfr. anche, in precedenza, le sentenze n. 113 del 1985 e 389 del 1989). L'interpretazione del diritto europeo adottata dalla Corte di Giustizia ha efficacia ultra partes, sicché alle sentenze dalla stessa rese, tanto pregiudiziali quanto emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto europeo, ‘non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità’ (Cass. civ., sez. III, 2 marzo 2005, n. 4466; id. Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1020)”. I primi casi di applicazione dell'art. 6, par. 4, a partire dal 2003 fino al 2014 circa, sono stati condotti sulla base delle indicazioni dei documenti di indirizzo comunitari all'epoca vigenti, “La gestione dei siti della rete Natura 2000 – Guida all'interpretazione dell'articolo 6 della direttiva ‘Habitat’ 92/43/CEE (2000), Guida metodologica alle disposizioni dell'articolo 6, paragrafi 3 e 4 della direttiva habitat 92/43/CEE (2002)” e del *Documento di orientamento sull'articolo 6, paragrafo 4, della direttiva “Habitat” (92/43/CEE)* (2007 e 2012). Nel 2014, il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ha pubblicato il manuale operativo *Le Misure di Compensazione nella direttiva Habitat* (2014). Cfr. il *Documento tecnico di supporto per la definizione delle Misure di Compensazione della Direttiva 92/43/CEE Habitat (Livello III della Valutazione di Incidenza) e la compilazione del Formulario da trasmettere alla Commissione europea*, predisposto da Sogesid S.p.A. per il Ministero dell'Ambiente nel 2021.

volte a ridurre o eliminare l'impatto pregiudizievole del piano o dell'intervento proposti e sono, quindi, esplicitate nel progetto sottoposto al giudizio dell'amministrazione competente, quale parte integrante del progetto medesimo<sup>12</sup>.

Diversamente, le misure compensative sono indipendenti dall'intervento oggetto d'esame e hanno la ben diversa funzione di recare uno specifico vantaggio al sistema ecologico globale della rete Natura 2000, al fine di bilanciare l'impatto negativo determinato dalla realizzazione del progetto autorizzato<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Ne discende che, perché sia considerata efficace dall'amministrazione, ogni misura di attenuazione deve essere descritta nel dettaglio, sulla base di una spiegazione fondata su prove scientifiche rispetto all'eliminazione o alla riduzione degli impatti negativi previsti. Inoltre, il proponente è tenuto a fornire informazioni in merito ai soggetti deputati all'attuazione delle misure e ai tempi di realizzazione delle stesse, nonché in relazione ai meccanismi di controllo e di monitoraggio dell'efficacia delle misure, anche al fine di predisporre interventi correttivi (cfr. Corte Giust. UE, C-142/16, 26 aprile 2017, Commissione c. Germania, punti 37-45).

<sup>13</sup> Questa distinzione ha trovato piena conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha evidenziato come "l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva «habitat» de[bba] essere interpretato nel senso che un piano o un progetto non direttamente connesso o necessario alla gestione di un SIC, che abbia incidenze negative su un tipo di habitat naturale in esso presente e che preveda misure per lo sviluppo di un'area di superficie uguale o maggiore di tale tipo di habitat in detto sito, pregiudica l'integrità di tale sito. Siffatte misure potrebbero essere considerate eventualmente 'misure compensative' ai sensi del paragrafo 4 di detto articolo, solo nei limiti in cui siano soddisfatte le condizioni ivi stabilite. [...] si deve necessariamente constatare che tali misure non mirano né ad evitare né a ridurre i significativi effetti negativi direttamente causati su tale tipo di habitat dal progetto [...], ma tendono a compensare successivamente tali effetti. [...] Esse non possono garantire che il progetto non pregiudicherà l'integrità di detto sito, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva Habitat" (Corte Giust. UE, C-521/12, 15 maggio 2014, Briels e altri, punti 29-35, 38-39; cfr. anche Corte Giust. UE, cause riunite C-387/15 e C-338/15, 21 luglio 2016, Orleans, punto 48). In relazione a questa impostazione, la Corte ha conseguentemente dichiarato che "[...] misure incluse in un piano o progetto non direttamente connesso o necessario alla gestione di un sito di importanza comunitaria, che prevedano, anteriormente al verificarsi di un impatto negativo su un tipo di habitat naturale in esso presente, lo sviluppo futuro di un'area di tale tipo, il cui completamento interverrà tuttavia successivamente alla valutazione della significatività del pregiudizio eventualmente arrecato all'integrità di tale sito, non possono essere prese in considerazione all'atto di tale valutazione" (Corte Giust. UE, cause riunite C-387/15 e C-388/15, cit., punto 64), così differenziando le misure di attenuazione, da valutarsi in concreto con riferimento allo specifico piano o intervento prospettati e al relativo impatto negativo sull'area protetta e le misure di compensazione propriamente definite.

Tra le diverse tipologie di misure prospettabili – alcuni esempi pratici sono forniti dalla citata Guida della Commissione – vi sono il miglioramento dell'habitat rimanente nel sito pregiudicato o il ripristino dell'habitat in un altro sito della rete Natura 2000, in misura proporzionale alla perdita cagionata dal piano o dall'intervento esaminato; la realizzazione di un habitat in un sito nuovo o ampliato, da inserire nella rete Natura 2000; la reintroduzione di specie; la costituzione di riserve (comprese rigorose restrizioni all'utilizzo del territorio); il conferimento di incentivi a determinate attività economiche, mediante le quali si favoriscano funzioni ecologiche fondamentali.

Secondo l'impostazione interpretativa della Corte di Giustizia, occorre mantenere ben distinta la fase procedimentale, nella quale si verifica l'eventuale sussistenza di un'incidenza pregiudizievole di un progetto nei confronti di un sito protetto, da quella in cui l'amministrazione competente valuta l'opportunità di autorizzare il predetto progetto, bilanciando il suo impatto negativo con l'attuazione di misure di compensazione.

La ragione di una simile soluzione interpretativa riposa sulla considerazione secondo cui il sindacato relativo all'incidenza dell'intervento ipotizzato nei confronti delle specie o degli habitat protetti e la sua significatività non deve subire condizionamenti derivanti dalla previsione di opere compensative: invero, la razionalità di tale distinzione si comprende ponendo attenzione al fatto che, come si è già evidenziato, la misura compensativa è fisiologicamente successiva ed estranea al progetto sottoposto a valutazione e si inserisce, semmai, in una fase di valutazione autonoma e successiva dell'iter procedimentale.

In altri termini, il progetto può ben prospettare misure di mitigazione del pregiudizio alla biodiversità specificamente cagionato dalla sua realizzazione, ma non può spingersi a prevedere misure compensative volte a recare, in modo autonomo e "globale", un vantaggio al sistema ecologico della rete Natura 2000.

Ciò premesso, pur nella diversità dei fini che le contraddistinguono, le misure di attenuazione e quelle compensative appaiono strutturalmente correlate, posto che quanto più le prime limitino il pregiudizio per il sito protetto, tanto minore sarà la necessità di attuare misure compensative.

In una prospettiva di speditezza dell'istruttoria procedimentale e di considerazione complessiva dell'intervento da assentire, una siffatta correlazione induce a rimeditare la scansione procedurale più sopra richiamata, rendendo preferibile l'individuazione di un momento valutativo unitario del progetto.

I costi per la realizzazione delle misure di compensazione devono essere sopportati dal soggetto interessato all'attuazione del piano o dell'intervento: posto che questi trae un vantaggio da una simile attuazione, è tenuto a far fronte agli oneri economici volti a compensare il pregiudizio cagionato.

Alla luce dell'iter procedimentale più sopra richiamato, occorre evidenziare come l'attività amministrativa compiuta, tanto con riferimento alla valutazione preliminare di *screening*, quanto a quella sfociata nella valutazione d'incidenza, deve risultare da provvedimenti espressi, anche al fine di consentire l'apprezzamento dei diversi profili tecnici sottesi alla valutazione dell'amministrazione e la valutazione dei motivi d'interesse pubblico che giustifichino comunque la realizzazione del piano o del progetto.

Come è stato correttamente esplicitato dalla giurisprudenza, infatti, pur in assenza di specifiche disposizioni che stabiliscano l'adozione di provvedimenti formali in relazione alle procedure di cui trattasi, vi sono molteplici ragioni che militano in favore della necessità di provvedimenti espressi, correlate ai profili motivazionali e valutativi che l'amministrazione è tenuta a rispettare<sup>14</sup>.

#### 4. *Rilievi conclusivi.*

Dalla ricostruzione sin qui prospettata discende che le misure di compensazione, correttamente intese, costituiscono uno strumento inquadrabile pure entro logiche di scambio; nondimeno, considerare la misura compensativa secondo una concezione meramente mercantilistica del rapporto tra ambiente e opere di pubblica utilità appare un'opzione interpretativa impropria, che non tiene conto della prospettiva di bilanciamento degli interessi coinvolti nelle fattispecie qui prese in considerazione.

Come prefigurato nel saggio dal quale muove questo contributo, la compenetrazione della tutela ambientale e della protezione di interessi rilevanti per l'economia nazionale ed europea che caratterizzano l'attuale impostazione dell'ordinamento (si pensi al *favor* per le opere di pubblica utilità nel settore energetico o agli investimenti strategici) consiglia di abbandonare una prospettiva di contrapposizione tra i predetti interessi.

In questo senso, allora, ed è questa l'intuizione di Guido Greco che s'intende qui valorizzare, le misure compensative in materia di tutela della biodiversità

---

<sup>14</sup> In questo senso, Cons. giust. amm., Regione Sicilia, Sez. giurisd., 4 marzo 2024, n. 172.

tà si concretano in una leva fondata su di un mezzo di matrice economica, secondo la logica dello scambio, che tuttavia rifugge da un mero schema utilitaristico di retribuzione del sacrificio del bene protetto, dal momento che consente di realizzare progetti di sviluppo socio-economico mantenendo inalterato (o addirittura incrementando) il ricco patrimonio di diversità biologica di cui dispone il nostro Paese.



## LA COMPLESSITÀ DISCIPLINARE DEL LINGUAGGIO DEI CONTRATTI PUBBLICI

*Sara Valaguzza*

SOMMARIO: 1. Le questioni attuali nel dibattito dottrinale sul rapporto tra pubblico e privato nei contratti ad evidenza pubblica. – 2. Riflessioni sul dibattito attuale alla luce dell'impostazione di Greco. – 3. La scarsa rilevanza della distinzione tra norme di diritto pubblico o di diritto privato speciale e il potere ordinante della *ratio legis*.

### *1. Le questioni attuali nel dibattito dottrinale sul rapporto tra pubblico e privato nei contratti ad evidenza pubblica.*

L'“insoddisfacente sistemazione dogmatica della fase di esecuzione delle opere pubbliche” e la “confusione di linguaggi giurisprudenziali” segnano un punto importante nelle riflessioni che accompagnano la monografia di Guido Greco del 1986 sui contratti ad evidenza pubblica, dedicata, in particolare, all'esame dell'articolato rapporto tra diritto pubblico e diritto privato in relazione ai negozi giuridici di cui sia parte un'amministrazione<sup>1</sup>.

In quell'importante lavoro sono state messe in luce, per la prima volta in maniera articolata e sistematica, le diverse criticità della ricostruzione pubblicistica delle vicende riferibili all'esecuzione dei contratti pubblici ed è stata prospettata la nota tesi degli atti amministrativi ad effetto negoziale, qualificati in tali termini al fine di “evidenziarne la loro portata non autoritativa e la loro omogeneità, quanto a contenuto, con gli atti di volontà contrattuale di qualunque privato, nel quadro di un fenomeno complessivo di autoregolamentazione delle rispettive sfere giuridiche e, così, di autonomia privata”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986.

<sup>2</sup> G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 99. Anche ID., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e ne-*



La tesi di Greco è di straordinaria attualità nell'ambito del dibattito dottrinale attuale, nuovamente aperto attorno alle questioni teoriche portanti della contrattualistica pubblica<sup>3</sup> anche come conseguenza della recente riforma che ha condotto all'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, affidata al d.lgs. n. 36/2023.

In particolare, si torna a ragionare sulle peculiarità della disciplina del contratto pubblico, ricondotta ora al diritto pubblico ora al diritto privato speciale.

L'alternativa non è meramente nominalistica, ma rappresenta la conseguenza di una sottostante dommatica, nella quale rileva certamente, anzitutto, il modo di intendere la capacità giuridica, generale o speciale, dell'amministrazione<sup>4</sup>.

A riguardo, l'art. 8 del nuovo Codice dei contratti pubblici ha precisato che le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espres-

---

*cessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 419 ss. La categoria proposta dall'Autore è d'uso comune nella letteratura giuridica, cfr., di recente e a titolo meramente esemplificativo, P. MICHIARA, *La risoluzione in danno nel prisma del processo amministrativo. Considerazioni circa la necessità di una motivazione rinforzata nella valutazione in gara degli atti amministrativi negoziali estinti*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 3 ss., e anche F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Alimentato, negli ultimi anni, da contributi monografici dedicati anche, nello specifico, all'approfondimento teorico dell'intersezione (talvolta interazione) tra diritto pubblico e diritto privato nella disciplina dell'esecuzione del contratto pubblico: F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, 2022; analogamente, sia pure con altre argomentazioni, E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022; e, per altro verso, a partire dalla contaminazione "publicistica" del contratto privatistico A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2016.

<sup>4</sup> Sulla capacità di diritto privato degli enti pubblici, ripercorre le tesi precedenti all'entrata in vigore del codice civile del 1942 lo studio di F. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione: capacità e legittimazione a contrarre*, Firenze, 1937. Riassuntivamente anche F.P. PUGLIESE, *Contratto – sub Contratti della pubblica amministrazione, ad vocem*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988. Contributi importanti, e citati pressoché in tutti gli scritti sul tema, quelli di M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941; E. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 35 ss.; U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990. E, ancora, ci si riferisce alle opere di: A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; C. MARZUOLI, *Principio di legalità è attività di diritto privato*, Milano, 1982.

samente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge<sup>5</sup>, superando quindi l'antico dilemma e aderendo dichiaratamente, come attesta la Relazione di accompagnamento, all'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>6</sup>, coerente con quello della dottrina prevalente<sup>7</sup>, che ha riconosciuto alla pubblica amministrazione una generale capacità negoziale; secondo il diritto vigente, è pertanto da escludersi che il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi possa estendersi ai contratti, per i quali vige l'opposto principio di atipicità (art. 1322 c.c.).

Anche la prevalenza delle norme civilistiche come fattori di regolamentazione generale del contratto pubblico è sancita dal nuovo Codice, all'art. 12, che replica la logica binaria contenuta nel testo precedente, prevedendo che "Per quanto non espressamente previsto nel codice: a) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241; b) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile".

Nonostante il diritto positivo abbia tracciato una linea chiara verso l'applicazione anche ai contratti pubblici dei principi transtipici<sup>8</sup> della contrattuali-

---

<sup>5</sup> G. CLEMENTE DI SAN LUCA, L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2023, p. 15 ss., nel quale si osserva che "la funzionalizzazione all'interesse pubblico è scontata, perché ontologica, e dunque non discutibile", p. 22.

<sup>6</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656.

<sup>7</sup> Nel senso indicato da A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 445 ss. Sul valore descrittivo della distinzione proposta da Amorth, interessante la ricostruzione di F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 988 ss. Fondamentale il contributo di G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 189 e M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967, p. 21; sul punto, molto chiaramente anche G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 25: "le limitazioni alla capacità di diritto privato non discendono più e non possono discendere dalla tradizionale concezione (metagiuridica) dell'ente pubblico (...) e dal rilievo che in essa si riteneva di dover attribuire al fine pubblico. Dette limitazioni, viceversa, possono derivare esclusivamente dal diritto positivo e costituiscono non già il risultato di ovvie presunzioni, sibbene il risultato (eventuale) della stretta interpretazione della normativa vigente", 25. *Contra* F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, spec. p. 856. Anche C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 131 ss. e 154; M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 65; S. ROMANO, *Autonomia*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 22; C. MARZUOLI, *Principio di legalità è attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 113.

<sup>8</sup> Nel senso del termine utilizzato da A. VENTURELLI, in A. CARPRARA, R. OMODEI SALÈ, a cura di, *Tecnica di redazione dei contratti*, Napoli, 2023, p. 11.

stica, ispirati alla semplificazione interpretativa e alla parità tra i contraenti, alcuni studiosi del diritto amministrativo stanno tornando a considerare la funzionalizzazione all'interesse pubblico come elemento di deviazione dai parametri civilistici. In sintesi, il fatto che l'interesse pubblico debba essere fisiologicamente immanente al contratto stipulato dall'amministrazione porta a qualificarlo come causa del contratto<sup>9</sup> e induce a ritenere che l'attività dell'ente contraente, pur nel corso della fase esecutiva, debba essere "sottoposta al suo statuto giuridico più tipico, a partire dal principio cardine della funzionalizzazione"<sup>10</sup>, con conseguenti limitazioni all'applicabilità delle regole e dei principi civilistici. Apparirebbe con ciò, in tesi, "inesatta" l'affermazione giurisprudenziale e, a questo punto, normativa, secondo cui a seguito della stipula del contratto l'amministrazione agirebbe nell'esercizio della propria autonomia contrattuale.

La menzionata teorizzazione specifica inoltre che l'interesse pubblico, certamente rilevante sul piano causale, costituirebbe, segnatamente, la causa in concreto del negozio<sup>11</sup>, in quanto "oggettivato" nell'accordo e condiviso tra le parti; potrebbe perciò essere invocato l'istituto (civilistico) della presupposizione<sup>12</sup> per dare ad esso rilevanza al fine di determinare la validità o meno del negozio, diversamente da quanto avviene per i motivi "semplici" che inducono le parti a negoziare, che restano irrilevanti ai fini della struttura contrattuale<sup>13</sup>.

## 2. Riflessioni sul dibattito attuale alla luce dell'impostazione di Greco.

Nell'impostazione riferita in chiusura del paragrafo precedente, si rifiuta (non solo il diritto positivo, ma anche) la separazione "geometrica" tra momento pubblicistico, precedente alla stipula del contratto, e momento privati-

---

<sup>9</sup> In questi termini, F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., p. 96 ss.; analogamente, sia pure con altre argomentazioni, E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., spec. p. 262 ss.

<sup>10</sup> E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., pp. 274-275.

<sup>11</sup> E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., spec. p. 267.

<sup>12</sup> In ragione del quale il contenuto del contratto è determinato in un modo che non avrebbe alcuna giustificazione economica senza il motivo addotto secondo la tecnica della presupposizione, la sopravvenuta mancanza del quale giustifica la risoluzione dell'accordo.

<sup>13</sup> E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., spec. p. 269 ss.

stico, ad essa successivo: l'“invarianza” dell'interesse pubblico<sup>14</sup>, infatti, dovrebbe necessariamente ammettere una *vis* espansiva della *voluntas* pubblica e delle modalità di azione proprie dello statuto speciale dell'amministrazione anche nella fase di svolgimento del rapporto contrattuale.

Si dirà subito che tale ricostruzione, pur avendo il merito di tessere una nuova trama per una teorizzazione del contratto ad evidenza pubblica, non convince, non solo perché trascura il rinvio ricettizio alle norme civilistiche, ma anche perché appare innegabile, nell'attuale quadro normativo, l'assoggettamento della capacità di contrarre delle amministrazioni ai parametri civilistici nella loro funzione disciplinante generale.

Inoltre, essa non pare aggiungere tratti disciplinari a quanto già previsto dal diritto positivo, che, però, in tesi, viene contrastato; infatti, pur rifiutando la divisione bifasica, pre e post stipulazione del contratto, non si giunge ad altro risultato se non quello di ravvisare, nelle norme speciali dedicate ai contratti pubblici, analogie con istituti propri della fase procedimentale pubblicistica, senza che tuttavia si possa giungere alla “disapplicazione” delle regole legali, siano esse generali o particolari, applicabili alla fattispecie.

La citata dottrina afferma, per esempio, che anche nel corso della fase esecutiva l'azione del committente pubblico si svolge nel rispetto delle regole della legge n. 241/1990<sup>15</sup>; il che pare condivisibile, e pure coerente con quanto previsto all'art. 12 del nuovo Codice, il quale non implica una modifica alle modalità di formazione della volontà del soggetto pubblico, se non ove diversamente disciplinato. Occorre però tenere conto che, nella fase esecutiva, la maggior parte delle determinazioni dell'amministrazione non riguardano atti autoritativi, ma atti “negoziali”: sicché l'utilizzo della legge n. 241/1990, se non può essere scartato *in toto* non sarà frequente, considerato che dovrà essere escluso ogni qualvolta la pubblica amministrazione, nella veste di contraente, sarà impegnata nell'adozione di atti di natura non autoritativa, perché in quest'ultimo caso essa dovrà agire secondo le norme di diritto privato, stante quanto previsto all'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., p. 273.

<sup>15</sup> E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., p. 277.

<sup>16</sup> Ancora fondamentali gli scritti di: V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 2 ss.; ID., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008; F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008,

Se invece si pretendesse, cosa che peraltro le tesi appena esposte non paiono orientate a proporre, di consentire all'interesse pubblico di rendere del tutto provvisorio ed instabile il patto tra le parti, in ragione della citata funzionalizzazione del rapporto contrattuale all'interesse pubblico, allora si romperebbe la *ratio* dell'accordo in senso civilistico, che ha forza di legge tra le parti e, solo in quanto tale, può essere fonte di diritti ed obbligazioni.

Vi è una ulteriore ragione per cui le interessanti tesi qui sommariamente riassunte possono essere discusse: non vi è dubbio, infatti, che le persone giuridiche pubbliche debbano perseguire gli interessi pubblici, cioè gli interessi della comunità amministrata, ma nel meccanismo della soggettività giuridica di enti rappresentativi di terzi, ciò è esattamente l'interesse proprio dell'ente. In altri termini, tutte le persone giuridiche, private o pubbliche che siano, non godono di una *voluntas* pura, perché debbono agire nei limiti delle attribuzioni loro conferite dalla legge o dal loro statuto; e così, il perseguimento doveroso dell'interesse pubblico sta alla persona giuridica pubblica come, per esempio, lo scopo non lucrativo sta alle ONLUS.

Così l'idea secondo la quale l'amministrazione non dovrebbe godere di una autonomia contrattuale piena, per il fatto che la sua azione è limitata dal perseguimento del pubblico interesse e dalle dinamiche di esercizio del potere pubblico, rischia di orientarsi verso un afflato prevalentemente ideologico: se è certamente vero che l'amministrazione è tenuta, sempre, a perseguire l'interesse pubblico, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, ciò non esclude che tale discrezionalità possa essere limitata dalle norme imperative che delimitano i contenuti minimi dell'accordo o regolano gli istituti civilistici nel rispetto della teorizzazione del contratto in generale<sup>17</sup>. Come, del resto, sono limitate dalla legge le regole applicate, per esempio, nei contratti degli enti creditizi e finanziari, i contratti di credito al consumo, i contratti di locazione, i contratti delle SIM, ecc.<sup>18</sup>.

---

p. 5 ss.; ID., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004; D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, p. 13 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005.

<sup>17</sup> Si pensi, per esempio, alle regole in tema di condizione, alla clausola risolutiva espressa, piuttosto che al regime della nullità del contratto o ai contenuti minimi dell'oggetto.

<sup>18</sup> Gli esempi sono tratti da G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, 1993, ed. ristampata, Milano, 2007, p. 12.

Dunque, “Non solo sono intervenute sempre più numerose le norme imperative a disciplinare i contratti. Oggi sempre più spesso il contenuto dei contratti è predeterminato sin nel dettaglio, oltre che dalla legge, da fonti regolamentari”<sup>19</sup>. Il fatto che la legge riduca il campo dell’autonomia contrattuale dei contraenti non è una vicenda nuova né è peculiare ai contratti pubblici. La presenza di norme speciali, volte a regolamentare determinate categorie di contratti o comunque espressione di interessi prevalenti rispetto alla volontà delle parti, è perfettamente compatibile con l’archetipo tipico, che richiama l’obbligo di rispettare i limiti imposti all’autonomia contrattuale dalle norme imperative applicabili al caso, inderogabili, pena la nullità dell’accordo o di parti di esso. Ne segue che l’esistenza di regole relative alle modalità di esecuzione del contratto pubblico non è, di per sé, indicativa di una fuga dal diritto civile ma, anzi, è perfettamente ambientata in quel territorio.

Tuttavia, nel caso dei contratti pubblici emerge una peculiare complessità disciplinare, che va oltre alle ordinarie intersezioni di norme proprie della relazione tra ordinamento generale e ordinamenti settoriali: nel caso dei contratti pubblici (diversamente da quanto accade per altre discipline settoriali) l’incontro-scontro riguarda due sistematiche con fondamenta difficilmente convergenti, quella dell’interesse pubblico e della salvaguardia della funzione, da un lato, e quella del dovere, dei diritti e del consenso, dall’altro.

Proprio per esaminare questa complessità torna al centro il lavoro di Greco con cui si è esordito, che, non a caso, ha dedicato pagine di estremo interesse ad una tematica difficile della fase esecutiva dei contratti pubblici, quella della revisione dei prezzi, che porta a galla una critica tensione tra esigenze di protezione della gara e del denaro pubblico e necessità di equilibrare il sinallagma a fronte di eventi eccezionali.

Greco ha messo alla prova le sue tesi, seguendo un metodo che da sempre ha caratterizzato il suo lavoro, confrontandole con i ragionamenti svolti dalla giurisprudenza e, in particolare, con alcune decisioni in tema di revisione dei prezzi nell’appalto di opere pubbliche, che andavano accreditando natura provvedimentale agli atti revisionali con conseguente connotazione degradatoria della posizione soggettiva dell’appaltatore, qualificata nei termini di interesse legittimo. Ebbene, nella tesi dell’Autore, la linea avallata dai giudici amministrativi sarebbe arrivata “all’assurda implicazione di spezzare il sinallagma

---

<sup>19</sup> G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit. Sull’argomento, dimostra una interessante estensione dei principi pubblicistici nella sfera dei contratti *inter privati* la monografia di A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto*, Torino, 2016.

tra prestazione e controprestazione”<sup>20</sup>, che non avrebbe potuto certo restare valido persistendo, da un lato, una situazione di potere dell’amministrazione e, dall’altro, una di soggezione dell’appaltatore. L’inaccettabilità delle ipotizzate conclusioni ha permesso all’Autore di rafforzare le proprie argomentazioni, specificando come fosse ben possibile che, nell’esecuzione del contratto, incombessero sull’amministrazione diritti potestativi e obblighi giuridici incapaci di generare, nella controparte, interessi legittimi, ma, piuttosto, dialoganti con diritti ed obblighi, data la situazione paritaria dei contraenti.

La disciplina della revisione prezzi è allora stata intesa come foriera di vere e proprie obbligazioni pecuniarie in capo all’ente pubblico e di correlativi diritti soggettivi in capo all’appaltatore, diritti soggettivi che, per inciso, appaiono riconosciuti anche dalle recenti norme in tema di revisione e compensazione dei prezzi.

L’adesione ai canoni privatistici, per come sviluppata nel ragionamento di Greco, non impedisce affatto di ritenere saldamente confermata la possibilità che, durante l’esecuzione del contratto, l’interesse pubblico sia reso evidente attraverso fasi di evidenza pubblica “*in itinere*”<sup>21</sup>, che trovano espressione nel mentre dello svolgimento del rapporto contrattuale. Ciò che Greco respinge è invece l’idea che quegli atti amministrativi che compaiono nello sviluppo della relazione tra le parti possano configurare provvedimenti tipicamente autoritativi: al contrario “l’evidenza pubblica della fase di esecuzione del contratto non pare snaturare i vari diritti potestativi e obblighi giuridici, al cui esercizio o al cui adempimento è preordinata: o, meglio, non pare che essa sia incompatibile con le varie manifestazioni di volontà di diritto privato, più di quanto (eventualmente) lo sia l’evidenza pubblica della fase precontrattuale rispetto al contratto”<sup>22</sup>.

### 3. *La scarsa rilevanza della distinzione tra norme di diritto pubblico o di diritto privato speciale e il potere ordinante della ratio legis.*

Alla luce della complessità disciplinare evidenziata, non pare che abbia alcun valore euristico distinguere le disposizioni applicabili ai contratti pubblici

---

<sup>20</sup> G. GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 66.

<sup>21</sup> Se si vuole, il concetto di evidenza pubblica “*in itinere*” è espresso, con riferimento al contratto di società, in S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, 2012, p. 164 ss.

<sup>22</sup> G. GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 79.

come “norme di diritto pubblico” oppure come “norme di diritto privato speciale”. Per la verità, non è chiaro nemmeno quello che l’alternativa in questione sembra dare per scontato, ossia che cosa si intenda per “norme di diritto pubblico” e per “norme di diritto privato speciale”.

A ben vedere, una norma è sempre e semplicemente una norma, prodotto di una fonte del diritto: nel momento in cui diviene efficace essa assume le vesti di un formante dell’ordinamento giuridico. È poi l’interprete che elabora le distinzioni concettuali che portano ad ascrivere le varie previsioni legali ad un determinato “settore” del diritto piuttosto che ad un altro. Peraltro, proprio la progressiva “statualizzazione” (ed europeizzazione) del diritto privato ha reso difficile mantenere l’antica logica propria della separazione tra diritto pubblico, inteso come luogo delle garanzie verso lo Stato, e diritto privato, interpretato come ambito della “signoria del volere individuale”. Infatti, come è stato ancora di recente illustrato, la presenza di una crescente legislazione speciale (sia nazionale sia europea) accentua il legame del territorio privatistico con il diritto pubblico, divenuto veicolo di strategie economiche e di creazione di valore comune in senso trasversale rispetto alla natura (pubblica o privata) del soggetto destinatario della norma<sup>23</sup>.

Nello specifico, la dicitura che considera norme di diritto pubblico le previsioni speciali che regolano la fase esecutiva dei contratti pubblici è frutto del fatto che l’attività dell’amministrazione, anche in forma contrattuale, è retta da principi e regole “osservati come diritto pubblico”, come recita l’art. 11 c.c. Si comprende, a riguardo, il pensiero di Mazzamuto, secondo cui “se una norma si definisce civilistica perché opera normalmente in quel sistema, questa norma se e quando immersa nel diverso sistema pubblicistico non potrà che divenire parte e dunque assumere, a sua volta, la qualificazione di diritto pubblico”<sup>24</sup>. E, allora, le norme del d.lgs. n. 36/2023 in tema di esecuzione dei contratti pubblici sono norme di diritto pubblico, perché rivolte all’azione “per contratto” dei soggetti pubblici; il che però, si intende, le qualifica ben poco.

---

<sup>23</sup> Chiarissimo, sul punto, l’esito della ricostruzione storica di B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogica storica*, Bologna, 2020. Scriveva di utilità relativa, scolastica, didattica della distinzione tra diritto civile e diritto amministrativo S. PUGLIATTI, in M. TRIMARCHI (a cura di), *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e diritto amministrativo*, Napoli, 2017.

<sup>24</sup> M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, p. 171.



Greco aveva a suo tempo osservato che la connotazione pubblicistica delle norme di cui si tratta correva il rischio di essere il riflesso della dommatica – che egli già allora rifiutava e che la normativa attuale ha superato – della capacità limitata degli enti pubblici nel campo civilistico “riconoscendo persistente l'immanenza del diritto pubblico sul privato e, così, il necessario condizionamento degli istituti civilistici alle esigenze logiche (e talvolta ideologiche), ritenute imprescindibilmente collegate con l'interesse pubblico”<sup>25</sup>.

La qualificazione delle regole dell'esecuzione dei contratti pubblici come norme di diritto pubblico o di diritto privato speciale rischia di essere impostata prevalentemente come una questione meramente nominalistica, nel senso che l'affermare che siano norme di diritto pubblico o di diritto privato speciale non ne modifica gli effetti e comunque la distinzione non appare proficua.

Le ragioni della conclusione appena anticipata sono molteplici.

A ben vedere, si dovrebbe osservare che la disciplina dei contratti pubblici è formata, in parte, dalle previsioni applicabili, in generale, ad ogni tipo di contratto (si pensi alle norme sulla nozione di contratto, sui vizi della volontà, sulla nullità, sui tipi di contratto, ecc.) e, in altra parte, da norme speciali, che valgono ad integrare o sostituire le regole comuni (si pensi alle disposizioni in tema di risoluzione del contratto che integrano quelle contenute nel codice civile, o a quelle relative alle penali nei contratti di appalto o di concessione) oppure a regolamentare determinati tipi di contratti della p.a. (ci sono, per esempio, norme speciali sulla sponsorizzazione, norme sulla vendita, norme sugli appalti, norme sulle concessioni, ecc.).

Ne segue che, se si volesse dire che le norme sui contratti pubblici sono norme di diritto pubblico *tout court* (come spesso si aggiunge, in ragione della funzionalizzazione dell'attività amministrativa all'interesse pubblico) si dovrebbe quanto meno precisare che questa affermazione non vale per ogni regola dell'insieme, perché, appunto, trovano applicazione ai contratti pubblici anche istituti completamente ascrivibili all'ambito della teoria dei contratti in generale.

Del pari, affermare che le norme dei contratti pubblici appartengono al diritto privato speciale non sarebbe completamente appagante, data la presenza di principi pubblicistici, di derivazione costituzionale, che non trovano sviluppi né analogie con il diritto dei contratti tra privati (si pensi agli obblighi di trasparenza inerenti alla fase esecutiva dei contratti pubblici).

Per comprendere la “questione sostanziale” – ossia se le norme che si applicano alla fase esecutiva dei contratti pubblici in deroga alle previsioni che

---

<sup>25</sup> G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 23.

varrebbero per i contratti tra privati siano o meno indicative di un sistema nel complesso derogatorio a quello civilistico, che attivi principi e logiche differenti da quelle applicabili alla contrattualistica in generale – appare invece interessante indagare la *ratio* dei vari plessi normativi dedicati ai contratti pubblici.

Se ci si interrogasse sui connotati di tali norme, si potrebbe aprioristicamente ipotizzare che esse si ispirino alla necessità di tutela del denaro pubblico e di protezione dal rischio economico supportato dall'amministrazione.

In verità, una tale ipotesi sarebbe smentita dal confronto con l'analisi dei testi, dai quali emerge, sorprendentemente – perché si tratta di un aspetto che la letteratura giuridica non ha messo sufficientemente in rilievo – che la maggior parte delle previsioni speciali sono frutto della necessità di protezione del contraente privato e non hanno invece a che fare con le tanto invocate esigenze della funzione amministrativa.

È possibile in questa sede fornire solo alcuni esempi a campione, per dimostrare quanto appena asserito. Anzitutto, osservando che molta della normativa dedicata ai contratti ad evidenza pubblica è di derivazione europea, si scopre che le regole della fase esecutiva sono dirette a rendere efficaci le libertà economiche all'interno del mercato unico europeo evitando che le amministrazioni degli Stati realizzino condotte protezionistiche a vantaggio delle imprese nazionali, alterando i parametri della gara.

Scrutinando le norme “speciali” dettate per l'esecuzione del contratto pubblico, emergerebbe poi che la maggior parte di esse non è rivolta a tutelare l'interesse pubblico o lo statuto speciale dell'amministrazione, ma invece a garantire la parità delle parti e ad evitare che si frustri il legittimo affidamento riposto nell'accordo, oppure a preservare l'oggetto del contratto, per come determinato in fase di confronto competitivo. È così per le norme che prevedono l'obbligatorietà del riconoscere un indennizzo in favore dell'appaltatore o del concessionario che veda l'amministrazione esercitare un recesso dal contratto per ragioni di interesse pubblico, per sopravvenuta carenza di risorse economiche o per un diverso assetto di interessi determinato da valutazioni di carattere politico. È così per le norme in tema di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, compresa la previsione obbligatoria del collegio consultivo tecnico per gli appalti di lavori al di sopra della soglia europea, che intervengono per velocizzare la soluzione delle dispute tra le parti dei contratti pubblici, onde evitare la sofferenza finanziaria del contraente privato e ottenere tempestivamente decisioni esecutive. È così, pure, per le previsioni che limitano le modifiche del contratto in corso di esecuzione, che proteggono la con-

correnza e anche il contraente privato, che ha formulato un'offerta tecnica ed economica considerando un determinato contenuto contrattuale e che potrebbe essere pregiudicato nel caso di alterazioni sostanziali agli impegni assunti. Non ci pare diversa la conclusione nemmeno per le norme in tema di risoluzione e di recesso dai contratti pubblici, che procedimentalizzano l'esercizio di diritti potestativi del soggetto pubblico allo scopo (non di estendere le potestà connesse all'esercizio di potere pubblico, ma) di instaurare un contraddittorio con il contraente e/o di tutelarne gli interessi economici.

Quanto precede, non esclude che vi siano anche disposizioni relative all'esecuzione dei contratti pubblici che nascono e si sviluppano sulla base dei principi tradizionali dell'azione amministrativa. Come nel caso del diritto di accesso civico generalizzato, ritenuto applicabile dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020 sia agli atti delle procedure di gara sia a quelli dell'esecuzione dei contratti pubblici a fronte del ruolo di controllo diffuso che ciascun cittadino può esercitare nella materia dei contratti pubblici, tutelano la concorrenza, la legalità e la prudente gestione del denaro pubblico. La medesima logica regge l'obbligo, previsto a pena di nullità, di redigere i contratti pubblici in forma scritta "*ad substantiam*": la Cassazione, infatti, ha collegato tale regime al principio di trasparenza e alla necessità di consentire l'espletamento dei controlli da parte delle autorità "tutorie"<sup>26</sup>.

A questo punto è possibile trarre alcune conclusioni: le norme che riguardano la fase esecutiva dei contratti ad evidenza pubblica appaiono ispirate da molteplici esigenze, tra le quali: (i) la protezione del contraente privato (cfr., *inter alia*, le norme in tema di pagamento dell'anticipazione; il meccanismo obbligatorio di compensazione e revisione del prezzo; il pagamento diretto da parte della stazione appaltante alle imprese che siano MPMI; le norme in tema di ADR e di collegio consultivo tecnico); (ii) la tutela della concorrenza e, con essa, l'immodificabilità delle condizioni di gara (cfr., *inter alia*, divieto di modifica delle condizioni contrattuali; divieto di modifiche soggettive del contraente se non in casi speciali; divieto di modifica delle condizioni sostanziali del contratto in caso di trattativa privata che segua una gara deserta; la previsione del c.d. quinto d'obbligo; i limiti al riconoscimento del premio di accelerazione); (iii) la tutela del denaro pubblico (cfr., *inter alia*, le norme in tema

---

<sup>26</sup> Cass. civ., Sez. I, 14 dicembre 2006, n. 26826. Da ciò consegue che il contratto privo della forma scritta è nullo ed insuscettibile di qualsiasi forma di sanatoria, dovendosi, quindi, escludere l'attribuzione di rilevanza ad eventuali convalide o ratifiche successive, nonché a manifestazioni di volontà implicita o desumibile da comportamenti puramente attuativi.

di collaudo tecnico ed amministrativo; le previsioni in tema di penali e sospensione dei lavori); (iv) la valorizzazione di obiettivi collaterali a quelli che confluiscono nell'oggetto principale del contratto (cfr. le norme in tema di criteri ambientali minimi da rispettarsi in fase di esecuzione, la clausola sociale, i parametri di *sustainable procurement*).

Così emerge che le norme disciplinanti le vicende dell'esecuzione del contratto pubblico hanno diverse *rationes*, coerentemente con la complessità del linguaggio disciplinare che caratterizza il settore. La diversità di origine logica delle previsioni di volta in volta considerate ha effettivamente un rilievo pratico e una rilevanza interpretativa autonoma, ove si tratti di interpretare disposizioni ambigue o a fronte di problematiche interpretative.

Infatti, costituisce principio generale dell'interpretazione della legge che, in casi dubbi, si attribuisca ad essa il significato maggiormente coerente con l'intenzione del legislatore e, cioè, con la *ratio legis*.

Perciò, appurato che quest'ultima non può essere riassunta e generalizzata con la funzionalizzazione del contratto della p.a. all'interesse pubblico, né con la qualificazione "norme di diritto privato speciale" o "norme di diritto pubblico", l'interprete dovrà procedere ad indagare l'interesse protetto dalla singola previsione applicabile: se la norma da interpretare sarà una norma posta a tutela del denaro pubblico, i principi da invocarsi e la logica da far valere dovranno essere coerenti con quella *ratio* e, perciò, avranno ambientazione pubblicistica; viceversa, se, per esempio, si tratterà di intendere come gestire il riconoscimento di un acconto a titolo di anticipazione, posto che la previsione in argomento è rivolta a consentire all'appaltatore di beneficiare di una certa liquidità in apertura dei lavori, allora si dovrà far affidamento su principi e canoni di ragionamento privatistici.

La proposta appena formulata, se accolta, avrebbe un impatto molto significativo sul modo di intendere i contratti pubblici, emancipandoli dall'ideologia pan-pubblicistica o pan-privatistica, per collocarli invece appieno nella logica dell'accordo, che verrebbe a ricomporsi dalle manifestazioni di volontà delle parti e dalle norme imperative, la cui specifica *ratio*, disposizione per disposizione, ne integrerebbe la disciplina, senza che la funzionalizzazione all'interesse pubblico possa essere intesa come fattore decisivo per legittimare ricostruzioni centrifughe rispetto alla *voluntas legis*.



# SPUNTI INTRODUTTIVI ALLA SISTEMATICA DEI PRINCIPI E DELLE REGOLE DEI CONTRATTI PUBBLICI

*Francesco Vetrò*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La codificazione dei principi dei contratti pubblici. – 3. La funzione dei principi nel codice dei contratti pubblici. – 4. I principi-cardine. – 5. I principi-regole. – 6. Alcuni istituti. – 7. Considerazioni conclusive.

## 1. *Premessa.*

La materia dei contratti pubblici ha sempre rivestito importanza centrale nelle politiche pubbliche e nelle scelte degli apparati su cui poggiano gli Stati moderni<sup>1</sup>. Gli interessi pubblici e privati in gioco erano (e continuano ad essere) di assoluto rilievo. Ciò sia per l'agente pubblico, sia per l'agente privato coinvolti nelle c.d. negoziazioni pubbliche.

Per le organizzazioni pubbliche l'aggiudicazione di commesse pubbliche è uno strumento essenziale per la loro stessa esistenza (c.d. *contratti pubblici a strumentalità immediata*, con i quali si acquistano lavori, beni e servizi necessari al funzionamento dell'apparato) o legittimazione (c.d. *contratti a strumentalità mediata*, con i quali si acquistano lavori, beni e servizi necessari a garantire

---

<sup>1</sup> Il presente lavoro costituisce la rielaborazione e l'aggiornamento della relazione tenuta il 17 ottobre 2023 presso l'Università degli Studi dell'Aquila in occasione del Seminario di studi dal titolo "Il nuovo codice dei contratti pubblici", organizzato dal Centro di Studi sull'Amministrazione – CSA UnivAq e dal Master in Diritto e gestione delle amministrazioni locali.

Il lavoro è ora destinato al *Liber amicorum* per Guido Greco, il cui contributo scientifico allo studio dei contratti pubblici è da considerarsi irrinunciabile per chiunque si accosti al tema. Gli approdi cui il Maestro è giunto si pongono, infatti, come punto di partenza per qualsiasi indagine sul tema, soccorrendo nell'interpretazione della disciplina di diritto positivo quando non, addirittura, nell'intuirne e talora prevenirne le traiettorie. Di questi insegnamenti si è provato a farne tesoro in questo scritto.

la cura concreta degli interessi pubblici cui gli apparati sono deputati per legge). Per i soggetti privati la possibilità di conseguire, in condizioni di parità e di libera competitività, il “bene della vita-contratto pubblico” costituisce un’appetibile occasione di crescita economica e reputazionale tanto all’interno del mercato dei contratti pubblici, quanto all’interno dello specifico settore merceologico in cui si trovano ad operare anche in forza di rapporti con soggetti diversi dalle amministrazioni committenti.

Questa intrinseca vocazione poli-assiologica del contratto pubblico ha innescato – come inevitabile fosse – una progressiva trasformazione<sup>2</sup>: da strumento contabilistico<sup>3</sup>, preordinato soltanto a consentire alle amministrazioni pubbliche l’acquisizione, nel minore tempo possibile e al minore prezzo possibile, dei lavori, dei beni e dei servizi di cui avessero bisogno, ad un vero e proprio strumento di politica economica funzionalizzato *anche* ad indirizzare le condotte degli operatori economici verso “modelli d’impresa” maggiormente compatibili con gli interessi non egoistici venuti ad emergere dalla mutata realtà sociale<sup>4</sup> (sostenibilità ambientale, tutela dei lavoratori, efficienza energetica, ecc.).

La corsa all’utilizzo dello strumento contrattuale, dal quale è derivato un diverso modo di atteggiarsi dell’azione dei pubblici poteri (si è ormai soliti usare da un po’ di tempo espressioni come “governare per contratto”<sup>5</sup>), ha causato il frequente intervento del legislatore sulla materia, con lo scopo di impedire sacche di azione amministrativa sottratte al vaglio della legalità (pubblicistica *ex art.* 97 Cost.) ovvero di chiarire i lati più oscuri della disciplina sull’argomento. Interventi, questi, di sistema, provocati cioè dall’esigenza di assicurare che lo statuto privatistico fosse adeguatamente plasmato sul contratto stipulato dal soggetto pubblico. Nondimeno, l’intervento del legislatore è stato dettato anche da esigenze contingenti: la crisi economica e, dunque, la improcrastinabile necessità di avviare i lavori nei cantieri, di dotare il

---

<sup>2</sup> V., per un inquadramento della tematica, sin dai profili generali, G. GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986.

<sup>3</sup> In argomento, v. F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattualistica pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 317 ss.

<sup>4</sup> Sulle finalità sociali ed ambientali della disciplina sulla contrattualistica, v. E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021.

<sup>5</sup> Il riferimento è a J. FREEMAN, M. MINOW (a cura di), *Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*, Cambridge, 2009.

Paese delle infrastrutture utili a competere a livello europeo; la pandemia e le sue ripercussioni sanitarie ed economiche. Dunque, sulla materia si è intervenuti più volte: sia per evitare, come anticipato, zone franche nell'attività amministrativa, sottratte cioè al vaglio di legalità, sia per assicurare la competitività dello Stato-apparato sia, ancora, per fornire alle Amministrazioni gli strumenti per dotarsi tempestivamente di beni e servizi irrinunciabili in un dato momento storico, come nel caso dei dispositivi medico-sanitari e tecnologici per affrontare la pandemia<sup>6</sup>.

Qual è stato il prodotto di questa iper-regolazione? Niente più, niente meno di quello che Massimo Severo Giannini, poco più di quaranta anni fa, ebbe a definire come “manuale di enigmistica giuridica”, a rimarcare il carattere elefantico, lambiccato, patologicamente affrancato da una visione d'insieme, armoniosa e razionale, della disciplina. E in effetti il compulsivo interventismo legislativo ha dato vita ad una normazione fluida e in continua evoluzione, il cui comune divisore è stato rappresentato dall'intendimento del legislatore di risolvere qualsivoglia forma di complessità con una previsione legislativa orientata alla semplificazione del procedimento amministrativo e, con esso, degli adempimenti a carico degli operatori e delle amministrazioni pubbliche.

L'economia di questo scritto richiede di astenermi dal dover dare conto della (nota) evoluzione che ha storicamente interessato la disciplina che ci occupa (dalle leggi n. 1865, n. 2248, allegato F al r.d. n. 2440/1923, dal r.d. n. 827/1924 alla legge n. 109/1994 (c.d. legge Merloni), dal d.lgs. n. 163/2006 al d.lgs. n. 50/2016)<sup>7</sup>. Sia per questo sufficiente limitarsi a rammentare che l'ultima tappa di questa lungo itinerario è costituita dal d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36, la cui genesi si deve, principalmente, alla circostanza che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) ha previsto, tra le riforme abilitanti, l'adozione di norme per aumentare l'efficienza e l'efficacia amministrativa nell'utilizzo delle risorse messe a disposizione nell'ambito del *Next Generation EU*.

---

<sup>6</sup> Sull'impatto dell'emergenza pandemica sui contratti pubblici, v. M. COZZIO, N. PARISI, *L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, n. 1, 2021, p. 37 ss. Più in generale, sull'impatto della pandemia nell'ordinamento, v. N. BRIGNOLI, *Il problema dei problemi: emergenza e ordinamento giuridico. Spunti sui risvolti ordinamentali dell'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Nuove Autonomie*, n. 2, 2022, p. 549 ss.

<sup>7</sup> Per qualche riflessione ricostruttiva sul punto, sia consentito un rinvio a F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRACHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, n. 1, 2023, p. 31 ss.



Orbene, il presente scritto sarà strutturato in tre parti: la prima, dedicata ai principi della materia; la seconda ad alcuni degli istituti che paiono essere degni di maggiore attenzione; infine, nella terza parte, saranno svolte alcune riflessioni conclusive. L'impostazione metodologica che si intende propugnare, inoltre, vuole essere di stampo *realistico-pragmatico* e non già strenuamente *dogmatico*; l'incidenza che le commesse pubbliche hanno sulla vita delle amministrazioni e della collettività impone infatti un approccio che guardi al "reale" con un occhio disincantato, così che dall'osservazione della realtà possa comprendersi (per citare ancora Giannini) la tenuta del sistema delle regole. In altri termini, pochi o, meglio ancora, nessun volo pindarico.

## 2. La codificazione dei principi dei contratti pubblici.

Dal luglio 2023 sono divenute efficaci le "regole" del nuovo codice dei contratti pubblici, contenute nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Il nuovo codice, adottato in attuazione della delega contenuta nella legge 21 giugno 2022, n. 78, consta di 229 articoli, ordinati in 5 libri e di 39 allegati. Per buona parte è autoesecutivo, poggiando su pochi (12) regolamenti attuativi dell'ANAC. Si apprezza per eleganza e raffinatezza stilistica della prosa. Molti degli articoli sono assai più lineari rispetto ai (non sempre soddisfacenti) parametri di *drafting* legislativo cui eravamo abituati. La sua elaborazione è il frutto di un intenso lavoro svolto dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato, alla quale hanno preso parte magistrati amministrativi, esperti esterni, rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura Generale dello Stato.

Il profilo connotato da maggiore portata innovativa è senza dubbio quello di avere "codificato i principi che sovrintendono all'intera materia"<sup>8</sup>. Incisiva è la definizione resa da Giancarlo Montedoro: "un caso singolare di principi creati dai giudici per i giudici, connotati da estrema finezza e tecnicità tanto è vero che sono stati unanimemente lodati come esempio paradigmatico della chiarezza e della eleganza del codice"<sup>9</sup>. A dispetto di quanto previsto dal d.lgs. n. 50/2016, che sotto la equivoca rubrica "Principi generali" si limitava a de-

---

<sup>8</sup> Una stimolante lettura del ruolo, della strutturazione e della forza dei principi, condotta tra politica del diritto e risvolti ermeneutici, la si ritrova in G. MORBIDELLI, *Intorno ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, n. 3, 2023, p. V ss.

<sup>9</sup> V. G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 18.

lineare l'ambito di applicazione del codice, le competenze legislative tra Stato e regioni e ad introdurre un corposo elenco di definizioni, il nuovo codice si apre con la fissazione, questa volta per davvero, dei principi della materia: valori e criteri aventi l'aspirazione ad assicurare omogeneità e razionalità logica ed epistemologica all'intero corpo normativo.

Le ragioni formali di questa scelta sono spiegate nella Relazione di accompagnamento allo schema del codice: "i principi rendono intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto. I principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una 'memoria del tutto' che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili"<sup>10</sup>. Per converso, la ragione sostanziale non la si trova scritta da nessuna parte. Ci si può però persuadere del fatto che la positivizzazione dei principi della materia costituisca un tentativo per arginare (sia pure in parte) quella "crisi della fattispecie" teorizzata da Natalino Irti<sup>11</sup>. In che senso? È ormai dato acquisito che la norma positiva non può nascere come capace di adattarsi all'indefinibile spettro fenomenologico della vita concreta. Essa abbisogna dell'elaborazione interpretativa di una *sub*-regola adatta allo scopo. Tuttavia, la *sub*-regola non può derivare da una attività ermeneutica libera e imprevedibile (*melius*, incalcolabile), dovendo pur sempre muoversi all'interno di predeterminati limiti legislativi; abbiano questi le fattezze dei principi e delle clausole generali, ovvero delle regole minute.

Interessanti, a questo riguardo, sono le riflessioni sviluppate da Fabio Saitta, nel volume "Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo"<sup>12</sup>.

È uno scritto poderoso e ponderoso. Il nocciolo della tesi può comunque riassumersi con le parole rese dallo stesso Autore in un'intervista-colloquio con Enrico Zampetti, in cui si dice – tra le altre cose – che "un conto è dire che l'interprete deve valutare gli interessi cristallizzati nella norma e le possibilità di adeguare quest'ultima ai vari momenti dell'evoluzione storica, oppure

---

<sup>10</sup> Cfr. Cons. Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, III – Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, p. 11.

<sup>11</sup> Cfr. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1, 2014, p. 36 ss.

<sup>12</sup> V. F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023.

osservare che ogni interpretazione esige una presa di coscienza della realtà storico-sociale del sistema e quindi un confronto tra il passato e il presente o anche notare che l'interprete non si deve porre in posizione passiva, ma deve immettere e far valere nel processo ermeneutico tutta l'attualità e contemporaneità del suo concreto e storico esistere. Fin qui, ci si limita ad attribuire all'interprete il ruolo di mediatore tra testo e caso, norma e vita, ed a superare la vetusta visione dell'interpretazione come operazione di mera sussunzione o di apodittico sillogismo. Occorre, tuttavia, distinguere tra una creazione quale scelta, da parte del giudice, dell'interpretazione maggiormente sostenibile tra i possibili significati ascrivibili all'enunciato normativo ed una creazione quale introduzione, nel contesto del diritto positivo, di nuove disposizioni normative<sup>13</sup>. Ecco che, allora, la ragione sostanziale alla base della scelta di fissare un elenco di principi della materia dei contratti pubblici può ravvisarsi nell'intento di imprimere una giusta, moderata e temperata elasticità alle regole, senza che per questo possa arriversi ad avere un sistema schizofrenico in cui il creazionismo giurisprudenziale conduca a soluzioni diversissime (se non opposte) su casi concreti assai simili. Il che rileva un aspetto non trascurabile: anche la codificazione dei principi dei contratti pubblici può considerarsi sorretta – come pure è stato osservato – da una “certa malcelata diffidenza della politica verso il potere giudiziario”<sup>14</sup>.

### 3. *La funzione dei principi nel codice dei contratti pubblici.*

Qual è la funzione dei principi del nuovo codice dei contratti pubblici? In certa misura, lo si è già anticipato. Ad ogni buon conto, la risposta all'interrogativo non è una sola.

In primo luogo, i principi mirano a scongiurare (per il futuro) il riverificarsi di quei fenomeni di iper-regolazione del settore che hanno determinato la sostanziale compressione dei margini di discrezionalità amministrativa e, quale conseguenza massimamente patologica, il diffondersi dell'amministrazione difensiva e della c.d. “paura della firma”: funzionari pubblici intenti al rispetto delle regole formali più che al risultato finale (aggiudicare e fare eseguire il

---

<sup>13</sup> Cfr. E. ZAMPETTI, F. SAITTA, “Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo”. *Enrico Zampetti intervista Fabio Saitta*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 15 giugno 2023.

<sup>14</sup> Cfr., G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica*, cit., p. 9.

contratto) e, in quanto tali, assaliti da ogni timore, al sol presentarsi del minimo margine di incertezza sul significato e sulla portata applicativa delle norme. In secondo luogo, i principi mirano a dare luogo ad un cambio di paradigma: la concorrenza non è più il fine delle gare pubbliche<sup>15</sup>, ma solo uno strumento per conseguire, nel miglior modo possibile, il fine vero delle procedure evidenziali: l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto. Sono condivisibili le osservazioni di quanti hanno evidenziato che con il nuovo codice "il diritto dei contratti pubblici non è più un settore del diritto comunitario della concorrenza (cd. 'concorrenza imposta' agli agenti pubblici, *naturaliter* refrattari alle logiche della competizione e alla pressione del mercato), ma un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale. Cura concreta degli interessi pubblici, non tutela della *competition*; felicità dei cittadini, non benessere degli operatori economici; realizzazione, non procedura; diritto sostanziale, non gingillo procedimentale; anelito, non regolamentazione"<sup>16</sup>.

Beninteso. Il considerare favorevolmente – nel suo complesso – la scelta di positivizzare i principi della materia non deve indurre a sopravvalutarne la portata innovativa. Sebbene l'idea sia "stata quella non tanto di richiamare i principi 'generalissimi' dell'azione amministrativa, ma di fornire una più puntuale base normativa anche a una serie di principi 'precettivi', dotati di immediata valenza operativa"<sup>17</sup>, molti di essi si rinvenivano già nella disciplina europea (per es., il principio di accesso al mercato e il principio di autoorganizzazione), ovvero nella Costituzione e nella legge sul procedimento amministrativo (per es., il principio della fiducia, i principi della buona fede e dell'affidamento, i principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, ecc.). Resta inteso, comunque, che la loro codificazione è un risultato positivo ed apprezzabile.

Eccettuando il rinvio alle norme sul procedimento amministrativo ed al codice civile (art. 12), i principi del nuovo codice possono essere distinti in due gruppi: principi-cardine (o super-principi), assiologicamente posti su un piano di tendenziale sovra ordinazione, e principi di dettaglio. Appartengono al primo gruppo il principio del risultato, della fiducia e dell'accesso al

---

<sup>15</sup> Nota è la critica sul punto di F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più: il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020.

<sup>16</sup> Cfr. F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: uno sguardo d'insieme*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), 6 marzo 2023.

<sup>17</sup> Così, F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 8 giugno 2023.

mercato, i quali fungono *ex art.* 4 anche da criteri interpretativi e applicativi delle norme del codice. La missione loro affidata, oltre a quella di indirizzare e conformare l'esercizio della "funzione di committenza pubblica", è pure quella di "sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono sollevare. Nel dubbio, quindi, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia sull'amministrazione, sui suoi funzionari e sugli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici"<sup>18</sup>. Diversamente, sono riconducibili al secondo gruppo i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, i principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale, il principio di auto-organizzazione amministrativa, il principio dell'autonomia contrattuale, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, il principio di tassatività delle cause di esclusione, il principio della massima partecipazione, nonché il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali.

Sia pure con approccio di inevitabile sintesi, si tenterà di dare conto di quelli che paiono, ad avviso di chi scrive, gli aspetti maggiormente degni di nota. E nel fare questo ci si concentrerà, dapprima, su quelli che sono i principi della materia e, successivamente, su alcune delle regole del nuovo codice dei contratti pubblici.

#### 4. I principi-cardine.

Iniziamo dai principi-cardine, seguendo l'ordine topografico tracciato dallo stesso codificatore.

Il principio del risultato (art. 1) è quello che apre l'articolato nel nuovo codice e rappresenta una novità di non poco momento<sup>19</sup>. La sua formale positivizzazione è ricchissima di valenza, non soltanto evocativa e simbolica, ma anche e soprattutto applicativa. Vi si stabilisce che le "stazioni appaltanti e gli

<sup>18</sup> Cfr. Cons. Stato, *Schema definitivo*, cit., pp. 16-17.

<sup>19</sup> Sull'ingresso del principio del risultato nel diritto positivo ad opera del nuovo Codice dei contratti pubblici immancabile è la lettura di M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 9, 2024, p. 205 ss. Al medesimo Autore si deve la puntuale ricostruzione della teoria dell'amministrazione del risultato con specifico riguardo all'esercizio della funzione (amministrativa) in *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2003, al cui apparato bibliografico doverosamente si rinvia.

enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza". La sua proclamazione potrebbe apparire, a primo acchito, come cosa scontata e pleonastica. Difatti, se guardata con gli strumenti d'indagine e con l'armamentario concettuale di altre scienze sociali, pochi o nessuno potrebbe arrivare a mettere in discussione che la vera finalità dell'amministrazione che bandisce e che contratta è quella di giungere, nel più breve tempo possibile e alle migliori condizioni economiche, alla aggiudicazione e alla esecuzione del contratto di cui ha avvertito l'esigenza. Se non fosse, però, che l'implementazione assiologica del settore dei contratti pubblici da parte di più e diversi valori da contemperare e tenere in equilibrio ha condotto ad una sommatoria-algebrica delle cose, con conseguenze stravolgenti.

La sensibilità riservata dal diritto europeo (primario e secondario) alla tutela della concorrenza<sup>20</sup>, quale pre-requisito per l'effettivo esercizio delle libertà fondamentali su cui poggia il mercato unico, e la diffusa convinzione (certe volte corretta, talaltra esagerata) che i contratti pubblici fossero terreno fertile per la perpetrazione di arbitri e corrottele di vario tipo, ha fatto sì che, piano a piano, si perdesse di vista il vero obiettivo alla base delle commesse pubbliche e, al contempo, si assistesse ad un guasto della relazione logica che deve, sempre, esservi tra il "mezzo" e il "fine"<sup>21</sup>: la concorrenza e la trasparenza sono divenuti non più mezzi idonei ad agevolare la stipulazione dei contratti pubblici, ma il fine stesso della regolazione delle commesse pubbliche. I committenti pubblici sono passati dal "dover essere" dei contraenti (sia pure vincolati al rispetto di certe regole) "all'essere" primariamente degli enti costretti a regolare in prospettiva ultra-concorrenziale la singola gara. Deve essere perciò salutata con favore la scelta di ricollocare le cose al loro posto, attribuendo alla concorrenza ed alla trasparenza (il richiamo alla legalità appare,

---

<sup>20</sup> Secondo G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici*, in ID. (a cura di), *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, p. 12, la disciplina interna sugli appalti pubblici "si è sempre posta dal punto di vista dell'Amministrazione appaltante", mentre quella comunitaria "viceversa, si pone prevalentemente dal punto di vista delle imprese". Sul punto, v. anche M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2008, p. 297 ss.

<sup>21</sup> Secondo M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, p. 169, quella che è avvenuta con l'impatto del diritto europeo nei contratti pubblici è stata un'inversione (o un allineamento) tra mezzi e fini.

in certo senso, tautologico) il vestimento del mezzo per conseguire il fine di stipulare, tempestivamente e convenientemente, i contratti preordinati a meglio soddisfare le esigenze sottese alla domanda pubblica<sup>22</sup>. Nel codice viene, infatti, condivisibilmente precisato che “la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti”, mentre la trasparenza “è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole e ne assicura la piena verificabilità”<sup>23</sup>.

Né sembra potersi giungere a ritenere che con la enunciazione del principio del risultato il diritto amministrativo finisca con l’abdicare dalla funzione, sua propria, di fissare il corretto equilibrio nella dialettica tra autorità e libertà, occupandosi di un qualcosa che non gli compete: l’efficienza amministrativa. Condivisibili appaiono, invero, le osservazioni di quella dottrina che non ha mancato di osservare come una simile concezione “romantica”, ancorché teoricamente solida, del diritto delle amministrazioni pubbliche non è più condivisibile “se calata nel contesto storico e ordinamentale che ci offre il diritto vivente”<sup>24</sup>. D’altronde, è innegabile che quello in cui ci troviamo a vivere ed agire è un mondo nel quale l’efficienza dell’amministrazione nell’esercizio della funzione di commessa pubblica costituisce in sé un valore capace di soddisfare le istanze dei privati; un contesto storico nel quale il *fattore-temporale* è assunto a vero e proprio “bene della vita-strumentale” capace di decretare l’utilità o la non utilità del “bene della vita-finale” cui si aspira nei rapporti con le organizzazioni pubbliche.

E ancora. Il principio del risultato costituisce la base di un vero e proprio cambio di paradigma: da un sistema, quale era quello originario, nel quale si puntava a *regolare eteronomamente* ogni scelta e decisione delle amministrazioni committenti, si passa ad un sistema in cui riacquista una *pulsante vitalità* la discrezionalità delle amministrazioni. Esse non sono più tenute ad incasellare, rigidamente e meccanicisticamente, le loro scelte all’interno delle predeterminate casistiche legislative. Guidate e animate dal risultato cui debbono ten-

---

<sup>22</sup> Oppure un limite, come rilevato da M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Milano, 2023, p. 11, secondo cui, nell’attuale sistema, assiologicamente sbilanciato sul risultato, “la concorrenza può non essere né un fine né un mezzo, bensì un ‘limite’”.

<sup>23</sup> Cfr. art. 1, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>24</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023, p. 9.

dere (aggiudicazione ed esecuzione del miglior contratto possibile)<sup>25</sup>, sono ora chiamate a modellare i rigidi schemi-normativi alle specificità della singola gara. Le amministrazioni committenti devono infatti individuare, nell'esercizio della loro discrezionalità, la "regola del caso concreto", sì da dover esercitare "una primaria funzione poetica volta a completare l'assetto dell'ordinamento". Ciò ha delle evidenti implicazioni. Fra tutte, la circostanza che ogni singolo contratto, pur nell'ovvio rispetto dei punti fermi dettati dal legislatore, avrà la sua personalissima storia, fatta di procedure, di scelte, di ponderazione di interessi e di determinazioni (endoprocedimentali ed esoprocedimentali) nient'affatto roboticamente replicabili per altre vicende contrattuali. Tant'è che la giurisprudenza amministrativa è arrivata a stabilire che la "pubblica amministrazione non cura più l'interesse pubblico perché il suo obiettivo diventa la gara, sarebbe irragionevole sol che si rifletta sulla elementare considerazione per cui nessuna organizzazione può avere successo badando soprattutto a rispettare i vincoli senza preoccuparsi del raggiungimento degli obiettivi"<sup>26</sup>.

La discrezionalità dell'amministrazione è posta, quindi, al centro del nuovo sistema dei contratti pubblici. Gli istituti nei quali dovrà essere trovata la "regola del caso concreto" sono infatti diversi: per es., la scelta di istituire una struttura a supporto del RUP, la scelta di ricorrere all'affidamento diretto, la scelta di optare per una esecuzione anticipata del contratto prima della stipula, la possibilità di ricorrere ad aste elettroniche, ecc. Scontato dire che la centralità delle valutazioni discrezionali dell'amministrazione rappresenta, però, un'opportunità e al contempo un rischio. Una opportunità, perché induce le amministrazioni ad essere *goal-oriented*, con tutte le annesse ricadute in termini di efficienza ed efficacia amministrativa; un rischio perché il grosso della legittimità delle scelte discrezionali dipenderà dalla capacità di queste di motivare adeguatamente le loro decisioni. Com'è noto, "la funzione della motivazione del provvedimento amministrativo è quella di consentire al cittadino la ricostruzione dell'iter logico-giuridico attraverso cui l'amministrazione si è determinata ad adottare un atto, al fine di controllare il corretto esercizio del potere, onde far valere, eventualmente, le proprie ragioni; occorre, in altri termini, che l'autorità emanante ponga il destinatario dell'atto amministrativo in condizione di conoscere le ragioni

---

<sup>25</sup> Cfr. S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in G. CORSO, M. IMMORDINO (a cura di), *Studi in onore di Filippo Salvia*, Napoli, 2022, p. 517 ss.

<sup>26</sup> Così, Cons. Stato, Sez. IV, Sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014.



ad esso sottese”<sup>27</sup>. Come pure noto è che “non è possibile definire uno schema rigido, fisso ed immutabile di corredo motivazionale, atteso che la profondità dell’impianto varia in ragione del variare degli effetti dell’atto, dei suoi destinatari, dell’incidenza dell’interesse pubblico perseguito sugli interessi privati *et similia*”<sup>28</sup>.

Deriva, quindi, che, in assenza di parametri fissi alla luce dei quali valutare la completezza e la logicità delle motivazioni, la tenuta del nuovo sistema dei contratti pubblici, incentrato sulla discrezionalità delle amministrazioni, dipenderà dall’effettivo livello della capacità amministrativa, per tale dovendosi intendere l’abilità di eseguire le funzioni, risolvere i problemi, fissare e raggiungere gli obiettivi. Da qui una domanda: le attuali competenze tecniche e professionali delle amministrazioni committenti potranno rivelarsi all’altezza del compito, richiestogli, di individuare la regola del caso concreto e sviluppare un solido corredo motivazionale a sostegno delle determinazioni assunte? È evidente che nessuno ha una risposta, a meno di non volersi far prendere dallo scoramento sulla base delle esperienze maturate negli anni passati. Occorrerà perciò attendere un po’ di tempo per fare i primi bilanci e per capire se le amministrazioni siano effettivamente all’altezza del compito di gestire, con sufficienti margini di discrezionalità, le commesse pubbliche, sì da meritare la *fiducia* da parte di quanti siano interessati all’aggiudicazione di contratti pubblici.

Quest’ultimo richiamo consente di passare al secondo dei principi-cardine: il principio della fiducia (art. 2), che è strettamente collegato a quello di risultato. Esso si sostanzia nella reciproca fiducia, per un verso, nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione e dei suoi funzionari e, per altro verso, della correttezza delle condotte degli operatori economici<sup>29</sup>. La scelta di codificare questo principio è stata presentata come un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul “sospetto”) per l’azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro. La fiducia non è stata concepita come unidirezionale, bensì come bilaterale o, se si preferisce, biunivoca: fiducia reciproca del pubblico verso il privato e del privato verso il pubblico. Ma per quanto (indubbiamente) apprezzabile, la codi-

---

<sup>27</sup> Così, tra le tante, TAR, Lazio, Roma, Sez. II, 7 giugno 2022, n. 7372.

<sup>28</sup> Così TAR Veneto, Sez. II, 1° ottobre 2020, n. 879.

<sup>29</sup> Arriva ad ipotizzare l’introduzione di un vero e proprio paradigma fiduciario E. CARLONI, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti e le sue implicazioni*, in *Riv. dir. pubbl.*, n. 1, 2024, p. 131 ss.

ficazione di questo principio può, in certo senso, considerarsi come una sorta di “pegno” a garanzia di un futuro che si spera prospero. Sancire la fiducia reciproca nell’ambito delle commesse pubbliche significa rendere un monito, un invito. Tuttavia, dalla norma che codifica il principio non può scaturire alcuna immediata e vera conseguenza pratica. La fiducia non si costruisce per legge, ma sul campo, sicché bisognerà osservare con molta attenzione le dinamiche che si registreranno in sede di applicazione del nuovo codice al fine di capire se la proclamata fiducia reciproca sia veramente capace di consentire, in un contesto sereno, leale e rispettoso, il raggiungimento del risultato proprio di ogni negoziazione pubblica.

Ancora, il collegamento della fiducia con il principio del risultato emerge, in tutta la sua evidenza, là ove si stabilisce che la prima “favorisce e valorizza l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato”<sup>30</sup>. A colpire sono i lemmi “iniziativa” e “autonomia decisionale”. Il loro impiego, però, non deve essere inteso come una impropria esagerazione legislativa ovvero come una non sufficientemente meditata soluzione. Senza snaturare il carattere inevitabilmente pubblicistico dell’attività di aggiudicazione, i due lemmi si pongono in linea di corrispondenza con uno degli obiettivi posti alla base della scelta di codificare i principi: restituire, appunto, alle organizzazioni pubbliche dei sufficienti margini di valutazione discrezionale. Come è stato giustamente osservato, “il riferimento all’iniziativa e all’autonomia vale ad evidenziare un consistente spostamento dell’attività amministrativa contrattuale nella scala della discrezionalità, dai gradini bassi dell’attività quasi vincolata a quelli superiori dell’azione con ampi margini di discrezionalità, appena sotto l’alta amministrazione”<sup>31</sup>. Sempre sotto la rubrica “Principio della fiducia” si trova una regola, più che un principio, dedicata alle ipotesi di responsabilità dei pubblici funzionari, con cui si stabilisce che 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 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 ed in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l’omissione de-

<sup>30</sup> Cfr. art. 2, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>31</sup> Cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2023, p. 293.

terminata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. In disparte la concreta utilità pratica di tale previsione, che contribuisce a stimolare e incentivare l'autonoma valutazione dei committenti pubblici, sfugge il senso giurimetrico che ha condotto a collocare una tale previsione all'interno di un articolo che sancisce un principio destinato ad assumere rilievo tanto per il soggetto pubblico quanto per gli operatori economici; le regole sulla responsabilità amministrativa, infatti, attengono ad un momento evidentemente interno, che per questo sarebbero (forse) potute essere collocate in un'altra parte del codice.

Infine, il terzo principio-cardine è quello dell'accesso al mercato (art. 3). Si traduce nel dovere delle amministrazioni committenti di favorire "secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità". L'aspetto che merita di essere segnalato è che detto principio risponde all'esigenza di garantire la conservazione e lo sviluppo di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici. In ragione della configurazione dell'accesso al mercato (ossia della concorrenza *per* il mercato) come *uno dei risultati* e non più come *il risultato*, vengono quindi richiamati altri principi strumentali ad esso: *a)* la correttezza, che si sostanzia nell'esigenza che le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportino in maniera reciprocamente leale nell'ambito della procedura di evidenza pubblica; *b)* l'imparzialità e la non discriminazione, che per la loro stretta complementarità sono richiamate "in coppia", rappresentando principi che, calati nella fase di affidamento dei contratti pubblici, impongono alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di assicurare la parità di trattamento fra gli operatori economici, contribuendo anch'essi al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici; *c)* la pubblicità e la trasparenza, a loro volta richiamati "in coppia", che impongono alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di rendere quanto più visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato con lo scopo sia di permettere una valutazione sulla legalità dell'azione amministrativa sia di incentivare la partecipazione degli operatori economici alle procedure di evidenza pubblica; *d)* la proporzionalità, che richiede alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di adottare, nell'esercizio del loro potere discrezionale, la soluzione più congrua che comporti il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti.

### 5. *I principi-regole.*

Dopo i principi-cardine, seguono dei principi particolarmente dettagliati. Tanto che può financo dubitarsi della loro qualificazione in termini di principi, piuttosto che di vere e proprie regole. Una classificazione convincente è quella che ne qualifica alcuni come *principi-guida dell'amministrazione* (principio di auto-organizzazione amministrativa e principio di autonomia contrattuale), mentre altri come *principi-garanzia per gli operatori economici* (principio di buona fede e di tutela dell'affidamento, principio di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, principio di tassatività delle cause di esclusione e principio di massima partecipazione, principio di applicazione dei contratti collettivi di settore). Per semplicità e linearità espositiva si preferisce, comunque, seguire l'ordine di esposizione del codice.

Il primo principio-regola ad essere enunciato è quello di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5). Implica che “gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”. A ben vedere, trattasi della riproposizione in chiave settoriale – occorre dirlo – di quanto era già ricavabile altrove. La stessa Relazione non manca di richiamare la giurisprudenza sia dell'Adunanza plenaria sia delle Sezioni Unite e il modello generale stabilito dalla legge n. 241/1990 (art. 1, comma 2-*bis*), così come l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 5/2018 e nn. 19 e 20/2021. L'enunciazione del principio in parola non è però da sottovalutare; gli va infatti riconosciuto il merito di fissare, in maniera inequivoca, un limite tanto a comportamenti arbitrari della pubblica amministrazione, quanto a condotte opportunistiche degli operatori, con il complessivo beneficio finale di garantire il raggiungimento non di un *qualsiasi risultato*, bensì di quello legittimo e vantaggioso: affidare la commessa pubblica a quanti, effettivamente, abbiano i requisiti per la corretta esecuzione delle prestazioni oggetto della domanda pubblica, accordando tutela non già ad un qualsiasi affidamento maturato dagli operatori, ma solo agli affidamenti legittimi, i quali presuppongono che alla base non vi sia una condotta sleale e insincera dell'operatore.

Di poi è fissato il principio-regola di solidarietà e sussidiarietà orizzontale (art. 6), in forza del quale la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pa-

ri trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. La scelta di introdurre un apposito principio dedicato ai contratti con gli enti del Terzo settore nasce da alcuni importati arresti giurisprudenziali. Il riferimento è alla pronuncia 26 giugno 2020, n. 131 della Corte costituzionale, che ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali, l'uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale. Il secondo tipo di affidamenti (diretti) riguarda in particolare i servizi sociali di interesse generale erogati dagli enti del Terzo settore (ETS) e non rappresenta una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con il primo. Al di là del dato meramente letterale, il principale pregio della norma è quello di aver fissato le coordinate cui informare il rapporto tra il codice del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici. L'enunciazione del principio riconosce dunque una sorta di equiparazione dei due codici, ammettendo la possibilità che gli affidamenti di attività a spiccata valenza sociale possano essere, indistintamente, affidati sia mediante procedura concorrenziale sia in maniera diretta, senza che quest'ultima possa essere considerata una deroga.

Il terzo principio-regola è quello di auto-organizzazione amministrativa (art. 7), che, riproponendo quanto esplicitamente sancito nel diritto europeo, implica che le pubbliche amministrazioni organizzino autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione tra soggetti pubblici. L'enunciazione del principio pone l'autoproduzione e l'esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, sì da riconoscere alle amministrazioni committenti maggiori margini di discrezionalità in ordine alla scelta sul "se" ricorrere al mercato ovvero "fare da sé" (c.d. amministrazione del fare). Gli aspetti su cui porre giusto un attimo in più l'accento riguardano l'*in house providing*. Laddove l'amministrazione intenda ricorrere alla autoproduzione, continua, infatti, ad essere previsto un obbligo di motivazione. E questo sebbene simile onere non sia contemplato nel diritto europeo. Non si capisce, quindi, in cosa si sostanzierà, nella pratica operativa delle cose, la dichiarata "tendenziale parità" tra esternalizzazione e autoproduzione. Nonostante sia stata abolito il registro tenuto dall'ANAC sotto il previgente codice e malgrado l'onere motivazionale sia stato semplificato (non è più imposto un obbligo di motivazione rafforzata) con l'ancoraggio a ragioni economiche e sociali più che giuridico-formali (per es. vantaggi per la collettività sotto il profilo della qualità e universalità del servizio, risparmio di tempo e razionale impiego delle risorse, vantaggi in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici), un possibile

rischio è quello di trovarsi dinanzi ad un *motivificio*: l'adozione di provvedimenti con motivazioni, potremmo dire, a "stampigliatura" contenenti considerazioni che, con qualche aggiunta su elementi di ridotta utilità e con qualche marginale mutamento del registro stilistico, finiscono col riprodurre grossomodo il tenore letterale del dato normativo. Sia chiaro: senza che per questo possa farsene una colpa alle amministrazioni. È fin troppo evidente che, a parte le specificità dei singoli casi concreti di cui dovrà darsi ovviamente atto, i vantaggi che sovente accompagnano la scelta della autoproduzione sono quelli. Ecco che allora delle due, l'una: o si sarebbe dovuto continuare a prevedere un obbligo di motivazione rafforzata, con il rischio però di continuare a concepire l'*in house* come una scelta derogatoria rispetto al ricorso al mercato, oppure si sarebbe (auspicabilmente) dovuto espungere il riferimento ad un apposito obbligo di motivazione, che diviene ultroneo. Ciò per la semplice constatazione che le determinazioni con le quali viene fatto ricorso all'autoproduzione avrebbero comunque dovuto contenere, giusto le regole generali del diritto amministrativo, una motivazione alla stregua di qualsiasi altro provvedimento.

Il quarto principio-regola è quello di autonomia contrattuale (art. 8), che codifica quanto già ampiamente risaputo: la pubblica amministrazione ha una generale capacità negoziale, salvo i divieti previsti dalla legge, così che la stessa può stipulare qualsiasi tipo di contratti, inclusi quelli innominati. La scelta, però, è solo apparentemente ricognitiva. Deve essere letta alla luce dell'intero codice e, soprattutto, delle finalità (perlomeno alcune) che con lo stesso si è inteso conseguire. Il ribadire l'autonomia contrattuale si pone in linea con i maggiori margini di discrezionalità che si è inteso riconoscere alle amministrazioni aggiudicatrici: queste avranno maggiori spazi di manovra, dunque, non soltanto nella scelta della procedura e nel bilanciamento degli interessi del caso concreto, ma anche nella scelta del tipo contrattuale. E qui occorre intendersi un attimo meglio. La scelta di sancire l'autonomia contrattuale è destinata ad avere una valenza "interna" ed "esterna al codice". Cosa va cercandosi di dire? Il principio non si limita a legittimare le amministrazioni a stipulare contratti tipici; questo è ovvio. Non si limita neppure a legittimarle alla stipula di contratti atipici ascrivibili a fenomeni che, comunque, trovano addentellati nella disciplina codicistica (per es., il partenariato pubblico privato). La vera portata innovativa risiede nel fatto che esso legittima, in maniera inequivoca, le amministrazioni committenti a stipulare anche quei contratti atipici che non trovano copertura, neppure indiretta, nella vigente disciplina dei contratti pubblici; settori rispetto ai quali non trovano applicazione vincoli procedurali (c.d. contratti estranei) e le amministrazioni potranno dunque godere, senza se

e senza ma, di una autonomia negoziale effettivamente uguale a quella dei privati; con la sola differenza di dovere stipulare contratti funzionalizzati alla cura degli interessi pubblici.

Segue il principio-regola della conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9). Rappresenta una soluzione decisamente apprezzabile. Esso mira a disciplinare le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, riconoscendo alla parte svantaggiata un rimedio manutentivo diverso ed ulteriore rispetto alla risoluzione di cui all'art. 1467 c.c.: il diritto alla rinegoziazione diretta a ripristinare l'equilibrio contrattuale originario. La scelta si spiega per la peculiarità degli interessi sottesi ai contratti pubblici. Mediante la rinegoziazione, infatti, si tende a "conciliare lo speciale interesse dell'amministrazione committente alla continuità delle prestazioni e delle forniture con quello degli operatori alla tutela dell'equilibrio economico-finanziario (a garanzia anche dei loro lavoratori e fornitori)"<sup>32</sup>. Naturalmente è facile immaginare che la codificazione di un tale rimedio manutentivo avrebbe potuto prestare il fianco ad abusi. Ed è per questo che il legislatore ha specificato quelle che sono le caratteristiche che dovranno avere le sopravvenienze giustificative dell'attivazione della rinegoziazione: non un qualsiasi fenomeno alterativo, bensì quelli estranei all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato. A ben vedere, esse sono declinate in negativo. E questo potrebbe costituire fonte di incertezza interpretativa e di connesso contenzioso, dal momento che non è affatto facile riuscire a stabilire, con un apprezzabile margine di certezza euristica, quando un'alterazione sia imputabile ad ordinarie dinamiche perturbative del mercato e quando ad accadimenti straordinari.

I principi-regola della tassatività delle cause di esclusione e della massima partecipazione (art. 10) si atteggiano al tempo stesso come un "limite-divieto" per le amministrazioni e come una "garanzia" per gli operatori economici. Sul primo fronte, si traducono nel divieto di affidare i contratti pubblici agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice, così come nel divieto di fissare nella *lex specialis* cause di esclusione diverse e ulteriori rispetto a quelle indicate nello stesso codice. In via speculare, sul secondo fronte si concretano nel dovere di favorire la partecipazione alle procedure di aggiudicazione del più ampio numero possibile di potenziali concorrenti. I profili che vengono in rilievo sono (almeno) tre. Innanzitutto, non si comprende la vera utilità prati-

---

<sup>32</sup> Cfr. A. CIANFARINI, *Le patologie del momento esecutivo. La risoluzione e il recesso, con particolare riguardo alle ipotesi di grave inadempimento o di ritardo per negligenza ascrivibili all'appaltatore*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 6 marzo 2024, p. 13.

ca del divieto di affidare contratti a quanti non abbiano requisiti; quand'anche ciò non fosse stato esplicitato nessuno sarebbe potuto arrivare a mettere in dubbio la natura illegittima della scelta di affidare contratti *sine titulo*. Inoltre, la formulazione della tassatività delle cause di esclusione, con nullità parziale delle clausole ulteriori, avrebbe forse potuto suggerire la collocazione in un apposito articolo dedicato a quello che è il principio alla base della eterointegrazione degli atti di gara e della nullità parziale delle clausole contrarie: il principio di economia dei mezzi giuridici e di conservazione degli atti. Ancora, il principio di massima partecipazione si sarebbe (forse) potuto evitare, atteggiandosi come una sorta di doppione del principio-cardine dell'accesso al mercato.

Infine, il principio-regola di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore mira ad assicurare adeguate forme di protezione ai lavoratori coinvolti nell'esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto pubblico. Esso conferma – ove mai ve ne fosse stato davvero bisogno – che le commesse pubbliche non si risolvono in una “mera questione d'affari” rilevante soltanto per l'amministrazione aggiudicatrice e per l'operatore economico, assurgendo ormai a vero e proprio strumento di politica economica che, in quanto tale, deve tenere in considerazione valori e interessi di natura sociale. Come è stato giustamente osservato da Walter Giulietti, “le clausole sociali sono riconducibili ad obblighi orizzontali ed incidono sulla struttura del contratto in termini di condizioni di esecuzioni poste direttamente dalla legge, o in forza di essa per tramite dell'amministrazione. Sebbene la loro efficacia si determini pienamente nella fase esecutiva, se ne deve evidenziare, già in ragione del dato positivo, la rilevanza anche nella fase della formazione del contratto, ferma rimanendo l'ormai consolidata e positivizzata incidenza nella verifica dell'anomalia”<sup>33</sup>. Dunque, il principio in esame comporta che al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di contratti pubblici è applicato il contratto collettivo nazionale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni, prevedendosi – in linea con la rilevata loro importanza già nella fase pubblicistica di formazione del contratto – che nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione. Come è agevole intuire, un simile approccio sarebbe però stato eccessivamente rigido e oltremodo penalizzante per la libertà di iniziativa economica, dal momento che – sono ancora parole di Giulietti – “la protezione dei lavoratori,

---

<sup>33</sup> W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in *Dir. econ.*, anno 69, n. 110 (1, 2023), p. 20.



realizzata attraverso la fissazione unilaterale da parte dell'amministrazione delle condizioni del contratto, anche rinviando alla contrattazione collettiva, incide sulla libertà di iniziativa economica degli operatori, entrando in tensione, in particolare, con l'efficienza del sistema competitivo a cui i contratti pubblici sono sottoposti"<sup>34</sup>. È per questo che viene riconosciuta agli operatori la possibilità di indicare nell'offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente. In sé e per sé la previsione non occasiona dubbi di ordine teorico, costituendo una soluzione di compromesso tra valori costituzionali. Si intravede, comunque, il rischio di possibili contenziosi connessi alle ipotesi in cui l'amministrazione non dovesse valutare – con le modalità previste per le offerte anomale – come equivalenti le tutele accordate dal contratto collettivo indicato dall'operatore.

## 6. *Alcuni istituti.*

È possibile ora passare agli istituti. Come si è detto in apertura, l'esame di tutte le novità del codice non è ammesso in questa sede, superando di gran lunga ogni tentativo di pure straordinaria capacità di sintesi. L'impostazione (l'unica ragionevolmente possibile) che si intende seguire è dunque quella di dare conto di alcune delle norme suscettibili di maggiore attenzione. Trattandosi di un codice a direttive europee invariate, l'ossatura fondamentale della regolazione del settore (per es., i tipi di procedura, gli atti di programmazione e pianificazione, i criteri di aggiudicazione, la fase di esecuzione, i contratti esclusi, il partenariato pubblico privato, ecc.) non ha subito stravolgimenti copernicani. E tuttavia le novità non mancano, com'è naturale che fosse; novità ispirate, in buona sostanza, da una logica di semplificazione. Si è già avuto modo di dire altrove come emerga con "nitore che il legislatore ha preteso di dare una spinta al mercato – in pratica ai cantieri da aprire e a quelli da chiudere, ma anche ai servizi pubblici – prima e dopo l'emergenza sanitaria attraverso lo strumento della semplificazione. Importanti obiettivi e grandi ambizioni, dunque, connotano il nuovo Codice: ancora una volta in scena torna la (ambita) semplificazione delle procedure di affidamento; viene altresì in rilievo il forte incentivo al ricorso a procedure flessibili (quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, nel ri-

---

<sup>34</sup> W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, cit., p. 11.

spetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità); inoltre, la permeabilità della materia agli agenti esterni rende il rinvio ai principi di trasparenza e di concorrenzialità non una inutile ridondanza, ma un opportuno – forse necessario – monito per le Stazioni appaltanti e per gli operatori economici”<sup>35</sup>.

Fatte queste premesse, si prova allora a soffermarsi su quattro profili che paiono a chi scrive maggiormente degni d’attenzione.

Un primo profilo è dato dalla centralità accordata al fattore temporale, essendo stati fissati dei termini entro i quali, pena il silenzio-inadempimento, “le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione” (art. 17). Quando il criterio di aggiudicazione impiegato è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, i termini sono di nove mesi per la procedura aperta; dieci mesi per la procedura ristretta; sette mesi per la procedura competitiva con negoziazione; quattro mesi per la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara; sette mesi per il dialogo competitivo e nove mesi per il partenariato per l’innovazione. Diversamente, quando il criterio di aggiudicazione impiegato è quello del minor prezzo i termini saranno questi: cinque mesi per la procedura aperta; sei mesi per la procedura ristretta; quattro mesi per la procedura competitiva con negoziazione e tre mesi per la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. Fin troppo scontato dire che nessuno potrebbe obiettare alcunché sulla bontà di una simile scelta, che porta a regime i tempi ristretti che erano già stati introdotti in via transitoria. Se si considera, però, che il tempo medio impiegato dalle amministrazioni italiane per la conclusione di un procedimento di aggiudicazione (dalla pubblicazione del bando alla stipula) supera, nella migliore delle ipotesi, i due anni, se ne ricava che molto dipenderà da due condizioni: per un verso, il potenziamento della capacità amministrativa e, per altro verso, l’astensione degli operatori economici dal tenere condotte pretestuose e insincere. Insomma, per dirla con il codice, sarà anche questione di reciproca fiducia.

Il secondo aspetto concerne la digitalizzazione. In linea con gli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), il nuovo codice dedica un’intera sezione alla digitalizzazione (artt. 19-36). È fatto obbligo alle amministrazioni committenti di utilizzare piattaforme aperte interoperabili, sì da gettare le basi per la creazione di un “ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale” incentrato sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, sul fascicolo virtuale dell’operatore economico, sull’utilizzo delle piattaforme di approv-

---

<sup>35</sup> Sul punto, v. F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRACHI, *L’avvio del nuovo Codice*, cit., p. 59.

vigionamento digitale e sull'utilizzo di procedure automatizzate. Lo scopo del legislatore è quello di rendere telematica l'intera procedura di affidamento dei contratti pubblici, fondandola sull'acquisizione di dati e sulla creazione di documenti digitali, con l'impiego di piattaforme digitali. Anche qui non vi sarebbe niente da obiettare su un piano propriamente teorico: la digitalizzazione dell'amministrazione costituisce un asse portante per il futuro sviluppo del Paese. Sennonché, come per il rispetto dei tempi di conclusione delle procedure, anche la riuscita della digitalizzazione delle procedure di gara dipenderà in gran parte dal potenziamento delle capacità digitali ed elettroniche delle amministrazioni e, quindi, dalla effettiva attitudine dei funzionari dei soggetti committenti a non sentirsi a disagio nell'utilizzo delle nuove (si fa per dire) tecnologie.

Il terzo aspetto concerne l'innalzamento delle soglie per gli affidamenti diretti (art. 50 e artt. 70-76). Le amministrazioni potranno procedere all'affidamento delle commesse pubbliche con le seguenti procedure: *a)* affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante; *b)* affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante; *c)* procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore ad 1 milione di euro; *d)* procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 14; *e)* procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 14.

Questa scelta è frutto di un compromesso politico. Certamente l'innalzamento delle soglie entro le quali è possibile affidare un contratto pubblico senza una articolata procedura evidenziale risponde alla logica di semplificazione sottesa al nuovo codice, favorendo la concreta attuazione del paradigma *dell'amministrazione di risultato*<sup>36</sup> e confermando la volontà di riattribuire all'amministrazione ampi margini di discrezionalità. Epperò non mancano possibili inconvenienti. Non può essere sottaciuto, invero, l'inconveniente di arrivare a favorire le imprese vicine, con una esagerata frustrazione della concorrenza *per* il mercato e con il rischio di fenomeni al limite del legale e del lecito. Ancor più se si considera che le soglie coprono la maggior parte dei contratti affidati dagli enti locali, con una contraddittoria e paradossale conseguenza: se l'intento è quello di tutelare e favorire lo sviluppo delle piccole imprese, si corre il rischio di penalizzarle. Non foss'altro che il principio di rotazione introdotto come contraltare all'innalzamento delle soglie (ossia il divieto di affidare un contratto all'operatore che sia risultato affidatario, con affidamento diretto o procedura negoziata per due volte consecutive) non trova applicazione né per le procedure negoziate in cui sia stata effettuata un'indagine di mercato senza limiti di numero agli operatori consultabili, né per gli affidamenti diretti di importo inferiore a cinquemila euro.

Infine, il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 63). La nuova disciplina – animata anche dall'intento di ridurre il numero di stazioni appaltanti e agevolare il controllo delle commesse pubbliche – è essenzialmente incentrata sulla distinzione tra stazioni appaltanti qualificate (che debbono iscriversi nell'apposito elenco istituito presso l'ANAC) e le stazioni appaltanti non qualificate. Le prime possono procedere ad affidamenti senza limiti di soglia, mentre le seconde possono procedere “direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, e all'affidamento di lavori d'importo pari o inferiore a 500.000 euro, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori”. In sé e per sé il sistema presenta pure un suo razionale. Se non fosse, però, che le soglie particolarmente alte dei contratti affidabili in maniera diretta potrebbero finire col tradire il fine della norma: lasciare inalterato il numero di stazioni appaltanti e, per di più, ammettere l'esistenza di

---

<sup>36</sup> Su cui, ancora, le belle pagine di M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. V, Napoli, 2020, p. 4845 ss.

procedure di gara gestite da soggetti privi delle necessarie competenze ad aggiudicare, nel minor tempo possibile, un “buon contratto”.

### 7. *Considerazioni conclusive.*

Si saranno potute notare (perlomeno questo è l'auspicio) due cose. La prima è che si è inteso riservare maggiore attenzione ai principi. La seconda è che delle regole si è voluto provare a metterne in evidenza alcune contraddizioni e profili di criticità. Perché una simile scelta? La risposta è una sola. Da più parti si è prospettata sin da subito, si può dire, la possibilità di futuri interventi correttivi al codice. È uno scenario che, già solo a pensarci, fa storcere il naso. Neppure il tempo di consentire agli operatori del settore (amministrazioni, professionisti e giudici) di digerire il nuovo e recente codice, che già si pensa a riformarlo. Ovviamente nessuno può escludere che questo accada. Tuttavia, si è dell'avviso che, proprio grazie al ruolo di guida razionalizzante riconosciuto ai principi, dovrebbe potersi evitare (quanto meno per un certo lasso di tempo) quella iper-regolazione che tanto ha danneggiato la disciplina delle commesse pubbliche.

Le norme, in rapporto ai principi, possono infatti essere considerate costituite da una certa componente molle e, come tale, modellabile. Mediante il ricorso ai principi – è una convinzione e al contempo un auspicio – potrà assistersi ad una stagione di maggiore stabilità della normativa di settore. Senza incorrere in condotte di creazionismo trasformistico e sconfinatamente alterante dei limiti posti dal tenore delle norme, sarà un dovere degli operatori giuridici (*in primis* il corpo della magistratura) quello di riempire i vuoti, le lacune e le contraddizioni che le norme potranno presentare attraverso un prudente e risolutivo ricorso ai principi della materia. Diversamente opinando, si sarà assistito ad uno sforzo di tassonomizzazione assiologica che, per quanto stilisticamente apprezzabile, si rivelerà fine a sé stesso. E questo non è possibile, in un settore dal quale passa molta parte dello sviluppo e della crescita del nostro Paese.

# STATO DI DIRITTO E DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO: IL CONTRIBUTO DEL CONSIGLIO D'EUROPA

*Jacques Ziller*

SOMMARIO: 1. Le fonti del diritto amministrativo europeo, tra diritto dell'Unione europea, diritto del Consiglio d'Europa e diritto degli Stati membri. – 2. L'evoluzione del concetto di preminenza del diritto del Consiglio d'Europa. – 3. La preminenza del diritto e il diritto amministrativo. – 4. Il diritto ad una buona amministrazione come elemento della preminenza del diritto.

## *1. Le fonti del diritto amministrativo europeo, tra diritto dell'Unione europea, diritto del Consiglio d'Europa e diritto degli Stati membri.*

Nel suo saggio dedicato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi, CEDU) e il diritto amministrativo in Italia, pubblicato nel 2000 alla "Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario", il destinatario di questi "scritti in onore" scriveva che la CEDU "è il risultato di una delle più significative iniziative assunte dal Consiglio d'Europa [...] la cui attività è risultata per lo più scarsamente incisiva rispetto agli Stati membri [...]. La Convenzione, viceversa, ha avuto un ruolo rilevante sul sistema normativo dei vari Stati firmatari. [...] La Convenzione, infatti, costituisce (nel suo testo originario e nei vari Protocolli via via aggiunti) una sorta di 'magna charta' a livello europeo [...]. Sicché anche in Italia la sua influenza è risultata di rilievo, soprattutto nel settore penalistico, ove si possono registrare molteplici casi di applicazione giurisprudenziale dei relativi precetti". Egli aggiungeva subito: "Nel campo del diritto amministrativo, viceversa, l'influenza è risultata modesta. E lo scarso interesse mostrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza deriva, verosimilmente, da un lato dall'(inespresso) convincimento che la Convenzione riguardi un ambito di materie estranee al diritto amministrativo, e, d'altro lato, dal convincimento del modesto carattere innovativo delle relative

norme o, comunque, dalla loro mancanza di applicabilità diretta, ai fini della disciplina dei casi concreti”<sup>1</sup>. Da allora, forse, c’è stato un po’ più di interesse da parte dell’Accademia per il tema del rapporto fra CEDU e diritto amministrativo in Italia<sup>2</sup> spinto in qualche modo dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>3</sup>.

Non esiste una definizione generalmente accettata di “diritto amministrativo europeo”. La maggior parte dei manuali che recano il titolo “Diritto amministrativo europeo” non solo non definiscono cosa si intenda con tale titolo, ma per di più si limitano al diritto dell’UE e al suo impatto sul diritto amministrativo nazionale<sup>4</sup>. Addirittura, nel suo corso di “*Droit administratif européen*”, Pierre-Henri Teitgen, che era stato, tra l’altro, relatore del progetto di CEDU nell’Assemblea Parlamentare (d’ora in poi APCE) del Consiglio d’Europa (d’ora in poi CdE)<sup>5</sup> trattava anche lui soltanto delle Comunità europee. Vale la pena, a questo punto, di citare l’introduzione di Mario P. Chiti e G. Greco alla prima edizione del loro Trattato di diritto amministrativo europeo: “Non sfuggirà nel titolo generale l’uso dell’aggettivo ‘europeo’, rispetto a quello più preciso ‘comunitario e della Unione europea’. Pur ovviamente con-

---

<sup>1</sup> G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 1, 2000, p. 25.

<sup>2</sup> V. per tutti, R.G. CONTI, *CEDU e cultura giuridica italiana* 9) *La CEDU e il diritto amministrativo*, intervista a Roberto Caranta, Francesco Goisis, e Giuseppe Tropea, in *Giustizia Insieme*, 5 maggio 2023 n. 68, <https://www.giustiziainsieme.it/en/le-interviste-di-giustizia-insieme/889-cedu-e-cultura-giuridica-italiana-9-la-cedu-e-il-diritto-amministrativo?hitcount=0>.

<sup>3</sup> V. ad esempio L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo* (Corte europea dei diritti dell’uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, *Placi v. Italy*), in *Osservatorio Costituzionale*, maggio 2014, <https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Prudenzano%202014.pdf>.

<sup>4</sup> V. in particolare J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, (a cura di), *Traité de droit administratif européen*, III ed., Bruxelles, 2022; I. BOUCOBZA, *La gouvernance administrative européenne – initiation à l’étude du droit administratif européen*, Parigi, 2017; M.P. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, IV ed., Milano, 2018; M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, II ed., Milano, 2007; T. VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Vienna, 2008; J.Á. FUENTETAJA PASTOR, *Derecho administrativo europeo*, II ed., Madrid, 2019; J. JANS, S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of Public Law*, II ed., Amsterdam, 2015; M. RUFFERT, *Law of Administrative Organization of the EU – A Comparative Approach*, Cheltenham, 2020; J.-P. SCHNEIDER, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, 2022.

<sup>5</sup> V. P.-H. TEITGEN, *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l’homme*, Parigi, 1969.

sapevoli che questa seconda aggettivazione meglio corrisponde ai temi esaminati, si è preferito la prima per semplicità di esposizione e anche forse come auspicio che l'attuale assetto barocco dei rapporti Unione europea e Comunità europea sia presto superato con formule più chiare e diretti. I riferimenti agli atti e alle iniziative del Consiglio d'Europa, cui ovviamente compete l'aggettivo 'europeo' saranno peraltro espressamente precisati"<sup>6</sup>.

In assenza di un indice analitico, è purtroppo difficile trovare i riferimenti ai quali accenna l'introduzione; diversamente, nel manuale curato da M.P. Chiti, un tale indice permette facilmente di individuare una sezione del capitolo I su "L'internazionalizzazione della pubblica amministrazione" che è dedicata, per l'appunto, a "Il Consiglio d'Europa e la tutela dei diritti dell'uomo"<sup>7</sup>.

Ciò detto, anche se la materia del diritto amministrativo europeo si limitasse a quello dell'Unione europea, il diritto del CdE fa parte delle fonti formali e sostanziali di tale diritto, non solo con la CEDU, ma anche con diverse altre convenzioni di cui l'Unione europea è parte. L'UE ha firmato e ratificato 13 strumenti del CdE e potrebbe aderire ad altri 26<sup>8</sup> tra cui la CEDU, per l'adesione alla quale i negoziati tra gli Stati membri del CdE e l'UE (rappresentata dalla Commissione europea) hanno permesso di stabilire un testo congiunto alla riunione congiunta del c.d. "Gruppo 46+1", il 14-18 marzo 2024. La maggior parte degli strumenti dei quali l'UE è parte riguardano materie legate al mercato interno dell'Unione e hanno quindi una rilevanza particolare per il diritto amministrativo, così come i testi che riguardano la cooperazione nella lotta al terrorismo.

Per quanto riguarda la CEDU, ed indipendentemente dall'esito del processo di adesione dell'UE, il testo della Convenzione e dei protocolli addizionali relativi ai diritti fondamentali, nonché la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sono comunque fonti materiali del diritto UE, come affermato sia dall'art. 6, par. 3, TUE secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU "fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali", sia dall'art. 52, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Si deve aggiungere che le "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri", di cui sempre

---

<sup>6</sup> M.P. CHITI, G. GRECO, *supra*, nota 4, I ed., p. XXXIII, ripreso nella II ed., p. IX.

<sup>7</sup> M.P. CHITI, *supra*, nota 4, pp. 17-22.

<sup>8</sup> V. l'elenco completo sul sito del CdE <https://www.coe.int/it/web/conventions/by-non-member-states-of-the-coe-or-the-european-union?module=treaties-full-list-signature&CodePays=1&CodeSignatureEnum=&DateStatus=01-11-2024&CodeMatiere=>.



all'art. 6, par. 3, TUE, riguardano i diritti fondamentali e lo Stato di diritto<sup>9</sup>, concetto che la giurisprudenza di Lussemburgo prima, e il diritto scritto dell'UE poi, ha ripreso dal diritto del CdE, dove è noto come "preminenza del diritto": precisamente, *prééminence du droit/rule of law*. Si ricorda, infatti che le due lingue ufficiali del CdE sono il francese e l'inglese.

## 2. *L'evoluzione del concetto di preminenza del diritto del Consiglio d'Europa.*

In prima battuta occorre ricordare che il concetto di Stato di diritto è al centro dei testi istitutivi del CdE, così come lo era per la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. La principale ragion d'essere del CdE era, per l'appunto, quella di istituire una "Carta dei diritti umani che garantisca la libertà di pensiero, di riunione e di espressione, nonché il libero esercizio dell'opposizione politica" nonché "una Corte di Giustizia in grado di applicare le sanzioni necessarie per garantire il rispetto della Carta" come proposto nel "Messaggio agli europei", redatto da *Denis de Rougemont* e adottato dai 750-800 partecipanti provenienti da diciassette Paesi dell'Europa occidentale al Congresso dell'Aia del 7-11 maggio 1948. Fin dall'inizio dei lavori preparatori nell'ambito del Movimento europeo, al Congresso di fondazione tenutosi a Bruxelles dal 25 al 28 febbraio 1949, l'obiettivo esplicito era stato quello di tradurre la Dichiarazione universale in uno strumento giuridico. Si decise di istituire una sezione di studi giuridici, che contribuì all'elaborazione dello Statuto del Consiglio d'Europa e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che fanno entrambi riferimento alla preminenza del diritto. Non vi è una versione italiana autentica dello Statuto del CdE, né della CEDU: i disegni di leggi di ratifica del 1949 e del 1955 sono stati presentati dal Governo con in allegato la versione francese. Tuttavia, esiste sin dal 1963 una traduzione ufficiale a cura della Cancelleria federale della Svizzera, che lo stesso CdE mette a disposizione sul suo sito<sup>10</sup> e la quale usa i termini «preminenza del diritto»: che corrispondono senza dubbio non solo alla versione francese, ma anche all'inglese *rule of law*, meglio che l'espressione "Stato di diritto" (*État de droit*,

---

<sup>9</sup> V. J. ZILLER, *Common Constitutional Traditions*, in L. BESSELINK, N. LUPO, M. WENDEL, *Research Handbook of European Constitutional Law*, Cheltenham, in corso di pubblicazione.

<sup>10</sup> [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_ita.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_ita.pdf).

*Rechtsstaat*) utilizzata nel diritto dell'Unione europea; benché il contenuto del concetto sia lo stesso, dato le reciproche influenze tra CdE e UE <sup>11</sup>.

Il concetto originario di *preminenza del diritto* come “patrimonio comune” degli Stati europei, a cui si riferisce lo Statuto del CdE, è stato sviluppato e perfezionato nel tempo sotto l'influenza di diversi fattori, endogeni ed esogeni. Il principale fattore endogeno è, senza dubbio, la giurisprudenza della Corte EDU. Fin dalla sua prima sentenza del 1° luglio 1961, nel caso *Lawless* <sup>12</sup>, la Corte EDU ha avuto modo di specificare importanti elementi della preminenza del diritto, e cioè i diritti alla libertà e alla sicurezza e ad un equo processo. A partire dalla sentenza *Golder* del 21 febbraio 1975 <sup>13</sup>, la Corte ha anche fatto esplicito riferimento alla preminenza del diritto, senza mai darne una specifica definizione, né un elenco esaustivo dei suoi elementi; ma la sua giurisprudenza ha gradualmente portato ad una concettualizzazione più precisa.

Si tratta: del diritto di accesso ai tribunali in materia penale; del principio di legalità, che include la pubblicità delle leggi e la non retroattività del diritto penale; della separazione dei poteri; del divieto di discriminazione, nonché, di particolare rilevanza per il diritto amministrativo, del controllo giurisdizionale delle decisioni che limitano i diritti adottate dalle autorità pubbliche e del diritto ad un processo equo. È anche importante ricordare che la Corte utilizza una tecnica di interpretazione dinamica, così definita, ad esempio, da *Frédéric Sudre*: “l'interpretazione dinamica della Corte europea dei diritti dell'uomo può essere analizzata come quella che, partendo da un orientamento interpretativo generale stabilito dal giudice europeo, porta all'attuazione di tecniche interpretative utilizzate per lo sviluppo dei diritti” <sup>14</sup>.

Anche l'allargamento del CdE ha senza dubbio avuto un'influenza significativa sull'evoluzione del concetto di preminenza del diritto. Ai dieci Stati fon-

<sup>11</sup> V. J. ZILLER, *Rule of Law, stato di diritto e preminenza del diritto in Europa: espressioni diverse per un medesimo concetto, o concetti diversi?*, in L. CASSETTI, F. FABRIZZI, A. MORRONE, F. SAVASTANO, A. STERPA (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, Napoli, 2024, vol. II, pp. 1723-1740.

<sup>12</sup> *Lawless c. Irlanda*, (n. 3) 332/57, 1 luglio 1961, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62076>.

<sup>13</sup> *Golder c. Royaume-Uni*, 4451/70, 21/02/1975, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62076>.

<sup>14</sup> F. SUDRE, *L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sénat, *L'office du juge*, Paris, 2006, [https://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge11.html#fn294](https://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge11.html#fn294), traduzione dell'A.; in inglese si veda Council of Europe *The Doctrines and Methodology of Interpretation of The European Convention on Human Rights by The European Court of Human Rights*, preparato da Jeremy McBride, Strasburgo, 2021. <https://rm.coe.int/echr-eng-the-doctrines-and-methodology-of-interpretation-of-the-europe/1680a20aee>.

datori – Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Norvegia, Svezia e Regno Unito – si aggiunsero presto Grecia, Islanda, Repubblica Federale di Germania e Turchia, i cui rappresentanti parteciparono alla stesura della CEDU alla fine del processo. Poiché, con l'adesione della Finlandia il 27 maggio 1988, il CdE copriva ormai l'intera Europa occidentale democratica, quattro micro-Stati hanno successivamente presentato domanda di adesione, che è stata accolta senza difficoltà. Già alla metà degli anni Sessanta erano state adottate più di cento convenzioni e protocolli, tra cui più di cinquanta che contribuirono a chiarire ed approfondire le conseguenze dello Stato di diritto, a partire dalla CEDU e dal suo primo protocollo aggiuntivo.

Dopo la caduta del Muro di Berlino, anche gli Stati dell'Europa centrale e orientale hanno gradualmente aderito al CdE. Molti di questi Paesi hanno poi aderito pure all'UE. Dopo la dissoluzione dell'Unione Sovietica, il 26 dicembre 1991, una serie di altri Stati ha aderito al CdE, tra cui la Federazione Russa nel 1996. In questi ultimi casi, l'adesione è stata più che altro una scommessa sul futuro, poiché non era chiaro se i criteri di adesione relativi alla preminenza del diritto e alla democrazia fossero stati pienamente soddisfatti. Quello che seguì rivelò che si era trattato di un azzardo perdente<sup>15</sup>. Ciò è dimostrato, in particolare, dall'invasione dell'Ucraina il 24 febbraio 2021, che ha portato all'annuncio della Russia del suo ritiro dal CdE, nonché della sua intenzione di denunciare la CEDU il 15 marzo: qualche ora dopo che l'APCE aveva adottato all'unanimità un parere secondo cui la Federazione russa non poteva più essere uno Stato membro dell'Organizzazione.

Con la serie di allargamenti all'Europa centrale e orientale, lo Stato di diritto è diventato uno dei tre “pilastri” delle attività del CdE, accanto ai diritti umani e alla democrazia. La pagina del sito web del CdE dedicata allo Stato di diritto<sup>16</sup> – sebbene non abbia alcun valore giuridico e sia concepita principalmente per scopi di comunicazione – è rivelatrice di come il Segretariato generale del CdE interpreta il concetto di Stato di diritto: è cioè, come una sorta di *patchwork* nel quale il ruolo della pubblica amministrazione risulta, a parere di chi scrive, ampiamente sottovalutato. Per un approccio giuridico al concetto di preminenza del diritto, tuttavia, è più utile la Relazione della Commissione di Venezia relativa al concetto di preminenza del diritto. (v. sezione 3).

---

<sup>15</sup> V. A. LAZAREVA, *L'effetto della Russia sul Consiglio d'Europa. Come i mancati impegni dello Stato membro influiscono sul Consiglio d'Europa* (22 novembre 2022), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4284071> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4284071>.

<sup>16</sup> <https://www.coe.int/it/web/portal/home>; voce Stato di diritto, consultata il 1/06/2024.

Per quanto riguarda lo sviluppo del concetto di preminenza del diritto sin dalla creazione del CdE, occorre porre l'accento su un fattore esogeno importantissimo, e cioè l'estensione del controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione. Quest'ultimo era già considerato come un elemento essenziale della preminenza del diritto alla fine del XIX secolo in Francia, nonché in Italia, in Germania e in qualche altro paese. Successivamente è stato adottato – o meglio sviluppato – anche negli Stati membri del CdE, in particolare attraverso il rafforzamento di tribunali specializzati o di sezioni specializzate nel controllo dell'amministrazione. In moltissimi Stati membri sono stati istituiti tribunali di prima istanza o addirittura corti d'appello amministrative; è emblematico anche l'uso del nome *Administrative court* dal 2000 per una divisione specializzata della *Queen's Bench* della *High Court of Justice* del Regno Unito.

Frattanto, anche gli scambi tra i tribunali competenti per il controllo dell'amministrazione si sono sviluppati notevolmente, in particolare con la creazione dell'Associazione dei Consigli di Stato e delle Corti supreme amministrative dell'Unione europea ACA-Europe<sup>17</sup>, che comprende 34 Stati europei. Essa riunisce la Corte di Giustizia dell'UE e i Consigli di Stato e le Corti supreme amministrative di tutti gli Stati membri dell'UE; quelli di Norvegia, Svizzera e Regno Unito in qualità di ospiti, e quelli di Albania, Montenegro, Serbia e Turchia in qualità di osservatori. In un comunicato stampa del 20 dicembre 2019 sulla nuova iniziativa legislativa del Parlamento polacco sullo status dei giudici, si leggeva, ad esempio: "ACA-Europe sottolinea che l'indipendenza dei tribunali è parte integrante del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e del diritto fondamentale ad un processo equo. [...] È di fondamentale importanza in quanto garanzia della tutela dei diritti dei cittadini, nonché della protezione dello Stato di diritto e di altri valori comuni europei [...] Il divieto di controllo giurisdizionale dell'indipendenza dei tribunali e della legalità della nomina dei giudici contraddice chiaramente questo principio. Mina l'indipendenza della magistratura, lo Stato di diritto e l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva"<sup>18</sup>. Il sito web bilingue (inglese-francese) di ACA-Europe fornisce informazioni molto utili per ciascuno dei 34 Paesi partecipanti, non solo sul controllo giurisdizionale degli atti amministrativi, ma

---

<sup>17</sup> <https://www.aca-europe.eu/index.php/fr/>.

<sup>18</sup> <https://www.aca-europe.eu/index.php/fr/133-archive-fr/907-communique-de-presse-20-dicembre-2019>. Traduzione mia.

anche sulla risoluzione delle controversie amministrative da parte di organi non giudiziari, nonché dati statistici <sup>19</sup>.

Occorre ricordare, per l'appunto, che si è assistito anche allo sviluppo di un controllo non giurisdizionale dell'amministrazione da parte di organismi che spesso hanno un ruolo più ampio, in particolare nel garantire la preminenza del diritto, come indicato dal nome di *Provedor de justiça* in Portogallo o *Defensor del Pueblo* in Spagna; o dalla sostituzione, in Francia, del *Médiateur* istituito nel 1973 con il *Défenseur des droits* a seguito della riforma costituzionale del 2008. Il Trattato di Maastricht ha inoltre istituito un *Mediatore europeo*, creato nel 1995 per monitorare l'amministrazione delle istituzioni dell'UE. Da allora, quasi tutti gli Stati membri del CdE hanno introdotto un'istituzione di questo tipo a livello nazionale, ad eccezione delle sole Germania e Italia, dove esistono organi di questo tipo solo a livello regionale o per specifici enti pubblici. Secondo l'Assemblea parlamentare del CdE (d'ora in poi APCE), il Comitato dei Ministri (d'ora in poi CMCE) e la Commissione di Venezia si tratta di organismi che partecipano allo sviluppo del concetto di preminenza del diritto ed alla sua garanzia.

### 3. La preminenza del diritto e il diritto amministrativo.

Come notava già Guido Greco “Ora, che l'art. 1 del primo Protocollo aggiuntivo interessi il diritto amministrativo è cosa ovvia, tenuto conto che esso riconosce tutela al diritto di proprietà, proprio in relazione all'esercizio dei pubblici poteri” <sup>20</sup>. La previsione a cui egli si riferisce aggiunge il rispetto del diritto di proprietà ai diritti protetti dalla CEDU. Infatti, una gran parte della giurisprudenza di Strasburgo che ha incidenza sul diritto amministrativo degli Stati membri riguarda le procedure di espropriazione <sup>21</sup>. Egli notava poi “ma non meno rilevante per il diritto amministrativo, in particolare per il processo amministrativo, è il citato art. 6 della Convenzione, dato che, seppure testualmente esso si riferisce solo ai diritti e ai doveri di carattere civile, oltre

---

<sup>19</sup> <https://www.aca-europe.eu/index.php/fr/tour-d-europe>.

<sup>20</sup> G. GRECO, *supra*, nota 1, p. 3.

<sup>21</sup> Per quanto riguarda l'Italia si tratta delle sentenze 5 giugno 2012, *Immobiliare Cerro S.A.S. c. Italie*, causa n. 35638/03, punto 83; 11 ottobre 2005, *Chiro et autres C. Italie* (n. 4), causa n. 67196/01, punto 63; 15 luglio 2005, *Carletta c. Italie*, causa n. 63861/00, punto 83; 2 febbraio 2006, *Genovese v. Italie*, punto 72.

che ad un equo processo penale, è stato interpretato dalla Corte europea come applicabile a molteplici questioni, in cui sono coinvolti atti e provvedimenti amministrativi: le relative questioni sono state fatte ricadere, per lo più, tra le controversie assimilabili a quelle di carattere civile, ma non sono mancate pronunce che hanno assimilato – soprattutto in materia di sanzioni amministrative – le questioni medesime a quelle penalmente rilevanti. In conclusione, dunque l'art. 6 è applicabile anche ai giudizi amministrativi, così come di fatto è stato reiterato volte applicato da parte della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, pur con qualche tentennamento ed eccezione, relativi soprattutto alle controversie in tema di assunzione di dipendenti pubblici”<sup>22</sup>. Lo sviluppo della giurisprudenza della Corte EDU ha confermato quello che scriveva Guido Greco.

Vi è poi anche una giurisprudenza sempre più estesa che si riferisce alla buona amministrazione della giustizia, tema al quale Guido Greco dedicava qualche riflessione con riferimento alla sentenza 28 maggio 1995, *Procola c. Lussemburgo*<sup>23</sup>. Si tratta di una giurisprudenza molto importante con riguardo alle giurisdizioni amministrative: “la commistione di funzioni consultive e di funzioni giurisdizionali è stata giudicata di natura tale da porre in discussione l'imparzialità intrinseca dell'intera istituzione, con conseguente violazione, appunto, dell'art. 6 della Convenzione”<sup>24</sup>. Una sua conseguenza è stata infatti, tra l'altro, la riforma della procedura dinanzi al *Conseil d'État* francese, relativamente al momento in cui il *rapporteur public* – già *commissaire du gouvernement*, che è stato il modello dell'avvocato generale presso la Corte UE – è tenuto a presentare le sue conclusioni.

Per una visione complessiva del concetto di preminenza del diritto nel CdE, anzitutto per quanto riguarda i temi rilevanti per la pubblica amministrazione, occorre tuttavia non limitarsi alla giurisprudenza, ma tener conto anche delle competenze e azioni degli organi del Consiglio.

Il CMCE è composto, nella prassi, dai Rappresentanti permanenti dei Stati membri. Può adottare raccomandazioni ai governi, in particolare per quanto riguarda il seguito da dare alle sentenze della Corte. Lo Statuto del CdE autorizza la CMCE a invitare i governi membri “a informarla del seguito dato” alle raccomandazioni, esercitando così una pressione morale sugli Stati affinché le attuino o giustificino la loro mancata attuazione. Il testo delle raccomandazioni è solitamente accompagnato da un allegato che specifica gli

---

<sup>22</sup> G. GRECO, *supra*, nota 1, p. 3.

<sup>23</sup> *Procola c. Luxembourg*, n. 14570/89, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62499>.

<sup>24</sup> G. GRECO, *supra*, nota 1, p. 8.

standard che gli Stati membri sono incoraggiati a incorporare nella loro legislazione nazionale. Lo Statuto del CdE specifica che queste raccomandazioni sono adottate in teoria dalla maggioranza dei rappresentanti, con l'unanimità dei voti espressi. Nel novembre 1994, la CMCE ha concordato un *gentlemen's agreement*, in base al quale nessuna delegazione chiederà l'applicazione della regola dell'unanimità prevista dall'articolo 20(a)(i) dello Statuto per bloccare l'adozione delle raccomandazioni ai governi se si raggiunge la maggioranza. In pratica, quindi, la voce di uno Stato che sia stato condannato con una sentenza della Corte EDU non ha alcuna influenza sulla posizione della CMCE, a meno che questo Stato non riesca a convincere 23 governi a votare contro o ad astenersi.

L'APCE è composta da 306 rappresentanti e 306 supplenti, in numero approssimativamente proporzionale alla popolazione; sono membri dei parlamenti nazionali scelti dalle rispettive assemblee. Le risoluzioni dell'APCE – così come i rapporti della Commissione di Venezia e di altri organismi (v. *infra*), sono anch'essi meccanismi di tutela della preminenza del diritto, ma la loro efficacia dipende dalla buona volontà delle autorità degli Stati membri ancor più che dall'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. Esse hanno tuttavia un effetto di persuasione morale, in particolare se vengono riprese dalle autorità nazionali, dalle organizzazioni non governative e dai media.

Il Comitato europeo dei diritti sociali (d'ora in poi CEDS), creato dalla Carta Sociale Europea del 1961, è composto da 15 membri indipendenti e imparziali, eletti dal CMCE per un periodo di sei anni e rinnovabili una sola volta. La procedura di esame dei "ricorsi", noti come "reclami collettivi", è simile a quella di un tribunale. I reclami possono essere presentati da una delle organizzazioni internazionali dei datori di lavoro o dei sindacati, da un sindacato nazionale rappresentativo dei lavoratori o dei datori di lavoro o da un'organizzazione nazionale non governativa rappresentativa. Va tuttavia notato che non vi è un obbligo per gli Stati del CdE né di aderire alla Carta – diversamente della CEDU –, né, se hanno aderito, di accettare la competenza del CEDS. A differenza della Corte EDU, invece, non è necessario aver esaurito le vie di ricorso interne per presentare un reclamo; d'altra parte, non esiste la possibilità di un reclamo individuale, anche se i reclami collettivi possono essere illustrati da casi specifici. Inoltre, secondo una procedura comune alle organizzazioni internazionali, gli Stati membri devono presentare periodicamente dei rapporti sull'applicazione della Carta. Nell'ambito della procedura di reclamo, il Comitato adotta sei tipi di decisioni, simili a quelle di un tribuna-

le; il Comitato conclude che c'è stata una violazione della disposizione della Carta in questione o che non c'è stata alcuna violazione. In alcuni casi, conclude che c'è stata una "violazione aggravata", nel caso di misure che violano i diritti umani e che riguardano specificamente i gruppi vulnerabili; o nel caso di passività da parte delle autorità pubbliche, che non solo non adottano misure adeguate contro gli autori di queste violazioni, ma che contribuiscono anche alla commissione di questa violenza. La decisione viene notificata alle parti e può essere pubblicata se il Comitato lo decide.

Il termine giurisprudenza è comunemente usato dalle istituzioni del CdE e dalla dottrina in relazione alle decisioni e ai rapporti del CEDS, anche se non si tratta di giurisprudenza nel senso tecnico del termine, poiché non esiste un controllo giurisdizionale della Carta a livello europeo, giacché la competenza della Corte EDU si limita alle controversie relative all'interpretazione e all'applicazione della CEDU. Infatti, c'è poca "giurisprudenza" del CEDS rilevante per il tema della preminenza del diritto, come è logico che sia dato il particolare oggetto della Carta sociale europea, che non si riferisce direttamente a tale concetto o allo Stato di diritto. Si può tuttavia rilevare, ad esempio, una decisione di particolare interesse nel caso del *Centre on Housing Rights and Evictions* (COHRE) contro l'Italia del 25 giugno 2010<sup>25</sup> che dimostra la pertinenza della "giurisprudenza" del CEDS per quanto riguarda il rispetto della preminenza del diritto da parte della pubblica amministrazione. Il COHRE aveva denunciato le "misure di sicurezza" in base alle quali l'Italia aveva "relegato" i Rom e i Sinti "in campi segregati, invece di migliorare il loro accesso effettivo agli alloggi sociali o alle prestazioni abitative". Il CEDS si è pronunciato a favore del richiedente con la seguente motivazione: "78. Le misure in questione rivelano una mancanza di rispetto per i valori essenziali sanciti dalla Carta sociale europea (tra cui la dignità umana e la non discriminazione), la cui natura e intensità vanno oltre le normali violazioni della Carta. Inoltre, queste violazioni aggravate non riguardano solo i singoli individui in quanto vittime o il rapporto tra questi e lo Stato convenuto: esse mettono in discussione l'interesse della comunità e le norme fondamentali comuni condivise dagli Stati membri del CdE (diritti umani, democrazia e Stato di diritto). La situazione richiede quindi un'attenzione urgente da parte di tutti gli Stati membri del CdE"<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> V. anche G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 11: n.s. 4 (2018 Sep 14), pp. 183-218.

<sup>26</sup> 25 giugno 2010, *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, Reclamo n. 58/2009, <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-58-2009-dmerits-en> (traduzione mia).



La “Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto”, detta Commissione di Venezia, è stata istituita nel maggio 1990 dal CMCE su iniziativa di Antonio La Pergola, per un periodo iniziale di due anni, come accordo parziale che coinvolgeva solo gli Stati interessati al momento della sua creazione. Nel 1992, è stata resa permanente da un accordo allargato che comprendeva non solo tutti i membri del CdE, ma anche 15 Stati non membri. La Commissione ha adottato tutta una serie di relazioni sul tema della preminenza del diritto<sup>27</sup>, in particolare la Relazione sulla preminenza del diritto 512/2009 e l’Elenco dei criteri dello Stato di diritto 711/2013, approvata dal CMCE il 6-7 settembre 2016 e dall’APCE l’11 ottobre 2017. L’elenco si basa su cinque elementi fondamentali dello Stato di diritto – legalità, certezza del diritto, prevenzione dell’abuso di potere, uguaglianza davanti alla legge e non discriminazione, accesso alla giustizia – ed è suddiviso in domande dettagliate.

#### *4. Il diritto ad una buona amministrazione come elemento della preminenza del diritto.*

Nella giurisprudenza della Corte EDU, escludendo le poche sentenze nelle quali si cita l’argomentazione delle parti, non vi è nessun riferimento al principio della buona amministrazione, e ciò malgrado il fatto che in altri casi la Corte di Strasburgo faccia riferimento, nell’esposizione del quadro giuridico e della prassi rilevante, al diritto dell’Unione europea, sia esso la Carta dei diritti fondamentali o strumenti di diritto derivato<sup>28</sup>. Eppure, seguendo l’esempio dell’UE con l’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali, il CMCE ha adottato una Raccomandazione 2007/7 sulla buona amministrazione<sup>29</sup>, in risposta alla Raccomandazione PACE 1615 (2003) dell’APCE sull’istituzione del Mediatore<sup>30</sup>, che gli chiedeva di elaborare un progetto di testo che definisse un diritto individuale fondamentale alla buona amministrazione e un modello di codice di buona amministrazione.

---

<sup>27</sup> Per un elenco completo di questi avvisi, v. il sito [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/by\\_opinion.aspx?v=studies&lang=IT](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/by_opinion.aspx?v=studies&lang=IT).

<sup>28</sup> V. ad esempio 25 marzo 2021 *Bivolaru et Moldovan c. France*, nn. 40324/16 et 12623/17, punti 40 ss.

<sup>29</sup> <https://rm.coe.int/16807096ba>; per la versione inglese <https://rm.coe.int/16807096b9>.

<sup>30</sup> <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17133&lang=FR> per la versione inglese <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17133&lang=en>.

Questa Raccomandazione ha evidenziato chiaramente il fatto che il diritto alla buona amministrazione dovrebbe essere considerato come un elemento della preminenza del diritto dagli Stati del CdE: “Considerando che i requisiti del diritto a una buona amministrazione possono essere rafforzati da uno strumento giuridico di portata generale; che tali requisiti derivano da principi fondamentali dello Stato di diritto<sup>31</sup>, quali i principi di legalità, uguaglianza, imparzialità, proporzionalità, certezza del diritto, termine ragionevole per l’azione, partecipazione, rispetto della privacy e trasparenza; e che essi richiedono l’istituzione di procedure volte a tutelare i diritti e gli interessi dei privati, a informarli e a coinvolgerli nell’adozione di atti amministrativi, [il CMCE] raccomanda ai governi degli Stati membri di:

- promuovere la buona amministrazione nel quadro dei principi dello Stato di diritto e della democrazia;
- promuovere la buona amministrazione attraverso un’organizzazione e un funzionamento efficaci, efficienti ed economici delle amministrazioni pubbliche” (traduzione mia).

Secondo gli autori di un importante studio intitolato “La buona amministrazione e il Consiglio d’Europa – Diritto, principi ed efficacia”<sup>32</sup>, il Comitato dei Ministri, l’Assemblea parlamentare e la Corte europea EDU “intendono comunemente i principi paneuropei di buona amministrazione come un’incarnazione dell’articolo 3 dello Statuto del Consiglio d’Europa”<sup>33</sup>.

Sarebbe in conclusione auspicabile che la dottrina, seguendo quanto osservava Guido Greco già nel lontano 2000, prestasse maggiore attenzione al diritto del Consiglio d’Europa ed agli atti dei suoi organi, compresa, ma non solo, la giurisprudenza della Corte EDU. Questi hanno, infatti, un impatto crescente sul diritto amministrativo, e in particolare sullo sviluppo del diritto ad una buona amministrazione come principio dello Stato di diritto.

---

<sup>31</sup> La versione francese della Raccomandazione utilizza le parole *État de droit*, come succede a volte. Ciò non significa l’abbandono della formula *prééminence du droit* da parte degli organi del CdE.

<sup>32</sup> U. STELKENS, A. ANDRIJAUSKAITĖ (eds.), *Good Administration and the Council of Europe Law, Principles, and Effectiveness*, Oxford, 2020, <https://global.oup.com/academic/product/good-administration-and-the-council-of-europe-9780198861539?cc=us&lang=en&>.

<sup>33</sup> U. STELKENS, A. ANDRIJAUSKAITĖ, Y. MARIQUE, *Mapping, Explaining, and Constructing the Effectiveness of the Pan – European Principles of Good Administration – Overall Assessment*, in U. STELKENS, A. ANDRIJAUSKAITĖ (eds.), *op. cit.*, p. 806 (traduzione mia).







Finito di stampare nel mese di novembre 2024  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

## Studi di diritto pubblico

---

### Per i tipi di Giuffrè

1. VITTORIO ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, 1963, pp. XXII-348.
2. ROBERTO GIANOLIO, *Le occupazioni d'urgenza*, 1963, pp. VII-226.
3. VITTORIO ITALIA, *La denominazione nel diritto pubblico*, 1966, pp. XVII-209.
4. VALERIO ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, 1969, pp. IV-892.
5. VITTORIO ITALIA, *Gli statuti nel diritto pubblico*. vol. I, *Potestà e norma statutaria*, 1974, pp. XXVI-430.
6. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Il partito politico nella Costituzione italiana*, 1969.
7. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, 1972, pp. XII-372.
8. RICCARDO VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, 1971, pp. VIII-636.
9. VITTORIO ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, 1970, pp. XVI-366.
10. GIANFRANCO MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970, ristampa 1974, pp. VIII-224.
11. VITTORIO ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, 1977, pp. XII-257.
12. RICCARDO VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, 1974, pp. VIII-212.
13. GIANFRANCO MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, 1974, pp. VIII-244.
14. ALDO BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, 1974, pp. VIII-404.
15. GUIDO GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, 1977, pp. IV-406.
16. CARLO EMILIO TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, 1977, pp. IV-252.
17. ALDO BARDUSCO, *Lo stato regionale italiano*, 1980, pp. IV-252.
18. RICCARDO VILLATA, *«Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, 1980, pp. IV-176.
19. GUIDO GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 1980, pp. IV-256.
20. MARIA LUISA MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, 1982, pp. VIII-168.
21. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, 1983, pp. IV-280.
22. ERMINIO FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, 1986, pp. XVI-276.
23. ENZO BALBONI-FABRIZIO D'ADDABBO-ANTONIO D'ANDREA-GIOVANNI GUIGLIA, *La difficile alternanza. Il sistema parlamentare italiano alla prova (1985-1987)*, 1988, pp. XVI-236.
24. CARLO ENRICO PALIERO-ALDO TRAVI, *La sanzione amministrativa*, 1988, pp. XVI-356.
25. MARCO SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*, 1991, pp. XII-352.
26. GIOVANNI BOGNETTI, *La cultura giuridica e le facoltà di giurisprudenza a Milano nel secolo ventesimo*, 1991, pp. X-198.
27. SERENA MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del tribunale costituzionale federale tedesco*, 1991, pp. VIII-156.



28. MARTA CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, 1991, pp. VI-138.
29. GIOVANNI BOGNETTI, *Europa in crisi*, 1991, pp. VIII-184.
30. MARILISA D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, 1993, pp. XIV-182.
31. GIOVANNI BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposta di riforma*, 1993, pp. X-206.
32. MARILISA D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, 1994, pp. VIII-286.
33. GABRIELLA MANGIONE, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, 1994, pp. X-106.
34. GIOVANNI BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, 1996, pp. VI-136.
35. LUCA ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, 1996, pp. XII-446.
36. EUGENIO BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. X-352.
37. MAURIZIO CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, 1996, pp. VIII-360.
38. MARCO BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, 1997, pp. VIII-242.
39. GIOVANNI BOGNETTI, *Lo stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, 1998, pp. XII-182.
40. MARGHERITA RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, 1998, pp. XII-524.
41. *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Atti del Convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia, a cura di Gianfranco Mor, Stefania Ninatti, Quirino Camerlengo e Giulio Enea Vigevani, 1999, pp. VIII-194.
42. GABRIELLA MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, 1999, pp. X-262.
43. ALESSANDRA CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, 2000, pp. X-198.
44. MARIA ELENA GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, 2000, pp. X-316.
45. LUCA ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, 2000, pp. XII-418.
46. *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Atti del Convegno - Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di Nicolò Zanon e Francesca Biondi, introduzione di Gustavo Zagrebelsky, 2001, pp. XVI-302.
47. MIRYAM IACOMETTI, *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, 2001, pp. X-518.
48. *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, voll. I e II, 2002, pp. X-1602.
49. *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, a cura di Vittorio Angiolini, Lorenza Violini, Nicolò Zanon, 2002, pp. X-488.
50. QUIRINO CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, 2002, pp. XIV-444.
51. GIUSEPPE MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, 2003, pp. XIV-412.
52. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, 2004, pp. X-350.
53. FRANCESCO GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, 2004, pp. X-396.
54. STEFANIA NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, 2004, pp. XIV-324.
55. *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Nicolò Zanon e Alessandra Concaro, 2005, pp. VI-424.
56. *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*. Primo Incontro di Studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, con la collaborazione di Quirino Camerlengo, 2005, pp. X-590.
57. *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*. Atti del Convegno internazionale in onore del prof. Valerio Onida - Milano, 15 aprile 2005, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2006, pp. X-192.

58. QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, 2007, pp. X-358.
59. MARCO CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, 2007, pp. XVI-590.
60. MONICA DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, 2007, pp. XIV-306.
61. PAOLO PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007, pp. XVI-698.
62. SARA VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, 2008, pp. XXXII-422.
63. LUCA BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, 2008, pp. X-324.
64. BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed uguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, 2008, pp. XX-456.
65. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti) - How Constitutional Courts make decisions*. Atti del Convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2009, pp. VIII-232.
66. GIUSEPPE PERICU, *Scritti scelti*, 2009, pp. VI-956.
67. STEFANO CATALANO, *La "presunzione di consonanza". Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, 2010, pp. VIII-392.
68. IRENE PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, 2011, pp. XVIII-318.
69. *Verso il decentramento delle politiche di welfare*. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, 2011, pp. VIII-504.
70. MONICA DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, 2011, pp. VIII-208.
71. SARA VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, 2012, pp. X-214.
72. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della CONSOB. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, 2012, pp. VIII-248.
73. FRANCESCA BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, 2012, pp. XIV-232.
74. BARBARA RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2012, pp. X-270.
75. GIUSEPPE ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, 2013, pp. XIV-376.
76. LUCA PIETRO VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, 2013, pp. VIII-318.
77. BENEDETTA VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, 2014, pp. X-346.
78. ELISA FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, 2014, pp. XII-412.
79. *Scritti scelti di Giovanni Bogneri*, a cura di Miryam Iacometti, 2015, pp. XXXVI-530.
80. PAOLO PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, con prefazione di Diana-Urania Galetta, 2015, pp. XX-332.
81. *Il controllo preventivo dei trattati dell'Unione europea*. Atti del Convegno tenutosi a Milano il 28 maggio 2014, a cura di Nicolò Zanon, 2015, pp. XII-202.
82. STEFANIA LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, 2016, pp. X-394.
83. ALESSANDRA OSTI, *Teoria e prassi dell'access to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, 2016, pp. X-238.
84. ANNALISA NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, 2016, pp. XLII-450.
85. ANTONIA BARAGGIA, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora ...*, 2016, pp. XII-268.

86. SARA VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, 2016, pp. XIII-348.
87. BENEDETTA LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, pp. XVI-772.
88. FILIPPO ROSSI, *La costruzione giuridica del licenziamento. Legislazione, dottrina e prassi fra XIX e XX secolo*, 2017, pp. X-322.
89. *Il diritto all'acqua*, a cura di Lorenza Violini e Barbara Randazzo, 2017, pp. VI-282.
90. FEDERICO GAFFURI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, 2018, pp. XVI-304.

## Per i tipi di Giappichelli

91. GIADA RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, 2020, pp. X-246.
92. LORENZA VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, 2021, pp. XVIII-286.
93. *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, a cura di Marilisa D'Amico e Cecilia Siccardi, 2021, pp. XXII-234.
94. GIULIA FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un'analisi comparata*, 2021, pp. XIV-434.
95. A.A.VV., *Cinquant'anni dopo. L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, 2021, pp. XIV-274.
96. ELISABETTA CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, 2021, pp. X-142.
97. MARCO ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, 2022, pp. XVI-208.
98. BENEDETTA LIBERALI, *Un processo bifronte. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, 2022, pp. XXXII-400.
99. *Diritto e valutazioni scientifiche*, a cura di Benedetta Liberali e Lavinia Del Corona, 2022, pp. XXVI-518.
100. LAVINIA DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, 2022, pp. XVI-312.
101. ANTONIA BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Seconda edizione, 2022, pp. X-214.
102. FILIPPO ROSSI, *Ragionevoli dubbi. Percorsi storici del recesso unilaterale*, 2022, pp. XIV-314.
103. RAFFAELLA BIANCHI RIVA, *Lo scandalo tra alto medioevo e prima età moderna. Itinerari tra dimensione giuridica, politica e sociale*, 2022, pp. XII-316.
104. ANTONIA BARAGGIA, *La condizionalità come strumento di governo negli Stati compositi. Una comparazione tra Stati Uniti d'America, Canada e Unione europea*, 2023, pp. X-270.
105. *One health. Dal paradigma alle implicazioni giuridiche*, a cura di Lorenza Violini, 2023, pp. VIII-168.
106. *Parole pericolose. Conflitto e bilanciamento tra libertà e limiti. Una prospettiva trasversale*, a cura di Sara V. Parini, 2023, pp. XXVI-214.
107. DANIELE CAMONI, *Diritto all'istruzione e opinioni dissenzienti in prospettiva comparata*, 2023, pp. XII-324.
108. ELISABETTA ROMANI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nella giustizia amministrativa*, 2023, pp. XVI-512.
109. LUCA PIETRO VANONI, *«Never let a good crisis go to waste». Il principio della separazione dei poteri prima e dopo la pandemia*, 2023, pp. XX-348.
110. DANIELA BUCCOMINO, *Ingeniorum delectus. I dottori in diritto dello studio di Pavia (1525-1796)*, 2023, pp. XII-988.

- cura di Margherita Ramajoli e Riccardo Villata, 2023, pp. XII-292.
112. *Scritti in onore di Miryam Iacometti*, a cura di Lorenza Violini, Antonia Baraggia, Alessandra Osti, Luca Pietro Vanoni, 2023, pp. XIV-258.
113. PIETRO VILLASCHI, *Rappresentante e rappresentato al tempo della rivoluzione digitale*, 2024, pp. XX-444.
114. *Il diritto amministrativo tra ordine sistematico e realtà economico-sociale. Scritti in ricordo di Giuseppe Pericu*, a cura di Eugenio Bruti Liberati, Maurizio Cafagno, Luigi Piscitelli, Margherita Ramajoli, Marco Sica, 2024, pp. XXXIV-142.
115. STEFANIA LEONE, *La salute degli altri. Giustificazione e limiti degli obblighi vaccinali*, 2024, pp. XVIII-302.
116. NANNEREL FIANO, *Le radici del male. Antisemitismo e Costituzione*, 2024, pp. XVI-272.
117. *I diritti delle donne. Problematiche attuali e prospettive future. Women's rights. Current issue and future prospective*, a cura di Marilisa D'Amico, Benedetta Liberali, 2024, pp. XXVI-582.
118. ANNA GIULIA CARAGLI-MICHELA LEGGIO, *Governance e regolazione del settore agroalimentare verso il paradigma one health*, 2024, pp. XVI-320.
119. *Liber Amicorum per Guido Greco*, a cura di Franco Gaetano Scoca, Mario Pilade Chiti, Diana-Urania Galetta, 2024, pp. XXVIII-916.











